
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA N.º 271 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Antônio Neder

Autora — Cia. Metalúrgica Barbará

Ré — União Federal

EMENTA

Ação Rescisória. Competência para o seu julgamento. Não a afasta do Tribunal que decidiu o mérito da controvérsia o fato de haver sido interposto recurso extraordinário do qual o Egrégio Supremo Tribunal Federal não conheceu ou, quando conhecido, não decidiu a questão federal discutida. O prazo para a propositura da Ação Rescisória deve ser contado do trânsito em julgado da decisão proferida no respectivo Recurso Extraordinário, mesmo quando este não for conhecido pelo Supremo Tribunal. Se a decisão não atentou contra a coisa julgada e nem foi proferida contra expressa disposição legal, impõe-se o julgamento pela improcedência da Ação Rescisória.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, rejeitar as preliminares de incompetência do Tribunal, por unanimidade, e, por maioria, a de decadência; *de meritis*, julgar a ação improcedente, por unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1970. —
Amarílio Benjamin, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): A Companhia Metalúrgica Barbará, com sede na cidade de Barra Mansa, no Estado do Rio de Janeiro, sucessora de Lopes e Rebello, propôs ação para rescindir acórdão proferido

pela egrégia Segunda Turma deste Tribunal no julgamento da Apelação Cível n.º 7.831, do Estado da Guanabara.

Narrou na inicial que desde 1935 Lopes e Rebello ocuparam terreno de marinha nos fundos do n.º 52 da rua Benedito Ottoni, na cidade do Rio de Janeiro, e, regularizada a sua posse, passaram a pagar regularmente a respectiva taxa de ocupação. Em 1954, porém, a sua inscrição como ocupante fora cancelada pela Delegacia do Serviço de Patrimônio da União, sob a alegação de que o terreno era necessário à Administração do Porto do Rio de Janeiro, o que deu margem a impetração de mandado de segurança, concedido na 1ª instância, e confirmado por decisão deste Tribunal e do egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo que este, para conhecer de recurso extraordinário interposto, arremou-se em motivos objetivos.

Sem embargo de tal situação, acrescentou, propôs a União ação de reinte-

gração de posse do terreno, com a mesma motivação do ato afastado pelas decisões proferidas no mandado de segurança, e, embora não lograsse êxito na primeira instância, que julgou improcedente, veio a ser acolhida pela egrégia Segunda Turma, em decisão proferida no dia 20 de abril de 1961, por unanimidade.

Pretende com a ação rescindir tal decisão e, por isso, alegou:

a) que o recurso extraordinário contra a mesma apresentado não foi conhecido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em 8 de março de 1963 e, manifestados embargos, foram os mesmos conhecidos por acórdão de 18 de novembro do mesmo ano, publicado no dia 5 de dezembro seguinte, contando-se, conseqüentemente, a partir de tal data, o prazo para a propositura da ação rescisória;

b) que as decisões referidas do egrégio Supremo Tribunal Federal não versaram qualquer dos aspectos da questão, resultando o não conhecimento do recurso extraordinário de falta de questionamento do ponto fundamental nele discutido, com o que a competência para o julgamento da rescisória é deste Tribunal;

c) que a ação referida encontrava fundamento no art. 798 do Código de Processo Civil, letras *b* e *c*, porque ofensiva de coisa julgada e disposição literal de lei.

A inicial, da lavra do eminentíssimo Ministro Orozimbo Nonato demora-se na sustentação dos fundamentos da ação com argumentos que procurarei resumir.

Sustenta S. Ex^ã que, dispondo o artigo 131 do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que a inscrição e o pagamento da taxa de ocupação não importam, em absoluto, no reconhecimento, pela União, salvo no caso previsto no item 4 do art. 105 da mesma lei, que

assegurou preferência ao aforamento de terrenos de marinha e acrescidos aos ocupantes inscritos até o ano de 1940, que estivessem quites com o pagamento das taxas devidas, situação que era a dos autores, a inscrição destes não poderia ser cancelada sem ofensa à literalidade do texto, por ser incompatível com a preferência nele expressamente assegurada.

Argumenta a propósito que, embora a decisão rescindenda não haja proclamado, direta e expressamente, a ineficácia dos textos citados, não os aplicou, e que tal desaplicação constitui violação de texto legal, pois, como observa Virgílio de Sá Pereira, “a rescisória pressupõe violação de direito expresso, mas o direito é que há de ser expresso, em tese, e não a violação que pode ser implícita”.

Quanto à arguição de ofensa à coisa julgada pela decisão atacada, leio ao Tribunal trecho da inicial, onde é posta:

“A primeira decisão, em feito (mandado de segurança), que veio encontrar seu término no excelso Supremo Tribunal Federal, por via de recurso extraordinário, foi no sentido de reconhecer e assegurar o direito dos impetrantes, antecessores da A., alargado pela ressalva expressa do item 4 do art. 105, combinado com o art. 131, ambos do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. A segunda decisão, porém, do e. Tribunal Federal de Recursos (ação possessória), cancelou (*data venia* contra a lei, como se viu) a inscrição e, entrando violentamente em chачas com o primeiro acórdão (mandado de segurança) arrebata a posse direta dos antecessores da A. e a concedeu à União Federal.

A coisa julgada, derivada do primeiro acórdão, com o malogro do recurso extraordinário por funda-

mento ainda mais amplo e radical, foi ferida e mal ferida pela segunda (ação possessória), contra o qual não prosperou o recurso extraordinário por fundamento estranho à *federal question*.

A contradição é patente. É paten-tíssima.

Trata-se de duas decisões irreduzi-velmente contraditórias, que *hur-lent de se trouver ensemble*, que *jurent d'être accouplés*, absoluta-mente incombinaíveis.

A decisão vulnerada tomou-se em mandado de segurança. Ela, entre-tanto, produz *res iudicata*, nenhuma dúvida podendo ocorrer ao propó-sito quando o *writ* é concedido (vi-de Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Po-der Judiciário*, pág. 139, *in fine*, e seguintes).

E os requisitos da *res iudicata* os-tentam-se, no caso, com absoluta nitidez.

No parecer a que temos aludido, fi-cou realçado:

“O requisito da *cadem personarum*, da identidade dos litigantes nem poderia ser, razoavelmente, posto em debate. Idêntica se mostra, igualmente, a relação jurídica. O direito de preferência do inscrito, a legitimidade, pois, de sua posse, é enunciada na lei mesmo, no Decre-to-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Foi esse direito reconhe-cido e assegurado no mandado de segurança, por fundamento que o Pretório Excelso, não conhecendo de recurso extraordinário, ampliou e radicalizou.

E foi esse mesmo direito desconhe-cido e negado no segundo acórdão (ação possessória), do egrégio Tri-bunal Federal de Recursos, não co-nhecido o apelo extremo (insista-se

e reitere-se) por motivo estranho à *federal question*.

Impossível, *data venia*, negar a di-vergência das decisões em torno da mesma relação jurídica, visível, aliás, ao primeiro súbito de vista.”

Citada, a União, em preliminar, argüiu a incompetência deste Tribunal para apreciar a ação rescisória, e, no mérito, sustentou a improcedência desta, ne-gando que a decisão visada houvesse ofendido texto de lei ou coisa julga-da.

Em razões finais a autora defendeu a competência deste Tribunal e reiterou as alegações da inicial quanto ao mé-rito.

Já a União voltou a sustentar a pre-liminar de incompetência desta Corte e argüiu a preclusão do prazo para pro-positura da ação rescisória, a alegação de que, se o recurso extraordinário in-terposto da decisão rescindenda não foi conhecido, a mesma transitou em jul-gado no decêndio seguinte à data de sua publicação no *Diário da Justiça*, em 10 de abril de 1962, e, assim, ajuizada que foi a ação em 22 de janeiro de 1968, já se encontrava ultrapassado, em tal data, o prazo de cinco anos fixado no art. 178, § 10, inciso VIII, do Código Civil.

Estendeu-se, a seguir, em considera-ções quanto ao mérito, argüindo a in-existência de coisa julgada, que tal ale-gação não fora examinada quando da decisão rescindenda, sem que se opuses-sem embargos de declaração, e que in-existia nesta última ofensa a texto ex-presso de lei.

É o relatório.

VOTO — 1ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Re-lator): I. A preliminar de incompe-tência deste Tribunal para julgamento da ação não procede.

Proferida a decisão rescindenda, foi manifestado recurso extraordinário do qual não conheceu o egrégio Supremo Tribunal Federal, porque apoiado em matéria que não havia sido prequestionada no julgamento recorrido (fls. 133/134 dos autos da ação de reintegração) e, assim, tem aplicação à hipótese a Súmula 249, que consigna somente ser competente o Supremo Tribunal quando, ao negar provimento ao recurso extraordinário, tiver apreciado a questão federal controvertida.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Diversa é, porém, a situação da preliminar de decadência do direito à propositura da ação.

Esta foi ajuizada em 22 de janeiro de 1968 e se dirige à rescisão de acórdão publicado em 10 de abril de 1962, tendo-se operado, em conseqüência, a preclusão do direito de propor ação rescisória.

A autora opõe a tal conclusão a afirmação de que, tendo sido interposto recurso extraordinário do acórdão rescindendo e, depois, embargos à decisão proferida em tal recurso, somente a partir da publicação do acórdão prolatado nos últimos contar-se-ia o prazo para a propositura da ação rescisória, pois somente então passara em julgado a decisão rescindenda.

Esse entendimento, aceito por alguns, que, como Odilon de Andrade, consideram não transitar a decisão em julgado enquanto pender recurso extraordinário mesmo que o Supremo dele não conheça (*Com. ao Código de Processo Civil*, vol. IX, pág. 59), é rejeitado por outros, a nosso ver acertadamente, os quais consideram que, não conhecido o recurso extraordinário sem apreciação da questão controvertida, o trânsito em julgado da decisão recorrida se dá na

data em que teria ocorrido se não houvesse sido interposto o recurso constitucional (Pontes de Miranda, *Com. ao Código de Processo Civil*, vol. IV, pág. 520; Carvalho Santos, *Com. ao Código de Processo Civil*).

Tal concepção se ajusta, aliás, com a Súmula 249 do egrégio Supremo Tribunal Federal, pois, se ali se consigna que o não conhecimento do recurso extraordinário sem apreciação da questão federal controvertida não envolve decisão capaz de tornar competente a Corte Maior para a apreciação da ação rescisória, isto se dá por não interferir dita decisão com a sentença recorrida que, conseqüentemente, opera como se nenhum recurso houvesse sido interposto.

Assim, considerando que a ação foi proposta quando já decorridos mais de cinco anos da data da publicação do acórdão rescindendo, acolho a preliminar suscitada pela União e julgo a autora carecedora de ação.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Antônio Neder: Sr. Presidente. Estou de acordo com o eminente Sr. Ministro Relator.

Entendo que o recurso extraordinário, no caso, não tendo merecido conhecimento, não influi na situação da sentença rescindenda, e, assim, ela se mantém soberana.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Sr. Presidente. Estou de acordo com o Relator, nesta 2ª preliminar.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. Decio Miranda: Entendo, Sr. Presidente, que a decadência da ação rescisória está subordinada ao princípio da *actio nata*.

Não era possível ajuizar ação rescisória antes de julgado o recurso extraordi-

nário oposto ao acórdão, agora rescindendo.

Isso seria convocar o Tribunal, a quem dirigida a ação rescisória, a proferir uma decisão eventualmente em conflito com aquela que viesse a ser proferida no recurso extraordinário. Na pendência do recurso extraordinário não cabe ajuizar ação rescisória contra o acórdão objeto daquele recurso.

Rejeito a preliminar.

VOTO — 2ª PRELIMINAR

O Sr. Min. José Néri da Silveira: *Data venia* do eminente Ministro Relator, rejeito a preliminar, adotando, a tanto, fundamentos expendidos pelo ilustre Min. Decio Miranda.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Sr. Presidente. Hesitei muito em acompanhar o Ministro Relator. Vou mudar de voto para acompanhar o voto do Min. Decio Miranda, porque acho que não se pode ajuizar ação rescisória antes da solução do recurso extraordinário sobre a mesma matéria.

Embora não tenha efeito suspensivo, o recurso extraordinário figura entre o elenco dos recursos legalmente cabíveis, e a simples eventualidade de seu provimento determina que só depois de seu julgamento nasça realmente o interesse de agir por meio da rescisória.

Concordo com o Min. Decio Miranda, retificando o meu voto anterior, *data venia* do eminente Relator.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

(NA 2ª PRELIMINAR)

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Sr. Presidente. Lamento ter que reconsiderar o meu voto, no caso desta 2ª preliminar, convencido que estou após o voto do Sr. Min. Decio Miranda.

Desacolho, pois, a 2ª preliminar.

VOTO — MÉRITO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. A ação rescisória foi proposta com fundamento no art. 798, letras *b* e *c* do Código de Processo Civil, isto é, sob a alegação de nulidade da decisão rescindenda por ter sido proferida com ofensa à coisa julgada e contra literal disposição de lei.

2. Examinemos a arguição de ofensa à coisa julgada.

Lastreia-se a autora em tal ponto na assertiva de que o acórdão que pretende rescindir, prolatado em ação de reintegração de posse, ofendeu decisão transitada em julgado, proferida em mandado de segurança, do qual foram partes as mesmas pessoas, igual o objeto e idêntica a relação jurídica.

A apreciação da arguição terá que ser feita cotejando-se as decisões.

3. O mandado de segurança requerido por Lopes e Rebello, antecessora da autora, foi concedido pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública do antigo Distrito Federal, em decisão do teor seguinte:

“Não cabe no âmbito do pedido a discussão sobre a compulsoriedade, ou não, do pretendido aforamento, desde que não compreendido nos seus limites.

Cumpra, tão-só, verificar se o cancelamento da inscrição da ocupação do terreno reveste o arguido cunho de ilegalidade e se feriu direito líquido e certo dos impetrantes.

E a solução há de ser a positiva.

A lei, com efeito, na sua continuidade reguladora, timbrou em manter as ocupações encontradas, reconhecendo-as pela cobrança da taxa correspondente e pela preferência sempre concedida aos

ocupantes para o aforamento ou alienação.

Com o Dec.-lei nº 9.760/46 a situação não foi alterada, persistindo-se, ao revés, na tradição de cobrar a taxa mediante a prévia inscrição e se definido o direito de ser promovida a desocupação, a qualquer tempo que a União viesse a necessitar do terreno (art. 132).

O ato da emissão da posse, a teor do art. 20, se não fora a prevalência dos próprios princípios de direito aplicáveis, se faria pelos meios de direito comum.

Eis o precário, vicejando à sombra da autorização do proprietário e subsistindo, por conseguinte, até que retirada a licença, de modo regular.

Retira-se a licença, notificando-se o ocupante, por ser este o meio normal de fazê-lo.

Enquanto não notificado, vige a licença e a ocupação não padece de outro vício além do próprio precário que ela configura e no qual assenta o direito.

E como a inscrição é o ato necessário para a legitimação desse direito, segue-se que só poderá desaparecer depois que se extinga a sua causa determinante e legal.

Nem pode impressionar o argumento de que a inscrição foi feita em desconformidade com a lei, podendo, por isso mesmo, ser cancelada.

O erro estaria nisso de o imóvel estar sob o régimen de aluguel concedido pela Administração do Porto, mas não se mostrou que fosse essa, na realidade, a situação.

Mas se fosse, a ilegalidade não estaria no subsequente ato da con-

cessão dessa ocupação, mas na locação conferida por um órgão que não tinha competência para fazê-lo, de vez que o art. 86 é expresso em atribuir ao Serviço do Patrimônio da União o poder exclusivo de decidir sobre as locações dos próprios nacionais.

Tem-no, também, o de reconhecer e inscrever as ocupações.

Se lhe compete resolver sobre a locação e a ocupação, qualquer que seja o título conferido pelo poder competente há de prevalecer, necessariamente, sobre outro diverso ou idêntico deferido por entidade que não o seja.

Sob esse aspecto, pois, também não se justificaria o cancelamento.

Pelo exposto, julgo procedente o pedido, confirmando, conseqüentemente, a liminar concedida."

Os autos vieram a este Tribunal em atenção a recursos voluntário e de officio e, aqui, foi a sentença confirmada pelo Tribunal Pleno, em julgamento no qual foram proferidos os seguintes votos:

"O Sr. Min. Cândido Lobo (Relator): Sr. Presidente. Não tenho dúvidas em manter o decisório, pois que a assentada bem apreciou a hipótese face à lei aplicável (*sic*).

A União Federal sempre tolerou a ocupação de terrenos de marinha e seus acrescidos.

Houve tentativa para que os ocupantes se transformassem em foreiros e, para tanto, as leis deram-lhes preferência para o aforamento, desde que não fossem eles necessários a logradouros públicos e serviços públicos. Foi isso que veio a ser disciplinado pelo Dec. nº 14.595, de 31 de dezembro de

1920, decreto esse que foi expedido para execução do art. 2º, nº V, da Lei nº 3.979, de 31 de dezembro de 1919.

O cancelamento da ocupação por parte da União, portanto, foi arbitrário e ilegal, e note-se ainda que quando surgiu o Dec.-lei nº 3.438, de 17 de julho de 1941, que ampliou o de nº 2.490, o seu art. 19, § 2º, acentuou que: "As ocupações anteriores continuarão sujeitas às taxas e ao processo para o seu lançamento e arrecadação estabelecidos no Dec. nº 14.595; até que o terreno seja aforado". Somente em 1946 foi que veio o Dec. nº 9.760, de 5 de setembro, fixar a regra de que os ocupantes inscritos até 1940, desde que estivessem quites com a taxa de ocupação, teriam direito ao aforamento do terreno ocupado.

Quanto à característica exigida pela ressalva da lei referente à logradouro público ou serviço público a que já fiz referência anteriormente, ainda aí, isto é, se isso na hipótese se verificasse pela necessidade da Administração do Porto do Rio de Janeiro, para depósito de materiais, a inscrição da agravada como ocupante, dentro dos rigorosos termos da lei e em obediência a todos os seus preceitos e exigências, não podia ter sido cancelada como foi, sem que anteriormente se procedesse à sua desocupação.

É que a retomada só é admissível quando se trata de serviço público diretamente executado pela União, conforme parecer de Agripino Veado no processo número 98.082/1940 do Ministério da Fazenda, parecer publicado no *Diário Oficial* de 2 de outubro de 1941, pág. 19.043.

Em suma, na espécie em debate ficou perfeitamente esclarecido e

comprovado que a União Federal não tem necessidade do terreno porque não o vai diretamente ocupar ou explorar, e assim não pode pretender imitir-se na sua posse, pois que a posse da impetrante é legal, mansa e pacífica, feita de acordo com o próprio Serviço do Patrimônio da União, como vimos e acentuamos, tudo realizado nos termos dos arts. 127 e 128, do Dec.-lei nº 9.760. Foi por isso que o agravado disse bem às fls. 57: "Por tudo isso, é bem de ver que as relações jurídicas oriundas da inscrição de ocupantes de terrenos de marinha ou de acrescidos a estes não podem ser prejudicadas por ato arbitrário da União, fazendo cancelar dita inscrição, quando os terrenos ainda se encontram na posse dos mesmos ocupantes, quando a ocupação é ainda um fato, quando é certo que os próprios terrenos de aforamentos extintos, sem que a renovação destes seja pedida; têm-se como os ocupados pelos ex-foreiros, sendo a União obrigada a *ex officio* inscrevê-los como ocupantes para cobrança, em dobro, da taxa respectiva (art. 121 do Dec.-lei nº 9.760 citado).

A retomada para entregar à Administração do Cais do Porto não tem base na lei, a não ser obedecidas todas as formalidades pela própria lei impostas e que não foram satisfeitas na espécie. A sentença está pois certa e jurídica. Eu a confirmo.

Nego provimento ao recurso".

"O Sr. Min. Arthur Marinho: Sr. Presidente. Para mim são inexpressivas as questões de competência para a locação dos próprios nacionais, se tocante a organização do porto como autarquia ou se tocante à União através da diretoria do pa-

trimônio, inexpressivas para a solução do caso concreto em si. Também em lugar de posse, no sentido do direito civil, deve se entender sempre ocupação, detenção, até mesmo como manifestação exterior dos poderes que se tenha sobre a coisa.

Feitas estas considerações, e destacando que apenas ocupações tais são sempre precárias, mas essa precariedade só cessando quando se demonstra a necessidade de o dono do bem (no caso, a União) ocupá-lo com alguma instalação proveitosa, estou em perfeito acordo com o voto do Relator”.

“O Sr. Min. João Frederico Mourão Russel: Estou com o voto proferido pelo Relator. Lembro, porém, a situação de posse precária.

No caso dos autos não ficou demonstrada a utilidade imediata do terreno em favor da União. Em se tratando de terreno essencial ao serviço público, não é possível se autorize em definitivo uma ocupação, porquanto, em se tratando, por exemplo, de serviço necessário a instalações portuárias, esse terreno não pode estar em poder de particulares, em detrimento de serviços públicos. É apenas uma ressalva quanto a situações de fato que, por acaso, venham a ocorrer”.

Interposto recurso extraordinário, o egrégio Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, não conheceu do apelo pelo voto do Sr. Min. Afrânio Costa assim formulado:

“Não conheço do recurso. Os recorridos pagaram taxa de ocupação desde 1935 (fls. 13 a 20). Foram, portanto, reconhecidos pelo Patrimônio como ocupantes.

Ora, sua situação é exatamente a da exceção prevista no art. 131 c/c

com o art. 105, nº 4, do Dec. nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, decreto que veio regularizar as ocupações dos imóveis do Patrimônio da União.

Não interessa, assim, apurar se a Administração do Porto, como autarquia, é ou não o próprio Patrimônio Nacional, descentralizado”.

4. Analisando-se as diversas decisões lidas, vê-se que o MM. Juiz de 1ª instância concedeu a segurança, sob o fundamento de que a inscrição da impetrante como ocupante de terreno de marinha somente poderia ser cancelada com prévia notificação que não fora feita, e, portanto, não negou à autoridade o direito de cancelar a inscrição, mas considerou que tal cancelamento teria que obedecer a formalidades não atendidas.

Já o eminente Min. Cândido Lobo, em voto que prevaleceu no julgamento, afirmou que a inscrição não poderia ser cancelada sem obediência de todas as formalidades legais, tal como o entendeu a sentença e, ainda, que o cancelamento no caso era inadmissível, porque destinado a entregar o terreno à Administração do Porto do Rio de Janeiro, simples autarquia, quando a lei somente admitia a retomada pela União para seu próprio uso. Referiu-se, também, à circunstância de se haver reconhecido ao impetrante o direito à preferência para o aforamento.

Finalmente, o Sr. Min. Afrânio Costa, no julgamento do recurso extraordinário, firmou o seu voto para não conhecer deste na assertiva de que a situação da impetrante estava garantida pelo art. 131, combinado com o art. 105, nº 4, do Decreto nº 9.760, de 1946, isto é, pelo reconhecimento do direito de preferência ao aforamento.

5. Foi esta última, portanto, a decisão que transitou em julgado.

Qual o mandamento que nela se contém?

O voto do Sr. Min. Afrânio Costa considerou ilegal a cassação da inscrição do impetrante, por estar ela amparada pelos arts. 131 e 105, nº 4, do Dec.-lei nº 9.760, de 1946, que dispõem:

“Art. 131. A inscrição e o pagamento da taxa de ocupação não importam, em absoluto, no reconhecimento, pela União, de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou ao seu aforamento, salvo no caso previsto no item 4 do art. 105”.

“Art. 105. Têm preferência ao aforamento:

4 — os ocupantes inscritos até o ano de 1940, e que estejam quites com o pagamento das devidas taxas, quanto aos terrenos de marinha e seus acrescidos.”

Se, como se constata do exame dos dispositivos citados, o que aí se assegurou foi o direito de preferência ao aforamento aos ocupantes de terrenos de marinha inscritos até o ano de 1940 e que estivessem quites com as taxas, há de concluir-se que, afinal, a decisão considerou não ser possível à União imitar-se na posse dos mesmos promovendo sumariamente a sua desocupação, na forma prevista no art. 131, do mesmo Decreto-lei nº 9.760.

Não afastou, entretanto, a hipótese de vir a União obter a retomada do terreno por via de ação própria, em que fosse assegurada ao ocupante defesa plena. Outra, aliás, não poderia ser a interpretação do acórdão, porque, do contrário, estar-se-ia admitindo que o simples destinatário do direito de preferência ao aforamento possuiria melhor situação em relação aos terrenos de marinha que o próprio titular do mesmo aforamento, pois, quanto a este,

o Decreto-lei nº 9.760 concede à União a faculdade de extingui-lo a qualquer momento com a remissão do foro (art. 103).

Tem-se, assim, que ao propor a ação de reintegração de posse, a União não investiu contra a coisa julgada, pois o que se decidira antes foi tão-somente ter sido ilegal a via utilizada para cancelar a inscrição da autora, e não que tal inscrição bastava para conservar-lhe o direito ao uso do terreno, mesmo que necessário a serviço da ré.

6. Afastado o fundamento de ofensa à coisa julgada, vejamos se na hipótese ocorreu ofensa a texto expresso de lei.

Firma-se a autora na alegação de que, se lhe era assegurado o direito de preferência ao aforamento do terreno que ocupava, a decisão rescindenda, ao julgar procedente a ação de reintegração de posse, ofendeu o texto legal que previa tal direito.

Ora, se, como vimos, o art. 103 do Dec.-lei nº 9.760, de 1946, concede à União a faculdade de extinguir o aforamento pela remissão do foro, a critério do Governo, é impossível aceitar-se que a regra legal que atribui direito de preferência ao mesmo aforamento constitua obstáculo à retomada do terreno, pois, em tal caso, nem sequer teria sido atribuído ao ocupante o domínio direto, sendo, tão-somente, como acentuou em seu voto o Sr. Min. Arthur Marinho, no julgamento do mandado de segurança, simples detentor a título precário, cessando tal precariedade “quando se demonstrar a necessidade de o dono do bem (no caso a União) ocupá-lo com alguma instalação proveitosa”.

De todo inaceitável é, assim, a alegação de ofensa a texto expresso de lei pela decisão rescindenda.

7. Argúi ainda a autora a impropriedade da ação de reintegração de posse para obter a retomada do imóvel. Tra-

ta-se, porém, de procedimento que tem sido aceito seguidamente por este Tribunal para a retomada de imóveis de Brasília, sublocados à União e regidos pelo Decreto-lei nº 9.760, em casos em que tal lei autoriza a imissão imediata na posse do imóvel e, assim, não seria possível acolher-se ação rescisória fundada em nulidade de decisão que seguiu tal orientação.

8. Tais razões levam-me a votar pela improcedência da ação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Foram rejeitadas as preliminares de incompetência do Tribunal, por unanimidade, e, por maioria, a de decadência, vencidos os Srs. Ministros

Relator, Revisor e Peçanha Martins; *de meritis*, julgou-se a ação improcedente, por unanimidade. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Henoch Reis. Na preliminar de decadência os Srs. Mins. Márcio Ribeiro (retificando o seu voto) e Esdras Gueiros (retificando o seu voto), Néri da Silveira, Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Min. Decio Miranda, e na preliminar de incompetência e no mérito os Srs. Mins. Antônio Neder, Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros, Peçanha Martins, Néri da Silveira, Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Min. Decio Miranda. Não compareceu o Sr. Min. Moacir Catunda, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

AÇÃO RESCISÓRIA N.º 303 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Autor — Samuel Ayres da Silva

Ré — União Federal

EMENTA

Ação Rescisória; é improcedente quando fundada em alegação de infringência de lei, que não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário tentado contra a decisão rescindenda.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, julgar a ação improcedente, nos termos do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Armando Rollemberg* (Relator): Samuel Ayres da Silva, oficial do Exército, propôs ação rescisória contra a União com fundamento no art. 798, inciso I, letra c, do Código de Processo Civil, alegando:

que, diplomado em cirurgia-dentista, encontrava-se servindo no Exército, quando sobreveio a Lei nº 11, de 1946, que determinou a convocação dos Oficiais da Reserva, se subalternos, até a idade limite, situação que lhe foi negada porque, por defeito de interpretação administrativa, não fora promovido oportunamente a 2º-Tenente;

que, entretanto, obteve por decisão judicial a promoção aludida, com resarcimento de preterição, do que decorreu passar a preencher o requisito para a permanência no serviço ativo e daí ter proposto ação logrando êxito na Primeira Instância, mas que afinal veio a ser julgada improcedente pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, em julgamento no qual se entendeu que a convocação, no caso, não era obrigatória, subordinando-se à conveniência do serviço.

Daí a ação rescisória para anular tal decisão, cuja inicial não indica de forma expressa a disposição legal que teria sido ofendida.

A ação foi contestada pela União, que sustentou inexistir no acórdão rescindendo ofensa a disposição de lei, o autor apresentou razões nas quais esclareceu que a regra que teria sido ofendida era o art. 1º, letra *b*, da Lei nº 11, de 1946, combinado com o art. 1º, letra *b*, do Decreto-lei nº 8.159, de 1945, razões que foram contrariadas pela União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Na decisão rescindenda, da egrégia Primeira Turma, acolheu-se, por unanimidade, o voto seguinte do Sr. Min. Henrique d'Ávila:

“Dou provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação. A convocação de oficiais subalternos da reserva está sujeita às conveniências do serviço; o autor, só depois de ter passado para a reserva, é que adquiriu a condição de oficial subalterno. Só então é que podia fazer jus ao disposto no art. 1º da Lei nº 11, de 28-12-1946. Sua convocação para a ativa não é, todavia, obrigatória. Não é lícito, portanto, deferir sua pretensão ao exercício da função de dentista, senão depois de convocado para a

ativa, o que está na dependência exclusiva do Poder Executivo, de conformidade com a conveniência do serviço.”

O autor da presente ação, na ocasião interpôs recurso extraordinário, ao qual foi negado seguimento pelo Sr. Min. Godoy Ilha, então Presidente do Tribunal, pelo despacho seguinte:

“Trata-se de ação ordinária proposta para o efeito de ser o autor incluído no Quadro de Dentistas do Exército, nos termos e a partir da Lei nº 11, de 28-12-46, com as promoções e vantagens decorrentes.

A ação foi julgada procedente, ensejando com o recurso de ofício o apelo da Fazenda Federal, providos por acórdão unânime da Primeira Turma deste Tribunal (fls. 71), assim ementado:

“Militar da reserva. Convocação para o serviço ativo. Se o militar da reserva, para poder pleitear direito a certo benefício, tem de ser convocado para o serviço ativo, cabe-lhe esperar tal convocação, que só poderá ser feita exclusivamente de acordo com as necessidades de serviço.”

O autor manifestou recurso extraordinário fundado na letra *a* do premissivo constitucional, dando como violada a Lei nº 11/46, impugnado às fls. 77/78.

A irrepreensibilidade do julgado desponta da propositada pretensão do recorrente.

A invocada Lei nº 11, de 28-12-1946, tornou extensivas aos dentistas oficiais subalternos da FEB e aos que houvessem servido no período de agosto de 1942 a agosto de 1945, por período superior a um ano, as vantagens asseguradas pelo Decreto-lei nº 8.259/45.

O recorrente, ao tempo, era Sargento, e só em 1949, por efeito de decisão judiciária, obteve a sua condição de oficial, considerado convocado a partir de 1943, e em 1960 (data da inicial), já tendo logrado as promoções que lhe eram devidas, veio a postular, judicialmente, a sua inclusão no Quadro de Dentistas, sob a invocação do aludido diploma legal.

Entretanto, além da condição de oficial subalterno, exigia a citada Lei nº 11 que, na qualidade de dentista, houvesse o oficial servido no período indicado, prova que não ofereceu o autor e circunstância que foi expressamente contestada pelas informações ministeriais.

E, salientou o julgado, o recorrente havia sido transferido para a reserva quando adquiriu a condição de oficial subalterno, esclarecendo as informações oficiais que, por decreto de 5-12-1957, fora promovido ao posto de Capitão.

Ademais, outro obstáculo opunha-se à pretensão do recorrente, posto que o art. 4º do Decreto nº 36.824, de 27-1-55, estabelecia que, a partir da sua publicação, "o recrutamento para o Quadro de Dentistas somente se processará através do Curso de Formação de Oficiais Dentistas da Escola de Saúde do Exército", e o diploma exibido pelo autor fora expedido pela Faculdade de Odontologia.

Tratando-se de decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não a melhor no entendimento do recorrente, não há lugar para o apelo extremo (Súmula nº 400).

Nego seguimento ao recurso.

Publique-se."

Formalizado agravo de instrumento, foi o recurso arquivado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ora, se o que se alega na presente ação é que a decisão rescindenda fora proferida contra literal disposição de lei, o fato de não haver o egrégio Supremo Tribunal Federal determinado a subida do recurso extraordinário, fundado na letra *a* do art. 101, III, da Constituição de 1946, então vigente, já bastaria para afastar a procedência da ação rescisória.

Mesmo porém que se pretendesse reexaminar a matéria, diversa não podia ser a conclusão.

A regra cujo texto se pretende ter sido contrariado facultava aos oficiais que menciona a permanência na atividade, e não poderia considerar contrária ao texto da lei interpretação, considerando que tal permanência dependeria da conveniência da administração.

Julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Da decisão rescindenda baseou-se em pressupostos de fato e em razoável aplicação da lei.

Não houve ofensa a esta.

Julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas e honorários de advogado de 10%.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, houve-se como improcedente a ação. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Amâncio Benjamin e Henocho Reis. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 25.738 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Agravante — Central Elétrica de Furnas S.A.

Agravados— Abílio José dos Reis e outros

EMENTA

Apelação. Custas. C.P.C., art. 56, § 2.º Nas custas a serem pagas pelo apelante, para a subida do recurso, conforme ônus que lhe impõe o art. 56, § 2.º do C.P.C., se inclui a remuneração do Perito, ainda que tenha sido arbitrada na própria sentença, e seja dito arbitramento impugnado na apelação interposta.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, em conhecer do recurso; e no mérito, por maioria, em negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Jorge Lafayette Pinto Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Central Elétrica de Furnas S.A. interpôs agravo de instrumento em ação de desapropriação movida contra Abílio José dos Reis e outros, com fundamento no art. 842, IX e X, do CPC, da decisão proferida pelo Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Pública, de Minas Gerais, que após recebimento da apelação interposta pela ora agravante (despacho de fl. 479 dos autos principais, trasladado às fls. 13/14), subordinou a subida do recurso ao Tribunal ao pagamento dos honorários arbitrados pela sentença para os peritos oficiais, indeferido pedido da apelante, para exclusão destes honorários, das custas a serem pagas.

A decisão agravada (fls. 5) está assim redigida:

“Indefiro o pedido de fls. 507 e 508, por falta de fundamento legal. As custas devidas por atos determinados, *ex officio*, pelo Juiz, serão pagas pelo autor (art. 58 do CPC). Por outro lado, “as despesas relativas às perícias judiciais ficarão a cargo da parte que as houver requerido, ou pelo autor, quando determinadas pelo Juiz”. Precisamente, é o caso dos autos. Assino, à expropriante, o prazo de cinco dias para efetuar o preparo dos autos, sob as penas da lei.”

Justifica a agravante o cabimento do agravo, com o ensinamento de Odilon de Andrade, no sentido de que o inciso IX do art. 842 do CPC, alcança os casos em que se condiciona o seguimento da apelação a exigência não autorizada em lei (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, pág. 249), havendo ainda erro de conta, previsto no n.º X, do citado artigo, diante da inclusão dos aludidos honorários na conta de custas, para o efeito do art. 56, § 2º, do mesmo Código, quando foram as mesmas arbitradas na sentença apelada.

No mérito, a Central Elétrica de Furnas S.A. pede a reforma da decisão agravada, afirmando (fls. 4/5):

“a) A apelação da autora expropriante foi recebida às fls. 479, nos

seus efeitos regulares e, assim sendo, consoante jurisprudência pacífica e reiterada dos nossos Tribunais, com fundamento em que a lei não estabelece recurso para o despacho que recebe a apelação, não pode o Juiz imped'r o seu seguimento. Seria enfadonho enumerar os julgados que abonam a tese exposta, mas a título de ilustração citaremos apenas o acórdão unânime da Primeira Câmara do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de 22 de agosto de 1955, que assim decidiu: "Recebido o recurso sem a exigência do pagamento das custas antes de sua remessa para a Instância Superior das até então devidas, não pode o Juiz impedir o seu seguimento por falta desse mesmo pagamento". (*Rev. dos Tribs.* vol. 284, pág. 701). b)

Além disso, temos a considerar que o ilustrado e íntegro julgador se esforça em demonstrar que os salários dos peritos devem ser considerados como custas processuais, e na discussão da tese, que na espécie é despicienda, se esquece de considerar aspecto mais relevante, qual seja a iliquidez dos aludidos salários, de cujo montante a recorrente diverge, constituindo mesmo um dos pontos da sentença que se pretende submeter, em grau de apelação, ao egrégio Tribunal Federal de Recursos. Mais relevante ainda é o fato da apelação da expropriante, por expressa determinação de lei (art. 28 da Lei n.º 3.365, de 21-6-41), ter ambos os efeitos: devolutivo e suspensivo. Assim sendo, com a interposição da apelação, recebida às fls. 479, em seus efeitos regulares, o que equivale dizer em ambos os efeitos, fica também suspensa a execução da sentença. "Justifica-se a regra: a apelação faz reviver a contestação retirando do

Juiz a competência para continuar a conhecer da controvérsia. Daí a lógica conseqüência de suspender-se a execução da sentença apelada, a qual, submetida a novo exame, poderá ser revogada". "Os atos de execução que fossem praticados, depois de interposta a apelação, que, por lei, deve ser recebida em ambos os efeitos, isto é, inclusive no efeito suspensivo, seriam nulos" (Carvalho Santos, *in Repertório Enciclopédico do Dir. Bras.* vol. 3.º, pág. 374). Estando suspensa a execução, evidentemente não podem os peritos pretender o pagamento integral e da mesma forma não pode o ilustrado julgador impedir o seguimento da apelação por falta do aludido pagamento. Finalmente, cumpre ressaltar que essa matéria já foi exaustivamente examinada pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, que decidiu "ser admissível a subida da apelação, independentemente do pagamento de honorários de peritos, quando estes constituem um dos motivos determinantes do apelo" (Agravado de Instrumento n.º 24.435, Relator: Min. Henrique d'Ávila; Diário da Justiça, pág. 3.133, de 2-9-64). "É de ser provido recurso impetrado contra despacho de Juiz que condiciona a subida de autos à superior instância ao pagamento de honorários de peritos ou quaisquer outras custas que, justamente, constituem objeto da apelação trançada pelo Juízo" (Agravado de Instrumento n.º 24.834, Relator: Min. Henrique d'Ávila, D.J. n.º 181, de 28-9-64, pág. 3.487)."

Sem contram'nuta dos agravados, mantida a decisão (fls. 20), subiram os autos a esta Superior Instância, onde oficiou a douta Subprocuradoria, que pediu a reforma do despacho recorrido, afirmando não ter o mesmo apoio legal,

uma vez que se discute na apelação o valor dos salários do perito.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Conheço do agravo, que encontra fundamento não só no nº X, do art. 842 do C.P.C., erro de conta, em virtude de haver sido mantida a inclusão nas custas a serem pagas para a subida da apelação, de acordo com o art. 56, § 2º, do C.P.C., dos honorários dos Peritos (fls. 14), fixados pela própria sentença e impugnados pela ora agravante em sua apelação, como também no nº IX do mesmo artigo, pois equivale realmente à denegação da apelação subordinar o seu seguimento à formalidade contra a qual se rebela o apelante, cuja legitimidade será apreciada pelo Tribunal *ad quem*, e constituirá o mérito do agravo, conforme o ensinamento de Odilon de Andrade, invocado na minuta de agravo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, pág. 249), com o qual estou de acordo.

Aliás, também Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. XI, pág. 333), afirma que “se o juiz, depois de receber a apelação, nega-se a dar-lhe seguimento, o recurso, que cabe, é o de agravo de instrumento”.

No mérito, nego provimento ao agravo.

Sem dúvida, a apelação interposta pela expropriante tem efeito suspensivo, como decorre do art. 28 do Decreto-lei nº 3.365, de 1941.

É de notar, porém, que embora tenha sido decidido na sentença, que julgou a ação de desapropriação, quanto ao valor dos honorários do perito, nela arbitrados, como de uso freqüente, segundo tenho observado, em Minas Gerais, na

verdade não se trata de matéria que constitua objeto da lide, e deva ser decidida na sentença definitiva, não sendo a hipótese idêntica à condenação do vencido ao reembolso dos honorários do assistente técnico, pagos pelo vencedor, quando cabe perfeitamente a fixação, pela sentença, do valor a reembolsar a este título, limitando o arbítrio da parte, na remuneração ao seu assistente, para este efeito.

Normalmente os honorários do perito devem ser fixados em decisão interlocutória irrecorrível, e pode, inclusive, ser requerido o seu arbitramento antes de entregue o laudo.

Daí resulta que pelo fato de haver o Dr. Juiz incluído formalmente na sentença a aludida decisão, não tem a apelação acaso interposta o efeito de suspender a exigibilidade do pagamento dos aludidos honorários.

A conexão meramente formal não desnatura o referido arbitramento.

Se os honorários dos peritos constituem, sem sombra de dúvida, custas (art. 57 do CPC), e o seu pagamento deve ser efetuado, em regra, logo após a conclusão do ato (art. 55), estão os mesmos abrangidos pela norma do art. 56, § 2º, do CPC, que se refere às custas devidas até a audiência, cujo pagamento constitui encargo do interessado, antes da interposição do recurso, o que demonstra que não pode a apelação ter efeito suspensivo sobre o referido encargo, ou antes da execução da sentença, preceito que na prática tem sido abrandado, mediante admissão da satisfação deste ônus após a interposição do recurso, e antes de sua subida, levantada a respectiva conta, para tanto, como se fez na espécie, sem embargo do ensinamento em contrário de Pontes de Miranda, para quem pode o não-pagamento das custas, exigidas antes da interposição do recurso, obstar a sua admissibilidade, mas admitido este não mais

pode o Juiz obstar o seu seguimento, tendo o art. 56, § 2º, do CPC, uma eficácia impeditiva, mas não eficácia desconstitutiva (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. I, pág. 398).

Assim, havendo decisões no sentido de que subindo o recurso sem o pagamento das custas previsto no artigo 56, § 2º, fica sanada a omissão (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. I, pág. 397), e pela sanção se as custas vierem a ser pagas antes do julgamento, ou *a fortiori*, se antes da subida, como esclarece o mesmo jurista (*ob. cit.*, pág. 396), dever-se-á admitir que o Juiz, antes da remessa dos autos, possa exigir a satisfação do aludido encargo, pelo recorrente, com o que se concilia a finalidade visada pelo art. 56, § 2º, do CPC, com as necessidades práticas, e a quase impossibilidade de serem pagas as custas no prazo de interposição do recurso, sobretudo em se tratando de agravo, com o levantamento prévio da respectiva conta.

Tem, é certo, o Tribunal algumas vezes, no julgamento de apelações, decidido quanto ao montante de honorários dos peritos, e assim também já o fiz (Apelação Cível nº 20.577 e Apelação Cível nº 27.210), revendo o arbitramento efetuado pelo Juiz, e reduzindo-o, se excessivo; na verdade, porém, a matéria não se compreende na lide, ainda que possa ter sido formalmente incluída na sentença, e esteja o arbitramento sujeito a este controle, que alguns Regimentos de Custas atribuem ao Tribunal, inclusive de ofício, ao julgar o recurso, pelo que em voto proferido na Apelação Cível nº 27.210, sustentei o não cabimento do recurso do perito, tendo por objeto dito arbitramento de seus honorários.

A tese defendida pela agravante conduz, outrossim, à consequência injusti-

ficável de ficar o perito, que realizou o seu trabalho, e tem direito ao recebimento imediato de sua remuneração, como já acentuado, na dependência do julgamento da apelação, e talvez de embargos ao acórdão, assim ligado à sorte do expropriado ou do expropriante, quando na verdade nada tem a ver com a solução da lide.

Nessas condições, não obstante as decisões invocadas pela agravante, e com a devida vênia, o meu voto é no sentido de negar provimento ao agravo.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Moacir Catunda: Sr. Presidente. *Data venia*, divirjo do eminente Relator. Entendo que os honorários de perito só entram em linha de custas quando contados de acordo com as tabelas baixadas com o respectivo Regimento de Custas. Se o Juiz, ao invés de aplicar a tabela, fixa os emolumentos do perito na quantia que acha justa, ao seu alvedrio, e a parte vencida discorda do seu arbitramento, a mim me parece que ta's emolumentos legitimamente não entram em linha de custas e que o recorrente não é obrigado a pagá-los antes da decisão final de Segunda Instância, que os tenha aprovado. Ora, se a quantia fixada pelo Juiz foi impugnada, tornando-se assunto controvertido, a ser decidido pela instância recursal, juntamente com a apelação validamente interposta, razoavelmente não será possível compelir o apelante a pagá-la, como condição da subida da apelação.

Consoante a norma do § 2º do art. 827 do CPC, o escrivão não será obrigado a remeter os autos à Secretaria do Tribunal sem o pagamento das despesas do preparo e remessa, isto é, sem que o apelante haja pago as custas vertidas a partir da interposição do recurso e as despesas de remessa do processo pelo correio, somente. E como os emolumen-

tos do perito, discricionariamente fixados pelo Juiz, evidentemente não se inserem entre as despesas previstas no § 2º do art. 827 do CPC, sou porque o despacho recorrido agrava o direito do recorrente, pelo que dou provimento para determinar a subida da apelação, independente da exigência constante do despacho agravado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Preliminarmente, foi conhecido o recurso à unanimidade; e, *de merito*, negou-se-lhe provimento, contra o voto do Sr. Min. Moacir Catunda. O Sr. Min. Henrique d'Ávila votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. M.n. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 31.777 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha

Agravante — Amadeu Carlos de Souza

Agravada — União Federal

EMENTA

Ações de alçada. Agravo de instrumento da decisão que denegou agravo da que deixara de receber a apelação, sob a invocação da Lei n.º 4.290/63, que alterou o art. 839 do Cód. de Proc. Civil, para elevar para duas vezes o salário-mínimo regional o valor das chamadas ações de alçada, em que se não admite outro recurso senão os de embargos. Quando ajuizada a ação, em 1963, e dado à causa o valor meramente convencional de Cr\$ 100.000,00, o maior salário-mínimo regional era Cr\$ 21.000,00. Na capital do Estado, onde correu a ação, era Cr\$ 17.800,00. Não se tendo demonstrado que, em 1965, data da interposição do recurso, o salário-mínimo, mesmo elevado de 100% e duplicado, fosse superior ao valor dado à causa, provê-se o recurso para determinar que se processe a apelação.

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

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

Brasília, 20 de setembro de 1971. —
Godoy Ilha, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): Amadeu Carlos de Souza propôs, nos autos de 1963, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Co-

marca de Curitiba, no Estado do Paraná, uma ação de indenização contra a União Federal pela abusiva apreensão de 290 sacas de café em grão, prontas para exportação, dando à causa, na petição inicial datada de 25 de setembro de 1963, o valor de Cr\$ 100.000,00 (cruzeiros antigos), para efeitos fiscais.

A ação, inobstante não contestada dentro do prazo legal, foi julgada improcedente por sentença datada de 23 de abril de 1965 e, dela apelando o autor, o Juiz recebeu o recurso como embargos de nulidade e infringentes do julgado, face à nova redação dada ao art. 839 do Código de Processo Civil pela Lei n.º 4.290, de 5 de dezembro de 1963.

Agravou de instrumento o autor, mas o Juiz não o admitiu, o que deu ensejo a que novo agravo fosse interposto e acabou provido por esta Turma, *ut* autos em apenso, deu-lhe provimento, por acórdão de 2 de abril de 1968, assim ementado: “É defeso ao Juiz indeferir *in limine* o agravo de instrumento. Somente a instância superior poderá examinar os aspectos preliminares quanto ao seu cabimento”.

Em obediência a essa decisão, formouse novo instrumento, já agora na 2ª Vara Federal do Paraná, devidamente instruído e processado.

Alega o agravante que o valor da causa não é o declarado na inicial, para efeito simplesmente fiscal, mas o seu valor real, posto que o valor das 290 sacas de café, já àquele tempo, ultrapassava o de dois salários-mínimos, posto que o salário-mínimo, à data do ajuizamento da ação, era de Cr\$ 21.000,00 (cruzeiros antigos), fixado pelo Decreto nº 51.613, de 3 de dezembro de 1962, e, portanto, mesmo que se admitisse a aplicação da Lei nº 4.290/63, o recurso cabível da sentença seria o de apelação.

Contraminutou a agravada, sustentando que a lei vigente na data da sentença é que determina o recurso, entendimento esposado no parecer da Ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, no sentido da confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Godoy Ilha (Relator): Estou em que o valor dado à causa na inicial foi meramente convencional, posto que de manifesta evidência que o valor das 290 sacas de café, mesmo à época em que foi ajuizada a ação, era muitas vezes maior.

À data da propositura da ação, 25 de setembro de 1963, o maior salário vigente no País, fixado pelo Decreto nº ..

51.613, de 13 de dezembro de 1962, era de Cr\$ 21.000,00 (cruzeiros antigos) “para São Paulo, e de Cr\$ 17.800,00 para o Paraná”.

Vigia, ainda, na sua redação original, o art. 839 do Código de Processo Civil, que assim dispunha: “Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros (Cr\$ 2.000,00), só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração”.

Logo a seguir, a Lei nº 4.290, de 5 de dezembro de 1953, deu àquele dispositivo processual a seguinte redação: “Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a duas vezes o salário-mínimo vigente nas capitais respectivas dos Territórios e Estados, só se admitirão...”

À data em que foi proferida a sentença e interposta a apelação, abril de 1965, não se comprovou qual o quantitativo do salário vigente na Capital do Estado do Paraná que, em 1963, era de Cr\$.. 17.800,00 (cruzeiros antigos), sendo certo que o salário-mínimo regional decretado para 1965, mesmo aumentado de 100% e duplicado, seria de valor inferior ao de cem mil cruzeiros dado à ação, de onde se conclui que o valor da causa era superior a duas vezes o salário-mínimo regional, excluída a ação, assim, da alçada estabelecida pela mencionada Lei nº 4.290.

Mesmo que se aplicasse a nova lei, de caráter processual, às ações em curso, mister se faria provar que o valor ficto dado à causa era, por ocasião da interposição do recurso, realmente inferior a dois salários-mínimos regionais, sobretudo quando se tem decidido que “a lei vigente na data da sentença é que determina o recurso cabível (*Rev. Trimestral de Jurisprudência*, 41/426).

Dou, assim, provimento ao agravo para determinar que se processe à apelação interposta pelo agravante.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso, por decisão unânime. Os Srs. Mins.

Amarílio Benjamin e Decio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 28.257 — BA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre

Recorrente de Ofício — Juiz dos Feitos da Fazenda Nacional

Agravante — União Federal

Agravado — José Joaquim de Carvalho

EMENTA

Terrenos acrescidos de marinha, na construção do Porto de Salvador. As vendas realizadas o foram do domínio útil. Devida a taxa de ocupação.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para julgar procedente a ação fiscal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 14 de maio de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): Trata-se de Executivo Fiscal movido pela Fazenda Nacional para cobrar taxa de ocupação de terreno de marinha e acrescidos.

Sustenta o executado nos Embargos, que a Companhia Docas da Bahia, na qualidade de concessionária das obras e serviços do Porto de Salvador, loteou extensa área de terra conquistada ao mar. Que essas obras foram executadas mediante contrato com a União que, pela sua cláusula 38, outorgou à Docas, durante o prazo da concessão, além do usufruto dos terrenos de marinha, o usufruto dos terrenos desapropriados e dos

que fossem aterrados, devendo vender ou arrendar os que fossem desnecessários aos fins da concessão.

Prosegue o executado em sua defesa afirmando que a Cia. Docas, quando vendeu terrenos de marinha desnecessários aos fins da concessão, não vendeu apenas o domínio útil, mas, sim, o domínio pleno, eis que nunca fora foreira.

Impugnando os embargos, expõe a Fazenda Nacional que o executado não é titular do domínio pleno do terreno em causa, visto como o que adquiriu da imobiliária vendedora foi apenas o seu domínio útil.

Pela Sentença de fls. 37/37-v, o feito foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a “Cia. Docas da Bahia”, legalmente autorizada pela União Federal, vendeu à “Cia. Imobiliária da Bahia” os terrenos de zona conquistada ao mar, desnecessários aos fins da concessão. Que o lote havido pela ora agravante é do seu domínio pleno, sendo, assim, indevida a taxa de ocupação cobrada, porque a União, depois de ter transferido o domínio pleno do imóvel, não pode cobrar tributo somente cabível a quem tem domínio útil.

Houve recurso *ex officio* e Agravo de Petição por parte da União Federal, on-

de é citado Acórdão deste Tribunal, proferido no Agravo de Petição número 17.696, Sessão de 9-11-65, no sentido de serem devidos laudêmios e taxa de ocupação nos terrenos de marinha da “Cia. Docas da Bahia”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre*: A matéria versada nestes autos foi exaustivamente apreciada pelo colendo Supremo Tribunal, à oportunidade do julgamento do Mandado de Segurança nº 17.957, impetrado pela “Cia. Docas da Bahia” contra o Senhor Presidente da República (Relator, Ministro Aliomar Baleeiro — DJ de 23-8-63, pág. 3.184).

O Pretório Excelso, nessa ocasião, assim decidiu:

“Os terrenos desapropriados e acrescidos de marinha, oriundos do aterro para construção do Porto de Salvador, pertencem ao domínio da União, segundo legislação vetusta, sempre reafirmada por novos e sucessivos diplomas sobre o assunto.

Na concessão de Serviço Público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao cessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (Constituição de 1946, art. 151 e §; Constituição de 1967, art. 160).

Efeitos da cláusula 38 do contrato para exploração do Porto da Bahia, aprovado pelo Decreto número 14.417/20.”

A “Cia. Docas da Bahia” é titular de concessão, cujo contrato foi consolidado em 3-11-1920, lavrado de acordo com

as cláusulas aprovadas pelo Decreto nº 14.417, de 16-10-1920, posteriormente alterado pelo Decreto nº 18.855, de 25-7-1929.

Por esse contrato, ficou garantido à “Cia. Docas”:

1) — o usufruto dos terrenos acrescidos necessários à construção do Porto de Salvador (Cl. 4ª do contrato de 3-11-1905);

2) — o usufruto dos terrenos desapropriados e que forem aterrados.

Pela cláusula 38 do contrato de 1920, ficou estipulado que:

“Durante o prazo da concessão a Companhia terá, além do usufruto dos terrenos de marinha de que trata o § 4º da cláusula 2ª, o usufruto dos terrenos desapropriados e dos que forem aterrados, devendo arrendar ou vender, nos prazos que o Governo determinar ou conceder, os que forem desnecessários aos fins da concessão, respeitadas no fim daquele prazo as disposições da Lei nº 4.705, de 22 de fevereiro de 1968, quanto aos terrenos de marinha”.

Esta cláusula repete a de nº 9, do Decreto nº 9.293, de 8 de janeiro de 1912.

O terreno do qual a Fazenda Nacional pretende cobrar taxa de ocupação, resulta da construção do Porto de Salvador, iniciada em 1912, que recuou o mar a quase um quilômetro. É, assim, um terreno “acrescido de marinha” e, portanto, do domínio da União.

A tal propósito, esclarecedoras as palavras do Ministro Aliomar Baleeiro, contidas no voto prolatado no Mandado de Segurança nº 17.957, já referido.

Sustenta o emérito Ministro, que os terrenos “acrescidos de marinha” no Porto de Salvador, “desde os tempos da Coroa Portuguesa, foram reservados à Fazenda.”

“Ou fossem para pesca, ou para a integração, os reis lusitanos não admitiam que o particular, proprietário da terra à beira-mar, pretendesse o domínio e a posse da praia ou da orla marítima, que se entendia pública, para uso comum de “todos os moradores” (p. ex.: Alvará de 10-1-1732). Embora não codificado nessa parte, o Direito luso já existia e tomou forma, depois da Independência, com a lei de . . . 15-11-1831 e o Decreto nº 4.105, de 22-2-1868.

Não só as 15 braças craveiras do preamar médio de 1831, mas também todos os terrenos que se tiverem formado natural ou artificialmente ao longo do mar e dos rios, até onde, nestes, se faz sentir a influência dos mares. Enfim, os designados como os “acrescidos à faixa das marinhas”.

Antes da Independência, há vários atos da Coroa Portuguesa ou de seus delegados, concedendo aforamento de marinha, inclusive “acrescidos” para cais, trapiches e estabelecimentos particulares, que jamais levantaram dúvida sobre o domínio real dessas áreas. E as autoridades coloniais sempre repeliaram os que pretendiam a posse, sem título especial, dessa faixa (. . .). Logo, não pode haver controvérsia sobre o domínio da União quanto aos terrenos conquistados ao mar, como já lhe pertencia a propriedade nua do solo onde existiam os seculares trapiches do Xixi, hoje Av. Jequitaiá. Os mapas conservados no livro de L. Vilhena, escrito no fim do século XVIII ou primeiros anos do século XIX, e publicado pelo Estado da Bahia no Governo Seabra, mostram qual era a situação da praia naquele tempo. E nos arquivos da Impetrante há inúmeras plantas do *statu quo ante* 1912.

Lembro-me de as ter utilizado, na minha juventude, em demandas de particulares sobre os antigos trapiches desapropriados e revendidos”.

Noutra parte do seu magnífico e erudito voto, o Ministro Baleeiro destaca:

“A impetrante, pelos arts. 151, e §, da Constituição de 1946, e 160, II, da Constituição de 1967, auferirá sempre gozo de tarifa adequada não só para manutenção e ampliação de seus serviços, mas também para remuneração e amortização de seu Capital efetivamente investido e tombado, de sorte a recuperá-lo, quando, finda a concessão, os equipamentos reverterem à concedente.

.....
Uma concessão por um prazo de 60 ou mais anos não tem o direito de impedir que o Poder concedente aja como lhe parecer mais justo, mais compatível com as circunstâncias dos novos tempos e mais conveniente ao interesse público.

A geração que trabalhou e governou em 1905 já acabou. As novas gerações, os que estão nascendo agora e vão viver até 1995, não podem ficar vinculados a isto, contanto que se salvasse aquele equilíbrio financeiro, sem o qual a concessionária não poderá manter-se e manter o serviço, sem reaver seu capital.

Mas, durante o prazo da concessão, o legislador federal poderá regular o assunto discricionariamente, mantendo ou retirando a delegação para venda de seus bens confiados à concessionária e dispondo como lhe parecer melhor sobre o destino e administração desses elementos do patrimônio nacional. Poderá rescindir o contrato a qualquer momento e, nesses casos, não deverá mais do que o investimento efetivo ainda não amortizado.”

A questão vem sendo diferentemente julgada no Colendo Supremo Tribunal Federal.

No sentido de que os terrenos vendidos estavam sujeitos ao pagamento da taxa de ocupação, citam-se os seguintes Acórdãos proferidos nos Recursos Extraordinários n.ºs 57.210 (Relator, Ministro Vilas Boas), 56.892 (Relator, Ministro Evandro Lins), 56.732 (Relator, Ministro Gonçalves de Oliveira).

Filho-me a essa corrente jurisprudencial porque, como está no voto do Ministro Baleeiro em citação, a Cia. Docas da Bahia só poderia ter vendido o domínio útil, até pela inalienabilidade inerente aos terrenos de marinha, segundo legislação velhíssima e sempre reafirmada.

Dou provimento aos recursos.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Godoy Ilha: *Data venia*, mantenho a sentença, nos termos do voto que proferi no Agravo de Petição n.º 28.857, assim redigido:

“O Sr. Min. Godoy Ilha: Tenho a decisão por incensurável, reportando-me ao voto que, em hipótese rigorosamente idêntica, proferi no julgamento do Agravo de Petição n.º 20.142, assim redigido:

“Trata-se de matéria muito conhecida no Tribunal e o entendimento sustentado na sentença de que se recorre tem logrado, salvo uma ou outra decisão em contrário, os sufrágios deste egrégio Tribunal.

Pretende a União Federal haver da agravada a quantia de Cr\$ 872.575,80, proveniente de “Taxa de Ocupação” até o ano de 1946, que se alega incidente sobre os terrenos havidos por compra feita à Companhia Imobiliária da Bahia que, por sua vez, os adquiriu da Companhia Cessionária das Docas

da Bahia, atual Companhia Docas da Bahia, que esta conquistou do mar, com o aterramento de uma área de 59.148,40 m², considerada excedente às necessidades dos serviços portuários e que, devidamente autorizada pelos Decretos n.ºs 9.293, de 3-1-1942, e 14.417, de 16-10-1920, aprovados pela Lei n.º 4.110, de 31-8-920, alienou à Companhia Imobiliária da Bahia e dentro de cuja área se encontram os terrenos havidos pela agravada.

A Cia. Docas da Bahia transferiu à Companhia Imobiliária da Bahia o domínio pleno da mencionada área, e fê-lo com assento na cláusula 38 do aludido Decreto n.º 14.417, de 1920, *in verbis*:

“Durante o prazo da concessão, a Companhia terá, além do usufruto dos terrenos de marinha, de que trata o parágrafo 4º da cláusula 2ª, o usufruto dos terrenos desapropriados e dos que forem aterrados, devendo arrendar ou vender, nos prazos que o Governo determinar ou conceder, os que forem desnecessários aos fins da concessão.”

E esclarece a sentença, que a área aterrada pela concessionária e considerada desnecessária aos serviços do porto foi vendida à citada Companhia Imobiliária da Bahia pela quantia de Cr\$ 1.774.452,00, que entrou na tomada de contas para ser levada à amortização do capital empregado nas obras do porto, na forma do parágrafo 2º da referida cláusula 38, com a aprovação do Tribunal de Contas da União, independentemente de pagamento de laudêmio, por se tratar de alienação do domínio pleno, conforme Aviso n.º 122, de 7-6-933, e não de simples transferência de domínio útil, como pretende a exequente, com apoio em decisão que teria sido proferida pelo Conselho de Terras da União.

A matéria foi exaustivamente discutida pelo Tribunal no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.200, impetrado pela Cia. Docas da Bahia, em que prevaleceu o voto do Relator, Ministro Elmano Cruz, de que, no caso da invocada cláusula contratual, não se tratava de usufruto, expressão usada impropriamente, mas de terrenos pertencentes ao domínio pleno da impetrante, e cuja alienação está isenta do pagamento do laudêmio e, por via de consequência, não sujeita ao regime de aforamento. Esse voto foi apoiado pelos Srs. Ministros Alfredo Bernardes, Sampaio Costa, Cândido Lobo e João José de Queiroz, divergindo, apenas, os eminentes Ministros Cunha Mello e Mourão Russell.

Salientando alguns votos vencedores que, ainda que a Cia. tivesse o uso e gozo, denominado usufruto, dos terrenos acrescidos com os aterros, ao tempo da concessão, desde que esses terrenos se tornaram desnecessários aos fins da concessão, estava a concessionária autorizada a arrendá-los ou a vendê-los, levando-se o seu preço à conta da amortização do capital empregado nas obras, agindo, nas transações, como delegada da União, que teria então o domínio pleno e não o domínio útil, e o produto apurado contabilizado à conta de amortização do capital na conta corrente mantida entre a concedente e a concessionária.

Essa decisão foi mantida pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 29.495.

Pretender-se, agora, cobrar taxa de ocupação dos imóveis, por parte dos adquirentes, é incidir no *bis in item*, posto que a concessária,

por ocasião da alienação feita na área conquistada pelos terrenos à Companhia Imobiliária da Bahia, teria levado o produto à conta da amortização do capital por ela investido na obra do porto.

Nem se argumente que, tratando-se de bens públicos, a sua alienação só teria lugar pela forma que a lei estabelecer, posto que a venda, expressamente autorizada pela citada cláusula 38 do decreto de concessão, tem a resguardá-la a competente autorização legislativa, através da Lei n.º 4.110, de 31-8-1920, que aprovou os decretos de concessão.

Por todo o exposto, nego provimento aos recursos para manter a decisão recorrida.”

O acórdão ficou assim ementado: “Terrenos de marinha; Taxa de ocupação; os terrenos alienados, de domínio pleno, estão isentos da taxa de ocupação”.

Dessa decisão recorreu extraordinariamente a União Federal, recurso que inadmiti, quando na presidência deste Tribunal, fundado em que a tese sustentada no voto do relator já fora sufragada em inúmeras decisões deste Tribunal, uma delas confirmada pelo egrégio Tribunal *ad quem* no julgamento do Recurso Extraordinário nº 29.495. A toda sorte, ilegal é a vindicada “taxa de ocupação”, só devida pelo mero ocupante de terras públicas”.

Ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, negou provimento o Pretório Excelso, como registra o nosso Protocolo.

Já em sentença, publicada na *Revista dos Tribunais*, vol. 50, assentou o ilustre Juiz Joaquim Laranjeira:

“Os terrenos conquistados ao mar pela Companhia Docas da Bahia e por ela vendidos a terceiros, com

autorização expressa do Governo Federal, são do domínio pleno dos compradores e não estão sujeitos a aforamento. A sua alienação não dependia de licença do Serviço do Patrimônio da União, nem estão sujeitos ao pagamento de laudêmios”.

E Miranda Valverde, convocado a emitir a sua valiosa opinião sobre a matéria ora controvertida, proclamou em parecer publicado na *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 14, págs. 480/483:

“Outorgado à empresa concessionária o direito de vender os terrenos de marinha e os acrescidos desnecessários aos fins da concessão, esses terrenos passam ao domínio pleno dos adquirentes, não estando jamais sujeitos a aforamento pela União.”

Outras decisões do Tribunal, embora sem a amplitude do que ficou assentado no referido Agravo de Petição nº 20.142, têm, contudo, proclamada a ilegitimidade da exigência, no caso, da requestada taxa de ocupação, como decidiu esta Turma, no julgamento do Agravo de Petição nº 17.678, de que foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, assim ementado:

“Terrenos de marinha. A venda, autorizada na cláusula 38 do contrato celebrado entre a Cia. Docas da Bahia e a União Federal, há de ser interpretada como cessão de usufruto. A taxa de ocupação, porém, só será devida com o escoamento da concessão respectiva.”

Essa decisão foi mantida, em grau de embargos, pelo Tribunal Pleno, em acórdão relatado pelo ilustre Ministro Moacir Catunda, de 14-11-66.

Também esta mesma 2ª Turma, no julgamento do Agravo de Petição nº

25.406, assentou, pelo voto vencedor do saudoso Ministro Oscar Saraiva:

“Companhia Docas da Bahia. Taxa de ocupação. Incabível sua cobrança em se tratando de terrenos de marinha, mesmo quando cedidos a terceiros por aquela concessionária de serviços públicos”.

Essas decisões, de qualquer modo, consagram a ilegitimidade da vindicada taxa de ocupação e não infirmam o entendimento por mim sustentado, de forma mais ampla, já ratificado pela suprema instância.

Releva, por último, salientar que esse entendimento foi reafirmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos embargos opostos pelo Bank of London and America Ltda., no RE nº 53.984, assim ementado:

“Terrenos de marinha. Acrescidos. Áreas desnecessárias à exploração da concessão do Porto de Salvador: Venda do domínio pleno pela Companhia Docas da Bahia. Taxa de ocupação indevida em tal caso. Precedentes do STF (RE 29.495 — ERE 29.495).”

Creio, assim, encerrada a controvérsia.

Nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, vencido o Sr. Min. Godoy Ilha, deu-se provimento ao recurso para julgar procedente a ação fiscal. O Sr. Min. Armando Rollemberg votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 28.929 — ES

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira

Recorrente — Juízo Federal no Estado, *ex officio*

Agravante — Prefeitura Municipal de Vila Velha

Agravada — Cia. Vale do Rio Doce S.A.

EMENTA

Executivo fiscal. Imposto de indústrias e profissões, tendo como fato gerador “atividade de depósito” ou “atividade de exportador”. Empresa de mineração, que utiliza locais situados no território do município, para o desembarque do minério desde as composições ferroviárias, com vistas a possibilitar apenas seu embarque, a seguir, em navios graneleiros. Essa atividade não é senão parte do complexo de atos, desde a extração em outro Estado até a exportação do produto. Caso em que não se tem como configurado o fato gerador do tributo. A invocação, na hipótese, da legislação do imposto único sobre minerais do País somente é possível a partir da Lei número 4.425, de 8-9-1964. Confirmação de sentença que julgou improcedente executivo fiscal.

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

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1970. — Márcio Ribeiro, Presidente; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): A Prefeitura Municipal de Vila Velha, Estado do Espírito Santo, moveu executivo fiscal contra a Cia. Vale do Rio Doce S.A., para haver a importância de Cr\$ 1.183.146.063 antigos (um bilhão, cento e oitenta e três milhões, cento e quarenta e seis mil e sessenta e três cruzeiros velhos), proveniente de impostos de indústrias e profissões, licença comercial e demais tributos adi-

cionais, relativos a janeiro de 1961 a setembro de 1964, devendo acrescer-se de correção monetária, juros de mora, custas e honorários de advogado, tudo conforme inicial, de fls. 2.

Instruiu o pedido com certidão de inscrição, em dívida ativa, do débito. Anotou-se, aí, que este é oriundo dos tributos mencionados incidentes sobre “depósito de minério de ferro” da ré.

Lavrado auto de penhora de bens, às fls. 10, embargou o executivo a Cia. Vale do Rio Doce S.A., em longo trabalho, de fls. 15/23: (lê).

Impugnou a Prefeitura, autora, os embargos e documentos, de fls. 33/55, em alentada exposição, de fls. 59/63: (lê).

Saneador, com rejeição das preliminares, às fls. 64/65, irrecorrido.

Razões finais das partes: às fls. 67/69 (autora) e fls. 70/72 (ré) e Dr. Procurador da República.

Em bem fundamentada sentença, às fls. 73/85, o Dr. Juiz Federal Romário Rangel julgou improcedente a pretendida ação condenando a autora nas

custas e honorários advocatícios, à base de 10% sobre o valor da causa.

A par do recurso de ofício, a autora agravou, às fls. 91/96: (lê).

Contraminuta da ré às fls. 100/104: (lê).

Mantida a sentença, às fls. 105, vieram os autos a este egrégio Tribunal, onde oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 113, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Assento *legis* para o lançamento, objeto desta ação, é a Lei Municipal nº 394, de 18-12-1957, cujo art. 66, § 2º, dispunha, *verbis*:

“São considerados como estabelecimentos distintos e como tais sujeitos à inscrição, lançamento e pagamento do imposto, os escritórios, depósitos, armazéns e outras dependências existentes no Município, pertencentes a empresas sediadas fora dele, ainda que nessas dependências não se efetuem transações de compra e venda.”

As fls. 60, impugnando os embargos da ré, observa a exequente:

“A atividade de Depósito da Recorrente está por demais patenteada. Mantém ela estocadas grandes quantidades de minério de ferro em seus silos de Paul, no morro do Atalaia, à espera de embarques em navios de várias nacionalidades. Não é preciso que o imóvel onde estejam as mercadorias pertença à executada. O importante é que ela faz daquele ponto o depósito de suas mercadorias.”

Adiante, sustenta a autora, às fls. 60/61:

“No Município de Itabira estava caracterizada uma das fases da ati-

vidade da executada, que é a mineração. Lá é ela mineradora; aqui é a depositária do produto minerado e, no Rio de Janeiro, mantém escritórios centrais de Administração.”

Procurando distinguir sua situação da dos demais municípios por onde cruzam os trens da E. F. Vitória a Minas, anota a autora, às fls. 62, *verbis*:

“Em nosso território está localizado o famoso Cais de Minérios de Paul, o qual serve de cartão de apresentação e marco de progresso do território espírito-santense. Essa condição pode não ser reconhecida pela executada, mas o é internacionalmente.”

A ré extrai minério no Município de Itabira, Minas Gerais, onde também é o mesmo preparado, exportando-o, a seguir, pelo Porto de Vitória.

Destacou, nesse sentido, o Dr. Juiz *a quo*, às fls. 79/80, *verbis*:

“O minério é preparado naquele município mineiro, no complexo mecanizado da Vale do Rio Doce, e de lá sai, em vagões ferroviários, em demanda do porto, para embarque em navios que se destinam a portos internacionais, conforme os contratos de venda fechados pela alta administração da companhia, sediada no Estado da Guanabara, com compradores estrangeiros.

Logo, da saída das jazidas de Itabira, até seu destino derradeiro, o minério está em trânsito. As paradas do minério durante o seu transporte, desde que sai do complexo mecanizado de Itabira, até seu destino, no estrangeiro, não induzem que deixou de estar em tráfego, que parou de ser transportado. Mesmo que a viagem do minério seja interrompida, por necessidades várias (o que pode ocorrer por inúmeros

motivos, desde o descarrilhamento dos vagões, até a parada em determinadas estações por efeito de defeitos de ordem técnica nas locomotivas ou nas linhas férreas), isto não quer dizer que se concluiu, que findou o tráfego, pois o minério não deixou de ficar sob o poder da Companhia.

O minério sai de Itabira por via férrea, e como deve prosseguir viagem por mar para chegar ao seu destino, já que não é consumível no Espírito Santo, evidentemente deve ser descarregado dos vagões ferroviários para ser embarcado em navios graneleiros.

Os trens da Cia. Vale do Rio Doce correm, dia e noite, no afã de transportar o minério de ferro que se destina à exportação. O que uma composição ferroviária transporta é carga muito inferior a que comporta um navio cargueiro. Assim, as composições ferroviárias (as maiores do mundo), à medida que chegam ao cais, descarregam o minério em embarcadouros próprios para ser, oportunamente, à chegada dos navios, reembarcado em seus porões.

A esse cais de embarque, que acumula o minério trazido nas composições ferroviárias para ser reembarcado nos navios, a municipalidade de Vila Velha chama depósito ou silo (fls. 60). E sobre essa “atividade de depósito” (?) quer fazer incidir o imposto de indústrias e profissões. Mas esse depósito, ou esse cais, recebe o minério que ainda está em trânsito, minério cujo tráfego não foi interrompido, pois não chegou ao seu destino derradeiro. O minério está, pode-se dizer, em breve descanso, para, em seguida, prosseguir sua longa jor-

nada por mar em busca de outros países.”

De registrar é, outrossim, esta passagem dos debates orais, em que a ré sustenta, às fls. 71:

“A executada não mantém nenhum depósito de minério no Município de Vila Velha. O que aqui possui é um complexo mecanizado que recebe o minério, os vagões ferroviários, e, por um sistema moderno de transportadores, é, no mesmo instante, colocado nos porões dos navios.

Paga a empresa, pela utilização da faixa portuária em Paul, à administração do Porto de Vitória, por força contratual, certa quantia que é revista pelo Ministério da Viação quase que anualmente, na qualidade de usuária do cais de Atalaia.”

Ora, ao que se depreende dos autos, o fato gerador do imposto pretendido é o exercício pela ré, no território do município autor, de “atividade de depósito” ou de “atividade de exportador”.

Nesse sentido, também, a decisão agravada bem apreciou a matéria, demonstrando a inviabilidade de ter-se a situação da ré como suscetível da impositividade fiscal pleiteada. Sinalou S. Ex^a, às fls. 82/84:

“O Dr. Procurador da Prefeitura de Vila Velha ora fala em “atividade de depósito” (fls. 60), como fato gerador do Imposto de Indústrias e Profissões, ora fala que o imposto incidia sobre a “atividade de exportador” (fls. 62, nº 7) da Vale do Rio Doce. Em face disso, não se sabe bem sobre que atividade da executada pretende a Prefeitura cobrar o imposto: se sobre a “atividade de depósito”, ou se sobre a “atividade de exportador”.

Analisemos...

“Atividade de depósito” é coisa meio confusa. O sentido dessas palavras é dúbio e pode ser compreendido como sendo a atividade de alguém que exerça, por profissão, ou ofício, o mister de depositar alguma coisa em algum lugar, ou pode ser entendido como a atividade de alguém que tivesse por ofício receber, para guardar, alguma coisa que lhe houvesse sido entregue.

... Depositante — no 1º caso;

... Depositário — no 2º caso.

No segundo caso deve-se considerar que o presumido devedor do Imposto de Indústrias e Profissões deveria ter por profissão a atividade de manter em depósito algum bem, e que essa atividade profissional fosse exercida com objetivo econômico, isto é, com o propósito de obter remuneração ou outro qualquer proveito: casa de penhor, casa bancária, armazéns gerais, etc.

No primeiro caso, a atividade é intributável. Pelo que se sabe não há nenhuma profissão, arte ou ofício, que se destine a ser depositante...

Mas, a Vale do Rio Doce não exercia, como não exerce, a atividade de depositária, como atividade profissional, nem com fim econômico. Depositando o seu minério, no cais de Paul, fazia-o para um único e exclusivo fim — aguardar o seu embarque nos navios graneleiros, para prosseguir o seu caminho até seu destino derradeiro. A Vale é, e era, depositante e depositária de seu próprio minério no cais de Paul, não como atividades isoladas, mas como consequência forçada de sua atividade principal de mineradora e exportadora de minério de ferro.

Como, pois, falar-se, com propriedade, em fato gerador do Imposto de Indústrias e Profissões nas hipóteses aventadas de atividades da executada, se, na lição do eminente jurista Aliomar Baleeiro, citada pelo próprio procurador da exequente, o legislador, para decretar a obrigação de pagamento do imposto de indústrias e profissões está adstrito à verificação, em caso concreto, do fato gerador deste tributo, isto é, o exercício de profissão ou indústria?

... Entender-se-á como profissão o efetivo exercício de atividade material ou intelectual com o objetivo econômico, ou seja, o de obter remuneração ou qualquer proveito (*R.F.*, 127/89-90).

Logo, não há que se falar, no caso dos autos, em atividade de depósito, que isto nunca poderia constituir fato gerador do Imposto de Indústrias e Profissões, na hipótese dos autos.

Quanto à atividade de exportador a coisa é mais séria. Ao Município falecia competência para tributar a atividade de exportador da Cia. Vale do Rio Doce.

Derivado de exportar — exportador é o comerciante ou estabelecimento comercial que envia, através de negociações com o estrangeiro, mercadorias locais para o seu consumo. Essa atividade, se exercida pela Vale do Rio Doce, não é praticada na circunscrição territorial do Município de Vila Velha. Os contratos de venda do minério para o exterior não são firmados neste Estado, e muito menos em Vila Velha. Não confundir a ação material de embarcar, com o exercício da atividade comercial de exportar. Aqui se processa, pura e simplesmente, o embarque do minério. On-

tem pelo cais de Paul. Hoje, também, pelo cais de Tubarão.

Ora, a Vale do Rio Doce, como todos sabem e a própria exequente conhece, tem na Capital do Espírito Santo um de seus departamentos, o “Departamento da Estrada”, que não é o responsável pelos negócios comerciais da empresa.

O que no cais de Paul se opera é o embarque do minério, isto é, a sua acomodação a bordo dos navios, em obediência às determinações superiores, oriundas de sua alta administração. Ao receber a ordem de embarcar o minério, o “Departamento da Estrada”, ou quem quer que seja sediado em Vitória, promove o ato material do carregamento do navio. Nada mais. Não é o Departamento da Estrada que é o exportador, ou que exerce a atividade de exportador.

Se a Vale do Rio Doce não exerce tal “atividade profissional” em Vila Velha, é claro que não pode ser tributada pela Prefeitura Municipal de Vila Velha, pois esta estaria ultrapassando o seu poder de tributar.”

Não cabe, na espécie dos autos, efetivamente, ver-se exercício de profissão ou atividade concernentes a armazéns gerais, silos, depósitos de qualquer natureza ou realização de serviços de carga, descarga, arrumação e guarda dos bens depositados. Se terceiro assim procedesse quanto ao minério de propriedade da ré, ou destinado a embarque, de admitir-se seria, em princípio, que estivesse sujeito ao imposto municipal em foco. Acontece que, *in hoc casu*, a própria Cia. Vale do Rio Doce S.A., nas operações atinentes a seu ramo de mineração, abrangentes da extração, beneficiamento, distribuição e exportação de minérios, como momento dessa complexa atividade, vem a utilizar locais de

desembarque do minério desde as composições ferroviárias, com vistas a embarcá-lo, a seguir, em navios graneleiros. Essa atividade não é senão parte do complexo que ocorre desde a extração até a exportação do produto. Não é possível, aí, ver com autonomia essa atividade sobre a qual postula a autora incida o tributo de sua competência. De assinalar é, ainda, que não fez a autora prova de atividade profissional da ré, como quer na impugnação aos embargos.

Não vejo assim configurado fato gerador do imposto de indústrias e profissões, na espécie.

Sob outro aspecto, ainda, caberia examinar a questão, qual seja, a da unicidade e exclusividade do Imposto Único sobre Minerais do País.

Estabeleceu a Constituição Federal, de 1946, em seu art. 15, III, e § 2º, *verbis*:

“Art. 15. Compete à União decretar impostos sobre:

I e II — *omissis*;

III — produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos e gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica.”

§ 2º A tributação de que trata o nº III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal.”

Em torno desse dispositivo constitucional, no que tange aos minerais, for-

mou-se entendimento da sua não-auto-aplicabilidade até a superveniência de lei ordinária, que lhe inteirasse o instrumental de incidência. Examinando essa questão, em 1963, o eminente Carlos Medeiros Silva anotou:

“15. Com relação aos “minerais do País” não foi ainda baixada a lei complementar ao texto constitucional vigente, criando o imposto único; com este não se confunde o art. 68 do Cód. de Minas, com as várias modificações de redação que sofreu ao tempo da Carta de 1937” (Decreto-lei nº 5.247, de 12-2-43, *in Revista Forense*, vol. 205, págs. 54/55).

Nesse sentido, firmou-se, outrossim, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante numerosos acórdãos de suas Turmas, mencionados por Carlos Medeiros Silva, *in op. cit.*, págs. 55/58, observando, ainda:

“44. Os acórdãos do mais alto Tribunal do País são inequívocos e unânimes e focalizam os aspectos fundamentais da controvérsia, como sejam: a não-aplicabilidade automática do art. 15, nº III, da Constituição; o alcance restrito do art. 68 do Código de Minas, que não se confunde com o imposto único previsto na Constituição, que lhe é posterior; a legitimidade da cobrança pelos Estados, de impostos e taxas sobre minerais, enquanto a União não usar da faculdade que lhe reservou o texto constitucional, de estender, no que for aplicável, aos minerais, o regime estabelecido para os lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos.”

Esse ponto de vista vazou-se na Súmula nº 118, do STF, *verbis*:

“Estão sujeitas ao imposto de vendas e consignações as transações sobre minerais que ainda não estão

compreendidos na legislação federal sobre o imposto único.”

Pois bem, ensejando aplicabilidade à regra do art. 15, III, e § 2º, da Constituição de 1946, sobreveio a Lei nº 4.425, de 8 de outubro de 1964, que “cria o Imposto Único sobre Minerais do País; dispõe sobre o produto de sua arrecadação; institui o “Fundo Nacional de Mineração”, e dá outras providências”.

No art. 1º e respectivo parágrafo único, estabelece o diploma referido:

“Art. 1º Sobre quaisquer modalidades e atividades da produção, comércio, distribuição, consumo e exportação de substâncias minerais ou fósseis, originárias do País (inclusive águas minerais), mas exceptuados os combustíveis líquidos e gasosos, incidirá apenas o imposto único do art. 15, III, e § 2º da Constituição, cobrado pela União na forma desta lei.

Parágrafo único. Com exceção dos impostos de renda, selo e taxas remuneratórias de serviço prestado pelo Poder Público diretamente ao concessionário de que trata este artigo, o imposto único exclui a incidência de qualquer outro tributo federal, estadual ou municipal que recaia sobre os depósitos minerais, jazidas ou minas, sobre o produto em estado bruto dela extraído ou sobre as operações comerciais realizadas com esse produto *in natura* ou beneficiado por qualquer processo para eliminação de impurezas, concentração, uniformização, separação, classificação, briquetagem ou aglomeração.”

Definindo o fato gerador do tributo, dispunha o art. 2º, da Lei nº 4.425, nestes termos:

“Art. 2º Constitui fato gerador do imposto único sobre minerais a saída do produto do respectivo depósito, jazida ou mina, assim enten-

didada a área constante de licença, de autorização de pesquisa ou lavra ou, quando se tratar de material obtido por faiscação, garimpagem ou trabalhos assemelhados, a primeira aquisição aos respectivos produtores.”

Posteriormente, já na vigência da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que manteve, em seu art. 16, III, e parágrafo único, a federalidade e unicidade do imposto sobre “produção, circulação ou consumo de minerais do País”, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) definiu, no art. 74, o fato gerador do imposto sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País, nestes termos:

I — a produção, como definida no art. 46 e seu parágrafo único;

II — a importação, como definida no art. 19;

III — a circulação, como definida no art. 52;

IV — a distribuição, assim entendida a colocação do produto no estabelecimento consumidor ou em local de venda ao público;

V — o consumo, assim entendido a venda do produto ao público.”

Estabelece, ainda, o art. 75, do mesmo C.T.N.:

“Art. 75. A lei observará o disposto neste Título relativamente:

I — ao Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a incidência seja sobre a produção ou sobre o consumo;

II — ao imposto sobre a importação quando a incidência seja sobre essa operação;

III — ao imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias, quando a incidência seja sobre a distribuição.”

Dessa sorte, como é bem de ver, as operações a que se referiam as regras constitucionais, acerca de minérios, foram definidas, valendo-se o C.T.N. de conceitos pertinentes a outros tributos.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, embora conservando os princípios de federalidade, unicidade e exclusividade do imposto sobre minerais, assim previu as operações de incidência do tributo, em seu art. 22, X, e § 5º:

“Art. 22 Compete à União decretar impostos sobre:

I a IX — *omissis*:

X — extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

§§ 1º a 4º — *omissis*:

§ 5º Os impostos a que se referem os n.ºs VIII, IX e X incidem, uma só vez, sobre uma dentre as operações ali previstas e excluem quaisquer outros tributos, sejam quais forem a sua natureza e competência, relativos às mesmas operações”.

Na vigência da Carta Política de 1967, o Decreto-lei nº 334, de 12 de outubro do mesmo ano, alterou a Lei nº 4.425/1964, dispondo, no parágrafo único de seu art. 1º:

“Com exceção do imposto de renda e taxas remuneratórias de serviço prestado pelo Poder Público diretamente ao contribuinte do imposto de que trata este artigo, o imposto único exclui a incidência de qualquer outro tributo federal, estadual ou municipal que recaia sobre as operações comerciais realizadas com o produto *in natura*, beneficiado mecanicamente ou aglomerado por “briquetagem, nodulação, pelotização e sinterização”.

A seu turno, no intuito de adaptar o Regulamento do Imposto Único sobre os Minerais do País, aprovado pelo Decreto nº 55.928, de 14-4-1965, ao texto

da Constituição de 1967 e aos termos do Decreto-lei nº 334, de 12-10 1967, o Decreto nº 62.981, de 12 de julho de 1968, introduziu modificações no citado Regulamento do I.U.M.

Mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, *ex vi* de seu art. 21, IX, o disposto no art. 22, X, e § 5.º, da Constituição de 1967, editou-se o Decreto-lei nº 1.038, de 21 de outubro de 1969, que estabelece normas relativas ao Imposto Único sobre Minerais.

Dispõe o art. 2º e parágrafos do diploma legal aludido:

“Art. 2º A incidência do imposto único exclui a cota de previdência e qualquer outro tributo sobre os produtos minerais brutos, as operações de extração, tratamento, circulação, distribuição ou consumo das substâncias minerais ou fósseis”.

Dessa sorte, ressalvados o imposto sobre a renda e as taxas pela utilização de serviços públicos prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, quanto à extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País, enumerados em lei, vigem, entre nós, os princípios da unicidade, federalidade e exclusividade do imposto, o qual incide, uma só vez, sobre uma dentre as operações previstas, excluindo outros tributos, sejam quais forem a sua natureza e competência, relativos às mesmas operações (Constituição de 1967, art. 22, inciso X, e seu § 5º, Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 21, IX).

Tal entendimento, de resto, está sufragado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vê do R. E. nº 60.363 — PR, de que foi relator o eminente Ministro Raphael de Barros Monteiro, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Extração de minério. Pagamento do Imposto Único. Lançamento preferencial sobre o movimento econômico

anual. Sua inadmissibilidade face a Lei Federal regulamentadora. Concessão da medida heróica. A fabricação de cal hidratada visto já incidir no pagamento do imposto único — partilhável entre a União, Estado e Município — fica imune de qualquer outro tributo federal, estadual ou municipal, segundo dispõe a Lei Federal reguladora do ditame constitucional. A tributação do município excluída por expressa preceituação de Lei Federal, concedesse a segurança impetrada por ter se tornado incabível a incidência do imposto de Indústria e Profissões, face a redação de bitributação ocorrente. Aplicação da Lei nº 4.425 de 8 de setembro de 1964, art. 1º, parágrafo único. Recurso extraordinário não conhecido (*Diário da Justiça da União* de 10 de maio de 1968)”.

De todo o exposto, bem de ver é que, no período anterior à Lei nº 4.425, de 8-9-1964, não cabe invocar a legislação do Imposto Único sobre Minerais do País. Após, sim, a pretensão da autora se torna inviável, sob esse fundamento, também.

Na hipótese dos autos, que abrange o período de 1961 a 1964, a ação improcede, por não configurado fato gerador do imposto de indústrias e profissões, na espécie, bem assim por não caber a pretensão quanto a licença comercial e tributos adicionais, tudo em conformidade com as considerações supra.

Nego provimento aos recursos para confirmar a bem lançada sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negaram provimento aos recursos. Usou da palavra o Dr. Jefferson de Aguiar. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.187 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha

Agravantes — Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Indústria de Papelão e Caixas Andrade S.A.

Agravados — Os mesmos

EMENTA

Execução Fiscal promovida pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico. Confessada a impontualidade pela devedora, a alegada e não comprovada força maior não constitui escusa legal para o inadimplemento da obrigação, nem a libera da cláusula penal estabelecida no contrato. Inexistência do alegado cerceamento de defesa, consistente no pedido intempestivo de expedição de carta precatória para ouvida de testemunhas que deveria ser formulado no prazo estabelecido pelo art. 16, do Decreto-lei nº 960/38. Providência meramente dilatória, sem força para ilidir a obrigação, foi bem repelida pelo Juiz, face ao que dispõe o Decreto-lei nº 474/69, que ao dar nova redação ao art. 22 daquele diploma legal, acrescentou-lhe uns parágrafos, para deixar ao nuto do juiz a produção de prova oral. Todavia, não são devidos honorários de advogado, porque compreendidos na cláusula penal estabelecida no contrato. Desatendido o apelo do exequente para reembolso de despesas sem a necessária comprovação. Provido, em parte, o recurso do executado e negado provimento ao do exequente.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso do exequente e prover-se, em parte, o da executada para excluir da condenação os honorários de advogado, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1971. —
Godoy Ilha, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico promoveu, no Juízo da 3ª Vara da Justiça Federal da Guanabara, execução fiscal contra Indústria de Papelão e Caixas Andrade S.A., com sede em Campinas, no Estado de São Paulo, e

demais intervenientes no contrato de financiamento, por instrumento público, com garantia fidejussória e pignoratícia, para cobrar-lhes a quantia de NCr\$. . 370.849,04, apurada em 30 de agosto de 1968.

Intimados por carta precatória, os executados deixaram de efetuar o pagamento do crédito requestado pelo exequente, e, feita a penhora, defendeu-se apenas a Indústria de Papelão e Caixas Andrade S.A., alegando que a penhora não se limitara aos bens objetos da garantia real oferecida no contrato, mas alcançara bens de propriedade dos intervenientes, inobstante só depois da avaliação dos bens dados em garantia e verificada a insuficiência dos bens do devedor é que o Juiz poderia determinar o reforço da penhora, e impugnou os honorários de advogado e outras verbas não autorizadas pelo contrato.

O exequente replicou às fls. 156/157, o mesmo fazendo a União, na condição

de sua assistente, e o Juiz proferiu, de logo, sentença na causa, nos termos do Decreto-lei nº 474/68, considerando protelatório o protesto da executada por depoimento de testemunha em Campinas, por precatório, além de intempestivo, face ao que dispõe o art. 16 do Decreto-lei nº 960/38, além de que a presunção de liquidez e certeza da dívida dificilmente poderia ser elidida por prova testemunhal. Desprezou a defesa da executada, cingida a alegações vazias de conteúdo fático ou jurídico.

Deu pela procedência do executivo, condenando a executada e, solidariamente, os fiadores no pagamento do principal, pena convencional de 10%, juros moratórios, correção monetária, tudo conforme se apurar em execução, e nos honorários de advogado que arbitrou em 20% sobre o valor atribuído à causa, na inicial, de NCr\$ 500.000,00.

Exclui, todavia, a parcela referente às despesas postuladas pelo exequente, na importância de NCr\$ 846,60, porque, inobstante autorizado o seu reembolso pelo contrato, não tinham sido comprovadas.

Agravou o executado, alegando excesso de execução e cerceamento de defesa, fazendo-o por igual o exequente contra a exclusão da parcela antes mencionada, recursos devidamente processados.

Mantida a decisão, ascenderam os autos a este Tribunal, limitando-se a ilustrada Subprocuradoria-Geral a opinar pela confirmação da sentença, com o reembolso das despesas feitas pelos exequentes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Godoy Ilha (Relator): A executada confessou nos embargos a impontualidade em que incorrerá quanto às obrigações assumidas no contrato de mútuo, embora a justifique por mo-

tivos de força maior, sobretudo devido à exigüidade do prazo de carência estabelecido no contrato, o que não constitui excusa legal para o inadimplemento da obrigação, pois limitou-se, como alegado na inicial, a pagar, apenas, a primeira prestação, vencida ainda em 1967.

O agravo da embargante insiste no suposto excesso de penhora, mas este só poderá se verificar após a avaliação dos bens penhorados e irrelevante a circunstância da penhora ter alcançado bens particulares dos sócios Simão Podolsky e Herculano Gouvêa Netto, pois estes eram co-obrigados e co-réus na ação e sequer vieram aos autos, em nome próprio, para se defenderem e quando notório que os bens apenhados eram insuficientes para a garantia da dívida, tanto assim, que se impôs o reforço da garantia da dívida com a fiança daqueles co-obrigados. Os bens apenhados foram avaliados na escritura de financiamento em NCr\$ 331.100,00 e já à época da propositura da ação o débito alcançou o total de NCr\$ 408.189,94, conforme se vê da conta de fls. 70, lançada nos autos, em 29 de setembro de 1968, para o fim da expedição da precatória executória para a Comarca de Campinas (fls. 81/91). Não há que falar, assim, em excesso de execução, tanto que, a esta altura, o débito já atingiu soma mais vultosa, com os juros de mora e a correção monetária estipulada na escritura.

A agravante não se pode isentar da multa pelo inadimplemento da obrigação pactuada expressamente na cláusula 20 das condições gerais do contrato, *in verbis*:

“O Banco terá direito a uma pena convencional irredutível de 10% (dez por cento) sobre o que a creditada lhe dever do principal, juros, taxas e demais despesas em razão do contrato, tão logo seja despachada a petição inicial, se,

para haver o pagamento de qualquer das obrigações contratuais da creditada tiver de recorrer a meios judiciais, ainda que em processo de natureza administrativa.

Por outro lado, inexistente o alegado cerceamento de defesa, por não ter sido expedido carta precatória para inquirição de testemunhas na Comarca de Campinas.

Pelo despacho de fls. 164, determinou o Juiz que as partes especificassem as provas a serem produzidas. Publicado o despacho, o exequente desde logo declarou nada ter a requerer, *ut* petição de fls. 165, a executada permaneceu silente e, apesar do despacho ter sido publicado a 15 de outubro de 1969 (fls. 164v.), só a 6 de abril de 1970 (fls. 173) é que se lembrou de pedir expedição de precatória para ouvida de testemunhas, que não arrolou, sobre o item 7º da contestação, que versou sobre a ocorrência de força maior que a impossibilitava de cumprir o contrato.

Por isso, afirmou o relatório da sentença:

“Proferi o despacho de fls. 170, determinando a volta dos autos à conclusão para sanear, mas reexaminando o feito verifico que não há necessidade de qualquer prova a ser produzida em audiência, o que altera o rito do processo, face ao disposto no Decreto-lei número 474/68.

O protesto formulado pela executada, de “depoimento de testemunhas em Campinas, por precatória” é, evidentemente, protelatório e o meio escolhido, a esta altura, porque intempestivo, face ao que dispõe o art. 16 do Decreto-lei nº 960/38. Além disso, a presunção de liquidez e certeza da dívida dificilmente seria elidida por meio de prova testemunhal.

No mais, a defesa da executada se cinge a meras alegações vazias, sem qualquer conteúdo fático ou jurídico.

Pleiteou a executada a relevação “das penalidades e dos ônus pedidos na inicial, mas que merecem melhor embasamento jurídico para serem deferidos por este excelso Juízo Federal”; porém, isso não enfraquece a presunção de liquidez e certeza da dívida exequenda, que permanece íntegra.”

Segundo dispõe o art. 16 do Decreto-lei nº 960/38, no prazo de defesa é que o executado poderá indicar ou requerer as provas em que se funda, juntar aos autos as que constarem de documentos e, quando houvesse, o rol de testemunhas, não bastando o simples protesto genérico por produção de provas.

E o Decreto-lei nº 474, de 19-2-69, ao dar nova redação ao art. 22 do citado Decreto-lei nº 960, acrescentou-lhe o seguinte parágrafo único: “O Juiz deixará de proferir decisão imediata e designará, para um dos dez dias referidos neste artigo, hora para a audiência de instrução e julgamento da causa, se julgar necessária a produção de prova oral, requerida ou não pelas partes”.

E a prova testemunhal não tinha, como salientou a sentença, qualquer fundamento para ilidir o pedido.

Assim, sem procedência o que alegou a agravante. Todavia, estou em que lhe assiste razão quanto aos honorários de advogado que são realmente devidos nos executivos fiscais (Súmula 519) e o exequente goza, pelo seu ato institucional, dos privilégios da Fazenda Pública. Mas, há de convir-se que a cláusula penal já foi fixada para indenizar o credor das despesas judiciais, inclusive honorários, para exigir, judicial ou extrajudicialmente, o implemento da obrigação.

Portanto, apesar de fixados modicamente na sentença, estão os honorários compreendidos na cláusula penal.

O recurso do exequente não merece provido. A parcela vindicada de NCr\$ 946,60, porque não oferecidos os comprovantes da despesa o que nem agora, quando fosse possível, fez o exequente, limitando a um mero demonstrativo, sem qualquer comprovação do pagamento.

Isto posto, dou provimento, em parte, ao agravo da executada, para excluir da condenação os honorários de advogado, já compreendidos na cláusula penal, e

nego provimento ao agravo do exequente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento ao recurso do exequente e proveu-se, em parte, o da executada para excluir da condenação os honorários de advogado. Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Decio Miranda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.759 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. *Godoy Ilha*

Agravante — Tavares de Souza e Cia. Ltda.

Agravada — Administração do Porto do Rio de Janeiro

EMENTA

Executivo fiscal promovido pela Administração do Porto do Rio de Janeiro para cobrança da taxa de movimentação de mercadorias prevista pelo art. 6º do Decreto n.º 34.511, de 29-6-34, para as mercadorias que, por conveniência dos respectivos donos, deixarem de ser movimentadas pela Administração do Porto, no cais ou pontes de acostagem. Essas taxas constam da Tabela "N" da tarifa aprovada pela Circular nº 512, de 3-11-1960, do Ministério de Viação e Obras Públicas. De resto, o exequente está coberto pela coisa julgada, em face de acórdão desta Turma que cassou o mandado de segurança impetrado pela executada contra a cobrança da taxa, em que se decidiu que as firmas transportadoras de mercadorias, por via marítima, estão sujeitas ao pagamento da taxa de movimentação de mercadorias prevista na aludida Portaria. Nega do provimento ao agravo da executada.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): A ilustrada titular da 4ª Vara Federal da Seção da Guanabara julgou procedente o executivo fiscal, ali ajuizado pela Administração do Porto do Rio de Janeiro contra Tavares de Souza & Cia. Ltda., para cobrar-lhe a quantia de NCr\$... 154.856,74, por movimentação de mercadorias fora das instalações portuárias, consoante discriminação feita na certi-

dão de inscrição de dívida, acostada à inicial.

Irresignada, agravou a executada argüindo, preliminarmente, a nulidade do processo, por haver sido proferida sentença sem que lhe fosse dado produzir as provas pelas quais protestara nos embargos, sobretudo a prova pericial, de inafastável necessidade no caso, para comprovação de que não utilizou as instalações portuárias da exequente e, no mérito, a ilegalidade das taxas cobradas, sobretudo porque a autora não dispõe de instalações para as operações de desembarque de cimento a granel, transportado diretamente da fábrica para os seus armazéns no Caju.

Contraminado o agravo, ascenderam os autos ao Tribunal e à Subprocuradoria-Geral, subscrevendo as ilustradas razões da agravada, opina pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha (Relator): Sem qualquer procedência a nulidade invocada pela agravante. O Decreto-lei nº 474, de 19-2-69, deu nova redação ao art. 22 do Decreto-lei nº 960/38, facultando ao Juiz proferir sentença, se considerar desnecessária a produção de prova oral, requerida ou não pelas partes. A perícia pela qual protestara a executada e cujo pedido não chegou a formalizar era de todo dispensável, eis que a não utilização, por parte da embargante, das instalações portuárias da autora seria despicienda para o deslinde da controvérsia. Não houve, assim, qualquer cerceamento de defesa.

No mérito, improcedem as razões da agravante, como o demonstrou, à saciedade, a exequente.

A executada transporta material de construção, do Estado do Rio de Janeiro para negociá-la na Guanabara, por embarcações próprias que atravessam grande trecho da zona do Porto do Rio de

Janeiro, onde se localiza o depósito em que a descarrega, em trapiches próprios.

Mas, isso não a exonera do pagamento das taxas portuárias. Trata-se de um tráfego interestadual de mercadoria, de cabotagem, e as mercadorias transportadas deveriam, em consequência, transitarem obrigatoriamente pelas instalações portuárias, como determina o art. 2º, alíneas *a* e *b*, do Decreto nº 24.511, de 29 de julho de 1934 (Regulamento do Porto do Rio de Janeiro), *in verbis*:

“*a* — é obrigatória a atracação das embarcações aos cais ou pontes de acostagem para o embarque ou desembarque de passageiros e mercadorias, procedentes do *hinterland* desses portos ou que lhes forem destinados;

b — todas as mercadorias mencionadas na regra anterior, seja qual for sua natureza ou destino, não poderão ser embarcadas nem desembarcadas sem transitarem pelas instalações portuárias.”

Assim não sucedia com o material transportado pela agravante que, por conveniência própria, o descarregava e guardava em instalações particulares, como o permitia o inciso III do art. 3º do mencionado diploma regulamentar que, entretanto, no seu art. 6º, dispunha:

“Art. 6º As mercadorias previstas no art. 3º, bem como as consideradas no art. 5º que, por conveniência dos respectivos donos, deixarem de ser movimentadas pela administração do porto no cais ou pontes de acostagem, ficarão sujeitas ao pagamento, a essa administração, de uma contribuição para os encargos do capital aplicado nas instalações, a qual será fixada na tarifa que o Governo aprovar para cada porto.”

A contribuição aí prevista é constituída pelas taxas da Tabela “N” da ta-

rifa aprovada pela Portaria nº 512, de 3-11-1960, do Ministro da Viação e Obras Públicas, para o Porto do Rio de Janeiro.

É relevante salientar que a agravante obtivera, na 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Guanabara, mandado de segurança contra a cobrança das taxas ora requeridas, mas esta Turma, em sessão de 22 de outubro de 1968, cassou a segurança, estando, assim, ementado o acórdão:

“As firmas transportadoras de mercadorias, por via marítima, no Porto do Rio de Janeiro, estão su-

jeitas à contribuição da taxa de Movimentação de Mercadorias prevista na Tabela “N”, a que se refere a Portaria nº 512, de 3-11-1960, do Ministério da Viação” (fls. 51).

Está, assim, a agravada ao abrigo da coisa julgada.

Nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Decio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.878 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Agravantes — SENAI e Serviço Social da Indústria

Agravado — Frigorífico do Nordeste S.A.

EMENTA

Frigoríficos e Matadouros. O percentual de 2,5%, sobre as respectivas folhas de pagamento, antes devido ao SESI e ao SENAI, passou posteriormente a ser devido ao ex-INDA (Lei nº 2.613, de 23-9-55), a partir de janeiro de 1965. Em ação consignatória, proposta pelo Frigorífico devedor, chamados à lide simultaneamente o SESI, o SENAI e o INDA, certa é a decisão que mandou pagar a quantia consignada a este último Instituto. O posterior Decreto-lei nº 1.146, de 31-12-70, que veio alterar a primitiva Lei nº 2.613, já não alcançaria o decidido em 29-7-70, não só porque nenhum efeito retroativo nele se contém, mas principalmente porque, no § 2º do seu art. 4º, ficou estabelecido que a “arrecadação relativa aos meses anteriores a dezembro de 1970, inclusive, remanesce com o INCRA”. Agravos desprovidos para confirmação da sentença. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, negar provimento aos agravos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 14 de junho de 1971. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Esdras Gueiros* (Relator): Trata-se de agravo de petição interposto pelo SESI e pelo SENAI de decisão proferida pelo digno Juiz Federal Substituto Dr. Emerson Câmara Benjamin em ação ordinária de Consignação em

Pagamento, proposta pelo Frigorífico do Nordeste S.A. contra aqueles citados Serviços e também contra o ex-INDA, atualmente denominado INCRA, para que viessem receber o percentual previsto na Lei nº 2.613, de 23-9-55, incidente sobre a soma total das folhas de pagamento do referido Frigorífico, eis que, segundo essa lei, já tal recolhimento deixara de ser devido ao SESI e SENAI, mas sim em favor do ex-INDA.

À audiência de instrução e julgamento (termos de fls. 32) compareceu apenas o representante legal do INDA, deixando de comparecer, apesar de devidamente citados, os representantes do SESI e do SENAI, tendo o douto juiz Federal proferido a seguinte decisão:

“Vistos, etc. Atendendo ao disposto no art. 318 do Código de Processo Civil, inciso I, que determina que a ação será julgada incontintente se só compareceram o autor e um só dos pretendentes e, considerando que o SESI e o SENAI não compareceram, determino que se proceda ao pagamento da importância consignada ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário — INDA, que efetivamente provou a sua condição de credor. Atendendo ainda a que o autor, por seu procurador, concordou com o pagamento, determino que a Secretaria da 2ª Vara proceda ao depósito de cheque supra identificado, na conta própria, bloqueada, destinada a esses recolhimentos, de que é titular o INDA, na Agência Centro do Banco do Brasil. Ante o exposto, julgo extinta a ação. Isento de custas, por ser de responsabilidade do réu, isento em virtude de sua condição de autarquia federal.”

As fls. 38/39 lê-se também a decisão do digno Juiz Federal quanto à exceção de incompetência argüida antes pelo SESI, em que declara a sua competência,

dado que, na hipótese, fora chamado à lide, além do SESI e do SENAI, o próprio INDA, que é autarquia federal. Desta decisão não houve recurso.

Com a subida dos autos, pronunciou-se nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 94/95, pela rejeição dos recursos do SESI e do SENAI, afirmando que, na conformidade do art. 6º e § 1º da Lei nº 2.613, de 23-9-55, cabia realmente o pagamento em favor do ex-INDA, como foi determinado pelo Juiz.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Do estudo que fiz dos autos não encontrei razões para modificar a respeitável decisão do douto Juiz Federal Substituto, Dr. Emerson Câmara Benjamin.

Ao tempo em que o frigorífico autor promoveu a ação consignatória de pagamento, face à exigência do SESI e do SENAI em receber o questionado percentual previsto em lei anterior, já estava em plena vigência a Lei nº 2.613, de 23-9-55, que transferira a obrigação daquele recolhimento em favor do ex-INDA, atualmente denominado INCRA. Ademais disso, citados os três réus — SESI, SENAI e o ex-INDA, deixaram aqueles dois Serviços de comparecer, tendo-o feito apenas o Instituto citado, o INDA, que legitimamente era o credor, por força de lei então vigente.

Certa, portanto, a respeitável sentença de fls. 32 e verso dos autos, que determinou o pagamento a quem de direito, declarando, assim, extinta a ação.

Devo informar que recebi memorial firmado pelo douto advogado do SENAI, Dr. Herval Bondim da Graça, procurando demonstrar que, com o ad-

vento do recente Decreto-lei nº 1.146, de 31 de dezembro do ano passado, foi alterada a anterior Lei nº 2.613, de 23-9-55, observando-se que os chamados “Frigoríficos Rurais”, que constavam no item 11, do art. 6º, da Lei anterior, já não figuram mais na sistemática do Decreto-lei novo, nº 1.146. Quer com esse argumento dar a entender que deixaram, assim, os Frigoríficos de ser contribuintes do INCRA, isto é, do ex-INDA.

Mas em nada aproveita a arguição do douto advogado, *data venia*, para a espécie dos autos.

Em primeiro lugar, porque o recente Decreto-lei nº 1.146, de 31-12-70, por ele invocado, nenhuma aplicação retroativa poderia ter em relação ao decidido pelo digno Juiz Federal em 29 de julho de 1970, quando plenamente vigente estava ainda a Lei nº 2.613, de 23-9-55.

Em segundo lugar, porque este mesmo Decreto-lei novo, nº 1.146, ressaltou as arrecadações anteriores à sua vigência,

conforme está expresso no § 2º, do seu art. 4º, a saber:

“§ 2º A arrecadação da contribuição prevista no art. 2º deste Decreto-lei, relativa aos meses anteriores a dezembro de 1970, inclusive, remanesce com o INCRA.”

Aí está porque não é possível acolher a arguição levantada pelo douto advogado do SENAI, no seu respeitável memorial.

Ante todo o exposto, nego provimento aos agravos do SENAI e do SESI para confirmar a decisão recorrida.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negaram provimento aos agravos. Os Srs. Mins. Henoch Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.893 — SC

Relator — O Exmo. Sr. Moacir Catunda.

Agravante — Empresa Marítima e Comercial Ltda.

Agravado — INPS.

EMENTA

Executivo. Citação por Mandado. Prazo. Ao oficial de justiça, o direito não confere a atribuição de dispor discricionariamente do termo inicial do prazo para os embargos do executado. Havendo necessidade de diligência para esclarecer ponto essencial, não se legitima o julgamento do executivo, de plano.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para anular a decisão recorrida a partir da sentença de fls. 38, nos termos e para os fins consignados no voto profe-

rado pelo Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 19 de maio de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Senhor Presidente. O Dr. Juiz *a quo* assim relatou e decidiu o feito:

“Vistos, etc., o Instituto Nacional de Previdência Social, INPS, através de procurador habilitado, ingressou com a presente ação, contra a Empresa Marítima e Comercial Ltda., estabelecida nesta cidade, para haver desta a importância de Cr\$ 103.746,51 e demais cominações legais, débito esse representado por contribuições atrasadas, multa, juros e correção monetária conforme certidões de fls. 4 e 5. Devidamente citado, o executado não pagou a dívida, pelo que lhe foi penhorado o bem descrito em fls. 7. Apresentou embargo em fls. 8 e 9. Na impugnação da defesa, o Procurador do autor entre outros pedidos, requer que o embargo seja rejeitado, por ser intempestivo. Somente hoje proloco a sentença, devido ao volume de serviço, justamente na campanha de novos eleitores. Este é o relatório. Passo a decidir. Razão tem o autor ao argüir preliminarmente a intempestividade do embargo, pelos seguintes motivos: 1 — O Sr. Oficial de Justiça citou a executada em 21 de janeiro de 1969, fls. 6v., sendo que a dívida não foi paga em tempo hábil; 2 — A executada preferiu nomear bens à penhora. Nessa mesma certidão de fls. 6v., o Sr. Oficial de Justiça diz, “pela mesma foi nomeado à penhora, a embarcação constante do auto retro”. Foi, por isso, lavrado o auto de penhora de fls. 7, sendo que a executada tomou ciência da mesma data, ou seja, em 21 de janeiro de 1969; 3 — Apresentou o embargo somente em 17 de fevereiro de 1969, vinte e sete dias após da ciência da penhora. O embargo de fls. 8 e 9 é, portanto,

intempestivo e por isso determino que seja desentranhado. Deverá o Sr. Escrivão dos Feitos da Fazenda precaver-se quando certificar nos autos, conforme fls. 25. Não tem cabimento essa certidão, datada de 28 de janeiro de 1969, dizendo que a defesa, datada de 17 de fevereiro de 1969, entrou dentro do prazo legal. Pelo que se vê, houve uma antecipação ao tempo. Igualmente o Sr. Oficial de Justiça não poderia fazer a certidão de fls. 7, dizendo que a executada fora cientificada da penhora, em 7 de fevereiro de 1969, quando a mesma tomara ciência em 28 de janeiro de 1969. Não se compreende tais atitudes desses eficientes Auxiliares da Justiça. Considerando que o embargo é intempestivo é de se conhecer o mérito da causa, conforme preceitua o art. 19, IV, do Dec.-lei nº 960, de 17-11-1939. O exequente fez prova do débito reclamado com a certidão da dívida inscrita de fls. 4 e a discriminação da dívida final, fls. 5. Há ainda em favor do exequente o disposto no art. 209, do Código de Processo Civil, eis que o executado não apresentou defesa e os documentos dos autos bem dizem do débito reclamado. Isto posto, julgo procedente o presente executivo fiscal para condenar a Empresa Marítima e Comercial Ltda. ao pagamento da importância de Cr\$ 103.746,51 (cento e três mil setecentos e quarenta e seis cruzeiros e cinquenta e um centavos), custas processuais, juros de 12% ao ano a partir de abril deste ano, e honorários advocatícios na base de 15% sobre o principal. Julgo, outrossim, subsistente a penhora de fls. 7. Expeça-se mandado de avaliação.” “Em tempo: Sobre o valor da dívida a que sofreu condenação a executada, deverá ser corrigido com a correção monetária, de acordo com

a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964.”

A Empresa Marítima e Comercial Ltda., não resignada com o r. decisório, agravou, pedindo a reforma da sentença (fls. 45/58).

Contra-razões do INPS, de fls. 77/79. Pedido de impugnação do cálculo à fls. 86/89.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no processo em tela, pede e espera seja confirmada a r. decisão.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Senhor Presidente. Da folheatura do processo tira-se ao certo que a inscrição da dívida do valor de Cr\$ 103.746,51 foi feita em 29-11-68, ao passo que o despacho do Juiz, na petição do executivo, datada de 30-11-68, ordenando a citação, foi exarado em 8-1-69, fls. 2 e 4.

Apura-se, outrossim, a citação da executada, em 21-1-69, e a nomeação do bem à penhora, constante do auto respectivo, lavrado pelo oficial de justiça na mesma data, tudo com expressa ciência da executada, como se verifica da assinatura do seu sócio-gerente, aposta nos mencionados instrumentos.

Na conformidade do art. 16, do Decreto-lei nº 960/38, o réu deduzirá a sua defesa por meio de embargos, dentro em 10 dias, contados da data da penhora, ou, no caso do art. 10, parágrafo único, da entrada da precatória no cartório do Juízo deprecante

Tratando-se, no caso, de citação por mandado, a ser feita no perímetro urbano, havia que se contar o decêndio para os embargos, na hipótese mais favorável, em homenagem ao princípio de que *dies a quo non computatur*, a partir do dia seguinte ao da lavratura do

auto de penhora, ou seja, do dia 22, o que indica o seu término no dia 30 de janeiro de 1969, quinta-feira, dia útil como se verifica do calendário comum.

A certidão do oficial de justiça, datada de 7 de fevereiro, de que em dita data dera ciência do auto de penhora à executada, de onde começaria a fluir o prazo de 10 dias para a contestação — fls. 7 — não era mesmo de ser acatada, como acertadamente não o foi, pelo diligente juiz.

Cumprindo ao mesmo auxiliar da justiça entregar os mandados em cartório, logo depois de cumpridos — Cód. Proc. Civil, art. 127 — não orçaria pelo razoável admiti-lo que fizesse a entrega no dia que bem entendesse, a seu juízo.

Ao oficial de justiça, o direito não confere a atribuição de dispor discricionariamente do termo inicial do prazo para os embargos do executado.

E porque no caso o meirinho não invocou doença, ou qualquer motivo justo, capaz de explicar a demora de mais de 20 dias na devolução do mandado, cumprido em diligência no perímetro urbano, a sentença agravada não merece censuras, no pertinente, assim como no que tange à observação que faz à certidão do escrivão, datada de 28 de janeiro — fls. 23 — atestando que os embargos, oferecidos em 17 de fevereiro, o foram tempestivamente, eis que a justificativa da agravante mostra-se sobremodo pueril. Pelo visto, as coisas não vão bem na escrivania de São Francisco do Sul.

O exame da espécie sobre o ângulo da intempestividade dos embargos demonstra a incensurabilidade da decisão agravada.

Sucedee, no entanto, que a lei, ao disciplinar o despacho saneador da ação executiva fiscal, determina ao Juiz ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, os exames, vistorias, diligências e outras provas indispensáveis à instru-

ção da causa, e, bem assim, que só terá lugar julgamento de plano quando não houver necessidade de esclarecer algum ponto essencial da causa (Decreto-lei nº 960/38, art. 22, na redação do Decreto-lei nº 474/69).

Por sua petição de 20 de setembro de 1969, a exequente requereu o sobrestamento da ação, alegando a existência de recurso administrativo da executada, contra a inscrição do débito, fls. 28, o que foi comprovado com documentos emanados do processo administrativo, datados de 4 de dezembro de 1968, e 29 de abril, 8 de maio e 7 de julho de 1969, fls. 34, *usque* 37, todos posteriores à inscrição do débito, feito em 29-11-68, alusivo a contribuições pelo período de 1-63 a 12-65, englobando correção monetária indevida, pelo menos em relação ao período anterior a 16-7-64, a teor da Lei nº 4.862/64, arts. 15 e 16.

Entendo, com a agravante, que, para uma dívida “de natureza fiscal e previdenciária ser inscrita no livro próprio, mister se faz o esgotamento das vias administrativas para a cobrança da mesma”.

Não tendo o agravado trazido para os autos certidão de dívida escoreita, emergida do julgado que haja posto fim ao recurso da executada, na área administrativa, sou porque o julgamento de plano não tinha cabimento.

Corria à primeira instância o dever de ordenar diligências que esclarecessem os indicados pontos, necessários ao julgamento de ação de tamanho vulto pecuniário.

Sendo certa a existência de grave prejuízo, o meu voto é conhecendo do recurso e dando-lhe provimento para anular o processo, a partir da sentença de fls. 38, a fim de que outra venha de ser proferida, após instrução hábil.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso para anular a decisão recorrida a partir da sentença de fls. 38, nos termos e para os fins consignados no voto proferido pelo Sr. Ministro Relator. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Henrique d'Ávila votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.926 — GB

Relator — O Ex.º Sr. Min. Decio Miranda

Agravante — Diney Soares Ether

Agravado — Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economistas

EMENTA

Reclamação trabalhista. Credenciamento de médico. É certo que o chamado credenciamento tem mascarado, em certos casos, lido vínculo empregatício, de natureza estatutária ou trabalhista, como reconhecido pela Turma na AC n.º 28.673. Nestes autos, porém, não há relações de dependência hierárquica e administrativa, senão, apenas, normas técnico-operacionais do típico contrato de credenciamento.

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

Acordam os Ministros que compõem a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar pro-

vimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): A sentença, do Juiz Federal Dr. Aldir Guimarães Passarinho, julgou o reclamante carecedor de ação, por lhe faltar a condição de empregado, na reclamação trabalhista que apresentou contra o SASSE.

Assim examinou a sentença a hipótese dos autos:

“Como resulta da prova dos autos, o reclamante prestava serviço ao SASSE, para as suas duas Delegacias, recebendo na base do número de atendimentos prestados e natureza destes. Os atendimentos, salvo naturalmente quando se tratava de operações cirúrgicas, se faziam no consultório do reclamante, nos dias e horários por este fixados, podendo também havê-los na residência dos assistidos. Tais atendimentos se faziam nos seus horários normais de consulta do seu consultório, atendendo não só os assistidos do SASSE como também os seus próprios clientes particulares. Pela própria extensão dos horários se verifica que não havia período certo para atendimento exclusivo dos associados (ver fls. 5).

Certo que o SASSE teria que expedir normas regulando os atendimentos pelos médicos credenciados, estabelecendo critérios básicos, por necessidade de haver princípios elementares de organização a respeito, sob pena de anarquia nos serviços, como é óbvio, não podendo, outrossim, ser defeso à instituição es-

tabelecer as tabelas de preços que poderia pagar até como exigência primária do controle dos serviços prestados, do ponto de vista financeiro de uniformidade de critérios.

E nem caracteriza relação de emprego o fato de que a entidade possa mesmo, quando entender conveniente exercer controle técnico, pois o de que a lei fala, como um dos liames caracterizadores do pacto laboral é a dependência hierárquica e administrativa, o que no caso não ocorre.

A posição do reclamante, a meu ver, se apresenta com aquelas mesmas conotações jurídicas da hipótese decidida pelo egrégio Tribunal Superior do Trabalho, no Rec. Revista nº 1.214/67 — Segunda Turma, sendo Relator o Sr. Min. Fortunato Peres Jr., como, aliás, focalizou o reclamado:

“O Médico que é credenciado pela empresa para atender seus empregados, e o faz em seu próprio consultório, no horário normal de consultar, sem preferências, sendo além disso pago por atendimento, mediante ajuste de contas feito quase sempre trimestralmente, não poder ser considerado trabalhador subordinado” (*Revista do TST*, 1969, pág. 199).

Ocorre que a situação do reclamante, não empregado, era por este não só admitida, mas expressamente reconhecida. Os documentos de fls. 42, 43 e 44 deixam isso bem claro.

O seu próprio depoimento pessoal a outra conclusão igualmente não conduz. Quando resolveu não trabalhar no Hospital Silvestre, onde atendia a assistidos do SASSE, pela Delegacia Regional, ali deixou de atender porque, segundo alega, não concordava com a maneira éti-

ca com que o Hospital procedia. Um empregado, assim não procedería.

Esclareceu, inclusive, que em certa época, os seus honorários eram pagos directamente pelo Hospital Silvestre. E o que é ainda mais importante: prestando serviços a duas Delegacias do SASSE, a Regional e a do Conselho Superior, pediu ele mesmo em certa época (em 1943 — doc. de fls. 45) que fosse excluído o seu nome dos serviços prestados à Delegacia Regional (ver fls. 76), tendo, posteriormente, medido seu retorno, como se vê do doc. de fls. 43, em julho de 1964. Em abril de 1965, deve ter ocorrido a sua volta, conforme doc. de fls. 44. Ora, somente um médico trabalhando em regime de credenciamento para uma entidade, em dois setores desta, poderia pedir a exclusão de seu nome em relação a uma delas, passando a atender os assistidos apenas da outra. As Delegacias não tendo personalidade jurídica própria, só a possuindo o SASSE, vínculo empregatício, se houvesse, seria com este, e não, independentemente, com uma e outra Delegacia, pois então seria admitir-se que pudesse ter dois empregos, um com cada, o que não seria possível. A liberdade de o reclamante recusar trabalhar em certa ocasião no Hospital Silvestre; a de desligar-se do credenciamento de uma das Delegacias, continuando, entretanto, a prestar serviços à outra, bem demonstram que não existia vinculação empregatícia, pois nesta hipótese tais atitudes não seriam possíveis. E pela mesma razão que ele poderia desligar-se — e o fez — da Delegacia Regional, esta, agora, pode deixar de expedir guias para seus atendimentos. Mas apesar disso, continuou como credenciado da outra Delegacia, a do Con-

selho Superior. Como ficou dito atrás, a não existência de contrato de trabalho era não apenas admitida, como reconhecida expressamente pelo reclamante. E não poderia ser de outra forma. Era ele médico do INPS e Professor da Universidade Federal, tendo-se aposentado como professor em abril do ano p. findo e, do então... IAPC, hoje INPS, há uns três anos. É o que informa no seu próprio depoimento. Assim, acumulava um cargo de magistério, federal, com um de médico autárquico. Acumulava, assim, dois cargos públicos, o máximo permitido pela Constituição, segundo princípio que vem sendo mantido há muitos anos. Não era possível, deste modo, sob pena de violação frontal à Lei Maior exercer um terceiro cargo ou emprego público. E o reclamante não podia ignorar isto. Daí porque, sem vínculo de emprego, podia prestar seus serviços ao SASSE. E daí porque não sendo empregado, não possuía o reclamante carteira assinada, nem descontava para a instituição de previdência e fundo de garantia de tempo de serviço.

Pelo exposto, julgo o reclamante carecedor de ação, por lhe faltar a condição de empregado.

Custas pelo reclamante.

(Fls. 194/7).

Recorreu o reclamante (ler fls. 201/4).

A Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo não-provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator):

É certo que, sob a denominação de “credenciamento” se tem mascarado, às vezes, lídima relação trabalhista, como reconhecido no acórdão unânime, de que

fui relator, proferido na AC nº 28.673, Sessão de 26-4-71.

No caso dos autos, porém, não está nem por sombra demonstrada a subordinação caracterizadora da relação de emprego, como bem acentuou a sentença.

As relações de dependência que existiam, a que faz referência a petição do recurso às fls. 203, não revelou a subordinação hierárquica, administrativa e econômica do pacto laboral. Consubstanciam apenas normas técnico-opera-

cionais do chamado credenciamento na sua concepção normal, sem qualquer ocultação de vínculo empregatício.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, negou-se provimento. Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 31.934 — SE

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Godoy Ilha

Agravante — Arivaldo Martins Ferreira

Agravado — INPS

EMENTA

Exceção de litispendência. Nova perícia. Da decisão que julga improcedente a exceção de litispendência, cabe agravo no auto do processo (art. 851, inciso II, do Cód. de Proc. Civil) e dele só se conhecerá, como preliminar, por ocasião do julgamento da apelação (art. 852). Do despacho que ordena a realização da nova perícia grafo-técnica, não cabe agravo de petição, só admitido das decisões que impliquem incluir a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito (art. 846). Simples ato ordenatório do processo e destinado à formação do livre convencimento do julgador, constitui faculdade expressamente conferida ao Juiz pelo art. 258 da Lei Processual Civil. Não se conhece nem de um nem de outro agravo.

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

Acordam os Ministros que compõem a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer dos agravos, na forma do relatório e notas taquigráficas procedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de agosto de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): O advogado Arivaldo Martins Ferreira

promoveu, no Juízo da 1ª Vara Federal da Seção de Minas Gerais, ação declaratória contra o Instituto Nacional de Previdência Social (ex-IAPETC), alegando que, a 23 de abril de 1962, o ex-Deputado à Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e ex-Delegado do extinto IAPETC em Belo Horizonte, Wilson Modesto Ribeiro, em carta dirigida ao então Presidente da República, Dr. João Belchior Marques Goulart, solicitando que o mesmo autorizasse ao Conselho Administrativo daquela autarquia a nomear o autor para a carreira de Procurador, por tratar-se de funcionário com mais de quinze anos de serviços prestados à mesma.

O Senhor Presidente da República, atendendo ao pedido do mencionado parlamentar, no dia 4 de maio de 1962, lançou no cabeçalho, à esquerda, da referida miss'va, com a letra e assinatura de seu próprio punho, o seguinte despacho: "Autorizo, na forma da lei", estando presente ao ato o ex-Vereador à Câmara Municipal de Belo Horizonte, Sr. Geraldo Pereira Sobrinho.

No uso da sua exclusiva competência, a administração do ex-IAPETC, em sessão realizada a 12 de julho de 1963, após verificar a autenticidade da autorização presidencial, decidiu nomear o autor Procurador da autarquia, em ato assinado pelo seu Presidente e atual Deputado Federal pela ARENA, Professor Flávio Portela Marcílio rubricado pelos Conselheiros Francisco Márcio Campane e Dr. Danilo Merquior e, na mesma assentada, com "autorizo" do Senhor Presidente da República, foram nomeados Procuradores os doutores Paulo de Almeida Neves (irmão do ex-Ministro Tancredo Neves), Alberto Hélio do Prado Botelho, Hugo Taciano Bandeira Braule Pinto e Clénio Gebara Basílio.

Quatro anos depois, com novo Conselho Administrativo do IAPETC, à revelia do autor, e sem qualquer outra diligência, sem abertura de inquérito, levantou-se o falso e injurioso pressuposto da falsidade da autorização presidencial.

Após outras considerações e com as diligências que propõe, inclusive a citação, por rogatória, do ex-Presidente da República, pede que se declare, por sentença, se a letra e a assinatura do Dr. João Goulart, contidas na mencionada carta, são ou não do punho do próprio signatário.

O INPS, citado, opôs exceção de incompetência do foro, tendo o Juiz declinado da sua competência para o Juízo Federal de Sergipe, em cuja capital é domiciliado o autor (fls. 30 v. e 31), onde passou a se processar a causa, em

cuja instrução foram produzidos numerosos documentos, ouvidas várias testemunhas e o próprio Dr. João Goulart, através de rogatória devidamente cumprida pela Justiça do Uruguai, o qual não só reconheceu como autêntica a autorização questionada, como declarou que, independentemente da carta, era seu propósito fazer a nomeação do autor, atendendo aos seus méritos e valores, o qual, após quinze anos como funcionário da Instituição, conseguiu o seu diploma de advogado (fls. 149).

Na audiência de instrução e julgamento, levantou o INPS uma exceção de litispendência, sob a alegação de que a matéria que se controverte nos autos já fora objeto de uma ação proposta pelo autor, para anular laudo pericial que afirmara a falsidade da autorização presidencial para a nomeação do autor, ação julgada improcedente e cujos autos ainda se encontrariam, em grau de recurso, neste Tribunal.

O Juiz repeliu a exceção, pelo despacho de fls. 152, por inexistir a tríplice identidade de coisa, causa e pessoa, afirmando, a seguir: "O autor moveu neste Juízo ação anulatória de laudo pericial, a qual foi julgada improcedente, e se encontra em grau de recurso no colendo Tribunal Federal de Recursos. Entendo que a decisão da Instância Superior em nada irá influenciar na conclusão deste processo, porquanto "o juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia".

Assinala que se encontra nos autos, devidamente cumprida pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai, a carta rogatória para ali expedida, dela verificando-se que o ex-Presidente da República declara haver autorizado a nomeação do autor, assinando seu depoimento.

E, por existir nos autos assinatura autêntica do Dr. João Goulart, converteu o julgamento em diligência, determinan-

do que se procedesse nova perícia, devendo a assinatura do ex-Presidente lançada no cabeçalho da carta já referida servir para confronto e exame grafológico com a mesma assinatura aposta no seu depoimento constante da carta rogatória.

Dessa decisão, agravou o réu no auto do processo às fls. 164 e também agravou de petição o autor, onde sustenta a desnecessidade da perícia, face à declaração do próprio signatário da autorização presidencial como ao testemunho dado por Geraldo Pereira Sobrinho que viu, com os seus próprios olhos, o ex-Presidente João Goulart apor de seu punho e assinatura o despacho autorizador da nomeação do agravante. Invocando o art. 132 do Cód. de Processo Civil, argúi o agravante que nenhuma das partes requereu a perícia antes do despacho saneador, sendo certo que o art. 255 do mesmo diploma processual prescreve que o juiz negará a perícia, quando desnecessária à vista das provas, como expresso no inciso II do aludido dispositivo.

O ilustrado Juiz Substituto Federal de Alagoas assim sustentou o despacho agravado:

“Pede o autor a reforma do meu despacho de fls., e sustenta que não me é dado o direito de converter o julgamento em diligência, a fim de se proceder a uma perícia grafológica, no prazo da decisão.

Por outro lado, o ilustre Procurador do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) pede a reforma do seu despacho de fls., por entender a existência de litispendência. E, caso seja mantido o referido despacho, de logo, fica indicado o bancário Alvaro Bezerra como perito do Instituto.

O fundamento do autor para con-

seguir a reforma do meu despacho de fls. 152/153, de que não me era dado o direito de converter o julgamento em diligência, para a realização de uma perícia, que a considero imprescindível à decisão do feito, não encontra apoio na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Entendo que se tal ponto de vista viesse a prosperar, ficaria o Juiz jungido exclusivamente às provas dos autos, tirando-lhe a liberdade do ordenamento quando necessário ao conhecimento da verdade.

A diligência ordenada constituirá medida indispensável na formação livre do meu convencimento, a fim de fazer justiça às partes.”

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 189/190, opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do agravo do auto do processo, por não haver sentença e se tratar de um incidente processual que não enseja o julgamento preliminar do agravo no auto do processo, e, quanto ao agravo do autor, salienta que o agravante se insurge contra uma faculdade que o Cód. de Processo outorga ao juízo.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: Com relação ao agravo no auto do processo, cumpre, antes de mais nada, salientar que o agravante não fez prova da existência da sentença que se diz proferida em ação proposta pelo autor para anular o exame pericial que concluíra pela falsidade do despacho presidencial e julgada improcedente pelo mesmo Juízo, encontrando-se os autos da ação anulatória neste Tribunal, pendentes do julgado do recurso interposto pelo autor.

Entretanto, não foi possível localizar no Protocolo os mencionados autos.

Todavia, do despacho que julga improcedente a execução de litispendência, o recurso cabível é do agravo no

auto do processo, como prevê o art. 851, inciso I, do Cód. de Proc. Civil, e, nos termos do art. 832 do mesmo Cód., dele só conhecerá, como preliminar, o Tribunal Superior, por ocasião do julgamento da apelação.

Dele não conheço.

Descabe, sem dúvida, o agravo de petição interposto pelo autor, face ao que preceitua o art. 846 da lei processual, *in verbis*: “Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolver o mérito”.

E a decisão que se impugna é meramente ordenatória do processo.

De resto, como bem salientaram a sustentação do juiz e o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, a determinação da perícia, em que pese

as objeções do agravante, foi considerada pelo ilustrado Dr. Juiz *a quo* como indispensável à formação do seu livre convencimento, e o fato de já existir, como alegou o réu, exame pericial dependendo do julgamento deste Tribunal, não obsta a que novo exame se proceda, posto que, nos termos do art. 258 do Cód. de Proc. Civil, “o juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia”.

Trata-se, pois, de uma medida que fica ao nuto do julgador.

Também não conheço do agravo do autor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Não se conheceu dos agravos, por decisão unânime. Os Srs. Mins. Amárilio Benjamin e Decio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 32.240 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Esdras Gueiros

Recorrente — Juízo Federal da 4ª Vara, *ex officio*

Agravantes — Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. e União Federal

Agravado — João Bernardino de Oliveira

EMENTA

Reclamação Trabalhista. João Bernardino de Oliveira versus Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. e União Federal. Reclamação iniciada perante a 13.ª Junta de Conciliação e Julgamento da Guanabara e afinal julgada pela Justiça Federal da 4.ª Vara do mesmo Estado, nos termos do art. 110 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Inaplicabilidade, no caso, da Lei n.º 5.638, de 3-11-70, eis que a sentença proferida no Juízo Federal o foi antes da vigência dessa lei, e quando era realmente competente o mesmo juízo, por força do art. 110 da Constituição. Procedência da reclamação. Sentença confirmada. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 29 de novembro de 1971.
Márcio Ribeiro, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator): Trata-se de recurso de ofício e agravos interpostos pela Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. e pela União Federal de sentença proferida pela Dra. Juíza Federal Maria Rita Soares de Andrade, em Reclamação Trabalhista proposta por João Bernardino de Oliveira, pela qual julgou procedente pedido relativo ao pagamento de salário-família, salários retidos, aviso prévio, indenização pelo período de 8 anos, conforme o Prejulgado nº 20, do Tribunal Superior do Trabalho, 13.º salário de 1969, férias e ainda quinquênios atrasados, de 1966 a 1968.

A Reclamação foi ajuizada em 24-1-69 perante a 13ª Junta de Conciliação e Julgamento da Guanabara e teve sua tramitação ali iniciada em 16-6-69 (Ata de fls. 32 dos autos), tendo sido o processo remetido posteriormente à Justiça Federal da 4ª Vara, em face da competência prevista no art. 110 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. A digna Juíza Federal proferiu sua sentença em 19 de junho de 1970, antes portanto da vigência da Lei nº 5.638, de 3-12-70, que veio determinar a competência residual da Justiça do Trabalho naqueles processos cuja instrução tivesse sido instaurada até 30-10-69.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 78/79, invocando, por equívoco, a mencionada Lei nº 5.638, opinou pela anulação da respeitável sentença, para que o processo volte à Junta de onde veio.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator) Sr. Presidente.

Preliminarmente, não há como adotar-se o Parecer da douta Subprocuradoria-

Geral da República, que pretende deva ser anulada a sentença de fls. 56/58, proferida pela MM. Juíza Federal da 4ª Vara da Guanabara, sob a alegação de que, com a vigência da Lei nº 5.638, de 3-12-70, teria a Justiça do Trabalho competência residual para ultimar o processo, por ter sido sua instrução iniciada antes da vigência da citada lei.

A matéria já foi objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, quando decidiu que eram válidas as sentenças proferidas por Juiz Federal nos processos trabalhistas que lhes vieram às mãos antes da vigência da Lei nº 5.638, de 3-12-70, dado que, antes desta Lei, eram competentes os Juízes Federais para apreciar e julgar processos trabalhistas abrangidos pela competência prevista no art. 110, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mesmo que a instrução da causa tivesse sido iniciada na Justiça do Trabalho.

É a hipótese dos autos. A Reclamação em apreço, que teve inicialmente seu curso na Justiça do Trabalho, passou à competência da Justiça Federal por força do citado art. 110 da Constituição, antes do advento da Lei nº 5.638, de 3-12-70. A sentença de fls. 56/58, proferida pela digna Juíza Federal da 4ª Vara da Guanabara, é datada de 19-6-70, anterior, portanto, à data da Lei nº 5.638. Era assim competente a douta Juíza Federal para julgar a causa, como o fez.

Quanto ao mérito, entendo que deve ser confirmada a respeitável decisão de fls. 56/58, pelos seus próprios fundamentos, pois julgou procedente apenas em parte a Reclamação, nestes termos:

“Procede, em parte, a Reclamação e improcede, também, em parte, a Contestação.

Trata-se de operário sem nota que o desabone, com oito anos qua-

se de serviço, denunciado por um empregado com poucos dias de admissão na empresa.

O reclamante é oriundo dos estaleiros onde servia desde julho de 1961. Seu denunciante foi admitido, para fiscalização, em 12-12-68, e o denunciou em 26-12-68, a 14 dias da admissão. O reclamante jamais fora punido por qualquer ato de indisciplina ou falta de serviço.

Só com a admissão da única testemunha da reclamada foi apontado como faltoso. Segundo o depoimento deste empregado, as faltas ocorreram em 26, 27 e 30 de dezembro de 1968. Não apresentou a reclamada outras provas, além do depoimento de um empregado em início de período probatório, experimental, necessitado de prestar serviço para firmar-se no emprego.

Não acolho, como hábil, a prova feita pela reclamada para rescindir contrato de trabalho de um operário com quase oito anos de serviço. O fato de as prestações relativas ao período anterior ao Decreto-lei nº 67 serem de obrigação da União, não elide a responsabilidade da empresa pela rescisão ilegal do contrato de trabalho de um operário de oito anos de serviço, sem faltas de qualquer natureza, pela denúncia de um empregado admitido poucos dias antes.

Não ficou provada a justa causa para a dispensa de um empregado em vias de adquirir a estabilidade por denúncia de um em início de período probatório, sob experiência. Neste particular, julgo procedente a reclamação.

A dispensa foi injusta. E por injusta a dispensa, direito assiste ao reclamante a: aviso prévio; 13º sa-

lário; indenização relativa aos oito anos de serviço (um mês de salário por ano de serviço); férias por não provados os 30 dias de licença argüidos pela reclamada (1968); férias proporcionais (7 dias de 69 quinquênios).

Já foi pago o salário retido.

Não procede o argumento da reclamada de que os quinquênios não são devidos, porque os pagara por ato de liberalidade. Não há liberalidade. Houve ato de reconhecimento do direito aos quinquênios.

Quanto à liquidação, em se tratando de prestações devidas a operário que perdeu o emprego após quase oito anos ininterruptos de trabalho, o certo é o empregador ressarcir ao empregado, pagando a respectiva indenização que for computada pelo Contador, e receber, depois da União, a parte da responsabilidade desta: a indenização — um mês de vencimentos por ano de serviço, de 1961 a 21-11-66. Os quinquênios são devidos pela própria reclamada, entre 27-10-67 até a data da rescisão, porque os demais estão prescritos.

Recorro de ofício”.

Na verdade, do que consta das provas trazidas ao processo, outra não poderia ter sido a sentença, senão a que acabo de transcrever.

Na Contestação, a Empresa reclamada confirma a admissão do reclamante, nos seus antigos estaleiros, desde 1º de julho de 1961, com transferência para a “Costeira” em 1º-9-62, pretendendo justificar a sua dispensa em 10-1-69 sob o pretexto de enquadrar-se tal ato no que dispõe o art. 486, da CLT, face à extinção da antiga Costeira, isto em harmonia com o art. 4º do Decreto-lei nº 67, de 21-11-66, isto é, no fato de que, com

a extinção da autarquia, em 1966, ter-se-ia extinguido, *ipso jure*, o contrato de trabalho que o reclamante mantinha com a mesma.

Não colhe de modo algum o argumento. O contrato de trabalho do reclamante continuou de pé na nova entidade, eis que nenhum motivo deu para sua dispensa, nenhum ato ilícito tendo praticado que a justificasse. Ocorreu, apenas, denúncia infundada, não provada, de um empregado recém-admitido na Empresa, relativamente a possíveis faltas ao trabalho nos dias 26, 27 e 30 de dezembro de 1968. E isto não se-

ria motivo para a brusca dispensa que sofreu.

Do que se colhe dos autos, está evidente a dispensa injusta, daí decorrendo o direito do reclamante aos benefícios já concedidos na respeitável sentença.

Confirmo essa decisão, negando provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negaram provimento aos recursos. Os Srs. Mins. Henocho Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Mário Ribeiro*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 32.394 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Amarílio Benjamin

Recorrente — Juízo Federal da 3.ª Vara, *ex officio*

Agravante — Conselho Regional de Química, 2.ª Região

Agravado — Jaraguá Country Clube

EMENTA

Conselho Regional de Química. Exigência de profissional nos clubes recreativos. Embora justificável do ponto de vista científico e higiênico a assistência de químico registrado ao tratamento e vigilância da água de piscina dos clubes recreativos, a exigência improcede, à falta de apoio legal.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Propôs o Conselho Regional de Química executivo fiscal contra o Jaraguá Country Club, para cobrança de multas decorrentes de infração aos arts. 27, parágrafo único, e 28 da Lei nº 2.800, de 18 de junho de 1956, combinados com os arts. 335 e 351 do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de março de 1943.

Defendeu-se o executado, após a penhora, invocando, de logo, a sua qualidade de sociedade civil, de fins recreativos e culturais, e alegando, em consequência, não ser firma, nem estabelecimento industrial, não podendo assim praticar as infrações argüidas, que alcançam somente os tipos de indústria apontadas na lei. Sustentou também cerceamento de defesa por não estar claro na inicial o fato que o obrigaria a manter químicos na dependência do clube (fls. 18/23).

Foram impugnados os embargos, fls. 26/29, procedendo-se perícia no curso da ação. Por fim, o Dr. Juiz, entendendo que a CLT, combinada com a Lei n.º 2.800/56, não obriga as sociedades recreativas e culturais a possuírem, nos seus quadros, químicos, para dirigir o tratamento de águas das piscinas, julgou improcedente o pedido, com o pagamento de honorários e custas pelo autor.

Recorreu de ofício. O Conselho Regional de Química ofereceu agravo.

Falou a Subprocuradoria-Geral, pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Relator): Negamos provimento. Reconhecendo embora os bons e altos propósitos do Conselho Regional de Química em assegurar a pureza da água das piscinas de clubes, em defesa positiva da saúde de seus freqüentadores, ficamos

com o Dr. Juiz. De fato, a lei exige somente direção profissional de químico habilitado nas firmas, sociedades, empresas ou associações que explorem a atividade, em termos de comércio e indústria. Fora disso, somente laboratórios, estudos e projetos, perícias e o magistério. É verdade que o art. 341 da CLT, de modo amplo, impõe a supervisão profissional em todos os serviços pendentes do conhecimento de química. No entanto, como o Dr. Juiz ressaltou, ainda essa exigência não alcança o clube executado, que possui aparelhagem para tratamento das águas à base de produtos segundo tabela ao alcance da pessoa comum. Por outro lado, o novo ângulo, que mudou a consideração inicial do problema, está relacionado igualmente com o exercício de comércio, indústria ou prestação de serviços ao público. Possivelmente, no futuro, vai prevalecer o pensamento do exequente. Seja através de lei expressa, ou até de ação conjunta do Conselho Federal, do Ministério e das Secretarias de Saúde, mediante convênios, decretos, resoluções e portarias, que, examinando o assunto, fixem conduta comum, impondo o requisito reclamado, na criação e funcionamento de sociedade do tipo dos clubes, esportivos e recreativos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 32.632 — DF

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins

Recorrente — Juízo Federal da 1.ª Vara, *ex officio*

Agravantes — Instituto Nacional de Previdência Social e Clube de Golfe de Brasília

Agravados — Os mesmos

EMENTA

Executivo fiscal. Processos conexos. Crédito relativo a diferença de contribuições não ilidido na instrução. Sua procedência. Dívida concernente a tempo em que o executado não existia. Improcedência. Deu-se provimento ao recurso *ex officio* e parcialmente aos voluntários. Decisão unânime.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso *ex officio* e a ambos os apelos voluntários, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): A sentença recorrida assim expõe o caso destes autos:

“O Instituto Nacional de Previdência Social, representado pelo seu procurador, propõe os executivos fiscais de números 1.180/69 e ... 1.183/69, contra o Clube de Golfe de Brasília, para cobrança das importâncias de Cr\$ 9.488,90 e Cr\$ 13.025,41, correspondentes a contribuições devidas pelo executado nos períodos de janeiro a setembro de 1968, do primeiro, e, de junho a dezembro de 1967, do segundo processo. As petições foram regularmente instruídas com as respectivas

certidões de dívida ativa e mapas discriminativos das parcelas devidas. O executado, citado, deu bens à penhora, auto de fls. 10, formulando os embargos de fls. 21/22 acompanhados da ata da Assembléia Geral Ordinária, realizada aos 24 de abril de 1970, que elegeu à nova Diretoria do Clube, e, ainda, o Diário Oficial de 20 de dezembro de 1967, que trazia a publicação da ata da Diretoria anterior. Contraditou os pedidos e requereu a reabertura do prazo de embargos. Com vista, o exequente, arguindo haver solicitado a substituição da penhora, deferida por este Juízo, concorda com esse pedido. Reaberto o prazo, nomeou o executado bens à penhora, em substituição àqueles anteriormente penhorados, e apresentou a petição de embargos de fls. 48/49, contestando os pedidos e juntando as guias de pagamento das contribuições do período de janeiro a setembro de 1968, devidamente quitadas pelo exequente e cobradas no processo executivo de nº 1.180/69, certidão de fls. 3. Com vista o Instituto Nacional de Previdência Social contesta, alegando tratar-se de contribuições suplementares, sem qualquer alteração da certidão referida. Conta de custas às fls. 19.

Despacho saneador às fls. 66, irre-corrido. Audiência de instrução e julgamento realizada aos 4 de novembro corrente; compareceram as partes legalmente representadas. Foi ouvido o depoimento pessoal do atual Diretor-Tesoureiro do Clube, Sr. Sérgio Meira Lopes de Castro. A Procuradora do exequente se reportou aos pedidos e à contestação de fls. 64/65, pedindo a procedência e subsistência da penhora, no que foi assistida pela Procuradoria da República. O advogado do executado alegou que havia juntado as guias de recolhimento e pagamento das contribuições do período de janeiro a setembro de 1968, que a simples alegação de tratar-se de diferenças estaria desvirtuando o pedido e o ônus dessa prova caberia ao exequente, bem como a improcedência da multa, por ser ilegal, superior ao limite máximo de 30% do principal. Pede, afinal, a improcedência com as cominações legais”.

O Dr. Juiz julgou a ação parcialmente procedente para condenar o executado ao pagamento do débito correspondente ao período de junho a dezembro de 1967, Processo nº 1.183/69, nas custas em proporção, correção monetária e honorários de advogado na base de dez por cento, e recorreu *ex officio*.

O Instituto exequente agravou da parte da sentença que lhe foi desfavorável, assinalando que o processo de nº 1.180/69 se refere a diferença de contribuições entre o que foi pago e o que deveria ter sido pago.

O executado também agravou, insurgindo-se contra a condenação a pagamento de contribuições relativas ao período junho a dezembro de 1967, por isso que só passou a existir em novembro de 1967 e contra a multa e juros.

Os agravados contraminutaram.

Mantida a decisão, os autos subiram a esta Instância e a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 103, pugnando pela reforma da sentença com o provimento do apelo do Instituto.

Ê o relatório.

Voto

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O executado em face do despacho de fls. 43, que reabriu “o prazo para embargos tendo em vista a substituição da penhora”, a embargou na forma da petição de fls. 48, alegando pagamento de todas as Guias do período compreendido entre janeiro a setembro de 1968 e juntou os documentos de fls. 50, *usque* fls. 62, argüindo, assim, iliquidez da conta que se vê de fls. 19 do Proc. de nº 1.180, de 1969. E, relativamente ao período anterior de julho a dezembro de 1967 (Proc. nº 1.183, de 1969), alega não ter sido intimado do respectivo processo administrativo que, em razão disto, não pode exprimir a realidade, até mesmo por que, acrescenta, só adquiriu personalidade em agosto de 1967.

O INPS apresentou a defesa de fls. 64 e 65, alegando que o primeiro executivo, o de nº 1.180, refere-se a contribuições suplementares, ou seja, diferença entre o pago e o devido, enquanto que o segundo, o de nº 1.183, diz respeito a contribuições não recolhidas.

O meu voto, neste caso em que reinou confusão, é no sentido de dar provimento ao recurso *ex officio* e parcial aos voluntários para julgar procedente o executivo de nº 1.180 e improcedente o outro, o de nº 1.183.

No primeiro, como visto, o que se pede é pagamento de diferença, isto é, entre o que foi pago e o que deveria ter sido pago, crédito não ilidido no curso da instrução em que se reafirmou tra-

tar-se de dívida suplementar devidamente inscrita.

Mas, relativamente ao outro processo, o de nº 1.183, tenho-o como improcedente. É que se refere a contribuições relativas a períodos de 1967, ano em que o executado, em 21 de agosto, como se vê de fls. 81, iniciou as suas atividades. E o seu primeiro empregado, como positiva o doc. de fls. 82, foi admitido em 15 de janeiro do ano seguinte, 1968.

E tendo como precedente o Executivo de nº 1.180, além do principal, condeno o executado ao pagamento de correção

monetária, multa e juros na forma do Dec.-lei de nº 66, de 1966, e em honorários de advogado na base de dez por cento sobre o principal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso *ex officio* e a ambos os apelos voluntários. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 64.764 — RS

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henoch Reis

Recorrente de Ofício — Juízo de Direito da 2.ª Vara

Agravante — Conselho Regional de Farmácia do RS

Agravado — Cildo Machado da Silva

EMENTA

Farmacêutico provisionado. Segurança deferida, em parte, contra restrições estabelecidas pelo Conselho Regional de Farmácia, lesivas de direito individual líquido e certo. Interpretação do art. 33, da Lei n.º 3.820/60. Indevidos, na espécie, honorários advocatícios e custas.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento, em parte, aos recursos para excluir da condenação as custas e honorários de advogado, por maioria, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 19 de maio de 1971. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Recurso de ofício e Agravo do Conselho Regional de Farmácia do Rio Grande do Sul, da sentença de fls. 42/43,

concessiva de segurança contra ato do Presidente daquele órgão, para que seja garantido ao impetrante, oficial de farmácia provisionado, o direito de exercer livremente sua atividade profissional, “como responsável pelo ramo de farmácia na filial da sociedade que estabeleceu, autorizando, por igual, o arquivamento da alteração contratual pela qual ingressou na sociedade”.

Nesta Superior Instância, oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pela cassação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): O impetrante, que é “prático de farmácia”, foi provisionado, a fim de assumir a

responsabilidade técnico-profissional de farmácia, de que era co-proprietário. Este provisionamento data de 14 de março de 1934, como faz certo o documento de fls. 11.

Como consta dos autos, o impetrante, em 14 de fevereiro de 1963, associou-se com outro colega para o comércio de farmácia e perfumaria, assumindo a responsabilidade técnico-profissional do ramo de farmácia (doc. n° 4, cláusula 5ª). O contrato social foi visado pela Secretaria de Saúde do Estado, Seção da Fiscalização da Medicina. Posteriormente, retirou-se o suplicante da sociedade, sendo, mais tarde, readmitido na mesma sociedade, sendo designado para dirigir uma filial, com a responsabilidade técnico-profissional do ramo de farmácia desta filial.

Esta alteração do contrato-social não obteve “visto” do impetrado, sob a alegação de que contrariava o disposto no art. 33 da Lei n° 3.820/60 e o item 3 da Resolução interpretativa desse dispositivo, eis que no caso não se trata de farmácia de propriedade individual do impetrante, como exige a lei.

Pondera o Dr. Juiz *a quo*, no trecho final da sentença recorrida: (lê, fls. 42 v./43).

Confirmo esta sentença, exceto na parte em que condenou o impetrado nas custas e honorários de advogado.

Nestas condições, dou provimento, em parte, aos recursos para excluir a condenação do suplicado nessas duas verbas.

É meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Depois de ter votado o Sr. Ministro Relator dando provimento, em parte, aos recursos para excluir da condenação as custas e honorários de advogado, pediu vista dos autos o Sr. Min.

José Néri da Silveira, aguardando o Sr. Min. Márcio Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min José Néri da Silveira: Cildo Machado da Silveira, oficial de farmácia provisionado, regularmente registrado no CRF-10, na vigência da Lei n° 3.820, de 11-11-1960, foi responsável técnico e profissional de farmácia mantida pela sociedade J. Lima & Cia., de que eram sócios José Nascimento de Lima e o agravado (fls. 14). Posteriormente, a 15-2-1966, desvinculou-se da entidade, cedendo seus direitos sociais, correspondentes a 50% do capital da firma, parte ao sócio remanescente referido e parte ao Dr. Antônio Santos Flôres, farmacêutico-químico (fls. 17).

No mesmo ano, entretanto, a 8 de dezembro de 1966, nova alteração do contrato social sucede, com o reingresso do impetrante em J. Lima & Cia., estabelecendo-se a criação da Filial n° 1 da sociedade, em nome coletivo, devendo o ora agravado assumir a responsabilidade técnico-profissional da dita filial (*ut* cláusulas n°s 3 e 4) (fls. 8).

Pois bem, o CRF — 10 negou seu assentimento a essa alteração contratual, em face do item 3 da Resolução n° 23, do CRF, de 25-11-1963. O “visto” do Conselho Regional de Farmácia era indispensável ao arquivamento do ato social na MM. Junta Comercial Gaúcha.

A impetração ataca o ato de autoridade do CRF — 10, que negou o “visto”.

A sentença foi concessiva da segurança. Após o voto do eminente relator, confirmando o decisório de primeiro grau, pedi vista dos autos.

Em linha de princípio, na exegese do art. 33, da Lei n° 3.820, de 1960, tenho entendido que a Resolução n° 23, de 25-11-1963, do colendo Conselho Federal de Farmácia, relativa a oficiais

de farmácia provisionados, é válida, conformando-se ao autêntico espírito do dispositivo legal em apreço.

O fundamento do ato administrativo indeferitório foi o item 3, da Resolução nº 23, consoante se vê do documento firmado pelo digno Secretário Executivo do CRF — 10, Dr. Odacyr Luiz Timm (fls. 19).

Dispõe o inciso 3, do predito art. 23, *verbis*:

“3 — O provisionado, estabelecido com firma individual, não mais poderá constituir-se em sociedade”.

À sua vez, os itens 2 e 4, da mesma Resolução nº 23, estabelecem:

“2 — O provisionado, extinta a sociedade, com base na qual se provisionou, poderá a qualquer tempo estabelecer-se com firma individual.”

“4 — O provisionado tem o direito de alterar o contrato social da sociedade com base na qual se provisionou, desde que conserve, na alteração social, no mínimo, a mesma proporção do capital que possuía.”

A ilustrada procuradora do CRF — 10, Dra. Simone Affonso de Campos, em bem lançadas razões, às fls. 49/51, expôs, com acerto, o sentido do art. 33, da Lei nº 3.820, de 1960, nestes termos:

“5 — A Lei nº 3.820 veio definir o exercício legal da profissão farmacêutica, tendo em vista assegurar aos farmacêuticos diplomados suas prerrogativas e atribuições. Mas, atendendo a uma exigência da realidade brasileira à época em que foi promulgada, não deixou de considerar a situação daqueles, que, embora não sendo farmacêuticos diplomados, vinham desde longa data exercendo funções de práticos e ofi-

ciais de farmácia. Assim sendo, previu o estatuto legal uma regra de exceção, inserta no art. 33, que estatuí:

“Art. 33. Os práticos e oficiais de farmácia, já habilitados na forma da lei, poderão ser provisionados para assumirem a responsabilidade técnico-profissional para farmácia de sua propriedade, desde que, na data da vigência desta lei, os respectivos certificados de habilitação tenham sido expedidos há mais de 6 (seis) anos pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina ou pelas repartições sanitárias competentes dos Estados e Territórios, e sua condição de proprietários de farmácia date de mais de 10 (dez) anos, sendo-lhes, porém, vedado o exercício das demais atividades privativas da profissão farmacêutica.

§ 1º — Salvo exceção prevista neste artigo, são proibidos provisionamentos para quaisquer outras finalidades.

§ 2º — Não gozará do benefício concedido neste artigo o prático ou oficial de farmácia estabelecido com farmácia sem a satisfação de todas as exigências legais ou regulamentares vigentes na data da publicação desta lei”.

Visou o legislador, dessa forma, garantir aos leigos que vinham exercendo atividade profissional o direito de continuar aquelas atividades, respeitando-se a sua situação, da mesma forma que ao surgir a Ordem dos Advogados, em 1930, ficou respeitada a situação dos rábulas.

6. A Lei nº 3.820, de 1960, encontra-se entre aquelas que, para serem aplicadas, necessitam de regulamentação, complementação ou suplementação, categoria que im-

porta em atribuição ao Poder Executivo de elaborar normas regulamentares, complementares ou suplementares.

Dessarte, entendeu o Conselho Federal de Farmácia dar sua interpretação ao art. 33, restritivamente, como cumpria fazê-lo, por tratar-se de uma norma de exceção editando a Resolução nº 23, de 29 de novembro de 1963.

7. Consoante as informações prestadas, anteriormente, pelo Conselho Regional de Farmácia, o art. 33 foi interpretado de uma maneira harmônica com os demais textos da Lei nº 3.820, visando beneficiar aqueles que vinham exercendo atividades técnico-profissionais em farmácia de sua propriedade como também estendeu o benefício àqueles que faziam parte de sociedade em nome coletivo ou limitada por mais de dez anos, até a vigência da Lei nº 3.820. A idéia de sócio foi entendida como conciliável com a de proprietário. Entretanto, como o art. 33 garante o benefício ao provisionamento para os práticos e oficiais de farmácia assumirem a responsabilidade técnica por farmácia de sua propriedade, cessada aquela situação de sociedade, e tolerada como o foi para o fim de permitir-lhe o provisionamento, não se há de entender que “de futuro” possa o prático ou o oficial de farmácia associar-se a terceiros e continuar como responsável técnico por farmácia. Se tal entendimento fosse dado ao art. 33, estar-se-ia burlando as finalidades específicas e excepcionais visadas pelo mesmo. A expressão nele contida “sua propriedade” seria sem sentido algum. Se a farmácia for de propriedade de uma sociedade, de uma firma comercial, não se há de entender que seja de propriedade do prático ou

oficial de farmácia, mesmo que dela faça parte como sócio. A pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa do sócio. Sócio e sociedade são pessoas de direito absolutamente distintas.

8. O direito a ser responsável técnico-profissional por farmácia só foi deferido ao farmacêutico diplomado e por exceção ao oficial e prático de farmácia, quando se tratar de farmácia de sua propriedade e houver provado tal propriedade por mais de dez anos e possuir habilitação profissional há mais de seis anos. Só nesse caso cabe ao leigo assumir a responsabilidade técnico-profissional por uma farmácia.”

Entendo, no caso concreto, entretanto, que há situação especial a considerar.

É que o impetrante era sócio de J. Lima & Cia. e responsável técnico-profissional de farmácia mantida por essa firma (fls. 14), como oficial de farmácia provisionado. Tratava-se, apenas, de seu reingresso na sociedade de pessoas, responsabilidade ilimitada. Se não houvesse deixado a entidade, nenhuma dificuldade existiria, com a admissão de farmacêutico diplomado, em ordem a abrir-se a filial pretendida, passando o ora agravado a ser responsável técnico-profissional do último estabelecimento, enquanto o farmacêutico responderia pela matriz. Ocorreria alteração contratual, que deveria, entretanto, respeitar o item 4, da Resolução nº 23, conservando “no mínimo a mesma proporção do capital que possuía”.

Dessa maneira, não vejo óbice retorne o provisionado à mesma firma a que pertencia, quando do provisionamento.

Estou, entretanto, em que condição indispensável é retome, no mínimo, a mesma proporção do capital que possuía, quando do advento da Lei nº 3.820, de 1960, na sociedade, com base

na qual se provisionou. Se isso suceder, não se negará o espírito do art. 33 predito, qual norma transitória.

Do exposto, a só circunstância de haver o impetrante cedido seus direitos sociais e, após, readquiri-los, não impediria o deferimento da alteração contratual, em ordem a poder o agravado prosseguir como responsável técnico-profissional, na firma em referência.

Na espécie dos autos, verifico, porém, que, na Alteração do Contrato Social em causa, à fls. 18, prevê-se, apenas, que o impetrante reingressará na sociedade, tomando a quota de capital de Cr\$ 450.000,00 antigos, do montante de Cr\$ 6.000.000,00 velhos. Isso significa que, no retorno à firma, sua posição não será mais a mesma existente, quando do provisionamento, em que detinha 50% do capital social, isto é, Cr\$ 2.250.000,00 antigos de um total de Cr\$ 4.500.000,00

velhos. Ora, se se desse guarida a tal pretensão, o *status* contemplado pelo provisionamento estaria modificado, mantendo-se os efeitos do art. 33, da Lei nº 3.820, de 1960.

Não há, assim, direito líquido e certo do agravado.

Dou provimento aos recursos para cassar a segurança.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo no julgamento, deram provimento, em parte, aos recursos para excluir da condenação as custas e honorários de advogado, contra o voto do Sr. Min. José Néri da Silveira, que dava provimento para cassar a segurança. O Sr. Min. Márcio Ribeiro votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 66.814 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Recorrente — Juízo Federal da 6.ª Vara, *ex officio*

Agravante — Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura da 6.ª Região

Agravados — Antônio Miranda Filho e outros.

EMENTA

Técnico em Agrimensura. Ante a Lei n.º 3.854-B/57 art. 3.º, o Técnico em Agrimensura tem direito à carteira profissional de “Engenheiro-Agrimensor”, com a anotação, em página interna, da apostila feita no diploma sobre a equiparação decorrente da Lei n.º 3.854-B/57. Precedentes do STF.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento, em parte, a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sendo que o Sr. Min. Peçanha Martins

os provia para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente.

A espécie dos autos foi assim exposta e solucionada pela dita sentença de fls. 59:

“Fls. 59: Antônio Miranda Filho, Algirdas Aimutis Dorinas, Antônio Alvaro Monteiro, Arcídios Abimorad, Antônio Carlos de Moraes, Alkir de Andrade, Elimário Ramos, Euclides de Faria, Fernando Augusto Sampaio Cesar, Minoru Fukumori, Walter Vadalá, Reynaldo de Moura Garcia, Saulo Domingos Paulo Zucchello e Yutaka Oshima (fls. 6) impetram mandado de segurança contra o Sr. Presidente do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura da 6ª Região, alegando, em síntese, o seguinte: que são diplomados em curso de de Agrimensura pelo regime do Decreto-lei nº 20.178, de 12 de dezembro de 1945; que a Lei nº 3.144, de 20 de maio de 1957, que instituiu no Brasil o curso superior de agrimensura prescreve que aos respectivos diplomados “será conferida a designação profissional de engenheiro agrimensor”; que a Lei nº 3.834/B, de 12 de dezembro de 1960, equipara os profissionais de agrimensura diplomados ao regime do Decreto nº 20.178, aos que se diplomarem na forma da Lei nº 3.144; que, em consequência, pela Portaria Ministerial nº 279, de 20 de agosto de 1963, os diplomas dos impetrantes foram registrados na Diretoria do Ensino Superior para os fins previstos na Lei nº 3.834/B, de 1960; que, diante dessa situação, os impetrantes requereram ao CREA da 6ª Região, tendo inclusive recolhido a seus cofres as taxas e emolumentos visando a obtenção da respectiva carteira profissional de Engenheiro

Agrimensor; que o Sr. Presidente do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, em resposta à consulta da impetrada, esclareceu serem extensíveis as regalias aos agrimensores que tenham seus diplomas equiparados aos engenheiros agrimensores, por força da Lei nº 3.834/B, de 1960; que, todavia, após longos anos de espera, o Sr. Presidente do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura de São Paulo, em despacho exarado no Processo nº 72/57, insiste em distinguir onde a lei não faz distinção, ficando os impetrantes cerceados no direito de obtenção da carteira profissional de engenheiro agrimensor; que, finalmente, sendo a equiparação integral e sem restrições, não pode o CREA expedir aos impetrantes carteiras diferentes das fornecidas aos portadores de diploma de Engenheiro Agrimensor, nem inová-las com anotações ou restrições.

Juntam os impetrantes os documentos de fls. 21/45.

Concedida liminar pelo MM. Juiz *a quo*, foram requisitadas informações as quais se encontram às fls. 48/54.

A Procuradoria da República manifesta-se às fls. 55, opinando pela denegação da segurança.

Este o relatório. Passo à decisão.

Os impetrantes diplomados no regime do Decreto nº 20.178, de 12 de dezembro de 1945, tornaram-se equiparados aos que se diplomaram na forma da Lei nº 3.144, de 20 de maio de 1957, por força da Lei nº 3.834/B, de 12 de dezembro de 1960, fazendo jus à denominação de Engenheiro Agrimensor. Tal direito líquido e certo outorgado por lei lhes vem sendo reconhecido pelas Autoridades do Ministério de

Educação e Cultura e bem assim pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura o ora impetrado.

Ocorre que os impetrantes pretendem lhes seja fornecida carteira profissional igual às fornecidas aos portadores de diplomas de Engenheiro Agrimensor aos quais foram equiparados por lei, sem inovação com anotações ou restrições.

O parecer do Sr. Adroaldo Mesquita da Costa constante de fls. 37 dos presentes autos, em que analisa a situação dos impetrantes, traz a afirmativa de que “a equiparação concedida foi integral, sem nenhuma restrição”. E isto é o que pretendem os impetrantes e não lhes vem sendo negado.

Ao CREA, sim, não existe lei que o proíba de proceder anotações nas carteiras que fornece e especialmente a da circunstância mencionada na Lei nº 3.834/B, de 12 de dezembro de 1960, que outorgou a equiparação aos impetrantes aos engenheiros agrimensores diplomados na forma da Lei nº 3.144, de 20 de maio de 1957.

Assim, concedo em parte a segurança pleiteada para que seja fornecida aos impetrantes a carteira profissional do mesmo modelo da expedida aos senhores engenheiros agrimensores, não importando a explicitação contida na equiparação da Lei nº 3.144/B, de 20 de maio de 1957, que outorgou aos impetrantes o direito líquido e certo ora amparado, ao título de engenheiro agrimensor, cassando a liminar nos termos em que foi concedida.

Recorro de ofício para o egrégio Tribunal Federal de Recursos”.

O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 6ª-R, não se

conformando, agravou às fls. 64/69, juntando documentos.

Contra-minuta de agravo às fls. 87/88.

O Dr. Juiz *a quo* manteve a decisão agravada no despacho de encaminhamento.

A douta Subprocuradoria-Geral da República subscreve as razões de fls. 64 do CREA.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): No julgamento do Agravo em Mandado de Segurança nº 54.945, em que figurava como agravado Walter Oliveira Borges, Técnico em Agrimensura, cuja sentença se lê às fls. 44, por cópia, votei vencido, confirmando-a para reconhecer ao agravado o direito de receber e portar Carteira Profissional de “Engenheiro-Agrimensor”, fazendo-o nos seguintes termos:

“Consoante se tira dos autos, o impetrado é portador do diploma de Técnico em Agrimensura, expedido no regime do Decreto nº 20.178, de 1945, e no ano de 1955, devidamente registrado na Diretoria do Ensino Industrial, do então Ministério da Educação e Cultura.

A Lei nº 3.144/57 preceitua, no seu artigo 3º:

“Aos portadores de diplomas expedidos por Estabelecimentos de Ensino Superior de Agrimensura, devidamente registrados na Diretoria do Ensino Superior, do Ministério de Educação e Cultura, será conferida a designação profissional de Engenheiro-Agrimensor”.

No ano de 1960 sobreveio a Lei nº 3.834/B, cujo artigo 1º, § 1º, preceitua:

“São os profissionais de Agrimensura formados no regime do De-

creto nº 20.178/1945, equiparados aos portadores de diplomas de que trata o artigo 3º da Lei nº 3.144, de 20 de maio de 1957.”

A Lei nº 3.834/B pôs em paralelo, igualando, os técnicos de Agrimensura, diplomados sob o regime do Decreto nº 20.178/45, e os portadores de diplomas de Engenheiro-Agrimensor, expedidos na conformidade do art. 3º, da Lei nº 3.144/57.

É certo que:

“Quando uma pessoa obtém o diploma, recebe uma prova presuntiva de capacidade profissional.

Quando o registra no Ministério da Educação, obtém uma declaração de que cursou regularmente uma Escola.

Quando registra no CREA, obtém a prova de habitação profissional, que, nos termos da legislação do CREA, deve reproduzir o título de escolaridade que lhe serviu de base.”

A legislação ordinária do CREA, de obrigar a reproduzir, na carteira profissional, o título de escolaridade, não tem pertinência ao caso dos autos, que se rege por preceito de lei singular, que promete aos seus beneficiários a designação profissional de Engenheiro-Agrimensor.

Não se trata, portanto, de simples apostila no primitivo título profissional, mas da expedição de uma nova carteira, em que seja registrado o predicamento reclamado pelo impetrante, como decidiu a douda sentença, que confirmo.”

A douda Segunda Turma, ao julgar o Agravo em Mandado de Segurança nº 53.091, sendo agravado Afonso Oetting, e outros, versante sobre a mesma tese, deu-lhe provimento para cassar a segurança, harmonizando-se, desse modo,

com o pensamento da maioria da Primeira Turma, documentado no julgamento do Agravo em Mandado de Segurança nº 54.945.

O colendo Supremo Tribunal Federal, no entanto, conhecendo do recurso interposto por Afonso Oetting e outros da indicada decisão da Egrégia Segunda Turma, deu-lhe provimento, em parte, reconhecendo ao recorrente o direito à carteira profissional de “Engenheiro-Agrimensor”, com a anotação, a ser feita em página interna, da apostila registrada no diploma, respeitante à equiparação ditada pela Lei nº 3.834/B, de 1960, como se verifica do acórdão exarado no Recurso em Mandado de Segurança nº 18.999, julgado em 3-12-1968, sendo Relator o Min. Adauto Cardoso — fls. 71.

Idêntica solução foi adotada no Recurso em Mandado de Segurança nº 19.418, julgado no mesmo dia, sendo Relator o Min. Themístocles Cavalcante.

Considerando os julgados indicados, de cujo acerto estou convencido, dou provimento, em parte, ao recurso de ofício e voluntário para ajustar a decisão recorrida aos termos supra-especificados, correspondentes à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto.

É o meu voto.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Pelo que entendi, não há, propriamente, consequência de ordem prática na adoção de um ou outro procedimento, porquanto as atribuições do técnico equiparado ao engenheiro são as fixadas na lei. Discute-se somente quanto ao registro e à carteira, sem reflexo no exercício profissional, que me parece tranqüilo. Assim, estando em causa apenas a questão da emissão da carteira, de um tipo ou de outro, mas com a anotação a que faz referência a lei, não tenho dú-

vida em seguir o voto do Sr. Ministro Relator, que está apoiado em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Voto

O Sr. Min. Peçanha Martins: Sr. Presidente, prestei bastante atenção neste caso, mas não me convenci de que a simples equiparação a engenheiro importe no dizer-se que a Lei conferiu aos técnicos o título de engenheiro, bastando atinar-se aos currículos, que são diversos.

Dou provimento ao recurso para cassar a segurança.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento em parte a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator; sendo que o Sr. Min. Peçanha Martins os provia para cassar a segurança. O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães votou *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 67.531 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Embargante — Roger Jules de Carvalho Mange

Embargado — V. Acórdão de Fls.

EMENTA

Embargos de Declaração. Embargos opostos com vistas a esclarecer julgado, são antes de receber do que de repelir, ainda quando de duvidosa procedência.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Cuida-se de embargos de declaração oposto sob o argumento, em resumo, de que acórdão, afirmando que o impetrante, ex-combatente, lembrara-se de contribuir, sem qualquer limite, somente após a concessão de sua aposentadoria, calculada sobre os tetos comuns, de um,

três e cinco salários-mínimos, incide em omissão, sobre matéria de fato, visto que, na inicial do mandado de segurança, item 12, já denunciara a recusa do impetrado, de receber contribuições sobre o salário integral, com apoio na Resolução nº 94, de 1º de março de 1966, do INPS, isto após autorizá-las, como se verifica do documento nº 7, fls. 27.

A ementa do acórdão embargado diz assim:

“Previdência Social. Benefício de Aposentadoria. Ex-Combatente. Legítima, sem a menor dúvida, a concessão do benefício sobre o *quantum* realmente contribuído pelo segurado.”

Sem procedência pedido de aposentadoria a ser calculado à base de salário de contribuição que poderia ter sido mas que não foi utilizado para a prestação de contribuições pelo segurado.

Recurso provido e segurança cassada. É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Conforme vai dito no voto de fls. 82, o caso dos autos não apresenta nenhuma similitude com os julgados nos Agravos em Mandado de Segurança nºs 61.635 e 63.664, dos quais foi Relator o Sr. Min. Lafayette Guimarães, porque, naqueles casos, os impetrantes haviam contribuído para a Previdência Social na base da importância auferida na atividade, sem qualquer limite para gozo de aposentadoria com base na média do salário integral percebido nos últimos 26 meses, no qual o último até já se achava, fls. 16, 16 verso, 22 e 26, para o de nº 63.664; e fls. 48, e, já agora, fls. 101 e 104, linha 5, para o de nº 61.365, enquanto neste caso, o impetrante, apesar de autorizado a prestar contribuições sobre o salário integral, de acordo com o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.297/63, desde o dia 17 de janeiro de 1968, e a partir de 14 de janeiro de 1964, fls. 27, documento 7, não as prestou, continuando a pagá-las pelo salário base de segurado autônomo.

O mesmo voto contém este trecho, fls. 83, linhas 2, 3 e 4: "Reportando-me às jurídicas razões da minuta do agravo de fls. 60 *usque* 63, que ficam incorporadas a este voto, dou provimento para cassar a segurança."

Pois bem. Na minuta do agravo do impetrado, incorporada ao voto, com vistas a economizar tempo e trabalho, como se pratica nos tribunais, sem nenhum prejuízo, a perfeição do julgado, argumenta-se assim:

"Nem aproveita a alegação de que o impetrante não tenha chegado a recolher as contribuições porque, durante todo esse tempo, aquela entidade estava apurando quais os honorários efetivamente

percebidos pelo impetrante para sobre eles cobrar as contribuições" (item 122).

Isto porque, ainda seria admissível aceitar-se a tese de que o valor das contribuições anteriores, a 17 de janeiro de 1968, dependesse de apuração, embora a dificuldade pudesse ser contornada facilmente pela exibição das declarações de renda do interessado. Porém, o que se dizer das contribuições referentes ao período de 17 de janeiro de 1968 a 1º de outubro de 1969, vinte e um meses, portanto? O que foi que impediu o impetrante de preparar, ele mesmo, as guias e recolher o seu valor em qualquer agência bancária? Nada, pois estas nunca examinaram a exatidão ou procedência do recolhimento, até porque para tanto lhe falta capacidade legal; apenas receberam o dinheiro e passam o recibo.

O impetrado, nas informações que foram mencionadas no relatório da sentença e do acórdão de fls. 81, repeliu o alegado no item 12 da inicial, escrevendo:

"as alegadas dificuldades na apuração do *quantum* percebido pelo impetrante são, *data venia*, totalmente improcedentes, destituídas de qualquer fundamento, porquanto, para comprovação do efetivamente percebido, bastaria, como é óbvio, que o impetrante juntasse cópia de suas declarações de renda, dado o rigorismo da lei que disciplina a cobrança do imposto de renda;

Em se tratando de um advogado conceituado, jamais poder-se-ia pôr em dúvida a sua declaração de rendimentos, não obstante, assim não procedeu, recolhendo as suas contribuições da seguinte maneira:

"De setembro de 1960 a maio de 1963 contribuiu tão-somente sobre um salário-mínimo;

De junho de 1963 a novembro de 1967 sobre três salários-mínimos;

A partir de dezembro de 1967, sobre cinco salários-mínimos.”

Não existe no processo nenhuma prova de recusa, pelo impetrado, ao pagamento de contribuições à base do salário integral, que o impetrante haja querido fazer, antes do pedido de aposentadoria feito em 1º-10-1969, fls. 2, ou da concessão da mesma, em 29-11-1969, como lhe fora permitido no expediente de 17 de janeiro de 1968, documento 7, fls. 27.

Também não existe qualquer prova do cancelamento da mesma autorização, por ato específico do impetrado, emitido antes da aposentadoria, em cumprimento à Resolução nº 94/68, de 1º-3-1968, do DNPS. O documento em que o impetrado diz que a autorização para contribuir sobre o efetivamente percebido, está prejudicada em decorrência da Resolução nº 94/68 do DNPS, foi emitido em 18 de fevereiro de 1970, em virtude do pedido de esclarecimentos feito pelo impetrante, muito depois da publicação do ato de aposentadoria, como se apura da inicial, item I, fls. 2, linha 22 e seguintes em combinação com o documento nº 3, fls. 13. E o documento de fls. 123, apresentado com os embargos de declaração, foi emitido em decorrência do acórdão embargado, nada esclarecendo sobre a alegada recusa.

O benefício da aposentadoria especial foi calculado com base no salário da categoria profissional de advogado sobre a qual sempre prestara contribuições, sendo que, a partir de dezembro de 1967, pagou-as sobre o valor de cinco salários-mínimos.

Por aí se verifica também a nenhuma influência, sobre o caso do impetrante, da mencionada Resolução nº 94, de 1º-3-1968, do DNPS, que determinou se anulassem os atos que tenham permitido que segurados ex-combatentes, não

assalariados, contribuísem sobre as importâncias excedentes dos limites autorizados, é dizer do salário base de autônomo.

De outra parte, preceituando o artigo 2.º, do Decreto-lei nº 710, de 28-7-1969, vigente na data da aposentadoria, que o salário de benefício não poderá, em qualquer hipótese, ser superior a dez vezes o maior salário-mínimo mensal na localidade do segurado, e que o valor dos benefícios de prestação continuada da previdência social, inclusive os regidos por normas especiais, será calculado tomando-se por base o salário de benefício, a tese acolhida pela sentença, ao argumento de que o teto fixado pela resolução já várias vezes citada constitui ofensa ao direito de contribuir sobre o salário integral, realmente percebido, com apoio na revogada Lei nº 4.297/63, constitui fato verdadeiramente extraordinário nas lides forenses, somente explicável em decorrência do somatório do talento do advogado signatário da inicial, com o do ilustre causídico impetrante.

A invocação do ilegal limite, feita em má hora pelo impetrado, no comunicado de 18-2-70, fls. 13, documento nº 3, não tem nenhuma razão de ser, visto que a faculdade contribuir sobre o salário integral fora abolida mais de seis meses antes pelo Decreto-lei nº 710, de 28 de julho de 1969.

Ademais, o impetrante não contribuiu sobre o salário integral por conveniências suas e não porque haja encontrado obstáculo para fazê-lo, da parte do impetrado, que não praticou nenhum ato ilegal, ou ofensivo de direito, suscetível de remédio, por mandado de segurança.

Por outro lado, a aposentadoria do ex-combatente, regulada pela Lei nº 4.297, de 25-12-1963, “será após 25 (vinte e cinco) anos de serviço e 36 (trinta e seis) meses de contribuição sobre o salário integral no valor da média desse

salário nos 12 (doze) meses anteriores à concessão”, dispunha o artigo 72, do Decreto nº 60.501, de 14-3-1967 (Regulamento Geral da Previdência Social), vigente na época. O princípio, que é geral, foi prestigiado pelo Decreto-lei nº 710, de 28-7-1969, artigo 1º, II, e a Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal o registra, ao dizer, no verbete 359, que “os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.”

Ora, se o impetrante não satisfazia o requisito de 36 contribuições, sobre o salário integral, na data da aposentadoria, indubitavelmente necessário à aquisição do direito ao benefício, com renda integral, a alegação de direito adquirido ao mesmo, na data da aposentadoria, ou, na da vigência do Decreto-lei nº 710/69, como também o quer a alegação, dizia, não faz sentido com o direito, *data venia*.

Tanto a matéria de fato, como a de direito, resumidas no relatório, foram

consideradas nos motivos de decidir do acórdão, que, desse modo, não incide no vício de omissão ou obscuridade. E sua ementa diz tudo ou quase tudo sobre a matéria julgada.

Como, no entanto, o embargante não entende assim, e pede esclarecimentos, o meu voto é recebendo os embargos, para prestá-los em homenagem à sábia jurisprudência de que “embargos de declaração são antes de receber do que de repelir, ainda quando de duvidosa procedência”. E porque a matéria vai ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, este impõe o requisito do questionamento para conhecer do extraordinário, reputo os embargos plausíveis e os admito, como acima.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A unanimidade, foram recebidos os embargos nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Avila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 67.623 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda

Agravante — Karibê S. A. — Indústria e Comércio

Agravada — União Federal

EMENTA

Imposto de Importação. Valor mínimo para efeito de incidência. Além de constitucional, como decidiu o Pleno, o art. 5.º do Decreto-lei n.º 730, de 5-8-69, não está em conflito com o art. VII, n.º II, letra a, da Parte II, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), mandado aplicar pela Lei n.º 313, de 30-7-48.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento, na forma do

relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 12 de novembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Relator): Resolvida pelo egrégio Tribunal Pleno a matéria constitucional, voltam os autos à Turma para apreciação da matéria residual, a alegada incompatibilidade do art. 5º do Decreto-lei nº 730, de 5-8-69, com certa norma inserta no GATT.

É o relatório.

VOTO

(MATÉRIA RESIDUAL NA TURMA)

A matéria reservada à apreciação final da Turma pertine ao conflito, que a agravante diz existir, entre o art. 5º do Decreto-lei nº 730, de 5-8-69, e certa disposição da Lei nº 313, de 30-7-48, que autorizou o Poder Executivo a aplicar o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT).

Entendendo que o art. 5º, citado, criou a possibilidade da fixação de um valor arbitrário ou fictício, assevera que isso iria de encontro ao art. VII, nº 2, letra *a*, da Parte II, do citado Acordo, a dizer:

“O valor para fins alfandegários das mercadorias importadas deverá ser estabelecido sobre o valor real da mercadoria importada à qual se aplica o direito ou de uma mercadoria similar, e não sobre o

valor do produto de origem nacional ou sobre valores arbitrários ou fictícios”.

E, assim sendo, argumenta a agravante, prevaleceria a disposição do acordo, dada a posição superior, na hierarquia das leis, do tratado ou convenção internacional, consoante o art. 98 do citado Código Tributário Nacional.

Mostramos, porém, ao examinar a matéria constitucional deste mesmo agravo, que o “valor mínimo” previsto pelo art. 5º do Decreto-lei nº 730, destinado a servir como base de cálculo do imposto, não será fictício nem arbitrário, mas filiado ao conceito de preço normal, fixado anteriormente no art. 20, nº II, do Código Tributário Nacional, e nos arts. 3º e 4º do Decreto-lei nº 37, de 18-11-66.

De resto, a fixação do valor real em função de condições de venda “de plena concordância e através de operações comerciais normais” é a tônica da letra *b* do mesmo dispositivo do Acordo, citado pela impetrante apenas na letra *a*.

Não há, pois, o apontado conflito de normas.

Assim, finalizando o julgamento, confirmo a sentença, e nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negou-se provimento. Os Srs. Mins. *Jarbas Nobre* e *Godoy Ilha* votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 67.952 — DF

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins

Agravante — José Amélio de Paula

Agravado — Universidade de Brasília

EMENTA

Infração disciplinar praticada por aluno de estabelecimento de ensino público. A aplicação da pena está condicionada à sua apuração através de processo sumário (art. 2.º do Decreto-lei n.º 477, de 26 de fevereiro de 1969). Recurso unanimemente provido para conceder a segurança.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos prosseguir no julgamento, dar provimento, à unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 29 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Amélio de Paula, estudante universitário, contra o Magnífico Reitor da Universidade de Brasília, que manteve o ato de seu desligamento. Alega ilegalidade do ato cujo motivo não sabe e foi praticado sem que lhe fosse dada a oportunidade de defesa, na forma da Constituição.

Após as informações de fls. 29, *usque* fls. 32 e pronunciamento do Dr. Procurador da República pela denegação, o Dr. Juiz proferiu a sentença de fls. 46 e seguintes indeferindo a impetração.

O impetrante agravou. Sem contraminuta os autos foram remetidos a esta Instância e a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o longo

parecer de fls. 66, *usque* fls. 74, firmado pelo eminente Dr. Firmino Paz, opinando pela improcedência do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Justificando o ato disciplinar de desligamento do impetrante do corpo discente, ressalta o Magnífico Reitor nas suas informações prestadas ao ilustre Juiz de Primeira Instância:

“O que se não pode admitir, permita-me Vossa Excelência afirmá-lo, é que a Universidade, numa posição cômoda, porém, masoquista, acolha no seu seio uma parcela (hoje, infinitamente diminuta) de estudantes hostis à ordem, à disciplina e à própria comunidade universitária, capazes de prejudicar um trabalho de todos os dias, dos que a querem cumprindo plenamente suas relevantes finalidades e alcançando seus nobilitantes objetivos.” (fls. 30).

E, pouco adiante, informou ainda a referida autoridade:

“O que se pode alegar é que não se instaurou inquérito nos termos do Decreto-lei n.º 477, de 26 de fevereiro de 1969, *in casu*” (fls. 31).

Muito embora aplaudindo a disciplina implantada na universidade, por isso

que só com a boa ordem é possível construir, neste caso o meu voto, em obediência à lei, é pela reforma da sentença e concessão da segurança. É que o ato de desligamento teria que ser precedido de processo que se não instaurou, como peremptoriamente estabelecido no art. 2º do Decreto-lei de nº 477, de 26 de fevereiro de 1969, nestes termos:

“A apuração das infrações a que se refere este Decreto-lei far-se-á mediante processo sumário a ser concluído no prazo improrrogável de vinte dias.”

Nulo, portanto, o ato de desligamento praticado sem observância de formalidade necessária à sua própria eficácia. Mas assim decidindo, não estou vedando à Universidade apurar, na forma da lei, as infrações que alega cometidas pelo impetrante e aplicar a respectiva pena. Tudo, porém, repito, dentro na forma da lei.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a segurança, pediu vista o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: A preliminar suscitada nas informações de fls. 29, e renovada no parecer do ilustre Dr. 3º Subprocurador-Geral da República, quanto ao não cabimento de Mandado de Segurança, contra ato disciplinar, não procede, eis que, como reconhecem as mencionadas informações, o que fica excluído do controle do Judiciário, através da via mandamental, é o mérito do ato, consistente nos seus aspectos de oportunidade e conveniência, cabendo dito controle, no que tange aos aspectos de legalidade.

Dispõe, aliás, expressamente o art. 5º, III, da Lei nº 1.533, de 1951, que “não se dará mandado de segurança quando se tratar:

de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.”

Na exceção estabelecida, por sua vez, dever-se-á incluir, também, a hipótese de imposição de pena não admitida pela lei.

No caso, impetrando Mandado de Segurança, não ataca o impetrante o ato em seu mérito, oportunidade ou conveniência, mas invoca ilegalidade, pois não lhe foi assegurada defesa, vindo a ser desligado da Universidade (fls. 5), ou a ter sua matrícula suspensa, segundo o documento de fls. 6.

Admissível, nessas condições, o *writ*.

As infrações disciplinares que, praticadas por aluno de estabelecimento de ensino público, autorizam a penalidade de desligamento, com a proibição de se matricular em qualquer outro estabelecimento de ensino, estão definidas pelo Decreto-lei nº 477, de 26-2-69 (art. 1º), exigindo dito diploma, para a sua imposição, apuração mediante um processo sumário, a ser concluído no prazo de 20 dias (art. 2º), sendo assegurada ao infrator a apresentação de defesa, citado para tanto, em 48 horas (art. 3º).

No caso, não foram observadas essas normas, como bem acentuou o eminente relator, Min. Peçanha Martins, em seu voto.

Assim o reconhece, aliás, as informações da autoridade coatora, que afirma (fls. 31):

“O que se pode alegar é que não se instaurou inquérito nos termos do Decreto-lei nº 477, de 26 de fevereiro de 1969, *in casu*. Realmente assim aconteceu. Mas é em razão dessa circunstância que esta Universidade não lhe aplicou as penalidades constantes daquele Decreto-lei, ao contrário, ofereceu oportunidade ao mesmo de se transferir para outras unidades universitárias.

rias, onde, em outro ambiente, nova comunidade estudantil, talvez pudesse concluir o curso iniciado, não reincidindo nas faltas e erros do passado, deles se curando em decorrência da oportunidade perdida nesta Universidade.”

Não observada, nessas condições, formalidade essencial o processo sumário, com oportunidade de defesa para o infrator a concessão da Segurança se impõe, como concluiu o voto do Ministro Relator, com a ressalva de ser instaurado, regularmente, dito processo sumário.

O documento de fls. 40/41, anexado pela Procuradoria da República, atribui ao impetrante atividade subversiva, o que foi afirmado em termos vagos nas informações, e caracteriza infração disciplinar definida no art. 1º do Decreto-lei nº 477, de 1968.

A circunstância de não haver sido imposta ao impetrante, com a pena de desligamento, a proibição de matrícula em outro estabelecimento, o que teria sido feito em benefício deste, que em consequência não ficou impedido de obter matrícula em outra Universidade, não afasta a ocorrência de infração prevista no citado Decreto-lei nº 477, de 1968, nem a desnatura, embora aplicada a pena pela metade e de modo irregular, sendo significativo que afirmando a autoridade coatora não ter sido aplicada

penalidade constante do mencionado diploma, também não esclarece qual o fundamento jurídico da penalidade que veio a impor.

Reconhecida a nulidade do ato, e concedida a Segurança, como o fez o ilustre Min. Peçanha Martins, poderá vir a ser o impetrante, mediante processo sumário, desligado da Universidade de Brasília, com a aludida proibição de matrícula em outro estabelecimento, ficando numa situação mais desfavorável do que a atual.

Trata-se, porém, de possibilidade que deveria ter sido considerada pelo interessado, antes da impetração, em atenção às suas conveniências; desde que, todavia, impetrada foi a Segurança, e realmente ocorre ilegalidade no ato impugnado, não haverá como denegar *o writ*, ficando o impetrante sujeito às consequências da possível renovação do ato de punição disciplinar.

Nessas condições, acompanhando o voto do Ministro Relator, dando provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, deu-se provimento, à unanimidade. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.119 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins
Agravante — Ecodil S. A. — Empresa Comercial de Importação
Agravada — União Federal

EMENTA

Imposto de Importação. Redução da alíquota para determinadas regiões não transgride a uniformidade, nem o princípio da igualdade. Recurso unanimemente improvido.

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, na forma do relatório

e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1971. —
Henrique d'Ávila, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): O Eminentíssimo Dr. Juiz Evandro Gueiros assim relata o caso destes autos:

“ECODIL S.A., Empresa Comercial de Importação impetra mandado de segurança contra o Inspetor da Receita Federal (1ª Inspeção no Estado da Guanabara), para recolher o imposto de importação à alíquota da 15% e, sobre esta, os demais tributos que incidam sobre mercadoria de sua importação. Trata-se de soda cáustica, sólida fundida industrial, de fabricação italiana, classificada no item 28.17.002 da Tarifa, normalmente sujeita à alíquota *ad valorem* de 55%, embora a autoridade impetrada, em outros Estados, permita a incidência de apenas 15%. Tal procedimento decorre da Resolução nº 640, do Conselho de Política Aduaneira, que reduziu o tributo para os importadores localizados em “zonas de difícil distribuição e abastecimento”, como também os dispensou da prova de aquisição de quantidade igual do produto nacional. A CACEX, através do Comunicado nº 269, de 1969, fixou, para efeito desse benefício, como zonas beneficiadas, os Estados do Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, decorrendo daí o direito da impetrante quanto ao desembaraço em igualdade de condições com os demais importadores. Esse direito repousa no princípio, ora desrespeitado, da uniformidade do tributo federal, como é o imposto de importação, pois assim determina o art.

20, I, da Constituição, que veda à União instituir tributo que não seja igual em todo o território nacional, ou implique distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município em prejuízo dos outros. Pontes de Miranda ensina que “não se pode decretar imposto que só as estradas de ferro de uma região paguem, ou que só seja pago pelos que recebem os artigos em determinados portos ou regiões, ou por determinados meios de transporte” (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, pág. 11, 2ª ed.). Assim também professa o Min. Aliomar Baleeiro (*Direito Tributário Brasileiro*, pág. 97, 1ª edição), ao comentar o art. 10 do Código Tributário Nacional. Sem a uniformidade do tributo, o federalismo tem-se como irrecusavelmente ofendido. Essa distinção de alíquotas introduzida pelo Comunicado CACEX 269 é uma tentativa de restauração das “tarifas especiais”, experimentadas durante o regime imperial, sob pretexto de funcionarem como antídoto do contrabando das fronteiras. Pediu a concessão do *writ* e juntou documentos, sendo-lhe concedida a liminar (fls. 29). A autoridade impetrada prestou informações às fls. 31/36, arguindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. De *meritis* afirma não existir instituição de tributo, mas sim fixação de alíquota, com redução percentual em atendimento a circunstâncias de ordem econômica. A Resolução 640/69 nada mais fez do que modificar a alíquota do imposto e, segundo o art. 22, b, da Lei nº 3.244/57, exercendo o Conselho de Política Aduaneira atribuição privativa, tendo em vista a flexibilidade da Tarifa. Assim também agiu a Carteira do Comércio Exterior, de acordo com a Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de

1953. Pediu a denegação do *writ*, falando, no mesmo sentido, a União Federal às fls. 38. Foram conferidas fotocópias.”

Sentenciando denegou a segurança, cassou a liminar e condenou a impetrante ao pagamento das custas.

A impetrante agravou e a União contramintou.

Mantida a decisão os autos subiram a esta Instância, e a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 67, *usque* fls. 71, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Efetivamente cabe à União, na forma da Constituição, estabelecer impostos que, dentro do território nacional, devem obedecer uniformidade. Isto, porém, lhe não proíbe, através dos seus órgãos técnicos e administrativos, e tendo em vista determinadas regiões, dispensar o tributo ou reduzir a sua alíquota.

Neste sentido já decidiu esta Primeira Turma no Agravo em Mandado de Segurança nº 68.141, em que também se invocou, como contrariado, o princípio da igualdade de todos perante a lei, vetusto princípio, mas sempre vigente, aplicável quando não se dá a uns o que se deu a outros, desde que todos dentro das mesmas condições. No caso dos autos, ressalte-se, a alíquota da soda cáustica foi reduzida para determinadas regiões, cujas condições de recepção do produto importado são diversas das que se apresentam no Rio de Janeiro e outros Estados.

Nego provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Pretende a impetrante o desembaraço da mercadoria importada, consistente em soda cáustica (hidróxido de sódio), mediante pagamento do imposto com base na alíquota de 15%, e não da alíquota de 55% prevista na Tarifa Aduaneira, assim se beneficiando da Resolução 640, de 1969, do Conselho de Política Aduaneira, e do Comunicado nº 269, da CACEX.

Na citada Resolução, concedeu o C.P.A., na conformidade do art. 4º, da Lei nº 3.244, de 1957, modificada pelo art. 7º, do Decreto-lei 63, de 1966:

“b) redução para 15% (quinze por cento) da alíquota *ad valorem* fixada no artigo 1º, dispensada a aquisição do produto nacional para o importador localizado em zona de difícil distribuição e abastecimento ou de produção regional insuficiente para atender ao percentual de contingenciamento, a critério da CACEX, a qual terá em conta as peculiaridades do abastecimento dos mercados regionais, observado o normal e equitativo suprimento ao consumidor, nos limites restritos do consumo da região beneficiada com a tarifa reduzida”.

Por sua vez, no uso da autorização que dita Resolução lhe delegou, a CACEX, pelo Comunicado nº 269, de 1969, estabeleceu que:

“III — De acordo com o disposto na alínea b do artigo 1º da Resolução nº 640, fica estabelecido para o segundo semestre do ano em curso o contingente de 7.500 toneladas para as importações de hidróxido de sódio beneficiadas com a alíquota de 15% (quinze por cento), exclusivamente para revenda nos Estados do Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, o qual será distribuído proporcional-

mente às importações efetivadas por semestre no último triênio”.

A argumentação desenvolvida pela impetrante, ora agravante, é no sentido de que esta redução infringe a norma do art. 20, I, da Constituição, que veda instituição de tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou impliquem distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município, em prejuízo de outro, ferindo ainda a isonomia, e que, como sustenta no agravo, a localização geográfica do importador não pode servir de suporte à concessão de redução de alíquota.

Segundo entendo, realmente os atos impugnados constituem violação ao preceito do art. 20, I, da Constituição.

Se a instituição de tributo há de ser uniforme em todo o território nacional, nos termos da norma citada, a alteração subsequente de alíquota, efetuada com fundamento no art. 21, I, da Constituição, e de acordo com as normas legais (Lei nº 3.244, de 1957, art. 22, b; Decreto-lei nº 63, de 1966, art. 7º; Lei nº 5.172, de 1966, art. 21), sob pena de ficar fraudado o princípio constitucional, sendo de notar que o efeito que visa a Constituição impedir, que é a diferença de tratamento entre os habitantes dos diversos Estados, será obtido tanto mediante a instituição de tributos não uniformes, como pela alteração de alíquotas; aliás, será inútil estabelecer a necessidade de ser o tributo instituído em bases uniformes, se for deixada ao Poder Executivo a faculdade de alterar as respectivas alíquotas, criando a desigualdade proibida pelo referido art. 20, da Constituição.

Acresce que se o Poder Executivo, ao alterar as alíquotas, exerce uma delegação, nos limites e condições fixados em lei, inadmissível será que, vedado ao Legislativo instituir tributo desigual, possa delegar a prática de ato fora do seu alcance.

Tenho como inegável que o tributo desigual, em atenção à localização do contribuinte, e conforme o Estado em que se encontre, é inconstitucional, infringindo princípio básico da Federação, e neste sentido, na inicial, a impetrante invoca o ensinamento autorizado de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, pág. 11, 2ª ed.), de Aliomar Baleeiro (*Direito Tributário Brasileiro*, 1ª ed; pág. 97) e Themístocles Cavalcante (*A Constituição Federal Comentada*, vol. I, pág. 271), com os quais estou de inteiro acordo.

O que está em causa na hipótese, e convém acentuar, não é o princípio da igualdade perante a lei (Constituição, art. 153, § 1º), que não exclui o tratamento desigual, em atenção a condições desiguais, podendo o imposto variar, em virtude de tais condições, do que é exemplo evidente o imposto de renda.

O art. 20, I, da Constituição, em atenção ao princípio da igualdade entre os Estados, que deve existir nas Federações, proíbe discriminação entre estes, pelo que, sem dúvida, pode a lei estabelecer alíquotas desiguais e o Poder Executivo, na forma do art. 21, I, conceder reduções desiguais, mas desde que não o faça em função da localização do contribuinte em determinados Estados.

Aliás, também a discriminação entre Municípios é proibida no art. 20, I, da Constituição, e os tributos não podem variar em função das localidades em que se encontrem os contribuintes.

No caso, se a Resolução 640/69, do C.P.A., mencionava somente zonas de difícil distribuição e abastecimento, o que ainda poderia ocorrer em qualquer Estado, mantendo uma aparente igualdade, o Comunicado nº 269 da CACEX delimitou tais zonas por Estados, o que não é admissível.

É também de ressaltar que a invalidade da discriminação, mesmo em se

tratando de alteração de alíquotas, se evidencia do próprio Decreto-lei nº 63, de 1966, que no seu art. 7º, nela invocado, ao dar nova redação ao art. 4º, da Lei nº 3.244, de 1957, onde se permite a redução ou isenção do imposto, a critério do C.P.A., estabeleceu um parágrafo, o § 3º, no qual dispõe:

“A concessão será de caráter geral em relação a cada espécie de produtos, garantida a aquisição integral de produção nacional, observada, quanto ao preço, a definição do art. 3º do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966”.

Assim, os atos impugnados violam também a própria lei, que autoriza a redução de alíquotas, em determinadas condições, e sempre em caráter geral, o que não foi observado.

Desnecessário será, porém, no caso, dar ao exame da matéria maior profundidade, pois na verdade, admitida a argüida inconstitucionalidade, nem por isso daí resultará a pretendida concessão da segurança.

Com efeito, o que pleiteia a impetrante, em resumo, é que lhe seja aplicada a alíquota reduzida de 15% e não a alíquota geral de 55%, sob fundamento de envolver dita redução tratamento discriminatório infringente da Constituição.

A lei pela qual se fixou em 55% a alíquota que lhe é exigida não é inconstitucional; inconstitucional seria a redução concedida pelo C.P.A. e pela CACEX, a alguns importadores, localizados em determinados Estados.

Ora, se assim acontece, evidentemente não pode ter o ato, ilegítimo e inconstitucional, destas autoridades, o

efeito de afastar a aplicação de uma lei, que fixou o tributo de modo geral e uniforme, e contra a qual nada se alega.

A inconstitucionalidade, em consequência, vicia o ato de concessão de alíquotas mais favoráveis aos importadores de alguns Estados, sem que daí se possa concluir pela extensão do benefício a todo o país, numa verdadeira revogação do tributo estabelecido em lei.

Não tem, pois, a impetrante, direito ao pagamento do imposto de importação pela alíquota reduzida, de 15%, como pretende, e em face da já mencionada inconstitucionalidade, esta redução é que não pode subsistir, por infringente da norma do art. 20, I, da Constituição.

Restabelecer a igualdade entre os Estados, desrespeitada pelo C.P.A. e pela CACEX, sobretudo por esta, mediante generalização da alíquota excepcional, irregularmente estabelecida, será de todo inadmissível; o que cumpre, para assegurar o respeito à Constituição, é manter, em caráter geral, a alíquota fixada em lei, diante da invalidade da redução em causa, o que, porém, não poderá ser obtida neste mandado de segurança.

Nessas condições, e pelos fundamentos expostos, sou levado a, negando provimento ao agravo, confirmar a denegação da segurança.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.183 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Recorrente — Juízo de Direito da 2.ª Vara dos Feitos da Faz. Nacional, *ex officio*

Agravantes — Rede Ferroviária Federal S.A. (EFSJ) e União Federal

Agravados — Cyro Laudanna Filho e outro

EMENTA

Funcionário Público. Se o ato impugnado é reclassificação oriunda de decreto presidencial, não está legitimado passivamente, no mandado de segurança, visando a anulá-lo, a autoridade administrativa que o executa. Provimento aos recursos para cassar a segurança.

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

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em dar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1971. —
Esdras Gueiros, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Cyro Laudanna Filho e Milton Basaglia, Procuradores da Estrada de Ferro Santos a Jundiáí, incorporada à RFFSA, integrantes de “Quadro Suplementar Extinto do Ministério de Viação”, impetraram, em 1963, mandado de segurança contra ato do Sr. Diretor-Superintendente da Estrada de Ferro Santos a Jundiáí, pleiteando-lhes sejam assegurados, a partir da vigência da Lei nº 2.123/1953, os vencimentos, vantagens, direitos e prerrogativas dos seus cargos de Procurador de 1ª Categoria.

Invocam o princípio de isonomia, com base no qual entendem que, se seus colegas foram beneficiados com classificação de Procurador de 1ª Categoria, esta situação lhes deve ser garantida, trazendo os casos de outros Procuradores que já obtiveram o que ora pedem, e até com menos tempo de serviço.

Vieram informações às fls. 66/71. Anota-se, aí, que a posição dos agravados decorre de enquadramento definitivo, aprovado pelo Presidente da República, *ut* Decreto nº 51.559, de 4-10-1962, publicado a 9 dos mesmos mês e ano. Conclui daí pela incompetência da autoridade coatora para atender ao que pleiteiam os requerentes. Alega-se extinção do direito de requerer mandado de segurança, eis que a inicial é de junho de 1963. Explica-se que a classificação dos Procuradores não foi feita pela antiguidade, mas pelo valor dos vencimentos, *ut* art. 4º da Lei nº 2.123.

A sentença, de fls. 78/83, concedeu a segurança: (lê).

A par do recurso de ofício, agravou a Rede Ferroviária Federal S.A. (Estrada de Ferro Santos a Jundiáí), às fls. 89/94: (lê).

Contraminuta dos agravados às fls. 99/106: (lê).

Desde 1964 permaneceram estes autos sem andamento, sendo remetidos à Justiça Federal, onde se distribuíram em agosto de 1970.

As fls. 112/113 trazem os requerentes aos autos comprovantes de sua promoção a Procurador de 1ª Categoria.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 120/123, opina pela cassação do *writ*.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Na impetração impugnaram os suplicantes a classificação que tiveram como Procurador de 3ª Categoria. Ora, tal situação lhes adveio do enquadramento definido no Decreto nº 51.559/62. Portanto, cogitam, aqui, os agravados, de alterar, por via de mandado de segurança, ato do Presidente da República. Ajuizado foi o pedido contra o Diretor-Superintendente da Estrada de Ferro Santos a Jundiaí, porque não os reclassificara como Procuradores de 1ª Categoria.

Procedente é a defesa da autoridade indigitada coatora, quanto à sua ilegitimidade passiva, *in hoc casu*. Se o enquadramento como Procuradores de 3ª Categoria decorreu do Decreto nº . . . 51.559, de 4-10-1952, *ut* documento de fls. 14/15, não é possível ver, aí, ato injusto da autoridade coatora, mas, sim, do Presidente da República. O enquadramento somente poderia, dessarte, ser impugnado, com o pedido de anulação, nesse particular, do ato presidencial. A invocação ao art. 3º do Decreto nº . . . 42.380, de 30-9-1957, com a redação do Decreto nº 43.548, de 10-4-1958, *verbis*:

“Art. 3º As providências relacionadas com o regime jurídico a que estiver sujeito o pessoal cedido pela União à Rede Ferroviária Federal S.A. competirão: b) nas ferrovias isoladas, ao Superintendente”;

à evidência não tem cabimento, na hipótese dos autos. Aqui ataca-se decreto de reclassificação. A autoridade coatora haveria de ser o Presidente da República, contra quem caberia a impetração.

Releva notar a demora, de todo injustificada, na remessa dos autos, a este Tribunal.

Se houvesse de examinar o mérito, por igual, a segurança deveria ser cassada.

O enquadramento dos requerentes como Procurador de 3ª Categoria fez-se em consonância com a Lei nº 2.123/53, art. 4º, *verbis*:

“Art. 4º Os atuais procuradores das classes ou padrões iguais ou superiores a N serão classificados na 1ª Categoria; e os das classes ou padrões inferiores aos citados ficarão na 3ª Categoria.”

O critério adotado, na classificação, foi de índole salarial (padrão de vencimentos), e não decorrente do tempo de serviço.

Ora, informado está, pela autoridade coatora, que os impetrantes possuíam “remuneração mensal de valor inferior ao da referência L do serviço público federal.”

Logo, não podiam ser classificados na 1ª Categoria, como pleiteiam na inicial.

O argumento baseado no princípio da isonomia não é de acolher-se, máxime na via eleita, onde sequer prova documental, de plano, há do que alegam, e tendo em conta, outrossim, a Súmula nº 339, do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.”

Dou provimento, dessarte, aos recursos, para cassar a segurança.

Esclareço, ademais, que nenhum reflexo, como é meridiano, há de ter esta decisão, quanto à situação advinda aos agravados, por ato da Administração, que, posteriormente, os promoveu a Procuradores de 1ª Categoria, posição funcional nova que, segundo se depreende dos autos, possuem a partir dos atos administrativos comprovados, às fls. 113 e v.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deu-se provimento aos recursos, nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Min. Márcio Ribeiro. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Esdras Gueiros*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.220 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira

Agravantes — Iraê Sassi e outros

Agravada — Fundação Universidade de Brasília

EMENTA

Ensino Superior. Candidatos aprovados e classificados no concurso vestibular, cujos pedidos de matrícula se indeferiram, inobstante apresentados os documentos previstos no edital, inclusive folha-corrída emitida pela autoridade competente. Enquanto não deferida a matrícula, o candidato, embora já aprovado e classificado, não é ainda aluno e, pois, não está sujeito ao regime disciplinar da Universidade, salvo no que atine às disposições estabelecidas para a realização do competitório. O Decreto-lei n.º 477, de 26-2-1969, define as infrações disciplinares de professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particular, bem assim o processo sumário de sua apuração, assegurada defesa aos acusados, e competindo ao dirigente do estabelecimento proferir decisão fundamentada. Não pode o dirigente de um estabelecimento, ainda que de nível de ensino mais elevado, processar infrações ocorridas em outro estabelecimento de grau inferior. As infrações cometidas por aluno de um estabelecimento, neste não de apurar-se, e não perante outra casa de ensino público ou particular. Não tem competência dirigente de Universidade para apurar infração das previstas no art. 1.º, do Decreto-lei n.º 477/1969, cometida por aluno de estabelecimento de ensino médio. As justíssimas preocupações das autoridades dirigentes da Universidade de Brasília, quanto a manter-se, aí, clima de ordem e normalidade nos trabalhos de ensino e pesquisa, merecem aplausos de todos. Entretanto, resta sem fundamento legal a recusa de matrícula a candidatos que se classificaram entre milhares de concorrentes, no exame vestibular, preenchendo os demais requisitos para a matrícula, previstos no edital, inclusive apresentação de folha-corrída expedida por autoridade competente, e sem qualquer prova de punição disciplinar anterior com base no Decreto-lei n.º 477, de 1969. Mandado de segurança que se concede para garantir a matrícula dos candidatos classificados no exame vestibular. Se, todavia, incorporados ao corpo discente da Universidade de Brasília, vierem os impetrantes a atuar, subversivamente, no meio universitário, conforme os temores da autoridade coatora, vigente está o Decreto-lei n.º 477, de 26-2-1969, a autorizar e mesmo a obrigar os dirigentes universitários a ordenarem a imediata apuração de suas responsabilidades, inclusive, se for a hipótese, com o desligamento da UnB e a proibição de se matricularem em qualquer outro estabelecimento de ensino pelo prazo de 3 (três) anos. Agravo provido.

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

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em

dar provimento ao agravo para conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Iraê Sassi, Antônio de Pádua Ferreira Gurgel, Luís Carlos Monteiro Guimarães e Sebastião Lopes de Oliveira, brasileiros, solteiros, estudantes, domiciliados em Brasília, impetram mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor e do Vice-Reitor da Fundação Universidade de Brasília, por força do qual lhes foi recusada matrícula em dita Universidade, embora lograssem classificação no exame vestibular, a que se submeteram nos dias 19 e 20 de dezembro de 1969.

Esclarecem, na inicial, que atenderam a todas as exigências da inscrição, apresentando, com oportunidade, requerimento para a matrícula subsequente, instruído com todos os documentos que se exigiam, inclusive “folha-corrída emitida pela autoridade competente”. Aduzem que, sendo-lhes negada a matrícula, inconformados, tentaram reconsideração do ato desfavorável da Reitoria, resultando daí pronunciamento, nestes termos:

“Por determinação do Magnífico Reitor indefiro o solicitado; caso seja do interesse de V. S^a, deverá dirigir-se à Diretoria de Assuntos Educacionais a fim de obter instruções sobre a expedição de guia de transferência para outra instituição de ensino superior”.

Sustentam direito líquido e certo à matrícula, eis que “preencheram todas as condições para o exercício daquele direito”, afirmando, outrossim, que a própria autoridade coatora lhes reco-

nhece terem satisfeito “todas essas condições, pois declara não haver óbice na expedição de guia de transferência para outra instituição de ensino superior”.

Não se pronunciou o Dr. Juiz Federal *a quo*, quanto à medida liminar pedida. Certo é, consoante os autos, que não a deferiu.

Vieram informações, às fls. 29/31. Introdutoriamente, é afirmado que a Universidade rejeitou o ingresso dos impetrantes no corpo discente, “por motivo da conclusão a que se chegou na apuração sumária da vida pregressa dos mesmos, como estudantes do 2º ciclo do ensino médio”. Nelas, alega-se descabimento do mandado de segurança, por ser requerido contra ato disciplinar de autoridade competente.

Estão assim desenvolvidos os esclarecimentos do Sr. Reitor da UnB, às fls. 29/31:

“A hipótese presente envolve, tão-só, inadiável providência que, a nosso juízo, pela vivência diuturna nas lides universitárias, se impunha como medida acautelatória e preventiva, necessária à preservação da ordem, do respeito e da disciplina que urge, à custa dos maiores sacrifícios, resguardar na Universidade da Capital da República que, apesar de jovem, já detém páginas expressivas de serviços prestados à juventude brasileira, mas, infelizmente, e com graves prejuízos a seus altos propósitos, também foi palco de tumultos, desordem e agitações de triste memória, que, mercê de incansável vigilância e pertinaz esforço, começa a perder-se na bruma do tempo. As medidas que previnam contra a volta àquele passado tão próximo no tempo, ainda mal cicatrizado, e tão danoso à nossa comunidade universitária — entende esta Universidade — são da mais alta valia para

sua própria existência, como instrumento para formação de técnicos e de cidadãos, de que tanto carece a Pátria Brasileira.

Creia-me V. Ex^a que é com amargura que nos obrigamos à prática de atos da natureza do ora impugnado, que, diga-se a bem da verdade, estão-se tornando cada vez mais raros, felizmente.

Basta dizer que dos 1.500 candidatos aprovados no exame vestibular, apenas quatro tiveram suas matrículas recusadas. Garantiu-se-lhes, entretanto, a concessão das respectivas transferências.

Estamos convencidos, entretanto, que esses atos são absolutamente necessários, tal como uma cirurgia em relação à saúde do organismo. O que se não pode admitir, permita-me V. Ex^a afirmá-lo, é que a Universidade, numa posição cômoda, porém masoquista, acolha no seu seio uma parcela (hoje infinitamente diminuta) de estudantes hostis à ordem, à disciplina e à própria comunidade universitária, capazes de prejudicar um trabalho de todo e de todos os dias, dos que a querem cumprindo plenamente suas relevantes finalidades e alcançando seus nobilitantes objetivos.

Como vê V. Ex^a, o que pleiteia a segurança requerida, como o ingresso de seus impetrantes ao corpo discente desta Universidade, se resume, em última análise, na discussão do mérito da medida disciplinar aplicada, *data venia*, não permitida na via eleita do *writ*, tanto por não envolver controle da legalidade do ato que a aplicou, quanto porque a matéria probatória e fática que o justificou não cabe, considerada e discutida no âmbito augusto do mandado de segurança.

Não é demais repisar que não tem a atual Administração desta

Universidade se descuidado do precípua dever de manter a ordem atualmente existente, que se deve à harmônica integração dos administradores, mestres e alunos, todos empenhados no ideal de transformar o *campus* da UnB no grande laboratório de trabalho orientado no sentido do bem comum. Os atos que emanam das autoridades que a dirigem, praticados com firmeza e decisão para consecução desse objetivo, como no presente caso, o são dentro dos padrões legais vigentes, respeitado o sagrado direito de defesa, sem qualquer violação aos direitos assegurados ao cidadão. Se se pudesse discutir a matéria de fato e produzir as provas que justificaram a medida impugnada, a sua legitimidade e conveniência tornar-se-iam insusceptíveis de contestação. Não há de ser, entretanto, através do mandado de segurança que essa questão probatória possa ser discutida.”

Em longo pronunciamento, de fls. 33/37, o Dr. Procurador da República opina pela denegação do *writ*. Reafirma o descabimento da via eleita. Entende, outrossim, que não houve violência ao direito dos impetrantes, “visto como lhes foram reconhecidas as suas aprovações e facultado o direito de matrícula em outro estabelecimento de ensino superior mediante transferência (art. 100, da Lei nº 4.024, de 20-12-1967), de acordo com suas conveniências”. Sinala-se, ainda, no parecer, *verbis*: “Se é certo que a Constituição preserva os direitos e garantias individuais e assegura a livre educação, não é menos certo que também, imperativamente, consigna a intolerabilidade da subversão da ordem (art. 153, § 8º)”.

Trouxe o Dr. Procurador da República, ainda, aos autos, por cópia, prontuários referentes aos impetrantes, fornecidos pelo Ministério do Exército, CMP e 11ª RM/2ª Seção (fls. 38/49).

A sentença, às fls. 53/58, indeferiu o mandado de segurança, invocando o art. 5º, III, da Lei nº 1.533/1951, e a falta de liquidez e certeza do direito dos requerimentos, em face, também, dos documentos referidos, de fls. 38/49.

Agravaram os impetrantes, às fls. . . . 62/64. Sustentam que não se trata de impetração contra ato disciplinar, eis que os peticionários “nem chegaram a cursar a Universidade de Brasília” (*sic*). Referindo-se a passagem das informações, onde ficou esclarecido tratar-se de “medida acautelatória e preventiva”, observam que, a admitir-se tal procedimento, “estará o Poder Judiciário consentindo em que seja vedado aos agravantes o acesso a qualquer escola de nível superior, porque qualquer estabelecimento de ensino poderá adotar a mesma “medida acautelatória. . . .” Afir-mam ter o direito líquido e certo de cursarem escola de nível superior.

Não houve contraminuta do agravo (fls. 65).

O Dr. Juiz *a quo* manteve a sentença.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, às fls. 68/73, em parecer firmado pelo ilustre 3º Subprocurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz, no sentido de desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Não tenho como invocável, *in hoc casu*, o art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533/1951, eis que não se pode considerar, *data venia*, como de índole disciplinar, o ato impugnado.

Com efeito, os impetrantes submetem-se, na forma estabelecida em edital pela Universidade de Brasília, ao concurso vestibular para ingresso em dita

instituição do ensino superior. Obtiveram classificação assecuratória do exercício de sua pretensão à matrícula. Esta não se consumou, todavia, porque recusada, segundo os termos do despacho, objeto da impugnação dos agravantes, que não chegaram, assim, a ingressar na Universidade de Brasília. Lograram, é certo, as condições a tanto, consoante dos autos se depreende; em conformidade com as instruções do concurso vestibular. Após a classificação, requereram a matrícula, isto é, confirmaram a manifestação de vontade a ingresso, em tempo oportuno, juntando os documentos previstos no Edital nº 01/1969, da Comissão de Vestibular, inclusive “folha-corrída emitida pela autoridade competente” (IV — Disposições Finais, item IV. 3, às fls. 9 v.). Porque não deferido o requerimento de matrícula, não se constituiu, de forma integral, seu *status* de alunos da entidade recorrida. Os peticionários não são nem foram, por virtude da classificação no exame vestibular em foco, componentes do corpo discente da Universidade de Brasília. É com a matrícula que se integra alguém no estabelecimento de ensino. A matrícula é ato-condição para o *status* de aluno. Todos os momentos que precedem o ato de deferimento da matrícula constituem um *prius* do *status* em apreço. Quando o candidato é aprovado no exame vestibular, não se torna, de logo, aluno. Quando requer a matrícula, ainda não se fez, só por só, aluno. Adquire esta jurídica situação, apenas, quando lhe é deferida a matrícula pela autoridade competente. Logo, não havia, quanto aos requerentes, por não serem alunos, relação jurídica com a Universidade suficiente a ser suporte fáctico de incidência de norma jurídica de direito disciplinar.

Consoante ensina Themístocles Cavalcanti, “os problemas de direito disciplinar são especificamente de direito administrativo, porque o seu objetivo é regular precisamente a ordem interna do

serviço público, o comportamento dos seus servidores e o regime hierárquico que está na base do direito administrativo” (*Apud, Direito e Processo Disciplinar*, pág. 17). E, em outro passo, sinalou: “A disciplina dos estabelecimentos públicos de ensino também se qualifica entre os atos disciplinares, outorgados quando não pela lei, pelo menos pelos estatutos ou regimentos que regulam a vida desses estabelecimentos. A repercussão que têm sobre a vida dos estudantes, sobre a carreira que viriam a exercer, demonstra a natureza peculiar desses atos, contra os quais, tratando-se de estabelecimentos públicos de ensino, cabem as medidas judiciais de direito comum” (op. cit., pág. 14).

É o próprio Edital nº 01/69, da Comissão de Vestibular, que, ao dispor sobre a aplicação das provas, define regras disciplinares a que se submeteriam os candidatos, durante o competitivo (fls. 11 v./12). Também, porque candidatos e não ainda alunos, até a matrícula, disposições se inseriram, no diploma aludido do concurso de ingresso, no que pertine à época e forma de pedir a matrícula.

Assim como quem aprovado e classificado em concurso para provimento em cargo público não é desde já funcionário, nem está sujeito ao direito disciplinar da função pública, por igual, o candidato, classificado em exame vestibular, enquanto não deferida a matrícula, não é aluno, e, pois, não está sujeito ao regime disciplinar da Universidade, salvo no que atine às disposições estabelecidas para a realização do competitivo.

De outra parte, e nessa mesma linha de entendimento, não é aplicável à hipótese dos autos o Decreto-lei nº 477, de 26 de fevereiro de 1969, que define infrações disciplinares praticadas por professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particular, dando outras

providências, e cujo art. 1º e § 1º estabelecem, *verbis*:

“Art. 1º Comete infração disciplinar o professor, o aluno, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino público ou particular que:

I — Alicie ou incite à deflagração de movimento que tenha por finalidade a paralisação de atividade escolar ou participe desse movimento;

II — atente contra pessoas ou bens tanto em prédio ou instalações, de qualquer natureza, dentro de estabelecimento de ensino, como fora dele;

III — pratique atos destinados à organização de movimentos subversivos, passeatas, desfiles ou comícios não autorizados, ou deles participe;

IV — conduza ou realize, confeccione, imprima, tenha em depósito, distribua material subversivo de qualquer natureza;

V — seqüestre ou mantenha em cárcere privado diretor, membro de corpo docente, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino, agente de autoridade ou aluno;

VI — use dependência ou recinto escolar para fins de subversão ou para praticar ato contrário à moral ou à ordem pública.

“§ 1º As infrações definidas neste artigo serão punidas:

I — Se se tratar de membro do corpo docente, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino, com pena de demissão ou dispensa, e a proibição de ser nomeado, admitido ou contratado por qualquer outro da mesma natureza, pelo prazo de cinco (5) anos;

II — Se se tratar de aluno com a pena de desligamento, e a proibição de se matricular em qualquer outro estabelecimento de ensino pelo prazo de três (3) anos.”

À sua vez, o art. 2º, do mesmo diploma legal, reza:

“Art. 2º A apuração das infrações a que se refere este Decreto-lei far-se-á mediante processo sumário a ser concluído no prazo improrrogável de vinte dias”, assegurando-se, no art. 3º e seu § 3º, a apresentação de defesa, e cabendo, *ut* § 4º, do mesmo art. 3º, ao dirigente do estabelecimento proferir decisão fundamentada.

Há, dessarte, regime legal disciplinar para alunos, professores, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particular. As infrações estão definidas em lei. Há processo também previsto em lei, a ser cumprido, apontando-se as autoridades competentes a os decidirem, com garantia de defesa ao acusado.

Não pode, à evidência, o dirigente de um estabelecimento, inda que de nível de ensino mais elevado, processar infrações ocorridas em outro estabelecimento de grau inferior. Em outros termos, decorre do regime disciplinar estabelecido no Decreto-lei nº 477, de 26-2-1969, que as infrações cometidas por aluno de um estabelecimento, neste, não de apurar-se, e não perante outra casa de ensino público ou particular. Incompetente é dirigente de Universidade para apurar infração disciplinar cometida por aluno de estabelecimento de ensino médio, enquanto neste matriculado. Vale, outrossim, ter aqui presente o disposto no art. 12, do Decreto-lei nº 464, de 11-2-1969, *verbis*:

“Art. 12 Nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior, o regime disciplinar de professores e alunos, regulado pelas

normas constantes dos estatutos e regimentos, será da competência dos reitores e diretores, na jurisdição das respectivas instituições.”

Certo é não se haver estabelecido, no Decreto-lei nº 477/1969, prazo de prescrição da ação disciplinar e, pois, de aplicação das penas disciplinares previstas no § 1º, de seu art. 1º.

De todo o exposto, força é entender inaplicável à hipótese dos autos o art. 5º, III, da Lei nº 1.533/1951. Os impetrantes, não sendo ainda alunos da Universidade de Brasília, não podiam estar sujeitos a punição disciplinar, por parte dos Srs. Reitor ou Vice-Reitor de tão prestigiada instituição universitária do País.

Conseqüentemente, cabível é, em princípio, a utilização pelos impetrantes da via eleita do mandado de segurança para pedir garantia de sua pretensão à matrícula na Universidade de Brasília.

Examino, assim, a seguir, o mérito da súplica dos agravantes, pleiteando-lhes seja assegurada matrícula em dito estabelecimento de ensino.

Em verdade, foram admitidos ao exame vestibular. Classificaram-se nas provas respectivas (fls. 25). Requereram sua matrícula, no tempo e forma definidos no Edital, apresentando os documentos aí exigidos, inclusive “folha-corrida emitida pela autoridade competente” (fls. 9-v.). Acerca desses fatos nenhuma controvérsia há nos autos. O próprio despacho impugnado torna isso inequívoco, ao afirmar a inexistência de óbice a lhes ser feita “expedição de guia de transferência para outra instituição de ensino superior”.

À sua vez, a autoridade coatora, nas informações, defende o ato impugnado, afirmando tratar-se de “providência inadiável” que se impunha como medida acautelatória e preventiva, “necessária à preservação da ordem, do respeito e da disciplina que urge, à custa dos maio-

res sacrifícios, resguardar na Universidade da Capital da República”. Nessa linha, sinalam as informações, como antes destaquei, no relatório: “As medidas que previnam contra a volta àquele passado tão próximo no tempo, ainda mal cicatrizado, e tão danoso à nossa comunidade universitária, entende esta Universidade, são da mais alta valia para sua própria existência, como instrumento para formação de técnicos e de cidadãos, de que tanto carece a Pátria Brasileira” (fls. 30). E destaca a autoridade coatora: “Basta dizer que dos 1.500 candidatos aprovados no exame vestibular, apenas quatro tiveram suas matrículas recusadas” (fls. 30).

É exato que a documentação trazida pela douta Procuradoria da República, e constante de cópias dos prontuários dos impetrantes, na 2ª Seção da 11ª RM, do Ministro do Exército, lamentavelmente, não abona a vida pregressa de estudantes dos requerentes, que, embora no dealbar da juventude, têm registros, que os desmerecem, como participantes de atividades ligadas à subversão da ordem, no meio estudantil.

Sucede, porém, que, inobstante em vigor o Decreto-lei nº 477, desde 26 de fevereiro de 1969, não existe nos autos notícias, nem através das informações, nem dos prontuários, hajam sido apuradas infrações das previstas no art. 1º do diploma em foco, nas casas de ensino que frequentavam, responsabilizando-se os agravantes, o que encontraria apoio em lei, inclusive, se apenados, com a proibição de matrícula em qualquer outro estabelecimento de ensino pelo prazo de três (3) anos.

São justíssimas as preocupações das autoridades dirigentes da Universidade de Brasília, quanto a manter-se, aí, clima de ordem e normalidade nos trabalhos de ensino e pesquisa. Compreendo que o Poder Judiciário não pode a essas preocupações ser indiferente. Tive oportunidade, inclusive, de sinalar, em meu

discurso de posse, neste Tribunal, a 9-12-1969:

“Entendo, nessa mesma perspectiva do bem comum, ainda, que a independência assegurada à magistratura nacional, através das prerrogativas e garantias que a Constituição da República confere ao Poder Judiciário, não significa, nem pode justificar alheamento dos juízes à realidade do tempo em que vivem ou ao espírito da ordem jurídica que lhes é dado aplicar, nem ainda autoriza indiferença, diante dos esforços nacionais, que se venham operando conjugadamente pelos órgãos dos outros dois Poderes da República, no sentido da construção de uma grande Pátria, livre e democrática.

Se a admissão do Judiciário, como Poder autônomo, a par do Executivo e do Legislativo, representa, indubitavelmente, garantia dos direitos dos cidadãos, sem a qual não é possível o florescimento da vida democrática, e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos, não menos certo é que se impõe exercitem os juízes, numa democracia, a sua competência jurisdicional, com lúcida visão da enorme responsabilidade, perante a Pátria, que assumem, notadamente, quando, usando do extraordinário poder de decidir terminativamente, anulam atos ou suspendem a sua eficácia, *si et in quantum*, que hajam sido praticados por órgão do Executivo ou do Legislativo. Na condição de prerrogativa eminente da soberania nacional, há, na função judiciária, o exercício de um poder, de um comando, por via do qual é possível o por limite ao arbítrio do Governo ou da legislatura, mas tal arbítrio deve ser tido, em princípio, como exceção no Estado de Direito, onde a presunção

é do exercício segundo a Lei” (*Apud, Revista do Tribunal Federal de Recursos*, vol. 26, pág. 185).

No caso concreto, porém, estou em que, embora louvável e digna de destaque, a preocupação dos dirigentes da UnB, não era possível a recusa feita à matrícula dos impetrantes, precisamente, os quatros únicos, dentre os 1.500 classificados, que não lograram deferimento do ingresso.

Se, como referi acima, a folha disciplinar de estudantes dos requerentes não lhes é abonatória, segundo os registros oficiais, não havia, entretanto, apoio em lei, para negar-se-lhes a matrícula, após terem demonstrado aptidão intelectual, classificando-se ao ingresso, entre milhares de concorrentes, e preenchendo os demais requisitos do edital mencionado, inclusive folha-corrída que se expediu por autoridade competente.

Se, incorporados ao corpo discente da Universidade de Brasília, desafortunadamente, os temores da autoridade coatora vierem a se confirmar, diante da atuação subversiva dos peticionários, vigente, aí, está o Decreto-lei nº 477, de 26-2-1969, a autorizar e mesmo obrigar os dirigentes universitários em causa a ordenarem a apuração de suas responsabilidades, inclusive, se for a hipótese, com o desligamento da UnB e a proibição de se matricularem em qualquer outro estabelecimento de ensino pelo prazo de três (3) anos.

Também, quanto a fatos registrados nos prontuários dos agravantes, os quais mereceram referência nos pronunciamentos, em ambas as instâncias, do Ministério Público Federal, nada obsta, perante o Juízo competente, se defina a responsabilidade criminal dos peticionários.

Por último, há, ainda, conotar que os requerentes são jovens, e é de admitir que desejam, na Universidade, o aprimoramento de seu saber e de seu espí-

rito. Nos documentos, de fls. 17 e 19/20, aliás, estão cópias de dois ofícios firmados, respectivamente, pelo primeiro e segundo impetrantes, Iraê Sassi e Antônio de Pádua Ferreira Gurgel, onde parece deixarem explícito seu ânimo futuro de dedicação, exclusivamente, ao estudo, na Universidade. Assim, Iraê Sassi afirmou:

“Como já declarei ao Vice-Reitor, tenho, nesta Universidade, o objetivo exclusivo de concretizar meu curso superior, e considero impropriedade a alegação que minha pessoa poderia vir a ser um fator de ameaça às atividades desta casa” (fls. 17).

A seu turno, Antônio de Pádua Ferreira Gurgel escreveu:

“Gostaria de finalizar esclarecendo a Vossa Magnificência que não é absolutamente de meu interesse participar de qualquer tipo de manifestação estudantil ou atividades políticas, dentro e fora do *campus* universitário.”

De todo o exposto, não havendo apoio em lei para o indeferimento da matrícula dos requerentes; diante do regime disciplinar assegurado aos dirigentes da Universidade pelo Decreto-lei nº 477, de 1969, e considerando tudo o mais que acima alinhei, dou provimento ao agravo para deferir o mandado de segurança, garantindo aos impetrantes a matrícula, na Universidade de Brasília, que lhes foi recusada, nos atos impugnados.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram provimento ao agravo para conceder a segurança. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Êdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*. O Sr. Min. *Henoch Reis* não compareceu, por motivo justificado.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.286 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Recorrente — Juiz Federal da 3.ª Vara, *ex officio*
Agravante — Instituto Nacional de Previdência Social
Agravadas — Hilda Cavalcanti Adreani e outra

EMENTA

Funcionário público. Gratificação de 40% de que trata a Lei n.º 1.234, de 14 de novembro de 1950. Válidas as normas regulamentares do art. 1.º, parágrafo 5.º e 8.º, do Decreto n.º 29.155/1951, na redação dada pelo Decreto n.º 43.185/1958. A outorga do *plus* remuneratório previsto na Lei n.º 1.234/1950, pende, assim, do implemento de condições. Sem a ocorrência de todas, não se constitui o título à vantagem. Provimento aos recursos, para casar a segurança.

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

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por decisão unânime, em dar provimento aos recursos para casar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Sumariou a espécie dos autos o Dr. Juiz *a quo*, às fls. 77/78, nestes termos:

“Hilda Cavalcanti Adreani e Myrna Cicely Couto Giron, qualificadas na inicial, por intermédio de seu procurador (instrumentos de fls. 17 e 18), impetraram, em litisconsórcio, o presente Mandado de Segurança, contra o Sr. Superintendente Regional do Instituto Nacional de Previdência Social, “em virtude de violação de seu direito líquido e certo, consubstanciada tal violação,

respectivamente, na Determinação de Serviço nº 953 e na Determinação de Serviço nº 954, ambas de 19 de setembro de 1968” (docs. nºs. 3, 4 e 5, fls. 19, 20 e 21).

As requerentes, servidoras estáveis do INPS, com lotação na Superintendência Regional do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, onde detêm o cargo de provimento efetivo de Cirurgião-Dentista, postulam a percepção dos benefícios de que trata a Lei nº 1.234, de 14 de novembro de 1950, na consideração de que, há longo tempo, “vinham operando unidades radiológicas, direta e habitualmente, como uma das funções inerentes à natureza do Cargo, o que aliás ocorre com grande parte dos profissionais com exercício nos postos de atendimento do INPS, nesta capital.”

Logo após haverem realizado o Curso de Especialização em Odontologia-Radiologia, ministrado pela Faculdade de Odontologia da PUC — Porto Alegre, de cujos diplomas obtiveram registro no Serviço Nacional de Fiscalização da Radiologia — as suplicantes, em datas, respectivamente, de 10 de fevereiro e 5 de ja-

neiro de 1967, deram entrada, no Protocolo do INPS, dos requerimentos em que solicitavam a concessão das vantagens previstas na Lei nº 1.234/50.

Os aludidos requerimentos, protocolados sob nºs 3.282 e 471 (fls. 36 e 52), dirigidos ao Sr. Delegado do ex-IAPC, as interessadas os instruíram com os seguintes documentos:

a) Diploma do Curso de Especialização em Odonto-Radiologia, com averbação do registro no Serviço Nacional de Fiscalização da Radiologia;

b) Laudo médico dermatológico e hemograma;

c) Declaração firmada pelo Sr. Chefe do Ambulatório do INPS, do seguinte teor:

“Ao Sr. Superintendente Médico:

Anexado o laudo, com exame dermatológico e hemograma, temos a informar que a referida servidora está exposta e opera, direta e habitualmente, mais de 12 (doze) horas semanais com raio X e em anexo também, a declaração da servidora, visada pelo Chefe imediato.

Em 20 de março de 1967.

“(Assinado) Tácito Castro de Castro — Chefe do Ambulatório.”

d) Declaração firmada pela requerente, de que “opera direta e habitualmente com raios-X, mais de 12 horas diárias, visada pelo Dr. Gerson Appel Krebs, Responsável pelo Setor de Odontologia, e pelo Dr. Tácito Castro de Castro, Chefe do Ambulatório.

Posteriormente, por atos praticados pelo Sr. Diretor do Departamento de Administração Geral, publicados no DO de 15-5 e 8-6-1967 (docs. nºs 6 e 7, fls. 22 e 23), foram

as requerentes designadas “para operar habitualmente com raios-X e substâncias radioativas”, mediante o pagamento da gratificação adicional de 40% (quarenta por cento), de que trata a Lei nº 1.234, de 14 de novembro de 1950.

Em a letra *b*, de cada um dos dois atos, é esclarecido que o pagamento da gratificação adicional em apreço “fica condicionado à aprovação da presente designação pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina”.

Submetidas, nos termos dos ofícios de fls. 45 e 70, à consideração superior, ambas as designações foram desaprovadas pelo referido Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia, ao teor dos despachos de fls. 47 e 63, em que é sugerido o indeferimento dos pedidos, sob a alegação de que “nas clínicas odontológicas do INPS do Estado do Rio Grande do Sul não existem mais vagas para que novos servidores venham a fazer jus aos benefícios da legislação acima citada” (fls. 47), ou aos benefícios acima citados (fls. 63).

A decisão, segundo a qual os requerimentos foram indeferidos, foi comunicada, através do Of. 438-68, de 15-5-68, do Diretor do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia (fls. 64) dirigido à Diretora da Divisão do Regime do Pessoal Permanente do INPS.

Em conseqüência, em data de 19-9-1968, por via de atos específicos (fls. 51 e 69), o Coordenador de Pessoal, no Rio Grande do Sul, veio de “cancelar em todos os seus termos” as Portarias nºs 141, de 3-5-67, e 318, de 1º-6-67, anteriormente publicadas no DO de 15-5 e 8-6-1967 (docs. n.ºs 6 e 7, fls. 22 e 23), de sorte a considerar as impe-

trantés inabilitadas aos benefícios da Lei nº 1.234, de 14 de novembro de 1950.

A Lei nº 1.234/50, aduz o postulante, não formula outra exigência para a concessão dos benefícios que enumera, senão a de que o beneficiário opere diretamente com raios-X ou substâncias radioativas.

O Decreto nº 43.961/A, de 3-7-1958, de sua vez, em alterando o de nº 29.155, de 17-7-1951, deu a seguinte redação à alínea *d* de seu artigo 1º: “dentista cuja atividade seja obrigatória e habitualmente a radiologia dentária”. A alteração objeto do Decreto nº 43.961/A, teve por escopo ilidir o caráter de “exclusividade” insito no texto da alínea *d*, do artigo 1º, do Decreto nº 29.155, com a redação do Decreto nº 43.185, estabelecendo, pois, conformidade com a Lei nº 1.234/1950.

E concluem as suplicantes: “o SNFMF exerce uma fiscalização técnica ou informativa. Isto significa que o SNFMF deve obrigatoriamente verificar e conferir em cada caso o implemento ou não das condições ou requisitos “intrínsecos” ou essenciais antes examinados, e o resultado dessa verificação aparecerá sob a forma de uma informação no processo. Tal informação não tem o efeito de constituir direito, nem mesmo de declará-lo, pois em nada modifica, por si mesma, a relação entre a Administração e o servidor interessado.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas, através de seu ofício de 18-11-68, a que anexou os processos administrativos de nºs 3.282-67 e 471/67, antes, por petição das postulantes, requisitados por este Juí-

zo, cujos autos se acham às fls. 36 a 51 e 52 a 70.

“Esclarece a informação (fls. 33 e 34) que as impetrantes “foram designadas para operarem habitualmente com raios-X e substâncias radioativas, através das Portarias nºs 141, de 3 de maio de 1967, e 318, de 1º de junho do mesmo ano, respectivamente, ficando nos mesmos atos esclarecido que o pagamento da gratificação adicional de 40%, de que trata a Lei nº 1.234, de 14 de novembro de 1950, estaria condicionado à aprovação das designações pelo Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia, em cumprimento ao determinado no artigo 1º, § 5º do Decreto nº 43.185/58, que regulamentou a lei referida”.

A seguir, negada homologação aos atos designatórios mencionados, pelo SNFMF, “por inexistência de vagas nas clínicas odontológicas desta Instituição neste Estado”, ao Coordenador de Pessoal só cabia tomar as providências que levou a efeito, consistentes em “cancelar, em todos os seus termos, as portarias referidas”.

Com vista o Ministério Público Federal, manifestou-se o seu douto representante (fls. 73) no sentido de que inexistente direito líquido e certo a ser protegido por *mandamus*, por isso que “as designações se exteriorizaram em atos administrativos sob condição, isto é, não absolutos”. Negada, pelo SNFMF, homologação às designações, “por não existência de vagas nas clínicas odontológicas do INPS no Estado”, foram, em decorrência, tornados insubsistentes os atos condicionais de designação das impetrantes.

Liminar foi denegada nos termos do despacho de fls. 73-verso.”

A sentença, às fls. 80/82, concedeu a segurança, “para que sejam tornados insubsistentes os atos, cujas cópias se encontram às fls. 51 e 69, praticados pelo Sr. Coordenador de Pessoal, no Rio Grande do Sul, em data de 19-9-1968, restabelecendo os efeitos *ex tunc*, em todos seus termos das Portarias sob nºs 141, de 3-5-67, e 318, de 1º-6-67, ao teor das quais o Diretor do Departamento de Administração Geral designou, respectivamente, as Cirurgiãs-Dentistas Hilda Cavalcanti Adreani (fls. 43) e Myrna Cicely Couto Giron (fls. 60), para operarem habitualmente com raios-X ou substâncias radiotivas, pagando-se-lhes, inclusive, o montante da gratificação adicional de 40%, relativamente a atrasados que, sob este título, lhes forem devidos, bem como para que seja, também, observado o disposto nas letras *a* e *b*, do artigo 1º, da mesma Lei número 1.234/50”.

A par do recurso de ofício, agravou o INPS, às fls. 85: (lê).

Sem contraminuta, manteve o Dr. Juiz a decisão (fls. 87).

Nesta Superior Instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 90/91, pela reforma da sentença e denegação da segurança.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): As Portarias números 141 e 318, do INPS, às fls. 22 e 23, por cópia, designaram as impetrantes, em maio e junho de 1967, para operarem habitualmente “com raios-X e substâncias radioativas”, esclarecendo-se, porém, no contexto de ambos os atos, “que o pagamento da gratificação adicional de 40% (quarenta por cento) de que trata a Lei nº 1.234, de 14 de novembro de 1950, fica condicionado à aprovação da presente designação pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina”. Determinou-se, outrossim, a publicação das portarias em referência, de conformidade com o art. 1º, parágrafo 5º, do Decreto nº 29.155/51, na nova redação dada pelo Decreto nº 43.185/58, *verbis*:

“§ 5º A concessão do benefício ficará condicionada à expedição de ato, publicado no Diário Oficial, designando o servidor para operar habitualmente com raios-X ou substâncias radioativas, o qual, mediante cópia, instruirá o pedido e só será devido se o ator for aprovado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina.”

Como é de ver, a outorga do *plus* remuneratório previsto pela Lei nº ... 1.234/1950 pende, na espécie, consoante a regulamentação do diploma legislativo em apreço, do implemento de condições. Sem ocorrência de todas, não se constitui o título à vantagem. Introduziu-se sistema de controle do conferimento da gratificação, através de órgão federal especializado, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina. No parágrafo 8º, do dito art. 1º, estabelecido ficou:

“§ 8º A concessão e a cassação do benefício serão sempre precedidas de parecer circunstanciado do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina sobre cada caso individual, com expressa remissão aos dispositivos deste Decreto.”

Os atos do INPS foram baixados segundo tais dispositivos, tanto que, de explícito, neles, clausulado se fez pender sua vigência da aprovação do SN FM, o que, *in casu*, não se verificou. Daí serem tornadas sem efeito as designações das impetrantes (fls. 51 e 69).

Releva notar que o pronunciamento desfavorável do SNFM foi decalcado em fato, que considerou relevante, nestes termos:

“No presente processo, a servidora Hilda Cavalcanti Adriani solici-

— 91 —

ta os benefícios da Lei nº 1.234/51, tendo em vista o levantamento feito por este Serviço, da capacidade de pessoal que opera com raios-X, com relações aos aparelhos existentes, sugiro seja indeferido o presente processo, pois nas clínicas odontológicas do INPS no Estado do Rio Grande do Sul não existem mais vagas para que novos servidores venham a fazer jus aos benefícios da legislação acima citada” (24-4-1968) (fls. 47).

Do mesmo teor é o parecer, de fls. 63, quanto à peticionária Myrna Cicely Couto Giron.

Vê-se dos autos que a autoridade indigitada coatora não procedeu com abuso de poder, nem de forma ilegal, ao tornar insubsistentes os atos de designação das agravadas, *in casu*.

Inexiste direito líquido e certo a proteger, de que sejam titulares as recorridas.

Releva conotar que não seria, de outra parte, possível dirimir, na via eleita,

a *quaestio facti*, pendente de provas, da efetiva existência, ou não, de vagas, alegada pelo SNFM. O que não parece, *data venia*, possível é interditar à Administração expedir normas regulamentadoras das designações para servidores operarem habitualmente com raios-X ou substâncias radioativas. Havendo essa disciplina, qual sucede, *in hac specie*, ao INPS outro proceder não cabia senão tornar insubsistentes os atos em causa, porque, consoante o órgão técnico a que conferida se fez atribuição para pronunciar-se, a esse propósito, insuscetíveis de se darem as designações, por falta de vagas, em face do número de aparelhos existentes.

De todo o exposto, dou provimento aos recursos para cassar a segurança.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram provimento aos recursos para cassar a segurança. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.327 — RJ

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre

Recorrente de Ofício — Juiz Federal no Estado

Agravante — União Federal

Agravado — Serviço Auxiliar a Bancos, Indústria e Comércio de Niterói Ltda.
— “SABIC”

EMENTA

Monopólio postal. Não há invasão a ele os serviços de coleta e distribuição de títulos de crédito, avisos de lançamento de tributos e contas de luz, telefone, água etc. Segurança que se mantém.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de junho de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator):
A impetrante, sociedade prestadora de

serviços a estabelecimentos bancários, industriais e comerciais, inclusive transporte urbano de pequenas encomendas e malotes, foi notificada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para paralisar suas atividades, sob a alegação de que vulneram o monopólio do serviço postal.

Contra o ato, impetra segurança, que foi concedida, por entender o MM. Juiz que a prolatou que a correspondência que não tenha caráter de mensagem está excluída do monopólio assegurado pelo art. 7º, do Decreto nº 29.151/51; que papéis e documentos de giro bancário, títulos de crédito, letras de cambio, notas promissórias, duplicatas, avisos, notificações, não representam “cartas” e, deste modo, estão fora da área do monopólio do serviço postal.

Há recurso *ex officio* e agravo interposto pela União Federal.

A Subprocuradoria-Geral da República pede a reforma do decisório.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): A recorrida, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, tem por objeto o da

“prestação de serviços auxiliares a estabelecimentos bancários, industriais e comerciais, bem como o transporte urbano de pequenas encomendas e malotes” (doc. fls. 17, cl. 2ª).”

Tais serviços, como se infere das provas dos autos, consistem na coleta, transporte e distribuição de títulos de crédito, notificações, avisos de lançamentos de impostos ou taxas de serviços de utilidade pública (luz, gás, telefone, água etc.).

Segundo dispõe o art. 163, da Constituição de 1969, é facultado

“... o monopólio de determinada ... atividade, mediante lei federal,

quando indispensável ... para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa ...”

O monopólio postal está previsto em lei federal.

Vamos encontrar sua disciplinação no Decreto-lei nº 1.681, 13-10-39, que revogou o Decreto-lei nº 1.191, de 4-4-39.

Segundo está no art. 1º, o monopólio é voltado para a expedição para o exterior e do transporte e da distribuição no território nacional: a) de cartas missivas fechadas ou abertas; b) de cartões postais que trouxerem o endereço do destinatário; c) de qualquer correspondência fechada como carta, assim entendida todo invólucro cerrado, com subscrito, cujo conteúdo não se possa verificar sem violação.

Pelo Regulamento aprovado pelo Decreto nº 29.151/51, art. 7º, letra a, o que constitui monopólio da União é o “transporte, a distribuição, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de objeto de correspondência com caráter de mensagem.”

No caso dos autos, ao que está demonstrado, a recorrida não distribui cartas fechadas, vale dizer, mensagens, sim, títulos de crédito e avisos de lançamentos de tributos e de cobrança de contas de luz etc.

Tal encargo, parece óbvio, não fere o monopólio garantido à recorrente, pelo que mantenho o decisório.

Nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento aos recursos, por decisão unânime. Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Amarílio Benjamim votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.519 — DF

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henrique d'Ávila

Requerente — Waldemar Pires das Chagas

Requerido — O Ex.mo Sr. Ministro de Estado dos Transportes

EMENTA

Ferroviário aposentado. Mandado de segurança impetrado contra despacho indeferitório de pedido de aposentadoria pelos cofres federais, nos termos da Lei n.º 2.752, de 1956. Seu indeferimento. Ferroviário que foi admitido como servidor autárquico não tem direito a dupla aposentadoria (Súmula 371 do Supremo Tribunal Federal).

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, denegar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Henrique d'Ávila*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Waldemar Pires das Chagas, ferroviário aposentado, impetra o presente mandado de segurança contra despacho que reputa manifestamente ilegal, do Exmo. Sr. Ministro dos Transportes, que lhe indeferiu pedido de aposentadoria pelos cofres federais, nos termos da Lei n.º 2.752, de 1956.

Alega o impetrante que desfrutava da condição de funcionário público civil da União quando veio a ser aproveitado

na Rede Ferroviária do Nordeste, ex-*Great Western*, e, por isso, pertencendo antes ao quadro suplementar do antigo Ministério da Viação e Obras Públicas, fazia jus à franquia postulada. E, por isso, suplica a este Tribunal que lhe conceda segurança para o fim de ser aposentado a partir da mesma data em que o foi pelo INPS, isto é, 29 de agosto de 1966, com direito ao pagamento de proventos atrasados, ou seja, a dupla aposentadoria.

A inicial encontra-se devidamente instruída, e, solicitadas, como de praxe, as informações de estilo, o Exmo. Sr. Ministro dos Transportes encaminha a este Tribunal, à guisa de informações, parecer da lavra do ilustre Consultor Jurídico daquele Ministério, Dr. Hélio Proença Doyle, cuja parte precípua ao deslinde da controvérsia se encontra assim consubstanciada:

“Propositadamente, o impetrante esqueceu ou omitiu a sua verdadeira condição perante a legislação aplicável, isto é, a sua qualidade de funcionário autárquico. Como consta

do processo, o impetrante ingressou na Rede Ferroviária do Nordeste em 18-12-1945, época em que aquela Rede tinha personalidade própria de natureza autárquica.

Com efeito, trata-se de ferroviário admitido na antiga *The Great Western of Brazil Company Limited*, empresa subvencionada pela União e constituída na Rede Ferroviária do Nordeste (RFN), com personalidade própria de natureza autárquica, pela Lei número 2.543, de 14-6-55, com sede na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, destinada à exploração de transportes ferroviários e rodoviários e ao exercício de atividades industriais e comerciais conexas.

A delegação de competência atribuída pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Ministro de Estado o foi para decidir sobre as aposentadorias pelo Tesouro Nacional, e a estas só fazem jus os funcionários da Administração Direta ou centralizada, e nunca os servidores autárquicos, como é o caso do impetrante.

Os funcionários autárquicos, como o impetrante, só têm direito à aposentadoria pelo Instituto Nacional de Previdência Social, para onde contribuem, precisamente, para esse fim. Aliás, diga-se de passagem, o impetrante já está aposentado pelo INPS, conforme Ofício nº 819/SBC/66, de 29 de agosto de 1966, tendo s'ido desligado dos serviços da Nordeste a partir de 26 de agosto de 1966.

O impetrante, como autárquico, jamais teve direito de se aposentar pelo Tesouro Nacional. Em nenhuma época teve direito à chamada dupla aposentadoria que ora pleiteia. Esse ponto é pacífico na

Administração e no próprio Poder Judiciário, como se vê do Parecer nº 55/H (DO de 6-8-64) da douta Consultoria-Geral da República e Súmula nº 371 do colendo Supremo Tribunal Federal, na interpretação da Lei nº 2.752, de 1956, que reza:

“Súmula 371 – Ferroviário, que foi admitido como servidor autárquico, não tem direito a dupla aposentadoria.”

O egrégio Tribunal Federal de Recursos, também, tem reiteradamente decidido com base na Súmula antes citada, bastando-nos mencionar o seguinte acórdão (*in DJ* de 7-2-68, pág. 236):

“Agravo em Mandado de Segurança nº 23.322, Rel. Min. Godoy Ilha – Agte: Waldemar Carvalho – Agda: União Federal. Por unanimidade, negaram provimento.

Ementa – Dupla aposentadoria. Ao servidor autárquico a Lei nº 2.752/56 exclui do benefício da dupla aposentadoria.”

Em outro processo, julgado pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos, o Mandado de Segurança nº 63.236, em que foi impetrante Antônio Lopes da Silva, também servidor autárquico, que pretendia ser aposentado pelo Tesouro Nacional, aquela corte, consoante publicação no Diário da Justiça de 16-10-1968, por unanimidade de votos, denegou a segurança.

Nestas condições, como ferroviário autárquico, o impetrante não tem direito à aposentadoria pelo Tesouro Nacional, que pleiteia neste Mandado de Segurança. A aposentadoria a que tem direito é a do Instituto Nacional de Previdência Social, que já lhe foi concedida.”

Ouvinda a douta Subprocuradoria-Geral da República, esta, em parecer da lavra do eminente Dr. Firmino Ferreira Paz, 3º Subprocurador da República, como sempre, excelentemente elaborado e adstrito aos conceitos legais pertinentes à espécie, manifesta-se no sentido do indeferimento do *writ*; acenando, no final de seu pronunciamento, que indubitavelmente o autor era servidor autárquico; jamais funcionário do Ministério da Viação e Obras Públicas; e, por isso, não desfruta do direito à dupla aposentadoria requestada. De outra parte, acrescenta que os autos não noticiam a qualidade de que se julga portador o impetrante. Suas afirmativas incomprovadas se opõem às ilustradas informações ministradas pela autoridade coatora. Por isso, não há como reconhecer-lhe a franquia postulada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): A *Great Western of Brazil Company Limited* mantinha o caráter de sociedade privada, quando nela ingressou o impetrante. Posteriormente, sofreu dita empresa intervenção da União Federal e, afinal, passou à categoria autárquica.

O impetrante, como salientam as informações da autoridade coatora, não demonstrou que em tempo algum tivesse pertencido, como alega, ao Quadro Suplementar do Ministério da Viação e Obras Públicas. Ingressou na antiga *Great Western*, e esta passou à condição de autarquia titulada Empresa Ferroviária do Nordeste. Por isso, o impetrante a ela passou a pertencer como servidor autárquico. Se assim aconteceu, não podia o mesmo desfrutar, como pretende, da dupla aposentadoria, consignada na Lei nº 2.752, de 1956. Assistia-lhe apenas o direito de aposentar-se pelos cofres do Instituto de Aposentadoria e

Pensões. Jamais o de reivindicar a condição a que aspira, de inativar-se também como servidor federal pago pelo Erário Público. Assim tem entendido, reiteradamente, este Tribunal e o egrégio Supremo Tribunal Federal. Sendo que este último já editou a propósito a Súmula nº 371, por força da qual os servidores ferroviários autárquicos não podem valer-se da franquia consignada na Lei nº 2.752/56.

Assim sendo, meu voto é no sentido de indeferir a segurança, não só face as informações prestadas pela autoridade coatora, como em razão dos jurídicos fundamentos aduzidos no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Srs. Ministros. O nosso Tribunal, em várias oportunidades, tem examinado o problema da dupla aposentadoria de ferroviários, isto é, do recebimento, por esses servidores, do benefício da aposentadoria pelo Tesouro Nacional e também pelo Instituto de Previdência. Demos, assim, cumprimento ao propósito da Lei nº 2.752, de 1956. Ao lado disso, também se entendeu, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, que o servidor, com direito à dupla aposentadoria, poderia obter o benefício, mesmo já aposentado, como consta da Súmula nº 372, do Supremo Tribunal Federal. A única restrição que se estabeleceu, na conformidade da jurisprudência e por força da própria lei, é que o benefício não podia ser dado ao servidor autárquico. No caso dos autos, alega-se que o requerente é servidor autárquico e, por isso, não tem direito ao que pretende.

Há, todavia, ao que me parece, um erro de fato. Na vizinhança com o Sr. Ministro Relator, tive oportunidade de verificar rapidamente os autos e constatei o seguinte: o impetrante foi admi-

tido na rede ferroviária, antiga *Great Western*, em 18-12-1945. Posteriormente, essa estrada foi encampada em virtude da Lei nº 1.154/50. Somente em 1955, pela Lei nº 2.543, é que a Rede se transformou em autarquia.

Pergunta-se para boa solução da controvérsia: qual seria, ou será, ou qual era a situação do requerente entre 1945 e 1955, data em que a Rede passou a autarquia? A resposta vem naturalmente. A princípio foi empregado de empresa privada. Com a encampação, porém, tornou-se servidor público, subordinado diretamente à União Federal, através do Ministério de Viação.

Não foi outro o estado em que todas as Estradas de Ferro encampadas ficaram com os seus servidores.

De acordo também com o sistema, que se tem observado na mudança de tais entidades em autarquias, os servidores, que já tinham anteriormente a consideração de funcionários públicos, a mantiveram.

Em face disso, estou convencido que o direito à dupla aposentadoria resulta naturalmente da condição do requerente.

As informações negam isso, mas estão laborando em equívoco, porque, se o funcionário entrou em 1945, e em 1950 a Rede foi encampada e, só em 1955 tornou-se autarquia, não é possível, senão postergando-se o direito do pleiteante, negar-lhe o *status* de servidor público.

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: V. Ex^a me permite? A *Great Western* não chegou a ser encampada; ela sofreu intervenção da União Federal e depois foi transformada em autarquia. Não chegou a ser uma encampação formal.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: A afirmação de V. Ex^a, *data venia*, está contestada pelos autos.

Embora alegação da inicial, não pode ser repelida, salvo com a verificação da própria Lei nº 1.154. Todavia, as informações não enfrentam o detalhe.

O parecer que as instrui baseia-se tão-só na Lei nº 2.543.

Então, para mim, o fato de o parecer da Consultoria haver ignorado o argumento, em absoluto não o desmerece. O parecer da Subprocuradoria também incide num engano. Além de não refutar o argumento da inicial, o parecer diz o seguinte às folhas 40: (lê.)

Ora, nós já vimos que, de acordo com as próprias informações oficiais e com a própria Subprocuradoria-Geral da República, noutra passagem, a autarquização da empresa ferroviária, somente se deu em 1955, pela Lei nº 2.543, de 14 de junho.

Tenho, pois, para mim, que o funcionário foi admitido em 1945; em 1950 a *Great Western* foi encampada, e desta encampação resultou a posição de servidor público do ora pleiteante.

Acho, portanto, que o requerente tem direito à dupla aposentadoria, e o meu voto é para deferir o mandado, a fim de que a autoridade administrativa cumpra a nossa determinação, expedindo o ato, de acordo com a jurisprudência tranquila do Supremo Tribunal Federal. Não há ainda nenhuma objeção justificável quanto a proventos e vantagens. O Tribunal Federal de Recursos, ao longo da sua história, examinando diversos casos de mandado de segurança, construiu a norma de pagar vantagens a partir da inicial. Contribui para a formação desse critério. Hoje, porém, há lei expressa, que é a de nº 5.021. Esta, ao lado disso, comete uma inovação de vulto, porque sempre entendemos que, havendo atrasados, estes deveriam ser pedidos mediante ação ordinária, tendo o Supremo Tribunal Federal estabelecido também Súmula a esse respeito (nº 271), e mo-

difica a orientação tradicional quando permite que, havendo atrasados, se esboce o processo de liquidação por cálculo, ou seja, a execução comum. (Lei nº 5.021, § 3º, do art. 1º).

Nos termos, portanto, que acabo de expor, meu voto é para deferir a segurança, *data venia* do eminente Ministro Relator.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Com os elementos existentes nos autos, a que se referiu o Relator, podemos presumir que, tendo o impetrante sido admitido em 1945, foi realmente funcionário da União. Portanto, beneficiou-se da Lei de 1956, que permite a dupla aposentadoria, com o exercício de uma única função. Contra essa lei há hoje uma reação muito grande, mas ela existiu, e formou-se em torno da mesma farta jurisprudência.

Aliás, no momento em que foi criada a Rede Ferroviária Federal, o próprio decreto que a criou ressaltou a situação dos funcionários requisitados ou cedidos e conservou os seus direitos, porque a ferrovia estivera antes sujeita à intervenção ou encampação.

Estou, assim, de perfeito acordo com o voto do Min. Amarílio Benjamin, *data venia* do Relator.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: V. Exa. com sua gentileza, permite-me um aparte?

É natural que o Sr. Min. Henrique d'Ávila defenda o seu ponto de vista. É também um dever que me impõe, no voto divergente, esclarecer, tanto quanto esteja ao meu alcance, a situação em que me encontro, *data venia* de S. Exa.

As informações deviam trazer a prova de que o servidor nunca pertencera aos quadros da Ferrovia. Há, porém, nos autos, uma informação que me parece importante para a posição que tomei e que está recebendo a adesão de

V. Exa. O funcionário, por meio de certidão, prova que companheiros seus, funcionários do seu tempo foram aposentados pelo Tesouro Nacional. Está nos autos. Eu li.

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: É mais um argumento a favor da pretensão do impetrante.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Sr. Presidente. Antes de formular meu voto, desejo esclarecer uma dúvida. Depois de ingressar na entidade privada, a *Great Western*, permaneceu ou não o impetrante à disposição do serviço público federal, em consequência de intervenção ou de encampação?

Entendo que a intervenção estabelece como que sinonímia com encampação, a qual veio *a posteriori*. Se houve intervenção do Governo Federal, qual seria a qualidade do servidor, durante essa fase?

Já não pertencia mais ele a uma entidade privada, em decorrência mesmo da intervenção, apesar de ainda não existir a autarquia. Então, era ele, naquela fase, um servidor público federal, percebendo salário da União, que intervieria na antiga *Great Western*.

Data venia do Min. Henrique d'Ávila, acompanho o voto do Sr. Min. Amarílio Benjamin.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Godoy Ilha, denegando a segurança, e dos Srs. Mins. Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros, concedendo-a, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Moacir Catunda, aguardando os Srs. Mins. Henocho Reis, Decio Miranda, Néri da Silveira e Jorge Lafayette Guimarães. Não compareceram os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jarbas Nobre,

por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. *Moacir Catunda*: Sr. Presidente. Pedi vista deste processo para esclarecer-me sobre o implemento do tempo de serviço para a aposentadoria pelo Tesouro Nacional, eis que a qualidade de funcionário público, alegada pelo impetrante, antes da autarquização da antiga *The Great Western of Brazil Railway Company Limited*, pela Lei nº 2.543, de 14 de julho de 1955, se me afigurara demonstrada no voto do eminente Min. *Amarílio Benjamin*. O douto pronunciamento em alusão fundamenta-se precipuamente no documento de fls. 23, pelo qual o impetrante exercia o cargo de Agente de Trem, do Quadro extinto do Ministério dos Transportes, Parte XV, cedido à Rede Ferroviária Federal, na conformidade da Lei nº 3.115, de 1957. Exame mais demorado da matéria, à luz da Lei nº 1.154/50, autorizativa da encampação dos contratos da *Great Western*, invocada pelo impetrante, por força da qual os empregados da companhia encampada teriam adquirido a qualidade de funcionários públicos, todavia, leva-me a duvidar da procedência da mesma alegação, no que pese o registro que se lê no documento de fls. 23, isto porque a indicada lei não tratou do assunto. Se a lei encampadora não contém norma alguma sobre o assunto e não se invocou outra que o tivesse disciplinado, antes da autarquização da ferrovia, pela Lei nº 2.543, de 1955, sou porque a situação dos empregados dela não se alterou para a de funcionários públicos. E não se alterou porque a extensão aos ferroviários vinculados às estradas de ferro incorporadas ao Patrimônio da União, dos direitos e vantagens concedidos ao funcionalismo federal, dependia de lei especial, e esta não foi baixada, tanto assim que o impetrante não a invocou.

Atendendo a que a qualidade de funcionário público do impetrante mostrasse sobremodo incerta e duvidosa, denego a segurança.

VOTO

O Sr. Min. *Henoch Reis*: Denego a segurança, e o faço com os argumentos que alinhei em voto proferido na Apelação Cível nº 28.311 do Paraná, de que fui Relator.

VOTO

O Sr. Min. *Decio Miranda*: A encampação de empresa privada, seja ou não concessionária de serviços públicos, não modifica, por si só, o *status* dos seus servidores.

A modificação surgiu com a autarquização da empresa, que transformou o impetrante em servidor autárquico. E servidor autárquico não tem direito à chamada dupla aposentadoria, que só se defere aos funcionários públicos que não perderam essa qualidade ao ser transformada em autarquia a empresa ferroviária.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, por maioria de votos, denegou-se a segurança, vencidos os Srs. Mins. *Amarílio Benjamin*, *Márcio Ribeiro* e *Esdras Gueiros*. Os Srs. Mins. *Godoy Ilha*, *Moacir Catunda*, *Henoch Reis*, *Decio Miranda*, *Néri da Silveira* e *Jorge Lafayette Guimarães* votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 68.736 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Recorrente — Juízo Federal da 4.ª Vara, *ex officio*

Agravante — Instituto Nacional de Previdência Social

Agravado — Bundy Tubing S. A.

EMENTA

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Não se revestindo o *quantum* pago, a título de aviso-prévio, na forma do art. 48, § 1º, da C.L.T., de caráter salarial ou remuneratório e também não estando mencionado nos arts. 457 e 458, da C.L.T., força é não considerá-lo parcela componente da importância sobre a qual incidirá o percentual de 8%, de que cogita o art. 2º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. O pagamento feito aos empregados, por horas extraordinárias de serviço, tem caráter salarial, constitui contraprestação por trabalho prestado, quer resulte de acordo escrito individual ou contrato coletivo, quer em cumprimento a ato unilateral do empregador, nas hipóteses permitidas em lei. Devem ser incluídas as quantias pagas aos empregados, cada mês ou quando isso ocorrer, a título de horas extraordinárias prestadas, no montante da remuneração com base na qual há de incidir o percentual de 8% a ser depositado, a teor do art. 2º, da Lei nº 5.107, de 1966. Provedimento parcial aos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Mandado de Segurança nº 68.736, de São Paulo, em que são partes as acima indicadas,

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, em recusar as preliminares de nulidade da sentença e do processo, e, no mérito, em dar provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de outubro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Bundy Tubing S. A., estabelecida em São José dos Campos, Km 308 da Via Dutra, em São Paulo, impetrou mandado de segurança contra ato de auto-

ridade fiscal do INPS, no Estado referido, que lhe pretende impor obrigação de recolher contribuições destinadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) sobre aviso-prévio e horas extraordinárias, declarando, expressamente, entretanto, confessar o restante do débito apurado nos autos de infração, que foram lavrados contra a petionária, concernentes “a adicionais noturnos, prêmios de assiduidade, diferença salarial, gratificação especial e férias” (documentos de fls. 29/44).

Deduz, em longas razões, de fls. 2/12, os fundamentos da impetração. Sustenta que o aviso-prévio, “se houver de ser pago em dinheiro, pela não concessão do prazo, então, se reveste de natureza indenizatória. É indenização porque deriva de prestação obrigacional não cumprida”. Nega, assim, natureza salarial a essa prestação obrigacional. Invoca o art. 17, da Lei nº 4.506, e art. 36, *e*, do RIR, bem assim doutrina e jurisprudência, nesse particular. Alega que, se não

pode “haver incidência de contribuição previdenciária sobre aviso-prévio indenizado, pela mesma razão não poderá ocorrer incidência do depósito concernente ao FGTS.”

No que concerne a horas extraordinárias, sustenta a agravada que, diante da redação do art. 2º, da Lei nº 5.107, de 13-9-1966, a contribuição de 8% “não incide sobre todas as verbas de caráter remuneratório, mas, apenas, sobre aquelas que, sendo integrantes do conceito de remuneração, estejam expressamente referidas nos artigos 457 e 458 da CLT”. Aduz que horas extraordinárias não se mencionam, porém, nos dispositivos em foco.

No que atine ao aviso-prévio, traz cópia de acórdãos deste Tribunal, no AMS nº 59.438 — SP (fls. 15/20) e 60.939 (fls. 55), ambos da Primeira Turma, e no AMS nº 65.330 — SP (Segunda Turma), às fls. 22/28. Referentemente às horas extraordinárias, *in casu*, junta a impetrante aresto do Colendo TRT da 2ª Região, onde acolhida foi a tese que esposa (fls. 46/47).

O INPS prestou informações, às fls. 59/64. Arguiu, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal, invocando o art. 58, do Regulamento do FGTS, baixado com o Decreto nº 59.820, de 20-12-1966. Alega, de outra parte, que a autoridade coatora seria o Departamento Nacional de Previdência Social, pois a exigência decorre da Resolução CD/DNPS 392, de 16-9-1970. Ainda preliminarmente, entende não ser cabível a via eleita para o debate de questões como as dos autos. No mérito, defende o ato impugnado, sustentando serem devidas as contribuições para o FGTS, referentemente a aviso-prévio e horas extraordinárias.

Com as informações veio o documento, de fls. 65/68, cópia de tese apresentada pelo Ministro Arnaldo Sussekind, no Seminário sobre Aspectos Jurídicos

do FGTS, realizado em Brasília, no mês de março de 1968.

O Dr. Procurador da República, às fls. 70/73, sustentou a incompetência da Justiça Federal e competência da Justiça do Trabalho, para conhecer da matéria. No mérito, opinou pelo indeferimento da segurança.

Ouvida a impetrante acerca das preliminares argüidas nas informações, contraditou-as, às fls. 75/83.

A sentença, às fls. 86/92, rejeitou as preliminares e, no mérito, concedeu a segurança: (lê.)

A par do recurso de ofício, agravou o INPS, às fls. 96/100. Das preliminares, reeditou as informações, apenas quanto à última, ou seja, a da impropriedade do mandado de segurança, na espécie, sustentando, na minuta, as razões da improcedência da inicial.

Contraminuta da agravada, às fls. . . 102/106, referindo, quanto ao aviso-prévio, decisão deste Tribunal, em Pleno, no julgamento dos EAP nº 27.670, no sentido do caráter não salarial do aviso-prévio *ut* art. 487, § 1º, da CLT. Relativamente às horas extraordinárias, reproduz argumentos da inicial, sustentando a sentença.

O Dr. Juiz *a quo* manteve a decisão (fls. 107).

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, às fls. 111/112, pela cassação da segurança, nada argüindo, entretanto, quanto à competência da Justiça Federal.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Tendo em consideração a natureza do recurso de ofício, examino, por primeiro, questão posta nas informações e afastada pela sentença, quanto à competência para o processo e julga-

mento do presente mandado de segurança.

Trata-se, aqui, de impetração contra ato de autoridade federal, não sujeita, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal ou a este Tribunal. Consoante o art. 125, inciso VIII, da Constituição, aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.

Dessa sorte, em primeiro grau, contra ato de autoridade federal, a competência é dos Juízes Federais, em matéria como a dos autos.

Não se cogita, aqui, de conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores. Quando o art. 22, da Lei nº 5.107, de 13-9-66, estabelece que é competente a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre os empregadores e as empresas oriundos da aplicação desta Lei, mesmo quando o BNH e a Previdência Social figurarem no feito como litisconsortes, certo é que a regra não se refere a mandados de segurança e, cumpre entender, também, na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, não atinge às hipóteses definidas no art. 110 da Carta Maior.

A sentença decidiu, pois, com acerto, ao rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Também, quanto à autoridade impetrada, o pedido dirigiu-se, de forma exata, em atacando ato da fiscalização do INPS. Não haveria como transferir a responsabilidade do ato impugnado ao DNPS, porque editou a Resolução CD/DNPS nº 392/1970. O decisório de primeiro grau bem apreciou a questão, às fls. 88/89: (lê).

A terceira preliminar, em linha de princípio, não é, de igual modo, acolhível. Por via de mandado de segu-

rança é possível atacar auto de infração e notificação fiscal, bastante haja liquidez de fatos. Na espécie, não se discutem valores. Nos autos de infração lavrados pelos fiscais do INPS, contra a impetrante, esta impugna, apenas, dois dos títulos considerados, isto é, contribuições para o FGTS sobre aviso-prévio pago a empregados, que tiveram contratos de trabalho unilateralmente rescindidos, e sobre horas extraordinárias pagas pela empresa. Não se estabelece qualquer dúvida nos autos, a respeito dos montantes apurados a cada um desses títulos. Cabível, dessarte, a via eleita, *in hac specie*.

Há uma quarta preliminar, nesta assentada de julgamento, trazida pelo ilustre advogado do INPS, desde a tribuna. Entende que os empregados, em matéria que tal, são litisconsortes obrigatórios, e como não foram chamados à lide para integrar a relação processual, a sentença deveria ser anulada. Isso mesmo reafirmou, da tribuna, o Dr. Subprocurador-Geral da República. Estou em que também esta preliminar não merece acolhida. Não a rejeito, desde logo, porque argüida somente na presente oportunidade. Se efetivamente ocorresse alguma nulidade processual, embora não debatida nos autos, poderia a Turma, como é evidente, declará-la, acolhendo a argüição, como dela poderia conhecer, de ofício, decretando-a. Com grande frequência, aliás, o Tribunal anula sentença, *ad exemplum*, por incompetência do Juiz. Embora matéria não debatida nos autos, inobstante não argüida da tribuna, o relator ou qualquer dos juízes pode submetê-la ao Tribunal.

Aqui, entretanto, parece que a dita preliminar deve ser rejeitada, porque, em primeiro lugar, se trata de mandado de segurança; ataca-se o procedimento da autoridade, concernente a autos de infração lavrados por autoridade fiscal

do INPS. Não se pleiteia, nesta via, a devolução das importâncias já depositadas no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Se se pedisse devolução de importâncias, ainda emprestaria alguma procedênc:ia quanto a esta preliminar. No caso, ataca-se um ato, segundo o qual se acusa a impetrante de não ter feito recolhimento devido. O recolhimento não ocorreu. O depósito não se fez.

Discute-se, pois, neste mandado de segurança, a legitimidade ou não dessa pretensão do INPS, relativamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e aos depósitos para esse Fundo, acerca da matéria equacionada na inicial. Assim sendo, nenhuma razão existiria para que viessem à relação processual os empregados. E que empregados? Todos os empregados da empresa? Apenas os empregados que recebem horas extras? Aqueles empregados que receberam o aviso prévio? Parece-me, Sr. Presidente, que, em verdade, a preliminar não pode, nesta via, ser acolhida, menos pela extemporaneidade e mais pela falta de propriedade da sua invocação. Rejeita-a.

No mérito, há duas *questiones juris* a se apreciarem. É devida a contribuição de 8% prevista no art. 2º, da Lei nº 5.107, de 13-9-1966, sobre os valores: a) do aviso-prévio, pago na forma do art. 487, § 1º, da CLT; e b) das horas extraordinárias pagas aos empregados da empresa? Vejamos.

No que concerne à natureza do aviso-prévio, *ut* art. 487, § 1º, da CLT, pos-suo entendimento assente e desenvolvido no voto que proferi no julgamento dos Embargos no Agravo de Petição nº 27.670-SP, nestes termos:

“Discute-se, nos autos, a questão pertinente à natureza do valor correspondente ao aviso prévio, no contrato individual de trabalho, na

hipótese do art. 487, § 1º, da C.L.T., *verbis*:

“A falta do aviso-prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida, sempre, a integração desse período no seu tempo de serviço.”

Ao regular a “locação de serviços”, o Código Civil, no art. 1.221, preceitua:

“Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.”

Anota, Carvalho Santos, a respeito do art. 1.221, CCB, *verbis*:

“A falta de prazo estipulado, tornando o contrato de prazo indeterminado, assegura aos contratantes a liberdade de rescindir o contrato, a qualquer momento, exigindo-se apenas um aviso-prévio, que é uma garantia para ambas as partes. Para o locador, justamente, para que outra colocação obtenha, não ficando desempregado; para o locatário, de modo a obter um substituto para o empregado que se despede, não ficando com seus serviços desorganizados.”

E, prosseguindo, com apoio no magistério de Clóvis Bevilacqua:

“A falta de aviso-prévio redundando na obrigação de indenizar perdas e danos, por importar no inadimplemento de uma cláusula legal da obrigação.” (*apud* Código Civil Brasileiro Interpretado, 4.^a ed., vol. XVII, págs. 266/267).

Em outro passo, sinala o mesmo autor:

“Esta indenização visa compensar a perda que sofreu o locador durante o lapso de tempo que decorre

entre a sua dispensa dos serviços do locatário e o momento em que arranjar outro serviço.

Na fixação das perdas e danos, consoante a doutrina mais aceita, deve o juiz levar em conta a natureza e a importância do emprego exercido pelo locador, as despesas a que foi obrigado fazer para mudar-se com sua família, o prejuízo moral que resulta da dispensa, a circunstância do locador ter casa e comida por conta do locatário, como um suplemento do seu salário.

Em lugar de vir pleitear em juízo uma indenização, no caso de ser despedido sem prévio aviso, pode o locador ajustar no contrato uma cláusula penal que a fixe, caso em que ao juiz não será lícito nem aumentá-la, nem diminuí-la." (*op. cit.*, pág. 267).

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro, in *Direito das Obrigações*, 1956, 2º vol., pág. 204.

Segue, assim, o Código Civil a linha do Código de Napoleão, que, em seu art. 1.780, reza:

"A locação de serviço, feita sem determinação de tempo, pode sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes.

A resolução do contrato, não obstante, pela vontade de um só dos contratantes, pode dar lugar a perdas e danos.

Para o estabelecimento da indenização a ser concedida, em cada caso, deverão ser observados os usos, a natureza dos serviços prometidos, o tempo decorrido, os descontos feitos e os pagamentos efetuados tendo em vista uma pensão de aposentadoria, e, em geral, todas as circunstâncias que podem justificar a existência e a extensão do prejuízo causado.

As partes não podem renunciar, por antecipação, o direito eventual de perdas e danos em virtude das disposições acima."

Examinando a questão, à luz do art. 1.780 do Código de Napoleão e, ainda, do art. 23, do Livro I, do Código do Trabalho, que constitui uma simples reprodução do primeiro dos dispositivos referidos, Louis Jossierand observa:

"Qualquer das partes que deseja romper o contrato deve observar o pré-aviso, quer dizer, que deve dar à outra um aviso-prévio, nas condições de prazo que estejam fixadas, quer segundo os usos praticados na localidade e na profissão, quer, na falta desses usos, pelas convenções coletivas, que têm ademais força de derogar ditos usos, porém não pelas convenções individuais ou por um regulamento de *taller*, pelo menos em sentido restrito."

Além disso, e nos termos do § 9º (do art. 23 do Código do Trabalho), "as partes não podem renunciar, por antecipação, ao direito eventual de pedir danos e prejuízos em virtude das disposições mencionadas." O pré-aviso, tal qual tem sido fixado pelo uso e pela convenção coletiva, reveste, pois, caráter de ordem pública.

Quando uma das partes rompe o contrato bruscamente, sem observar, como devera, o pré-aviso, comete uma ilegalidade; não basta dizer que abusa de seu direito; (...); seu ato é criticável, intrínseca, objetivamente; é, pois, por si mesmo e de plano, gerador de responsabilidade contratual." (*apud Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, ed. Bosch, B. Aires, págs. 219/222).

Certo é que o sistema francês dispõe, a par dos danos e prejuízos pela inobservância do pré-aviso, e com eles cumu-

lativos, acerca da responsabilidade oriunda da rescisão abusiva do contrato de trabalho de duração indeterminada, cuja fixação indenizatória atende ao disposto no art. 23, § 6º, do predito Código do Trabalho, com a redação introduzida por lei de 1928. Também a sanção do abuso do direito de rescisão unilateral (vale dizer, da rescisão sem motivo legítimo) é de ordem pública e, à vista do mesmo artigo 23, § 8º, não podem as partes, por antecipação, renunciar ao direito de pleitear, na espécie, perdas e danos.

Reafirmando essa doutrina, Ambrósio Colin e Henri Capitant registram, em seu *Curso Elementar de Direito Civil*, 2.ª ed., Tomo 4º, pág. 517:

“O caso mais freqüente na prática é o de que o trabalhador seja quem inicie a reclamação, queixando-se de não haver sido despedido em termos justos, segundo o costume. Se sua demanda é fundada, os tribunais geralmente condenam o diretor ou gerente da empresa ao pagamento de uma soma igual ao salário dos dias de trabalho compreendidos no prazo de despedida, entendendo-se bem que os juízes podem elevar a cifra da indenização, sempre que estimem que há sido maior o prejuízo ocasionado.”

Também o Código Civil Alemão, de 18 de agosto de 1896, não alterado neste particular, pela Lei da Igualdade de Direitos, de 18 de junho de 1957, regulando, nos §§ 611 a 630, o Contrato de Serviços, estipula, no § 620, 2.ª parte, *verbis*:

“Se a duração da locação de serviços não estiver determinada, nem puder ser deduzida da natureza ou da finalidade dos serviços, poderá, qualquer das partes, denunciar a locação de serviços, de acordo com as determinações dos §§ 621 a 623, onde se connumeram os prazos de

denúncia em conformidade com os períodos por que se determina a remuneração.”

De outro lado, o § 627, dispondo sobre “denúncias sem prazo”, em sua segunda parte, reza:

“O locatário somente pode denunciar de modo que o locador de serviços possa obter serviço por outra via, a não ser que exista um motivo poderoso para a denúncia extemporânea. Se ele denunciar, sem um tal fundamento para a extemporaneidade, terá de indenizar o dano daí resultante.”

Visualizada, dessarte, a questão, no plano do direito civil, não há deixar de reconhecer que a falta do aviso-prévio, na denúncia vazia do contrato de locação de serviços, sem prazo determinado, constitui inadimplemento da obrigação de fazer, incorrendo o inadimplente na obrigação de indenizar a outra parte contratante.

Cumprir verificar se possui, ou não, natureza diversa a hipótese em foco, no plano do Direito do Trabalho.

Washington de Barros Monteiro, em veemente crítica à disciplina da “locação de serviços”, no diploma civil pátrio, porque “lacunosa, imperfeita, deficiente”, observa que “ignorou o Código a questão social, a luta de classes, as crises do laborismo, as reivindicações dos trabalhadores”. Mais, pela maneira como nele se regulamentou a locação de serviços, o contrato continuaria regido pela férrea lei da oferta e da procura, como se os contratantes se achassem no mesmo pé de igualdade, de um lado, o patrão, geralmente abastado e poderoso, de outro, o empregador, que, nada possuindo, era obrigado a aceitar o que se lhe oferecesse, na luta pela própria sobrevivência”. E, a seguir, anota o festejado jurista: “A chocante omissão do Código, ao reger o contrato de locação de serviços, propiciou, porém, o adven-

to da legislação trabalhista, que, sem exagero, pode ser incluída entre as mais adiantadas do mundo” (*op. cit.*, págs. 198 e 199).

Traçando confronto entre o contrato de locação de serviços e o contrato de trabalho, o festejado Pontes de Miranda, com precisão, escreveu:

“Nos sistemas jurídicos, dentre os contratos em que alguém promete atividade em serviço e em interesse de outrem (locação de serviços, locação de obra, ou, simplesmente, contrato de obra, mandato, contrato de corretagem, contrato de depósito), no primeiro plano, está a locação de serviços, contrato que manteve a sua natureza e a sua estrutura, enquanto se distinguiu e envolveu o contrato de trabalho. Em sentido geral, o contrato de locação de serviços é aquele em que se prometem prestações de serviços, mediante contraprestação de remuneração. Em sentido mais estreito, é o contrato de locação de serviços temporários, com a permanência do princípio de auto-regramento da vontade (princípio da autonomia da vontade). Tal princípio sofre profundas alterações no contrato de trabalho.”

Sinala, ainda, em outro passo, contraditando Cesarino Júnior:

“Não se podem considerar ab-rogados os arts. 1.216/1.236 do Código Civil. O que ocorreu é que alguns contratos de serviços passaram a ser chamados contratos de trabalho e regidos por *lex specialis*.” (*in Tratado de Direito Privado*, vol. 47, páginas 12/14).

Mas, certo que as Constituições do mundo ocidental, de índole social-democrática, sob o influxo dos princípios que se institucionalizaram com a Constituição alemã de Weimar, de 1919, ao disporem so-

bre a ordem econômica e social, vêm estabelecendo normas fundamentais a serem consagradas no Direito do Trabalho, com iniludível caráter de legislação protetiva, pon-do-se o direito ao trabalho como correlato ao direito de liberdade e ao direito de igualdade, vendo-se no trabalho elemento que corresponde à personalidade humana, identificando-se suas regras como de ordem pública, não menos exato é que o direito comum prossegue como fonte subsidiária do direito do trabalho, a teor do que dispõe o art. 8º, parágrafo único, da C.L.T. Se não há contradição entre um princípio do direito comum e um princípio do direito do trabalho, a unidade da ordem jurídica, a serviço da composição dos interesses sociais, exige que se apliquem certos princípios fundamentais indistintamente. Quando exista incompatibilidade, os princípios gerais próprios do Direito do Trabalho terão de logicamente prevalecer, como anotou Ernesto Krotoschin, *in Instituciones de Derecho del Trabajo*, tomo I, ed. 1947, pág. 43. Ensina Evaristo de Moraes Filho: “Sendo o direito do trabalho um direito especial, e não excepcional ou de privilégio, aplicam-se-lhe os princípios gerais do direito civil, por isso mesmo chamado de comum... E nem mesmo os mais ardorosos defensores do particularismo do direito do trabalho chegam a outra conclusão, criando um divórcio intransponível entre os dois ramos da ciência jurídica” (Evaristo de Moraes Filho, *Introdução ao Direito do Trabalho*, tomo II, pág. 400). Dessa maneira, se, na pesquisa de regras concretas de exegese do Direito do Trabalho, invoca-se, amiúde, o princípio de favor, observa, entretanto, com inteira propriedade, Eugenio Perez

Botija que tal princípio não pode ter aplicação em caráter absoluto: "Tem o princípio as próprias limitações derivadas do ordenamento jurídico laboral. Poder-se-á infringir dito ordenamento, melhorando o conteúdo econômico do mesmo em favor do obreiro, porém sem chegar a desnaturar seus preceitos essenciais" (*Curso de Derecho del Trabajo*, ed. 1952, pág. 87).

Pois bem, a norma sobre aviso-prévio definida no art. 487, da C.L.T., nada mais é que a trasladação de idêntico preceito constante do art. 1.221, do Código Civil Brasileiro, acerca da "locação de serviços".

A seu turno, o § 1º, do art. 487, da CLT, transcrito introdutoriamente, representa definição legal da indenização a ser paga pelo empregador, quando, desejando, de forma unilateral, denunciar o contrato de trabalho, não cumprir a obrigação, de que cogita o art. 487 predito, de pré-avisar, com a antecedência de lei, o empregado. O mesmo sucede com a norma contida no § 2º, do dispositivo em apreço, quando inadimplente o empregado. Há presunção legal de prejuízo, em decorrência da falta de aviso prévio. Dispõe a lei sobre a sua reparação. Ao adotar, como medida do dano oriundo da falta de pré-aviso, na denúncia vazia, o salário, não transmutou a lei, por *fictio juris*, a natureza da obrigação, ou seja, não tornou obrigação de índole salarial aquilo que, conforme os princípios do direito comum, se tem como obrigação de indenizar. Aliás, o critério de reparar o dano seguido pelos §§ 1º e 2º, do art. 487 em exame, conquanto não previsto, do expresso, no diploma civil, ao regular idêntica matéria, tem acolhida na doutrina, especialmente

francesa, consoante destaquei, ao referir lição de Ambrósio Colin e Henri Capitant.

De outra parte, não fugiu nosso Direito do Trabalho dos princípios do direito privado, que consagram, também, a par da reparação pelo não pré-aviso, indenização, em favor do empregado, decorrente do rompimento injusto do contrato de trabalho. Nesse sentido, é o espírito dos arts. 477, 478 e 483, todos da CLT, ao disporem sobre indenização advinda da rescisão do contrato de trabalho. Tais indenizações, conforme examinamos acima, podem ter caráter cumulativo, no direito comum. O nosso Direito do Trabalho empresta-lhe solução sempre cumulativa.

Assim sendo, não há, *data venia*, como pode parecer, à primeira vista, natureza salarial na reparação decorrente do descumprimento da obrigação de pré-avisar. Invocáveis, aqui, porque não conflitantes com o sistema do Direito do Trabalho, os consagrados princípios do direito comum, onde encontram tais normas suas raízes históricas.

Não cabe, ademais, ver, aí, no § 1º, do artigo 487, da CLT, salário, por *fictio juris*, isto é, contra-prestação por serviço não efetuado, em virtude da vontade da lei. Tal entendimento, de forma alguma, pode servir à compreensão do § 2º, do mesmo artigo, onde se define a reparação devida ao empregador pela inadimplência, na espécie, do empregado.

Nem prejudica tal conclusão a circunstância de o § 1º, do art. 487, da CLT, em sua parte final, considerar garantida, sempre, a integração do período de pré-aviso devido no tempo de serviço do empregado. Em verdade, isso significa que o legislador, ao definir a repa-

ração, *in casu*, não a fez cifrada a uma expressão monetária, qual seja, o *quantum* do salário correspondente ao prazo do aviso, mas a integrou de outro efeito, tomado, também, da relação empregatícia, isto é, o tempo de serviço.

Esse entendimento, de resto, é o sufragado pela melhor doutrina, entre nós (Mozart Victor Russomano, *in Aviso-Prévio no Direito do Trabalho*, pág. 74; Orlando Gomes, *in O Aviso-Prévio do Período de Experiência, Revista Forense*, CVIII, pág. 457; Ernesto Krotoschin, *in Instituciones del Derecho del Trabajo*, 1º vol., pág. 422).

Não empresto, *data venia*, maior relevo à circunstância de, se considerado salário dito valor, melhor atenderia ao sentido da legislação previdenciária, por possibilitar recolhimento de contribuição.

É que, de um lado, tal montante deveria ser considerado para os efeitos de contribuição no mesmo mês em que ocorreu a despedida brusca e injusta, a par da contribuição decorrente do salário normal mensal, a este adicionando-se para integrar, no mês em referência, o salário de contribuição. De outra parte, não estando impedido de empregar-se, de imediato, nada garante não venha o trabalhador a estabelecer, no mês seguinte ao da despedida, novo vínculo empregatício ensejando a contribuição ininterrupta. Por último, é lhe assegurado, mesmo sem o laço laboral novo, contribuir, na forma da lei, *si et in quantum* desempregado.

Do exposto, porque não considero salário, *stricto sensu*, para efeitos previdenciários, o *quantum* decorrente do § 1º, do art. 487, da CLT, recebo os Embargos, *data venia*, dos eminentes Ministros que os rejeitam.”

Este Tribunal firmou, acerca da matéria, no julgamento em foco, sua orientação, na linha desse entendimento que está assim do lado da maioria dos componentes da Corte.

O acórdão, de que foi relator designado o eminente Ministro Antônio Neder, tem a seguinte ementa:

“O art. 487, § 1º, da CLT, e a contribuição previdenciária. A falta de aviso-prévio por parte do empregador confere ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço. Se o empregador não cumpre essa obrigação de avisar o empregado de que vai dissolver o vínculo contratual, nasce para ele a obrigação de pagar ao outro os salários correspondentes ao prazo do aviso; ou, melhor, aquela obrigação de fazer se transforma em obrigação de pagar, isto porque o omitir-se o empregador no dar o aviso causa prejuízo ao empregado, pois a omissão retira deste o tempo necessário à procura de outro emprego; daí o caráter indenizatório da referida obrigação, donde não haver como incidir sobre o seu *quantum* a contribuição previdenciária” (Acórdão publicado na Audiência de 11-3-71).

Ora, a Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, estabeleceu, em seu art. 2º, *verbis*:

“Art. 2º — Para os fins previstos nesta Lei, todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada

empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos artigos 457 a 458 da CLT.”

A seu turno, o Regulamento da Lei nº 5.107, expedido pelo Decreto nº .. 59.820, de 20-12-1966, consignou, em seu art. 9º, *verbis*:

“Art. 9º — As empresas ficam obrigadas a depositar, até o último dia de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não consideradas, segundo os artigos 457 e 458 da CLT, como integrantes da remuneração do empregado, e incluída a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº .. 4.749, de 12 de agosto de 1965.”

Dessa maneira, não se revestindo o *quantum* pago, a título de aviso-prévio, na forma do art. 487, § 1º, da CLT, de caráter salarial ou remuneratório, e também não estando mencionado nos arts. 457 e 458, da CLT, força é não considerá-lo parcela componente da importância sobre a qual incidirá o percentual de 8% a ser depositado.

Nesta parte, portanto, entendo que a segurança concedida deve manter-se.

Quanto às horas extraordinárias, pagas aos empregados, cumpre, também, por primeiro, examinar sua natureza.

Do exame dos arts. 58, 59 e seu § 1º e 61, § 2º, todos da CLT, verifica-se, desde logo, o inequívoco caráter salarial das horas suplementares de duração da jornada de trabalho.

Assim, o § 1º, do art. 59 predito reza, *verbis*:

“Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da

remuneração da hora suplementar que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.”

À sua vez, o § 2º, do art. 61 mencionado dispõe:

“Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previsto neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de doze horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.”

Há, sem dúvida, aí, definida contraprestação por trabalho prestado.

Referentemente à questão ora proposta, o Ministro Arnaldo Sussekind, em trabalho que apresentou no Seminário sobre Aspectos Jurídicos do FGTS, realizado em Brasília, de 11 a 14 de março de 1968, por cópia, às fls. 65/68, sustentou, *verbis*:

“Para se concluir se os depósitos mensais devem ou não incidir sobre os adicionais percebidos pelo empregado como contraprestação do trabalho prestado em horas extraordinárias, cumpre apenas pesquisar a natureza jurídica desses proventos, verificando, à luz dos arts. 457 a 458 da CLT, se constituem remuneração. Na hipótese afirmativa, a incidência resulta da lei.

Ora, não é preciso invocar as lições da doutrina para afirmar-se a natureza remuneratória, e mesmo salarial, dos proventos pagos pelo empregador ao empregado como contraprestação do trabalho extraordinário, seja ele prestado em virtude do acordo escrito individual ou contrato coletivo, seja em cumprimento a ato unilateral do empre-

gador nas hipóteses permitidas pela lei. Difícil seria, isto sim, transcrever pronunciamentos doutrinários em sentido contrário. É que os adicionais correspondentes ao pagamento do trabalho extraordinário constituem sobre salário, isto é, parcelas suplementares do salário ajustado no contrato, remuneratórias dos serviços prestados após a jornada normal de trabalho. E é o próprio art. 457, da CLT, que impõe essa conclusão, ao conceituar como salário o que for “devido e pago pelo empregador como contraprestação de serviço”. Por conseguinte, é o art. 457 da Consolidação, ao qual se referem o art. 2º da Lei nº 5.107 e art. 9º do seu Regulamento, que impõe a Natureza Salarial dos proventos atinentes às horas extraordinárias, sobre os quais devem, assim, incidir os depósitos para o FGTS, independentemente da duração do trabalho suplementar.

Aliás, a quase totalidade dos juristas que têm escrito sobre a legislação reguladora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço chegou à mesma conclusão.

Escreve, a respeito, o ilustre Professor Luiz José de Mesquita, que “ninguém jamais contestou, nem é possível contestar, que o pagamento adicional, por horas extras trabalhadas, seja uma verdadeira, legítima e autêntica remuneração paga”. E conclui: “sempre que a remuneração aumentar (horas extras, adicionais de insalubridade, de periculosidade, etc.) ou diminuir (faltas injustificadas, horas ou dias não trabalhados), o desconto de 8% para o FGTS será sobre a quantia efetivamente paga como remuneração, excluídas as importâncias, em dinheiro ou em espécie, que não

são e não podem ser salário ou remuneração, tais como a ajuda de custo, as diárias, os vestuários, os equipamentos, etc., conforme o teor dos artigos 457 e 458 da CLT” (*Legislação do Trabalho*, 1967, págs. 30/31).

Desse pronunciamento não discrepa o emérito Juiz do Trabalho Aluysio Sampaio: “Tanto a Lei nº 5.107, em seu art. 2º, como o Decreto nº 59.820, em seu art. 9º, determinam que o desconto de 8% incida sobre a remuneração paga no mês anterior. Note-se: paga e não devida. Nem tão pouco determina que a incidência se dê sobre um montante fixo de salário mensal. Assim, o valor da importância a ser depositada varia conforme o valor da remuneração do empregado no mês a que se refira. Em consequência, se o empregado faltar ao serviço, o valor da importância a ser depositada diminuirá. Se trabalhar horas extras, tal valor se elevará. É que a Lei nº 5.107 não manda que a incidência se faça de maneira fixa, sobre a remuneração devida pela jornada normal de trabalho do empregado, no mês, mas sobre aquela que for efetivamente paga. Dúvida, pois, não pode haver de que a incidência da percentagem se dá sobre as horas extras” (*Legislação do Trabalho*, 1967, págs. . . . 400/1).

Em outro prazo, refutando argumentos dos que sustentam a não inclusão das horas extraordinárias no conceito de remuneração, para os fins do art. 2º, da Lei nº 5.107, registra o mesmo eminente especialista em Direito do Trabalho:

“Já vimos que a retribuição das horas extraordinárias representa salário, motivo por que não é válido, *data venia*, o primeiro argumento,

porquanto o art. 457 da CLT refere precípua e basicamente a salário. Daí a exegese adequadamente explicitada no art. 9º do Regulamento, em virtude da qual os depósitos só não incidem sobre as parcelas não conceituadas como remuneração ou salário pelos artigos 457 e 458 da Consolidação.”

De outra parte, registro relevante à correta exegese do art. 2º, da Lei nº 5.107, e do art. 9º, de seu Regulamento baixado com o Decreto nº 59.820, de 20-12-1966, fez o ilustre Ministro Arnaldo Sussekind, no trabalho focalizado, ao traçar a distinção entre o regime jurídico do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em conformidade com a Lei nº 5.107/1966, e o previsto na CLT, nestes termos:

“Por seu turno, parece inquestionável que a Lei nº 5.107 instituiu um novo regime jurídico para vigorar paralelamente ao estatuído na CLT, a ser aplicado mediante opção do empregado, sistema que consagra, a respeito da cessação do contrato de trabalho, normas inteiramente diversas das estipuladas na Consolidação.

Nenhuma pertinência tem, no novo sistema, a alusão aos critérios de cálculo de indenização fixados no art. 478 da CLT, posto que o optante faz jus, qualquer que seja a causa da cessação da relação de emprego, ao crédito constituído pelos depósitos acumulados em seu nome, enquanto que no regime consolidado o empregado tem direito à indenização somente se a rescisão contratual for atribuída à responsabilidade objetiva do empregador.”

.....
Ora, o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, contrapondo-se ao sistema da CLT no to-

cante aos efeitos da cessação do contrato de trabalho, prevê a possibilidade do empregado levantar os depósitos não só na rescisão contratual de sua iniciativa, como na extinção do contrato em virtude de sua aposentadoria ou morte e até na rescisão, com justa causa, por ato do empregador. A diversidade entre os dois regimes é de tal monta que a própria Constituição de 1967, ao enumerar os direitos sociais, preceitua:

“Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”. (Constituição Federal, art. 165, inciso XIII).

Afigura-se-nos, por isto, incontroverso que o crédito assegurado ao empregado pela Lei nº 5.107, resultante dos depósitos compulsórios feitos em seu nome, em conta vinculada, no curso de contrato de trabalho, se esteia na teoria do salário diferido, que parece ter sido arquitetado para explicar o novo sistema criado pela legislação brasileira. Este vigora concomitantemente ao adotado na CLT, sendo nítida, profunda e indistigável, tal como evidenciamos, a distinção entre os dois regimes jurídicos.

Sem relevo, portanto, para o exame do tema em foco, qualquer alusão ao art. 478 da CLT ou aos critérios de cálculo da indenização nele previstos, de vez que o crédito do empregado optante decorrente dos depósitos feitos em seu nome não se confunde com a indenização pela rescisão do contrato de trabalho de que trata a Consolidação.

“Cabe ponderar, ainda, que, além da diversidade da natureza jurídica dos precitados títulos, o crédito acumulado no FGTS corresponde a

parcelas proporcionais à remuneração efetivamente paga ao empregado no curso da relação de emprego, enquanto que a indenização prescrita na CLT equivale à maior remuneração percebida pelo empregado multiplicada pelo número de anos de serviço.

Por isto, nenhuma adequação tem, na aplicação do art. 2º, da Lei nº 5.107, a jurisprudência firmada sobre a interpretação do art. 477 da CLT, segundo a qual a base para o cálculo da indenização é a maior remuneração normal que o empregado haja percebido, considerado como tal o sobre-salário das horas extraordinárias habitualmente prestadas e não o do trabalho suplementar episodicamente realizado. Essa orientação jurisprudencial foi construída para evitar que o excesso do trabalho extraordinário num determinado mês pudesse elevar a base do cálculo da indenização, ampliando exageradamente o seu valor pela multiplicação dessa "maior remuneração" pelo número de anos de serviço. Tal situação, porém, não poderá ocorrer com o empregado optante, porque o crédito a que tem direito corresponde, como já acen tuamos repetidas vezes, à soma dos depósitos proporcionais à remuneração que lhe foi paga durante a relação empregatícia.

Finalmente, convém recordar que o fato de ser a indenização do empregado não optante calculada de acordo com o estipulado na CLT não exime o empregador de promover o depósito de 8% da remuneração efetivamente paga, inclusive a título de horas extraordinárias não habituais. Isto porque, além da lei sublinhar que a obrigação patronal é a mesma, quer se trate de empregado optante ou não, o empregador

poderá levantar o saldo da conta individualizada, se o seu valor superar ao da indenização devida; terá o direito ao total dos respectivos depósitos se não tiver de indenizar o empregado; terá, enfim, a obrigação de complementar a importância depositada se esta for inferior à indenização fixada nos arts. 477 e 478 da CLT.

Em conclusão: os depósitos mensais para o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço correspondem a oito por cento da remuneração efetivamente paga, no mês anterior, ao empregado optante ou não, incidindo inclusive sobre os proventos pagos pela prestação de trabalho extraordinário, ainda que sem caráter habitual. Estão excluídas da incidência dos depósitos apenas as parcelas não conceituadas como remuneração pelos arts. 457 e 458 da CLT.

.....

Há um facho, com luz clara e penetrante, emanada do novo sistema, que deve orientar todo processo de hermenêutica dos seus dispositivos: o direito do empregado ao crédito constituído pelos respectivos depósitos ao invés do direito à indenização por despedida sem justa causa. Pelo sistema da CLT, a obrigação de indenizar o empregado, na rescisão do contrato de trabalho, se funda, segundo a maioria dos doutrinadores, na teoria do risco, que impõe a responsabilidade objetiva do empregador desde que inexistia justa causa para a despedida, ou, conforme o caso, na teoria do abuso de direito, quando o direito potestativo de despedida é exercida de forma abusiva ou anti-social. Muitos autores, porém, principalmente na Itália, procuraram explicar a natureza jurídica da indeniza-

ção, não mais pela teoria alemã do risco ou pela francesa do abuso de direito, mas pela teoria do crédito, segundo a qual o ressarcimento devido pela despedida do empregado representa um salário diferido, correspondente a parcelas de salários hipoteticamente descontados no curso da relação de emprego e pagas no momento de terminação do contrato (conforme Mario Deveali, *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., pág. 353; Luigi de Litala, *Il Contratto di Lavoro*, 3ª ed., pág. 476; Peretti-Criva, *Il Rapporto do Impiego Privato*, 3ª ed., pág. 298 e segs.; Ernesto Krotoschin, *Instituciones del Derecho del Trabajo*, 1947, pág. 426)."

Convém, ainda, a esse propósito, notar que mereceu a tese do eminente Ministro Arnaldo Sussekind a aprovação de ilustres juristas, então presentes ao dito Seminário, cabendo destacar, dentre outros, os ilustres Ministros Luiz Roberto Pusch, Ary Campista, Geraldo Starling Soares.

Nessa oportunidade, debatendo a questão, sinalou o então Juiz Presidente do colendo TRT, da 4ª Região, hoje Ministro do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, recentemente nomeado, o ilustre professor gaúcho Carlos Alberto Barata Silva:

"Sr. Presidente, não encontro possibilidade de excluir as horas extras do conceito de remuneração. Por mais que se procure, dentro da doutrina, não é possível negar o caráter remuneratório da hora extraordinária." (*apud publicação do BNH sobre o Seminário*, 1971, págs. 15/16).

Esse entendimento, de outra parte, vem sendo consagrado no Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, ainda em recentes decisões.

Nos Embargos em Recurso de Revista nº 2.446/69, julgados a 25-11-1970, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho afirmou, no acórdão: Tranquilo o entendimento de que incide o recolhimento para o Fundo de Garantia também sobre horas extras" (*in D.O.*, Guanabara, Parte III, ed. de 14-12-1970).

O eminente Ministro Mozart Victor Russomano, à sua vez, no julgamento de Recurso de Revista - TST nº 1.3770/70, destacou, em seu voto, *verbis*:

"A interpretação dada ao art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, pelas decisões proferidas nas instâncias ordinárias, parte do pressuposto de que as horas extraordinárias têm notória natureza salarial e, por isso, estão, implicitamente, contidas nas parcelas mencionadas no art. 457, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na verdade, assim é. Se dúvida perdurasse, o art. 9º, do Decreto nº 59.820, de dezembro de 1966, que regulamentou a Lei nº 5.107, afastaria a controvérsia.

Nem se diga que o regulamento ultrapassou a lei: ao contrário, limitou-se a esclarecê-la. Por outras palavras, o regulamentador repetiu, com detalhes, o conceito geral que o legislador consignara no seu texto.

Ainda em recentíssima decisão, de 4 de agosto do ano em curso, por unanimidade, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho confirmou essa jurisprudência, ao julgar os Embargos no Recurso de Revista nº 2.072/70, em acórdão assim ementado:

"As contribuições para o FGTS incidem sobre as horas extras, ainda que não sejam habituais. Aplicação do art. 2º, da Lei nº 5.107, de

13 de setembro de 1966 e do seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 20 de dezembro do mesmo ano.” (in D.J. de 14-9-1971).

Nesse aresto, reitera o colendo TST a doutrina vitoriosa no Seminário sobre “Aspectos Jurídicos do FGTS”, antes mencionada, e que resultou de teste apresentada pelo eminentíssimo mestre em Direito do Trabalho, Ministro Arnaldo Sussekind.

Dessa sorte, consagrado, na doutrina e jurisprudência especializada, o caráter salarial dos adicionais correspondentes a horas extraordinárias de trabalho, eis que parcelas suplementares do salário ajustado e retribuições de serviços prestados, após a jornada normal de trabalho, não há como deixar de incluir as quantias a esse título pagas aos empregados, cada mês ou quando isso ocorrer, no montante da remuneração com base na qual há de incidir o percentual de 8% a ser depositado, *ut art. 2º, da Lei nº 5.107/1966*.

Do exposto, nesta parte, a decisão recorrida é de reformar-se.

Assim sendo, dou provimento, em parte, aos recursos, para confirmar apenas parcialmente a sentença concessiva da segurança, cassando-a no que concerne à incidência do percentual de 8% sobre horas extraordinárias (*Lei nº 5.107/66, art. 2º*).

Voto

O Sr. *Ministro Márcio Ribeiro*: Quanto à primeira parte, sobre aviso prévio, já havia me conformado com a decisão do Plenário, contra a minha opinião pessoal.

Quanto às horas extras, ficou perfeitamente demonstrado que se trata de remuneração de trabalho e, portanto, sobre elas deveria incidir a prestação de fundo de garantia.

No mérito, estou de acordo com o Relator. Nada tenho a aditar ao brilhantíssimo voto de S. Exa.

Voto

O Sr. *Ministro Esdras Gueiros*: Sr. Presidente.

Também acompanho a conclusão do voto do eminente Ministro Relator porque, no tocante à primeira parte, isto é, à questão do aviso prévio como não integrante do salário, tive oportunidade de, quando do julgamento dos embargos referidos no voto de V. Exa., acompanhar o voto vencedor, do Relator então designado, que foi o Sr. Min. Antônio Neder. Mais convencido fiquei ainda após o pedido de vista de S. Exa., o Sr. Min. Néri da Silveira, que trouxe voto bem elaborado sobre a matéria.

Já no tocante a horas extraordinárias, tenho tido oportunidade de julgar outros casos neste Tribunal, aplicando exatamente a jurisprudência já vitoriosa não só nos Tribunais Regionais, mas, principalmente, no Superior Tribunal do Trabalho, sempre no sentido de que as contribuições incidem sobre as horas extras.

Estou de acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, foram recusadas as preliminares de nulidade da sentença e do processo, e, no mérito, deu-se provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Usou da palavra pelo INPS o Dr. Helladio Toledo Monteiro, pelo Agravado o Dr. Gustavo de Barros Barreto e pela União o Dr. Firmino Ferreira Paz. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 69.508 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henoch Reis

Requerente — Estera Malka Bass Scheiner

Requerido — O Ex.mo Sr. Juiz Federal da 3ª Vara

EMENTA

Denega-se a segurança se o autor não demonstra ser titular de direito subjetivo, e, muito menos, de direito líquido e certo.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, conhecer e indeferir o mandado de segurança, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1971. — Armando Rollemberg, Presidente; Henoch Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Estera Bass Scheiner requer a presente segurança contra despacho do MM. Dr. Juiz Federal da 3.ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, alegando, em resumo, o seguinte: a impetrante responde a processo-crime perante esse Juízo, o que motivou pedido de *habeas corpus*, com fundamento de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal. Pediu, no mesmo requerimento, liberação da mercadoria apreendida e mandada a leilão público. Argumenta que, ainda que a sentença fosse condenatória, a mercadoria teria de lhe ser restituída, uma vez que a condenação só acarreta a perda da mercadoria cujo fabrico, uso, detenção ou porte constitua fato ilícito. Os objetos apreendidos nos dois *containers* foram adquiridos licitamente pela requerente, na França; não são produtos de crime, e nem auferidos com a prática de fato criminoso.

Lembra que, ao apreciar o Agravo Regimental n.º 4.857, este Tribunal, acompanhando o voto do Min. Cunha Mello, concluiu que se tratava, na hipótese, de importação irregular, e não de contrabando, fato que tornou a matéria preclusa, insuscetível de denúncia sobre o assunto. Declara que o Judiciário tem entendido ser inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de impostos. E conclui:

“Tendo sido marcado o próximo dia 23 para realização do leilão da mercadoria pertencente à impetrante, é esta para requerer a V. Exa. se digne determinar a suspensão liminar do leilão anunciado, concedendo-se a segurança para que a impetrante possa reaver o que lhe pertence, mediante o pagamento dos direitos fiscais, e mais o que for pertinente”.

Sendo-me distribuídos os autos, exarei despacho deferindo a liminar, porque entendi que se tratava da hipótese do item II do art. 7º, da Lei n.º 1.533, de 1951, e solicitei informações ao digno Dr. Juiz impetrado, que mas prestou do modo que passo a resumir:

No dia 28 de novembro de 1967, por volta das 8:50 horas, agentes do imposto aduaneiro surpreenderam, já na rua, ou seja, na parte externa do Armazém de Bagagem, dois caminhões em atitude suspeita, os quais já se aprestavam a deixar o local, conduzindo cada um deles um *container*, ambos de alumínio, ainda com seus lacres íntegros, o que de-

monstra que não tinham sido examinados pela Alfândega, quando de seu desembarque, presumindo-se que se tratava de fraude.

Abertos esses *containers*, em ato presidido por autoridade competente, verificou-se a existência de fundos falsos, numa operação de descaminho, vulgarmente denominada "canguru": à vista apenas algum mobiliário usado, e por detrás, desobstruída, uma parede falsa, com cerca de um bilhão, em cruzeiros velhos, de perfumes franceses. Já nas primeiras diligências verificara-se a falsificação de documentos aduaneiros, que efetivamente demonstravam a ocorrência de fraude na liberação da mercadoria, que foi então apreendida.

Lembra que a ora impetrante tentou a liberação dessas mercadorias na esfera administrativa, tendo, para tanto, requerido vários mandados de segurança, todos denegados. Assinala que a mercadoria liberanda encontrava-se apreendida judicialmente, à disposição daquele Juízo, e compõe o *corpus delicti* no feito principal que corre pela 3.^a Vara.

Após estas explicações, passa o digno Magistrado a defender a legalidade do ato impugnado, esclarecendo que se trata de mercadorias facilmente deterioráveis, justificando-se perfeitamente o leilão, nos termos do § 5º, do art. 120, do Código de Processo Penal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em bem lançado parecer, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Vale aqui um esclarecimento para melhor situar a controvérsia dos presentes autos.

Em 1968, surgindo dúvidas quanto à licitude da trazida das mercadorias que constituem o objeto deste processo, a ora impetrante requereu mandado de segu-

rança contra ato das autoridades fiscais, pleiteando ditas mercadorias. Obteve êxito na primeira instância.

Inconformada, requereu a União Federal fosse sustada a execução da sentença, e o eminente Min. Oscar Saraiva, que à época presidia este Egrégio Tribunal, com a prudência, a cultura e sabedoria que todos lhe reconhecíamos, deferiu o pedido, o que motivou interposição de Agravo Regimental, que foi provido.

Subindo os autos a esta instância, e sendo-me distribuídos, dei provimento aos recursos interpostos para cassar a segurança, no que fui acompanhado por meus ilustres colegas. E assim decidiu a Turma por entender que ainda havia muitos pontos obscuros, que precisavam ser esclarecidos através de provas, incompatíveis em ação de mandado de segurança.

Nesse ínterim, foi a ora impetrante denunciada pela Procuradoria da República, juntamente com outro, como incursos nas penas dos arts. 334, 297, § 1º, 304, 299, 25, combinado com o art. 51 *caput* do Código Penal, tendo ela, então, impetrado *habeas corpus*, o qual foi denegado unanimemente pela Egrégia Primeira Turma, em sessão de 29-10-69.

Voltou D. Estera Scheiner a requerer nova ordem de *habeas corpus*, com os mesmos fundamentos, apresentando, todavia, um elemento novo, para inquirar de inepta a denúncia, por ausência de corpo de delito, como elemento indispensável para o procedimento criminal, no caso de contrabando ou descaminho.

Fui Relator deste segundo *habeas corpus*, e deneguei-o, sendo acompanhado unanimemente pela Egrégia Terceira Turma.

Com estas explicações, passo a analisar os pontos em que se apóia a segurança, assim resumido:

a) Os objetos apreendidos foram adquiridos licitamente na França pela im-

petrante; não são, portanto, produto de crime, e nem auferidos com a prática de ato criminoso;

b) Este Tribunal, ao dar provimento ao Agravo Regimental contra o ato do seu Presidente, que suspendera a execução da sentença de primeira instância, concessiva da segurança, concluiu que se tratava de importação irregular, e não de contrabando ou descaminho;

c) Ainda que a sentença a ser proferida na ação criminal, que corre contra a impetrante, fosse condenatória, mesmo assim a mercadoria apreendida teria de lhe ser restituída, uma vez que a condenação só acarreta a perda de mercadoria, cujo fabrico, uso, detenção ou porte constitua fato criminoso.

As alegações da requerente, *data venia*, não encontram alicerce nos processos que transitaram por este Tribunal, os dois pedidos de *habeas corpus* e os agravos em mandado de segurança, todos denegados à unanimidade, pelo que existem dúvidas quanto à licitude da entrada das mercadorias no território nacional.

Por outro lado, ao prover o Agravo Regimental do art. 45 do seu Regimento Interno, este Tribunal não concluiu definitivamente pela concessão do *mandamus*, apenas suspendeu sua execução, até final exame e decisão por uma de suas Turmas, dos recursos interpostos à sentença.

Ademais, a mercadoria liberanda encontra-se apreendida judicialmente, e compõe o *corpus delicti* do feito principal, segundo informa o Dr. Juiz da 3.^a Vara, por onde corre a ação penal contra a requerente, e está à disposição daquele Juízo, até desfecho do processo. E aponta, o ilustre magistrado, em apoio a esse entendimento, o Acórdão proferido por esta Corte, nos Agravos de Instrumentos números 25.751 e 25.785, de São Paulo, assim ementados:

“Contrabando. Situação dos bens em caso de processo fiscal, criminal

e civil simultâneos. Aplicação dos arts. 11, 118 e 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal.”

“Em caso de contrabando, devem as mercadorias, de acordo com os arts. 11 e 118 a 124 do Código de Processo Penal, e art. 74, n^o II, do Código Penal, ficar à disposição do juízo criminal, sem prejuízo, porém, do procedimento administrativo para definição das sanções fiscais, embora com indisponibilidade das coisas apreendidas, até que a sentença se pronuncie em definitivo”.

Quanto ao leilão das mercadorias apreendidas, está ele escorado no dispositivo do § 5^o, do art. 120, do Código de Processo Penal, que abre uma exceção quando se trata de coisas facilmente deterioráveis, como no caso dos autos, em que os laudos periciais, aceitos pelo Dr. Juiz, consideram essas mercadorias “facilmente deterioráveis”.

Observa ainda o Dr. Juiz em suas informações de fls. 69 *usque* 75:

“Registre-se, ainda, que em caso de absolvição, o produto auferido com o leiloamento após o requerimento necessário, será entregue à ré, ora impetrante, descontando-se as taxas e multas alfandegárias, já que ela própria proclama ter realizado uma importação irregular, e, em caso de condenação, reverterá em benefício da União, nos precisos termos da alínea *b*, do inciso II, do art. 74 da Carta Penal vigente”.

Srs. Ministros, estou fazendo estas longas considerações em torno do presente mandado de segurança, o que não é do meu feitio, em homenagem ao ilustre Dr. Advogado da impetrante, que tantas vezes tem procurado este Tribunal para defender os interesses de sua constituente.

Bastaria, no entanto, para indeferir o pedido ora formulado, considerar que

nos dois requerimentos de *habeas corpus*, impetrados pela ora suplicante, não se reconheceu a falta de justa causa alegada para o procedimento criminal. Se fora admitida, desapareceria o ilícito penal atribuído à impetrante, tornando-se, desta sorte, líquido e certo seu direito à liberação das aludidas mercadorias.

Tal, porém, não ocorreu.

Entendo que não existe direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante, indefiro a segurança, cassando a liminar.

É meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, conheceu-se e indeferiu-se o mandado de segurança. Impedido o Sr. Min. Jarbas Nobre. Os Srs. Mins. Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Usou da palavra o Sr. Dr. Firmino Ferreira Paz, Subprocurador-Geral da República. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 20.879 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Esdras Gueiros

Revisor — O Ex.mo. Sr. Min. Henocho Reis

Recorrente — Juízo dos Feitos da Fazenda Pública, *ex officio*

Apelante — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Apelados — Augusto Antônio Magnato e sua mulher

EMENTA

Desapropriação. DNER *versus* Augusto Antônio Magnato e sua mulher. Adoção, pela sentença, dos valores da indenização apurados pelo laudo do perito do Juízo, com o qual concordou integralmente o Assistente-técnico dos expropriados. Dispensa, pelo Juízo, de audiência de testemunhas, face ao caráter eminentemente técnico dos laudos periciais, na espécie. Agravo no auto do processo e seu desprovemento. Honorários advocatícios razoavelmente arbitrados em 5% sobre a diferença entre o preço oferecido e o fixado na sentença. Honorários do perito oficial, também razoavelmente arbitrados em 5% sobre o valor da indenização. Aplicação, *ex officio*, da correção monetária, a partir do laudo de avaliação adotado pela sentença. Lei nº 4.686, de 1965, e jurisprudência já pacífica dos Tribunais Superiores sobre essa aplicação. Desprovemento dos recursos, para confirmação da sentença. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos recursos e determinar a aplicação da correção monetária a partir da vigência da Lei nº 4.686,

de 21-6-65, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Esdras Gueiros* (Relator): O DNER ajuizou ação ordinária de desapropriação contra Augusto Antônio Magnato e sua mulher, obtendo imissão de posse *initio litis* no imóvel objeto da expropriação, representado pelo lote nº 18 do quarteirão 134 do Bairro Dom Bosco, em Belo Horizonte, no qual se acham construídas uma casa e outras benfeitorias, imóvel esse declarado de utilidade pública para a execução do trecho integrante da Rodovia BR-31 (Belo Horizonte - Vitória), tendo oferecido, como indenização, a importância de Cr\$ 154.473,50 (V. inicial, fls. 3).

A vista da alegada urgência, e após regular depósito da quantia oferecida na Agência do Banco do Brasil em Belo Horizonte (fls. 9), foi deferida a imissão de posse. Citados os réus, apresentaram contestação às fls. 18/20, impugnando o preço oferecido, enquanto estimaram o seu pedido em Cr\$ 420.000,00, protestando por perícia. Foram devidamente nomeados e compromissados o perito oficial e os assistentes das partes. O Assistente-técnico do DNER, Dr. Hélio Chagas Ribeiro, apresentou seu laudo às fls. 451/467, estimando em . . . Cr\$ 187.327,00 o valor da indenização. O perito do Juízo, Dr. Dolor Gomes Nogueira, apresentou seu laudo às fls. 493/495, estimando em Cr\$ 307.200,00 o valor do imóvel e benfeitorias, laudo com o qual concordou o Assistente-técnico dos expropriados, Dr. Clóvis dos Santos Pereira (V. fls. 495, *fine*).

Realizada a audiência de instrução e julgamento (fls. 503/504), dispensou o Juiz a ouvida de testemunhas, alegando que se tratava de matéria dependente apenas da perícia dos técnicos, tendo os expropriados, em face disso, interposto agravo no auto do processo, tomado por termo às fls. 505.

Final, proferiu sentença o digno Juiz Dr. Antônio Noronha, às fls. 509/510,

na qual, depois de analisar algumas deficiências dos laudos, adotou o do perito do Juízo, no valor de Cr\$ 307.200,00, condenando ainda o DNER ao pagamento de custas, honorários advocatícios de 5% sobre a diferença entre a oferta e o valor da indenização, bem como os honorários do perito oficial em 5%.

Inconformado, apelou o expropriante com as razões de fls. 514/516. Contra-razões do expropriado às fls. 524.

Nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer às fls. 533, pedindo o provimento do recurso para que a indenização seja ajustada aos valores contidos no laudo de fls. 493, e também a redução dos honorários advocatícios.

Estudados os autos, encaminhei-os ao eminente Sr. Ministro Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o relatório.

Voto

O Sr. *Min. Esdras Gueiros* (Relator): Sr. Presidente. Preliminarmente, temos de apreciar o agravo no auto do processo, interposto pelos expropriados na audiência de instrução (termo às fls. 505), por inconformados com a negativa do Juízo em ouvir testemunhas, alegando sua desnecessidade em face do caráter técnico da perícia, para apuração dos reais valores da indenização, através dos laudos dos expertos compromissados nos autos.

Nenhum prejuízo, a nosso ver, trouxe para os expropriados-agravantes a não audiência de testemunhas que pretendia fossem ouvidas na audiência de instrução, pois a matéria, como salientou o douto Juiz, é de natureza eminentemente técnica, podendo os valores reais da indenização ser apurados através dos laudos periciais, como realmente o foram. Basta acentuar que o próprio Assistente-técnico dos expropria-

dos, Dr. Clóvis Santos Pereira, subscreveu sem qualquer restrição o laudo pericial do técnico do Juízo, como se vê às fls. 496, *in fine*. Isto vem demonstrar que, além da perícia técnica, nenhuma utilidade poderia ter qualquer prova testemunhal na espécie.

Nego, assim, provimento ao agravo no auto do processo.

Quanto ao mérito, entendo que a respeitável sentença de fls. 509/510, da lavra do digno Juiz, Dr. Antônio Noronha, merece integral confirmação, pelos seus próprios fundamentos.

Apesar de tecer alguns comentários sobre omissões constantes dos laudos apresentados, inclusive do perito oficial, resolveu o honrado Juiz fixar-se neste último laudo, assim se expressando:

“No entretanto, em que pesem tais omissões, e como não é lícito ao Juiz deixar de decidir, tenho, pois, como os mais condizentes com a realidade e, portanto, como os mais justos, os valores constantes do laudo do perito oficial, pois que, em verdade, há muito estão superados os valores da indenização constantes do laudo do Assistente do expropriante, dada a crescente valorização dos bens imóveis, tanto mais que, no caso, se trata de imóvel situado nesta Capital, como ademais pelo crescente aviltamento da moeda. Assim sendo, adotando-o, julgo procedente a presente ação, para condenar, como condenado tenho, o expropriante DNER a pagar ao expropriado, Augusto Antônio Magnato a importância de Cr\$ 307.200,00. Condeno mais o expropriante ao pagamento das custas de processo, dos honorários advocatícios na base de 5% sobre o valor da diferença, e também os honorários do perito oficial, igualmente arbitrados em 5%, mas estes sobre o total da indenização”.

Aí estão as conclusões da sentença. Não encontro razões para modificá-la, pois sempre tenho entendido que o Juiz local — a não ser em casos excepcionais de decisão contrária ao justo valor dos bens expropriados — é sempre mais identificado com as condições de valorização dos imóveis que integram a região sob sua jurisdição, mais do que nós que apreciamos a matéria a distância. É evidente que, normalmente, está o Juiz da causa, na Primeira Instância, necessariamente mais habilitado a encontrar o justo valor para a indenização, no cotejo entre os diferentes laudos porventura apresentados.

Apenas acrescentaria ao julgado, por aplicação *ex officio*, a correção monetária prevista na Lei nº 4.686, de 1965, a contar da data do laudo do perito oficial, que é de 6 de dezembro de 1960 (v. fls. 496), laudo com o qual concordou integralmente o Assistente-técnico do expropriado. Sobre a aplicação da correção monetária, mesmo de ofício, já se tornou tranqüila a jurisprudência, tanto do nosso Tribunal como do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Nego, assim, provimento aos recursos para confirmar a sentença, com a aplicação da correção monetária já acima referida.

É o meu voto.

VOTO (RETIFICAÇÃO, EM PARTE)

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Pela ordem. Quanto à aplicação da correção monetária, desejo fazer uma retificação ao meu voto.

É que, quando redigi o voto nesta apelação, ainda não havia surgido a recente Lei nº 5.670, de 2 de junho deste ano, cujo art. 1º declara que “a correção monetária não recairá, em qualquer caso, sobre período anterior à data em que tenha entrado em vigor a lei que a instituiu”, que foi a Lei nº 4.686, de 1965.

E o art. 2º do novo diploma legal determina sua aplicação "aos processos pendentes, inclusive as liquidações de sentenças, ainda não transitadas em julgado".

Assim, ao invés de incidir a correção a contar da data do laudo de avaliação, como disse no meu voto, deverá ela ser aplicada a partir da data da vigência da lei que a instituiu, isto é, a data da Lei nº 4.686, de 21-6-1965.

Fica, assim, retificado o meu voto nessa parte sobre a correção monetária.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negaram provimento aos recursos e determinaram a aplicação da correção monetária a partir da vigência da Lei nº 4.686, de 21-6-65. Os Srs. Mins. Henoch Reis e José Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 22.090 — BA

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Embargantes — União Federal e Juventino Pereira da Silva e sua esposa

Embargados — Os mesmos

EMENTA

Responsabilidade civil. Danos causados por obras públicas. Os danos causados por obras públicas são indenizáveis, sendo invocável a responsabilidade objetiva do Estado. Não se deduz da indenização a valorização trazida ao imóvel pelas obras realizadas, das quais resultem danos. Beneficiando a valorização toda uma zona, não será possível exigir somente dos proprietários dos imóveis atingidos pelas obras, que participem de seu custeio, através de redução da indenização a que têm direito, devendo ser cobrada de todos os beneficiados, por meio de "contribuição de melhoria".

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

Acordam os Ministros que compõem o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em não conhecer dos embargos dos autores e rejeitar os da União Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Ao acórdão de fls. 301,

da Terceira Turma, cuja ementa declara,

"Indenização. Danos causados por obras públicas de saneamento. Não é justo que, pela realização de obras públicas que beneficiam a todos, determinado cidadão fique especialmente prejudicado".

foram opostos embargos, pela União Federal (fls. 303/304), pleiteando a sua reforma para ser restabelecida a sentença e julgada improcedente a ação, com apoio no voto vencido do Min. Cunha Mello (fls. 294), que afirmou:

"A sentença de fls. 268/71 positivamente com suficiência que não havia o que ressarcir. Dúvida poderia

haver dos proprietários da Fazenda para com a União, pelo saneamento adequado dessa propriedade rural. Certo o Dr. Juiz *a quo*. Nego provimento à apelação”.

E a referida sentença assim concluíra (fls. 271):

“Dessa maneira, e porque “as obras em apreço são de caráter público, por atenderem à coletividade, . . . cujos benefícios são imediatos e conseqüentes, inclusive para os autores” (laudo citado, fls. 229), bem é de se ver que, no caso vertente, não se pode dar por ilícito o ato de Polícia Sanitária, que aproveita os próprios autores, possibilitando, como possibilitou, melhor aproveitamento do seu discutido imóvel, em conseqüência mesmo dessas obras, que ali extinguiu brejo e pântanos, consoante afirmam os peritos no precitado laudo pericial. Logo, se as discutidas obras de saneamento trouxeram prejuízos aos autores, tudo está a indicar que estes foram compensados com a valorização de seu imóvel, nos termos do Dec.-lei nº 3.672, de 1941. Em contrário, seria fomentar enriquecimento ilícito dos autores”.

Por sua vez, havendo a Turma dado provimento, em parte, à apelação dos autores para julgar procedente a ação, os votos vencedores, do Min. Márcio Ribeiro, Relator, e Esdras Gueiros, que se manifestou após pedido de vista, diante da divergência verificada, condenaram a ré a pagar uma indenização de Cr\$. . . 410,00, com juros da mora, a partir do trânsito em julgado da decisão, e honorários de advogado de 20%.

O voto do Min. Márcio Ribeiro foi o seguinte (fls. 295):

“Baseia-se a ação na obrigação das rés, União, Estado da Bahia e a Prefeitura de Salvador, de indenizar os danos causados à propriedade do

apelante, Fazenda Pituba, por obras públicas de saneamento, realizadas em virtude de um convênio entre a União e as duas entidades de direito público menores. Da drenagem local e dragagem do riacho Chega-Negro, iniciadas em 1947, resultaram prejuízos que uma vistoria, realizada em 1952 (fls. 61, 69 e 83 dos autos), e repetida em 1960, para atualização de valores, materialmente constatou. Em resumo, são os seguintes: necessidade de construção de uma ponte de cimento armado, em virtude da destruição de uma de madeira, que servia à Fazenda dos autores: NCr\$ 1.000,00, danos efetivos por terem as terras dos autores se tornado passagem obrigatória de todo o tráfego de Brotas a Armação: NCr\$ 10,00; terraplenagem determinada pelo excessivo acúmulo de areias e detritos nas margens do riacho: NCr\$ 400,00. A sentença, entretanto, por considerar esses prejuízos como compensados pela valorização que as obras de saneamento trouxeram ao imóvel, julgou improcedente a ação. Creio que, pela destruição da pequena ponte de madeira, indenizar os autores e só eles com o valor de uma ponte de cimento armado não tem cabimento. A ponte desaparecida servia ao público em geral e era obra provisória. A outra, que teria o mesmo destino, deverá ser construída quando for julgada necessária pela administração, não como decorrência do dano de que se queixam os autores. Já quanto à necessidade de aplanar o terreno, e quanto aos danos efetivos apurados por ter o terreno se tornado passagem forçada em virtude de obras, é direito destes obter o respectivo ressarcimento. Não seria justo que, pela realização de obras públicas, que beneficiam a todos, um determinado cidadão ficasse especialmente prejudicado, pois disto re-

sultaria terem sido os encargos públicos distribuídos desigualmente (Vide Savatier — *T. de la Responsabilité Civile*, vol. 1, nº 436). Por outro lado, o ponto de vista da sentença, sem qualquer apoio na prova, resultou na aplicação de uma contribuição de melhoria evidentemente excessiva e aplicada em desconformidade com a lei e a Constituição, só contra os autores. Dou, pois, provimento parcial aos recursos para, julgando como julgo, procedente a ação, condenar as rés a pagar às autoras a importância de NCr\$ 410,00 (quatrocentos e dez cruzeiros novos), com juros legais da mora a partir do trânsito em julgado do Acórdão e honorários de advogado de vinte por cento”.

E o Min. Esdras Gueiros afirmou (fls. 298/299):

“Estudei os autos, tendo chegado à conclusão de que merece reforma, embora parcial, a respeitável sentença da Primeira Instância. Vê-se que apenas prestigiou ela os inegáveis benefícios trazidos à propriedade “Pituba”, dos apelantes, com as obras de drenagem e saneamento contra a malária, feitas pelo Departamento Nacional de Obras de Saneamento, no rio Camorogibe, também chamado Chega-Negro, que corta aquela propriedade. Todavia, entendo que a alegação de que as obras trouxeram benefícios às terras dos autores não exime a autoridade pública da obrigação de compor os prejuízos que em verdade causou com a realização daquelas obras. Dentre os diversos prejuízos assinalados, e verificados em perícia constante dos autos, pode-se mencionar a vexatória ocupação da propriedade, perturbando o livre trânsito dos que nela têm seu interesse, isto durante cinco longos anos, pois os trabalhos, iniciados em 1947, só foram

concluídos no ano de 1952; a ocupação de grande parte das margens do rio que corta a propriedade, por amontoados de terra, com interrupção do acesso de um para o outro lado do mesmo rio; a derrubada de uma ponte, na estrada de Brotas-Armação, que durante os mesmos cinco anos trouxe enorme prejuízo de tráfego para a Fazenda dos autores, ponte essa somente reconstruída em 1952, ao término das obras; depreciação e furtos na propriedade, consequente do trânsito de estranhos, durante a ocupação da Fazenda pelo pessoal das obras, e por estranhos. Há, portanto, danos a indenizar. E não seria lícito que a autoridade pública, a título de fazer obras de benefício, com a realização delas viesse a causar prejuízos, como causou na hipótese, e pretendesse depois fugir de reparar o dano causado. Com estas considerações, e *data venia* do eminente Ministro Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Revisor para dar provimento, em parte, à apelação, nos termos do seu voto”.

Inconformados, os autores ofereceram também embargos ao acórdão (fls. . . . 307/314), nos quais assim concluem, após desenvolverem considerações sobre a matéria (fls. 314):

“Segundo as conclusões exaradas no v. acórdão embargado (fls. . . . 295/296, vol. 2): 1) ocorreu ato ilícito, que se precisa segundo o descrito na inicial (fls. 2/3v., vol. 1, ver também acórdão de fls. 289/301, volume 2); 2) os prejuízos resultantes foram aqueles constatados através de vistoria e reconhecidos pela Fazenda Nacional (fls. 61/63 e . . . 69/73, vol. 1); 3) por conseguinte, a fim de que a decisão citada atenda integralmente ao seu propósito de fazer justiça, propiciando reparação cabal na forma da lei e juris-

prudência, deverá o aresto expressamente mencionar o ressarcimento conseqüente dos fatos reconhecidos, confessados e judicialmente ratificados, nessa forma: a) além das perdas e danos é mister positivar ainda os lucros cessantes; b) fixação do *quantum* de honorários advocatícios já estimados no v. acórdão, e 20% sobre o total da condenação, e pagamento das custas judiciais; c) a alta do custo de vida permite a invocação da correção monetária, o que já vem sendo autorizado pela jurisprudência apontada”.

Foram os embargos da União impugnados pelos autores (fls. 318/323), que sustentaram ser a responsabilidade do Estado objetiva, de acordo com o art. 194 da Constituição de 1946, mantido pela atual Constituição, invocando os ensinamentos de Caio Tácito e Helly Lopes Meirelles e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não excluindo a reparação dos danos causados, a licitude das obras realizadas, e que a valorização invocada não decorreu exclusivamente das aludidas obras, além de que dita valorização pode dar lugar à contribuição de melhoria, não podendo ser objeto de compensação, não só por ilíquida como porque se trata de dívida fiscal, e também não houve reconvenção, aliás, inadmissível, segundo afirmam, por força do art. 192, IV e VI, do C.P.C., pois deve ser a mesma cobrada por executivo fiscal.

A União Federal, por sua vez, impugnou os embargos dos autores (fls. 325), quando alegou não os comportar o acórdão embargado, pedindo o seu não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Rejeito os embargos da União Federal.

Os danos causados na execução de obra pública terão que ser indenizados, não obstante a licitude desta.

Neste sentido é a doutrina, citando os autores-embargados o ensinamento de Caio Tácito (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 55, pág. 262), que a propósito afirma:

“Diante do preceito constitucional, a responsabilidade da Administração pelos danos da obra pública ao particular surge só de fato lesivo da construção, sem necessidade de se comprovar a culpa do Poder Público ou de agentes e auxiliares, bastando que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o dano suportado. Essa orientação assenta na Justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário público, repare o dano individual causado pela construção”.

É também o que sustenta Helly Lopes Meirelles, igualmente citado na impugnação oferecida aos embargos da União, *verbis*:

“Pelos danos causados pela obra pública a terceiros responde a entidade administrativa, que a executa ou ordena a sua execução. É a regra geral inferida do art. 194 da Constituição Federal vigente, que estabelece para as pessoas de direito público interno a responsabilidade civil objetiva e absoluta pelos atos lesivos de seus agentes” (*in Rev. Dir. Administrativo*, vol. 62/16).

Por outro lado, constitui matéria hoje pacífica, a responsabilidade objetiva do Estado, pelos danos causados, e em face do art. 194 da Constituição de 1946, vigente à época dos fatos, já era de ser

reconhecida, apesar de algumas divergências (RTJ., vol. 47, pág. 378), e assim foi proclamado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 68.107 (Rel. Min. Thompson Flores, RTJ., vol. 55, pág. 50), quando ficou declarado que o art. 194, da Constituição de 1946, repetido pelos arts. 105 e 107, das Constituições de 1967 e 1969, consagrou a responsabilidade objetiva, acolhendo a teoria do “risco temperado”.

Inegável, pois, a obrigação de indenizar a União Federal os danos resultantes da realização das obras, na propriedade dos autores.

Quanto à valorização decorrente das mencionadas obras, a ser atendida na fixação do valor da indenização, não assiste razão aos autores-embargados, quando pretendem estar a compensação excluída pela iliquidez desta valorização, conforme o art. 1.010 do Código Civil, e pela natureza fiscal do crédito, que constituiria “contribuição de melhoria” a ser cobrada por executivo fiscal (Cód. Civil, art. 1.017, e art. 37 do Decreto-lei 960, de 1938).

O que pretende a União Federal, porém, é que na fixação do valor dos danos seja atendida a valorização aludida, decorrente das próprias obras, o que afasta a aplicação dos dispositivos legais mencionados, estando em causa apenas o critério que deverá presidir à fixação da indenização, consistindo o prejuízo efetivo, a ser reparado, na diferença entre os diversos danos sofridos e a valorização obtida, não se tratando da verdadeira “compensação”, disciplinada nos arts. 1.009 e 1.024 do Código Civil.

Ocorre, outrossim, que não há dívida fiscal constituída, pois não foi utilizada a faculdade de cobrança de “contribuição de melhoria”.

Para tanto também não se exige reconvenção, pela mesma razão, em se tratando de simples avaliação dos danos a serem reparados.

Não considero, porém, admissível a pretendida dedução, do valor dos danos, de valorização trazida ao imóvel, pelas mesmas obras, que os determinaram.

Realmente, se houve uma valorização, beneficiou toda a zona, não haverá como exigir somente dos proprietários dos imóveis atingidos pelas obras que participem do seu custeio indiretamente, mediante redução da indenização a que têm direito.

Esta valorização terá que ser cobrada de todos os beneficiados, segundo o sistema da “contribuição de melhoria”.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao proclamar que os prejuízos causados na execução de obras não pode ser compensada a valorização decorrente das mesmas (RTJ, vol. 43, pág. 451),

Quanto aos embargos dos autores, deles não conheço.

Julgada improcedente a ação, em Primeira Instância, a Terceira Turma, pelo acórdão embargado, reformou a sentença e concedeu indenização, contra o voto do Min. Cunha Mello, que confirmava a improcedência.

Não podem, em consequência, os autores embargar o acórdão, para pleitear maior indenização, o que não lhes foi concedido por qualquer dos votos proferidos no julgamento da apelação, sendo assim os embargos incabíveis.

Nessas condições, rejeito os embargos da União Federal, e não conheço os dos autores.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Revisor): Sr. Presidente, do estudo das provas constantes dos autos chego à mesma conclusão a que aportou o Sr. Ministro Relator.

Por isso, não conheço dos embargos dos autores e rejeito os da União Federal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, não se conheceu dos embargos dos autores e rejeitou-se os da União Federal. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Es-

dras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.467 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Esdras Gueiros

Embargante — Maria Augusta Moraes

Embargada — União Federal

EMENTA

Responsabilidade Civil do Estado — CF/69, art. 107. Militar que perece afogado durante exercício de guerra, em consequência de ordem precipitada e imprudente do sargento. Procedência da ação de ressarcimento ajuizada pela mãe do afogado, da qual era ele o arrimo.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, receber os embargos, de conformidade com as notas taquigráficas precedentes, que fazem parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de agosto de 1971 — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Márcio Ribeiro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Trata-se de ação ordinária ajuizada por Maria Augusta Moraes, com apoio no art. 194 da CF/46, afim de obter ressarcimento consequente à morte de seu filho e arrimo, Francisco Moraes, o qual, durante exercício militar, faleceu afogado em uma lagoa, em consequência de ordem dada pelo 1º Sargento Hilton de Oliveira, do Tiro de Guerra de Divinópolis.

A ação foi julgada improcedente pelo Juiz, Dr. Jorge Fontana (fls. 66/68).

No julgamento da apelação, os Ministros Godoy Ilha, Relator, e Jorge Lafayette Guimarães, vogal, negaram provimento ao recurso.

Divergiu o Revisor, Min. Armando Rollemberg que concedeu à autora uma pensão progressiva correspondente à metade do salário-mínimo vigente.

Para que prevaleça esse voto, a autora manifestou os embargos infringentes de fls. 95/101, os quais, liminarmente recebidos, estão impugnados às fls. 106, pela douta Subprocuradoria-Geral da República.

Como complemento, passo a ler os votos e relatório da Apelação (fls. 84, 87, 88 e 90).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): A prova de que a vítima era arrimo da autora está feita, por meio de atestação do honrado Dr. José Lopes Ribeiro, então Juiz de Divinópolis. Nada consta em contrário.

Acresce que, nas famílias modestas, cuja economia é atendida por todos os seus componentes, a perda de qualquer deles representa prejuízo.

Quanto à culpa do preposto da União, está fartamente provada, nos depoimentos incontestes, como admitiu o voto vencido.

A primeira testemunha, militar da reserva remunerada, residente em Divinópolis, foi a única que não se referiu à ordem do sargento.

Esclarece, porém, detalhe importante ao dizer:

“... que a conclusão que o depoente chegou foi que o atirador que morreu afogado devia ter qualquer deficiência mental, ou não raciocinava cousa alguma, pois não se podia conceber que uma pessoa que não soubesse nadar fosse entrando em uma lagoa suja e sem tomar pé; ...”

As demais testemunhas todas referem-se à profundidade da lagoa e à imprudente ordem do sargento para que fosse atravessada, como obstáculo, pelos seus subordinados, “todos devidamente equipados”.

Transcreva-se o essencial do depoimento de cada uma.

Alvimar Joaquim de Souza (fls. 57 e v.):

“... que a educação física deve ter demorado umas duas horas, que depois da educação física, os atiradores fazem uma instrução denominada “maneabilidade”; que dita instrução consiste em corridas de campos, rastejos, conhecimento do terreno; que durante a instrução o sargento Hilton de Oliveira mandou que os atiradores da turma “A” e da qual fazia parte Francisco de Moraes, atravessassem a lagoa que fica no bairro Interlagos, esclarecendo que mandou que os ati-

radores atravessassem uma das lagoas do bairro Interlagos, pois no local existem outras lagoas; que o depoente também fazia parte da turma “A”; que, com a ordem do sargento Hilton os atiradores começaram a atravessar a lagoa e, logo que Francisco de Moraes atravessou a lagoa ele afogou; que com o afogamento de Francisco de Moraes, os demais atiradores do grupo “A” não atravessaram a lagoa; que além de Francisco de Moraes, outros atiradores estavam também se afogando e foram salvos pelos companheiros; que Francisco de Moraes distanciou da turma e assim não pôde ser salvo pelos companheiros; que depois de decorrido uma hora e 30 minutos mais ou menos, é que foi encontrado Francisco de Moraes; que o sargento não perguntou a nenhum dos atiradores se sabiam nadar e nem tão pouco se conheciam a profundidade da lagoa onde Francisco morreu afogado. ...”

Adelino Batista Lima (fls. 58):

“... que, inicialmente, os atiradores fizeram educação física; que depois passaram a fazer maneabilidade; que esse exercício consiste em conhecer terreno atravessando obstáculos; que no começo o instrutor Hilton de Oliveira avisou aos atiradores que a mesma tinha de ser atravessada; que o sargento disse mais, que o atirador que após o exercício estivesse limpo e não tivesse molhado a roupa, que ele levaria o atirador e jogaria dentro da mesma lagoa; que, iniciado o exercício, o mesmo teve prosseguimento até às proximidades de uma lagoa do bairro Interlagos; que o depoente não sabia nadar direito, e por este motivo resolveu pular no meio do barro; que alguns atiradores pularam no barro e outros pularam dentro da lagoa, todos devidamen-

te equipados; que, de oito a dez atiradores que não sabiam nadar direito começaram a afogar e foram salvos por outros atiradores; que, infelizmente, quando os atiradores tentaram salvar Francisco já era tarde, pois o mesmo já havia afogado e desaparecido dentro da lagoa; ...”

Abílio Guimarães Neto (fls. 58 v.):

“... que nesse dia iniciaram os exercícios sob as ordens do sargento Hilton de Oliveira; que começaram inicialmente com a instrução física; que terminada a instrução, teve exercício de maneabilidade; que esses exercícios é de correr, rastejar, atravessar obstáculos etc.; que o sargento disse que todos os atiradores da turma “A”, da qual ele era instrutor teriam que atravessar uma das lagoas do bairro Interlagos; que quando chegaram à lagoa foi formada a fila indiana; que Francisco de Moraes era o terceiro da fila; que o depoente era o primeiro e Antônio Silva Miqueline era o segundo; que o sargento ordenou que todos atravessassem a lagoa; que diante desta ordem, a turma dispersou e começaram a atravessar a lagoa; que os atiradores que sabiam nadar, depois de atravessarem a lagoa ouviram gritos de alarme e constataram que vários atiradores estavam afogando; que os atiradores começaram a salvar seus colegas, mas, infelizmente, apesar de terem salvo alguns atiradores, não conseguiram salvar Francisco de Moraes e o mesmo morreu afogado e foi retirado horas depois; ...”

Como recusar esses depoimentos?

As lagoas eram várias, a escolhida profunda e suja, dissimulando o perigo.

A ordem, portanto, foi precipitada e imprudente, caracterizando, sem dúvida, a responsabilidade do proposto da Uni-

ão e, decorrentemente, a desta (Súmula 341).

Acresce que a culpa, no caso de responsabilidade civil do Estado, por ato de seus funcionários é presumida, como penso ter demonstrado em casos anteriores, com apoio nas lições de Pontes de Miranda e Helly Lopes Meirelles (AC 26.497-GB; AC 28.024-BA).

Recebo, pois, os embargos, nos termos do voto vencido.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor):
Sr. Presidente.

Ao fazer a revisão destes embargos convenci-me do acerto do voto vencido, proferido às fls. 88 pelo eminente Sr. Ministro Armando Rollemberg, então Revisor no julgamento da Apelação.

Na verdade, como bem o acentuou o Min. Rollemberg, resultou provado nos autos que o Sargento Instrutor do Tiro de Guerra sediado em Divinópolis, determinara aos atiradores sob seu comando que atravessassem a Lagoa de Interlagos, próxima àquela cidade, tendo então ocorrido que, em cumprimento dessa ordem, veio a morrer afogado o filho da autora, ora embargante. Resulta evidente, portanto, a responsabilidade da União no caso, face ao disposto no art. 194 da Constituição de 1946, e ainda do art. 105 da nova Constituição.

Data venia dos votos majoritários na apelação, estou com o voto vencido.

Recebo os embargos, nos termos daquele voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Revisor recebendo os embargos, adiou-se o julgamento em virtude de pedido de vista do Sr. Min. Moacir Catunda, aguardando os Srs.

Mins. Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Godoy Ilha e Amarílio Benjamin. Não compareceu à Sessão o Sr. Min. Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Min. Moacir Catunda: A morte do atirador, em razão de asfixia por afogamento, durante a instrução, foi participada pelo Capitão Delegado do Recrutamento, ao Chefe da Circunscrição do Recrutamento com jurisdição sobre o Tiro de Guerra de Divinópolis (fls. 16).

As testemunhas inquiridas mencionam, sem discrepância, a ordem do Sargento Instrutor aos atiradores da Turma "A", da qual a vítima fazia parte, para que atravessassem uma das lagoas existentes no bairro de Interlagos, nos arredores da cidade.

Uma das testemunhas, mais incisa, relatou ter o instrutor dito que o atirador que estivesse limpo e de roupa enxuta, após o exercício, seria jogado por ele dentro da lagoa.

No que pese a ordem e a subsequente ameaça ao atirador que a descumprisse, entende-se que algum deles que não soubesse nadar, como era o caso da vítima, poderia descumpri-la, dada sua manifesta inadequação, em cotejo com os regulamentos militares que não contém preceitos absurdos.

A ameaça de ser jogado à água, que o sargento teria feito, não se mostrava em condições de obnubilar o senso do atirador de sorte a transformá-lo num autômato, nas mãos do instrutor, sem condições de discernir entre o banho, com roupa e tudo, e a morte, por afogamento.

Tratando-se de ordem manifestamente absurda, podia ser descumprida, sem conseqüência danosa à vida ou à saúde da vítima.

Data venia dos que pensam em sentido contrário, o processo não oferece elementos capazes de caracterizar a culpa do sargento, preposto da ré, pelo que o meu voto é rejeitando os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins: Sr. Presidente. *Data venia* do Sr. Ministro Moacir Catunda, parece-me que o atirador se jogou nágua com medo do sargento.

Tenho, pois, que a culpa pela morte do atirador cabe ao Sargento-Chefe do Pelotão, que agiu imprudentemente.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente. Tomei parte no julgamento da apelação, quando pedi vista, e, examinando o conjunto de provas dos autos, cheguei à conclusão de que houve, na realidade, má compreensão, de parte da vítima, da ordem que o sargento teria dado. Do conjunto de provas e fatos é que resultou este meu entendimento. Daí haver acompanhado o voto do Min. Godoy Ilha.

Mantendo o voto então proferido, rejeito os embargos, acompanhando o Min. Moacir Catunda.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Mins. Moacir Catunda, Jorge Lafayette Guimarães e Godoy Ilha, receberam-se os embargos. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros, Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre e Amarílio Benjamin, votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.590 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Relator designado — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente de Ofício — Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública

Apelante — União Federal

Apelado — Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Limitada

EMENTA

Concorrência pública. Edital eivado de vícios insanáveis, por isso que infringente de normas legais inscritas no Código de Contabilidade Pública. Contrato não aperfeiçoado face à recusa do registro necessário pelo Tribunal de Contas. Hipótese em que, ilegal o ato, se impõe o julgamento pela nulidade da concorrência e improcedência da ação.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de junho de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Adoto como relatório a parte expositiva do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, onde a matéria dos autos foi resumida com fidelidade e clareza.

É a seguinte:

“Por edital publicado no *Diário Oficial* de 23 de junho de 1963 foi aberta concorrência pública pela Diretoria de Aeronáutica para a instalação e exploração, na Estação de Passageiros do Aeroporto Santos Dumont, na Guanabara, dos serviços de café e refrigerantes.

2. Entre as condições estabelecidas no referido Edital constava a cláusula II, parágrafo único, *verbis*:

“De acordo com o despacho do Sr. Ministro da Aeronáutica, data de 20 de novembro de 1961, com fundamento no artigo setecentos e cinquenta e cinco (755) do Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, a firma Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Ltda., atual exploradora dos serviços de café e refrigerantes na Estação de Passageiros do Aeroporto Santos Dumont, Estado da Guanabara, terá preferência sobre os demais concorrentes para a adjudicação do negócio objeto do presente edital de concorrência, desde que, como licitante presente à hasta e declarada idônea, concorde em acrescer de 5% (cinco por cento) a proposta de maior valor aceita pela Comissão” (fls. 28).

3. Pela “ata de recebimento de abertura de propostas e julgamento da idoneidade dos concorrentes à instalação e exploração de serviços de café e refrigerantes na Estação de Passageiros do Aeroporto Santos Dumont (GB)” verifica-se que das duas concorrentes consideradas idôneas, a proposta mais van-

tajosa, ou melhor, a que ofereceu maior preço pelo arrendamento foi a firma “Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Limitada”, que já vinha explorando os referidos serviços.

4. Em razão do julgamento da concorrência foi assinado “Termo de Contrato entre a Diretoria da Aeronáutica Civil e a firma “Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Ltda.”, para instalação e exploração de café e refrigerantes na Estação de Passageiros do Aeroporto Santos Dumont”, do qual constou a cláusula VIII, *verbis*:

“O presente contrato só se tornará exequível depois de registrado pelo Tribunal de Contas, não se responsabilizando o Governo por qualquer indenização se aquele instituto lhe denegar registro” (fls. 30).

5. Indo o contrato à apreciação do Tribunal de Contas, por força do art. 77, inciso III, da Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, e nos termos do próprio edital de Concorrência (Cláusula VIII, letra a, e do contrato assinado entre a Diretoria de Aeronáutica Civil e a firma “Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Ltda.”, houve por bem o Egrégio Tribunal de Contas, em sessão de 22 de julho de 1964, em “recusar registro ao aludido termo, porque viciado, de maneira insanável, o processo de licitação, ante a preferência fixada no parágrafo único da cláusula II do edital de concorrência” (fls. 31).

6. Ao que se informa na petição inicial, e não foi objeto de contestação, a Diretoria da Aeronáutica Civil recorreu ao próprio Tribunal de Contas dessa sua decisão, que, no entanto, foi mantida.

7. A Diretoria de Aeronáutica, segundo se diz na contestação, ao invés de tentar obter o encaminhamento do processo, em grau de recurso, ao Congresso Nacional, nos termos do art. 77, § 1º, da Constituição então vigente, preferiu, desde logo, providenciar a abertura de nova concorrência.

8. Contra essa decisão se insurgiu a firma “Café e Bar Aeroporto Santos Dumont Limitada”, ingressando com a presente ação, visando aos objetivos expressamente declarados na petição inicial:

“a) ser, desde logo, impedida, até a sentença definitivamente passada em julgado, a realização de nova concorrência com os mesmos objetivos do tempo de contrato firmado entre a suplicante e a Diretoria de Aeronáutica Civil, como órgão do Governo Federal, e constante de documento ora junto;

b) ser ordenado o registro do mesmo termo de contrato pelo Tribunal de Contas, para os fins de direito nele previstos, julgado insubsistente o despacho que lhe recusou o registro;

c) ser condenada a suplicada nas custas e nos honorários de advogado na base de 20% do valor da causa, e demais despesas do processo”.

9. Concluída a fase probatória e a de alegações, proferiu sentença o MM. Juiz Felipe Augusto de Miranda Rosa, julgando procedente a ação, “para, anulando a decisão do Egrégio Tribunal de Contas, determinar o registro do contrato a que se refere a inicial e o seu cumprimento pela ré, a quem condeno, ainda, nas custas do processo e em honorários de advogado que arbitro em 20% (vinte por cento) do valor da causa” (fls. 159).

10. Inconformada, apelou a União Federal. Arrazoadada e contra-arrazoadada a apelação, subiram os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, onde deles se deu vista a esta Subprocuradoria-Geral da República.”

Passa a Subprocuradoria a seguir a opinar sobre o processo sustentando:

a) que ao manifestar-se sobre a legalidade dos contratos o Tribunal de Contas não exerce função judicante, sendo o seu pronunciamento elemento integrante do contrato que somente se aperfeiçoa pelo registro, podendo, por isso, ser aprovado pelo Poder Judiciário;

b) que, no caso dos autos, estabelecida que fora, expressamente, como condição para o aperfeiçoamento do contrato, a aprovação respectiva pelo Tribunal de Contas, negada esta não havia como compelir a União a cumpri-lo, sendo a autora, conseqüentemente, carecedora de ação, como o entendera, em caso idêntico, a Egrégio Terceira Turma deste Tribunal;

c) que, mesmo se ultrapassado esse obstáculo, a ação seria improcedente por ter sido o registro do contrato negado porque inserida na concorrência cláusula infringente do princípio de igualdade entre os concorrentes vedada pelo Código de Contabilidade Pública, como o entendera o Tribunal de Contas.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. O edital de concorrência para instalação e exploração de bar na Estação de Passageiros do Aeroporto Santos Dumont estabeleceu na cláusula VIII:

“Cláusula VIII — O contrato caducará de pleno direito independentemente de interpelação judicial e sem que ao concessionário assista

direito a ação para reclamar indenização, nos seguintes casos:

a) se, ressalvada a hipótese de força maior a Juízo do Diretor-Geral de Aeronáutica Civil, ou de prorrogação de prazo por este dada a exploração dos serviços não for iniciada dentro de trinta (30) dias, a contar da data do registro do contrato pelo Tribunal de Contas, ficando entendido que se esse Tribunal recusar o registro, o Governo não responderá por nenhuma indenização”.

De sua vez, no termo do contrato entre a Diretoria de Aeronáutica Civil e a autora fixou-se na Cláusula VI:

“O contrato caducará de pleno direito, independentemente de interpelação judicial e sem que ao concessionário assista direito a ação para reclamar indenização, nos seguintes casos:

a) se, ressalvada a hipótese de força maior a Juízo do Diretor-Geral de Aeronáutica Civil ou de prorrogação do prazo por este dada, a exploração dos serviços não for iniciada dentro de trinta (30) dias, a contar da data do registro do contrato pelo Tribunal de Contas, ficando entendido que se esse Tribunal recusar o registro, o Governo não responderá por nenhuma indenização”.

Ora, se nas cláusulas lidas estabeleceu-se expressamente que recusado o registro do contrato pelo Tribunal de Contas não responderia a Administração por nenhuma indenização, estava implícito que tal registro seria elemento necessário para a integração do contrato, e, portanto, negado que foi, não se aperfeiçoou a convenção.

A hipótese aplica-se, com precisão absoluta, a lição seguinte de Seabra Fagundes, invocada pela Subprocuradoria-Geral em seu parecer, sobre a função

do Tribunal de Contas ao julgar da legalidade dos contratos:

“A atribuição que então desempenha é materialmente administrativa. Apreciando aqueles atos, o que faz a corte de contas é cooperar na sua ultimateção. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação de vontade, por parte da Administração, indispensável à integração do ato. Se favorável (ordenamento do registro), o ato (e aqui a palavra é empregada em sentido genérico) se tem como perfeito (“só se reputarão perfeitos” — art. 77, § 1º) e, portanto, exequível. Se contrário, o ato se considera nenhum. Tendo por si a manifestação de vontade do agente criador, ter-lhe-á faltado, no entanto, a do órgão de controle indispensável a aperfeiçoá-lo. Como ato complexo, não chega, portanto, a ultimar-se, a ter vida jurídica. A intervenção para registro não diz definitivamente da juridicidade do ato. Di-lo apenas na fase administrativa da sua prática e condição da respectiva executoriedade” (ob. cit. pág. 158).

O contrato, portanto, não chegou a se aperfeiçoar, não havendo, conseqüentemente, como admitir-se a possibilidade de obtenção de seu cumprimento por via de ação judicial.

Com razão a Subprocuradoria-Geral quando sustentou carência de ação do autor no particular.

2. Mesmo que afastada fosse, porém, essa conclusão, e se se admitisse que a autora poderia obter do Judiciário o cumprimento de elemento necessário à formação do contrato representado pela aprovação do Tribunal de Contas, ainda assim a ação não poderia vingar por ter sido a negativa de registro assentada em correta aplicação do Código de Contabilidade Pública.

Dispondo sobre as concorrências públicas, o art. 755 do Código citado esta-

beleceu que “examinando o processo da concorrência pelo chefe da repartição ou por funcionário pelo mesmo designado, e se nenhuma irregularidade for verificada, será escolhida, salvo outras razões de preferência antecipadamente assinaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10% dos preços correntes na praça, sob pena de anulação de concorrência”.

Com apoio em tal norma incluiu-se no edital de concorrência, na cláusula II, um parágrafo assegurando preferência à autora sobre os demais concorrentes, desde que, como licitante presente à hasta, concordasse em acrescer de 5% (cinco por cento) a proposta de maior valor aceita pela comissão. O Tribunal de Contas, com razão, entendeu que a preferência assegurada em tais termos afastaria da concorrência outros licitantes, pois, por maior que fosse a oferta que fizessem, não lhes seria assegurada a adjudicação do negócio objeto do edital, com o que, de forma indireta, se frustrava a finalidade da concorrência, que era obter para a União a maior taxa de arrendamento.

A preferência, tal como estabelecida, de outro lado, contrariou os arts. 744 e 749 do Código de Contabilidade Pública.

Rezam os dispositivos referidos:

“Art. 744. É lícito ao Governo estipular uma segunda condição que no caso de absoluta igualdade entre duas propostas, com direito à melhor classificação, sirva para decidir a quem cabe a preferência”.

“Art. 749. As propostas não poderão conter senão uma fórmula de completa submissão a todas as cláusulas do edital e o preço que o proponente oferece.

Não se tomarão em consideração quaisquer ofertas de vantagens não previstas no edital de concorrência,

nem as propostas que contiverem apenas o oferecimento de uma redução sobre a proposta mais barata”.

Pelo primeiro dos artigos a preferência somente pode ser estabelecida entre duas propostas em absoluta situação de igualdade e não em favor sempre de um proponente, qualquer que seja a sua oferta, como fez o edital.

No segundo dos dispositivos vedam-se propostas que contiverem apenas o oferecimento de uma redução sobre a proposta mais barata, o que, a *contrario sensu*, no caso de concorrência em que o preço ao invés de ser pago pela União é por ela recebido, terá que ser interpretado como vedação da oferta mais alta que a maior apresentada, vedação que atinge não só os licitantes mas também a Administração no estabelecimento da preferência.

3. Por todas essas razões dou provimento aos recursos para reformar a sentença, julgar a ação improcedente e condenar o autor nas custas e em honorários de advogado de 20% sobre o valor dado à causa na inicial.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Revisor): Dou provimento para julgar improcedente a ação. A negativa de registro impediu a formação do contrato. E essa negativa estava certa. A cláusula de preferência, mesmo não exercitada, tornava nula a concorrência pelo desestímulo ao comparecimento de licitantes. Eram ponderosas, inafastáveis, as razões pelas quais o colendo Tribunal de Contas da União recusou o registro, vistas, nestes autos, no voto do Min. Pereira Lira, transcrito às fls. 32/4. Condeno a autora nas custas do processo e em honorários de advogado, estes arbitrados em 20% do valor da causa, os mesmos que a sentença carregava à União.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos deu-se provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Decio Miranda votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 25.306 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Antônio Neder

Embargante — Caixa Econômica do Estado de São Paulo

Embargado — Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo

EMENTA

Embargos de Nulidade e Infringentes. Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo. Não comprovada a ocupação de cargos privativos de Contador e Técnico de Contabilidade por funcionários da Caixa Econômica de São Paulo, nem demonstrada a exigibilidade de qualificação para cargos administrativos, impõe-se o recebimento dos embargos.

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

Decide o Tribunal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, receber os embargos, na forma do relató-

rio e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de março de 1971. — Amá-
rílio Benjamin, Presidente; Armando
Rollemberg, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Julgando ação cominatória proposta pelo Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo, o MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Nacional daquele Estado proferiu a sentença seguinte:

“1. O Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo ingressa em Juízo com a presente ação cominatória contra a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, visando a forçá-la a afastar de cargos contábeis as pessoas que, como seus funcionários, indica na inaugural. Pedia, ainda, a notificação dessas mesmas pessoas, para os termos da ação, e, como preceito, e ao mesmo tempo como sanção, queria a possibilidade de processo criminal contra os diretores que descumprissem a decisão a ser proferida.

Citada a Caixa, e notificados alguns dos funcionários, veio ela com a contestação de fls., no que foi acompanhada apenas por Sylvio Bernardo. Alegou este que já não exercia qualquer função contábil, em razão do que devia a autora ser julgada carecedora da ação contra ele.

A Caixa alegou preliminares, que o saneador entendeu dependentes de prova, e no mérito entendia não ser o caso da procedência da ação, por isso que seus funcionários, referidos na inaugural, ou não estavam mais em funções contábeis, ou já estavam aposentados. De mais disso, as funções que exerceriam não seriam dependentes da fiscalização do autor, por isso que não se enquadravam propriamente na profissão de contador ou contabilista.

Saneado o feito, e designada com anterioridade, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, sem mais provas, quando as partes debateram os autos.

É o relatório. Decido.

2. Como se verifica da inaugural, o autor pretende a cominação ali mencionada, cuja sanção seria processo criminal por desobediência à sentença que a reconhecesse.

Refoje, assim, dos próprios âmbitos da ação cominatória. De fato, a sentença que aí se profira, é a confirmação judicial do preceito. A transgressão desse, entretanto, evidentemente que não pode ser um fato configurado como crime pela legislação especial.

De outro lado, não se concebe cominatória para o fim proposto na inicial, se a função do autor é a de fiscalização, essa deve fazer-se sob pena cominada, e no próprio regulamento de suas atividades. Não tendo demonstrado essa circunstância o autor, o que lhe incumbe é, tão-só, a fiscalização e a consequente aplicação de sanções administrativas, que o regulamento lhe faculta. Sua função é administrativa, e, portanto, presumidamente legal. O abuso ou a má interpretação do texto de lei é que poderão ser objeto de apreciação judicial, sempre contudo *a posteriori*. O que não se compreenderia é que, devendo o autor interpretar e aplicar a lei, venha, desde logo, para obtenção dessa finalidade, que é sua, valer-se do Poder Judiciário, antes de exercer sua própria e específica função.

3. Pelo exposto, e pelo mais que dos autos se colhe, julgo o autor, Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, carecedor da presente ação cominatória, condenando-o nas custas.

Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos.”

O processo veio a este Tribunal e, ao ser julgado pela Egrégia Primeira Tur-

ma, assim se manifestou o Relator, Ministro Amarílio Benjamin, que ficou vencido:

“A matéria está suficientemente esclarecida e ilustrada pela palavra do eminente advogado que há pouco nos distinguiu, ocupando a tribuna, com a eloquência costumeira.

Poderia examinar detalhes de facto constantes dos autos, mas me dispensei disso porque tenho também que, até sob este aspecto, não há ensejo à menor dúvida.

Lerei as duas ou três observações em que resumi meu voto:

Admitimos que qualquer entidade de fiscalização e coordenação profissional possa propor ação para impor preceitos regulamentares, além das sanções puramente administrativas a seu alcance. No caso dos autos, entretanto, confirmamos a sentença recorrida, pela sua conclusão e conseqüências. É que a Caixa Econômica contestou o pedido, informando que as funções de contador e técnico em contabilidade são exercidas por profissionais habilitados. Esclareceu ainda que, para certos cargos, em que há atividades contábeis, ao lado dos encargos administrativos ordinários, a lei nada exige. Diante disso, o Conselho deveria demonstrar a verdadeira qualificação profissional de tais cargos e a incidência legal da especialidade do servidor. Como tal elucidação não se fez, determinar que o Dr. Juiz profira sentença sobre o mérito é puro formalismo, sem a menor utilidade. Por fim, cabe dizer que em se tratando de situação, que se renova dia a dia, o Conselho não está impedido de propor outra ação, em que complete os esclarecimentos imprescindíveis.”

Predominou no julgamento o voto seguinte do Sr. Min. Antônio Neder:

“Lamento discordar de S. Exa. o eminente Sr. Ministro Relator.

De estudo que fiz do processo formei juízo diferente do de S. Exa.

Estou em que o Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo acha-se legitimado para a causa que propôs nestes autos contra a Caixa Econômica do mesmo Estado.

Com efeito, pelo que expressa o Decreto-lei nº 9.291, de 1946, notadamente os seus artigos 2º e 10, *b* e *c*, o mencionado Conselho tem o direito de fiscalizar o exercício da profissão de contabilista, e, também, examinar as infrações dos dispositivos legais relativos ao exercício da profissão de contabilista.

As infrações dos dispositivos legais relativos ao exercício da profissão de contabilista (Decreto-lei nº 9.291, de 1946, art. 10, *b*) são quaisquer infrações, tanto as que praticam os contabilistas, quanto as que praticam outras pessoas ou entidades, privadas ou públicas, pois, do contrário, a norma se esvaziaria, a fiscalização se frustraria e o objetivo da lei ficaria contornado.

Se a lei impõe que os cargos de contabilistas, mesmo que sejam cargos públicos, sejam de verdade providos por contabilistas, óbvio é a conclusão de que os Conselhos Regionais têm o direito de promover, como de direito, o cumprimento ou execução dessa lei.

Conseqüentemente, em princípio, é de se reconhecer que tais Conselhos se acham legitimados para a causa proposta nestes autos.

A sentença recorrida partiu da premissa de que a pena pleiteada na inicial não pode ser admitida em ação cominatória por ser com ela incompatível, e, na consideração de que o regulamento do Conselho postulante não cogita de outra pena para o caso, concluiu pela carência da ação por parte do Conselho autor.

No que toca, entretanto, ao assunto, o que prevalece é o princípio do art. 303 do CPC, para o qual a pena ou é a prevista, ou é a cominada a líbito do autor, visto que não se concebe ação cominatória sem cominação de pena.

Se no caso não se previu pena, e se o Conselho autor não tem como, por lei, cominá-la, é de se admitir que a ação ficou reduzida a simples interpelação.

Mas é certo que isto deve constar da sentença, porque há direitos que emanam de tal consequência para o Conselho autor.

É o meu voto.”

A Caixa Econômica Federal de São Paulo opôs embargos de nulidade e infringentes do julgado, colimando a prevalência para o voto vencido que, admitidos, foram impugnados e obtiveram manifestação em seu favor da Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Como se viu do relatório, a sentença julgou o autor carecedor de ação, sob o fundamento de que não era admissível ação cominatória para o fim proposto na inicial. Na Egrégia Primeira Turma, entretanto, quer o voto vencido, quer os votos vencedores, entenderam diferentemente, considerando possível o

uso da ação cominatória para impor preceitos regulamentares. Enquanto, contudo, no voto vencido, o Sr. Min. Amarílio Benjamin entendeu que o autor, o Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo, não tendo provado que funcionários do réu exerciam cargos privativos de contador e técnico de contabilidade e nem demonstrado que deveria ser outra a qualificação de determinados cargos considerados administrativos pelo réu, seria inútil formalismo determinar-se que fosse proferida sentença sobre o mérito, e, por isso, negou provimento aos recursos, os votos vencedores, como explicitado no pronunciamento do Min. Antônio Neder, entenderam que a ação deveria ser considerada como simples interpelação e que da sentença deveria constar tal conclusão, razão pela qual deram provimento aos recursos.

A divergência, portanto, restringe-se à conclusão adotada pelos votos, e que vimos de indicar.

O pedido foi assim formulado na inicial:

“Pelo exposto, o Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo pede, respeitosamente, a V. Exa., que se digne determinar seja citada a Caixa Econômica Estadual em São Paulo, na pessoa do seu representante legal (Rua 15 de Novembro nº 111) para que readapte ou afaste do exercício de funções contábeis, quer efetivamente, quer em caráter de substituição, os seus funcionários Sylvio Berardo, Carlos Mani Marra, Leda Veloso Pontes, Abel Bezerra Cavalcanti, Possidônio Pinheiro, Maria das Dores Trigo Gonçalves de Alencar, Hugo Noronha, Ruth Duarte Gonçalves, Judith Noêmia Kalil e Esmerinda de Paula Ferraz, tal como foi detalhado, sob pena de se configurar a prática do crime de responsabilidade

de contra decisão judiciária por quem a descumprir, a despeito de detentor da qualidade para fazê-la respeitar.”

A leitura do pedido mostra que aí não se visou a advertir a ré quanto ao cumprimento da obrigação de somente admitir, em cargos cujas funções são privativas de Contador e Técnico de Contabilidade, funcionários detentores de habilitação adequada, e sim a execução, de logo, de obrigação quanto a funcionários determinados cujos nomes foram indicados. Ora, como esclarece Pontes de Miranda, “a interpelação apenas comunica que se exerce a pretensão; adverte o devedor; é ato do credor entre a pretensão e a ação que vai nascer da mora” (Cod. de Proc. Civil, vol. IV, pág. 289), e, portanto, se ao invés de advertência quanto ao cumprimento do Dec. lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, foi pedida a aplicação do mesmo decreto em relação a funcionários e cargos determinados, já não se estava interpelando e sim acionando, do que decorre que, não demonstrada a pretensão no caso concreto, como entendeu o voto vencido, ter-se-ia que julgar a ação improcedente.

Por me parecer ser este o entendimento mais adequado à interpretação da hipótese, voto pelo recebimento dos embargos.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Antônio Neder (Revisor): Peço vênia ao eminente Sr. Min. Armando Rollemberg para discordar.

Estou em que a solução mais justa para o caso versado nestes embargos é a que prevaleceu no respeitável acórdão

embargado, assim redigido (fls. 126/130): (lê).

Se a ação proposta nestes autos não pode prevalecer como cominatória, que ao menos a sua petição tenha a eficácia de interpelação judicial.

O princípio da economia processual nos conduz a salvar no processo tudo que nele haja de aproveitável.

Esta a orientação que prevaleceu no julgamento da apelação.

Não vejo como reformá-la neste ensejo.

Rejeito, pois, os embargos, *data venia*.

É o que voto.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda: Pedindo vênia ao Sr. Min. Armando Rollemberg, acompanho o voto do Sr. Min. Antônio Neder.

O autor baseia a ação numa afirmação negativa: os empregados da Caixa, tais e tais, não tinham diploma de contador. A Caixa era fácil provar que possuíam a habilitação. Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria, receberam-se os embargos, vencidos os Srs. Ministros Revisor, Moacir Catunda, Henoch Reis, Decio Miranda e Henrique d'Ávila. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Néri da Silveira. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros, Peçanha Martins, Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 25.389 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente de Ofício — Juízo Federal Subst. em exercício na 5ª Vara

Apelante — União Federal

Apelado — Metro Goldwyn Mayer do Brasil

EMENTA

Imposto de Renda. Distribuição e exibição, no Brasil, de películas cinematográficas produzidas no exterior. Interpretação do art. 205, letra c, do Decreto nº 58.400, de 1966, no sentido de se admitir a dedução, pelo distribuidor no País, de despesas realizadas com os filmes depois de sua entrada no território brasileiro. A receita auferida pelo distribuidor na exibição de filmes em cinemas de sua propriedade não se confunde com a receita bruta operacional. É admissível a dedução de despesas com indenizações trabalhistas, ainda que superiores aos limites legais, desde que comprovado o seu pagamento. Não são dedutíveis as provisões para devedores duvidosos, se, entidade alienígena contratualmente assumiu o risco pelas dívidas incobráveis.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento, em parte, aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 12 de outubro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. Metro Goldwyn Mayer do Brasil, filial de sociedade estrangeira autorizada a funcionar no país, propôs ação ordinária de anulação de débito fiscal contra a União.

2. Alegou que se dedica à distribuição, no território nacional, de películas cinematográficas produzidas no exterior e distribuídas pela Metro Goldwyn

International Inc., que cabe à sua matriz os direitos de distribuição no Brasil, mediante uma participação percentual calculada sobre a receita bruta produzida pelas fitas. No exercício de sua atividade no Brasil, acrescentou, é obrigado a fazer despesas, depois da chegada dos filmes, tais como fiscalização de receitas nos cinemas exibidores, comissões a subagentes distribuidores, fretes e carretos, publicidade e propaganda, material de embarque, despesas de viagem e representação e, por isso, nos exercícios de 1961, 1962, 1963, 1964 e 1965, deduziu tais despesas para efeito da fixação do lucro operacional que obteve, procedendo com o qual não concordou a autoridade fiscal, que entendeu serem elas da empresa distribuidora no exterior, isto é, a Metro Goldwyn International Inc., cuja participação está sujeita a tributação muito menor que a incidente sobre os lucros dela, autora.

Fundamentou a sua pretensão de ver anulado o lançamento fiscal no art. 205 do Decreto nº 58.400, de 1966, em cujo

texto, sustentou, vêm mencionadas as despesas que correm por conta do distribuidor no exterior, todas elas realizadas antes da entrada dos filmes no Brasil.

3. Insurgiu-se, também, contra o fato da autoridade fiscal haver instituído um lucro mínimo sobre a receita produzida pelos filmes exibidos nos cinemas de sua propriedade e computado tal parcela como lucro dela autora, quando, afirmou, nenhum texto legal autorizava tal procedimento.

4. Alegou ainda ser inaceitável o procedimento da autoridade fiscal ao impugnar e glosar:

a) verbas relativas a indenizações trabalhistas que pagara, por considerá-las excessivas;

b) despesas que deduzira do lucro bruto relativas a deságios apurados na venda de Letras do Banco do Brasil S. A., realizada para a obtenção de capital de giro;

c) fundo de provisão para devedores duvidosos;

d) indenizações pagas à Cia. de Seguros Boa Vista, conseqüentes de ajuste que com a mesma realizara para prorrogação de prazo de desocupação de prédio à mesma pertencente, cujo contrato de locação fora considerado extinto por sentença judicial.

A União contestou a ação sustentando:

a) que, na forma do Regulamento do Imposto de Renda, não havia porque entender-se serem despesas do distribuidor de filmes no exterior tão-somente as feitas até a entrada do filme no Brasil, devendo-se considerar como tal quaisquer despesas com as películas;

b) que, se das receitas produzidas pelos filmes quando exibidos por terceiros é deduzida a participação do exibidor, igual procedimento teria que ser adotado quando a exibição fosse feita em

cinema pertencente ao distribuidor no país;

c) que as despesas com o deságio na venda de Letras do Banco do Brasil S. A. foram realizadas para o efeito de remessas de participação para o exterior e, assim, em benefício da sociedade que ali tem sede;

d) que as indenizações trabalhistas não podem exceder limites estabelecidos na lei e, se pagas além dos mesmos, não podem ser deduzidas como despesas;

e) que as indenizações pagas à Cia. de Seguros Boa Vista corresponderam realmente à diferença de aluguel pela ocupação de imóvel onde funcionava o Cine Metro Passeio, relativa aos exercícios de 1957 em diante e, conseqüentemente, não poderiam ser deduzidas todas elas, a partir de 1961;

f) quanto ao fundo de provisão para devedores duvidosos, que era inaceitável no caso da autora por preverem os contratos que celebrara com os exibidores cláusulas que impedem a perda conseqüente de dívidas incobráveis.

Regularmente processada a ação, o MM. Juiz julgou-a integralmente procedente e recorreu de ofício.

A União apelou reiterando as razões da contestação, o recurso foi contrarrazoado e, pelo provimento, opinou a Subprocuradoria-Geral.

Nesta instância a autora pediu a juntada de documentos que deferimos para que se fizesse por linha.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. Como se viu do relatório várias são as questões suscitadas no processo. Examinêmo-las separadamente.

2. Dedução, pelo distribuidor no País, de despesas realizadas com os filmes depois de chegarem ao Brasil.

A autora arremou a ação, nesta parte, no art. 205, letra c, do Decreto nº 58.400, de 1966, do teor seguinte:

“Art. 205 — Na determinação do lucro operacional da distribuição, no território brasileiro, de películas cinematográficas estrangeiras, serão observadas as seguintes normas (Lei nº 4.506, art. 70):

- a)
- b)

c) não serão admitidas como custos ou despesas do distribuidor, no país, as despesas com as películas cinematográficas, inclusive as de frete, direitos aduaneiros, taxas de censura ou fiscalização, cópias e material de propaganda, as quais correrão por conta da participação dos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior.”

Sustentou que, da redação do dispositivo, resultava claro que as despesas do distribuidor no exterior são tão-somente as realizadas até o ingresso do filme no País.

Essa interpretação veio a ser vitoriosa no âmbito da própria administração, como demonstra o documento que se acha junto aos autos por linha, no qual respondendo a consulta formulada pelo Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas no Estado da Guanabara, a Coordenação do Sistema de Tributação admitiu que as despesas relacionadas com a distribuição do filme no Brasil, salvo as relativas a registro do nome do filme no Departamento de Propriedade Industrial e Biblioteca Nacional e as de custo do material de propaganda não ocorrido no território nacional, podem ser deduzidas pelo distribuidor no País.

A questão, assim, perde relevância e não há por que alterar-se a sentença nesta parte.

3. Arbitramento de lucro mínimo relativo à exibição de filmes em cinemas pertencentes à autora.

É inegável que assiste razão à autoridade lançadora, quando sustenta que se deverá considerar renda do distribuidor no País uma percentagem sobre a receita auferida na exibição de filmes em cinemas de sua propriedade.

Dispôs o art. 205, do Decreto nº 58.400, de 1966:

“Art. 205 — Na determinação do lucro operacional da distribuição, no território brasileiro, de películas cinematográficas estrangeiras, serão observadas as seguintes normas (Lei nº 4.506, art. 70):

a) considera-se receita bruta operacional a obtida na atividade de distribuição, excluída, quando for o caso, a parcela do resultado correspondente ao setor de exibição;

b) os custos ou despesas operacionais correspondentes à participação, a qualquer título, dos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, não poderão ultrapassar de:

I — 70% (setenta por cento) da receita bruta produzida pelas fitas comuns; e

II — 80% (oitenta por cento) da receita bruta produzida pelas superprodução, limitadas estas a 12 (doze) em cada ano, em relação a cada produtor ou distribuidor.”

O exame da norma mostra que para a determinação da receita bruta operacional considera-se os resultados de cada filme dos quais é deduzida a parcela correspondente ao setor de exibição.

No caso de cinemas pertencentes à autora, portanto, essa parcela terá que ser abatida da receita bruta do filme e considerada como receita sua, na forma porque o entendeu a autoridade lança-

dora, tanto mais quanto o distribuidor no Brasil é pessoa jurídica diversa da do distribuidor no exterior e, procedendo-se como fez a autora, o lucro pela exibição seria creditado a este último que efetivamente nada tem a ver com os cinemas.

Nesta parte, portanto, a sentença deve ser reformada.

4. Deságio apurado na venda de Letras do Banco do Brasil S. A.

A propósito, na resposta à consulta a que antes fizemos referência e que se encontra junta aos autos por linha, a autoridade administrativa adotou o entendimento sustentado pela autora e, assim, não há porque deixar de confirmar a sentença quando entendeu dedutíveis as despesas aludidas.

5. Excesso no pagamento de indenizações trabalhistas.

Comprovado o pagamento das indenizações não é possível deixar de considerar-se serem dedutíveis as parcelas respectivas, pois a lei não impede que, atendendo conveniência da empresa, esta pague indenizações maiores que as normais a seus empregados.

6. Provisões para devedores duvidosos.

Nesta parte tenho como exatos os argumentos da autoridade fiscal, assim expostas:

“A reclamante apóia sua pretensão alegando:

7.1 — Que a impugnação da verba acima funda-se no fato de existir, entre a reclamante e a féria do exibidor que lhe fornece a película cinematográfica, contrato no qual se estipula que a reclamante terá o direito de deduzir as perdas decorrentes de dívidas incobráveis. Daí concluir a fiscalização que a reclamante não corre risco, relativamente a seu credor, o que tornaria a formação de uma provisão para o

eventual não recebimento das mesmas;

7.2 — Que em seus esclarecimentos, mostrou a reclamante que a lei do imposto de renda só afasta a possibilidade de formar-se a provisão para devedores duvidosos, quando o crédito seja amparado por garantia real ou quando haja venda com reserva de domínio, o que na hipótese vertente não se tratava de qualquer das duas formalidades de garantia, mas de garantia puramente pessoal;

12.3 — Que, ademais, a cláusula contratual possibilita a transferência, para a empresa do exterior, da perda na liquidação de dívidas ativas da reclamante, quando tais perdas ocorrerem por se terem as dívidas tornado, de fato, incobráveis;

Que ela há de fazer tudo o que estiver a seu alcance para cobrá-la, sob pena de a empresa do exterior não aceitar a responsabilidade assumida, por não haver a reclamante diligenciado no sentido de fazer valer seus direitos contra o devedor faltoso;

12.4 — Que a provisão é feita para o eventual não pagamento dentro do exercício em que ela se faz. Assim poderá haver sua formação anual até que, vencida não seja a dívida efetivamente paga e, baldados os esforços da credora (ora reclamante), possa então ela transferir à outra contratante (empresa do exterior) o montante da perda”.

A reclamante parte do pressuposto de que a provisão para devedores duvidosos é feita para cobrir as dívidas ativas não pagas no vencimento e quando este ocorre no exercício em que feita a provisão.

Evidentemente, labora em erro. A dívida só é levada à conta de lucros e perdas, através da provisão,

quando ela é julgada incobrável, ou seja, quando esgotados todos os meios normais para a cobrança da mesma.

Não cabe, portanto, a presunção de que a provisão suporte o débito até que, julgada incobrável a dívida, seja a mesma transferida à entidade no Exterior que, contratualmente, suporta esses prejuízos.

A admissão da provisão, entre as parcelas dedutíveis para fins do imposto de renda subordina-se à existência do risco para a empresa, o que não ocorre no caso, em que o risco é da entidade alienígena.

Nem outra é a sistemática de nossa lei fiscal. Veja-se a propósito o § 8º, do art. 186, do Decreto nº 58.400, de 10-5-66, que determina que a dedução da cota de depreciação cabe ao contribuinte que suporta o encargo econômico do desgaste ou obsolescência do bem. Não há dedução para constituição de provisão se não há encargo a suportar nos fins a que se destina a provisão.”

As razões lidas bastam para concluir-se pela improcedência da ação nesta parte.

7. Indenizações pagas à Cia. de Seguros Boa Vista.

Sustenta a autora a propósito:

“2.6.1 — Pretende a ré impugnar a dedutibilidade dos pagamentos feitos à Companhia de Seguros Boa Vista, locadora do imóvel e pertencentes onde funcionava o Cine Metro Passeio, por entender que, constituindo aluguel do referido imóvel, teriam que ter sido apropriados aos exercícios durante os quais se mantivera a locação. Ocorre, todavia, que, por sentença passada em julgado e prolatada pelo Exmº Sr. Dr. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível desta Cidade, foi dado por extinto o vínculo locatício existente entre

a Autora (locatária) e a Companhia de Seguros Boa Vista (locadora). Assim, nos termos do art. 25 do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, foi assinado à Autora o prazo de 180 dias para desocupar o imóvel objeto da extinta locação. Em vista da impossibilidade da desocupação se realizar dentro do prazo fixado pelo Juízo, acordaram as partes em distendê-lo, recebendo tal acordo ratificação judicial. Pelo uso do imóvel e dos móveis que o guarneciam ficou a Autora obrigada a indenizar a locadora, o que fez, segundo recibos já apresentados à ré, quando do pedido de esclarecimentos iniciais. Tratando-se de indenização e não propriamente de aluguel, deve a despesa respectiva correr à conta do exercício em que efetivamente realizada.”

A autoridade contesta tais alegações afirmando:

“O procedimento fiscal encarou o pagamento feito com cobertura pela ocupação do imóvel, não sendo, pois, de interesse para o deslinde da controvérsia a diferença de conceituação da despesa mencionada no item 6.2 das razões da reclamante.

11.3 — Ao contrário do que supõe a reclamante, há regra legal que obriga a apropriação da despesa nos anos base a que se refere, quando se trata da dedução da mesma para fins do imposto de renda.”

A propósito, e para esclarecimento do procedimento fiscal, no caso, transcreve-se, a seguir, os itens 8.2 e 8.3 da apreciação de fls., feita por ocasião da prestação de esclarecimento.

“8.2 — Os dois recibos juntos aos autos (fls. 182 e 183) falam em ressarcimento pela locação e em indenização pela ocupação, o 1º, datado

de 27-1-64, assinala que se refere o pagamento ao período de 5-1-1957 e 7-9-1961 e confirma “que a partir de 8 de setembro de 1961 a ocupação não acarretará qualquer direito a indenização”, além de acenar que a Cia. Boa Vista nada mais tem a receber ou reclamar quanto a aludida ocupação. O 2º recibo, de Cr\$ 25.500,00, datado de 15-10-1964, se refere a pagamento em ressarcimento pela ocupação de imóvel até essa data, o que torna o pagamento como uma liberalidade face a quitação constante do recibo referente ao 1º pagamento.

8.3 — A fiscalização, tendo presente o fato de que a autuada ocupou o imóvel com seu Cine Metro Passeio até a data de sua extinção, acolheu a despesa como diferença de aluguel pela referida ocupação, no período indicado no recibo, e, assim, impugnou, por ilegítimos a esse título, a despesa referente aos anos de 1957, 1958 e parte de 1959 por se referirem a exercícios anteriores e já alcançados pela decadência do direito do exame fiscal. Foi um procedimento benigno porque, a rigor, no exercício de 1965, não seria dedutível parcela alguma dessa despesa do exercício anterior.”

Não foram trazidos aos autos elementos que possibilitem a verificação das afirmações feitas pela autora e contestados pela autoridade.

Não há, assim, como julgar-se a ação procedente nesta parte.

8. Meu voto, portanto, é provendo parcialmente os recursos de ofício e da União, para julgar a ação improcedente quando à anulação da glosa das parcelas da receita provenientes de exibição

de filmes em cinemas da autora (item 2.2 da inicial), da provisão para devedores duvidosos (item 2.5. da inicial) e das indenizações pagas à Cia. de Seguros Boa Vista (item 2.6. da inicial).

Dou provimento aos recursos, também, para determinar o pagamento proporcionalmente de custas e honorários de advogado, por ter havido sucumbência parcial de ambas as partes e mantido, quanto aos últimos, o percentual fixado na sentença.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Revisor): A interpretação do art. 205, letra c, do Decreto nº 58.400, de 10-5-66, deve levar em conta, primordialmente, a cláusula “despesas com as películas estrangeiras”, que domina o texto. Não são despesas para a distribuição ou exibição das películas, senão aquelas que dizem respeito à disponibilidade das películas para distribuição no País.

Neste ponto, que é o principal da causa, decidi acertadamente a douda sentença do Juiz Federal Dr. Américo Luz, que nesta parte confirmo, pelos seus fundamentos.

Nos demais pontos, minhas notas coincidem com a solução indicada pelo voto do Sr. Ministro Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento, em parte, aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 25.695 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Godoy Ilha

Relator designado — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Apelante — Hela Fanny Kather

Apelada — União Federal

EMENTA

Concurso Público. Prova de Direito Comercial. Inadequação dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Está sujeita à apreciação do Judiciário qualquer lesão a direitos (art. 153, § 4º, da Constituição).

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Revisor, vencido o Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de junho de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): Alegando que se submeteu a concurso realizado pelo DASP e que não logrou a nota mínima exigida na prova de Direito Comercial, a autora acionou a União Federal, insurgindo-se contra o critério de correção de algumas das questões formuladas, que, a seu ver, são de natureza controvertida, não permitindo uma resposta única.

Processado o pedido, a União Federal manifestou-se contrariamente à ação, sustentando que nas provas tipo “testes”, as respostas são intencionalmente postas com idéias assemelhadas para aferir a segurança do candidato, e que, além

do mais, já obtivera a autora revisão de prova, tendo o mesmo resultado.

A bem fundamentada sentença de fls. 52v./54 julgou improcedente a ação, ressaltando o descabimento da pretensão por envolver o mérito do ato administrativo e a falta de amparo legal.

Irresignada, apelou a autora com as longas razões de fls. 56/63, contra-arrazoadas às fls. 67.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República pede a confirmação da decisão recorrida (fls. 71/72).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. *Godoy Ilha*: Gritante a improcedência da ação, em que a apelante pretende, por decreto judicial, a sua aprovação no concurso a que se submeteu e que não logrou classificação, mediante o reexame das provas pelo Judiciário.

Salientou o ilustrado Julgador *a quo*, o Dr. Renato Machado, que a pretensão da A. envolve o próprio mérito do ato administrativo, que refoge ao controle jurisdicional. Justo ou injusto, contém-se o ato administrativo no poder discricionário da administração. Só a sua ile-

galidade sujeita-se ao exame do poder judiciário.

Não deixou, todavia, a sentença de acentuar que, mesmo sob o aspecto da injustiça em que teria incorrido a banca examinadora, não procediam as increpações da autora, posto que erradas as soluções dada pela examinada às questões propostas.

Nego provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Revisor): 1. Impõe-se, no presente julgamento, examinar-se, preliminarmente, a extensão da ação do Poder Judiciário na apreciação dos resultados dos concursos.

Entendem alguns que ao Judiciário somente é dado apreciar a legalidade da constituição das bancas examinadoras, enquanto outros, como Helly Lopes Meireles, afirmam que o controle judicial se estende aos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 370), o que importa em considerar ser possível a análise do acerto total ou parcial das respostas indicadas como gabarito e, conseqüentemente, das apresentadas pelos candidatos.

Essa orientação parece-me a justa, pois se estabelecido gabarito total ou parcialmente inadequado que leva, por isso mesmo, a considerar-se errada resposta correta ou tão correta quanto ele, resulta de tal fato lesão a direito do candidato que não pode ser subtraída a apreciação pelo Judiciário (art. 153, § 4º, da Constituição).

Por assim entender examino as arguições da autora rejeitada pela sentença.

2. Na prova de Direito Comercial a que se submeteu a autora, a 4ª Questão foi assim formulada:

“Atos de Comércio são:

- () todos aqueles que representam mediação com intuito de lucro;
- () os estritamente relacionados na lei;
- () os praticados pelo comerciante;
- () os que constituem objeto do Direito Comercial;
- () os que não violam a lei comercial.”

Foi indicada como resposta padrão a de que “Atos de Comércio são todos aqueles que representam mediação com intuito de lucro”, e considerada, por isso mesmo, errada, a resposta da autora de que “atos de comércio são os praticados pelo comerciante.”

A primeira observação que nos ocorre é a de que, a questão, fundamental sem dúvida no direito comercial, não foi bem escolhida para o tipo de exame a que se submetiam os candidatos, impossível que seria resolvê-la com a simples escolha entre várias respostas.

Trata-se efetivamente de matéria sobre a qual divergem os autores e, portanto, inadequada à obtenção de resposta determinada.

Da dificuldade quanto à definição de ato de comércio dá-nos notícia breve Alfredo Russel ao escrever:

“208. Fogem também os autores estrangeiros de dar definição do ato do comércio, achando difícil dar-lhe os elementos essenciais. Albert Wahl (27), tendo em vista a legislação francesa, pensa que o ato de comércio caracteriza-se pelo fim de especulação por parte de quem o pratica, antes da natureza das

operações do que pela qualidade das pessoas. Lyon Caen et Renaut (28), depois de terem examinado as opiniões dos que vêm na especulação a característica dos atos de comércio e a dos que a encontram na intromissão, não julgam que a legislação francesa fornece os elementos essenciais para que se lhes dê uma definição. Cosack (29) reputa atos de comércio os atos jurídicos praticados por negociantes no exercício de sua profissão. Vidari (30), finalmente, vê no ato de comércio a operação de intromissão entre produtores e consumidores pela qual os bens passam mais rápida e utilmente dos primeiros para os segundos, mas acha que é impossível dar uma definição perfeita por falta de diferença essencial entre ele e o ato civil.

Cita o professor italiano os atos de compra e venda e de transporte que, em sua natureza, são substancialmente os mesmos, qualquer que seja a pessoa que os prepare ou execute, para concluir que o ato é comercial ou civil, sendo, portanto, objetiva a noção.”

De outro lado, cuidando-se de prova para Agente Fiscal do Imposto de Consumo, as questões respectivas teriam que considerar a legislação positiva brasileira, inaceitável como é se pretender exigir de candidatos a funcionários e não a professores conhecimentos teóricos maiores.

Ora, no direito positivo brasileiro não há definição de atos de comércio, e os doutrinadores pátrios tiveram que retirar o conceito da enumeração de atos como tal considerados pela legislação, processo que levou a conclusões como as que passamos a transcrever.

Escreveu Otávio Mendes:

“Vejam agora os atos de comércio em face da legislação brasileira.

Os arts. 18 e 19 do Código Commercial, título único, os arts. 10 a 19 e 20 do Reg. n.º 737 de 1850, e o art. 191 do Cód. Com. contém referências aos atos de comércio.

A enumeração do art. 19 do Reg. n.º 737 está subordinado à epígrafe: “Da jurisdição comercial em razão das pessoas e dos atos”. Por isso, no art. 11, o Reg. exige como condição essencial que a dívida seja mercantil, e uma das partes, pelo menos, seja comerciante. Essa enumeração não é taxativa, como tem sido sempre entendido pela doutrina e pela jurisprudência.

No art. 2º, o Reg. enumera as questões pertencentes à jurisdição comercial em razão somente dos atos.

No art. 191, o Código dispõe:

“É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso, contanto que nas referidas transações o comprador ou o vendedor seja comerciante.”

Vê-se, portanto, que a classificação dos atos de comércio em objetivos e subjetivos se adapta perfeitamente ao nosso direito. Objetivos são os especificados no art. 20, do Reg. 737.

Todos os outros são subjetivos, isto é, dependem, para serem comerciais, de serem praticados por um comerciante.”

Mais recentemente concluiu João Eulápio Borges:

“A primeira conclusão a tirar é, pois:

a) que o nosso Código e leis mercantis complementares não enumeram os atos de comércio, mas no art. 19 do Reg. nº 737 relacionam sob a denominação de mercância as profissões consideradas mercantis;

b) que não há em nossa lei nenhum ato de comércio sem que no mesmo intervenha, para dar-lhe colorido mercantil, a pessoa de um comerciante.”

E Frans Martins:

“Tudo isso faz com que possamos ter uma noção do que sejam atos de comércio. Sabedores de que existem pessoas físicas ou jurídicas que têm a profissão de intermediários entre os que produzem os bens e os que os consomem, e no exercício dessa profissão procuram auferir lucros, os atos que tais pessoas realizam fazendo circular as riquezas são sempre considerados atos comerciais. Desse modo, atos de comércio serão os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua profissão, e como tais ficam sempre sujeitos à lei comercial.”

Propositadamente afastamos da análise Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira, invocados no processo, pois as citações feitas bastam para demonstrar que frente ao direito positivo brasileiro são igualmente incompletas e igualmente corretas quer a resposta padrão, quer a resposta do candidato.

Não vemos assim, como admitir-se fosse este ser prejudicado, devendo-se, conseqüentemente, atribuir-se-lhe os pontos relativos à 4ª questão.

3. Outra questão, cuja resposta do candidato foi considerada errada, estava assim formulada:

6ª Questão: Sucessão comercial é:

- () compra do negócio comercial;
- () substituição de um comerciante por outro com assunção do ativo e do passivo;
- () aquisição do estabelecimento comercial com seus direitos e obrigações;
- () decorrente da morte do comerciante individual;
- () transferência das responsabilidades do comerciante.”

Resposta padrão: “Sucessão comercial é substituição de um comerciante por outro, com assunção do ativo e do passivo.”

Resposta da suplicante: “Sucessão comercial é aquisição do estabelecimento comercial com seus direitos e obrigações.”

Como acentuou o autor na inicial, a resposta que dera arrimara-se em entendimento de Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira.

O primeiro, exemplificando caso de sucessão comercial universal, mencionou “a aquisição do ativo e do passivo de um estabelecimento comercial” (*Trat. de Dir. Com. Bras.*, vol. II, parte I, nº 10).

Basta a indicação desse trecho do maior dos comercialistas brasileiros para concluir-se primeiro, que a questão ainda uma vez não foi bem escolhida, e, segundo, que não seria possível considerar-se errada a resposta do candidato, mesmo admitindo-se mais exata a resposta padrão.

Também nesta parte, portanto, tem o candidato o direito a ver computados os pontos relativos à questão.

4. A dúvida que se segue é sobre a 7ª Questão assim formulada:

“7ª Questão: Transferência de “negócio” é:

- () a venda da sede comercial;
- () transferência do “ponto” de comércio;
- () transmissão da responsabilidade do comerciante;
- () a forma de se isentar o comerciante de direitos e obrigações;
- () a venda do estabelecimento comercial ou de parte considerável dos elementos que o compõem.”

Resposta Padrão: “Transferência de negócio” é a venda do estabelecimento comercial ou de parte considerável dos elementos que o compõem.”

Resposta da Suplicante: “Transferência de negócio” é a transferência do “ponto” de comércio.”

Quanto a esta questão não assiste razão à autora, pois o ponto de comércio é apenas um dos elementos que integram o estabelecimento comercial, não importando, por isso mesmo, a simples transferência dele em transferência do estabelecimento ou do “negócio”.

5. Já na questão seguinte, a 9ª, novamente nos deparamos com quesitos inadequados à natureza da prova.

Foi ela assim posta:

“9ª Questão: A mulher casada:

- () não pode exercer o comércio;
- () pode exercer o comércio devidamente autorizada pelo marido;
- () só pode exercer o comércio com ordem do juiz;
- () pode exercer livremente o comércio;

() pode exercer o comércio apenas como sócia de sociedade comercial.”

Resposta padrão: “A mulher casada pode exercer livremente o comércio.”

Resposta da suplicante: “A mulher casada pode exercer comércio devidamente autorizada pelo marido.”

A resposta padrão representa ponto de vista respeitável, mas, nem por isso, aceitável como absolutamente certa.

Apoiou-se a autora, para defender o acerto de sua resposta, na autoridade indiscutível de João Eunápio Borges, cuja opinião, mesmo que não aceita por alguns, basta para impedir que se possa considerar errada a resposta do candidato a funcionário.

Eis o trecho citado do autor referido:

“Haverá a inovação atingido também a profissão mercantil, tornando desnecessária a autorização do marido para a mulher casada exercer o comércio, ser comerciante?”

Parece-me que não. A exigência da autorização marital, para o exercício do comércio é norma especial, que se justifica pela natureza e pelos riscos da profissão mercantil. Mesmo, pois, não se perdendo de vista a afirmação feita em o nº 144, infra, de que as normas disciplinadoras das relações entre os cônjuges devem buscar-se na lei civil e não no Código Comercial, o fato de haver a Lei nº 4.121, pelas modificações introduzidas nos arts. 233 e 242 do Código Civil, disposto como regra a desnecessidade da autorização do marido para a mulher exercer profissão, tal regra geral não tem força de invalidar a norma excepcional contida na lei mercantil.

Dir-se-ia que a secular exigência do Código Comercial, que o Código Civil generalizou ampliando-a ao exercício de qualquer profissão pela mulher casada, é norma que só se justifica pelo princípio da relativa incapacidade da mulher casada. Abolido, pois, tal princípio, não poderá subsistir aquela exigência.

Isso, porém, não é verdade. Legislações como a francesa e outras, que reconhecem a plenitude da capacidade da mulher casada, dão ao marido o direito de opor-se a que ela se torne comerciante. Não porque o marido tenha a atribuição de autorizar-lhe o exercício de qualquer profissão, mas em virtude da natureza especial da profissão mercantil e dos danosos reflexos de seu possível malogro sobre os bens da mulher e do casal.

Além disso, independentemente das considerações anteriores, e mesmo se houvesse como revogado o nº IV do art. 1º do Código Comercial, a mulher estaria impedida de exercer o comércio sem a autorização do marido porque, sem tal, por força do de nº IV do novo art. 242 do Código Civil, ela não pode (como não podia antes) “contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal.”

E como na prática do comércio, a mulher estará sujeita a contrair tais obrigações, ela nunca poderá exercer, em plenitude, a profissão mercantil, sem estar devidamente autorizada pelo marido”. (op. cit. nº 142-a, pág. 143).”

6. Finalmente, insurge-se a autora, ora apelante, contra o julgamento da resposta dada à 25ª questão assim posta: “25ª Questão: Falência:

() é o estado do devedor impondável;

() é o processo de execução coletiva do devedor comerciante insolvente;

() é a situação da firma que suspende pagamentos;

() é a punição legal do devedor desonesto;

() é a extinção da sociedade comercial que deve à praça.”

Resposta padrão: “Falência é o processo de execução coletiva do devedor comerciante insolvente.”

Resposta da suplicante: “Falência é o estado do devedor impondável.”

A resposta da candidata não é errada. É, entretanto, menos exata que a adotada como padrão e, conseqüentemente, não há porque considerar-se inaceitável o julgamento.

7. Face a tais considerações, o meu voto é provendo parcialmente o recurso, para mandar atribuir à autora os pontos correspondentes às 4ª, 6ª e 9ª questões.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda: O eminente e douto Relator, Sr. Ministro Godoy Ilha, em seu voto, se fixa na consideração de que a matéria de atribuição de notas aos candidatos em concursos é ato *interna corporis*, em que a necessária dose de subjetivismo da banca examinadora não pode ser modificada por pronunciamentos do Poder Judiciário. Já o eminente Sr. Ministro Revisor, em seu voto, analisando com profundidade as questões postas em confronto, chega à conclusão de que houve inadequada formulação de alguns quesitos, impróprios para o concurso de que se tratava, assim como, em alguns casos, errônea apreciação da resposta pela banca examinadora.

Chamado a decidir entre esses dois doutos pronunciamentos, tenho que, na

hipótese, não está em jogo aquela margem de subjetivismo atribuída com exclusividade ao critério da Banca Examinadora. Ao revés disso, o de que se trata é da própria adequação dos critérios, o que recai sob o controle legal dos atos administrativos.

Não é pura matéria de fato, não é simples apreciação subjetiva, o recusar respostas merecedoras de acolhimento, quando a ciência, no caso a ciência do Direito, indica a procedência das opções do respondente.

A matéria tem certa proximidade com a discussão judiciária, quando se examina se se trata ou não de matéria de fato.

Digamos, por exemplo, que uma decisão judiciária afirme conceito errôneo em matéria de Química, ou de Física, ou de Matemática. Escapará esta apreciação ao exame do Juízo ao qual este-

ja vedada apreciação de matéria de fato? Não! Apesar de não se tratar de matéria jurídica, também não se trata de matéria de fato. Trata-se de matéria adstrita ao controle de legalidade, mesmo quando este controle não se possa exercer sobre matéria de fato.

Por estes motivos, e sem necessidade de novas considerações sobre o mérito mesmo da questão, que ficou exaurido no voto do Sr. Ministro Revisor, peço vênua ao eminente Sr. Ministro Relator para divergir de seu douto voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, deu-se provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Revisor, vencido o Sr. Ministro Relator. O Sr. Min. Decio Miranda votou com o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 25.962 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Márcio Ribeiro

Embargante — Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico

Embargado — Geraldo Maia

EMENTA

Embargos infringentes rejeitados face à improcedência das alegações em que fundamentados.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): No julgamento da Apelação Cível nº 25.962, o Relator, o Sr. Min. Henrique d'Ávila, fez o relatório seguinte:

“O Sr. Min. Henrique d'Ávila: O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) propõe esta ação ordinária de extinção de obrigações contra Geraldo Maia, com fundamento no art. 75 do Código Civil, para extinguir as obrigações

resultantes de contrato de compra e venda com reserva de domínio e das respectivas promissórias representativas, bem como a definitiva restituição das quantias adiantadas por conta do mesmo contrato, com os juros legais.

Alega o seguinte:

a) que, havendo o Banco-Autor importado dos Estados Unidos da América do Norte tratores e implementos rurais para revenda a agricultores designados pelo Ministério da Agricultura, constituiu distribuidores em diversos pontos do País e entre esses a Carlos Braga & Cia. Ltda., de Fortaleza, Ceará, mediante contrato de distribuição por instrumento particular, devidamente legalizado;

b) que, por determinação do Ministério da Agricultura, foi incluído o nome do réu na relação dos candidatos à compra de um trator "CASE", modelo VAH, naquela zona do Ceará, embora tivesse ele o seu estabelecimento rural em Vasouras, no Estado do Rio de Janeiro, assim dentro da área do distribuidor GEOVIA — Comércio e Engenharia S.A., que consultado concordou;

c) que, em 19 de agosto de 1959, celebrou-se, pois, no Rio de Janeiro, a compra e venda com reserva de domínio, entre o Banco-Autor, representado pelo Banco do Brasil, e o réu, de um trator marca "CASE", um arado, uma grade de discos, um cultivador e uma plantadeira, pelo preço de Cr\$ 122.900,00 (cruzeiros antigos), pagável parte à vista de Cr\$ 30.725,00 (cruzeiros antigos) e o saldo, com os juros compensatórios de 8% ao ano, em 12 prestações trimestrais, igual de Cr\$ 8.716,00 (cruzeiros antigos), representadas por promissórias emitidas pelo comprador em favor do Banco-Autor,

vençíveis a partir de 19 de fevereiro de 1960;

d) que pela cláusula 8.^a, §§ 1º e 2º, do referido instrumento, o comprador teria a necessária assistência do distribuidor, nos termos de contrato entre este e o Banco, e disporia de 30 dias, contados da data em que lhe fosse entregue o material para acusar a existência de vícios, sendo que a entrega teria de ser feita, pelo distribuidor, após o registro do contrato no Ofício de Títulos e Documentos e mediante recibo que lhe entregaria o comprador;

e) que, todavia, por não haver recebido, até 23 de novembro de 1960, o material comprado, o réu reclamou por escrito ao Banco-Autor, e este, em reiterada correspondência, e também o Banco do Brasil, empenharam-se obter uma providência do distribuidor do Ceará, sem resposta, o que obrigou a ida de um engenheiro àquele Estado, constando que o trator estava avariado, mas que o distribuidor estava providenciando os reparos com urgência;

f) que tais providências não foram tomadas o que obrigou o Banco-Autor a nova diligência, apurando-se, conforme relatório técnico, que a maquinaria se encontrava em estado precário, com possibilidades remotas de reparação por falta de peças, sendo que a importação de outra unidade não mais era possível porque a CASE, sua fabricante, suspendera a produção daquele tipo de tratores, e mais que o trator vendido ao réu era o último de uma partida de 11 recebida em Fortaleza por Carlos Braga & Cia., conforme fatura;

g) que o réu tomava conhecimento das conclusões do laudo, enquanto o Banco-Autor determinava a retirada dos títulos representativos da

venda, ao Banco do Brasil, os quais estavam reduzidos a 5, porque o comprador já resgatara 7 promissórias, estando, pois, com um crédito no montante de Cr\$ 91.737,00 (cruzeiros antigos), o que somava as promissórias pagas e mais a parcela à vista;

h) que, nessa intercorrência, o Banco-Autor, por intermédio de advogado que enviou a Fortaleza, verificou que a firma distribuidora se havia dissolvido por distrato de 1961; então requereu naquele foro uma vistoria *ad perpetum rei memoriam* e fez notificação judicial a todos os sócios da antiga firma para rescindir o contrato de distribuição e postular as conseqüências do seu inadimplemento;

i) que o negócio com o réu frustrou-se definitivamente, o qual se deveu a fato de terceiro, distribuidor tradicional na praça de Fortaleza, não tendo o Banco-Autor qualquer parcela de culpa nesse desfecho, tanto mais que agiu dentro da medida do possível para evitá-lo, embora se tratasse de negócio com distribuidor de região diferente e feito à livre escolha do comprador, que assim preferiu;

j) que, juridicamente, o fato de terceiro impossibilitante da prestação está subsumido no conceito de força maior, do art. 1.058 do Código Civil, de modo que a sua caracterização não só exclui o devedor da obrigação por quaisquer prejuízos eventualmente surgentes, como opera a própria extinção da obrigação, assim já havendo decidido a nossa jurisprudência e a melhor doutrina (fls. 9, itens 4/3 e 4/4);

k) que, por outro lado, já ocorreu prescrição (Decreto-lei nº 4.597, de 19-8-1942, art. 4º), tratando-se de Banco-Autor, como autarquia fe-

deral, sendo de aplicar-se, pois, o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, para as dívidas passivas da União, bem assim como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Nacional, seja qual for a sua natureza, em 5 anos contados da data do ato ou fato do qual se originem;

l) que, sendo assim, o direito do réu a receber o material comprado passou a fluir da inscrição do contrato no Registro de Títulos e Documentos, em 27 de agosto de 1950, no correspondente dia e mês de 1964, consumando-se a prescrição; a simples reclamação administrativa por ele feita em 1960 não tinha mais força para suspender o curso da prescrição, porque manifestada um ano após o ato gerador do seu direito, *ex vi* do disposto no art. 6º do citado Decreto nº 20.910, sendo este o entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal (fls. 12, item 4/5 *in fine*).

A demanda seguiu seus trâmites regulares e, afinal, o MM. Julgador *a quo* a reputou procedente, com as considerações que se seguem:

“As relações negociais entre o autor e o réu se cingem ao contrato de compra e venda com pacto adjeto de reserva de domínio, que se encontra nos autos às fls. 26v., e onde figura o primeiro como vendedor e o segundo como comprador. Por esse instrumento, o autor se obrigou a vender implementos agrícolas e a depositá-los em poder do réu, para uso deste (Cláusula 3.^a), embora transferisse essa obrigação (de entrega) a uma sociedade distribuidora (Cláusula 8.^a, § 1º).

Assinado o contrato e levado a registro, não foi a mercadoria entregue ao comprador, pela distribuidora, também depositária, a firma

“Irmãos Braga, Comércio e Agricultura Ltda.”, de Fortaleza, apesar das reiteradas gestões do réu, do que deu conhecimento, por escrito, ao autor.

Mas não tomou qualquer providência para exigir, coercitivamente, o cumprimento das obrigações do vendedor, continuando a pagar-lhe as prestações do preço por intermédio do Banco do Brasil.

Isso se deu até que, deteriorando-se, definitivamente, a situação da sociedade distribuidora, verificou o autor que até ali se tinha agido em irremediável burla ao negócio. Então retirou da cobrança as promissórias restantes, mas em grande parte quitadas, o que colocava o comprador em situação de seu credor por tudo quanto havia pago.

Daí o ajuizamento desta ação.

Considerando desfeito o negócio, em virtude da inexistência da mercadoria vendida (houve troca de tratores, isto é, o do réu foi entregue a certo agricultor do Ceará, em substituição por outro já servido e imprestável, conforme laudo de perito do autor) e por ter isso ocorrido por fato de terceiro, equiparável ao caso fortuito, pediu a extinção das obrigações resultantes da venda e a restituição ao comprador das quantias que pagara, mais juros.

Arguiu, ainda, a inexistência de qualquer direito do comprador de exigir o cumprimento do contrato, em face da prescrição quinquenal superveniente, e cujo prazo começara a fluir da transcrição do contrato no Registro de Títulos e Documentos, em 27 de agosto de 1959, consumada, pois, no correspondente dia e mês do ano de 1964.

Na verdade, a Cláusula 8.^a, § 1º, do contrato de fls. 26v., fixou prazo

inicial para entrega da mercadoria vendida, ou seja, depois da transcrição do instrumento de compra e venda, *verbis*:

“Cláusula 8.^a, § 1º — O agricultor comprador receberá o material vendido do distribuidor, seu atual depositário, depois de transcrito o presente instrumento no Registro de Títulos e Documentos, e mediante recibo, que dará ao distribuidor e que será o comprovante da entrega.”

A partir daquela data devia o comprador fazer valer o seu direito e exigir, judicialmente, do autor, a entrega da mercadoria, o que é da essência do contrato de compra e venda com reserva de domínio, em que a posse da coisa se transfere ao comprador para seu uso e depósito, provisoriamente, até o pagamento final do débito. Mas não fez, deixando transcorrer o quinquênio.

Aplica-se, pois, ao caso, o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, modificado pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, onde se dispõe sobre a prescrição em cinco anos, contados do ato ou fato da qual se origine, de todo e qualquer direito ou ação contra autarquias ou entidades e órgãos paraestatais. E da maneira como foi feita a sua arguição é procedente.

A prescrição pode ser alegada pela parte a quem aproveita em qualquer instância (art. 162, Cód. Civil), isto é, em qualquer juízo, mesmo que o não seja como exceção ou defesa, mas por quem dela se beneficia como medida liberatória, a exemplo do que ocorre na prescrição aquisitiva (art. 550, *in fine*, Cód. Civil). Ela está ligada ao próprio direito material, que seja ou venha a ser objeto da lide e, portanto, elidente da ação futura, mas tam-

bém do direito atual, se já consumada.

De uma maneira ou de outra, com a reconvenção de fls. 68/69 e pela inversão das posições na demanda (*reus fit actor*), o reconvinte pede o cumprimento do contrato com perdas e danos e o reconvinde resiste a essa pretensão com a impugnação (fls. 83/84). De modo que a matéria sendo questionada em moldes ortodoxos, seria farisaísmo deixar o julgador de resolvê-la definitivamente.

Por outro lado, não há que falar em interrupção de prescrição com base no documento de fls. 27/30, apresentado mais de ano após a data em que se formalizou o registro do contrato. Não porque fosse considerada caduca a reclamação do comprador, mas por ser imprópria (art. 6º, Decreto nº 20.190/32) e inócua, dado que, subsumida na inteireza do prazo quinquenal, isto é, feita pouco mais de ano do início desse prazo. E se interruptivo do prazo pela metade, mesmo assim sem qualquer utilidade para o réu.

Saliente-se, ainda, a esse respeito, que o autor, no intercurso do prazo inicial de um ano, entre a data do registro e a reclamação de fls. 27/30, praticou vários atos inequívocos, ainda que extrajudiciais, de reconhecimento do direito do comprador de exigir a mercadoria (fls. 31, 32 e 34), o que seria suficiente para não deixar transcorrer o prazo menor do art. 6º (art. 172, inciso V, Código Civil).

Nestes termos, julgo procedente a ação para decretar a extinção das obrigações resultantes do contrato de compra e venda com reserva de domínio, de 1º de agosto de 1959, e das correspondentes promissórias representativas do preço e a defini-

tiva restituição ao réu das quantias que adiantou ao autor, por aquele contrato, com os juros legais; e im procedente a reconvenção.

Condeneo o vencido nas custas da ação e da reconvenção e nos honorários advocatícios (Lei nº 4.632, de 1965), que arbitro em 5% sobre o valor dado à causa."

Iresignado, apelou o autor com as razões de fls. 150 a 152: (lê).

E, o réu, BNDE, ofereceu as contra-razões de fls. 155 a 160: (lê).

Às fls. 166, oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República em apoio da pretensão do órgão autárquico a que empresta assistência.

É o relatório."

Proferiu depois S. Ex.^a o voto que passo a ler:

"O Sr. Min. Henrique d'Ávila:

Estou em que o MM. Julgador *a quo* obrou com acerto em dar pela procedência da ação, intentada pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, para a extinção das obrigações resultantes do contrato de compra e venda com reserva de domínio, convolado pelo autor em 19 de agosto de 1959, das respectivas promissórias representativas do preço.

O Dr. Juiz *a quo*, em longa e fundamentada sentença, evidenciou a juridicidade do pedido formulado pelo autor.

Não enxergo qualquer elemento de fato ou de direito que, validamente, possa infirmar o decisório *sub censura*, razão por que nego provimento ao apelo."

Discordou dessa manifestação o Sr. Min. Amarílio Benjamim, que assim se pronunciou:

“O Sr. Min. Amarílio Benjamim:

O caso dos autos está exposto na sentença. Vou resumi-lo rapidamente: O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico vendeu a Geraldo Maia (19 de agosto de 1959), por intermédio de Carlos Braga, distribuidor em Fortaleza, um trator, um arado, uma grade de disco, um cultivador e uma plantadeira. O preço total foi de Cr\$ 122.900,00 antigos, parte pagável à vista e o saldo, com os juros respectivos, em prestações, conforme notas promissórias. O material comprado, todavia, não foi entregue. Não obstante, o réu cumpriu sua obrigação, não só pagando o preço a que foi obrigado, à vista, como as promissórias que se iam vencendo.

Alega o Banco que o material não foi todo entregue porque o distribuidor não cumpriu exatamente a sua missão, deixando até que uma das peças se inutilizasse. O banco propõe ação para, extinguindo a obrigação, eximir-se de qualquer responsabilidade e devolver as quantias que o réu pagou. O comprador, que é o réu, contestou e reconveio. O Banco, porém, se defende: primeiro achando que teria havido prescrição; e, segundo, procedente a ação, no mérito, evidentemente, não teria cabimento a reconvenção.

Meu ponto de vista é diferente: se o réu cumpriu exatamente sua obrigação, não pode o Banco propor ação para extinguir sua obrigação, apenas com a devolução das quantias que o réu pagou. Dir-se-á, como o Dr. Juiz admitiu, que o Banco deixou de cumprir sua obrigação por falta de terceiro. O terceiro, no entanto, era distribuidor, tinha re-

lação com o Banco e não com o comprador. A mim me parece, portanto, que as quantias podem ser devolvidas e o contrato extinto, mas o Banco há de responder pelas perdas e danos. A ação do Banco é procedente quanto à extinção, pela impossibilidade da entrega do material adquirido. Não cabe decidir-se a prescrição do direito do réu. Em geral, os direitos do autor, enquanto exigíveis, não podem deixar de permitir a defesa do réu, de modo amplo, conforme os meios ordinários. Também, a prescrição quinquenal não se consumou, contado o seu prazo do último pagamento que o réu cumpriu — 17-5-61 — fls. 73 verso.

Em resumo, julgo procedente a ação quanto à extinção e, também, procedente a reconvenção, no sentido de a devolução dar-se com as perdas e danos. Regresse o Banco contra o distribuidor, se achar que o direito o garante.

Dou provimento em parte, assim, aos recursos, nos termos em que acabo de me manifestar. Custas proporcionais.”

Vencedor que foi o voto lido por último, porque apoiado pelo vogal, o Sr. Min. Antônio Neder, o BNDE opôs embargos de nulidade e infringentes do julgado pugnando pela prevalência do voto vencido do Sr. Min. Henrique d'Ávila. Os embargos foram processados sem impugnação e em favor do acolhimento respectivo opinou, nesta instância, a Subprocuradoria-Geral.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Arrimam-se os embargos nos fundamentos seguintes:

1º — ocorrência de prescrição do direito de o embargado acionar o Banco

ou de reconvir na ação por este proposta, desde que o prazo respectivo se deveria contar da data em que a obrigação de entregar o material se tornou exigível e, de tal momento até o ajuizamento da ação, decorreram mais de cinco anos;

2º — a decisão de Primeira Instância acolhera a prescrição argüida e julgara a ação procedente e, portanto, a Turma ao reformá-la, deveria ter feito retornar o processo ao Juízo de origem para apreciação do mérito. Não o fazendo, alegou-se, suprimira uma instância;

3º — o descumprimento da obrigação pelo embargante decorrera de fato de terceiro, a firma distribuidora, para o qual não concorrera com culpa e, assim, não seria possível responder por perdas e danos.

A argüição de prescrição do direito da embargada à apresentação de reconvenção foi, ao meu ver, bem rechaçada pela decisão da Turma. O próprio embargante, em suas razões, narra que adotou várias providências, junto ao distribuidor, das quais deu conhecimento ao embargado, no sentido de fazer cumprir a obrigação da entrega das mercadorias vendidas e, afinal, retirou as promissórias que se achavam no Banco do Brasil para cobrança, porque verificada em vistoria que promovera a impossibilidade de recuperação ou substituição das peças vendidas. Até o momento em que tal ocorreu, portanto, e terá sido entre 21 de maio e 21 de junho de 1961, porque o embargado pagou ainda a promissória vencida na primeira das datas indicadas, reconheceu o embargante a sua dívida e manifestou o propósito de solvê-la, somente se podendo contar, de tal data, o prazo da prescrição, pois só então deixou claro que não pretendia cumprir a obrigação a seu cargo. Apresentada que foi a reconvenção antes de decorridos cinco anos, em 9 de novembro de 1965, não ocorrera a prescrição de direito a fazê-lo.

Também improcedente é a alegação de que, afastada a prescrição da reconvenção, o processo deveria ter voltado à Primeira Instância para apreciação do mérito, sob pena de estar-se suprimindo uma instância. A sentença, que o voto vencido confirmava, decidiu da ação no mérito ao julgá-la procedente para decretar a extinção das obrigações resultantes do contrato de compra e venda celebrado com o embargado, o que importou de forma implícita em manifestar-se também sobre o mérito da reconvenção, desde que o fim desta foi exatamente o oposto ao da ação, isto é, a continuação da responsabilidade do autor ora embargante pelo cumprimento das obrigações oriundas do referido contrato.

Finalmente, ainda inaceitável é a afirmação de que o descumprimento do contrato pelo BNDE resultara de fato de terceiro, o que afastaria a sua responsabilidade.

A venda do material foi contratada pelo Banco com o embargado, estabelecendo-se na cláusula 8.^a, do instrumento respectivo, que a entrega se faria por intermédio do distribuidor que ajustara a prestação de tais serviços com o embargante (fls. 15). Agia o distribuidor, assim, em nome do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e não como terceiro. Se falhou e tornou impossível o cumprimento do contrato, a responsabilidade conseqüente é do Banco, como entendeu a decisão embargada.

Por tais razões, voto pela rejeição dos embargos.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Revisor): Fico com o voto que prevaleceu por ocasião do primeiro julgamento, por ser evidente que a firma Carlos Braga & Cia. Ltda., que o Banco constituiu seu distribuidor em Fortaleza, não era terceiro, mas sim comissária do Banco no tocante ao negócio do trator, por este importado

do estrangeiro e prometido vender ao réu diretamente (Código Criminal, art. 165).

Rejeito os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, foram rejeitados os embargos. Não tomaram parte no

juízo os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Henoch Reis. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.002 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jarbas Nobre

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Embargante — União Federal

Embargado — Carlyle Yunger Poubel

EMENTA

A Lei nº 2.370/54 só se aplica aos militares do Exército, Marinha e Aeronáutica (art. 1º). As leis federais militares somente se aplicam às Polícias Militares, havendo disposição expressa. Embargos recebidos.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 30 de novembro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): O relatório feito pelo Min. Godoy Ilha, à oportunidade da Apelação, bem esclarece a matéria em debate:

“O autor, Subtenente inativo da Polícia Militar do antigo Distrito Federal, postula, visto ter sido julgado incapaz definitivamente para o serviço militar, a sua promoção ao posto de 2º Tenente, por força

da Lei nº 2.370, de 1954, e ao posto de 1º Tenente, de acordo com a Lei nº 3.067, de 1956.

A União Federal, em sua contestação, pondera que em virtude da referida Lei nº 3.067, o autor já obtivera a sua promoção a Subtenente, além de que não se aplicam às Forças Auxiliares as disposições da Lei nº 2.370, conforme jurisprudência remansada (fls. 11/12).

Veio então a lacônica sentença de fls. 19 que deu pela improcedência do pedido, decisão que ensejou o apelo de fls. 21/23, onde se reiteram os argumentos da vestibular.

Ouvida a Subprocuradoria-Geral da República, pronunciou-se esta às fls. 29/31 pelo desprovimento do recurso.”

A Segunda Turma assim julgou o Apelo:

“Militar. Promoção. Aplicação da Lei nº 3.067, de 1956, com a ob-

servância do disposto no § 2º art. 33 da Lei nº 2.370, de 1954.”

Foi vencedor, o Revisor, Min. Armando Rollemberg, com o voto assim concebido:

“Dou provimento parcial ao recurso para condenar a União a promover o autor ao posto de 2º Tenente, a partir de sua transferência para a inatividade, pagar-lhe as diferenças conseqüentes, as custas do processo e honorários de advogado de 15% sobre as mesmas diferenças.

Assim faço por considerar que a Lei nº 3.067, que estendeu a casos não contemplados os favores previstos na Lei nº 2.370, de 1954, há de ser aplicada, com observância da regra do art. 33, § 2º, da mesma lei, de acordo com a qual o posto imediato para os sargentos é o de 2º Tenente.”

O Min. Godoy Ilha, Relator, ficou vencido com o seguinte voto:

“Em verdade, a Lei nº 2.370/54, que regulou a inatividade dos militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, não se aplica à Polícia Militar, ou às chamadas “Forças Auxiliares”, e sequer estava em vigor quando da reforma do autor, por decreto de 16-10-41, como argüido na contestação, sem qualquer objeção do apelante.

Beneficiou-se o autor com a promoção ao posto imediato, em obediência à Lei nº 3.067/56, que, por disposição expressa, a tornou extensiva à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros do Distrito Federal.

De resto, como tem entendido a jurisprudência diuturna deste Tribunal, a citada Lei nº 3.067/56 não teve por escopo conferir uma dupla promoção, pelo mesmo fato gerador, a incapacidade ali prevista pa-

ra o serviço ativo, sem poder prover os meios de subsistência.

Com relação aos já inativados pela Lei nº 2.370/54, o objetivo do legislador foi estender os benefícios do art. 33 daquela lei a todas as hipóteses previstas no art. 30 do mesmo diploma legal, que o art. 33 não abrangia, como se decidiu nos Embargos na Apelação Cível número 18.796.

A reforma do autor foi feita com assento no Regulamento da Polícia Militar do Distrito Federal e pôde ele beneficiar-se com mais uma promoção, em virtude da extensão dada pela Lei nº 3.067/56.

Nego provimento ao recurso.”

A União Federal, pelos presentes embargos, pleiteia a prevalência do voto vencido.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator):

Quando adveio a Lei nº 3.067, de 22-12-56, encontrou o autor Polícia Militar do antigo Distrito Federal, reformado por invalidez, na graduação de 1º Sargento, incapacitado, como foi considerado, para o serviço militar.

O decreto que o reformou data de 16-10-41.

Em obediência a essa Lei, arts. 1º e 3º, foi o autor promovido ao posto imediatamente superior.

Através desta ação, e sob o fundamento de que, em seu caso, não fora aplicada a Lei nº 2.370, de 9-12-54, reclamou a sua aposentadoria no posto de 2º Tenente, e em seguida ao posto de 1º Tenente.

A Lei nº 2.370, em seu art. 33, garantia reforma, na graduação imediata ao que possuía na ativa, ao militar julgado incapaz definitivamente.

Tenho que este diploma só se aplica aos militares do Exército, Marinha e Aeronáutica, como deflui do disposto no seu art. 1º:

“Define e regula a presente lei a situação de inatividade dos militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.”

Este foi o entendimento adotado por este Tribunal, na Apelação Cível número 23.411 (*D.J.* de 22-9-67, pág. 2.978):

“A Lei nº 2.370 teve em vista apenas as Forças Armadas. Não se referiu às “unidades auxiliares”.

“As leis federais militares somente se aplicam ao Corpo de Bombeiros e às Polícias Militares, havendo disposição expressa.”

Foi o que se verificou com a Lei nº 3.067, que expressamente dispõe em seu art. 2º:

“Aplica-se o disposto no art. 1º aos militares da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal.”

Fico com o voto vencido do Min. Godoy Ilha e, via de consequência, recebo os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Havendo anteriormente sustentado a mesma tese do acórdão embargado, tive oportunidade de, em sentença proferida na 2.ª Vara Federal, da Guanabara, na ação ordinária movida por José Pedro da Silva contra a União Federal (Processo nº 1.885), reexaminando a matéria, assim decidi:

“Nessas condições, tem direito o Autor à promoção ao posto imediato, pois preenche os requisitos exigidos pelo art. 1º, da Lei nº 3.067, de 1956, combinado com o art. 30, e, e 32, da Lei nº 2.370, de 1954.

Como posto imediato, porém, dever-se-á entender o seguinte na hierarquia normal, e não o de 3º Sargento, como estabelece o art. 33, § 2º, da Lei nº 2.370, de 1954.

Em sentença proferida na ação ordinária movida por Clodoaldo Chaves Pinheiro, contra a União Federal (Proc. 32.461), admiti que para a promoção assegurada pela Lei nº 3.067, de 1956, fosse aplicado o citado dispositivo da Lei número 2.370, de 1954.

Melhor examinando a hipótese, todavia, reconsidero o aludido entendimento.

Declara o § 2º, do citado art. 33 que se considera graduação imediata, para efeito deste artigo, a de 3º Sargento, para as praças em geral (alínea b).

Ora, se o autor não tem direito à promoção pelo art. 33 da Lei nº 2.370, de 1954, mas somente a Lei nº 3.067, de 1956, é que lhe concedeu dita vantagem, não poderá invocar o mencionado § 2º, cuja disposição é “para efeito deste artigo”, a fim de ser promovido a 3º Sargento.

O seu direito, por conseguinte, decorrente da Lei nº 3.067, de 1956, é apenas o de ser promovido à graduação imediata, segundo a hierarquia normal”.

Recentemente, em voto nos Embargos de Apelação Cível nº 27.252, como vogal, tive ocasião de afirmar:

“O direito de promoção, no caso, vem da Lei nº 3.067, que ampliou as hipóteses de promoção para os militares, e é extensiva expressamente à Polícia Militar. Quando a Lei nº 3.067 fez essa ampliação, assegurou a promoção ao posto ou graduação imediatos. Entendo que posto imediato é o da hierarquia normal, porque não se reportou esta lei ao dispositivo excepcional da

Lei nº 2.370, que considera em determinadas situações como imediato posto diverso do resultante da hierarquia normal. A remissão feita à Lei nº 2.370 foi apenas quanto aos casos de incapacidade, que determinam a passagem para a reserva”.

E, no aludido voto, conclui:

“A extensão da Lei nº 3.067 é limitada; estendeu o direito à promoção, mas para o posto ou para a graduação imediata, disse ela. Não se referiu àquela hipótese, que é excepcional e que só vigora em alguns casos, em que se estabelece como posto imediato, para promoção, um posto diverso. Ela foi expressa. A Lei nº 3.067, com direito a ser promovido ao posto imediato, já beneficiou o autor, que assim teve uma promoção não decorrente de sua legislação própria, mas obedecida a hierarquia normal, e a mais não tem direito”.

Neste mesmo sentido é a decisão na Apelação Cível nº 24.521 (fls. 42/44), sendo Relator o Min. Moacir Catunda, que afirmou em seu voto (43/44):

“Tenho para mim que essa Lei nº 3.067/56, de penoso entendimento e laboriosa aplicação, não dirá respeito, no que tange às promoções, aos critérios instituídos pela Lei nº 2.370/54, reguladora da inatividade nas Forças Armadas, isso é, no Exército, Marinha e Aeronáutica. A referência ao dito diploma legal fixa apenas o desejo do legislador de obsequiar o policial inválido com mais uma promoção, à semelhança do que determina para as Forças Armadas, em razão da paridade dos motivos de fato, não obrigando, porém, a que a promoção seja dada de acordo com os postos e graduações estabelecidas pela indicada Lei nº 2.307/54. Entendo

que a promoção deve ser de acordo com a legislação específica, própria à Polícia Militar do então Distrito Federal, e como essa promoção o promovente já veio de obtê-la, na via administrativa, segundo parece. Meu voto é dando provimento e julgando a ação improcedente”.

Foi também o que sustentou o voto vencido do Min. Godoy Ilha (fls. 35), quanto à inaplicabilidade da Lei número 2.370, de 1954, à Polícia Militar.

Assim sendo, pelas razões expostas, não incidindo na hipótese o seu art. 33, § 2º, quando conceitua o que se entende por posto ou graduação imediatos, para os efeitos da mesma lei, recebe os embargos para reformar o acórdão embargado e julgar improcedente a ação, de acordo com o referido voto vencido, condenado o autor ao pagamento dos honorários de advogado, acompanhando o voto do Ministro Relator.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Sr. Presidente, *data venia*, rejeito os embargos para manter a decisão embargada, pelos seus próprios fundamentos.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda: Sr. Presidente, acompanhei o voto de V. Exa. na Segunda Turma, que agora os eminentes Ministros Relator e Revisor desaprovam, para fazer prevalecer o voto vencido do Sr. Min. Godoy Ilha.

Posteriormente a essa manifestação, no julgamento da apelação, agora objeto de embargos, tenho votado no sentido de que a reforma, pela Lei nº 3.067, não se dá na graduação imediata ficta, mas, sim, na graduação imediata da hierarquia normal.

Reconsidero o voto proferido na Turma, para também receber os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, vencidos os Srs. Mins. Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros e Henoch Reis, receberam-se os embargos. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette

Guimarães, Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Decio Miranda e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.197 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Godoy Ilha

Apelantes — Herdeiros de Vicente Pereira

Apelado — INPS

EMENTA

Previdência Social. Direito à aposentadoria, por haver o segurado gozado o auxílio-doença por espaço de sete anos, que lhe asseguraria aposentadoria definitiva mesmo que se tratassem de períodos descontínuos. Ilegal a suspensão do benefício, a pretexto de que o segurado recuperara a sua atividade laborial, verificada em exames sucessivos da persistência do mal, que acabara matando o vitimado. Verificado o óbito, no curso da ação proposta para restabelecimento do benefício, transformando-se em pensão aos herdeiros por morte do segurado, a cujo recurso se dá provimento.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): A esposa e filhas menores de Vicente Pereira, em razão do seu falecimento, apelaram da sentença de fls. 172/174, que negou ao *de cujus* o restabelecimento da sua aposentadoria-invalidez que gozara no período de 28-8-61 a 31-10-64.

Arrimou-se o digno sentenciante em que, provada a recuperação laborativa do servidor, o benefício pode ser revisto

e cancelado, e quanto à pensão, só reclamada na audiência de instrução e julgamento, não pode ser concedida na sentença final sem prévia postulação na via administrativa.

Nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República pede o desprovimento do apelo.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): Em que pese a autoridade do ilustre julgador *a quo*, estou, *data venia*, em que a razão assiste aos apelantes.

O autor esteve no gozo do benefício de agosto de 1961 a 31 de outubro de 1964, como expressamente o reconhece a contestação, o que já lhe asseguraria a aposentadoria, nos termos do art. 27 da Lei Orgânica da Previdência Social, *in verbis*: “A aposentadoria por invalidez será concedida ao segurado que, após haver percebido auxílio-doença pelo

prazo de 24 (vinte e quatro) meses, continuar incapaz para o seu trabalho e não estiver habilitado para o exercício de outro, compatível com as suas aptidões.”

Verdade é que, segundo prescreve o art. 28 do mesmo diploma legal, a aposentadoria poderia ser cancelada, verificada a não persistência da incapacidade, e o Instituto, a pretexto da recuperação da capacidade, muito embora lhe tivesse assegurado as mensalidades de recuperação de novembro de 1964 a abril de 1966, concedia o benefício.

Todavia, o autor não tinha, realmente, recuperado a sua capacidade laborativa, não tendo, por outro lado, podido retornar ao trabalho, levado a pedir, logo depois, o restabelecimento do auxílio-doença, que lhe foi denegado a pretexto de que havia cessado a incapacidade, como atestavam os laudos dos exames a que fora submetido no Serviço Médico do Instituto, e a sentença invoca o laudo de fls. 93, datado de 4 de maio de 1965, que teria negado a continuidade da incapacidade, validando, portanto, o cancelamento do benefício.

Têm razão os apelantes quando afirmam que a sentença ateu-se à manifestação do médico analisador que, realmente, respondeu negativamente aos quesitos formulados, isto é, que o paciente não estava mais incapacitado.

Entretanto, desse mesmo laudo de fls. 93, referido na sentença, e que corresponde às fls. 149, pela numeração feita nesta instância, consta da verificação do exame clínico, sofrer o paciente de “pressão alta, dores vagas pelo corpo,

dispnéia ao esforço, bulbos na região cardiovascular e taquicardia”, concluindo o médico examinador, como se vê do verso do laudo, em resposta aos respectivos quesitos, pelo afastamento do paciente do trabalho, por um período provável de sessenta dias, indicando a clínica cardiovascular para o tratamento.

Em novembro de 1965 atestou o Dr. Luiz Medeiros que o autor sofria de “hipertensão”, estando impossibilitado para o serviço ativo, conforme atestado de 17-11-65, acostado à inicial (fls. 68), vindo o autor a propor a ação em 3 de dezembro do mesmo ano.

E, submetido a inspeção médica, sucessivamente em 23-5-66, 15-7-66, . . . 13-1-67, 10-4-67, 22-6-67, 29-9-67, e . . . 27-11-67, foi constatada a persistência da incapacidade, como se vê dos laudos de fls. 150 a 158 (1º volume), em fotocópias autenticadas extraídas do processo administrativo e que não foram impugnados pelo réu.

No curso da ação, veio o autor a falecer a 12 de janeiro de 1968, como comprova a certidão de óbito de fls. 121, tendo o atestado médico dado como *causa mortis* acidente vascular cerebral, o que comprova à saciedade que o autor jamais se recuperara, como de resto atestado pelos laudos já mencionados, da enfermidade de que era portador, a hipertensão arterial.

Por este infausto e superveniente acontecimento, malogrou-se a perícia médica requerida pelo autor em 7 de março de 1967 (fls. 101 v. e 102), secundando o pedido que também formulara o réu, de modo genérico, na de-

claração das provas que pretendia produzir (fls. 97).

Habilitados os herdeiros do autor, pediram eles, como era natural, que se convertesse o pedido do restabelecimento da aposentadoria em pensão a eles devida na forma da Lei Orgânica da Previdência Social, convertido o benefício pela pensão por morte do segurado, como expresso na petição de fls. 119, em data de 2 de fevereiro de 1968, em data muito anterior à realização da audiência de instrução e julgamento, que teve lugar a 21 de junho do mesmo ano.

Menos exata, *data venia*, a afirmativa da sentença de que o pedido só fora formulado na referida audiência como improcedente o argumento do réu de que deveriam os apelantes postular a concessão da pensão na via administrativa, como o veio, também, a afirmar a sentença, porque “não se sabe aqui se o empregado, à data do óbito, mantinha plena sua condição de segurado da Previdência Social” (fls. 174).

Estou, assim, plenamente convencido de que o cancelamento do benefício não teve apoio legal, devendo, como se postulou na inicial, restabelecer-se a aposentadoria do autor, porque definitiva a sua incapacidade e era consecutório inafastável do disposto no art. 27 da Lei Orgânica da Previdência Social.

Morto o segurado, havia, necessariamente, de se transformar o benefício em pensão aos seus herdeiros, pela forma naquela estabelecida.

E nem há de cogitar-se se o *de cujus* mantinha, à data do óbito, a sua condição de segurado da Previdência, por-

que não a perdera enquanto tivesse direito ao auxílio-doença. E a aposentadoria, no caso, seria em caráter definitivo, posto que a incapacidade se prolongou por mais de cinco anos, mesmo que fosse, o que não se comprovou, por períodos descontínuos, como tem entendido a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Penso que nada se opõe a que, com a morte do autor no curso da causa, se transforme a postulada aposentadoria em pensão aos seus herdeiros, pois, como observam os mais autorizados processualistas, deve o juiz pronunciar-se sobre todos os aspectos da lide, para que não se tenha de propor novas ações, quando é princípio dominante evitar-se todo o dispêndio inútil da atividade jurisdicional.

Dou, assim, provimento ao recurso para julgar procedente o pedido do restabelecimento da aposentadoria, transformado o benefício em pensão aos herdeiros já habilitados no processo, pela forma disposta da Lei Orgânica da Previdência Social, com o pagamento das prestações em atraso, acrescida dos juros de mora e dos honorários de advogado à base de 15% sobre o que for liquidado na execução e custas.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provimento à apelação para julgar procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.261 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jarbas Nobre

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Godoy Ilha

Recorrente — Juiz Federal da 4ª Vara, Seção Judiciária da Guanabara

Apelante — SASSE

Apelada — Nélia Guimarães da Costa

EMENTA

Empregada da “A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil S. A. de Seguros Gerais”, aproveitada na Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, por força do Decreto nº 58.859/66. É segurada obrigatória do SASSE, a este não cabendo impugnar o ato de aproveitamento e negar a inscrição com invocação do art. 7º, da Lei nº 4.158/64. Sentença confirmada.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo e aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Trata-se de ação pela qual Nélia Guimarães da Costa, alegando que fora funcionária da “A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil S. A. de Seguros Gerais” no período de 16-11-51 a 1º-9-66 durante o qual contribuíra para o INPS e, na forma do Decreto nº 58.859/66, admitida para prestar serviços na Caixa Econômica do Rio de Janeiro, objetiva seja declarado a que Instituto de Previdência deve continuar a contribuir, se ao INPS ou ao SASSE, já que este se recusa a aceitá-la como segurada sob a alegação de que conta mais de 36 anos, e aquele tomou igual medida porque en-

tende que a autora, como economiária, tem sistema próprio de previdência social.

Há agravo no auto do processo interposto pelo SASSE porque o saneador rejeitou preliminar de ilegitimidade de parte da autora.

A ação foi julgada procedente. Pela Sentença de fls. foi decidido que “enquanto vigorar o ato de admissão da autora na Caixa Econômica, é a mesma segurada obrigatória do SASSE, que tem a obrigação de admiti-la, receber suas contribuições, que devem ser descontadas de seus vencimentos e pagas ao SASSE pela Caixa Econômica, nas mesmas condições dos demais servidores da Caixa. Admitida a autora como sua segurada, após completar 36 anos, por haver sido a mesma aproveitada na Caixa Econômica, depois de 14 anos, 9 meses e 16 dias de contribuição ao INPS, teria direito o SASSE de cobrar do INPS, Secretaria do IAPB, as contribuições recolhidas pela autora, quando ali segurada. O que não se pode admitir é que, pelo fato de haver sido aproveitada na Caixa Econômica, fique a autora privada de sua condição anterior de segurada obrigatória da Previdência.”

Há recurso *ex officio* e o SASSE apelou.

A Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento do apelo.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): A matéria contida no agravo no auto do processo está intimamente presa ao mérito do pedido. Ou o aproveitamento da Apelada na Caixa Econômica é legítimo e sua vinculação ao SASSE é inconteste, ou o ato é nulo, como pretende a Autarquia apelante, e assim terá que ser declarado, tendo como consequência a improcedência do feito.

Denego o agravo.

A autora ora apelada foi empregada da “Equitativa” durante quase 15 anos, cassada a autorização de funcionamento dessa sociedade pelo Decreto nº 58.573/66 para resolver o problema de seus funcionários, foi baixado o Decreto nº 58.859, de 15-7-66, cujo art. 1º dispôs que o Banco Nacional da Habitação, o Banco Central da República e as sociedades de capital misto que a União Federal participe, bem como as entidades autárquicas, vinculadas à administração pública federal, ficavam autorizadas a aproveitá-los.

Na forma desse diploma, a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro admitiu a apelada nos seus serviços na categoria de Auxiliar Administrativo (Contrato de Trabalho de fls. 6/7).

Entende o SASSE que tal aproveitamento é nulo porque a apelada, quando do contrato, tinha idade superior a 36 anos.

A hipótese estaria prevista no artigo 7º, da Lei nº 4.158/64, *verbis*:

“Nenhum servidor poderá ser admitido, a qualquer título, no Conselho Superior e nas Caixas Econômicas, sem que prove ter menos de 36 anos de idade. . . sob pena de nulidade de pleno direito do ato e

responsabilidade civil, penal e administrativamente da autoridade que praticar”.

Sem razão a apelante.

Na espécie dos autos não se trata de admissão propriamente dita. Sim, de aproveitamento. O Governo, dado que, por ato seu, cassou a autorização de funcionamento da “Equitativa”, preocupou-se com a situação dos seus funcionários e autorizou que eles fossem aproveitados nos órgãos que mencionou em Decreto.

Não cabia ao SASSE, por absolutamente ilegítimo, rebelar-se contra o aproveitamento da apelada pela Caixa Econômica, pois que dela não é fiscal. Competia-lhe, tão-somente, aceitar a situação criada pelo Decreto nº 58.859/66, e arrolar a autora como sua segurada.

Aqui se oferece inconteste uma autêntica inversão de valores. Ao invés do SASSE aceitar uma realidade, prefere ela, sem qualquer título, arvorar-se em fiscal da lei. Não tem ele qualidade para criticar ou impugnar o ato de aproveitamento. Que outros o façam, se quiserem. Se nulo fosse, as penas estão previstas para a autoridade que tiver praticado o ato. O SASSE é estranho à relação autora—Caixa Econômica e, assim, está-se intrometendo em seara alheia.

A discussão que se fere nesse processo é no sentido de saber se o SASSE deve inscrever a apelada como sua segurada, eis que, aproveitada pela Caixa Econômica Federal, passou a ostentar a qualidade de economiária.

Sim, a resposta. A tanto está obrigada.

O fato de o aproveitamento se ter realizado com empregado de idade superior a 36 anos é irrelevante, e o SASSE

nada tem a ver com ele. A arguição que levanta em seu apelo constitui intromissão indébita que deve ser repelida até com ênfase.

Cuide o SASSE de cumprir com seus deveres assistenciais, e procure não se imiscuir em assuntos que lhe são estranhos.

Nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento ao agravo no auto do processo e aos recursos, à unanimidade. Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Amarílio Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.280 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara, *ex officio*

Apelante — União Federal

Apelado — Dinaldo do Amaral Caldeira

EMENTA

Oficial das Forças Armadas só pode ser reformado, em tempo de paz, por decisão de Tribunal Militar permanente, ressalvada a situação especial dos atingidos pelo artigo 177 da Constituição de 1937 (Súmula n.º 385 — STF).

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por à margem a conveniência de submeter a invocada prejudicial de inconstitucionalidade; *de meritis*, negar provimento aos apelos interpostos, tudo por unanimidade de votos, conforme consta do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente.

A espécie dos autos foi assim exposta e solucionada pela douta sentença:

“Fls. 48. Dinaldo do Amaral Caldeira, brasileiro, casado, Capitão

reformado do Exército, domiciliado e residente nesta cidade, propôs ação ordinária contra a União Federal, fundada no art. 119, I, da Constituição da República e no art. 291 do Código de Processo Civil, para pedir: seja declarado insubsistente o Decreto de 20 de setembro de 1966, que o reformou com base em disposição inconstitucional do Decreto-lei n.º 2.746, de 5 de novembro de 1940, visto como a competência para aquele fim é do Superior Tribunal Militar; seja reintegrado no posto de Capitão da Arma de Infantaria do Exército, com o ressarcimento dos prejuízos que sofreu pelo seu afastamento ilegal, conforme se apurar em execução; seja condenada a ré no pagamento das custas e honorários advocatícios e mais cominação de direito.

A peça vestibular, que veio acompanhada pelos documentos de fls.

8 a 10, contém a narrativa dos fatos que culminaram no ato de reforma do autor, a qual se resume assim:

1º — submetido a Conselho de Justificação, o autor foi dado como incompatível para o oficialato ativo do Exército, conforme as conclusões daquele órgão e decisão homologatória do então Ministro da Guerra (*ut Boletim Res. do Ex. nº 5, de 31-5-66, documento de fls. 9/10*);

2º — por Decreto de 20 de setembro de 1966, do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o autor foi reformado no posto de Capitão da Arma de Infantaria, de acordo com os arts. 23, letra *b*, 25, letra *d*, da Lei nº 4.902, de 16-7-1965, combinados com os arts. 16, do Dec.-lei nº 2.746, de 5-11-1940, e 60, letra *d*, do Decreto-lei nº 9.698, de 2-9-1946, percebendo os proventos de que tratam os arts. 137, 138, § 2º, 139 e 140, letras *a* e *c*, da Lei nº 4.328, de . . . 30-4-1964;

3º — contava o autor, à data da reforma, 14 (quatorze) anos, 6 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias de efetivo exercício.

A postulação está fundamentada na assertiva de que o Decreto-lei nº 2.746/40, a que se arrimou o Decreto declaratório da reforma do autor, tornou-se inconstitucional, após a vigência da Constituição de 1946, na parte em que dispõe que a reforma de oficiais das Forças Armadas pode ser feita por simples ato do Presidente da República quando lhes for reconhecida a incompatibilidade para o oficialato, por Conselho de Justificação, com aprovação do Ministro da Guerra. A inconstitucionalidade reside, segundo a exposição do autor, na fla-

grante conflitância entre aquele malsinado dispositivo e a norma do art. 182, § 2º, da aludida Carta Constitucional, aliás reproduzida, alteradas algumas palavras, no art. 94 e seu § 2º, da Constituição de 1967.

Devidamente citada (fls. 15 verso e 16), a União Federal ofereceu a contestação de fls. 17 *usque* 20, acoimando de sofisticada e ardilosa a versão dada pelo autor na inicial, uma vez que a alínea *d*, do art. 25 da Lei nº 4.902/65 é bastante clara ao instituir que o militar incapaz moralmente será reformado quando não for o caso de expulsão. No caso dos autos, que é o de reforma, o oficial não perdeu o posto nem a patente, sendo, pois, indiscutível a competência do Conselho de Justificação e inatacável o ato administrativo que determinou sua passagem à inatividade.

Réplica às fls. 21/22 verso.

Conferência de fotocópias no termo de fls. 24.

Novos pronunciamentos do autor e da ré, às fls. 26/42 e 44, respectivamente.

O despacho saneador foi exarado às fls. 45, sem a interposição de recurso pelas partes.

A audiência de instrução e julgamento transcorreu na conformidade da ata de fls. 46.

Tudo visto e bem examinado, passo a decidir:

Disponha o artigo 177 da Constituição de 1937, *verbis*:

“Dentro do prazo de sessenta dias a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis

e militares, cujo afastamento se impuser a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”.

Com o advento da Lei Magna de 1946 cessou a aplicação do princípio discricionário imposto na regra constitucional supratranscrita, que cedeu lugar à norma do parágrafo 2º, do art. 182, da nova carta política, assim redigido:

“O Oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente por sentença condenatória passada em julgado, cuja pena restritiva da liberdade individual ultrapasse dois anos; ou, nos casos previstos em lei, se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, conforme decisão de tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz, ou de tribunal especial em tempo de guerra externa ou civil”.

A Constituição de 1967 reproduziu o texto acima transcrito, com ligeira alteração de palavras, no parágrafo 2º, do art. 94.

Sustenta a ré que não há a apontada inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.746, de 5-11-1940, porquanto a regra contida no parágrafo 2º, do art. 182 da Carta Magna de 1946, aplicável à espécie por ser contemporânea do ato de reforma do autor, só cuidou da hipótese da perda de posto e patente, para exigir decisão do Tribunal Militar. Se os motivos que implicaram na incompatibilidade do autor para o oficialato ativo do Exército não importaram naquela perda, foi perfeitamente legal o ato de sua reforma, tanto que no *caput* do referido art. 182 ficou expresso:

“As patentes, com as vantagens, regalias e prerrogativas a elas inerentes, são garantidas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ati-

va e da reserva, como aos reformados”.

Data venia do entendimento do nobre e ilustrado Dr. Procurador da República, dou pela inconstitucionalidade argüida pelo autor na petição inicial e na réplica. Apesar de ser certo que no caso dos autos não houve perda de posto e patente, é verdade, porém, que o autor se viu reformado em face de norma legal punitiva, qual seja, a do art. 1º do Decreto-lei nº 2.746, de 5-9-1940, ou, para ser mais explícito, pelos motivos integrantes do documento de fls. 9/10, incluindo entre eles os pertinentes à emissão de cheques sem provisão de fundos e ao prejuízo à própria família para manter seu vício. Tais increpações, que têm figura penal definida, poderiam levar o autor à perda do posto e patente, se fossem objeto de processo regular perante o Tribunal Militar Competente. *Ad argumentandum tantum* e para enfatizar o raciocínio que me traz à conclusão da apontada inconstitucionalidade, convém ressaltar que esse vício passou do Decreto-lei aludido à Lei nº 2.738, de 20-2-1956 (ambos os diplomas devidamente transcritos às fls. 21/29 e 30/34 dos autos), e foi, de modo brilhante, posto em relevo no magistral parecer do então Consultor-Geral da República, hoje Ministro da Suprema Corte, A. Gonçalves de Oliveira, transcrito às fls. 35/38 e a cujos termos me reporto.

Acresce a circunstância de que o Colendo Supremo Tribunal Federal inseriu na Súmula de sua Jurisprudência predominante a Ementa de nº 385, com remissão aos julgamentos levados a efeito nos autos dos MS nº 1.103, de 25-6-51, DJ 23-3-53, pág. 942; do MS nº 8.627, 15-1-62, RF 201/107; de MS nº 8.037,

2-7-62, RF 203/65; da AR nº 561, 20-7-62, e dos ERE nº 51.637. . . . 14-6-63, DJ. 17-10-63, pág. 1.025. Eis a ementa dessa súmula:

“385. Oficial das Forças Armadas só pode ser reformado, em tempo de paz, por decisão de Tribunal Militar Permanente, ressalvada a situação especial dos atingidos pelo art. 177, da Constituição de 1937”.

Ora, não sendo, como se faz óbvio, o Conselho de Justificação que apurou a elegada incompatibilidade do autor para a permanência no serviço ativo do Exército, Tribunal Militar Permanente, como o exige a Constituição Federal, a fim de que o ato de reforma tenha eficácia, e porque a norma do parágrafo 2º do art. 182 da Lei Magna de 1946 deva ser interpretada como abrangedora, não somente das penas que impliquem na perda do posto e da patente, mas, também, na declaração de insignidade ou de incompatibilidade para o oficialato, acolho as razões deduzidas pelo autor e com fundamento nas peças constantes do processado:

Julgo procedente a ação, na forma do pedido (*ut fls. 6/7, alíneas a, b e c*), impondo à ré a condenação nas custas do processo e na verba de honorários advocatícios, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre os prejuízos que sofreu o autor pelo seu afastamento, conforme o que resultar apurado na execução.

Recorro *ex officio*”.

A União apelou às fls. 55/56.

A apelado não contra-arrazou a apelação.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é no sentido de que, preliminarmente, se submeta ao E. Ple-nário a questão prévia de inconstitucio-

nalidade. No mérito, se decrete a im-procedência da ação ou, em última aná-lise, que se dê pela procedência apenas em parte, ficando a letra *b* do pedido (retorno do A. à ativa) condicionada ao prévio julgamento pelo E. Superior Tri-bunal Militar.

É o relatório.

VOTO

(PREJUDICIAL 45

INCONSTITUCIONALIDADE)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Do longo relatório da sentença destaco as alegações de inconstitucionalidade do Decreto do Senhor Presidente da Repú-blica, de 20 de setembro de 1966, pelo qual o autor foi reformado no posto de Capitão da Arma de Infantaria, e do Decreto-lei nº 2.746, de 5 de novembro de 1940, que diz competir ao Conselho de Justificação, com aprovação do Mi-nistro da Guerra, reconhecer a incom-patibilidade para o oficialato, em total dissídio com a norma do § 2º, do artigo 182 da Constituição de 1946, reproduzi-da na do § 2º, do artigo 94 da Cons-tituição de 1967, de que “o Oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente por sentença condenatória pas-sada em julgado, cuja pena restritiva da liberdade individual ultrapasse dois anos; ou, nos casos previstos em lei, se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, conforme decisão de tribunal militar de caráter permanen-te em tempo de paz, ou de tribunal es-pecial em tempo de guerra externa ou civil”.

A inconstitucionalidade do ato de re-forma e do Decreto-lei nº 2.746/40 re-sidem no fato de que a competência para a incompatibilidade para o oficia-lato é do Tribunal Superior Militar, úni-co Tribunal Militar de caráter permanen-te, em tempo de paz, e não do Con-selho de Justificação, que é órgão de constituição transitória.

Contestou a União Federal, sustentando que “não há a apontada inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.746, de 5-11-1940, porquanto a regra contida no parágrafo 2º, do art. 182 da Carta Magna de 1946, aplicável à espécie, por ser contemporânea do ato de reforma do autor, só cuidou da hipótese da perda do posto e patente, para exigir decisão de Tribunal Militar. Se os motivos que implicaram na incompatibilidade do autor para o oficialato ativo do Exército não importaram naquela perda, foi perfeitamente legal o ato de sua reforma, tanto que no *caput* do referido artigo 182 ficou expresso:

“As patentes, com as vantagens, regalias e prerrogativas a elas inerentes, são garantidas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva, como aos reformados.”

A sentença julgou a ação procedente, na forma do pedido, especificando nas alíneas:

a) para ser declarado insubsistente o Decreto de 20 de setembro de 1966, acima citado, que reformou o autor por inconstitucional, para esse efeito, o Decreto-lei nº 2.746, de 5 de novembro de 1940, em que se fundou aquele ato, visto como a competência para aquele fim é do Superior Tribunal Militar;

b) para ser o autor reintegrado no posto de Capitão da Arma de Infantaria do Exército, com o ressarcimento dos prejuízos que sofreu pelo seu afastamento ilegal, conforme se apurar na execução;

c) para a condenação da R., assim ao cumprimento dos atos acima especificados, como ao pagamento das custas e honorários do advogado do autor e mais cominações de direito.”

E condenou a ré a pagar as custas do processo e honorários de advogado, no percentual de 20% sobre os prejuízos sofridos, pelo autor, conforme o apurado na liquidação da sentença.

Como a sentença recorrida haja reconhecido a inconstitucionalidade do ato da reforma baixado com apoio no Decreto-lei nº 2.746/40 cuja inconstitucionalidade já foi proclamada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, como se apura da farta jurisprudência compendiada na Súmula nº 385, entendo que a matéria prescinde do pronunciamento do Tribunal Pleno, podendo a Turma prosseguir no julgamento. No julgamento do Mandado de Segurança nº 8.073 do Distrito Federal, em 2 de julho de 1962, aludido na Súmula 385, estabeleceu o Pretório Excelso que “Militar só pode sofrer reforma a título de punição por força de sentença de Tribunal Militar de caráter permanente. Não participam dessa natureza os Conselhos de Justificação”.

Considerando os antecedentes proclamadores da inconstitucionalidade de indicado diploma legal, rejeito a indicação do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, no sentido de que a espécie fosse submetida a Tribunal Pleno, o que peço seja submetido aos demais componentes da Turma.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): No mérito, entendo que o ato de reforma também participa do vício de inconstitucionalidade que contaminou a lei sob cujos auspícios foi baixado. Tratando-se de ato írrito, nulo, violador de prerrogativa inerente a patente, que goza de proteção constitucional, não podia mesmo subsistir. A sentença, invalidando-o, para determinar a reintegração do autor, no posto que detinha na época, e consecutórios legais, praticou justiça de boa cepa, não merecendo censuras, inclusive no que tange ao honorário advocatício, no percentual de 20% sobre o desfalque patrimonial sofrido, a ser apurado em execução.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Preliminarmente, posta à mar-

gem a conveniência de submeter a invocada prejudicial de inconstitucionalidade; *de meritis*, negou-se provimento aos apelos interpostos. Os Srs. Mins. Peça-

nha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 26.865 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henoch Reis

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Recorrente de Ofício — Juízo Federal da 4ª Vara

Apelante — União Federal

Apelado — Menandro Simões Fraga

EMENTA

Oficial transferido para a Reserva Remunerada. Só faz jus à promoção, ao passar para a Reserva Remunerada, o militar que, na vigência da Lei nº 2.370/54, reunia todos os requisitos exigidos pelo art. 54, § 1º, do Estatuto dos Militares. Recursos providos para haver a ação por improcedente.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento aos recursos, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de novembro de 1970. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Menandro Simões Fraga, Capitão-de-Fragata da Reserva Remunerada, propôs a presente ação ordinária contra a União Federal, alegando, em síntese, que, em 16 de março de 1966, contando mais de vinte e cinco anos de serviço, requereu sua transferência para a Reserva Remunerada, nos termos da Lei nº 2.370, de 1954, e de outras leis vigentes, todas reguladoras de transferência de militares para a Reserva; que durante a Segunda Guerra Mundial ser-

viu na Escola Naval, em zona considerada e delimitada como de guerra, amparado, assim, pelos diplomas legais . . 1.156/50, 10.490-A/42; que, ao requerer sua transferência, achava-se respondendo a inquérito policial-militar, que nada apurou contra o suplicante, sendo esse inquérito arquivado, por decisão do Juízo da 1ª Auditoria da Marinha, que passou em julgado em 21 de outubro de 1966; que o processo de sua transferência para a Reserva Remunerada teve seu andamento retardado pelo fato já referido; que, em 22 de novembro de 1966, foi assinado decreto de transferência do autor para a Reserva Remunerada, mas no mesmo posto de Capitão-de-Fragata.

Requer seja a presente ação julgada procedente para o fim de ser a ré condenada a promovê-lo ao posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra, com todos os direitos e vantagens, mais pagamento das custas e honorários de advogado na base de 20% sobre o valor da causa.

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 8 a 22.

Contestação, fls. 29/33. Saneador irrecorrido, fls. 35.

Por sentença de fls. 38/39, a ação foi julgada procedente, nos termos do pedido.

Secundando recurso de ofício, apelou a ré, com as razões de fls. 41/43, respondidas às fls. 45/47.

Subindo os autos a esta Superior Instância, deles se deu vista à d. Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pela reforma da sentença, para haver a ação improcedente.

Estudados os autos, encaminhei-os ao meu digno Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator):

Merece reformada, *data venia*, a d. sentença recorrida, que, ao julgar procedente a pretensão do autor, partiu do pressuposto de que ele, na vigência da Lei nº 2.370, de 1954, teria satisfeito todos os requisitos para a promoção ao posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra ao passar para a reserva remunerada. Tal, porém, não ocorreu. À época em que requereu a reforma, estava respondendo a inquérito militar, e, segundo o parágrafo primeiro do art. 54 do Estatuto dos Militares, não podia gozar dos benefícios em apreço, *verbis*:

“Não podem ser transferido para a reserva, nem licenciados, embora satisfaçam todas as exigências legais, os militares: a) sujeitos a inquérito militar ou comum; b) submetidos a processo no foro militar ou civil, ou no cumprimento de pena de qualquer natureza”.

Com exatidão argumenta o Eminentíssimo Consultor-Geral da República, no Eru-dito Parecer de fls. 16/19:

“Claro está que, quando o interessado apresentou seu requerimen-

to para passar à inatividade, não reunia todos os requisitos necessários. E não reunia porque, como já foi dito acima, o § 1º, do art. 54 do Estatuto dos Militares não permitia lhe fosse concedida a transferência que havia requerido” (fls. 18).

Em síntese: em março de 1966, quando requereu sua transferência para a Reserva Remunerada, com a promoção que lhe outorgava a Lei nº 2.370, de 1954, o autor não satisfazia as exigências para gozar desse benefício, porque estava respondendo a inquérito militar. Este impedimento desapareceu em 21 de outubro, quando transitou em julgado a decisão do Juízo da 1ª Auditoria da Marinha (fls. 10). Ao ser transferido para a Reserva, por decreto de 22 de novembro de 1966, já não estava em vigor a Lei nº 2.370/54, sobre promoções, e sim os arts. 56 e 57 da nova Lei nº . . . 4.902, cuja vigência, no que tange a esses dois artigos e outros dispositivos enumerados no art. 63, da mesma lei, entraram em vigor no dia 10 de outubro de 1966.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso de ofício e à Apelação da União Federal para, reformando a sentença recorrida, julgar improcedente a ação, condenando o autor nas custas e honorários de advogado, que arbitro em NCr\$ 50,00, que deverão ser recolhidos aos cofres da União.

É meu voto.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Revisor): Dou provimento aos recursos para julgar improcedente a ação. Do exame que fiz dos autos adotei conclusão que coincide, por inteiro, com o voto do eminente Relator. Peço licença a S. Exª para adotar os fundamentos, que acaba de alinhar, em ordem a também prover os recursos, julgando, dessa sorte, improcedente a ação, com a conde-

nação do apelado, nas custas e honorários advocatícios, na importância fixada pelo ilustre Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram

provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Néri da Silveira e Márcio Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.007 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henoch Reis

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Apelante — Myrian Braga de Oliveira

Apelada — União Federal

EMENTA

Oficial Administrativo aposentado antes do advento da Lei nº 3.780/60, com menos de 30 anos de serviço. Não tem direito às vantagens da Lei nº 5.291/67. Sentença que se confirma, à unanimidade.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provimento à apelação, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 16 de novembro de 1970. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator):
Perante o Dr. Juiz Federal da 7.^a Vara de São Paulo, Myrian Braga de Oliveira, ex-funcionária do Ministério da Fazenda, aposentada em cargo de Oficial de Administração, pleiteia, com fundamento na Lei nº 3.780, de 1960, e art. 1º da Lei nº 2.622, de 1955, o pagamento de proventos correspondentes aos vencimentos dos cargos de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro, em cuja série de classes teriam sido enquadrados todos

os antigos Oficiais de Administração do Quadro das Alfândegas.

Devidamente citada, a União Federal contestou a ação, advogando a improcedência da mesma.

O MM. Dr. Juiz *a quo*, sentenciando no feito, julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Sustentou o Dr. Juiz:

“Conforme se observa, a autora aposentou-se em 11 de agosto de 1959, contando 21 anos de efetivo exercício, no cargo de Oficial Administrativo, classe “O”, do quadro suplementar do Ministério da Fazenda, então lotada na Alfândega de Santos. Aposentou-se, conseqüentemente, quase um ano antes da publicação da Lei nº 3.780, o que se deu aos 12 de julho de 1960. A citada lei garantiu o benefício aos ocupantes do cargo que a autora abandonara, prematuramente. Os aposentados foram omitidos no enquadramento. É pacífico em nossa melhor jurisprudência, que a re-

estruturação, ou reclassificação de cargos, posterior à aposentadoria, não beneficia ao inativo (Rec. Extr. nº 45.853, Rel. Min. Hermes Lima — R.D.A., 78/172). A lei nova que concede benefícios, no caso de aposentadoria, não se aplica aos que antes dela passaram à inatividade (Rec. Extr. nº 48.791, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira — R.D.A., 78/175). É inegável, isto sim, que a autora tem direito a ver seus vencimentos revistos e corrigidos para que se equiparem aos percebidos, nos termos do art. 1º, da Lei número 2.622, de 18 de outubro de 1955, não revogada, neste dispositivo, pela Lei nº 3.780/60. A ampliação do benefício, pela Lei nº 5.291/67, abrange tão-só os que tenham se aposentado, inclusive no cargo de Oficial Administrativo, contando com trinta anos de exercício, o que não aproveita a autora (*sic*).

Inconformada com a sentença que lhe foi adversa, apelou a autora com as razões de fls. 55/56.

Contra-razões às fls. 62/63.

Subindo os autos a esta Superior Instância, deles se deu vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, que emitiu Parecer às fls. 71/74.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Incensurável a sentença apelada.

O autor foi aposentado no cargo de Oficial Administrativo, classe "O" do Quadro Suplementar do Ministério da Fazenda, lotado na Alfândega de Santos, no dia 11 de agosto de 1959, contando 21 anos de serviço público. Quer perceber vencimentos atribuídos ao cargo de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro, nível 18-E, porque entende que o cargo que ocupou na atividade corresponde a este último.

Apóia sua pretensão, principalmente, no art. 1º, da Lei nº 2.622, de 1955, *in verbis*:

"Art. 1º O cálculo dos proventos dos servidores da União, e bem assim dos servidores das entidades autárquicas ou paraestatais que se encontram na atividade, e dos que para ela foram transferidos, será feito à base do que perceberem os servidores em atividade, a fim de que seus proventos sejam sempre atualizados".

Esta regra em nada beneficia ao apelante, que foi aposentado antes da Lei nº 3.780/60 que, em seu Anexo IV, deu nova denominação ao cargo de Oficial Administrativo, isto é, Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro. O Decreto número 57.877/66 aumentou os vencimentos deste último cargo, a partir de 1º de junho de 1966. A todos os aposentados na vigência da mencionada Lei nº 3.780, foi estendido esse aumento, de acordo com a Ordem de Serviço nº 3, da Diretoria da Despesa Pública. Por sua vez, a Lei nº 5.219/67 determinou a atualização dos vencimentos dos aposentados não contemplados na aludida Ordem de Serviço, desde que contassem trinta anos de serviço, ou em virtude de moléstia incurável. Não é o caso do apelante.

Por estes motivos, nego provimento à apelação para confirmar a sentença, por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Revisor): Nego provimento ao recurso.

A reclassificação na série de classes de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro não se referiu aos antigos Oficiais Administrativos, já aposentados, *ut* Anexo IV, da Lei nº 3.780/60.

Posteriormente, a Lei nº 5.291, de 1967, art. 2º, II, *a*, determinou extensão do tratamento em foco, expressamente,

aos “antigos oficiais administrativos, es-
criturários, policiais fiscais e fiscais adua-
neiros que, lotados nas repartições adua-
neiras, foram aposentados, com mais de
30 anos de serviço público, anteriormen-
te à Lei nº 3.780, de 12 de julho de
1960”.

Ora, a autora, conquanto inativada
em 1959, o foi com apenas 21 anos de
serviço. Inaplicável, portanto, à apelan-
te, o dispositivo *legis* em apreço.

Sua condição de inatividade, assim, é
correspondente a Oficial de Administra-

ção, tendo-se em conta os vencimentos
atribuídos a esse cargo, em ordem a se
atualizarem seus proventos, observada,
em tal sentido, a Lei nº 2.622, de
18-10-1955, art. 1º.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a
seguinte: Por decisão unânime, negaram
provimento à apelação. Os Srs. Mins.
José Néri da Silveira e Márcio Ribeiro
votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio
Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.085 — ES

Relator — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Márcio Ribeiro

Recorrente — Juízo Federal no Estado, *ex officio*

Apelado — Reinhart Schroth

EMENTA

Terrenos de Marinha. Caducidade do aforamento
(Decreto-lei nº 9.760/1946, art. 101, § 2º). Distinção en-
tre caducidade do aforamento e extinção da enfiteuse
por comisso. Revigoração do aforamento: prazo. Conse-
quências do não pedido de revigoração. A revigoração do
aforamento deve dar-se com obediência às regras de sua
constituição. Aplicação dos arts. 107, 108 e 109, do Decre-
to-lei nº 9.760, de 1946, em face do art. 119, do mesmo
diploma. Provimento parcial do recurso de ofício.

Vistos, relatados e discutidos estes au-
tos de Apelação Cível nº 27.085, do Es-
pírito Santo, em que são partes as aci-
ma indicadas,

Acordam os Ministros que compõem
a Terceira Turma do Tribunal Federal
de Recursos, por maioria, em dar provi-
mento em parte ao recurso, nos termos
do voto do Relator, vencido em parte o
Sr. Ministro Revisor que negava provi-
mento, na forma do relatório e notas ta-
quigráficas precedentes, que ficam fa-
zendo parte integrante do presente jul-
gado. Custas de lei.

Brasília, 14 de abril de 1971. — *Már-
cio Ribeiro*, Presidente; *José Néri da Sil-
veira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*
(Relator): Temos nestes autos uma ação
de consignação em pagamento referente
a foros em atraso.

Foi julgada procedente por sentença
de fls. 28/31, cuja parte precípua tem
este teor:

“De maneira inequívoca, provado
está nos autos que desde o ano de
1942 os foros correspondentes ao
terreno acrescido de marinha, her-
dado pelo autor de seu pai, não
vêm sendo pagos. O art. 101, § 2º
do Decreto-lei nº 9.760/46, impõe
ao foreiro em débito por mais de

Voto

três anos consecutivos a caducidade do aforamento, entretanto, o artigo 118, do citado Decreto-lei, normaliza e disciplina como se processará esse procedimento. "Caduco o aforamento na forma do § 2º, do art. 101, o órgão local do SPU notificará o foreiro, por edital, ou quando possível por carta registrada, marcando-lhe o prazo de 90 (noventa) dias para apresentar qualquer reclamação ou solicitar a revigoração do aforamento". Não é de se discutir se existe ou não a caducidade do aforamento, pois este é insofismável dado o decurso do tempo em que os foros deixaram de ser pagos. Resta apreciar se o autor foi devidamente notificado para os fins previstos no art. 118. Nos autos inexistem provas a esse respeito, e uma vez que a notificação não se formalizou o autor estava desobrigado de apresentar reclamação como prevê o parágrafo único do mencionado art. 118, deveria sim, como o fez, procurar pagar os foros em atraso, a fim de conseguir a revigoração do aforamento. Se o SPU omitiu-se no cumprimento dessa norma legal contra o autor, igualmente não poderia deixar de reconhecer o seu direito e receber os foros em atraso, revigorando assim o aforamento. Pelos motivos expostos e pelo mais que dos autos consta, julgo subsistente o depósito e efetuado o pagamento para todos os fins e efeitos legais. Condeno a ré a pagar os honorários na base de 20% sobre o valor da causa, e a isento das custas na forma da lei vigente. Recorro desta para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em obediência à Lei."

Não houve recurso voluntário e a Subprocuradoria-Geral da República deu parecer pela reforma da sentença: (lê fls. 36/7).

É o relatório.

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): O falecido genitor do apelado tornou-se foreiro do terreno, descrito na inicial, através de contrato de aforamento celebrado em julho de 1934.

Em 1942, deixou de pagar o foro, que era, à época, de Cr\$ 1,00 antigo.

Em 1945, *ex vi* do art. 692, II, do Código Civil, que então disciplinava a espécie, estava a União intitulada, inequivocamente, a ver extinta a enfiteuse, pelo comisso, eis que deixara o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos. Não o fez, porém. Consoante entendimento já assente, o comisso deveria ser decretado por sentença (Súmula nº 122, do Supremo Tribunal Federal).

Disso não há, nos autos, notícia. A União, aliás, ao contestar, às fls. 15/16, de explícito, esclarece que "poderia realmente promover o reconhecimento judicial do comisso", mas "tal comisso não foi requerido" (*sic*).

Com o advento do Decreto-lei número 9.760, de 5-9-1946, que dispôs sobre os bens imóveis da União, entre os quais se incluem "os terrenos de marinha e seus acrescidos" (art. 1º, alínea *a*), procedeu a administração em conformidade com a regra do art. 101, § 2º, do diploma em foco, *verbis*:

"O não pagamento do foro durante três (3) anos consecutivos importará na caducidade do aforamento".

Daí, consoante se vê do documento, de fls. 7/8, ter considerado caduco o aforamento, *ope legis*.

Cumpre, entretanto, sinalar que são inconfundíveis "caducidade do aforamento" e "extinção da enfiteuse por comisso". Caduco o aforamento, *ut* art. 101, § 2º, do Decreto-lei nº 9.760/46,

cabível é a sua revigoração, salvo quando ocorrer hipótese prevista no art. 120, da carta legal em exame: *a*) se União necessitar do terreno para serviço público; ou *b*) se se tratar das terras de que cogita o art. 65, “quando não estiverem as mesmas sendo utilizadas apropriadamente”.

Há, entretanto, prazo de noventa (90) dias para solicitar a revigoração do aforamento, após o qual há de ser providenciado o seu cancelamento no Registro de Imóveis, podendo a administração, a seguir, promover a alienação do direito ao aforamento do terreno respectivo. Tal o que deflui dos arts. 118, 121 e 110, todos do Decreto-lei nº 9.760/46.

Pois bem, o termo *a quo*, no cômputo do prazo em foco, será a data da notificação do foreiro, acerca da caducidade, por edital, ou, quando possível, por carta registrada, ou, em caso de ter apresentado reclamação, da data da notificação do decisório administrativo final proferido (art. 118 e seu parágrafo único do Decreto-lei citado).

In hoc casu, a certidão, de fls. 7/8, torna claro que não existia obstáculo, na esfera administrativa, para que o falecido pai do a. houvesse pago foro devido, desde quando deixou de fazê-lo, pois não lhe era aplicável norma restritiva referente a súditos do eixo (Decreto-lei nº 4.166, de 11-3-1942, art. 9º), por tratar-se, na espécie, de obrigação de índole contratual, vigorante desde 1934. De outra parte, em seus pronunciamentos administrativos, os órgãos competentes da União afirmam que são de se adotarem, quanto ao a., “as providências indicadas no parágrafo único do art. 118, combinado com os demais dispositivos da Seção IV, Cap. IV, Título II, do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, isto é, as normas atinentes à “caducidade e revigoração”, contando-se, dessarte, na espécie, o prazo de noventa dias

da data da notificação ao foreiro da decisão final na “reclamação”.

Reconhece-se, de conseguinte, ao a., ainda, a viabilidade de solicitar a revigoração do aforamento, o que se há de dar, entretanto, com obediência às normas estabelecidas, para sua constituição, nos arts. 107, 108 e 109, do Decreto-lei em foco, conforme preceitua o art. 119, do mesmo diploma, *in verbis*:

“Art. 119 — Reconhecido o direito do requerente e pagos os foros em atraso, proceder-se-á à revigoração do aforamento, de acordo com as normas estabelecidas para sua constituição nos arts. 107, 108 e 109”.

Dessa sorte, não alega a União hipótese das enumeradas no art. 120, para negar a revigoração, antes, reconhece, administrativamente (fls. 7/8), o direito, a tanto, em prol do a. Não contesta, outrossim, a *ré*, o *quantum* dos foros devidos e ora depositados pelo a., havendo, ao contrário, coincidência relativamente ao valor anual da pensão. Cumpre considerar, de outra parte, que a ação proposta é de consignação em pagamento cumulada com ação ordinária para a revalidação do questionado aforamento, sem mais formalidades (*sic*), anulando-se pena de comisso que alega lhe haver sido irregularmente imposta.

Ora, não é possível desconstituir o que não foi constituído, ou seja, anular pena que não foi imposta ao a. A certidão, de fls. 7/8, do processo administrativo, torna isso meridiano. Seria contrário ao disposto no art. 119, do Decreto-lei nº 9.760, acima transcrito, à sua vez, revalidar o título de aforamento, qual pleiteia o a., sem mais formalidades, eis que, a teor do art. 119, a revigoração do aforamento há de fazer-se, “de acordo com as normas estabelecidas para sua constituição nos arts. 107, 108 e 109”, onde se definem providências e forma-

lidades a se cumprirem na órbita administrativa competente.

Mais ainda. Existindo, como é inegável, a caducidade do aforamento (art. 101, § 2º), cumpria ao a., por primeiro, ter pedido sua revigoração à autoridade administrativa. Somente após reconhecido esse direito, possível seria à ré receber os foros devidos em atraso. Aliás, essa é precisamente a justificativa que a União traz, ao sustentar que se achava impedida, até então, para receber as pensões em mora.

De todo o exposto, não era injusta a recusa da União, para receber os foros em atraso. Somente poderia recebê-los após reconhecido o direito à revigoração do aforamento, conforme expresso está no art. 119, do Decreto-lei citado. Ora, o a. não requereu isso administrativamente, ao menos não há prova de tal.

De outra parte, não houve extinção do aforamento, como alega na inicial o a., pedindo seja anulada a pena de comisso irregularmente imposta. Nem seria possível, por último, a revigoração do aforamento, “sem mais formalidades”, como quer na inicial, diante da regra do art. 119 predito.

Conseqüentemente, a ação não podia prosperar, nos termos em que a sentença firmou sua procedência.

Dou assim provimento, em parte, ao recurso de ofício, para reconhecer ao a., aqui, tão-somente, o direito de ver formalizado, na esfera administrativa competente, o processo de revigoração do aforamento do terreno, descrito na inicial, obedecendo-se, a tanto, o disposto no parágrafo único, do art. 118, combinado com o art. 119, ambos do Decreto-lei nº 9.760, de 1946. Torno, em consequência, insubsistente o depósito, de fls. 19 v., no valor de Cr\$ 0,30 (trinta centavos). Excluo condenação em honorários advocatícios.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Revisor): Na AC 15.537-GB, Relator Min. Amárilio Benjamin, na qual fui voto vencido, ficou prevalecendo a tese, consubstanciada em sua ementa, de que:

“Não obstante verificar-se o comisso, se o foreiro não paga os foros durante três anos consecutivos, é preciso sentença que declare o fato. E, enquanto não houver sentença, o devedor pode purgar a mora.” (Revista Forense, vol. 208, pág. 116.)

Esta orientação está adotada, também, pela jurisprudência prevalente no STF (Súmulas 122 e 169).

Com ressalva de meu ponto de vista pessoal, manifestado naquela apelação, nego, pois, provimento ao recurso necessário, para manter a sentença recorrida pelos seus fundamentos.

A decisão adotada como paradigma é esta:

“Enfiteuse. Comisso. Purgação da mora. Não obstante verificar-se o comisso se o foreiro não paga os foros durante três anos consecutivos, é preciso sentença que declare o fato. E enquanto não houver sentença, o devedor pode purgar a mora. Cia. de Fiação e Tecidos “Cometa” versus União Federal. Ap. nº 15.537 — Relator: Min. Amárilio Benjamin. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 15.537, da Guanabara, apelante Cia. de Fiação e Tecidos “Cometa” e apelada a União Federal: Acorda, por maioria, a Primeira Turma julgadora do Tribunal Federal de Recursos em dar provimento, conforme consta das notas taquigráficas anexas, as quais com o relatório, ficam fazendo parte integrante deste julgado, apurado nos termos de fls. 73. Custas ex

lege. Tribunal Federal de Recursos, 28 de agosto de 1963 — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator. Relatório: O Sr. Min. *Amarílio Benjamin*: A Cia. Fiação e Tecidos "Cometa" dizendo-se com o domínio útil de terreno aforado pela União Federal, vem, contra esta, propor ação consignatória dos foros relativos aos exercícios de 1948 a 1958 pois, alega o autor, o comisso não se opera sem decisão judicial. Assim decidiu o Dr. Juiz *a quo*, na sentença de fls. 34: "Verifica-se pelos próprios termos em que foi posta a inicial, que ao ser oferecido o pagamento já havia ocorrido a caducidade da enfiteuse, pelo decurso do prazo de três anos, tanto assim que a própria autora pretendeu na esfera administrativa o seu revigoramento. A recusa em receber o pagamento oferecido a destempo é, sem dúvida, justa. A circunstância de não haver a ré promovido a decretação judicial da caducidade não interessa à solução da presente ação, em que somente se discute a recusa de sua legitimidade. Nestas condições, e considerando o mais que dos autos consta, julgo improcedente a ação." Apela a autora às fls. 37. Contra-razões às fls. 40. Nesta instância, falou a Subprocuradoria-Geral da República às fls. 46. É o relatório. Voto: O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator):

De fato pelo Cód. Civil, art. 692, nº II, verifica-se o comisso quando o foreiro deixa de pagar, durante três anos consecutivos, as pensões da enfiteuse. Todavia, segundo a unanimidade dos doutores, é necessário que o comisso seja decretado por sentença do juiz. Outra não é a conclusão que decorre do nosso Código, desde que somente o juiz tem poderes para examinar a controvérsia que se estabelece em torno dos

motivos que teriam determinado o não pagamento dos foros, e para fixar, na mesma sentença, conforme o dispositivo citado, o valor da indenização pelas benfeitorias necessárias ou até dizer que elas não existem. Por outro lado, enquanto não houver sentença, o dinheiro pode ser pago, regendo-se o assunto pelos preceitos da mora. Assim, o devedor pode depositar quando quiser ou até no prazo de contestação da ação de comisso. Pelo que, julgo procedente a ação, nos termos do pedido. Dou assim provimento.

Voto: O Sr. Min. *Aguiar Dias*: Sr. Presidente, também dou provimento ao recurso porque, a meu ver, com a devida vênia, a sentença claudicou no ponto de vista processual, porque admitiu a defesa numa consignação de pagamento fora dos casos taxativos estabelecidos em lei.

Com efeito, a arguição oposta à pretensão da ora apelante foi a que havia ela incidido em caducidade, aduzindo a apelada que não tinha havido recusa de pagamento. Ora, não cabe, em ação de consignação e pagamento, nem da parte do autor, nem da parte do réu, oferecer razões de fundo, além das que estão estabelecidas taxativamente em lei. A defesa na ação de consignação e pagamento não pode ser ampliada. Todavia, em mais um equívoco incidiu a sentença, por entender que a caducidade se operou sem sua decretação por ato judicial.

A unanimidade dos praxistas, como V. Ex^a assinalou e já estava assinalado pelo ilustre advogado da tribuna, sustenta com as melhores razões não caber a decretação de comisso sem o prévio exame judicial. Mas, ainda que não se aceitasse essa decretação por via administrativa; ainda que se tolerasse a decretação por via administrativa, esta não

ocorreu. Estou de acordo com V. Ex^a. Dou provimento ao recurso.

Decisão: Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Depois dos votos dos Srs. Relator e Revisor dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Min. Márcio Ribeiro (Henrique d'Ávila). Nesta assentada o Sr. Min. Aguiar Dias acompanhou o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*. Voto: *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*; Sr. Presidente, estou em divergência com os votos proferidos pelos eminentes Srs. Mins. *Amarílio Benjamin* e *José de Aguiar Dias*, por se tratar de caso de comisso em terreno de domínio da União. Concordo com todos os argumentos da autora até certo ponto. Ela veio frisando que se observou sempre um duplo regime quanto à imposição da pena de comisso: nos terrenos particulares seria necessária uma sentença nos terrenos de domínio da União ou públicos, poderia haver decretação de um comisso em processo administrativo. Entretanto, alega, depois, que esse regime foi alterado pelo Decreto nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e então começa minha divergência. Citou o art. 101, § 2º, do referido decreto, que diz o seguinte: "O não pagamento do foro durante três anos consecutivos importará na caducidade do aforamento." Até aí, realmente, teria desaparecido a faculdade de ser decretado o comisso em processo administrativo. Mas acontece que esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente. O art. 118 do mesmo decreto estabelece: "Caduco o aforamento na forma do § 2º, do art. 101, o órgão local do SPU, notificará o foreiro, por edital ou, quando possível, por carta registrada, marcando-lhe o prazo de 90 dias para apresentar qualquer

reclamação ou solicitar a revigoração do aforamento..." Entendo que embora não se exija um ato expresso, o comisso fica decretado no processo administrativo. *O Sr. Min. Aguiar Dias*: Mas não é automático. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: Esse artigo permite, apenas, ao interessado pedir a revigoração. Foi decretado o comisso no processo administrativo. Ele pediu a revigoração e foi negada. Essa era a situação. Não é possível, portanto, por meio de simples ação de consignação em pagamento, considerar que a autora tinha o direito de pagar os foros em atraso e, assim, revogar a pena de caducidade em que incorrera. Concluo, Sr. Presidente, negando provimento ao recurso, para confirmar... *O Sr. Min. Amarílio Benjamin*: Quero apartear V. Ex^a antes de encerrar o seu voto. Examinei o decreto. Realmente, não reinterou a orientação anterior. É verdade que este último decreto se refere, como V. Ex^a leu, às formalidades para a restauração do aforamento ou do contrato. A mim, entretanto, não me pareceu que tivesse maior relevo, porque realmente a administração poderia estabelecer tais cautelas até mesmo havendo sentença reconhecendo que a caducidade não se dera. Não vejo nenhuma incompatibilidade. Além do mais — é um argumento que não é novo, que V. Ex^a já tem encontrado — quando o cidadão marcha para cumprir determinada exigência da administração, não se deve levar em conta essa circunstância como confissão, porque, da parte da administração, no tocante a impostos e às questões de seus imóveis, há sempre o pressuposto da coação. Evidente. Se a administração me dá uma chance

para cumprir, sem luta, isto ou aquilo, eu cumpro. Não estou confessando nada. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: Que o não pagamento do foro não faz incorrer em pena de caducidade, automaticamente — parece-me que não é negativa da lei. É uma construção da jurisprudência e, a meu ver, até certo ponto, hoje em dia, um pouco extravagante, porque destoa daquele princípio de que o não cumprimento de obrigação com prazo certo importa em aplicação da pena respectiva. *O Sr. Min. Aguiar Dias*: E o princípio da purgação da mora? *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: Não se aplica quando a obrigação tem prazo certo e o devedor não a cumpre. *O Sr. Min. Aguiar Dias*: Só existe mora quando há obrigação com prazo certo. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: A construção é da jurisprudência. Ora, vem um decreto e declara que o devedor poderá pedir a revigoração do aforamento (art. 118). *O Sr. Min. Aguiar Dias*: Pode ser decretado o comisso. Mas não houve decretação. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: Se não há uma lei a respeito, trata-se de construção da jurisprudência e o decreto adotou orientação contrária. E podia segui-la, porque era o sistema anterior, de todos os decretos. Entendo que a autora incorreu em pena. Depois há um ato administrativo decretando a caducidade — perfeito e acabado. Como se vai revogar tudo isso por meio de ação, e ação de consignação em pagamento? Pelo menos dúvida deveria haver para que essa ação fosse... *O Sr. Min. Amarílio Benjamin*: Não me conteste. Quero ter esse prazer. Mas, vou dizer a V. Ex^a, rematando as observações que estava fazendo. Hoje em dia, o que os juristas tem reconhecido é que a enfiteuse é

uma excrescência do direito moderno; então a marcha é para se extinguir a enfiteuse. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: Mas é o que V. Ex^a não está permitindo, *data venia*. *O Sr. Min. Amarílio Benjamin*: Espere, não cheguei lá. Então a tendência para se extinguir a enfiteuse é consolidada, porém, naquele que usa a terra, a propriedade. *O Sr. Min. Márcio Ribeiro*: *Data venia*, tudo isso só pode se dar de acordo com a lei e a lei é contrária à interpretação de V. Ex^a. Nego provimento. Decisão: Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: prosseguindo no julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro (Djalma da Cunha Mello) negou provimento ao recurso. Foi dado provimento, vencido o Sr. Min. Márcio Ribeiro. O Sr. Min. Revisor votou com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila."

VOTO

O Sr. Min Esdras Gueiros: Sr. Presidente. *Data venia* de V. Ex^a, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, pelo fato de ter S. Ex^a ressalvado ao autor o direito de utilizar-se do processo administrativo próprio.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deram provimento em parte ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Revisor que negava provimento. O Sr. Min. Esdras Gueiros votou de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.345 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelantes — José de Sá Freire e outro

Apelado — Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

O abono de 70% da Lei nº 4.242, de 17-7-63, incorporou-se ao provento percebido pelo funcionário aposentado. Recurso unanimemente provido, inclusive quanto a honorários de advogado.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): Trata-se de ação ordinária proposta por José de Sá Freire e Leonardo de Carvalho Netto, Procuradores autárquicos de 1ª Categoria, aposentados, a pedido, por contarem 35 anos de serviço, contra o Instituto Nacional de Previdência Social, que os vem privando do recebimento dos benefícios que percebiam anteriormente à Lei nº 4.439/64.

Pedem os autores o restabelecimento de seus proventos desde 1º-6-64, com as subseqüentes atualizações legais, acrescidos dos efeitos da Lei nº 4.531/64. Pedem, ainda, seja condenado o réu em custas, juros de mora, correção monetária e honorários de advogado na base de 20% sobre a condenação.

Às fls. 54 foi admitido o pedido de litisconsórcio formulado por Edson Moury Fernandes às fls. 47/49.

Contestado o pedido e processado regularmente o feito, sentenciou o Dr. Juiz, às fls. 119/123, pela improcedência da ação, condenando os autores aos pagamentos de honorários advocatícios, a base de 10% sobre o valor da causa, dos quais 8% depositados à conta do réu e 2% à conta da União, sua assistente, e custas do processo.

Inconformados, apelaram os autores (fls. 125/143).

Contra-arrazoou o INPS (fls. 147/149).

As fls. 151 falou a União Federal, como assistente, subscrevendo as razões da apelação de fls. 147/149.

Nesta Instância pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República pedindo o não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): Aposentaram-se os autores e ora apelantes, antigos Procuradores autárquicos, respectivamente, em 1961 e 1962, após completar, cada um, trinta e cinco anos de serviço público. E os seus proventos foram fixados na conformidade da Lei de nº 3.414, de 1958, acrescido

da gratificação de nível universitário da Lei de nº 3.780, de 1960.

Já se tornou certo, na doutrina e na jurisprudência, “que os proventos da aposentadoria são fixados nos termos da lei vigente ao tempo” (Súmula 359), salvo erro na sua aplicação, “na contagem do tempo de serviço, no cálculo dos vencimentos”, o que não aconteceu no caso dos autos.

E, regularmente estabelecidos os proventos, adveio a Lei de nº 4.242, de 17-7-63, concedendo aos funcionários públicos um abono de 70%. E, tendo em vista que a concessão deste abono decorreu em face da desvalorização da moeda nacional, na forma da Constituição então vigente foram revistos os proventos dos inativos. O Instituto réu, relativamente aos apelantes, acresceu aquela percentagem aos seus proventos: E esse acréscimo, pelo mesmo princípio de que os proventos só podem ser revistos no caso de erro de cálculo, também não podia ser subtraído do seu cômputo.

Argumenta o Instituto com a Lei de nº 4.439, de 27-10-64, que fixou novos vencimentos para os servidores do Ministério Público, e cujo § 2º, do art. 1º estabeleceu:

“A partir da vigência desta lei, cessarão pagamentos de abonos, reajustes e aumentos de vencimentos decorrentes da execução das Leis nºs 3.531, de 19-1-59; 3.800, de 12-7-60; 3.826, de 23-11-60; 4.069, de 11-6-62 e 4.242, de 17-7-63.”

Desapareceu, sem dúvida, o abono, mas o seu valor continuou integrando os proventos. Note-se que lei posterior, a Lei de nº 4.531, de 8-12-64, em seu art. 3º, estabeleceu o direito do aposentado perceber os proventos auferidos.

Isto posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida e reconhecer o direito dos apelantes à per-

cepção da diferença entre a importância que recebiam e passaram a receber, a título de proventos, após 1º de junho de 1964, condenando, também, o Instituto ao pagamento de honorários de advogado, na forma do pedido.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): O caso dos autos, estando os autores-apelantes aposentados desde 1961 e 1962, conforme resulta dos documentos de fls. 27 e 28, por conseguinte anteriormente à Lei nº 4.242, de 1963, que concedeu o abono de 70%, e a 1º de junho de 1963, data à qual retroagiram as vantagens concedidas pela Lei nº 4.439, de 1964 (art. 23), não é idêntico ao que tive oportunidade de decidir, pela sentença anexada por cópia às fls. 91 e seguintes (2ª Vara Federal, da Guanabara, Mandado de Segurança impetrado por Augusto Carlos Calmon Nogueira da Gama, contra o Presidente do IPASE — Processo número 867).

Não se trata, na hipótese, de assegurar na aposentadoria os proventos correspondentes aos vencimentos percebidos por força das leis mencionadas, mas, o que pleiteiam os autores, é melhoria de suas aposentadorias, pela aplicação destas, que lhe são posteriores.

Tem, assim, razão a ilustre Juíza Dra. Maria Rita Soares de Andrade, quando da sentença apelada, após acentuar que aquela minha sentença não tem adequação à espécie, acrescenta (fls. 122 e 123):

“o que foi decidido é que, fixado os vencimentos quando da aposentadoria, não podem mais sofrer redução. Estes, ao serem aposentados em 1961/1962, tiveram seus níveis de vencimentos fixados sem o abono de 70% da Lei nº 4.242”.

Em relação aos aposentados, sem dúvida prevalece o princípio, hoje consubs-

tanciado na Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal, de que os respectivos proventos regulam-se pela lei vigente ao tempo em que foram reunidos os requisitos necessários, inclusive, em se tratando de inatividade voluntária, foi a mesma requerida, ressalvada a revisão prevista em lei.

Daí resulta que o direito adquirido do aposentado é a estes proventos, decorrentes da lei da época.

Se, por outro lado, leis posteriores estabelecem para os funcionários em atividade nova remuneração, sendo esta estendida aos aposentados, como ocorreu em relação aos autores, em virtude do disposto nas Leis nºs 4.242, de 1963, e 4.439, de 1964, de modo a que acompanhem os proventos dos inativos os vencimentos dos que permanecem em atividade, deverá ser aplicada a nova legislação, mais benéfica, mas sem que possam os aposentados invocar direito adquirido a algumas parcelas dos proventos antes percebidos, o que implicaria em conceder-lhes maiores vantagens do que as concedidas àqueles, e criar uma terceira norma legal, na verdade inexistente.

O direito adquirido será limitado a não receber menos do que foi fixado por ocasião da aposentadoria, segundo as leis então vigentes.

Em consequência, se para acompanhar os servidores em atividade, foram os autores beneficiados pela Lei número 4.439, de 1964, que estruturou em novas bases os vencimentos e vantagens, extinguindo, inclusive, algumas antes existentes, e pondo fim ao abono de 70%, que durante meses foi recebido cumulativamente com o novo padrão de vencimentos, os funcionários aposentados não poderão ter maiores direitos do que os assegurados aos que permanecem em atividade.

Nessas condições, passarão a perceber os proventos da aposentadoria, de acor-

do com a nova lei, inclusive com a redução resultante da extinção do abono, findo o prazo em que foi garantida sua percepção cumulativa com os novos vencimentos.

O que importa é que não haja redução global dos proventos fixados na aposentadoria, de conformidade com a Súmula nº 359, já referida.

Somente o adicional de inatividade, do art. 184, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos, terá que ser mantido, pois não será atingido pelas majorações correspondentes aos aumentos dos funcionários em atividade.

Assim, a ação seria improcedente, não fosse a circunstância de haver a Lei nº 4.531, de 1964, no seu art. 3º, determinado, embora a tanto não fosse obrigado o legislador, que :

“Quando o total mensal de vencimentos e vantagens ou proventos, a que por força da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, fizeram jus os membros do Poder Judiciário do Ministério Público da União e do Serviço Jurídico da União, for inferior ao total de vencimentos e vantagens, ou proventos que vinham recebendo, terão direito a um complemento igual ao valor da diferença encontrada. Parágrafo único: O complemento de que trata este artigo decrescerá progressivamente até a sua completa extinção, em face de futuros reajustamentos, promoções e acessos”.

Aliás, a sentença apelada, embora não o mencionasse na sua conclusão, que foi pela improcedência total da ação, reconheceu o direito dos autores a esta com-

plementação, quando afirmou na sua fundamentação (fls. 123):

“Decidindo a postulação, asseguro aos autores, na forma do prescrito no art. 3º, da Lei nº 4.531/64, a não sofrerem redução de proventos com a aplicação da Lei número 4.439/64;”

Nessas condições, o meu voto é dando provimento à apelação dos autores, para julgar a ação procedente, em parte, condenada a ré a pagar-lhes a complementação do art. 3º, da Lei nº 4.531, de 1964, como se apurar em liquidação, sem honorários de advogado, diante da

sucumbência parcial, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em situação semelhante (*R.T.J.*, vol. 54, pág. 754 e vol. 49, pág. 601), com a condenação nas custas em proporção, tendo em vista o valor apurado e o que foi pleiteado às fls. 136.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.548 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jarbas Nobre

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Henrique d'Ávila

Embargante — União Federal

Embargado — Cícero Cavalcanti de Albuquerque

EMENTA

Readaptação. A ela faz jus, nos termos do art. 64, da Lei nº 4.242/63, o funcionário desviado de seu cargo e que nessa situação completa dois anos em 17 de junho de 1963. Embargos rejeitados.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de março de 1971. — *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): Cícero Cavalcanti de Albuquerque mo-

ve esta ação ordinária contra a União Federal objetivando sua readaptação no cargo de Assistente-Jurídico da Diretoria Regional dos Correios e Telégrafos na Guanabara.

A ação foi julgada procedente por ter ficado reconhecido que o autor preencheria os requisitos da Lei nº 4.242/63, combinada com a Lei nº 3.780/60, pois que exercera desde 1960 função estranha às próprias de seu cargo de Postalista, tendo sofrido desvio funcional.

Os autos vieram a este Tribunal em razão de recurso *ex officio* e voluntário, que foram denegados, vencido o Min. Armando Rollemberg.

Está vazado neste termos o Acórdão proferido:

“Readaptação. É de conceder-se ao servidor que, por mais de oito anos ininterruptos, exerceu, junto à Diretoria Regional do Departamento dos Correios e Telégrafos, no Estado da Guanabara, as funções próprias dos Assistentes Jurídicos, como tais definidos na Lei nº 1.339/51, satisfeitos todos os requisitos do art. 44 da Lei nº 3.780/60, inclusive o de ser bacharel em direito devidamente inscrito. A Lei nº 4.242/64, ao admitir novos casos de readaptação, não exigiu que o readaptando se encontrasse no desvio da função na data da publicação da Lei nº 3.780. Inteligência do art. 64 daquele diploma legal.”

Quer a União Federal através destes Embargos que prevaleça o voto vencido do Min. Armando Rollemberg no sentido de que o art. 64, da Lei número 4.242/63 só alcançou os que já se encontravam desviados das funções de seus cargos em 12 de julho de 1960, data da Lei nº 3.780/60.

Sustenta mais em suas razões que o desvio funcional não é o único dos requisitos exigidos para a readaptação, como esclarecido no art. 44, da Lei número 3.780/60.

Destaca que inexistente no processo prova de que o desvio adveio de absoluta necessidade do serviço; de que a atividade foi exercida de modo permanente e sem interrupção; de que as atribuições do cargo que exerce são diversas das pertinentes ao cargo em que julga deva ser readaptado; de que possui as necessárias aptidões para o exercício regular do novo cargo.

Os Embargos foram impugnados às fls. 264, na parte do voto vencido que entende que o art. 64, da Lei nº 4.252/63 só alcançou os que já se encontravam

desviados das funções do seu cargo em 12 de julho de 1960, data da Lei nº 3.780/60.

Lembra o autor embargado que o instituto da readaptação não foi tratado somente pela Lei nº 3.780/60, pois a esta se seguiram a Lei nº 4.242/63 e o Decreto-lei nº 625, de 11-6-69, e a Portaria nº 3.394, de 19-6-69; que o lapso de tempo de desvio de função capaz de garantir a readaptação fluiu até 17-7-63, data da Lei nº 4.242, porque: a) esta expressamente assim o declara; b) do mesmo modo o Decreto nº 60.856, de 15-6-67; c) o que se verifica também na Portaria nº 3.394/69.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): O autor ora embargado é titular do cargo de Postalista, nível 16-C, do Quadro do Pessoal do Departamento dos Correios e Telégrafos.

Em 6 de agosto de 1960 passou a ter exercício no Gabinete da Diretoria Regional dos Correios e Telégrafos no Estado da Guanabara, e, a partir de 9 desse mês, a Assessoria de Deveres e Assuntos-Jurídicos, posto que só pode ser desempenhado por bacharel em Direito inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Nela permanecia em 5-12-68, data da propositura desta ação.

Pleiteou sua readaptação no cargo de Assistente-Jurídico, com base no disposto no art. 64, da Lei nº 4.242/63, *verbis*:

“Além dos previstos na Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, será readaptado o funcionário que, até a data da presente lei, tenha completado dois anos ininterruptos, ou cinco anos, com interrupção, no exercício de cargo ou funções das atribuições diversas das pertinentes à classe que, na data de 12 de julho de 1960, já se encontrasse nessa situação”.

Para o Min. Godoy Ilha, Relator na Apelação, ao comentar o texto transcrito, fê-lo pelo modo seguinte, como se lê às fls. 250:

“À toda a evidência, que a cláusula final só se refere à disjuntiva de ter sido o servidor por cinco anos intercalados desviado do exercício das próprias funções, e que, nessa situação, o encontrasse a Lei nº 3.780. De outro modo, não teria sentido o *caput* do artigo, ao dispor que, além dos casos previstos na Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, será readaptado o funcionário que, até a data da presente lei (17 de junho de 1963), tenha completado dois anos. . .

E foi a inteligência que lhe deu o Decreto nº 60.856, de 15-6-67, que regulamentou os citados dispositivos das Leis nºs 3.780 e 4.242, quando, no art. 1º, ao referir-se à readaptação da Lei nº 3.780, dispôs no seu parágrafo único:

“A readaptação de que trata este artigo também se aplica, nos termos da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, ao funcionário efetivo que tenha também exercido funções diversas, pelo prazo de dois anos ininterruptos, até 17 de julho de 1963, e, pelo prazo de 5 anos interpolados, até 17 de junho de 1963, desde que em 12 de julho de 1960 se encontrasse nessa situação”.

Interpretação diversa deu ao texto o Min. Armando Rollemberg (fls. 253). Para ele:

“Analisando-se tal disposição, verifica-se que entre as condições estabelecidas para a obtenção da readaptação está a de que o funcionário, em 12 de julho de 1960, data da Lei nº 3.780, se encontrasse no exercício do cargo ou funções de atribuições diversas das pertinentes à classe a que pertencia.

Ora, o próprio autor declara na inicial que somente em 6 de agosto de 1960 fora convocado a prestar serviços, que seriam de natureza jurídica, junto ao Gabinete da Diretoria Regional dos Correios e Telégrafos na Guanabara e, assim, não atende a pressuposto essencial para o deferimento de sua pretensão.”

Fico com a Turma que, decidindo como decidiu, está em perfeita harmonia com a interpretação administrativa, contida na Portaria nº 3.394, de 19-6-69, do Diretor-Geral do DASP (fls. 275), na parte referente a readaptação:

“2 — Exercício em 12-7-60. É condição essencial à readaptação. A admissão posterior impede a medida (Exposição de Motivos nº 477, de 8-7-68. *Diário Oficial* de 24-7-68 (págs. 6.300).

3 — Ocorre desvio depois de . . . 12-7-60, pelo art. 64 da Lei número 4.242, de 1963; entretanto, há necessidade de o readaptando ser ocupante efetivo de cargo em . . . 12-7-60.”

De recordar-se que tal portaria de orientação foi baixada de acordo com o disposto no art. 14 do Decreto-lei nº 625, de 11-6-69 (fls. 273).

Ao trazer à colação o entendimento administrativo, é óbvio que com isto não pretendo impô-lo a este Tribunal. Quero, isto sim, ressaltar o divórcio existente na própria Administração que, como no caso presente, não atendeu ao ato normativo. Daí por que, como com certa graça e com absoluta propriedade está afirmado na decisão de Primeira Instância (fls. 100), “a readaptação na órbita administrativa tem sido questão de “estrela”. Quem tem sorte logra obtê-la; quem não tem vê sua reivindicação denegada”.

O art. 64 da Lei nº 4.242/63 criou um novo caso de readaptação, não pre-

vista na Lei nº 3.780/60: “Além dos previstos na Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, será readaptado...”

Por ele, devia ser readaptado o funcionário que em 12 de julho de 1963 (data da lei), tivesse completado dois anos ininterruptos ou cinco interpolados, no exercício de cargo ou funções de atribuições diversas das pertinentes à classe que, em 12 de julho de 1960 (data da Lei nº 3.780), já se encontrasse nessa situação.

Os dois anos ininterruptos ou cinco interpolados são contados da data do desvio funcional até 17 de junho de 1963, como expresso está no Decreto nº 60.856/67, já transcrito.

Ora, o autor ora embargado foi desviado das funções de seu cargo de Postalista, em 9 de agosto de 1960. Em 5-12-68, data da propositura da ação, ainda se encontrava nessa situação. Logo, completou o biênio previsto na lei. Deve, assim, ser readaptado.

Rejeito os embargos.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Sr. Presidente, das notas que coligi ao estudar a espécie controvertida nos autos, também cheguei à mesma conclusão a que aportou o eminente Sr. Ministro Relator, em seu bem elaborado e jurídico voto.

O embargado, sem dúvida, não foi desviado de sua função na data da Lei nº 3.780, de 1960, lei essa cujas vantagens vieram a ser prorrogadas pela Lei nº 4.242, de 1963. Todavia, afigura-se-me demasiado drástica e draconiana a exegese de se admitir que o exíguo decurso de 20 e poucos dias para negar-se ao embargo a franquia por ele propugnada.

Por outro lado, estou em que a interpretação dada pelo Sr. Ministro Relator, em seu pronunciamento na Apelação, é

consentânea e não desgarra aos termos da lei; que não só veio prorrogar as vantagens da lei anterior, como também criou novos casos de readaptação.

Para chegar-se a tal conclusão, basta considerar o art. 14 do Decreto-lei nº 1.625, que, regulamentado pelo DASP, vem depor em favor da requisição advogada pelo embargado.

E, por isso, valendo-me ainda dos valiosos subsídios trazidos à colação pelo eminente Relator, meu voto é no sentido de rejeitar os embargos, *data venia* do voto vencido do eminente Min. Armando Rollemberg.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: Sr. Presidente, de acordo com o meu voto pronunciado no julgamento da apelação, rejeito os embargos.

Voto (VENCIDO)

O Sr. Min. Armando Rollemberg: Sr. Presidente, recebo os embargos pelos fundamentos do voto que proferi na Turma, pois que continuo achando correta tal interpretação. A circunstância de o DASP, em instruções, ter dado interpretação diferente, não altera a situação.

Voto (VENCIDO)

O Sr. Min. Antônio Neder: O meu entendimento é o mesmo do voto do Sr. Min. Rollemberg, proferido no julgamento da apelação.

Estou em que, no caso, necessário é que o funcionário esteja desviado de sua função na data em que teve início a vigência da Lei nº 3.780; e o embargado, como se vê dos autos, não havia completado os dois anos de desvio de função naquela data.

Ao ser editada a Lei nº 3.780, o desvio de função contava pouco mais de um ano.

Recebo, pois, os embargos, *data venia*.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira; Sr. Presidente. O art. 64, da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, reza, *verbis*:

“Art. 64: Além do previsto na Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, será readaptado o Funcionário que, até a data da presente lei, tenha completado 2 (dois) anos ininterruptos ou 5 (cinco), com interrupções, no exercício do cargo ou função de atribuições diversas das pertinentes à classe que, na data de 12 de julho de 1960, já se encontrasse nessa situação.”

Desvio de função é situação de fato.

Ao estabelecer o art. 64 transcrito “que a 12 de julho já se encontrassem nessa situação”, é evidente, *data venia*, a exigência legal de esse requisito ser satisfeito pelo funcionário readaptado, isto é, que, àquela data, já estivesse nessa situação de desvio de função.

O que veio o art. 64 em foco assegurar foi nova oportunidade aos que não contavam, à data da Lei nº 3.780, o tempo de desvio de função previsto nesse diploma, para que pudessem computar o biênio ou quinquênio, conforme o caso, “até a data da presente lei” (Lei nº 4.242, de 17-7-1963).

Recebo, pois, os embargos, acolhendo os fundamentos do voto vencido do Sr. Min. Armando Rollemberg (fls. 253/254).

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, rejeitaram-se os embargos, vencidos os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Antônio Neder e José Néri da Silveira. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins e Décio Miranda votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.648 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Antônio Luiz Fernandes de Souza

Apelada — União Federal

EMENTA

Militar. Direito de reversão à atividade. Lei número 3.847/60. Por simples aplicação do princípio de isonomia deve-se compreender que a lei autorizou a reversão também dos oficiais do exército reformados com base no Decreto nº 19.700/31.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de novembro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Com as razões de fls. 99/104, o Capitão reformado do Exército Antônio Luiz

Fernandes de Souza apela da seguinte sentença:

“Antônio Luiz Fernandes de Souza propôs uma Ação Ordinária contra a União Federal, alegando que por Decreto de 26-11-31, foi reformado administrativamente, com base no Decreto nº 19.700, de 1931, no posto de Capitão do Exército Nacional; que, posteriormente, na forma do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, reclamou à Comissão Revisora, pelo mesmo instituída, obtendo parecer favorável, mas o Poder Executivo deixou de providenciar de acordo com o citado parecer; que moveu, então, uma ação ordinária contra a União Federal, sem obter o reconhecimento do seu direito, por haver a decisão entendido que só seria cabível examinar a legalidade ou ilegalidade do ato, em face dos termos do Decreto nº 19.700, de 1931; que, sobrevindo a Lei nº 3.847, de 1960, de 18-12-60, segundo a qual revertem ao serviço ativo da Marinha de Guerra os militares que passaram à inatividade por força do mencionado Decreto nº 19.700, de 1931, ficaram literal ou aparentemente excluídos os militares pertencentes ao Exército, dos seus benefícios, embora em situação idêntica aos da Marinha de Guerra; que, entretanto, a intenção do legislador era alcançar indistintamente os militares da Marinha e do Exército, como resulta dos termos do Projeto, que veio a se converter naquela lei; que a supressão de referência aos militares do Exército decorreu do substitutivo apresentado, que partiu de um pressuposto errado, em cuja justificação se afirma a existência apenas de 4 oficiais da Marinha de Guerra vivos, a serem beneficiados, pois os demais, da Marinha ou do Exército, já faleceram;

que a Constituição assegura a igualdade perante a lei, e consequentemente, diante da situação inteiramente idêntica, o aludido benefício terá que alcançar forçosamente os militares do Exército, sem o que será estabelecida odiosa restrição com flagrante violação do dispositivo constitucional; que, havendo requerido sua reversão, com base na Lei nº 3.847, de 1960, invocando o art. 141, § 1º, da Constituição de 1946, foi o seu pedido indeferido por falta de amparo legal; que deve, assim, ser julgada procedente a ação, para o fim de ser determinada a sua reversão ao serviço ativo do Exército, com os direitos e vantagens assegurados pela Lei nº 3.847, de 1960, condenada a ré ao pagamento de honorários de advogado, custas e demais cominações legais. Contestou a União Federal (fls. 18) anexando as informações de fls. . . 21/24, e declarando que nenhum é o direito do autor, pois a Lei nº 3.847, de 1960, mandou reverter ao serviço os militares da Marinha de Guerra que passaram à inatividade, por força do Decreto nº 19.700, de 1931, e em nenhum de seus artigos faz alusão aos militares do Exército; que, em consequência, a ação não tem amparo legal, devendo ser julgada improcedente. Replicando (fls. 26), o autor sustentou que o substitutivo que se converteu na Lei nº 3.847, de 1960, como resulta da sua justificação, resultou de um pressuposto falso, de não haver oficial do Exército vivo, a ser beneficiado pela mencionada lei, o que não foi contestado, aliás, pela ré. Saneado o processo (fls. 32), foram requisitados os processos administrativos, indicados pelo autor (fls. 33) e depois da troca de vários officios, desistiu o autor da requisição de um deles, não encontrando (fls. 65), substituindo-a pela juntada dos

documentos de fls. 60/62, sobre os quais se pronunciou a ré (fls. 63), sendo remetido a este Juízo o processo restante, do qual foram trasladadas as peças que se encontram às fls. 74/81. Ouvidas as partes sobre o traslado (fls. 83 e 84v.), restituindo o processo administrativo, foi realizada a audiência de instrução e julgamento, com a apresentação das alegações orais, como consta do respectivo termo (fls. 88). Isto posto: I — Os documentos trazidos aos autos pelo autor demonstram, sem sombra de dúvida, que a supressão da referência a oficiais do Exército, na Lei nº 3.847, de 1960, decorreu do substitutivo formulado pela Comissão de Segurança Nacional, na Câmara dos Deputados, e resultou de evidente equívoco, isto é, de falso pressuposto de que haveria apenas 4 oficiais da Marinha a serem beneficiados pela lei em elaboração, estando falecidos os demais, tanto no Exército como da Armada. É o que se verifica da afirmativa abaixo, encontrada na justificação do substitutivo (fls. 62): “No momento presente existem, apenas, 4 oficiais da Marinha vivos a serem beneficiados pela presente lei, pois os demais, tanto os do Exército como os da Armada, já faleceram. Não pode, todavia, o Poder Judiciário, corrigir equívocos ou erros do Poder Legislativo, verificados na elaboração das leis, o que implicaria em exercer as funções deste Poder. A propósito de hipóteses semelhantes, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, já teve oportunidade de afirmar (Revista do TFR, vol. 11, pág. 195) que “ao Poder Judiciário não compete corrigir possíveis “inadvertências do legislador”, salvo quando daí resulte flagrante desrespeito à Lei Maior.” (Agravamento em Mandado de Segurança 45.463 — Rel. Min. He-

noch Reis). Conseqüentemente, só através de nova lei poderá ser ampliado o benefício da Lei nº 3.847, de 1960, para alcançar também aos Oficiais do Exército, como o autor. A restrição da norma legal aos Oficiais da Armada encerra, inegavelmente, preceito de evidente injustiça, não cabe ao Juiz corrigi-la, invadindo a esfera do Poder Legislativo. Configura, assim, a hipótese, uma daquelas situações a que alude Mário Guimarães, quando afirma que “deverá o juiz obedecer à lei, ainda que dela discorde, ainda que lhe pareça injustiça” acrescentando, a seguir: “É um constrangimento que o princípio da divisão dos poderes impõe ao aplicador.” (*O Juiz e a Função Jurisdicional*, pág. 330, nº 196). Já Hermenegildo de Barros, por sua vez, afirmara que “A lei é o que é, e não o que o juiz quereria que ela fosse.” (*Memórias do Juiz mais antigo do Brasil*, vol. III, pág. 385). Se assim sucede quando se trata apenas de fixar o entendimento e o alcance de uma norma legal, com maior razão lícito não será, ao Juiz, dar ao texto da lei uma amplitude que nele não foi estabelecido, ao verificar que o legislador, na sua elaboração e durante o processo legislativo, incidiu em equívoco ou erro, embora quanto a um pressuposto de fato — como, no caso, a inexistência de oficiais do Exército vivos, atingidos pelo Decreto nº 19.700, de 1931, e a serem beneficiados. O erro do Legislativo só mediante outra lei poderá, na hipótese, ser corrigido. II — Quanto à infração ao princípio da igualdade perante a lei, consagrado no art. 141, § 1º, da Constituição de 1946, e no art. 150, § 1º, da vigente Constituição, é de ressaltar que tem o legislador a faculdade de dar tratamento diverso, a situações que não são iguais? No caso, não é in-

constitucional a lei que restrinja determinados benefícios aos oficiais de uma das Forças Armadas, com exclusão das demais. Mas, se assim não fosse, a infração da norma constitucional, consubstanciada no art. 150, § 1º, da Constituição de 1967, que repete o § 1º, do art. 141, da Constituição de 1946, teria como conseqüência a inconstitucionalidade da Lei nº 3.487, de 1960, e nunca a sua ampliação, para alcançar pessoas não abrangidas pela norma do seu art. 1º. Quando o Poder Legislativo elaborava uma lei, conferindo um tratamento discriminatório, em favor de uma ou várias pessoas, incompatível com a igualdade perante a lei, ao Juiz caberia negar-lhe aplicação, por inconstitucional, sem que possa, porém, para evitar o vício da inconstitucionalidade, estendê-la a outras pessoas, pois do contrário estará se transformando em legislador, e usurpando a função legislativa. III — Em face do exposto, a pretensão do autor, apesar da justiça que encerra e da simpatia que merece, e não obstante os esforços desenvolvidos pelo seu eminente e douto patrono, não poderá ser acolhida, sem que incida o Julgador no inadmissível desvio de função, já acima ressaltado; se a Lei nº 3.847, de 1960, apenas faz menção aos militares da Marinha de Guerra, não pode o Juiz, com fundamento na mesma, mandar reverter o oficial do Exército. IV — Assim sendo, julgo improcedente a ação e condeno o autor ao pagamento das custas e honorários de advogado de acordo com a Lei nº 4.632, aplicável aos processos pendentes, como tem reconhecido a jurisprudência, e, independentemente de pedido da parte (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, pág. 418, 2ª ed.; Luiz Machado Guimarães, Rev. Forense, vol.

173, pág. 121), honorários que arbitro em 5% sobre o valor dado à causa, tendo em vista as diversas circunstâncias a atender em seu arbitramento. P.R. — Rio de Janeiro, 1º de outubro de 1968 — (ass.) — Jorge Lafayette Pinto Guimarães — Juiz Federal.”

A União contra-arrazoou às fls. 106.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do apelo, por inenunciável a decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator):
Concordo com a sentença quando através da constatação do erro de que resultou a restrição da norma legal, admite que o autor foi sacrificado.

Dela discordo, porém, no tocante à impossibilidade de correção desse equívoco, pelo Poder Judiciário.

As Forças Armadas, consideradas como instituição nacional, foi reservado título ou seção aparte em nossas Constituições, sem discriminação entre Marinha, Exército e Aeronáutica; e às mesmas ficaram garantidas as respectivas patentes, em toda a plenitude, com suas vantagens, prerrogativas e deveres (CF/46, arts. 176 e 182; CF/69, arts. 90 e 93).

O Decreto nº 19.700/31, determinado não por circunstâncias pessoais, mas por uma imposição geral da alta política, dispôs tanto para o Exército como para a Armada.

Assim a Lei nº 3.847, que representa a bem dizer uma espécie de anistia do que o Decreto estabelecera, não podia deixar de abranger também as duas armas.

Somente um equívoco poderia explicar a sua restrição.

Mas se as circunstâncias de fato continuaram as mesmas, deve-se admitir que o próprio princípio do art. 153, §

1º, da CF, ou o equivalente das Cartas anteriores, impõe a correção do tratamento discriminatório.

A igualdade imposta pela Carta é a igualdade perante a lei, a mesma lei.

Corresponde a uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições (Marnoco e Sousa).

Aliás, minha divergência com o insigne Juiz, em última análise, consiste exatamente em reconhecer, como reconhecimento, que a situação do autor é perfeitamente igual a dos oficiais da Marinha.

Sendo iguais, a própria Constituição, independentemente de outra lei específica, é suficiente para garantia do direito subjetivo individual do autor.

Vem a propósito esta lição de Alcino Pinto Falcão (*Constituição*, vol. II, págs. 57/58):

“Na coletânea dos arestos do Tribunal Federal Suíço (A.T.F., vol. 6, pág. 172), depara-se conhecido julgado que bem lançou os princípios, em termos de invocação da generalidade dos casos: “O princípio da igualdade perante a lei exige um tratamento igual dos cidadãos não somente na hipótese onde existem circunstâncias de fato absolutamente idênticas, mas ainda desde que se ache realizada a igualdade de todas as circunstâncias de fato apresentando um interesse jurídico. Para que uma desigualdade no tratamento jurídico dos cidadãos seja justificada, é de mister que haja uma diferença não somente em certas circunstâncias de fato, mas nos elementos que, segundo os princípios da ordem jurídica, determinantes da regulamentação do domínio do direito em causa, possam apresentar um interesse jurídico.” Essa lição da jurisprudência suíça merece todo o aplauso. A igualdade é inconciliável com o arbítrio e se este é que fica demonstrado no

caso concreto, com isso fica comprovada a inconstitucionalidade.”

Se a segunda norma legal (Lei nº . . 3.847) era na verdade uma atenuação da primeira (Decreto nº 19.700), na qual o autor estava indiscutivelmente incluído, a sentença que deve ser ao mesmo tempo um juízo lógico e de apreciação, não poderia deixar de considerar a relação individual com aquela, não obstante a sua inconsiderada omissão.

Com isto, a meu ver, a Justiça não estaria legislando, isto é, criando norma geral; mas, pelo contrário, obedecendo a hierarquia das leis e criando apenas a “norma individual”, a que se refere Kelsen, referido por Basavilbaso (*Derecho Administrativo*, I, pág. 339):

“En la concepción Kelseniana, la legislación, la jurisdicción y la administración, no son los productos respectivos de los tres “poderes estatales”, en que se fundamenta la concepción tradicional, sino tres momentos del Proceso de creación del orden jurídico, cada uno de los cuales corresponde a órganos especializados. Desde el punto de vista del momento jurisdiccional, la aplicación de una norma general es crear una norma individual. Pero para esta creación de la norma individual, el juez no ejerce la función mecánica de una automática, vale decir, no se convierte en una máquina de sub-sunciones; es cierto, además que no es un legislador, un creador de normas generales, desde que como juez está sujeto a la ley. No obstante esta subordinación, como la ley siempre encierra una indeterminación, es decir, lleva insita una esfera más o menos dilatada de libertad, el juez al aplicar la norma general “crea una nueva norma, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al conjunto del orden jurídico.”

Dou, assim, provimento ao apelo para julgar procedente a ação, nos termos do pedido, fixados os honorários em Cr\$ 250.00.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): Sr. Presidente. Por ocasião da revisão deste processo, impressionou-me a argumentação do recorrido, no sentido de que ao Poder Judiciário não cabe alterar a Lei, isto é, não cabe complementá-la, ou digamos melhor, corrigir omissão porventura existente.

Todavia, confesso ter ficado de algum modo perplexo quanto à improcedência da ação, porque divisei certa situação de igualdade entre o pretendido pelo apelante e o que foi deferido em favor das Forças Armadas.

No primeiro estudo que fiz, como Revisor, fixei-me no ponto de vista do Juiz. Entendo, porém, que devo reconsiderar minha opinião, principalmente pela exposição que acaba de fazer V. Ex^a no voto que foi lido, porque, em verdade, a Constituição prevê, em sua generalidade, quais os benefícios que devem ser outorgados às Forças Armadas.

Entendo, assim, que não seria a hipótese de criar o que a lei não criou, ou alterar o que a lei não determinou, ou ainda, suprir omissão existente; seria, sim, aplicar tratamento igual em favor desse postulante, que bem o merece.

Concluo de acordo com V. Ex^a, adotando as mesmas razões que expôs no seu voto. Dou, pois, provimento, para julgar a ação procedente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Depois de terem votado os Srs. Ministros Relator e Revisor dando provimento à apelação para julgar procedente a ação, pediu vista dos autos o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

Voto (Vista)

O Sr. Min. Moacir Catunda: Preliminarmente peço à Egrégia Turma, e às partes interessadas, relevar-me pela demora em aqui regressar para devolver o processo de que pedi vista quando tive a honra e o prazer de ser convidado para integrar o *quorum* exigido para o regular funcionamento da Turma.

Ao ouvir o relatório fiquei na quase certeza de que já funcionara em caso idêntico, de interesse também de oficial do Exército, em situação paritária à do autor, como tive oportunidade de explicar ao eminente Relator, mais de uma vez, daí um dos motivos da vista, conferir o caso em julgamento com o outro de que tinha somente recordação e nenhuma nota.

Como, no entanto, os resultados das pesquisas feitas pelo gabinete, compreendendo processos em curso e relatórios e votos de casos julgados, foram negativos, e no que tange à observância de prazo todas as tolerâncias de praxe já haviam sido esgotadas, devolvo o processo à Turma, persistindo, contudo, na quase certeza de antes haver lido algo semelhante, que admito haja sido algum parecer emitido no expediente do interesse do autor, e publicado.

No que concerne ao recurso contra a sentença que julgou improcedente a ação proposta, colimando a reversão do autor ao serviço ativo do Exército, com apoio na Lei nº 3.847, de 18-12-1960, que manda reverter ao serviço ativo da Marinha de Guerra os militares que passaram à inatividade por força do Decreto nº 10.700, de 12-2-1931, entendo que merece provimento.

À invocação do citado edito revolucionário o autor foi reformado administrativamente, no posto de Capitão do Exército, por Decreto de 26 de novembro de 1931.

O projeto de nº 3.908/58, de que resultou a Lei nº 3.837/62, dizia que re-

verterão ao serviço ativo os militares do Exército e da Marinha de Guerra que foram transferidos para a inatividade por força do Decreto nº 19.700, de 12-2-1971.

A falta de menção a militares do Exército decorreu da apresentação de substitutivo em que se afirmou a existência de apenas quatro oficiais da Armada vivos e que seriam os únicos beneficiários da norma em elaboração, visto que os demais, pertencentes à Marinha e ao Exército, já haviam falecido, o que não correspondia à realidade, eis que o autor sobrevivia.

O substitutivo ao projeto original foi justificado nestes termos, conforme publicação feita no *Diário do Congresso Nacional* de 13 de dezembro de 1958, página 8.185 (fls. 60):

“Justificação: o Decreto número 19.700, de 12 de fevereiro de 1931, que instituiu a transferência para a reserva de 1ª classe, administrativamente, teve a finalidade de afastar do serviço ativo, por exclusão, sem processo regular que permitisse defesa comum aos interessados. Assim foram transferidos para a reserva de 1ª classe administrativamente vários militares (oficiais e praças) do Exército e da Marinha de Guerra, julgados atingidos pelo citado dispositivo.

Posteriormente, com o advento da Carta Constitucional de 1937, vários oficiais e praças foram transferidos para a inatividade, atingidos pelo art. 177 (que condenava com a reforma, os crimes políticos e correlatos). Restabelecido o regime constitucional em 1946, vários atos do Governo Provisório de 1930 a 1934 e do regime de 1937 a 1945

foram examinados pelo Congresso Nacional, cujos projetos foram sancionados pelo Sr. Presidente Dutra. Os oficiais atingidos pelo art. 177, da Carta Constitucional de 1937 e pelos atos do Governo Provisório, excetuados os atingidos pelo Decreto nº 19.700/31, foram reconduzidos à ativa e tiveram restabelecidos seus direitos como se não tivessem sido afastados dos quadros do Exército e da Marinha. Pode-se citar entre estas leis, a de nº 529, de 9-12-1948, “que determinou a reversão de todos os funcionários públicos e dos membros do Ministério Público e serventuários da Justiça, exonerados pelo Governo Provisório ou por delegado seu”. Há também a determinação do art. 30, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1946, “para a reversão dos que se valeram do direito de reclamação perante o Poder Judiciário, o reconhecimento de seus direitos, salvo quanto aos vencimentos atrasados, mediante a aquiescência da Comissão Revisora, estabelecida pelo Decreto nº 254, de 1-8-1935”. Todos foram reconduzidos aos lugares em que deveriam estar se não tivessem sido afastados pelo Governo de então.

Falta, portanto, ser examinado o caso dos oficiais transferidos para a reserva de 1ª classe pelo Decreto nº 19.700 de 1931. Muitos atingidos foram vítimas de equívocos ou de informações precipitadas, pois uma simples denúncia, ou por carta, ou ainda, por ouvir dizer, deram início às punições, quase sempre sumárias e sem obedecerem os preceitos determinados por leis em pleno vigor na época. Os principais motivos alegados pelos vitoriosos da revolução de 1930 estão consignados nos “considerandos do citado decreto” tais como: “que os ideais revolucionários vitoriosos obrigam a

uma nova era de reivindicações afastando dos cargos de responsabilidade os elementos incapazes de uma profícua colaboração para a consolidação da obra iniciada”; “que não só aos incapazes do ponto de vista moral e profissional deve o Governo privar do exercício das respectivas funções mas também aqueles que, por sua irredutibilidade, continuarem hostis à causa revolucionária”.

Outras leis de exceção foram criadas, afastando outros militares como incursos em várias infrações, algumas delas consideradas pelas autoridades da época como atentatórias à segurança nacional ou ao regime, e cujos militares, por leis anistiantes como o caso da Lei nº 529/48, já citada, retornaram aos respectivos quadros.

Somente os militares atingidos pelo Decreto nº 19.700/31, continuaram na mesma posição daquela época, isto é, sem amparo.

No momento presente existem apenas 4 oficiais da Marinha vivos a serem beneficiados pela presente lei, pois os demais, tanto os do Exército como os da Armada, já faleceram.

Dos remanescentes, alguns possuem certidões declaratórias da limpeza de suas folhas de serviço profissionais, certidões essas passadas pelas autoridades que os puniram. Esses oficiais desejam apenas o ressarcimento moral, não pretendendo qualquer indenização pecuniária. O regresso à Marinha será efetivamente um prêmio para os que tanto fizeram pelo engrandecimento da arma que escolheram.

Acreditamos, pois, que o atual Governo, que tão sobejamente tem demonstrado desejar o fortaleci-

mento da democracia, não relutará em sancionar este projeto que, não temos dúvidas, será aprovado pelo Congresso Nacional.

Sala das Sessões, 7 de abril de 1958. — *Wanderley Junior* — *Humberto Molinaro* — *Leônidas Cardoso* — *Mário Gomes* — *José Guimard.*”

O elemento histórico demonstra indubitavelmente o desígnio do legislador de beneficiar oficiais da Marinha e do Exército, em situação de absoluta igualdade.

O estudo do material legislativo convence do propósito do legislador de beneficiar oficiais da Marinha e do Exército, em situação igual, em perfeita harmonia com o princípio constitucional de isonomia.

Posto que a norma, na sua objetividade, não haja mencionado oficiais do Exército, em decorrência do errôneo pressuposto de fato de que partiu, sou porque seu conteúdo os alcança.

E porque o direito autoriza o Juiz a suprir as lacunas da lei, com apoio na equidade, em determinadas circunstâncias, de que seja exemplo este caso, em que a lacuna é de natureza indubitavelmente material, dou provimento, para julgar a ação procedente.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo no julgamento, deram provimento à apelação para julgar procedente a ação. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro.*

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.829 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda

Recorrente — Juízo Federal da 5.ª Vara

Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social

Apelados — Juvenal da Cunha Bastos e outros

EMENTA

Previdência Social. Aposentadoria. Ex-combatentes. Lei n.º 4.297. A tônica da legislação especial sobre a aposentadoria de ex-combatentes está em assegurar aos seus destinatários, além da redução do tempo de serviço e promoção, proventos iguais aos vencimentos que recebiam na atividade, sem nenhum limite relativamente às contribuições, até o advento do Decreto-lei n.º 710/69. Das duas aposentadorias, especial e ordinária, o ex-combatente faz jus a uma só, na sua pureza, à sua escolha, e não a uma aposentadoria híbrida, composta à base da coalizão de preceitos da lei geral, e da lei especial, manifestamente incompatíveis.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, recusar a intervenção de litisconcorrente, por unanimidade; *de meritis*, por igual votação, dar provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, tudo na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. A espécie dos autos foi assim exposta e decidida pelo Dr. Juiz a quo:

“Vistos, etc
Juvenal da Cunha Bastos e outros, todos qualificados nas fls. 2/4, intentaram ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social, pleiteando, na qualidade de

ex-combatentes, do Ministério da Marinha e finalistas de carreira, o estabelecimento do direito de receberem seus proventos de aposentadoria na base de 100% (cem por cento) de cinco vezes o maior salário-mínimo vigente no País, acrescido de 20% (vinte por cento), dada a sua condição, devendo o suplicado ser compelido a reajustar ditos proventos, a partir da data de suas aposentadorias, condenado nas custas, juros de mora e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento). Fundamentam os autores o seu pedido no art. 61 do Decreto número 48.959-A, de 19 de setembro de 1960, e outras disposições do então vigente Regulamento da Previdência Social; na Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, e na Lei número 1.756, de 5 de dezembro de 1952, de agosto de 1960, e na Lei número 36.911/55. Com a petição inicial vieram os documentos de fls. 14 *usque* 103. Regularmente citado, o réu apresentou a contestação de fls. 112/116, sustentando que o critério adotado pelo Instituto e atacado pelos autores está conforme a legisla-

ção que rege a espécie, sendo o pedido deveras malicioso, fazendo propositada confusão tendente a estender a uma categoria profissional os benefícios que são privativos de outra, que os conquistou, ademais, em época excepcional. Réplica às fls. 118/123. A douta Procuradoria da República oficiou às fls. 124, sem nada aditar à contestação do INPS. Termo de conferência de fotocópias às fls. 126. O despacho saneador foi lançado às fls. 130 sem sofrer qualquer ataque das partes. Na audiência de instrução e julgamento, em que depôs uma testemunha arrolada pelos autores, as partes sustentaram as suas razões, oralmente, na conformidade da Ata de fls. 134. Feito o relatório, passo a decidir: Verifico, primeiramente, como meio de tornar compreensível a espécie *sub judice*, os seguintes fatos: 1º) que os autores foram aposentados por tempo de serviço, como participantes em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, portanto na condição de ex-combatentes do Ministério da Marinha, o que comprovaram pelos documentos acostados à petição inicial e não foi contestado pelo réu; 2º) que os autores, ainda na ativa, descontavam para a Previdência Social, na base do maior salário-mínimo, ou melhor, salário-contribuição permitido por lei; 3º) que, com o advento da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807), os autores contribuíram na base de 8% sobre cinco vezes o salário-mínimo então vigente, mas ao se aposentarem passaram a receber proventos inferiores aos que faziam jus. Realmente, os autores, como ex-combatentes, são beneficiários de legislação específica e excepcional, isto é, pelo art. 1º e seu parágrafo da Lei nº 1.756/52, pelo artigo 2º e seu § 2º, do Decreto nº

36.911/55, com a nova redação dada pelo Decreto nº 1.420/62, diplomas esses que tornaram extensivos a todo o pessoal da Marinha Mercante Nacional, os direitos e vantagens da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948. Assim, ao pessoal da Marinha Mercante que "a partir de 22 de março de 1941, durante a última grande guerra, houver participado ao menos de duas viagens na zona de ataques submarinos, ser-lhe-ão concedidos os proventos de aposentadoria na base dos vencimentos do posto ou categoria superior ao do momento." Também, "os proventos das aposentadorias serão iguais aos vencimentos integrais do posto ou categoria imediatamente superior a que o beneficiado estiver exercendo no momento do pedido de aposentadoria a fim de que sejam sempre atualizados aos dos em atividade." Como finalistas de carreira, ocupantes do último posto, os proventos da inatividade dos autores são acrescidos de 20%, conforme dispõe o § 2º, do art. 2º, do Decreto nº 36.911/55, com a nova redação dada pelo Decreto nº 1.420/62. Objeta o réu, fundamentando-se na norma nº 36.911/55, que na contagem do tempo de serviço para obtenção da aposentadoria ordinária, aos beneficiários pela Lei nº 1.756 há de ser observado o disposto na Lei nº 3.906, de 19 de junho de 1961, bem como a proporcionalidade estatuída no art. 49 do Decreto nº 2.872/33. No entanto, não é de aposentadoria ordinária de que se cuida na espécie, mas de aposentadoria extraordinária, especial, dos integrantes de uma classe premiada pelo legislador, por haver participado de operações bélicas durante o último conflito internacional. De modo que a proporcionalidade

mandada observar no Decreto nº 22.872, de 1933, não poderia sobrepor-se aos ditames da Lei nº 1.756, de 1952. Acrescida circunstância de que não existe antinomia entre os preceitos da Lei Orgânica da Previdência Social e o diploma excepcional que diz respeito à situação jurídica dos autores. A exposição, feita na petição inicial e na réplica de fls. 118/123, convence-me de que as normas da lei geral e da lei especial em confronto harmonizam-se e completam-se, *in casu*. Efetivamente, a lei excepcional é aquela que introduz exceções, de qualquer natureza, a regras gerais, ou a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduos ou classes da comunidade, consoante a definição da Caldara, *apud* Carlos Maximiliano, *in* "Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 242 da 8ª Edição Freitas Bastos. Não era lícito ao réu, *data venia*, restringir, por interpretação incabível, as regras de benefício instituídas em favor dos autores reduzindo-lhes os proventos da aposentadoria, os quais a lei manda pagar integralmente, ou seja, na base de 100% de cinco vezes o salário-mínimo vigente. Os autores mencionaram como paradigmas os Práticos dos Portos, os quais percebem a aposentadoria integral, com o acréscimo dos 20% estabelecidos na Lei nº 1.756/52 e infirmaram o argumento da contestação, ao dizerem ser flagrante caber-lhes igual direito, uma vez que os tais paradigmas são trabalhadores marítimos de empresa de capital privado e que descontam compulsoriamente para o INPS, através de sua Associação, enquanto eles, autores, também são ex-combatentes e contribuíram do mesmo modo para os cofres da Previdência Social. A diversidade de procedimento no trato

da situação dos autores e dos paradigmas, por parte do INPS, não se justifica, sendo de ressaltar-se o depoimento da testemunha Serapião do Nascimento, Oficial de Náutica da Marinha Mercante, que exerceu a função de Conselheiro representante dos segurados no ex-IAPM, no período de 1964/1965 (*ut*, fls. 132 e verso). Essa testemunha declarou que no concernente "aos ex-combatentes o Instituto embora devesse aplicar a Lei segundo ela dispõe, cem por cento na base do maior salário de contribuição, ou seja, 5 vezes o salário-mínimo da época, e mais 20% no caso do interessado se encontrar em fim de carreira; que assim deveria agir de acordo com a lei especial de guerra, ou seja, Lei nº 1.756/52; que, igualmente, o Instituto não aplicou esse regime sob a alegação de ter de fazer toda a revisão das aposentadorias." Não vejo, portanto, qualquer razão para não encarar as duas expressões de direito (geral e especial) como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente, mormente se se levar em conta a redação do art. 1º, da Lei nº 3.960, de 19 de junho de 1961, *verbis*: "Os funcionários federais e os empregados autárquicos da União que participaram de operações de guerra na Força Expedicionária, na Força Aérea e na Marinha de Guerra do Brasil serão, ao aposentar-se, promovidos ao cargo imediatamente superior, se existir tal categoria no seu quadro, e perceberão integralmente os respectivos vencimentos." No elenco de todas as normas legais aplicáveis à condição de que desfrutaram os autores, citadas na inicial, na contestação e na réplica, não há lugar para a restrição pretendida pelo réu, tanto que a proporcionalidade estabelecida no art. 49, do Decreto número

872/33, sendo disposição menor, não tem a virtude de infringir o que a Lei, estatuto hierarquicamente superior, outorgou como benefício insuscetível de diminuição, muito menos por diploma de categoria inferior. Por estes fundamentos: julgo procedente o pedido, no sentido de reconhecer aos autores o direito de receberem seus proventos de aposentadoria na base de 100% (cem por cento) de cinco vezes o maior salário-mínimo vigente no país, acrescidos de 20% (vinte por cento), por serem finalistas de carreira e ex-combatentes, pelo que condeno o réu a reajustar ditos proventos a partir da data de suas aposentadorias, bem assim como pagar as custas do processo, juros de mora contados da citação inicial e honorários advocatícios que fixo em . . . NCr\$ 800,00 (oitocentos cruzeiros novos), *ex vi* da Lei nº 4.632/65. Recorro de ofício.”

O Instituto Nacional da Previdência Social, não conformado com a r. sentença, manifestou recurso de apelação (fls. 141/143). A União Federal, assistente no feito, nada acrescentou à apelação interposta pelo INPS.

Os apelados às fls. 147 requereram devolução do prazo para que se manifestassem a respeito do recurso interposto pelo INPS, apresentando suas contra-razões, o que foi indeferido pelo Dr. Juiz *a quo*.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer de fls. 152/153, pede que seja julgada improcedente a ação.

É o relatório.

Voto (Preliminar)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): O processo já estava na Segunda Instância quando Arivaldo Vieira dos Santos, e outros interessados, em número de

24 pessoas, apresentaram pedido de litisconsórcio, invocando o art. 88, do Código de Processo Civil e alegando que sua situação é idêntica a dos autores apelados.

O réu, apelante, manifestou-se contrário ao pedido, nesta fase do processo porque:

“1º — Seria eliminada a 1ª fase do processo, ficando a nossa Procuradoria da Guanabara, de onde teve origem a ação, impedida de verificar se os documentos ora apretados conferem com as informações contidas no cadastro de cada um dos requerentes;

2º — Teria que se verificar o vencimento que cada um percebia por ocasião da concessão da aposentadoria, para ficar confirmado que o Instituto agiu extritamente de acordo com a Lei número 1.756/52 e Decreto nº 36.911/1955, com a nova redação dada pelo Decreto nº 1.420/62 que concediam favores especiais a segurados, equiparando-os aos ex-combatentes da FEB.”

Tratando-se de pedido fundado na afinidade da questão proposta ao réu, pelos autores, com a questão que os requerentes poderiam propôr ao primeiro, para o qual se faz necessário o acordo das partes, e considerando a relevância dos motivos invocados pelo réu apelante, em sua recusa, o meu voto é no sentido de indeferir o pedido de litisconsórcio.

Voto (Mérito)

Os autores recorridos são ex-combatentes do Ministério da Marinha, finalistas de carreira, aposentados por tempo de serviço, com as três vantagens especificadas abaixo, decorrentes das Leis especiais de guerra, de nº 288, de 8-7-1948, 1.756, de 5-9-1952, e 3.906, de 19 de junho de 1961, e sua regula-

mentação baixada com os Decretos números 36.916, de 1955, e 1.420, de 1962, a saber:

a) promoção ao posto ou categoria imediatamente superior àquele que estivesse exercendo no momento;

b) proventos acrescidos de 20% quando ocupante do último posto ou de cargo isolado; e

c) aposentadoria ordinária aos 25 anos de serviço, com redução, já que devia ser observada a proporcionalidade do art. 49 do Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933.”

Na conformidade da Lei nº 1.756, de 1956, que estendeu os benefícios da Lei nº 288, de 1948, ao pessoal ex-combatente da Marinha Mercante, qualquer integrante deste terá, na inatividade, proventos na base dos vencimentos do posto ou categoria superior ao que o beneficiário estiver exercendo no momento do pedido de aposentadoria — art. 1º, Decreto nº 36.911, na redação do Decreto nº 1.420/62, artigo 2º.

A Lei nº 3.906/61, matriz do Decreto nº 1.420/62, de seu lado, dispõe que os funcionários federais e os empregados autárquicos da União que participaram de operações de guerra na Força Expedicionária, na Força Aérea e na Marinha de Guerra do Brasil, serão, ao aposentar-se, promovidos ao cargo imediatamente superior, se existir tal categoria em seu quadro e receberão integralmente os respectivos vencimentos. Será concedida, após 25 anos de serviço, aposentadoria sob a forma de renda mensal vitalícia, igual à média do salário integral, realmente percebido durante os 12 meses anteriores à respectiva concessão, ao segurado ex-combatente, de qualquer Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria, com qualquer idade que tenha servido como convocado ou não, no teatro de

operações da Itália, no período de 1944/1945, ou que tenha integrado a Força Aérea Brasileira ou a Marinha de Guerra ou a Marinha Mercante, e tendo nestas últimas participado de combates e patrulhamento, prescreve o art. 1º, da Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, que dispõe sobre a aposentadoria e pensões previdenciária para ex-combatentes, cuja regulamentação foi consolidada pelo Decreto nº 60.501, de 1967, art. 70 e seguintes.

A tônica de legislação especial sobre a aposentadoria de ex-combatentes está em assegurar aos seus destinatários, além da redução do tempo de serviço e promoção, como acima, proventos iguais aos vencimentos que recebiam na atividade, sem nenhum limite relativamente às contribuições, até o advento do Decreto-lei nº 710/1969.

A legislação especial, garantindo-lhes a aposentadoria com proventos integrais, fosse qual fosse o valor do vencimento ou salário percebido na época do pedido, afasta a aplicação aos seus casos, dos preceitos da lei geral, alusivos à aposentadoria ordinária, na base do salário de benefício, obtido da média de doze salários de contribuição, sobre importância não superior a cinco vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no país, na forma dos artigos 23, § 1º, 45 e 69, da Lei Orgânica da Previdência Social, na redação anterior ao Decreto-lei nº 66/66, e do Regulamento-Geral baixado com o Decreto número 48.959-A, de 19-9-1960 — arts. 44, 61, 69, 239 e outros.

O direito à aposentadoria, o ex-combatente o adquire, *ope legis*, subordinando-a à norma jurídica específica, e como esta registra a promessa de proventos iguais à integralidade dos vencimentos percebidos na atividade, ou a média do salário integral realmente percebido nos últimos doze meses, entende-se que a errônea contribuição sobre cinco vezes o

maior salário-mínimo estão vigente, que os recorridos alegam haver prestado, seja fato juridicamente inoperante.

Não é possível, nos termos do direito, conceder-se-lhes proventos iguais à soma de cinco salário-mínimos, porque a norma especial determina que os hajam integrais, isto é, em quantitativo igual aos vencimentos percebidos na atividade.

Das duas aposentadorias, especial e ordinária, o ex-combatente faz jus a uma só, na sua pureza, à sua escolha, e não a uma aposentadoria híbrida, composta à base da coalizão de preceitos da lei geral, e da lei especial, manifestamente incompatíveis.

Por esses motivos, dou provimento ao recurso, para, reformando a sentença,

julgar a ação improcedente, condenando os autores nas custas do processo e em honorários de advogado, desde logo fixados em Cr\$ 20,00 por cada autor, a ser recolhida como renda do réu.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Preliminarmente, recusou-se a intervenção de litisconsortes, à unanimidade; *de meritis*, por igual votação, deu-se provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 28.827 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Recorrente de Ofício — Juízo Federal da 2.ª Vara
Apelante — União Federal
Apelada — Neuza Gonçalves do Amaral Passos

EMENTA

Readaptação. A Justiça não pode compelir a Administração a decidir pedido de readaptação em prazo certo, sob cominação. A demora poderá ser injusta, mas, ilegal nunca, eis que a lei não estabelece prazo certo para a Administração decidir de processo de readaptação.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, dar provimento a ambos os recursos, para julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 6 de outubro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. A espécie dos autos foi assim exposta pela douda sentença de fls. 101:

“Neuza Gonçalves do Amaral Passos, qualificada na inicial, propôs a presente Ação Ordinária contra o Instituto Brasileiro do Sal, objetivando obter a sua readaptação, como estatístico, com vantagens pretéritas contadas desde julho de 1960, acrescida dos juros monetários monetariamente corrigidos, além das custas processuais e os ho-

norários de advogado, alegando que está desviada de suas funções para desempenhar aquelas peculiares ao cargo a que aspira.

Diz que esse desvio perdura há mais de 10 anos, e está documentado no processo administrativo, afirmando que preenche os demais requisitos do art. 43, da Lei nº 3.780,

Com a inicial vem apenas o instrumento de mandato.

O Instituto Brasileiro do Sal produz a longa contestação de fls. 10/18, que assim se pode resumir:

1º) a autora não foi alcançada pelos efeitos da Lei nº 3.780, porque na data de sua emissão era ela interina e, como tal, não readaptável;

2º) sua efetivação só ocorreu em janeiro de 1961 e no cargo de datilógrafa classe E;

3º) só em novembro de 1964 é que a servidora requereu a readaptação, mas já com base na Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963;

4º) que na forma do Decreto nº 52.400, que regulamentou o art. 64, desse diploma legal, foi encetado o processo administrativo de enquadramento readaptativo da autora, havendo o Grupo de Trabalho daquela autarquia concluído que as tarefas por ela desempenhadas não lhes asseguravam direito a ser readaptada como estatístico, mas, tão-só, como auxiliar de estatístico;

5º) que o processo, com esse parecer, foi encaminhado à Comissão de Classificação de Cargos, não tendo decisão até então;

6º) que não havendo solução administrativa do processo, seria intempestiva e inepta (*sic*) a presente ação ordinária;

7º) a seguir, alinha alguns julgados que diz ampararem a tese es-

posada na oposição e pede a im procedência da ação.

Replicou a autora sustentando o seu direito e enfatizando que as vantagens patrimoniais deveriam ser sempre contadas da data da Lei, invocando em apoio dessa assertiva o art. 88, da Lei nº 3.780, arrimado ao acórdão do Agravo em Mandado de Segurança nº 50.400, cuja ementa transcreve.

Saneador às fls. 27, deferindo provas.

Às fls. 33, o Vice-Presidente da Comissão Executiva do Sal, que substituiu a autarquia extinta, pelo Decreto-lei nº 337, comunica ao Juízo que o processo administrativo requisitado fora encaminhado ao Ministério da Indústria e do Comércio, a quem foi solicitado, vindo para ensejar o traslado das peças de fls. 55/85, sobre as quais falaram as partes.

Pelo despacho de fls. 95/6, determinei que em face da extinção da autarquia, se procedesse à citação da União Federal, para que a viesse substituir processualmente, o que se operou com a douta Procuradoria da República ratificando a contestação e os atos praticados pelo Instituto Brasileiro do Sal.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento com observância das formalidades legais.”

O Dr. Juiz *a quo* assim decidiu:

“Isto posto, julgo a ação procedente, em parte, tão-só para o fim de compeller a ré a submeter a autora à prova de suficiência técnica, no que concerne aos requisitos funcionais do cargo e, no prazo de 30 dias, decidir o processo administrativo de sua readaptação.

Condenação sem honorários, dada a proporcionalidade entre o pedido e o concedido. Custas a meio. Recorro de officio”.

A União Federal, não se conformando, apelou às fls. 112/115.

Contra-razões da Apelada às fls. . . . 117/119.

Os autos subiram a esta Instância onde receberam parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido do provimento do recurso de apelação para, reformando a r. sentença, julgar a ação improcedente, com as cominações legais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): A ação foi proposta colimando a condenação da ré a readaptar a autora na série de classes de estatístico.

A sentença recorrida, impressionada com os fatos de:

1º) a Comissão de Classificação de Cargos do IBS haver opinado favoravelmente à readaptação como auxiliar de estatístico, e não como estatístico, e

2º) ter a instrução do processo administrativo ter sido praticamente encerrada em 31 de agosto de 1966, e, decorrido mais de três anos ninguém o tenha decidido, julgou a ação procedente em parte, para compelir a ré a submeter a autora à prova restante, dentro de 30 dias, e decidir o seu processo de readaptação, em caráter final, sob pena de ficar obrigada a reparar o dano patrimonial consequente a sua mora.

Contam-se aos milhares os processos de readaptação de funcionários, nos diferentes setores da Administração, com base nas Leis n.ºs 3.780/60, 3.967/61, 4.069/62, 4.242/63, e outras como é notório.

O ato final declarando o funcionário readaptado no cargo que exercitava, com desvio da função concernente ao seu, é de natureza composta, eis que a legislação prevê a organização de propostas, a realização de provas de suficiência, o relacionamento dos cargos, pelo Serviço de Pessoal dos Ministérios, a revisão dos processos pelo DASP, e o encaminhamento dos mesmos à Presidência da República, para a expedição do respectivo decreto quando é o caso.

O angustiado prazo de 30 dias, lançado pela sentença à Administração, não constando da legislação específica à prática do instituto, cancelado não pode ser, visto que o Judiciário decide de ilegalidade danosa a direito e esta não se fez provada, neste caso, *data venia*.

A demora poderá ser injusta, mas ilegal nunca, eis que a lei não estabelece prazo certo para a administração decidir de processo de readaptação.

O meu voto é dando provimento aos recursos de ofício e voluntário para reformar a sentença, julgar a ação improcedente e condenar a autora em honorários de advogado, fixados em Cr\$. . 100,00, a ser recolhido como renda da União, e custas.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Henrique d'Ávila votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.225 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre

Recorrente — Juízo Federal da 1.ª Vara de Minas Gerais, *ex officio*

Apelante — INPS

Apelados — Homero Machado Coelho e outro

EMENTA

Previdência social. Dupla filiação. Regime de contribuição por mais de um emprego ou atividade, assegurado pelo art. 39 do Decreto-lei nº 72, de 21-11-66, que unificou os Institutos de Aposentadoria. A contribuição e os benefícios consequentes obedecem ao teto de cinco salários-mínimos para cada emprego ou atividade, como decorre da parte final do citado artigo, quando alude ao regime de contribuições e às prestações a que ora tenham direito. Não prevalece, porém, a limitação ao quantitativo de Cr\$ 420,00 a que alude o parágrafo único do art. 364 do Regulamento-Geral da Previdência Social, Decreto número 60.501, de 14-3-67, devendo ser aferido o limite pelo valor do salário-mínimo no momento em que tiver de ser considerado. Ressalva das hipóteses em que o regime de um dos empregos era o de dez salários-mínimos, antes da vigência da LOPS (§ 2º do art. 23 da Lei nº 3.807, na sua primitiva redação). Interpretação conjunta do § 1º do art. 23 da LOPS, na primitiva e na nova redação, dada pelo art. 6º do Decreto-lei nº 66, de 21-11-66; e do art. 39 do Decreto-lei n.º 72, também de 21-11-66.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 3 de setembro de 1971. —
Godoy Ilha, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Relator): Os médicos, autores, contribuíam para o extinto IAPI, como empregados, e para o extinto IAPC, como autônomos.

Depois de perceber abono de permanência numa e noutra qualidade, obtiveram aposentadoria como empregados.

Mas, ao pretender segunda aposentadoria, na qualidade de autônomos, vieram indeferido o pedido pelos memorandos de fls. 17 e 18, que, também, consideraram encerrado o pagamento do abono de permanência, na segunda qualidade, desde a época em que obtiveram aposentadoria na primeira.

Propuseram esta ação, para haver a aposentadoria denegada e as diferenças de benefícios dela e do abono de permanência decorrentes.

A sentença, do Juiz Federal Dr. Antônio Fernando Pinheiro, atendeu ao pedido, por esta forma:

“Os autores, médicos, exercendo a profissão na dupla condição de empregados — como médicos do pessoal da Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira — e autônomos — por exercê-la em consultórios próprios —

contribuintes obrigatórios, assim, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, nas condições aludidas, respectivamente, vieram a obter, como empregados, as aposentadorias a que fizeram jus no regime do primeiro daqueles Institutos, por tempo de serviço e por velhice, e o abono de permanência que lhes garante a lei, como autônomos, sob o regime do segundo.

Tais abonos de permanência foram obtidos antes da vigência do Decreto-lei nº 72, de 1966, que unificou a Previdência Social no Brasil, fundidos todos os Institutos, até então existentes, no Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, ora réu, o que está alegado no item 15º da inicial, sem contestação do réu, e até confirmado por este no contexto da peça de defesa (fls. 22, item 4).

A contribuição obrigatória dos autores, antes do Decreto-lei nº 72, de 1966, para ambos os Institutos, decorria do art. 6º e seu parágrafo único, da Lei nº 3.807, de 1960, assim redigidos:

“Art. 6º — Salvo o disposto no § 3º do art. 5º, o ingresso em emprego ou o exercício de atividade compreendida no regime desta lei determina a filiação obrigatória do segurado à previdência social.

“Parágrafo único. Aquele que exercer mais de um emprego, contribuirá obrigatoriamente para as instituições de previdência social a que estiverem vinculados os empregos, nos termos da lei.”

Embora o texto do parágrafo não repita exatamente o do artigo, há de se ter o fato como um defeito de redação, pois é notório que os pro-

fissionais liberais, empregados, e que mantinham escritórios e consultórios próprios, além do emprego, foram inscritos, compulsoriamente, pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, ao qual coube a contribuição respectiva, o que aliás lhe era lícito, desde que não havia, nem há incompatibilidade em associar-se o profissional liberal à previdência social, na dupla condição de empregado e autônomo.

Assim, em tais condições, vieram os autores contribuindo para os Institutos aos quais filiados por força de lei, obtendo do Instituto dos Comerciantes, como autônomos, o abono de permanência e, posteriormente, já no regime do Decreto-lei nº 72, de 1966, a aposentadoria por tempo de serviço e por velhice, mas como empregados, no regime que seria o do Instituto dos Industriários, em cada um deles contribuindo sobre valor tal que excedia o limite então vigente do salário de benefício.

Mas, se assim permaneceu a sua situação, com obrigação da dupla inscrição, mas, também, com direito a duplo benefício, tudo decorreu dos arts. 32 e 39 do Decreto-lei nº 72, de 1966, como muito bem lembrados pelos autores, aquele quando sub-roga o réu nas obrigações dos Institutos fundidos, e este quando dispõe que:

“A unificação de que trata este Decreto-lei não alterará a situação dos atuais segurados que sejam filiados a mais de um Instituto de Aposentadoria e Pensões, quanto ao regime de contribuições e às prestações a que ora tenham direito.”

Tal dispositivo, fora de dúvida, veio a garantir os direitos dos autores ao duplo benefício, conside-

rado o limite máximo do salário de benefício em cada um deles, desde que só lhes não seria lícito contribuir para uma mesma instituição além do máximo permitido pela lei, o que se deduz da obrigatoriedade da inscrição contida no parágrafo único do art. 6º, da LOPS que, se fixa esse máximo em 5 ou 10 salários-mínimos, como do seu art. 23, § 1º, como limite ao benefício, não contém, nem poderia conter, sob pena de contradição, qualquer disposição impondo tal limite à soma dos seguros do contribuinte, sendo forçoso concluir-se que se impõe a cada um deles.

É que a aposentadoria-seguro é contratual, cada uma das pretendidas pelos autores lhes havendo exigido a contribuição própria a que deram integral cumprimento.

O texto do art. 39 do Decreto-lei nº 72, de 1966, veio, assim, em proteção ao direito adquirido dos autores a ambas as aposentadorias, à que já lhes foi concedida, pelas contribuições pagas como empregados, no regime do Instituto dos Industriários, e à que lhes é devida pelas contribuições pagas como autônomos, sob o regime do Instituto dos Comerciantes, esta mais garantida ainda, como direito adquirido, desde que lhes foi concedida sobre o salário de benefício, respectivo, o abono de permanência que já desfrutam, ilegalmente encerrado pelo réu.

É que o direito adquirido tem definição exemplar na Lei nº 3.071, de 1916, antiga ou primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, contido no § 1º do seu art. 3º, definição que permanece íntegra, doutrinariamente, a despeito de revogada a lei:

“Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titu-

lar, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.”

Ora, está escrito na Lei nº 3.807, art. 32, § 4º, com a redação do art. 9º do Decreto-lei nº 66, de 1966, § 3º:

“Todo segurado que, com direito ao gozo da aposentadoria de que trata este artigo, optar pelo prosseguimento no emprego, ou na atividade, fará jus a um abono mensal de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício, a cargo da previdência social.”

E no § 7º, acrescido ao mesmo dispositivo, diz o Decreto-lei nº 66, referido:

“A aposentadoria por tempo de serviço será devida a contar da data do comprovado desligamento do emprego ou efetivo afastamento da atividade, que só deverá ocorrer após a concessão do benefício.”

Por sua vez, dispõe o art. 102, do Decreto nº 60.501, de 1967, Regulamento Geral da Previdência Social:

“O abono de permanência será devido até manifestação em contrário do segurado, extinguindo-se pelo seu desligamento da empresa ou afastamento efetivo da atividade.”

Vê-se, assim, que, já com direito à aposentadoria quando da obtenção do abono de permanência, o que foi manifestado ao réu que lhes concedeu o abono pedido como autônomos, direito assim exercitado e condição, assim, inalterável ao arbítrio de outrem, senão do próprio segurado, como lhe garantem a lei

e o Regulamento, o indeferimento do benefício pedido o foi contra a disposição constitucional expressa, de qualquer delas, que obsta possa a lei atingir o direito adquirido, não podendo pois prevalecer de nenhum modo.

Assim, ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, acolhe este Juízo a inicial para lhe dar procedência ao pedido em parte, com exclusão, apenas, da correção monetária por sem amparo legal, declarados, assim, nulos os atos de que dão notícia os documentos de fls. 17 e 18, para condenar o réu a pagar aos autores o que lhes for devido a título de aposentadoria como autônomos desde a data daqueles atos, com as cominações pedidas, contados os juros moratórios da citação inicial e incidindo os honorários sobre o *quantum* apurado em execução, à base de 20% (vinte por cento).” (Fls. 35/38).

Apelou o INPS, alegando que o art. 364 do Regulamento Geral da Previdência Social, o Decreto nº 60.501/67, ao regular a situação dos contribuintes que exercem mais de uma atividade, estabeleceu a limitação de cinco salários-mínimos para cada uma. Assim, os autores não podiam ser aposentados, como pretendem, com o benefício superior, em conjunto, ao correspondente a dez salários-mínimos.

A Subprocuradoria-Geral da República acentua, em seu parecer, o mesmo aspecto focalizado na apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Até novembro de 1966, quando, na mesma data, foram promulgados e publicados os Decretos-leis nºs 66 e 72, do dia 21, o primeiro alterando a Lei Orgânica da Previdência Social e o segundo unificando os Institutos de Aposenta-

doria e Pensões, os autores podiam contribuir, em cada uma das duas atividades, até o máximo de 5 vezes o salário-mínimo.

Era essa a regra vigente tanto no IAPI como no IAPC, de acordo com o art. 23 da Lei nº 3.807, no texto então vigente.

Havia, na previdência social, contribuições até 10 vezes o salário-mínimo (no IAPFESP, por exemplo), ressalvadas no § 2º do aludido artigo 23 da Lei nº 3.807. Mas não no IAPI ou no IAPC.

Com a edição, simultânea, do Decreto-lei nº 66 e do Decreto-lei nº 72, estabeleceram-se duas regras que devem ser entendidas e aplicadas em conjunto.

No Decreto-lei nº 66, alterou-se a base de contribuição e de benefícios, que passou a ser de 10 vezes o salário-mínimo (art. 6º, nova redação ao § 1º do art. 23 da LOPS).

No Decreto-lei nº 72, declarou-se, no art. 39, que a unificação dos Institutos “não alterará a situação dos atuais segurados que sejam filiados a mais de um Instituto de Aposentadoria e Pensões, quanto ao regime de contribuições e às prestações a que ora tenham direito”.

Qual o regime de contribuições e de prestações a que então tinham direito os autores? Ao de até cinco vezes o salário-mínimo.

Assim, foi-lhes assegurado, na unificação dos Institutos, o manter as duas filiações, mas cada uma submetida ao teto de cinco salários-mínimos.

Daí, dispor o novo Regulamento Geral da Previdência Social, o Decreto nº 60.501, de 14-3-67:

“Art. 364. Aquele que exercia em 31 de dezembro de 1966 mais de uma atividade vinculada à previdência social conservará os direitos decorrentes dessa situação.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, se a soma dos salários-de-contribuição era superior ao limite estabelecido no parágrafo único do art. 173, o segurado conservará o direito de contribuir em cada atividade com observância do limite máximo de Cr\$ 420,00 (quatrocentos e vinte cruzeiros novos), fixado pela legislação anterior.”

Feita abstração da data considerada, que para simplificação foi tomada a de 31 de dezembro daquele ano, o que há de infidelidade no texto é a referência ao limite de 420 cruzeiros novos, quando a lei regulamentada assegurava o regime de contribuições de 5 vezes o salário-mínimo, o que, obviamente, teria a elasticidade própria desse salário, na observância futura do regime.

Assim, nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

Os autores não podiam ver simplesmente indeferido o segundo pedido de aposentadoria, decorrente da segunda filiação que mantinham.

Havia que somar os dois benefícios e, observado o máximo de 10 salários-mínimos, reajustar as duas aposentadorias, unificando-as, se fosse o caso.

O valor do limite de 10 salários-mínimos, a considerar, será, em conjunto, o da época da concessão do benefício definitivo, e não a soma dos tetos em

moeda da época em que foi assegurado, ou melhor, reafirmado, o direito à dupla contribuição.

Cinco salários-mínimos, depois de 1966, não são Cr\$ 420,00, como se estabelece no dispositivo regulamentar acima transcrito.

A sentença apelada não disse em que base ordenava a concessão da segunda aposentadoria.

Para que prevaleçam, se for o caso, as restrições acima expostas, isto é, de não poder exceder de dez salários-mínimos o conjunto das duas aposentadorias de cada um dos autores, dou provimento, em parte, à apelação.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. *Min. Jarbas Nobre* (Revisor): Os apelados têm direito à “dupla aposentadoria”.

Adquiriram-no antes da vigência do Decreto nº 60.501/67, momento em que o limite máximo de contribuição era sobre cinco salários-mínimos.

Sobre tal valor devem receber o benefício, duplamente.

Dou provimento ao recurso para reformar, em parte, a sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.234 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Recorrente — Juízo Federal da 4.ª Vara, *ex officio*

Apelante — Petróleo Brasileiro S.A.

Apelados — Altamiro Pereira Pinto e s/m

EMENTA

Responsabilidade Civil. Incêndio em consequência de vazamento em oleoduto. Morte de dois menores. CC., arts. 159 e 1.537, II; CPC, arts. 911 e 912. Reconhecimento da irresponsabilidade da Petróleo Brasileiro S.A. e consequente condenação desta a compensar os pais dos menores (durante todo o período de vida provável das vítimas) a perda econômica que sofreram, estimada em 1/3 do salário-mínimo vigente para adulto.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento, em parte, aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Ação ordinária de ressarcimento, proposta a Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás, por Altamiro Pereira Pinto e sua mulher Matilde Campos Pinto, por terem falecido dois filhos menores do casal, Renato Campos Pinto e Altamiro Pereira Pinto Filho, de 11 e 13 anos, respectivamente, vítimas de incêndio, verificado à noite de 10 de maio de 1966, à margem do Rio Tinguá, em consequência de vazamento e escoamento de gasolina do oleoduto Rio—Belo Horizonte.

O réu, em sua contestação, de fls. 31/34, admite o seu dever de indenizar, mas pretende limitar o ressarcimento às despesas de luto e funeral efetivamente

comprovadas, consoante decisões do STF, que cita.

Anteriormente, argüira incompetência da Justiça Estadual e a exceção foi acolhida pelo despacho de fls. 21, sendo os autos enviados à Justiça Federal e distribuídos à 4ª Vara.

A titular dessa vara proferiu, afinal, a sentença de fls. 86/88, dispondo:

“... sendo por lei a idade limite para início de atividade lícita lucrativa, no Brasil a de 14 anos, o cômputo da indenização devida aos autores há de começar da data em que cada um dos menores completasse esta idade, calculando-se a pensão a pagar a seus pais na base de 2/3 do salário-mínimo de menor, dos 14 aos 18 anos, e de maior dessa idade em diante, que estes poderão receber em prestações mensais, ou se preferir a ré, no total, computada a pensão pela sobrevivência das vítimas, calculada em 55 e 54 anos. Custas e honorários pela ré, estes 20% sobre o que os autores receberem de atrasados. Recorro de ofício.”

Apela o réu com as razões de fls. 92/93, respondidas às fls. 95 pelos apelados.

A Procuradoria da República, como assistente, adotou as razões de apelação.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu, no mesmo sentido, substancioso parecer, com este pedido final:

“... Ante o exposto, pede e espera a União seja provido o recurso, para efeito de, reformada a decisão de 1º grau, ser circunscrita a indenização às despesas com tratamento médico-hospitalar, com funeral e com o luto da família ou, caso se entenda em contrário, considere como vidas prováveis não as das vítimas, mas a média das dos apelados, deduzidos os salários correspondentes às férias dos menores no serviço e outras ausências consideradas previsíveis, e reduzida a indenização a 1/3 do salário-mínimo, como de direito.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Preliminarmente, na espécie, e por exceção, deve ser admitida a competência deste Tribunal, visto como transitou em julgado o despacho que julgou a exceção.

No mérito, andou bem o réu em admitir sua responsabilidade civil, pois o extravasamento do petróleo por uma das válvulas do oleoduto representa claro defeito de seus serviços de construção ou de manutenção. Aliás, a tendência do direito moderno é equiparar a responsabilidade das grandes empresas — como é a Petróleo Brasileiro S.A. — à do Poder Público, tornando-a objetiva, ou seja, reconhecendo a responsabilidade sempre que a obra pública ou sua conservação torna-se causa de acidentes.

Relativamente ao *quantum* da indenização, ao contrário do sustentado no brilhante parecer da Subprocuradoria-Geral, entendo que a Súmula nº 491 su-

perou a tese e a jurisprudência preferidas pela contestação.

A morte de filho menor representa perda econômica, que deve ser indenizada.

Aliás, não se negou, na espécie, que as duas vítimas pertenciam a uma família “de poucos recursos”, como se expressou a inicial.

Em caso de participação secundária para a economia doméstica, como é a do filho, esta Turma tem entendido, porém, que a indenização não deve sobrepassar 1/3 do salário-mínimo.

Aliás, nos termos da Súmula 490, do Supremo, a base é o salário-mínimo de adulto.

A indenização deve ser garantida pelo tempo correspondente à “vida provável das vítimas” (54 e 55 anos) e não pela média da dos apelados, como sugere a douta Subprocuradoria-Geral da República. Esse critério ofenderia o art. 912, última parte, do CPC.

Por outro lado, não obstante a ausência de apelação dos autores, penso que a omissão da sentença quanto a juros da mora pode ser suprida por meio de revisão que se faz necessária, para ajustá-la à jurisprudência da Turma.

Esta, em casos semelhantes, tem adotado a taxa de honorários de 10%, mas tomada sobre o capital necessário a perfazer as prestações, de acordo, aliás, com o art. 97, § 4º, do EOAB (Lei nº 4.215/63).

Dou, pois, provimento em parte aos recursos, para reduzir a indenização a ser paga desde a data do evento a um terço do salário-mínimo vigente para adulto, nos termos da Súmula 490 do STF, com juros legais da mora sobre as prestações vencidas, a contar de 13-6-67, data da citação inicial; e para reduzir também a taxa dos honorários advocatícios a 10%, aplicada na conformidade

do disposto pelo art. 97, § 4º, da Lei nº 4.215/63.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram

provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.555 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelantes — Caixa Econômica Federal de MG e Emp. Imobiliários Termotel Ltda.

Apelados — Os mesmos

EMENTA

Ação Executiva. Inocorrência de vencimento antecipado. Estipulação usurária. Não integralizado o empréstimo e não sendo devidas assim as prestações mensais de juros e amortização, mas apenas os juros, não ocorre vencimento antecipado de dívida pelo não pagamento destes, estipulado que foi dito vencimento, em relação àquelas prestações. Julga-se também improcedente a ação, diante de comprovada infração à lei de usura (Decreto nº 22.626/33, art. 11), da qual decorre a necessidade de se ajustar a dívida à medida legal, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei nº 1.521/51. Infringe o art. 11 do Decreto nº 22.626/33, a doação de uma loja, feita pelo devedor à credora, na própria escritura de mútuo hipotecário.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento ao recurso da ré executada para julgar improcedente a ação, nos termos e para os fins consignados no voto do Sr. Ministro Relator, e em julgar prejudicado o recurso de ofício que deverá ter sido interposto, e o apelo voluntário da autora exequente, na forma do relatório notas taquigráficas, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 6 de outubro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): A sentença apelada (fls. 190/195), assim expôs a controvérsia:

“A Caixa Econômica Federal de Minas Gerais ajuizou esta ação executiva contra a sua devedora Empreendimentos Imobiliários “Termotel Ltda.”, ao fundamento dos arts. 826 do Código Civil e 298, nº VI, do Código de Processo Civil, para compeli-la ao pagamento da quantia de NCr\$ 60.724,81, relativa ao contrato de mútuo com garantia hipotecária (fls. 4/18), sendo: NCr\$ 55.204,38 de capital mutuado, juros contratuais de 12% a.a. vencidos até 19 de setembro de 1968, prêmios de seguro do imóvel hipotecado, taxas de abertura de crédito e de vistoria e NCr\$ 5.520,43

da multa contratual (fls. 3). Para tanto, afirma que a suplicada se encontra em atraso no pagamento das prestações mensais de resgate, desde o dia 12 de dezembro de 1963, estando, assim, vencida a dívida, nos termos do contrato anexo. Pede, em conseqüência, com a penhora dos bens hipotecados — à falta do imediato pagamento do débito — a condenação complementar da ré nos juros vincendos, custas processuais e honorários de advogado. Regularmente citada a ré (fls. 15/23 e 27/40), esta, mesmo antes de completar-se a penhora, ofereceu contestação (fls. 47/59), sustentando: em preliminar, a carência da ação porque não vencida a dívida confessada; e, no mérito, a nulidade do contrato de financiamento, que diz encobertar juros de 6,53% mensais e, por isso mesmo, passível da sanção vinda no art. 11 da Lei de Usura: “O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais”. Após análise de todas as cláusulas contratuais, aponta como solução o disposto no § 3º do art. 4º da Lei nº 1.521/51 (Lei de Economia Popular), *verbis*: “A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido”. E considerando que a autora só poderia cobrar-lhe — à conta de capital e juros — o máximo de NCr\$ 52.600,00, diz o empréstimo já inteiramente liquidado, porquanto, incluindo-se o valor da loja doada nos pagamentos realizados, já despendeu mais de NCr\$ 68.365,30. Dispõe-se, entre-

tanto, a liquidar possível diferença, que se apurar no curso da ação, e reclama a sua improcedência — se dela não carecedora a exequente — responsável, esta, em qualquer das situações, pelos honorários advocatícios e custas processuais.”

Replicou a autora (fls. 85/87), afirmando que a executada deixou de cumprir o informado, em 4 de dezembro de 1963, quanto à conclusão das obras, que ocorreria, quanto à parte ainda a realizar, dentro de 45 dias, a partir do recebimento da sexta parcela do financiamento (doc. fls. 88); além disso, anexou o “acordo” de fls. 89/90, que destruiria, segundo sustenta, a alegação de iliquidez da dívida, ali reconhecida como válida e exata pela executada, que prontificou-se a pagá-la, e afirmou que a invocada doação da loja, ainda não efetivada com a sua entrega, é matéria a ser apreciada em ação própria.

Saneado o processo (fls. 95) e esclarecido que a preliminar de carência ficou para ser apreciada com o mérito, sendo junta a precatória expedida para a penhora (fls. 112/129), foi efetuada uma perícia, para avaliação da loja doada à Caixa Econômica, com a juntada do laudo do perito único, pela executada indicado (fls. 156/159).

As fls. 135, em petição que ficou sem despacho, Luiz Gama Borges e outros pediram sua admissão como embargantes.

Realizada a audiência de julgamento, foi a ação julgada procedente, com a seguinte fundamentação e conclusão (fls. 192 a 195):

“Em verdade, teria a autora dado à execução dívida contratual ainda não vencida, fundamentando-se na cláusula terceira do contrato de mútuo, ao afirmar — no item II da inicial — que “a suplicada se encontra em atraso no pagamento das prestações mensais de resgate,

desde o dia 12 de dezembro de 1968, estando, assim, vencida a dívida, nos termos do contrato anexo”. É certo que as “prestações de resgate”, segundo inequívoca disposição contida na cláusula primeira, seriam exigíveis após trinta dias da efetiva entrega da última parcela do financiamento à mutuária ré. E como não se completou o financiamento, por qualquer motivo, não há que se falar em atraso no pagamento das mencionadas prestações. É indubitoso, porém, que a autora — usando de inicial padrão aos seus executivos — pretendeu de fato referir-se a atraso no pagamento dos juros vencidos e estipulados na cláusula primeira, *verbis*: “Enquanto não for integralizado o total do empréstimo objeto desta escritura, os devedores pagarão os juros de 12% a.a. sobre as quantias que forem recebendo...” (fls. 6). Portanto, a controvérsia — posta na preliminar da contestação — reside apenas em saber-se a devedora-ré constituída em mora, ou não, independentemente de notificação judicial (C. Civil, art. 960). Além de convincentes os argumentos do digno advogado da autora, tenho que a transação, vinda aos autos com a réplica (fls. 89/90), desfaz as possíveis dúvidas. Da prova documental trazida aos autos tem-se, inequivocamente, que a ré entrou em sérias dificuldades financeiras e, assim, viu-se impossibilitada de continuar a construção do Edifício “Termotel São Lourenço”, mas, não em razão da ínfima parcela do financiamento interrompido; sim, porque não conseguiu um novo e mais elevado recurso financeiro da própria autora (fls. 60/73 e fls. 163/74). E, tanto é a verdade, que passou — em última instância — a fazer alienações de unidades autô-

nomas do imóvel hipotecado, fato que vem provado nos autos objeto do apenso. Portanto, atrasou-se, realmente, no pagamento dos juros vencidos. Para sabê-la constituída em mora e, em consequência, vencida a dívida exequenda, a mais das razões dadas pela exequente, tenho de perfeita validade a confissão feita no instrumento de transação, vindo aos autos com a réplica (fls. 89/90). Sem dúvida, este é o documento básico a resolver toda a controvérsia da causa. E não foi ele, uma só vez, contestado no curso da ação. Na transação em causa não só confessa a ré o vencimento da dívida, como, também, válido o contrato de financiamento. Verdadeira e legítima transação, via da qual acordam as partes interessadas em concessões recíprocas, com a manifestada intenção de resolver possíveis dúvidas quanto a validade, certeza e liquidez da dívida exequenda. E, como transação, declarativa de direitos, extingue as pretensões contrárias e anteriores. Demais, não se vislumbra positivamente a apontada nulidade do contrato de mútuo. Fez-se ele normal e correto quanto às taxas de juros, de vistoria e de expediente, sem contrariar, de qualquer forma, a Lei de Usura ou a Lei de Economia Popular. Nem mesmo discute-se, nesta executiva, o pacto distinto e relativo à doação da loja comercial, muito embora contido no mesmo instrumento público. Apenas, interessa a matéria pertinente à confissão de dívida com garantia hipotecária; esta, aliás, regularmente inscrita no Registro de Imóveis competente. E a nulidade de uma hipoteca não se prova em executivo, mas em ação ordinária e própria para esse fim, na qual se permitirá a discussão ampla da ocor-

rência de qualquer vício decorrente de erro, dolo ou simulação, integrante da pretensão da ré e relacionada à validade da doação da loja comercial. Do exposto, julgo procedente a ação da Caixa Econômica Federal de Minas Gerais contra a devedora Empreendimentos Imobiliários “Termotel Ltda.,” assim condenada ao pagamento reclamado, na importância total de NCr\$... 60.724,81, com base no demonstrativo de fls. 3 e no contrato de fls. 4/18, mais os juros contratuais vencidos a partir do ajuizamento da ação e incidentes sobre o saldo do capital mutuado (NCr\$ 33.000,00), até a data do efetivo resgate de débito. Declaro subsistente e válida a penhora dos bens dados em garantia hipotecária. Não dou honorários advocatícios em vista da multa contratual de dez por cento (10%), já incluída na condenação. Igualmente não considero as deduções autorizadas na transação (fls. 89/90), em razão do não-pagamento do débito confessado até 15 de setembro de 1969. Custas processuais pela ré.”

Apelou a executada (fls. 200/204) desenvolvendo as alegações anteriores, e a exequente (fls. 206/209) pedindo condenação em honorários de advogado, que não estariam, segundo sustenta, excluídos pela cláusula penal, invocando decisões em abono de sua pretensão.

As apelações foram contra-arrazoadas (fls. 211/215 e 218/220), arguindo a Caixa Econômica a preliminar de não-conhecimento do recurso da executada, por não haver pago as custas, conforme o art. 56, § 2º, do C.P.C.

A União Federal declarou subscrever as razões da Caixa Econômica (fls. 216).

Remetidos os autos ao Contador (fls. 221), pagas as custas contadas (certi-

dão de fls. 223), subiram os autos, e neste Tribunal foi ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República que, em seu parecer (fls. 229/230), pediu o provimento da apelação da Caixa Econômica e o não-provimento da interposta pela executada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Não posso deixar de assinalar, inicialmente, irregularidades várias verificadas no processamento da ação.

Assim, proposta uma ação executiva, o Dr. Juiz saneou o processo em 22 de outubro de 1969 (fls. 95), quando a precatória expedida para a penhora somente foi junta aos autos, devidamente cumprida, em 5 de dezembro seguinte (certidão de fls. 108), com a petição de fls. 109, datando aquela de 28 de novembro (fls. 129), pois a anteriormente feita, em 25 de setembro (fls. 119/120), foi julgada insubsistente no próprio Juízo deprecado (fls. 127).

Por outro lado, foi realizada perícia sem que conste auto de diligência, e do processo se verifica a adoção de um critério inadmissível, com a remessa pelo correio de um termo de compromisso, em branco, ao perito (fls. 132), para assinatura e devolução, como solicitado no ofício com o qual foi enviado (fls. 131).

Ainda mais, não encontrado o perito, como se verifica de fls. 134, e indicado outro em substituição (fls. 146), a Secretaria, segundo certificou às fls. 153, entregou ao advogado da executada o termo de compromisso, que foi finalmente junto aos autos (fls. 156), assinado pelo perito e pelo Juiz — que certamente subscreveu o termo sem saber como e por quem foi efetivamente assinado — nele se declarando, com manifesta falsidade, que “aos 19 dias do mês de fevereiro do ano de 1970, nesta ci-

dade de Belo Horizonte, na sala de audiências do Juízo da 2ª Vara da Justiça Federal, onde se achava S. Exª o Dr. Juiz Federal João Peixoto de Toledo... presente o Sr. Dr. Ivan Manoel Pinto Bravo Limoeiro, perito nomeado na forma da lei pelo MM. Dr. Juiz, foi deferido ao mesmo o compromisso legal...”

Mas, além disso, às fls. 135 foi anexada aos autos uma petição em que Luiz Gama Borges e outros pediam sua intervenção no feito, como embargantes, ficando sem deferimento ou indeferimento dito pedido.

Havendo a sentença negado honorários de advogado em favor da exequente, que os pediu expressamente na inicial, impunha-se o recurso de ofício, nesta parte, omitido pelo Dr. Juiz *a quo*, pelo que, suprindo a omissão, e de acordo com a Súmula nº 423 do Supremo Tribunal Federal, considero-o como interposto.

Conheço da apelação da executada, que pagou as custas quando levantada a respectiva conta, e dou provimento à mesma para, reformando a sentença, julgar improcedente a ação.

Na petição inicial a Caixa Econômica afirma, textualmente (fls. 2, item II), que:

“A suplicada se encontra em atraso no pagamento das prestações mensais de resgate, desde o dia 12 de dezembro de 1963, estando, assim, vencida a dívida, nos termos do contrato anexo.”

A afirmativa, porém, não é verdadeira, bastando notar que segundo a escritura de mútuo, sob garantia hipotecária, o pagamento das prestações mensais de amortização, cujo atraso implica vencimento da dívida, conforme a cláusula terceira, teria início com a integralização do empréstimo, fato não ocorrido, pois devendo a quantia mutuada, de Cr\$ 35.000,00, ser entregue em 7 par-

celas — fls. 5 v./6 — a última delas com o “habite-se”, ainda inexistente, foram entregues somente 6, como se verifica do demonstrativo de fls. 3, onde figura o “saldo de capital ante pagamento da 6ª parcela”, no valor de apenas Cr\$... 33.000,00.

Ora, a cláusula primeira da citada escritura dispõe ainda que (fls. 6):

“Enquanto não for integralizado o total do empréstimo objeto desta escritura, os devedores pagarão os juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano) sobre as quantias que forem recebendo.”

Nessas condições, não há como invocar falta de pagamento das prestações, com o conseqüente vencimento antecipado da dívida.

Reconhecendo este fato, a sentença admite, porém, o que não foi afirmado pela exequente, *verbis* (fls. 192):

“É indubitoso, porém, que a autora — usando de inicial padrão aos seus executivos — pretendeu de fato referir-se a atraso no pagamento dos juros vencidos e estipulados na cláusula primeira *verbis*: “Enquanto não for integralizado o total do empréstimo objeto desta escritura, os devedores pagarão os juros de 12% a.a. sobre as quantias que forem recebendo...” (fls. 6). Portanto, a controvérsia — posta na preliminar da contestação — reside apenas em saber-se a devedora-ré constituída em mora, ou não, independentemente de notificação judicial (C. Cível, art. 960)”.

Inaceitável esta afirmativa, que envolve, inclusive, variação do fundamento, e mais, partindo do Juiz.

Mas, se assim não fosse, também não procederia este novo fundamento, pois não há cláusula alguma na escritura de mútuo, estipulando o vencimento da

dívida pelo não pagamento dos juros, no período anterior à integralização do empréstimo e ao início do pagamento das prestações mensais convencionadas (cláusula primeira), de amortização e juros, não se aplicando também o disposto pelo art. 762, III, do Código Civil, que considera vencida a dívida quando as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se ache estipulado o pagamento, dispositivo que não se aplica ao pagamento de juros tão-somente.

Invoca a exequente, como o faz também a sentença, o documento de fls. 89/90, qualificado como transação, do qual decorreria o reconhecimento e a confissão do vencimento da dívida.

Não encontro no aludido documento esta confissão.

Nele se consubstancia realmente um acordo ou transação, mediante concessões recíprocas, reconhecendo a devedora a validade da dívida e seu *quantum*, que deseja pagar, conforme afirma, mas com redução, concedida pelo credor, sendo fixado prazo para tanto, sem suspensão ou desistência da ação, prazo que não foi observado, donde não haver sido efetivado dito acordo; significativamente nele se declara que a ora executada "se propõe a efetuar o pagamento" e que a Caixa Econômica "aceita a proposição".

Nessas condições, houve ajuste para uma transação, que não foi efetivada, por inobservância da condição à qual estava subordinada, pagamento no prazo estabelecido.

Do mencionado acordo não decorre, pois, a consequência pretendida.

Também pretende a exequente que o vencimento da dívida decorra do fato de haver a devedora, no documento que lhe endereçou (fls. 88), declarado:

"Já tendo cumprido aproximadamente 3/4 (três quartos) da parte

referente ao revestimento do edifício Termotel São Lourenço, cujo revestimento está condicionado para levantamento da 6ª (sexta) parcela do empréstimo, conforme escritura de hipoteca, do valor de Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros); Compromete-se a signatária desta a, depois do respectivo recebimento da sobredita parcela, entregar a loja pertencente por doação à Caixa Econômica Federal de Minas Gerais, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias a partir da data do referido recebimento;"

Ora, este documento não permite, de modo algum, invocação ao disposto na cláusula oitava da escritura de mútuo (fls. 8), onde, após se facultar à Caixa "exigir a conclusão das obras em prazo razoável para sua complementação", se acrescenta:

"Neste último caso, isto é, se as obras não forem concluídas pelos outorgantes devedores no prazo fixado pelo engenheiro fiscal da outorgada credora, esta poderá exigir o pagamento da quantia já emprestada, nos termos da cláusula terceira."

Realmente, a Caixa não exigiu a conclusão em prazo determinado, e a executada não assumiu compromisso de concluí-las nos 45 dias mencionados no citado documento, e muito menos sob pena de vencimentos da dívida, havendo, apenas, transmitido informações quanto à sua previsão a propósito do prazo para conclusão das obras.

Mas, além disso, assiste inteira razão à executada ao invocar o art. 4º, § 3º, da Lei nº 1.521, de 1951, que dispõe:

"A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em ex-

cesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido". E considerando que a autora só poderia cobrar-lhe — à conta de capital e juros — o máximo de NCr\$ 52.600,00, diz o empréstimo já inteiramente liquidado, porquanto, incluindo-se o valor da loja doada nos pagamentos realizados, já despendeu mais de NCr\$ 68.365,30. Dispõe-se, entretanto, a liquidar possível diferença, que se apurar no curso da ação, e reclama a sua improcedência — se dela não carecedora a exequente — responsável, esta, em qualquer das situações, pelos honorários advocatícios e custas processuais."

E o art. 11, do Decreto nº 22.626, de 1933, que declara:

"O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais."

Impõe-se, em consequência, ajustar a dívida pelo não-pagamento dos juros, ser feita em outro processo, e torna ilíquido o crédito em cobrança.

De fato, para obtenção do empréstimo de Cr\$ 35.000,00, a devedora fez doação, à Caixa, de uma loja, hoje avaliada em Cr\$ 54.000,00 (fls. 158, quesito 6º) como consta da própria escritura (fls. 5), *verbis*:

"... que possuindo ela outorgante o descrito imóvel, livre e desembaraçado de quaisquer ônus, entre outros bens que garantem a perpetuidade de sua existência, por esta escritura e na melhor forma de direito, por livre e própria vontade, faz doação gratuita, sem coação ou influência de quem quer que seja, de um loja situada no 1º (primeiro) pavimento ou pavimento térreo, do edifício acima descrito, com frente

para a rua Dom Pedro II, composta de grande salão, caixa forte e instalações sanitárias, tendo área útil construenda de cento e vinte e sete metros quadrados e oitenta centímetros (127,80), com a respectiva cota ideal de 0,03702, do terreno edificado e já descrito transferindo à donatária credora Caixa Econômica Federal de Minas Gerais, desde já, e irrevogavelmente, toda posse, direito, domínio e ação, que tem sobre o imóvel supradescrito, que a presente doação, apesar de ser feita gratuitamente a outorgante doadora se obriga a executar todas as obras necessárias à instalação da Agência da referida Caixa donatária da citada loja."

A vinculação da doação ao empréstimo é evidente e ressalta do fato de constar do mesmo instrumento — a escritura pública de fls. 6/9 — e da ausência de qualquer outra justificativa para a mesma, abstendo-se, inclusive, a Caixa Econômica, de fornecer esclarecimentos quanto à sua origem, com a alegação de constituir matéria para outra ação, e assim evitando discuti-la.

Assim, em parecer aprovado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas (fls. 162), está afirmado o seguinte:

"... ressaltando-se, nessa oportunidade, o máximo interesse em que a Caixa de Minas realiza essa operação, não só por estar em jogo importância assaz vultosa, já investida, como, também, considerando-se que, concluída a obra terá a Caixa enriquecido o seu patrimônio com uma loja que lhe foi doada pela firma tomadora do empréstimo; avaliada, recentemente, em cerca de NCr\$ 36.000,00 (trinta e seis mil cruzeiros novos)."

Por sua vez, no relatório anexado, por certidão de fls. 163, consta manifesta-

ção da Auditoria da Caixa, ali transcrita, onde se afirma:

“A rentabilidade do empréstimo será de 29,8% a.a., sendo que essa taxa se elevará a 31,7% a.a. com a doação de uma loja do prédio da Caixa.”

Mas não é necessário para evidenciar a manifesta infração à lei da usura, com a nulidade estipulada no art. 11, do Decreto nº 22.626, de 1933, e o ajuste da dívida à medida legal, como determina expressamente o art. 4º, § 3º, da Lei nº 1.521, de 1951, que define os crimes contra a economia popular, sendo lamentável que uma autarquia federal proceda pela forma mencionada, com a prática de atos que ferem norma penal, e somente deixo de tomar a providência prevista no art. 40 do C.P.P., diante do tempo já decorrido, com a extinção da punibilidade, pela prescrição, com base na pena em abstrato.

Assim sendo, dou provimento à apelação de executada, para o fim de julgar improcedente a ação, condenada a exequente ao pagamento das custas e honorários de advogado, que de acordo com o art. 64 do C.P.C., na redação da Lei nº 4.632, de 1965, arbitro em 5% sobre o valor dado à causa, prejudicados os demais recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso da ré executada para julgar improcedente a ação, nos termos e para os fins consignados no voto do Sr. Ministro Relator; e reputou-se prejudicado o recurso *ex officio* que devera ter sido interposto, e o apelo voluntário da autora exequente. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Falou o Dr. Carlos Odorico Vieira Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.737 — RN

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Recorrente de Ofício — Juízo Federal no Estado
Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social
Apelado — José Ovídio Vale

EMENTA

Previdência Social. Aposentadoria. Lei nº 3.807/60, art. 32; Decreto nº 48.959-A/60, art. 62. No caso de afastamento do emprego, anterior a concessão da aposentadoria, o pagamento dos respectivos proventos retroage à data do afastamento. Na hipótese contrária, fica na dependência dele.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, na

forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Trata-se de ação ordinária, ajuizada por José Ovídio Vale, aposentado pela previdência social, contra o INPS, a fim de obter pagamento da quantia de Cr\$. . 955,20, correspondente aos proventos do período de 15 de maio a 31 de outubro de 1965, acrescida de juros e correção monetária, por entender o autor que, não obstante a redação do art. 62 do RGPS (Decreto nº 48.959-A/60), aliás, contrária ao disposto no art. 32 da LOPS, sua aposentadoria por tempo de serviço deveria ter sido concedida a partir de 15-5-65, dia seguinte àquele em que, após haver completado o tempo de serviço necessário, encerrara suas atividades de comerciante.

Acentuando o alegado excesso do Regulamento, argumenta que:

“Sendo norma regulamentadora de hierarquia inferior à Lei não pode contrariar o que foi disciplinado pelo legislador, muito menos para prejudicar, como no caso *sub judice*.”

A causa foi contestada, às fls. 8/10. Argumenta o INPS no sentido de demonstrar a inexistência da apontada irregularidade do dispositivo regulamentar, acentuando, ainda, que o autor não conseguira, na instância administrativa, agasalho para o seu pretense direito de fazer retrotrair o benefício conseguido.

Afinal, a sentença de fls. 18/19 julgou procedente a ação e condenou o réu a pagar ao autor a quantia reclamada no pedido, acrescida de custas processuais e honorários do advogado, arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Consignou recurso de ofício.

Voluntariamente recorreu apenas o réu, com as razões de fls. 21/23, respondidas às fls. 25/26, pelo apelado.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): A parte final do dispositivo regulamentar em discussão, art. 62 do RGPS, está subordinada à regra preliminar do artigo, não tendo assim caráter preempatório.

Como ensina Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, lembrado pela contestação: “Em regra, o segurado deve sempre aguardar em atividade a concessão para os efeitos legais”.

Entretanto, como argumentou a Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer:

“Não há como confundir concessão do benefício com o seu pagamento. Tanto a concessão pode ser posterior como anterior ao afastamento do emprego, quanto o pagamento do benefício, na concessão regulado, retroagirá, conforme o caso, ou ficará na dependência do afastamento do trabalho.”

Essa a verdadeira interpretação do Regulamento.

O provento substitui o salário e nenhum dos dois deve sofrer solução de continuidade no respectivo pagamento, porque ambos têm caráter alimentar, são destinados a atender às primeiras necessidades da vida do segurado.

Por outro lado, o *quantum* dos proventos reclamados, na espécie, não sofreu contestação.

Nego, assim, provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, negaram provimento aos recursos. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.051 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente — Juízo Federal da 3.ª Vara

Apelantes — Cia. de Cimento Portland Barroso e União Federal

Apeladas — As mesmas

EMENTA

Imposto de Renda. Pessoa Jurídica. Despesas dedutíveis. No lançamento do imposto de renda somente são consideradas as despesas cuja dedução a lei autoriza. Quando o contribuinte não observa os critérios legais, as declarações irregulares são glosadas.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento a todos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1971. — *Amarílio Benjamin*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Trata-se de ação anulatória de débito fiscal proposta pela Companhia de Cimento Portland Barroso contra a União Federal, no valor de Cr\$ 8.210,73, em virtude de glosas, no Imposto de Renda, de parcelas abatidas do lucro auferido pela autora, no ano-base de 1960, qualificadas como “total não apropriado ao imobilizado”, “despesas não relacionadas com a atividade”, “despesas de viagem de Diretor”, “reserva para gratificação a empregados”, “despesas de fabricação referentes ao ano de 1961 — exercício de 1962” e “excesso de gratificação a diversos”.

Apresentados os laudos dos peritos da autora, às fls. 106/111; da ré, fls. 114/

121; e do Juízo, às fls. 131/143, o Dr. Juiz houve por bem julgar a ação procedente em parte, acolhendo a impugnação das glosas relativas à contribuição às vítimas de Orós, e à distribuição dos “sacos de cimento”. No mais, julgou a ação improcedente.

Apelam, a autora, às fls. 159/188, e a União às fls. 190/192.

Contra-razões da Companhia de Cimento Portland Barroso às fls. 194/196.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral manifesta-se no sentido do provimento dos recursos, necessário e da União, negando-se, em consequência, provimento ao apelo da autora.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Nenhum dos peritos, inclusive o da autora, que nos outros casos evita opiniões definitivas, achou correta a classificação contábil dos lançamentos glosados nos itens 5 e 8 do processo administrativo, fls. 108, 116 e 135. Sobre as “despesas de viagem”, de um dos diretores ao estrangeiro, os gastos estão comprovados. Os peritos da ré e do desempate mostraram, porém, que a viagem não foi de interesse da empresa, nada constando do livro de reuniões, da diretoria. Apesar do esforço da autora, a impressão que prevalece é a de que a

viagem foi de simples recreação. Os negócios teriam entrado de modo eventual. Pelos lançamentos de fls. 70, vê-se que o ilustre diretor e sua esposa fizeram real excursão de entretenimento: Rio, Londres, Paris, Nova York, Miami, Rio. De qualquer modo, nunca se poderia levar à conta da firma as despesas da senhora do diretor. Também não há dúvida de que as “despesas com os fornos” foram consideradas ou contabilizadas irregularmente, pois “constituem inversões em equipamentos existentes”, ao contrário do que dispunha o Regulamento então vigente, Decreto número 47.373/59, art. 37, alínea *a*, e art. 43, § 1º, alínea *a*. Do mesmo modo, as “gratificações de empregados”, distribuídas durante o exercício de 1961, fls. 117/118 e 137/138, não deveriam ser computadas no exercício de 1960. Nessa parte, não haverá prejuízo para a autora, que deve ter anotado o fato para 1962, figurando 1961 como ano-base.

Por fim, quanto aos donativos, que podem ser havidos como regulares, dizem respeito às vítimas de Orós (Cr\$ 2.000.000,00) e a sacos de cimento, a di-

versas entidades, como ajuda ou colaboração, salvo 450 excluídos pelo desempataador, à falta de qualquer esclarecimento — fls. 141 — a situação está justificada.

Em face do exposto, negamos provimento a todos os recursos.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Minhas notas indicam concordância com o que acaba de expor, em seu circunstanciado voto, o Sr. Ministro Relator.

Nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A unanimidade, negou-se provimento a todos os recursos. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Márcio Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Godoy Ilha (Presidente) e Jarbas Nobre não compareceram, por motivo justificado. O Sr. Min. Márcio Ribeiro compôs o *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.070 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha

Recorrente — Juízo Federal da 1.ª Vara, *ex officio*

Apelante — INPS

Apelado — Clemente Fernandes

EMENTA

Execução de sentença, por artigos de liquidação, julgados procedentes, nos termos do minucioso laudo do perito desempataador, com a exclusão, apenas, da correção monetária. Tratando-se de vantagens salariais, a correção monetária seria devida, nos termos do Decreto-lei nº 75, de 21-11-66, mas o exequente conformou-se com a sentença que se mantém, negando-se provimento aos recursos.

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

Acordam os Ministros que compõem a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar pro-

vimento em parte aos recursos para excluir da conta de liquidação o abono de permanência, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de junho de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Godoy Ilha* (Relator): Trata-se de execução de sentença promovida contra o INPS, condenado a pagar ao ora exequente:

“a) diferença entre os salários atualizados e os proventos da aposentadoria, a contar da data desta até o cancelamento dos respectivos proventos;

b) salários integrais e atualizados a partir da data do cancelamento da aposentadoria até a data da reassunção do exequente no emprego;

c) a recolher as contribuições para aposentadoria, desde a data da aposentadoria ilegal e irregular até a data da volta do exequente ao emprego;

d) e a pagar juros de mora, custas e 20% de honorários de advogado, sobre o total da condenação.”

Citado, o instituto-réu impugnou a aplicação da correção monetária, além de que a execução deveria ser feita por artigos, o que se processou às fls. 39/41, impugnados às fls. 43/44.

Realizada a perícia contábil e instruído o feito, foi proferida a sentença de fls. 181/182, que julgou provados os artigos de liquidação, determinando a exclusão da correção monetária e condenando o executado a pagar ao exequente:

“a) diferença entre os salários atualizados e os proventos da aposentadoria, a contar da data desta

até o cancelamento dos respectivos proventos: NCr\$ 616,10;

b) salários integrais e atualizados, a partir da data da aposentadoria até a data da reassunção do emprego: NCr\$ 970,67, quantia a que se acrescem as correspondentes a férias, gratificações e abono permanência, salários que são dos seguintes valores, respectivamente: NCr\$ 79,07, NCr\$ 149,00, e NCr\$ 6.854,80;

c) juros de mora, contados da citação, as custas processuais e os honorários de advogado na base de 20% o total da condenação.

Deverá o executado recolher contribuições previdenciárias no valor de NCr\$ 69,68, com direito regressivo contra o Banco empregador.”

Com o recurso de ofício, veio o apelo do INPS, que propugna pela reforma da decisão recorrida, porque esta “ultrapassou os limites do julgado que se executa” (fls. 185).

Houve contra-razões, e, vindo os autos a esta Instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela exclusão do abono de permanência.

É o relatório.

Voto

O Sr. *Min. Godoy Ilha* (Relator): A sentença exequenda deu pela procedência da ação proposta pelo exequente contra o ex-Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, condenado o réu a satisfazer ao autor os pagamentos postulados na inicial, como especificado no relatório.

A Egrégia Primeira Turma, contra o voto do Relator, *Min. Amarílio Benjamin*, reformou a decisão para julgar improcedente a ação, sendo ela, todavia, em grau de embargos, restabelecida pelo Plenário do Tribunal, acolhendo o voto que, então, proferi na qualidade de Re-

visor dos embargos, contra o voto do Relator.

O recurso extraordinário interposto pelo réu não foi admitido, o que ensejou o agravo de instrumento, e na pendência do julgamento deste pediu e obteve carta de sentença, com a qual promoveu a execução do julgado, já agora contra o INPS, substituto processual do réu. O agravo de instrumento foi mandado arquivar no Supremo Tribunal Federal.

A execução operou-se por artigos de liquidação, atendendo ao despacho de fls. 38v., e que foram impugnados pelo executado.

Procedido o arbitramento, divergiram os peritos dos litigantes, e, nomeado o desempatador, ofereceu o perito do Juízo, o Contador Anaxágoras Mendes de Carvalho, o laudo de fls. 125 a 146, com os anexos de fls. 147/164.

O Dr. Juiz *a quo* julgou procedente os artigos de liquidação, nos termos do laudo do perito desempatador, excluindo, entretanto, as parcelas relativas à correção monetária.

O exequente conformou-se com a decisão, dela apelando, todavia, o executado.

As sucintas razões do apelante, que não excedem de meia dúzia de linhas, limitam-se a argüir que a condenação extravasou os limites da sentença exequenda.

Todavia, não aponta o apelante quais os excessos da decisão apelada.

O laudo do perito do juízo, minucioso, claro e completo, constitui, a meu ver, uma peça inteira, revelando a alta competência profissional e técnica do experto, apontando os excessos e os desacertos dos laudos dos assistentes técnicos das partes.

É exato que o Juiz desprezou as parcelas relativas à correção monetária, sob

o fundamento de ausência de disposição legal que a autorizasse, sendo, entretanto, certo que o Decreto-lei nº 75, de 21-11-66, estabeleceu no seu art. 1º, que os débitos de salários, indenização e outras quantias devidas a qualquer título, pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, aos empregados, quando não liquidadas dentro do prazo de 90 dias contados das épocas próprias, ficam sujeitos à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia.

Dou provimento em parte aos recursos para excluir o abono de permanência.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Como foi esclarecido no relatório pelo Sr. Ministro Relator, a sentença exequenda condenou o réu a pagar ao autor “salários integrais e atualizados a partir da data do cancelamento da aposentadoria até a data da readmissão do exequente no emprego”, cominação que não compreende o abono de permanência, como entendeu a decisão recorrida.

Dou provimento parcial ao recurso para mandar excluir da liquidação a parcela mencionada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, deu-se provimento em parte aos recursos para excluir da conta de liquidação o abono de permanência. Os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Decio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Min. Jarbas Nobre não compareceu, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.175 — CE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — União Federal

Apelado — Mozart Catunda Gondim

EMENTA

Magistério. Professor Catedrático. CF/69, art. 194. O professor fundador, equiparado a catedrático, conserva o seu direito de ser aposentado pela Universidade a que foi incorporado o estabelecimento de ensino em que lecionava.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em negar provimento à apelação e ao recurso *ex officio*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 20 de outubro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): O professor Mozart Catunda Gondim, na qualidade de fundador e, portanto, professor catedrático vitalício da cadeira de Prótese Bucofacial da Faculdade de Farmácia e Odontologia da Universidade do Ceará, por se achar fora do exercício do cargo, não foi aproveitado nem por ocasião da encampação dessa faculdade, determinada pela Constituição do Estado e pela Lei Estadual nº 256/48, nem por força de sua federalização, essa em virtude da Lei número 1.254/50.

Desatendidas suas reclamações na via administrativa, vem a juízo, com uma ação ordinária contra a União, o Estado e a Universidade do Ceará, na qual pede a regularização de sua situação como professor catedrático, aposentadoria por implemento de idade e o consequen-

te pagamento de atrasados, desde a encampação da Escola pelo Estado do Ceará.

A causa foi contestada, às fls. 28 e 37 (lê), respectivamente pela União Federal e pelo Estado. A Universidade do Ceará não acorreu à sua citação.

Afinal, pela sentença de fls. 100/103, o Juiz Federal julgou procedente, em parte, a ação, nos termos da inicial, excluindo o Estado do Ceará, por incompetência de juízo, condenando a União e a Universidade Federal do Ceará a pagarem, ao autor, os proventos vencidos e vincendos, a partir do ato declaratório de sua aposentadoria. Condenou o Juiz, ainda, a União e a Universidade em custas e honorários de advogado na base de 20% sobre o valor da causa.

Não interpôs recurso necessário.

Apela a União Federal, com as razões de fls. 105/109, respondidas às fls. 111/118 pelo apelado.

A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 122/124 (lê), opina pela reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): A sentença limitou-se a conceder ao autor o direito à aposentadoria, com direito a proventos vencidos e vincendos, a

partir do ato declaratório da aposentadoria.

Em realidade, pois, não lhe concedeu pagamento de atrasados.

Restringidos, assim, os pedidos do autor, a sentença merece ser mantida.

Nem na via administrativa nem agora, nas contestações de fls. 28 a 34 e 37 a 38, foi negada ao autor a qualidade de professor fundador, que o equipara a catedrático vitalício (Pontes de Miranda, CF/67, Tomo VI, págs. 421 e 422).

Por outro lado, seu longo afastamento da cátedra deu-se, realmente, em virtude de força maior: a existência de um processo criminal, de que veio a ser absolvido (fls. 9).

Assim, não tendo o autor sido destituído, conservava o *status* de catedrático, que as Constituições de 1967 (art. 177) e 1969 (art. 194), ambas resguardaram e que lhe conferia o incontestável direito à aposentadoria pela Universidade a que veio pertencer, afinal, o estabelecimento de que era professor.

Na parte em que exclui o Estado do Ceará da demanda, a sentença deve, também, ser mantida, não pelo motivo nela declarado, mas, porque sendo vitalício o cargo de catedrático, a que se equipara o fundador, o direito do autor de ser enquadrado pela União independia de anterior aproveitamento pelo Estado-membro.

Nego provimento à apelação; e ao recurso *ex officio*, cabível na espécie.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): Sr. Presidente.

Como Revisor, tive oportunidade de examinar detidamente os autos e bem assim os fundamentos da sentença recorrida.

Firmei desde logo o meu convencimento, tal como o fez V. Exa. no seu

voto, no sentido de que a decisão merece ser confirmada.

Como reforço deste meu convencimento, chamou minha atenção o Memorial que recebi do eminente advogado que acaba de fazer a sustentação oral nesta assentada de julgamento.

Transcrevo, desse Memorial, os seguintes trechos, no tocante ao retorno do apelado à sua função anterior de catedrático da Faculdade de Farmácia e Odontologia da Universidade do Ceará:

“3. Como o apelado expôs na inicial da causa e está plenamente comprovado no processo foi ele um dos fundadores da Faculdade de Farmácia e Odontologia do Ceará (hoje incorporada à Universidade), regendo, como catedrático, primeiramente a cadeira de Fisiologia Dentária, depois a de Medicina Legal Aplicada à Odontologia, sendo transferido, em consequência da extinção desta última, para a cadeira de Prótese Bucofacial — situação funcional em que o encontrou a Constituição de 1947, que, depois de autorizar a encampação pelo Estado de várias Faculdades, assim dispôs no § 2º do art. 48:

“Ao fazer essas encampações, o Governo do Estado aproveitará os atuais professores das mencionadas Faculdades, expedindo para esse fim os necessários títulos”.

A Lei estadual nº 256, de 1948, considerou os então professores da Faculdade de Farmácia e Odontologia providos nos cargos de que eram titulares, em caráter vitalício ou interino, segundo sua situação funcional na data da encampação (art. 38, § 1º). E foram, em consequência, expedidos os títulos de todos os professores da Faculdade, menos e do apelado — que, a esse tempo, se achava afastado por motivo superior à sua vontade, respon-

dendo a processo criminal em que foi afinal absolvido.

O apelado não se conformou com a omissão, contra a qual reclamou em tempo hábil, invocando os seus legítimos direitos, que foram reconhecidos expressamente em parecer do Assistente-Jurídico da Secretaria de Educação do Estado, que assim se pronunciou:

“Ao tempo da expedição de tais títulos aos demais professores daquela Escola superior pelo então Governador do Estado, em obediência ao invocado preceito transcrito, era o requerente professor da mesma, da qual estava afastado por motivo superior, reconhecido pela própria direção da Faculdade. Existindo, pois, motivo mais forte do que a sua vontade, determinando o afastamento temporário do impetrante, não podia esta circunstância prejudicar o direito que adquiriu por força do preceito constitucional transitório atrás invocado. Não tendo sido demitido do cargo pela verificação de alguma causa legal, era o peticionário legítimo titular da cadeira, ora reclamada, estando, por conseguinte e sem dúvida, preferido no seu direito; pelo que entendemos de justiça a sua pretensão, ou seja, a expedição em seu favor do título mencionado no item primeiro deste parecer” (autos, doc. de fls. 11 e 11v.).

Havendo sido federalizada a Faculdade de Farmácia e Odontologia por força da Lei nº 1.254, de 4 de dezembro de 1950, o requerimento que o apelado fizera ao Estado foi ter ao Ministério da Educação. E, ali, a funcionária Eunice do Nascimento, informando o respectivo processo, manifestou-se por esta forma:

“O Dr. Mozart Catunda Gondim, como se verifica pela informação

do Diretor da Faculdade à folha quatro, é catedrático fundador da mesma, tendo regido as cadeiras de Fisiologia Dentária e de Medicina Aplicada à Odontologia e, com a extinção desta última, a de Prótese Bucofacial. Em 1945, foi afastado, “por motivo superior”. Consultando os relatórios do Inspetor Federal junto à Faculdade, verifiquei que até 1944 constou o nome do Dr. Mozart como catedrático desta cadeira e em exercício. De 1945 em diante consta como afastado por motivo superior. Não é especificado, porém, qual é este motivo”.

Depois de outras considerações, assim conclui esse pronunciamento:

“O Dr. Mozart Catunda Gondim, entretanto, é catedrático fundador e nenhum ato houve, como se verifica pela informação do Diretor da Faculdade, que o destituisse dessa função. Estava, apenas, afastado por motivos alheios à sua vontade.”

Por sua vez, a Lei federal número 1.254, de 20-12-50, regulando a federalização de Faculdades estaduais, inclusive a de Farmácia e Odontologia do Ceará, prescreveu no art. 5º:

“Art. 5º É assegurado o aproveitamento, no serviço público federal, a partir da publicação desta lei, do pessoal dos estabelecimentos ora federalizados, nas seguintes condições:

I — Os professores catedráticos, no Quadro Permanente do Ministério da Educação e Saúde, contando-se o tempo de serviço para efeito de disponibilidade, aposentadoria e gratificação de magistério.”

Ao mesmo tempo, a referida lei dispunha:

“Art. 7º São criados, no Quadro Permanente do Ministério de Educação e Saúde, os seguintes cargos:

.....

XI — 24 professores catedráticos, padrão “O”, na Faculdade de Farmácia e Odontologia do Ceará.”

Esse era precisamente o número de professores catedráticos do estabelecimento, inclusive na cadeira de que o apelado era titular. E, sendo ele professor catedrático, como já se viu, não podia deixar de ser aproveitado — quer pelo Estado, nos termos da Lei nº 256, de 2-8-48, quer pela União, *ex vi* da Lei nº 1.254, de 1950.

Se o Estado não o fez, deixando de cumprir preceito da Constituição e norma legal que o regulamentou, nem por isso a União estava isenta da responsabilidade de fazê-lo, atento o disposto no citado diploma legal, nem, por outro lado, seria preciso, para que a União cumprisse o preceito da Lei número 1.254, que o Estado primeiro incluísse o apelado no quadro dos seus servidores. A condição para tanto era a de que o apelado, ao tempo da federalização, fosse catedrático; e essa condição, como o salientou o referido parecer da técnica de educação Eunice Nascimento, ele a preenchia naquele momento.

Conclusão:

4. Os autos comprovam saciantemente:

“a) que o apelado foi um dos fundadores da Faculdade de Farmácia e Odontologia do Ceará e que exerceu constantemente as funções de professor catedrático, sal-

vo quando esteve preso, respondendo a processo criminal, o que constitui motivo superior à sua vontade (Estatuto dos Funcionários Públicos da União, art. 38);

b) que, quando a Constituição Estadual determinou o encampamento, pelo Estado, da Faculdade de Farmácia e Odontologia, pertencia ele ao quadro de titulares de cátedra da mesma e devia ter sido aproveitado como tal;

c) que era catedrático ainda, e como tal permaneceu, quando a Lei nº 1.254/50 federalizou o instituto, nada justificando o seu não aproveitamento;

d) que, não tendo sido demitido ou exonerado, nem havendo perdido sua situação funcional por qualquer dos motivos legais que tal determinassem, não há como deixar de reconhecer o direito, que lhe assiste, ao reconhecimento de sua situação jurídica, com todas as conseqüências de ordem patrimonial que daí decorrem;

e) que a União e a Universidade não podem fugir à sua responsabilidade pelo não-aproveitamento do apelado sob a alegação de que o Estado deveria tê-lo feito antes ressaltado a essas entidades o direito de agirem regressivamente contra o Estado, se lhes convier;

f) finalmente, que não obsta ao reconhecimento da sua situação funcional de professor catedrático a alegação, que faz a União, de ter

o apelado exercido, ao mesmo tempo, funções no Estado, que, ao Juízo da apelante, não podiam ser acumuladas com as de professor porquanto, admitida que seja a impossibilidade da acumulação, ainda assim restaria ao apelado o direito de optar, direito que ninguém pode exercer em lugar dele, no tempo e pela forma devidos.”

Diante dessa fundamentação contida no memorial e do estudo que fiz detidamente dos autos, é que confirmo, *in totum*, a decisão apelada.

É o meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Henoch Reis: Sr. Presidente, pelo que ouvi do relatório e dos votos de V. Ex^a e do eminente Ministro Revisor e das palavras da douta Subprocuradoria-Geral da República, pela voz do ilustrado Dr. Henrique Fonseca, e também pela sustentação do não menos ilustrado advogado que defendeu da tribuna o impetrante, a Faculdade de Farmácia de Odontologia do Ceará primitivamente era particular. Depois foi oficializada e encampada pelo Estado; ultimamente em 1950, pela União Federal.

O autor apelado, quando da oficialização e encampação pelo Estado, não foi aproveitado. Foi o que depreendi de toda a discussão. Ele era apenas professor de uma Faculdade particular.

Não quero entrar no mérito da vitaliciedade do autor como catedrático, porque, no sentido legal e constitucional, catedráticos são aqueles que prestam

concurso de provas e documentos e, assim, conquistam a vitaliciedade.

Entendo que, se o Estado não aproveitou o autor, a lei federal não podia fazê-lo também.

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): V. Ex^a me permite um aparte? Se o Estado não o aproveitou, como deveria ter feito, essa omissão do Estado não poderia ter tirado a titularidade de catedrático do autor, à época da federalização.

O Sr. Min. Henoch Reis: Ele não era catedrático, porque, quando sobreveio a lei federal que encampou a faculdade, não fazia parte do quadro da mesma. A lei só aproveitou aqueles que pertenciam ao quadro da universidade encampada pelo Governo do Estado.

Lamento, Sr. Presidente, não acolher a pretensão do ilustre professor, porque entendo que cabia ao Estado aproveitá-lo, para que depois fosse amparado pela União.

Dou provimento a ambos os recursos, *data venia* dos votos de V. Ex^a e do eminente Ministro, para julgar improcedente a ação.

É meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento à apelação e ao recurso *ex officio* cabível na espécie, contra o voto do Sr. Min. Henoch Reis. Usou da palavra pelo apelado, o Dr. José Martins Rodrigues. O Sr. Min. Esdras Gueiros votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.311 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelante — Light, Serviços de Eletricidade S.A.

Apelado — Administração do Porto do Rio de Janeiro

EMENTA

Armazenagem portuária. Despacho sobre água. Realizado o “despacho sobre água”, nos termos do art. 11, do Dec.-lei nº 8.439/46, o prazo para retirada da mercadoria, com isenção de armazenagem, é de 6 dias, contado da isenção da descarga. Não retiradas dentro deste prazo, em virtude de questão fiscal suscitada pelos agentes do Fisco, no prazo da isenção, será devida até o desembaraço, a armazenagem simples, estabelecida no art. 8º do referido Dec.-lei, se resolvida em favor do dono da mercadoria.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de outubro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Light, Serviços de Eletricidade S.A., propôs uma ação ordinária contra a União Federal e a Administração do Porto do Rio de Janeiro, pedindo a condenação solidária das rés à restituição da quantia de Cr\$ 52.071,78, paga a título de taxa de armazenagem, que alega indevido.

Esclarece que submeteu a despacho mercadoria que importou com isenção do imposto de importação, para os serviços públicos de energia elétrica, a seu cargo, havendo sido dita mercadoria despachada “sobre água”, e submetida ao desembaraço, como determina o art. 11 do Decreto-lei nº 8.439, de 1945, no

prazo de 6 dias úteis, contados da descarga de cada volume.

Por ocasião da saída dos volumes, porém, o conferente da Alfândega impugnou a classificação da mercadoria contida em 2 volumes, e considerou bem despachados os 14 volumes restantes, sendo a autora impedida de retirar estes últimos.

Em consequência, a Administração do Porto, que segundo a autora afirma foi a responsável pela retenção ocorrida dos 14 volumes bem despachados, cobrou ilegalmente armazenagem excedente, por ocasião da sua posterior retirada, calculando-a em dobro sobre os 2 volumes, cuja classificação aduaneira foi impugnada, e em valor simples quanto aos demais.

Depositando a autora a quantia exigida, no valor de Cr\$ 54.827,46, sendo a quantia em litígio de Cr\$ 52.071,78, pela ação proposta pediu a restituição desta, com correção monetária, juros de mora e honorários de advogado, alegando que se em relação a 14 volumes foi ultrapassado o prazo do art. 11 do Decreto-lei nº 8.439, de 1945, tal sucedeu em virtude de impugnação improcedente da Alfândega, e acrescentando ainda que, aliás, nem mesmo o 6º dia útil foi ultrapassado, pois descarregados os

volumes nos dias 25 e 26 de outubro de 1967, seu vencimento seria no dia 1º de novembro, em que não houve expediente na repartição, o que sucedeu também no dia 2, finados, donde a prorrogação do prazo para o dia 3 de novembro, quando teve início a conferência da mercadoria, que foi obstada pela impugnação.

Invoca, outrossim, jurisprudência no sentido de não ser devida a taxa de armazenagem, pela demora na retirada decorrente de exigência fiscal ilegal.

A Administração do Porto contestou (fls. 21/27), sustentando que iniciada a descarga em 21 de outubro, o prazo de isenção de armazenagem extinguiu-se a 28, e, assim, quando iniciou-se a conferência, a 3 de novembro, já era exigível, havendo sido cobrada à autora armazenagem em dobro somente quanto aos 2 volumes, em relação aos quais foi julgada procedente a impugnação, apesar de permitir a lei esta cobrança também em relação aos volumes considerados “bens despachados”, pois a exigência fiscal teve lugar já fora do período de isenção, contrariamente ao previsto para a dispensa da armazenagem em dobro, no art. 11, § 1º, do Decreto-lei nº 8.439, de 1945.

Acrescentou, ainda, a Administração do Porto, que se o prazo terminasse em 1º de novembro, como pretende a autora, não ocorreria prorrogação para o dia 3, porque naquela data houve expediente na repartição.

Contestou também a União Federal (fls. 31/34) pedindo a sua exclusão, pois não recebeu a quantia cuja restituição é pleiteada.

No despacho saneador foi acolhida a ilegitimidade *ad causam* da União, sem interposição do recurso (fls. 75).

O Juiz Federal da 5ª Vara da Guanabara, Dr. Aldir Guimarães Passarinho, julgou a ação improcedente, declarando (fls. 82/83):

“A autora pediu na ação, explicitamente, a restituição do que pagara à APRJ. E também alegou que esta é que retivera indevidamente os volumes. Daí ter passado somente aquela autarquia a figurar como ré na demanda. Não poderia pedir a autora restituição à União. As razões que fundamentaram a ação, e como sempre bem lançadas pelo seu culto e esforçado patrono, não chegaram a convencer este Juízo do direito vindicado. De logo, é de dizer-se que o prazo para o início da conferência aduaneira para a retirada da mercadoria, tendo sido a 3 de novembro, foi realmente ultrapassado, já daí se justificando a cobrança da armazenagem, posto que excedido o período de isenção, na conformidade do disposto no art. 11, § 1º, combinado com o art. 8º, ambos do Dec.-lei nº 8.437, de 24-12-1945. Diz a autora que o despacho se iniciou no dia 3 de novembro, porque não houve expediente no dia 1º, e sendo o dia 2 feriado prorrogou-se o prazo para o dia 3. Afirma o contrário a ré, declarando que houve expediente no dia 1º. Apurando, verificou este Juízo que, realmente, apenas o dia 2 foi de ponto facultativo, tendo sido normal o expediente nas repartições da Administração direta e indireta no dia 1º de novembro de 1967, conforme resultado do Telegrama-Circular ... PR 10.615/67 nº 53, de 25-10-1967, da Presidência da República, publicado no *Diário Oficial* da União de 26 do mesmo mês. Já aí cai por terra o argumento de inegável valia trazido pela autora, a justificar o início do prazo da conferência. Acresce, ainda, o seguinte: vieram, destinadas à autora, dezesseis caixas de ação completas, desmontadas, em dezesseis volumes, e tal mercadoria correspondendo à Nota

de Importação nº 63.649/67. Ao ser conferida a mercadoria, submetida a despacho, e que, consignada à autora viera com isenção do imposto de importação, tiveram dúvidas os agentes fiscais sobre a classificação tarifária incidente. O que resulta dos autos não é que os fiscais de pronto tenham entendido que catorze dos dezesseis volumes estivessem bem despachados e, apesar disso, a Administração do Porto houvesse obstado a retirada dos ditos catorze volumes, como é mencionado no item 4 da inicial. Os fiscais pediram o exame dos volumes todos. Ora, se numa determinada partida de mercadorias, constantes de um mesmo item de Nota de Importação, como é o caso, se observam má classificação em parte delas, cabível é que se faça verificação global. Caberia, evidentemente, à importadora, então, mencionar expressamente quais os volumes que estavam regulares, a fim de que estes fossem então retirados. Não o fazendo, e se o fez, prova nos autos não há, justificado foi o procedimento da Alfândega que, então, só incidiria em culpa se verificado fosse estar perfeitamente regular a classificação tarifária declarada. Mas isto no caso não ocorreu, tanto é certo que sobre dois volumes houve pagamento de impostos e multa. Impede assinalar que foi cobrada apenas armazenagem simples com relação aos volumes considerados bem despachados, e apenas em dobro dos dois volumes tidos como mal despachados, o que se me afigura solução compreensiva e equilibrada por parte da ré. Pelo exposto, julgo improcedente a ação e condeno a autora nas custas processuais e em honorários de advogado, a serem depositados em favor da Administração do Porto

do Rio de Janeiro, e que fixo em apenas 3% do valor dado à causa, tendo em vista a importância representada e os aspectos peculiares que envolvem a demanda, a serem considerados.”

Apelou a autora (fls. 86/96), invocando decisão divergente, do Dr. Juiz Federal Substituto, da própria 5ª Vara Federal (fls. 97/104), afirmando que com exceção de um volume os demais foram desembarcados no dia 30 de outubro, pelo que seria impossível a retirada dentro de 6 dias a contar do dia 21, data da chegada do navio, e reafirma que a Administração do Porto reteve indevidamente a totalidade dos volumes, em decorrência de impugnação surgida quanto a dois deles.

Pleiteia, outrossim, a condenação da União Federal, uma vez que foi um agente fiscal que deu causa à retenção verificada, havendo comunhão de direito entre esta e a Administração do Porto, pela repercussão dos atos dos prepostos da Alfândega, sobre as rendas daquela.

Em suas razões de apelada a Administração do Porto do Rio de Janeiro (fls. 109/115) afirma ser o “despacho sobre água” uma modalidade de despacho, que só poderá ser utilizado quando houver condições para sua realização, sendo o prazo de 6 dias estabelecido para a retirada da mercadoria, e não para a sua conferência, e pede a confirmação da sentença, excedido que foi dito prazo.

A União Federal, nas suas razões de fls. 117, sustentou caber-lhe apenas a posição de assistente.

Subindo os autos, oficiou neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral, que pediu a confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): No despacho saneador de fls. 75 foi declarada a União Federal parte ilegítima *ad causam*, assim excluída do feito.

Não interpôs a autora o recurso cabível, contra esta decisão, donde a preclusão verificada.

Nessas condições, não pode, agora, na apelação, pleitear a autora a reforma da aludida decisão, como pretende (fls. 90/91, item II, a).

Quanto ao mérito, bem demonstrou a sentença que, a aceitar a tese defendida pela autora, no sentido de que o prazo para retirada da mercadoria, de 6 dias úteis, conforme o art. 11 do Decreto-lei nº 8.439, de 1946, quando ocorre o “despacho sobre água”, terminava em 1º de novembro de 1967, não foi dito prazo prorrogado para o dia 3 de novembro, uma vez que, como acentuou o Juiz Federal, Dr. Aldir Guimarães Passarinho (fls. 83):

“Apurando, verificou este Juízo que, realmente, apenas o dia 2 foi de ponto facultativo, tendo sido normal o expediente nas repartições da Administração direta e indireta, no dia 1º de novembro de 1967, conforme resultou do Telegrama-Circular PR 10.615/67 — nº 53, de 25-10-1967, da Presidência da República, publicado no *Diário Oficial* da União de 26 do mesmo mês. Já aí cai por terra o argumento de inegável valia trazido pela autora, a justificar o início do prazo da conferência.”

Mas, além disso, tem razão a Administração do Porto do Rio de Janeiro, quando sustenta que o prazo em questão não é para o início da conferência, e sim para a retirada da mercadoria, e que a forma excepcional de despacho sobre água somente deverá ser utilizada

quando as condições existentes possibilitarem a observância das suas normas.

Se não for possível a retirada da mercadoria nos 6 dias úteis seguintes, seja qual for o motivo, não deverá o interessado recorrer a esta forma de despacho, sob pena de incidir nas sanções estabelecidas para a inobservância do referido prazo, impondo ainda a lei a contagem do mesmo a partir da data em que foi iniciada a descarga, e não da últimação desta.

Dispõe o citado art. 11:

“As mercadorias despachadas sobre água e que permanecerem nos cais e demais recintos dos portos mencionados no art. 1º, gozarão de isenção completa do pagamento de armazenagem quando forem retiradas até as 16 horas do sexto dia útil, contados daquele em que tiver sido iniciada a respectiva descarga.

§ 1º — Se o prazo estabelecido neste artigo for excedido, as mercadorias retiradas incidirão em armazenagem, que será cobrada de acordo com o que determina o art. 8º;

§ 2º — No caso previsto no parágrafo 1º, se a retenção das mercadorias se der em consequência de questão suscitada pelos empregados fiscais dentro do prazo de isenção e que seja resolvida a favor dos donos dessas mercadorias, será cobrada armazenagem, aplicando-se por períodos de 30 dias, até o desembaraço de tais mercadorias, a percentagem estabelecida no art. 8º, para o primeiro período.”

Por conseguinte, efetuado o despacho sobre água e iniciada a descarga no dia 21 de outubro de 1967, daí começou a

fluir o prazo de 6 dias úteis, sendo irrelevante a data em que terminou a descarga.

Ainda mais, dentro deste prazo, teria que ser retirada a mercadoria, para gozar o importador da isenção quanto à armazenagem (§ 1º), o que não ocorreu.

Também não exclui a cobrança desta a circunstância de, no dia 3 de novembro, quando já findo o prazo, em virtude de impugnação do Conferente da Alfândega, quanto a 2 volumes, ter sido sustada a retirada inclusive dos 14 restantes, pela necessidade de ser feito exame dos mesmos, pois somente a retenção das mercadorias, “em consequência de questão suscitada pelos empregados fiscais dentro do prazo da isenção”, se resolvida em favor do contribuinte, torna indevida a armazenagem em dobro, sendo porém cobrada a simples, como faz certo o art. 11, § 2º, já lido.

No caso, da impugnação resultou cobrança de imposto quanto a 2 volumes, sendo confirmados como “bem despachados” os restantes 14 volumes, e está em causa, na presente ação, a armazenagem referente a estes últimos — havendo a autora depositado Cr\$ 54.827,46 (fls. 14), pretende apenas devolução de Cr\$ 52.071,78 (fls. 4, item 5), aliás cobrada de forma liberal, pelo seu valor simples, na forma do § 2º do art. 11, quando a hipótese, a rigor, era a do § 1º, com armazenagem em dobro, já que a questão fiscal foi suscitada quando já excedido o prazo para a retirada.

Improcedente, assim, é a ação, não podendo ser invocada, na hipótese, a ju-

risprudência existente quanto ao retardamento do desembaraço por exigência fiscal julgada improcedente, e à dispensa de armazenagem conseqüente, na forma do disposto pelos arts. 8º e 10 do Decreto-lei nº 8.439, de 1946, inaplicáveis ao caso dos autos, que dizendo respeito ao despacho sobre água, com dispensa total de armazenagem pelo prazo de 6 dias úteis, é regido por normas especiais, constantes do já citado art. 11.

Também o fato de haver a Administração do Porto cobrado somente armazenagem simples quanto aos volumes, em número de 14, reconhecidos como “bem despachados”, aplicando o § 1º do art. 11, torna irrelevante a questão relativa à legitimidade, ou não, da retenção da totalidade dos volumes, em virtude de impugnação quanto a dois deles, pois foi dado à autora o tratamento previsto para a retenção decorrente de questão fiscal improcedente (§ 2º).

Por estes fundamentos, e adotando, ainda, a fundamentação da sentença apelada, nego provimento à apelação.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Também eu apporto à mesma conclusão a que chegou V. Ex^a, consoante as notas que coligi do estudo do processo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.321 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Recorrente — Juízo Federal da 2ª Vara, *ex officio*

Apelante — União Federal

Apelado — José Pereira de Paiva

EMENTA

Magistrado. Tempo de serviço. O magistrado estadual nomeado Juiz Federal, não tem direito adquirido à contagem do período de advocacia, admitido como tempo de serviço, pela lei local à qual antes estava sujeito. A União Federal não está obrigada a computar tempo de serviço, admitido por leis estaduais, em desacordo com o critério do legislador federal, que em relação à advocacia manda computar somente o exercício de cargos de Diretoria ou Conselho da OAB, e exclusivamente para efeito de aposentadoria ou disponibilidade.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, em dar provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A hipótese dos autos ficou resumida e exposta, com fidelidade e clareza, na sentença de fls. 27/32, do ilustre Juiz Federal, Dr. Sebastião Alves dos Reis:

“Vistos, etc. ... O Dr. José Pereira de Paiva, ilustre Juiz Federal da 1ª Vara desta Seção Judiciária, propõe a presente ação ordinária contra a União Federal, visando à contagem do seu tempo de advocacia, para efeito de percepção de gratificação adicional por tempo de serviço. 2. Consoante o articulado na inicial, o requerente exerceu a

advocacia neste Estado, por um período de 1.348 dias, conforme certidão anexa, fornecida pela Secretaria do Tribunal de Justiça competente, extraída de sua pasta funcional, quando Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública (doc. 1); na qualidade de Juiz Federal, o autor submeteu ao Egrégio Conselho da Justiça Federal o seu tempo de serviço apurado no Estado de Minas Gerais, inclusive o tempo de advocacia, pedindo a gratificação adicional por tempo de serviço, prevista em lei; o Egrégio Conselho sob o argumento de que o tempo de exercício de advocacia não se computava na esfera federal, e, se computasse, seria estritamente para efeitos de aposentadoria e disponibilidade (voto do Sr. Min. Antônio Neder) ou que o período de advocacia não se conta para fins de gratificação adicional (voto do Senhor Min. Armando Rollemberg), indeferiu o pedido formulado, vencido no mérito o Sr. Min. Amarílio Benjamin (D.J. 5-5-70, pág. 1.704/5); a veneranda decisão referida na parte indeferida, não pode prevalecer, porque, para os fins pretendidos,

desprezou tempo de serviço cuja contagem foi assegurada pela Lei Estadual nº 1.208, de 13-1-55 (doc. anexo), direito que já se incorporava patrimônio do requerente pela ocorrência do pressuposto fático próprio, com reconhecimento formalizado na certidão anexa, fornecida pela Secretaria do Tribunal competente; a legislação estadual, ao conseguir a vantagem pelo exercício de profissão amplamente regulada por lei federal, observou a competência atribuída ao Estado membro pela Constituição Federal vigente à época, que no seu art. 124 conferia àquela unidade federada a competência de organizar a sua Justiça, com observância das garantias constitucionais da Magistratura, inclusive a irredutibilidade dos vencimentos; a lei estadual mencionada integra preceito de organização judiciária e a matéria nela regulada decorre de competência atribuída ao Estado pela Constituição Federal; no sistema constitucional brasileiro, sendo a Constituição Federal responsável pela repartição das competências da União e as do Estado-membro, segue-se o corolário de que exercida regularmente a competência respectiva, na Constituição ou na lei, ela não pode ser ignorada ou desconhecida pelo Ordenamento ou órgão da União, dos Estados ou Municípios, sob pena de ocorrer inaplicação da Constituição Federal; a legitimidade da legislação estadual ficou superiormente salientada no fundamentado voto do Sr. Min. Amário Benjamin, transcrito na inicial, o qual, fixando a primazia das regras da Constituição Federal, deixou claro que a União não pode desconhecer, na sua área, as situações constituídas no Estado, dentro da competência a ele atribuída pela Constituição Federal, tese em cujo

abono foi invocada a jurisprudência do STF, inclusive parecer da Consultoria Geral da República; finalmente, a apuração do tempo em questão está apurado em certidão passada pelo órgão competente, e ignorá-lo será recusar fé a documento público, vedado constitucionalmente. 3. A União contestou a ação, às fls. 14/6, sustentando, nuclearmente, a legalidade da veneranda decisão discutida, arguindo, de um lado, que a matéria atinente à contagem de tempo de serviço não se insere no campo específico da organização judiciária, e, de outro, a Lei nº 5.010/66 que instituiu a Justiça Federal, nos seus arts. 50 e 52, a par de prever a gratificação adicional por tempo de serviço nos mesmos moldes estabelecidos para os servidores públicos em geral, dispõe sobre a aplicação subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União aos Juizes e servidores da Justiça Federal; nessa ordem de idéias, depois de reportar-se à legislação estatutária e regulamentar, pertinente à matéria, conclui que, à luz dessa premissa, no plano federal, só é computável, para os fins do tema em debate, o tempo de serviço público efetivo prestado à União, aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, em cargo ou função civil ou militar, em órgão de administração direta ou autárquica, o que exclui a hipótese dos autos; outrossim, idêntico entendimento foi consagrado no Provimento nº 43 do mesmo Conselho, para efeito de apuração da antiguidade do Juiz. 4. O a. replicou às fls. 18/9; saneador, irrecorrido, às fls 20; em audiência, as partes reforçaram suas alegações anteriores.

Foi a ação julgada procedente, condenada a ré em honorários de advogado,

de 20%, sendo de destacar da sentença proferida, os seguintes trechos:

“Abrindo o debate, de início, é de distinguir-se que, *in specie*, não se trate de tempo de advocacia do suplicante, relativo a período imediatamente anterior à sua investidura na Justiça Federal, mas de exercício profissional precedentemente ao ingresso na magistratura estadual e com ela conexo.”

Sub specie juris, o pedido está alicerçado no parágrafo único do artigo 1º da Lei Estadual nºs 1.208/55, cujo teor foi oferecido às fls. 10 dos autos. A legitimidade constitucional desse diploma estadual afigura-se-me certa, seja à luz do art. 124 do Estatuto Político brasileiro, vigente, à época, que não exaure a matéria pertinente, quer na assimilação do tempo de advocacia ao de serviço público, nos domínios da magistratura, prática encontrada nas legislações dos Estados-membros, critério que tem por si a valoração dada pelo próprio legislador federal ao exercício dessa profissão, quando, na lei orgânica da corporação, classifica esse ministério de serviço público (Lei nº 4.215/63, art. 68); de outro lado, *data venia*, estou em que o cômputo de tempo de serviço para os juízes se insere, com propriedade técnico constitucional, na lei de organização judiciária, interferindo com a promoção e outros aspectos específicos da vida funcional do magistrado, sendo de lembrar-se, a esse propósito, que a própria Lei Federal nº 5.010/66, que organizou a Justiça Federal de primeira instância, observou esse princípio, provendo sobre a matéria...

No terreno da gratificação adicional por tempo de serviço, a Lei Federal nº 5.010/66, que organizou a Justiça Federal de primeira instân-

cia, ao focalizar a matéria, reporta-se, no seu art. 50, no estabelecimento aos servidores públicos em geral, isto é, às regras do art. 146 da Lei nº 1.711/52, e 10 da Lei número 4.345/64, dispositivos que mandam computar, para esse fim, o tempo de serviço público, *tout court*, incluindo o lapso de tempo estadual e municipal. Qualificado o tempo de serviço estadual pelo legislador federal como idôneo a integrar o suporte fático que condiciona a concessão da gratificação adicional, tenho para mim que a sua valorização é a dada pelo legislador local, já que a Lei nº 1.711/52, ao incorporar, para o efeito ora discutido, o tempo de serviço estadual, o faz sem reservas, admitindo, assim, o serviço estadual como tal definido pelo legislativo competente. Nessa ordem de idéia, equiparado o tempo de advocacia ao de serviço público pelo legislador estadual, para os fins da magistratura, nos limites da sua competência constitucional, como o reconheceu o ven. aresto do Pretório Excelso invocado, é de concluir-se que o mesmo, integrado no cômputo do serviço público estadual, é válido, no plano da legislação federal, para os objetivos da gratificação adicional por tempo de serviço. De outra parte, a ven. decisão administrativa do Egrégio Conselho da Justiça Federal que indeferiu a pretensão do a. nesse sentido, sem embargo do alto acatamento que ela merece, *maxima data venia* está hoje ultrapassada, em face de decisões posteriores daquele douto colegiado, trazidos à colação nos debates orais pelo eminente patrono do requerente. A controvérsia não se esgota nos aspectos acima assinalados, oferecendo, ainda, uma dimensão constitucional no particular do direito adquirido em favor do su-

plicante, pré-consolidado sob o império da lei estadual referida, cuja configuração *in casu* foi traçada por mãos de mestre, o ilustre Prof. Raul Machado Horta, dos mais eminentes constitucionalistas do país.”

Recorreu o Dr. Juiz de ofício, e a ré apelou (fls. 34/35) reportando-se às suas alegações anteriores.

O apelado apresentou as razões de fls. 37/39, transcrevendo decisões do Conselho da Justiça Federal, às quais se referira na audiência.

Subindo os autos, nesta Superior Instância oficiou a d.ª Subprocuradora-Geral, que proferiu o parecer de fls. 43/44, pedindo a reforma da sentença, pelos fundamentos do voto do Ministro Armando Rollemberg, no Conselho da Justiça Federal, quando do indeferimento da pretensão do ora autor, e decisão do DASP, onde se sustenta que os serviços às entidades locais não podem ser colocados em plano superior ou ser considerados de mais valia que o federal, para o que deverá ser observada a legislação da União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): O art. 102, § 3º, da Constituição, estabelece que:

“O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei.”

Verifica-se, pois, que o alcance do preceito constitucional é restrito às hipóteses de aposentadoria e de disponibilidade, não se referindo às gratificações por tempo de serviço.

Em relação a estas gratificações, o art. 50 da Lei nº 5.010, de 1966, a propósito dos Juizes Federais, dispõe que, além dos vencimentos,

“perceberão gratificação adicional por tempo de serviço na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de efetivo exercício, até sete quinquênios (Lei nº 4.345, de 16 de julho de 1946, art. 10)”.

Por sua vez, há lei específica, referente aos advogados, Lei nº 4.215, de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados), onde se determina que (art. 147, parágrafo único):

“Será considerado como de serviço público, para efeito de disponibilidade e aposentadoria, o tempo exercido em qualquer cargo dos Conselhos e dos Diretórios da Ordem, vedada, porém, a contagem cumulativa do tempo de exercício em qualquer outro cargo público”, e dispondo o art. 10 da Lei nº 4.345, de 1964, que a gratificação adicional será concedida por quinquênio de efetivo exercício, apurado na forma da legislação vigente (§ 3º), não há norma alguma de lei federal, nem de Regulamento, mandando computar como de serviço efetivo o tempo de advocacia, para este efeito, estando a pretensão do autor fundada em lei do Estado de Minas Gerais.

Como tempo de efetivo serviço, entende-se o definido no art. 79 da Lei nº 1.711, de 1952.

Se o Estado de Minas Gerais, como outros também o fizeram, mediante lei, concedeu adicional com base no tempo de advocacia, exclusivamente aos juizes, e o autor-apelado, como juiz estadual, percebia dita gratificação, nem por isso, nomeado Juiz Federal, terá direito ao cômputo deste tempo de advocacia, como de serviço público efetivo, para o fim pretendido.

Pouco importa seja a norma estadual, que concedeu aos juizes a contagem do tempo de advocacia como de serviço público, considerada uma lei de organização judiciária, pois ainda como tal

não obriga a União a aceitar o mesmo princípio em relação a seus servidores, que hajam integrado anteriormente a magistratura estadual, e se beneficiado com a aludida vantagem.

Nem cabe, outrossim, invocar direito adquirido, diante da aceitação de investidura em cargo diferente de outra entidade de direito público.

Mesmo para a aposentadoria e disponibilidade não está a União Federal obrigada, apesar da norma do já citado art. 102, § 3º, da Constituição, a computar tempo de serviço que leis estaduais hajam assemelhado ao serviço público, em desacordo com o critério seguido pelo legislador federal, o que redundaria, como acentuou o parecer do DASP, citado às fls., em tratamento mais benéfico aos funcionários estaduais, em detrimento dos federais, o que não aceitável.

Ora, pela lei federal, Lei nº 4.215, de 1963, art. 147, parágrafo único, somente o tempo correspondente ao exercício de cargo de Diretoria ou Conselho da Ordem dos Advogados será contado como de serviço público para efeito de aposentadoria ou disponibilidade, e não é possível ampliar o preceito.

Domina na matéria, no âmbito federal, a regra de que, em princípio, somente é admitido como tempo de serviço público, e em falta de disposição especial em contrário, o prestado sob o regime estatutário, a entidade de direito público.

Ainda mais, a propósito de situação semelhante, quanto à contagem em dobro do tempo de serviço, este Tribunal, ainda recentemente, no Agravo em Mandado de Segurança nº 65.362, sendo Relator o Min. Néri da Silveira (*D.J.* de 1-7-71, pág. 2.560), afirmou a tese de que não há direito adquirido a certa

forma de cômputo do tempo de serviço, e proclamou na sua ementa que:

“O tempo de serviço público estadual ou municipal, contado em dobro, segundo a legislação local, somente poderá ter seu cômputo no âmbito federal com idêntica qualificação, se lei da União lhe conferir este tratamento.”

Quanto ao art. 9º, III, da Constituição, que proíbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios,

“recusar fé aos documentos públicos”, não tem a menor adequação à espécie, pois a União Federal não recusou fé à certidão fornecida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como sucederia se lhe negasse valor probante quanto aos fatos certificados, o que não ocorreu, mas apenas não aceitou como tempo de serviço público, a ser por ela contado, seja para efeito de gratificação adicional, seja para aposentadoria ou disponibilidade, o contado em desacordo com as normas da legislação federal, em decorrência de equiparação estabelecida em lei estadual, negando aos fatos certificados efeitos desconhecidos de legislação federal.

Assim sendo, dou provimento à apelação e ao recurso de ofício para reformar a sentença apelada e julgar improcedente a ação, condenando o autor-apelante nas custas e honorários de advogado, que arbitro em Cr\$ 100,00.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Moacir Catunda: Data venia, divirjo da douta maioria, votando no sentido de confirmar a sentença apelada, que mandou contar, para todos os efeitos legais, o tempo de serviço como advogado, de acordo com o disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 1.208, de 13 de janeiro de 1955, de Minas Gerais, que já se integrara no tempo de serviço do apelado, como juiz estadual, como se verifica da certidão ema-

nada da Secretaria do Tribunal de Justiça do mesmo Estado.

A indicada lei estadual mineira não vulnerava em ponto algum a legislação federal contemporânea, nem a Constituição Federal de 1946. E o colendo Supremo Tribunal Federal decidiu inúmeras vezes no sentido da constitucionalidade de leis estaduais concessivas de benefícios não consignados em leis federais. Se a lei em alusão, apresentando-se compatível com as normas da lei maior, então vigente, foi aplicada e produziu efeitos jurídicos e patrimoniais em favor do apelado, entendo que esses direitos merecem ser resguardados.

Consoante a regra do art. 50, da Lei nº 5.010/66, além dos vencimentos, os juízes federais perceberão gratificação adicional por tempo de serviço, na base de cinco por cento, por quinquênios de efetivo exercício, até sete quinquênios (Lei nº 4.345, de 16 de julho de 1964, art. 10).

Pelo § 2º, do art. 10, da Lei nº ... 4.345/64, a que se remete o art. 50, da Lei nº 5.010/66, o tempo de serviço público prestado anteriormente a esta lei será computado para efeito da aplica-

ção deste artigo, não se dando direito, entretanto, à percepção de atrasados.

Ora, se a lei menciona o tempo de serviço público, sem distinguir entre serviço público federal e estadual, entende-se que a fração de tempo de serviço como advogado, contada pelo órgão competente, à base de lei estadual que o considera como de efetivo exercício, haja de produzir efeitos na esfera federal, relativamente à gratificação adicional.

Considerando também a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, citada no voto do eminente Min. Amarílio Benjamin, nego provimento aos recursos para confirmar a decisão recorrida, retificando-me, desse modo, da posição em sentido contrário, assumida no Conselho, através de voto de mera adesão.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, vencido o Sr. Min. Moacir Catunda. O Sr. Min. Henrique d'Ávila votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.385 — PB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda
Recorrente — Juízo Federal no Estado, *ex officio*
Apelantes — Antônia de Carvalho Costa e IPASE
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Pensão. Quando a ela tem direito a mãe do segurado. Tem direito à pensão do IPASE a mãe do segurado que vivia na sua dependência econômica. O fato de ser casada não prejudica o benefício, desde que as famílias pobres vivem em regimen de economia comum. Na hipótese, além disso, a beneficiária estava separada do marido e acabou enviuvando.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provimento aos recursos de ofício e do réu e prover

a apelação da autora para a fixação dos honorários de advogado, à unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1971. —
Godoy Ilha, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Antônia de Carvalho Costa, qualificada na inicial, promoveu ação ordinária para obter pensão contra o IPASE, argüindo, em síntese, que, sendo viúva, vivia sob a dependência econômica de seu filho, ex-funcionário do DNOCS e segurado do IPASE, que faleceu em 1964; muito embora tenha requerido a pensão deixada pelo filho solteiro e sem descendentes, foi a mesma negada pela instituição previdenciária.

Citada a Autarquia promovida, apresentou, a título de contestação, os pareceres oferecidos na órbita administrativa sobre o mesmo caso e, lembrando que a Lei nº 3.373/58 não ampara a mãe casada que viva com o marido, mas sim, aquela que esteja, preponderantemente, sob a dependência econômica do filho (fls. 7 a 11).

Saneador às fls. 16, irrecorrido.

A decisão de fls. 131/133 julgou a ação procedente, para condenar o IPASE a pagar à suplicante a pensão vitalícia a que faz jus, deixada pelo seu filho desde a data de seu óbito (7-3-64). Concedeu, outrossim, honorários que arbitrou em Cr\$ 300,00. Do julgamento, foi lavrada a seguinte súmula:

“Pensão. Mãe que vivia quase totalmente sustentada por filho solteiro e que após a morte deste sobreveio a do marido de quem era separada. Pensão vitalícia concedida na forma do art. 5º, I, letra c da Lei nº 3.373/58.”

Apela parcialmente a autora, insurgindo-se contra o *quantum* arbitrado para a verba advocatícia, que deveria ser de 20%.

Apelação do Instituto-réu às fls. 138/140.

Contra-razões da autora às fls. 142/143.

Contra-razões do réu às fls. 144/145.

Opinando às fls. 149/150, a Subprocuradoria-Geral propugna pelo provimento dos recursos de ofício e do IPASE.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Negamos provimento ao recurso de ofício e ao voluntário do IPASE. O Dr. Juiz demonstrou, com a prova dos autos, que a autora, embora casada, vivia na dependência do contribuinte, seu filho, que era solteiro e com ela residia. Há de se levar em conta também que os autos dão notícia de que a autora vivia separada do marido e que o mesmo veio igualmente a falecer. Além disso, não deve escapar à nossa lembrança, como detalhe que ilustra a solução proposta, que, nas ações de responsabilidade civil, a jurisprudência tem concedido indenização aos pais, pela morte do filho maior ou não, no pressuposto de que, nas famílias pobres, todos concorrem para a manutenção da casa.

Damos provimento à apelação da autora para conceder-lhe honorários de advogado de 20% sobre o valor da condenação, diante do trabalho de seu patrono, como vem acentuado às fls. 136.

Voto

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Revisor): Era procedente a ação da mãe, cuja subsistência dependia da vida do filho, a cuja morte sobreveio a do marido, de quem vivia separada.

Nisto, e ainda no tocante aos honorários de advogado, estou de acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento aos re-

ursos de officio e do réu e proveu-se a apelação da autora para a fixação dos honorários de advogado. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.524 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Recorrente — Juízo Federal da 5ª Vara, *ex officio*

Apelante — Caixa Econômica Federal

Apelada — Cenyra Clément Fajardo e outros

EMENTA

Usucapião. Bens públicos. Posse de promitente comprador. Embora os bens pertencentes à Caixa Econômica Federal sejam bens públicos, e como tais não sujeitos a usucapião, não apresentando a autarquia título de domínio regular sobre o imóvel objeto da ação, pois não conseguiu registrar a carta de arrematação expedida em seu favor, não há como excluir o cabimento do usucapião. Não interrompe o prazo para a aquisição do domínio a locação celebrada pelo autor, que conservou durante a mesma posse indireta. Mantendo a posse, em princípio, o caráter com que foi adquirida, e havendo o autor obtido da Caixa Econômica a posse do imóvel objeto da ação, por força de promessa de venda, sem o desaparecimento da posse indireta da promitente vendedora, é a ação improcedente, na falta de prova de haver aquela se modificado, passando o possuidor a exercê-la com o desconhecimento da mencionada posse indireta.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de outubro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Cenyra Clément Fajardo e

outros propuseram ação de usucapião, tendo por objeto o imóvel da rua Professor Valadares nº 39, outrora 33 e 37, que Abelardo Fajardo, marido e pai dos autores, falecido em setembro de 1945 (doc. fls. 68/69), havia adquirido da Caixa Econômica Federal, pelo preço ajustado de Cr\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil cruzeiros antigos) dos quais pagou Cr\$ 5.000,00 (fls. 9).

Esclarece a inicial que o *de cujus* e os autores, continuando estes a posse daquele, exerceram com *animus domini* dita posse, desde 1932, quando a Caixa Econômica Federal recusou-se a receber o restante do preço, sob alegação de necessitar corrigir irregularidades em seu título de domínio, e depois, por não

ser possível o recebimento, porque o imóvel em causa não era de sua propriedade, como verificado após a aceitação da proposta feita por Aberlado Fajardo, para a sua aquisição (doc. fls. 10).

Daf em diante, Abelardo e os autores passaram a pagar os impostos, que eram lançados em nome de um desconhecido, Luiz Gonçalves (fls. 11/27), vindo a ser feita a respectiva transferência no Departamento da Renda Imobiliária para o nome daquele (fls. 28/46); executaram, conforme os documentos anexados, obras de reparações e concertos, substituição das grades e portões etc., construção de garagem, substituição de fossa sanitária, modificações no imóvel, inclusive realizando obras exigidas pelas autoridades, e no período de 1953 a 1955 deram o mesmo em locação.

Acrescenta a inicial que foi verificado que em nome de Luiz Gonçalves não havia qualquer transcrição no Registro de Imóveis, onde figura tão-somente a prenotação de uma carta de arrematação, em favor da Caixa Econômica, não transcrita por falta de prova de propriedade (fls. 161/162).

Em conseqüência, havendo adquirido o domínio nos termos do art. 550 do Código Civil, pedem a procedência da ação, com o reconhecimento judicial da aquisição, e expedição do competente mandado para transcrição no Registro de Imóveis.

Foi a ação regularmente processada, manifestando a União Federal e o Estado da Guanabara seu desinteresse no feito (fls. 192 e 198), sendo expedidos editais e funcionando Curador *ad hoc*, nomeado pelo Dr. Juiz da 5ª Vara Federal, ao qual foram os autos remetidos pelo Juiz da Vara de Registros Públicos, diante da contestação da Caixa Econômica Federal, única formulada.

Nesta contestação, alegou a Caixa Econômica, preliminarmente, a incompetência da Vara de Registros, que foi aco-

lhida, como já mencionado, e a inépcia da petição inicial, determinante do pedido formulado de absolvição de instância, por não caracterizado o *animus domini*, declarando os próprios autores haverem adquirido o imóvel da contestante.

No mérito, sustenta a Caixa Econômica Federal ser o imóvel de sua propriedade, não tendo os autores a posse tranqüila necessária ao usucapião, além de que o imóvel objeto da ação, como bem público que é, não pode ser usucapido, como reconhece a jurisprudência, da qual cita vários acórdãos (fls. 235), assim dispondo ainda os Decretos nºs 19.924, de 1931, e 22.785, de 1933, que interpretaram os arts. 66 e 67 do Código Civil, pondo termo às dúvidas antes existentes.

As fls. 163 v. consta informação de que não foi encontrada na Vara a “dúvida” referente ao registro de carta de arrematação prenotada no Registro de Imóveis, e às fls. 177/180 prova da ausência de transcrição do imóvel em nome de quem quer que seja.

Foi a ação julgada precedente, pela sentença de fls. 265 a 270, sustentando o Juiz *a quo*, Dr. Américo Luz, não ser possível considerar dito imóvel bem patrimonial indisponível, por faltar-lhe a característica de destinação à finalidade pública, sendo notório que a Caixa Econômica assume a posição de vendedora de unidades imobiliárias de seu patrimônio, no exercício de suas atribuições, de financiamento à aquisição de casa própria.

Reconheceu, outrossim, como provada, a posse dos autores, com ânimo de donos, e a propriedade da ação para obter a declaração do domínio adquirido, conforme o art. 550 do Código Civil, acentuando que a locação do imóvel a terceiros não interrompe o prazo prescricional, sendo transferida apenas a posse direta aos locatários.

Concluiu a sentença condenando a Caixa Econômica Federal nas custas, e recorrendo de ofício.

Apelou, por sua vez, a Caixa Econômica Federal, com as razões de fls. 273/280, onde renova a arguição de não serem usucapíveis os bens públicos, afirmando que as locações feitas interromperam a posse necessária ao usucapião, que deve ser a posse direta, representando um hiato na mesma, e que diante do recibo de fls. 9, os autores deveriam cumprir suas obrigações, e consignar as prestações do preço ajustado; pediu o provimento do recurso para o fim de ser julgada improcedente a ação, condenados os autores nas custas e honorários de advogado.

Os apelados apresentaram as razões de fls. 282/288, nas quais negam a existência de bem público, pois a Caixa Econômica somente conseguiu prenotar a sua pretensão ao registro do imóvel; que impossível a venda prometida pela Caixa Econômica, não cabia a consignação das prestações remanescentes, sendo os autores, pelo contrário, credores da quantia por esta indevidamente recebida, que deve ser restituída; que, se ao proporem a ação, os autores declararam já adquirido o domínio, não envolve colisão com o art. 550 do Código Civil, pois a sentença é declaratória e não constitutiva do direto; que, finalmente, as locações celebradas constituem a prova mais eloqüente da posse com ânimo de proprietário.

A União Federal adotou as razões da Caixa Econômica Federal, sua assistida (fls. 289).

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu o parecer de fls. 293, pedindo o provimento dos recursos, depois de acentuar a situação de haver a Caixa Econômica permitido a ocupação de imóvel seu, em pleno Rio de Janeiro, durante

31 anos, sem tomar qualquer providência.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Não mais insistiu a apelante na absolvição de instância requerida, ao contestar a ação, sob fundamento de inépcia da inicial, cumprindo todavia examinar a matéria, por força da amplitude do recurso de ofício, que alcança os incidentes decididos no curso da ação, inclusive o saneador, como tem proclamado o Supremo Tribunal Federal (*Revista Forense*, vol. 216, pág. 118; *R.T.J.*, vol. 49, pág. 331).

Na verdade, porém, não há a pretendida inépcia, e a matéria alegada, ausência do *animus domini* (fls. 232), integra o mérito da ação, a ser decidido pela sentença.

Também não há qualquer impropriedade, e muito menos contradição, no fato de se afirmar na inicial que os autores já adquiriram o domínio, pois a sentença, no usucapião, como acentuado nas razões de apelados, não é constitutiva, mas declaratória, apenas reconhecendo a aquisição do domínio, verificada pela reunião dos requisitos exigíveis, e daí porque se admite a invocação de usucapião em defesa.

Não encontro, porém, nos autos, a afirmativa atribuída à apelante.

Os bens de propriedade da Caixa Econômica Federal, entidade autárquica, são bens públicos, e como tal não podem ser usucapidos (Helly Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, 1ª ed., pág. 283), o que ocorre, inclusive, quanto aos seus bens dominiais.

É o que resulta do Código Civil (art. 67), onde se declara que os bens públicos mencionados no art. 66, que enumera os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominiais, só perderão a

inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos e forma em que a lei a prescrever; daí, por sua vez, decorre que tais bens estão fora do comércio, e não podem ser, em consequência, objeto de usucapião.

As dúvidas e controvérsias surgidas na vigência do Código Civil estão hoje dirimidas, por lei, diante dos Decretos n.ºs 19.924, de 1931, e 22.785, de 1933, dispondo o art. 2.º deste último que:

“Os bens públicos, seja qual for a natureza, não são sujeitos a usucapião.”

Com base nestes dispositivos é que a Súmula n.º 340, do Supremo Tribunal Federal, proclamou:

“Desde a vigência do Código Civil os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”.

A circunstância apontada pelo ilustre Dr. Juiz Federal Substituto, de ser uma das finalidades da Caixa Econômica a venda de unidades imobiliárias, para casa própria, não altera a posição do problema.

O que importa é que os bens públicos, natureza que têm os bens das autarquias, não perdem sua inalienabilidade senão nos casos e na forma do que a lei estabelecer, e se a lei admite a venda em determinadas condições, nem por isso passam a ser usucapíveis, pois continuam inalienáveis para os casos em que não houve autorização legal; por conseguinte, só uma lei autorizando o usucapião é que faria cessar a restrição.

Não obstante, o imóvel objeto da ação não pode ser considerado bem público, em falta de prova no sentido de ser a apelante titular de domínio sobre o mesmo.

Da própria contestação oferecida verifica-se que, conforme ali declarado (fls. 234):

“O imóvel objeto da lide é de propriedade da contestante, com título de domínio regularmente prenotado no 5.º Ofício de Registro Geral de Imóveis, às fls. 6 do Livro 1-B, sob o n.º 11.168, em 1932, oriundo de arrematação regularmente processada no Juízo da 2.ª Vara Cível desta cidade.”

.....

“Posteriormente, após a impugnação do registro da carta de arrematação, a operação foi desfeita pela Contestante, sendo esclarecido ao proponente, na época, que a não regularização do título de propriedade impunha tal rescisão.”

Vê-se, pois, que, embora afirmando a propriedade do imóvel, a própria apelante, em sua contestação, linhas abaixo, reconhece que não conseguiu transcrever a carta de arrematação, em seu favor, que foi prenotada, bem como ocorrer a não regularização do aludido título.

Por conseguinte, não tem a Caixa Econômica título transcrito no Registro de Imóveis, sendo a transcrição exigida pelo art. 178, *b*, VII, do Regulamento dos Registros Públicos aprovado pelo Decreto n.º 4.857, de 1939, como dispunha também o anterior e estabelece o art. 167, *b*, VII, do recente Decreto-lei n.º 1.000, de 1969, nova Lei dos Registros Públicos.

Este fato está, outrossim, confirmado pelo documento de fls. 162, onde certifica o Oficial do Registro de Imóveis do 5.º Ofício que:

“Foi prenotada em 6 de dezembro de 1932 uma carta de arrematação processada pelo Juízo da 2.ª Vara Cível, sobre a qual foi levantada dúvida e remetida à Vara dos Re-

gistros Públicos, por faltar prova de propriedade.”

É de notar, a propósito, que como certificado às fls. 163, v., nas buscas realizadas não foi encontrada a dúvida levantada, que é entregue à parte pelo Registro de Imóveis, sendo de presumir não tenha dado entrada na Vara de Registros Públicos.

Ainda mais, as certidões dos diversos cartórios do Registro de Imóveis comprovam que não há neles transcrição do imóvel em causa, em nome de qualquer pessoa, notadamente de Luiz Gonçalves, que figurava nos lançamentos do Imposto Predial (fls. 11/27), como resulta de fls. 161 e 177/180.

Não há, assim, como concluir pela natureza de bem público, do imóvel objeto da ação, senão tem a apelante, Caixa Econômica Federal, o seu domínio, fato que, aliás, impediu-a de receber o preço ajustado para a venda, conforme a própria contestação.

A posse dos autores e seu antecessor resulta por sua vez provada, seja pelos documentos que acompanha a petição inicial, seja diante da prova testemunhal produzida (fls. 261/263), a propósito da qual faz a sentença, e com ela estou de acordo, a afirmativa de que (fls. 269):

“As testemunhas que depuseram na audiência de instrução e julgamento (fls. 261/263) foram unânimes em afirmações sobre a continuidade da posse dos autores, iniciada em 1932 por seu falecido chefe. São pessoas residentes nas vizinhanças do prédio há longos anos, e todas fazem referências à realização de obras de conservação e acréscimo levadas a efeito pelo *de cujus* e seus sucessores. A locação do imóvel a terceiros, logo após o falecimento de Abelardo Fajardo, não pode ser considerada como hiato de posse, no que concerne à inter-

rupção do prazo prescricional, pois as testemunhas fizeram menção a um período curto de um a dois anos, e a locação não demitiu os autores da referida posse para efeito de usucapião. O contrato locativo transfere do locador ao locatário apenas a posse direta, ficando com o primeiro a posse indireta.”

Realmente, não se pode pôr em dúvida que desde 1932 Abelardo Fajardo, e depois os autores, vêm exercendo posse sobre o imóvel, ininterruptamente.

As locações celebradas, e têm razão os autores-apelados, valem como confirmação da posse, pois somente celebra locação que tem a posse direta, e durante a mesma continua possuidor, com a posse indireta, como decorre do art. 486, do Código Civil, *verbis*:

“Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o de usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula estas às pessoas, de quem eles as houverem, a posse indireta.”

Por outro lado, o art. 550 do mesmo Código, para o usucapião, não exige seja a posse nele afluída “direta”, pelo que também a posse indireta pode dar lugar à aquisição do domínio, ou ser computada no período de duração da posse, para tanto fixado.

Sou levado, não obstante, à reforma da sentença apelada, por não aceitar a afirmação da mesma constate, de que (fls. 268):

“A prova produzida pelos autores, documental e testemunhal, à vigorosa, no sentido de possuírem com ânimo de donos, sem interrupção, pacificamente, desde 4 de abril de 1932, o prédio usucapiendo.”

Realmente, segundo resulta dos autos, e assim o declara a petição inicial (fls. 2/3, item II), os autores, através de seu

antecessor, Abelardo Fajardo, adquiriram a posse do imóvel em decorrência de ajuste feito com a Caixa Econômica Federal, para a sua compra em prestações, consubstanciado no recibo de fls. 9, referente ao primeiro pagamento.

Por conseguinte, por força do referido ajuste para a compra, Abelardo Fajardo adquiriu a posse direta do imóvel, que veio a transmitir aos autores, sua viúva meeira e herdeiros (fls. 68 a 70), continuando a posse indireta com a Caixa Econômica, que se obrigara a vendê-lo.

Ora, se dispõe o art. 495 do Código Civil que:

“A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor”,
acrescentando o art. 496 que:

“O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”

impõe-se a conclusão de que a posse exercida pelos autores, em continuação à de Abelardo Fajardo, era aquela recebida da Caixa Econômica, que não envolvia desaparecimento da posse indireta desta.

Sem dúvida, podia ser modificada a natureza da posse, passando Abelardo Fajardo ou os autores a exercê-la com o desconhecimento da posse da Caixa Econômica, com *animus domini*, hipótese em que admissível seria o usucapião, mas com base na posse exercida a partir deste fato.

Para tanto, seria necessária prova da modificação da posse, e do fato de passar o possuidor a exercê-la desconhecendo a posse indireta da Caixa Econômica, de quem foi recebida a posse direta, o que não é de presumir.

É estranho, realmente, que a Caixa Econômica Federal, como acentua o

parecer da Subprocuradoria-Geral, haja permanecido inerte durante mais de 30 anos.

Não será possível, todavia, deixar de levar em consideração que os possuidores nenhum ato praticaram que, envolvendo desconhecimento da posse indireta da Caixa Econômica, demonstrasse a transformação da sua posse, passando a exercê-la com ânimo de dono.

Os fatos alinhados na inicial (fls. 3/4) apenas demonstram a continuação da posse recebida por força do ajuste do qual resultou o recibo de fls. 9, sendo os diversos atos ali enumerados compatíveis com a posse indireta da Caixa Econômica, e atos normais do fornecedor direto, como obras de conservação e melhoramento, pagamento de impostos, etc, inclusive inscrição do seu nome como “responsável” pelo Imposto Predial.

Também as testemunhas ouvidas por ocasião da audiência de julgamento não mencionam qualquer fato que permita aceitar como provada dita transformação.

Nessas condições, não será possível reconhecer como consumado, em favor dos autores, e em detrimento dos direitos da Caixa Econômica Federal, o usucapião.

Assim sendo, dou provimento aos recursos de ofício e voluntário para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, condenando os autores nas custas e honorários de advogado, que de acordo com o art. 64 do CPC, arbitro em Cr\$ 300,00, tendo em vista as diversas circunstâncias a atender, inclusive o valor atribuído ao imóvel, Cr\$ 3.900,00, no documento de fls. 154, trazido aos autos pelos autores.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Não tenho o que aditar às brilhantes considerações aduzidas pelo eminente Ministro Relator para também prover a am-

bos os recursos e reputar improcedente a ação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provi-

mento a ambos os recursos para julgar improcedente a ação. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.605 — MG

Relator — O Ex.mo. Sr. Min. Decio Miranda

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Jarbas Nobre

Apelantes — Oscar Soares de Souza Lima Filho e outros

Apelada — Dragagem de Ouro S. A.

EMENTA

Minas. Direitos do concessionário de lavra de ouro aluvionar sobre o leito e margens do Rio das Velhas, numa extensão de 280 quilômetros e largura de 65 metros para cada lado, a contar do eixo do rio. Não abrangem a exploração de areia, cascalho e seixos rolados, material para construção civil, cuja exploração não estava compreendida na concessão e depende de autorizações de outra natureza.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 20 de setembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Relator): Dragagem de Ouro S.A., invocando o Decreto nº 6.637, de 26-12-40, que, por via de cessão devidamente registrada, a autoriza a lavar ouro aluvionar numa faixa formada por 25 quilômetros de comprimento sobre o Rio das Velhas, a montante da ponte de Santa Luzia, com a largura de 130 metros contados em partes iguais para cada lado do eixo

do citado rio, pediu manutenção de posse contra Oscar Soares de Souza Lima Filho, Osmar Soares de Souza Lima, depois estendida a medida também contra Fornecedora de Cascalho Soares Ltda., para fazer cessar a perturbação à posse da autora que empreendiam, retirando areia, cascalho e seixos rolados de praias ocupadas pela autora ou de depósitos deixados nas margens do dito rio pela operação de sua draga.

Foi concedida medida liminar de manutenção, paralisando-se os trabalhos dos réus.

Contestaram estes, alegando, em síntese: a) a autora tem concessão para lavar aluviões auríferos, sobre o Rio das Velhas, nos municípios de Sabará, Santa Luzia e Sete Lagoas, enquanto os contestantes têm alvará, já assinado pelo Ministro de Minas e Energia, para pesquisa de seixos rolados no lugar denominado "Borges", no município de Belo Horizonte; b) a autora, segundo a lei, é obrigada a extrair somente as substâncias minerais indicadas no decre-

to de concessão, não podendo impedir a extração de seixos rolados e areia pela contestante; c) não é possível reconhecer posse da autora sobre terrenos públicos de uso comum, impossível, por via de consequência, o uso de interdito possessório na espécie.

No curso da ação, informou-se que o Ministério de Minas e Energia, reconhecendo a incidência da área de pesquisa requerida pelos réus sobre a área de lavra autorizada à autora, resolveu tornar sem efeito o Alvará nº 473, relativo àquela, antes de sua publicação (fls. 85 e 212).

A sentença, do Juiz Federal Dr. Antônio Fernando Pinheiro, fls. 224/27 e fls. 236/38, depois de relatar os vários sucessos no andamento da causa, concluiu pela procedência da ação, porque “o direito da autora amparado na concessão que lhe dá lavra de ouro no leito e nas margens do Rio das Velhas, irrecusavelmente dá proteção jurisdicional à mesma, inclusive direito ao cascalho e areia revolvido, dos quais retirado o ouro aluvionar, e de que pode dispor na forma legal, inclusive para custeio do trabalho que realiza (art. 16, VIII do Decreto-lei nº 1.985, de 1940), condição implícita na sua concessão.

Em consequência, converteu em definitiva a reintegração liminar e condenou os réus nos termos do pedido, além de nas custas, honorários dos peritos e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da ação.

Apelaram os réus (ler fls. 242/5).

Apresentou contra-razões a autora (ler fls. 255/7).

A Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator):
A autora é legítima cessionária de direi-

tos de lavra concedidos em dois decretos, o de nº 6.637, de 26-12-40, fls. 7, e o de nº 31.101, de 9-7-52, fls. 71.

Pelo primeiro, foi-lhe outorgado uma área de lavra de 25 quilômetros sobre o Rio das Velhas, a montante da Ponte de Santa Luzia.

Pelo segundo, foram-lhe outorgadas três outras áreas numa extensão total de 255 quilômetros sobre o mesmo Rio das Velhas, sendo que uma delas, de 200 quilômetros de comprimento, em extensão contínua a jusante da cidade de Santa Luzia.

Vê-se, assim, que as duas concessões, uma delas praticamente fazendo contato com a outra na cidade de Santa Luzia (uma a montante e outra a jusante), perfazem 280 quilômetros sobre o curso do rio.

Foram dadas, ambas, para lavra de ouro aluvionar.

Explica-se tão grande extensão, apesar do elevado valor do mineral.

É que, após quatro séculos de exploração, os aluviões estão esgotados, e é mínima a quantidade de ouro encontrada.

Daí, certamente, a inspiração das autoridades concedentes, de proporcionar largo espaço de exploração de sorte a compensar a fraca densidade do aproveitamento, e, assim, apesar desta última, ensejar à concessionária a possibilidade de utilização de processos mais poderosos, e por isso mesmo exigentes de maiores recursos em capital e técnica.

Esse aproveitamento se dirige exclusivamente ao ouro aluvionar, não podendo sua concessão investir a concessionária em monopólio da exploração de areia, cascalho e seixos rolados numa extensão de 280 quilômetros sobre ambas as margens do rio das Velhas, com prejuízo de uma zona em que é solicitadíssimo esse

tipo de material, pela proximidade de várias cidades, entre elas Belo Horizonte.

Diz a autora que dragado e lavado o material na procura do ouro, a areia e o cascalho lhe pertencem, como subproduto da sua atividade.

Concedendo que assim seja, sua posse se restringe aos montes de areia e cascalho formados pelo trabalho da sua draga e não por todo o material existente no leito ou nas margens do rio, de domínio público comum.

Em realidade, transparece deste processo que a exploração de ouro perdeu rentabilidade, e a autora, em vez de conformar-se com o fim a que a exaustão condena as concessões minerais, quer alargar o objeto de sua concessão primitiva para o cascalho, a areia, os seixos rolados, que, aos poucos, passaram a ter grande valor, pela proximidade de cidades em intenso desenvolvimento.

Tal não é possível.

Ao tempo em que obteve as concessões para lavra do ouro aluvionar vigia o Código de Minas instituído pelo Decreto-lei nº 1.985, de 29-1-40, o qual no art. 12 § 1º, estabelecia poderem "ser aproveitados independentemente de autorização as pedreiras e os depósitos de substâncias minerais que não contenham minério de maior valor econômico, quando possam ter emprego imediato *in natura* ou sem outro beneficiamento além de talhe e forma para assentamento, e não se destinem a construções de interesse público nem tenham aplicação na indústria fabril".

Assim, só em determinadas condições seriam apropriáveis por via de concessão mineira a areia, o cascalho e os seixos rolados, não se podendo ter como reconhecidas tais condições por modo implícito na concessão de lavra de outro mineral de natureza e densidade de ocorrência completamente diversas.

Não é muito diferente o regime no Código de Mineração instituído pelo Decreto-lei n.º 227, de 28-2-67, o qual, colocando na Classe II as "jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil" (art. 5º), a seguir faculta "ao proprietário do solo ou a quem dele tiver expressa autorização, o aproveitamento imediato das jazidas enquadradas na Classe II, desde que tais materiais sejam utilizados *in natura* para o preparo de agregados, pedras de talhe ou argamassas, e não se destinem, como matéria-prima, à indústria da transformação" (art. 8º).

Para esse tipo de minerais, o novo Código estabelece o regime de licenciamento pelas autoridades locais, que se pode transformar em concessão nas condições que indica (art. 8º, §§ 1º e 2º).

Impende, pois, dizer que, se a lei não protege a autora como concessionária de lavra de tais materiais, também não favoreceria os réus na sua pretensão de obter autorização de pesquisa (que quase chegou a ser outorgada).

A pesquisa é esforço de chegar à riqueza mineral desconhecida, localizá-la, estimá-la em quantidade e valor.

É aventura, tendo como prêmio a desesperança ou a lavra futura.

Não se destina a constituir mera preliminar de privilégio na exploração de cousas conhecidas.

Dependem, pois, tanto autora como réu, atualmente (e já o dependiam quando proposta a ação, em 1968) da autorização das autoridades locais, nas condições do art. 8º e parágrafos, do Decreto-lei nº 227, citado, ou, senão destas, de autoridades federais sob outros aspectos, como o do regime de águas.

Requerida com o caráter amplo em que o foi, isto é, sem restringir-se, como

talvez fosse possível, aos depósitos de areia, cascalho e seixos deixados nas margens pela operação da draga, era inviável a ação de manutenção de posse.

Dou, pois, provimento à apelação, para julgar improcedente a ação e condenar a autora nas mesmas cominações que a sentença apelada carregava aos réus.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, por decisão unânime. Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.616 — DF

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Amâncio Benjamin

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda

Apelante — Humberto Fontes Sampaio

Apelado — Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

Compra de apartamento, inclusão de garagem. Quando tal não se dá. Sendo o número de vagas inferior ao de apartamentos, no edifício, a distribuição há de obedecer a algum critério. Estabelecido que a antiguidade na ocupação serve de base à compra do complemento, o ocupante mais novo nada pode pretender. Não lhe servem de apoio à exigência a escritura de compra e o termo de responsabilidade das dívidas anteriores, se tais documentos são omissos em garantir no negócio a inclusão de garagem.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Amâncio Benjamin*, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amâncio Benjamin* (Relator): Humberto Fontes Sampaio, qualificado na inicial, residente nesta capital, à SQN 312, bloco "E", apartamento 412, propôs ação ordinária con-

tra o INPS, alegando ser promitente comprador da unidade residencial citada, conforme escritura de compra e venda lavrada em janeiro de 1969. Anteriormente à data da assinatura do competente instrumento, assumiu, o suplicante, perante o Instituto Previdenciário, "todas as obrigações decorrentes da ocupação que lhe antecedeu no referido imóvel, inclusive os débitos da ex-ocupante que foram incorporados ao preço do apartamento". A ex-ocupante, quando detinha o imóvel, hoje comprometido ao autor, sempre dispôs de uma vaga de automóvel na garagem do prédio. Passando a residir no edifício, o síndico do condomínio não permitiu que o autor usasse a vaga da garagem deixada pela sua antecessora. Inconformado com a proibição, recorreu ao Instituto atra-

vés do Processo-Administrativo n.º 65.384/69, não logrando êxito, vez que o INPS, em resposta (doc. 3 — fls. 6), declarou que: “das 37 vagas da garagem do bloco “E” da SQN 312, 26 já foram vendidas, observando-se o critério da antigüidade de ocupação no referido bloco; as 11 restantes serão vendidas aos promitentes compradores classificados na forma supracitada, não constando o nome de V. S^a, tendo em vista que a sua locação data de 1-1-69; a Sr^a Yeda Lourdes Pereira, embora com direito à compra de uma vaga da garagem, não chegou a concretizá-la, face à redistribuição do apartamento que ocupava.”

Afirmado o requerente existirem, ainda, 6 vagas na garagem, requereu afinal lhe fosse assegurado o direito de preferência à aquisição de uma delas, considerando-se que assumiu todas as obrigações devidas pela ex-ocupante, cabendo-lhe, portanto, as vantagens decorrentes da ocupação anterior.

Citado, o Instituto-réu não contestou o pedido.

Saneador às fls. 12, declarando o réu revel e que passou irrecorrido.

Sentenciando às fls. 17/20, o Dr. Juiz julgou improcedente a ação, atendendo ao pressuposto de que o autor não concretizou a compra da vaga na garagem do edifício, e a que existe um critério de venda por ordem de antigüidade, que o autor não satisfaz; quanto à alegação de que o autor é sucessor da ex-ocupante, achou ser destituída de qualquer fundamento jurídico, e tão pouco poder compelir o Instituto-réu a vender-lhe uma vaga na garagem, quando deixou de satisfazer as condições estabelecidas em “Ordem de Serviço”, expedida pela autoridade competente.

Apela o autor às fls. 22/24, acrescentando o já expendido na inicial e insurgindo-se contra a intervenção, na audiência, da Dr^a Yeda Lourdes Pereira,

Procuradora da República, e parte interessada no feito, como ex-ocupante do imóvel.

Contra-razões às fls. 27/28.

Opinando às fls. 32/33, a Subprocuradoria-Geral solicita a manutenção da sentença apelada.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Constitui de fato uma irregularidade que a antiga ocupante do imóvel funcionasse na presente ação, mesmo eventualmente, como Procuradora da República, desde que o autor alega em defesa de seu direito circunstância que com ela se relaciona. Entretanto, por isso, não se deve anular a sentença. A inicial não colocou a ex-promitente compradora no litígio que estava propondo, nem mesmo pediu sua citação, como litisconsorte ou testemunha. Fora disso, também consideramos a ação improcedente. Não sendo o número de garagens igual ao de apartamentos do prédio, o critério adotado pelo INPS — fls. 6 — não ofende a lei alguma e é dos mais razoáveis. Por outro lado, não consta da escritura de promessa de fls. 5 qualquer obrigação relativamente à compra de garagem. Do mesmo modo, o promovente não fez prova de que tal direito lhe ficasse assegurado no termo em que, conforme alega, assumiu os débitos originários da antiga ocupação.

Por essas razões, negamos provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Revisor): Preferência para aquisição de vaga na garagem, reconhecível por força de antigüidade na ocupação, não cabe ao mais novo ocupante, com base na antigüidade do ocupante anterior.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento, à una-

nimidade. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.631 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Amarílio Benjamin

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente — Juízo Federal da 3ª Vara, *ex officio*

Apelante — Administração do Porto do Rio de Janeiro

Apelado — COMEX S. A. — Produtos Químicos

EMENTA

Taxa de armazenagem. Adicional de insalubridade. Descabimento. Não cabe o adicional exigido, quando fica provado, mediante parecer de órgão técnico oficial, que a mercadoria provocadora do acréscimo não é insalubre, nem explosiva ou inflamável.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, prover, em parte, os recursos para a redução dos honorários de advogado, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): COMEX S.A. Produtos Químicos, propôs ação ordinária contra a Administração do Porto do Rio de Janeiro, insurgindo-se contra o aviso de débito n.º 785, enviado pela ré, cobrando, além de juros de mora, a quantia relativa à diferença na conta de armazenagem de volumes vindos pelo navio “Cabo Orange”, em 11-7-67, por entender que tais mercadorias eram insalubres. Baseia-se em que “sulfato de cobre” não pode ser considerado insalubre, explosivo ou inflamável, conforme parecer do Laboratório Nacional de Análises, somente sen-

do venenoso quando ingerido. Além do mais, a mercadoria veio convenientemente embalada, sem falhas ou perdas, razão por que solicita a procedência do pedido, com a nulidade do débito e conseqüente condenação nas custas e honorários advocatícios à base de 20% (fls. 4/11).

Contestando às fls. 18/23, a ré propugnou pelo descabimento da ação, alegando que o aviso de débito é simples notificação, e não cabe ao Judiciário anular correspondência; deveria, assim, a suplicante aguardar a ação executiva para defender-se. Sendo, por conseguinte, inepta a ação, solicitou absolvição de instância. No mérito, alegou a legitimidade do débito, que engloba diversas parcelas: diferença de armazenagem, taxa de insalubridade, adicional e quota de previdência, parcelas devidamente previstas em lei; e esclarecendo que a autoridade legalmente autorizada a pronunciar-se sobre a insalubridade é o Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho, do Ministério do Trabalho; menciona que o sulfato de cobre figura nas relações de n.ºs 1 e 2 da Ordem de Serviço 8.585/61, da APRJ, como mercadoria nociva ou insalubre.

Pronunciou-se saneador irrecorrido às fls. 42.

Despacho saneador irrecorrido às fls. 42.

A sentença de fls. 56 julgou procedente a ação para considerar indevida a notificação feita e nulo o débito cobrador. Condenou a ré nas custas e honorários advocatícios fixados em Cr\$.. 500.00.

Apela a Administração do Porto do Rio de Janeiro (fls. 58/63).

Contra-razões às fls. 65/68.

A Subprocuradoria-Geral no parecer exarado às fls. 74/75 pede a reforma da decisão apelada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): A ação é procedente à vista do parecer de fls. 8/9, de que o sulfato de cobre não é insalubre, explosivo, nem inflamável. A ré contesta essa classificação e se apoia em ordem de serviço própria, que teria sido baixada de acordo com as determinações do Ministério do Trabalho, mas estas não foram devidamente comprovadas nos autos, nem a ré solicitou melhores esclarecimentos em face da resposta de fls. 45, do De-

partamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, de que nenhum processado relativo às contendoras dera entrada na Repartição.

De qualquer forma, existindo dúvida entre órgãos públicos, é compreensível que a autora se oponha à exigência. Todavia, deve ser dado provimento em parte aos recursos, para reduzir-se a condenação em honorários de advogado ao que foi pedido na inicial — 20% sobre o valor da causa, fls. 3, item 6.

VOTO

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Revisor):

O sulfato de cobre, que seria mercadoria sujeita a sobretaxa, porque venenosa quando ingerida, é todavia inocente quando bem embalada.

A ação era procedente.

No que toca aos honorários, estou de acordo com o relator.

Dou provimento, em parte.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Providos, em parte, os recursos para a redução dos honorários de advogado, à unanimidade. Os Srs. Mins. *Decio Miranda* e *Godoy Ilha* votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.956 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. *Moacir Catunda*

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. *Peçanha Martins*

Recorrente — Juízo Federal da 1.ª Vara, *ex officio*

Apelado — *Arly Gonçalves de Oliveira*

EMENTA

Militar. Se o militar, após a conclusão do tempo de serviço, é recolhido a leprosário, por ser portador de lepra, tem direito a reforma. A legislação militar de diferentes épocas reconhece a lepra como motivo de reforma.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, negar provimento, na

forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 4 de junho de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. A espécie dos autos foi assim relatada e decidida pelo Dr. Juiz de Primeira Instância:

“Vistos etc. . . Arly Gonçalves de Oliveira, devidamente qualificado na inicial, propôs a presente ação ordinária contra a União Federal, alegando: que em 20 de janeiro de 1958, quando já acometido do mal de Hansen, tendo ele atendido à convocação de sua classe (1939), foi mandado servir no 1º Grupo de Canhões 90 Antiaéreo, donde foi excluído, por conclusão de tempo, em 19 de fevereiro de 1959; que, à data em que fora mandado incorporar, não obstante houvesse declinado sua condição de egresso do leprosário, de onde saíra em estado de convalescença, ainda assim fora mandado à inspeção médica, sendo julgado apto para o serviço militar, segundo laudo da Junta Médica de Saúde do Exército; que, em decorrência, não estando ainda completamente restabelecido daquela insidiosa enfermidade, com a instrução forçada e outras atribuições de soldado-recruta, teve ele, autor, o agravamento da moléstia, vindo, em consequência, a ser novamente internado no leprosário, onde ficou compulsoriamente isolado, segundo determinação expressa do Código Nacional de Saúde, em vigor; que, tendo sido excluído das fileiras do Exército, por conclusão de tempo de serviço, em 19 de fevereiro de 1959, data em que foi fornecido cer-

tificado de reservista de 1ª categoria, e isolado, como ficou, no aludido leprosário, não pôde formular a defesa de seus direitos, o que só posteriormente ocorreu; que, na esfera administrativa, o amparo por ele solicitado foi negado sob a alegação de falta de apoio legal, tendo a mesma sorte requerimento posterior, este sob o fundamento de já se haverem esgotado todos os recursos naquela esfera; que a própria União Federal, no despacho proferido no documento de fls. 8 (nº 3), reconheceu expressamente que, à data em que foi incorporado às fileiras do Exército, já se achava ele fichado no Hospital Colônia de Curupaiti, desde 1952, como portador do mal de Hansen; que, sendo o Estado, como pessoa jurídica de Direito Público, responsável pelos atos danosos de seus prepostos, e, no caso *sub judice*, tendo a Junta Médica de Saúde do Exército o julgado apto para o serviço, forçando, assim, o agravamento de uma moléstia de que vinha convalescendo, não resta dúvida de que terá de reparar o erro de seus agentes; que, face ao exposto, tem a presente ação inteira procedência, devendo ser reconhecido o seu direito a reforma, na graduação imediata à que tinha na ativa, a partir da data do seu licenciamento do serviço ativo, com todos os consectários, a saber: vencimentos atrasados, juros de mora, custas e honorários de advogado na base de 20% (vinte por cento) sobre o *quantum* da execução. Devidamente citada, ofereceu a União Federal a contestação de fls. 29/31, arguindo, preliminarmente, a prescrição quinquenal extintiva, regulada pelo art. 178, § 10, item VI, do Código Civil, e o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, uma vez que, entre o despacho que indeferiu o requerimento do autor,

3 de outubro, e a propositura da presente ação, decorreram mais de cinco anos. No mérito, pelos motivos alegados, pediu a improcedência da ação. Réplica às fls. 42/44. Saneador irrecorrido (fls. 45). Deixou para esta oportunidade a apreciação da preliminar argüida pela ré e mandou fossem especificadas as provas, o que foi atendido pelas partes (fls. 49 e 51). Realizada prova pericial, *ut* laudos de folhas 62/63, 65/66 e 78/84, este do Dr. Perito desempatador. Audiência de instrução e julgamento realizada a 10 do corrente mês. Tudo visto e examinado: O último despacho em pedido formulado pelo ora autor na esfera administrativa é o que se contém às fls. 9, datado de 3 de outubro de 1967. Infere-se, assim, sem qualquer dificuldade, que o ajuizamento da presente ação, feito em 1º de setembro de 1969, foi oportuno, não se justificando a preliminar de prescrição argüida na defesa, e que, por isso mesmo, rejeitada. No mérito, por outro lado, não é melhor a situação da ré, que realmente incorporou o autor às fileiras militares após exame de saúde, não obstante ser ele portador de gravíssima doença, pelo que se achava fichado, desde 1952, no Hospital Colônia de Curupaiti (fls. 8). A situação, como se vê, em nada difere de hipótese anterior, justamente a retratada na sentença trazida colação (fls. 12/15), do ilustrado Juiz Miranda Rosa, confirmada pela Egrégia Instância *ad quem* (Apelação nº 23.362), e na qual ficou salientado que toda a legislação militar sempre reconheceu a lepra como motivo para reforma militar, sem qualquer indagação sobre a existência de relação de causas e efeito com o respectivo serviço. Muito significativo, aliás, foi o voto do Sr. Min. Moreira Rabello,

ao assinalar que: “acolhendo um militar em precário estado de saúde, é evidente que não poderia, posteriormente, alegar, como escusa, um fato cuja comprovação devia ter sido feita no momento de seu ingresso nas fileiras do exército” (fls. 17). Entendo perfeitamente válida a pretensão do autor, pelo que, acolhendo-a, julgo procedente a ação para o fim de condenar, como realmente condeno, a União Federal a reformar o autor na graduação de Terceiro Sargento, com direito aos atrasados, a serem apurados em execução, e pertinentes ao último quinquênio que precedeu à propositura da ação, condenando-a ainda nas custas processuais, juros de mora contados da citação, e honorários de advogado que arbitro em 20% (vinte por cento) do principal. Recorrido de ofício”.

Petição da União Federal às fls. 101.
Razões de apelado às fls. 103/105.

Nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria deu o seguinte parecer:

“No fundamental, a v. sentença contraria disposição legal expressa, transcrita às fls. 31, visto que o mal de que padece o autor preexistia à sua incorporação e o tornava inapto para o serviço militar. Se a Junta Médica errou, nem por isso se poderá atribuir efeito jurídico a sua incorporação, porque, à base desse erro estará, sem dúvida, a má-fé, consistente na ocultação, por parte do autor, de sua verdadeira condição. 2 — Aliás, esses casos já se vêm repetindo com relativa frequência, já reclamando do Governo alguma providência, tornando obrigatória, por parte dos serviços médicos dos Estados, a notificação dos serviços de recrutamento, ao lhes chegarem portadores do mal em questão. 3 — Trata-se, acima de tudo, de evitar a disseminação do

mal, acelerada pelo múltiplo convívio na caserna. É o que se deve considerar, antes e acima de se considerar, antes e de se pretender dos médicos militares o dom da infalibilidade, e de se falar em “amparo” que menos serviria ao segregado. Pelo provimento, decretada a improcedência da ação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. *Data venia* do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, nego provimento ao recurso de ofício, confirmando a sentença recorrida, por seus fundamentos, notadamente o respeitante às consequências da denúncia do autor à Junta

Médica, ao ser incorporado, de que era egresso de um leprosário. Não obstante, foi declarado em boas condições de saúde, e incorporado.

E porque, durante a prestação do serviço militar, reacendeu-se-lhe o terrível mal que o incapacita para qualquer trabalho, entendo cumprir ao Estado o dever de o amparar.

Confirmo a sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.121 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henrique d'Ávila

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Apelantes — João da Cruz Secco Júnior e outros

Apelada — União Federal

EMENTA

Militar inativo. Os proventos do pessoal que se encontrava na inatividade a 31 de dezembro de 1968 serão reajustados tendo por base de cálculo os valores do soldo, resultante da aplicação dos arts. 1º e 2º da Lei n.º 5.552, de 4-12-68, correspondente ao respectivo posto ou graduação, sem direito a retroatividade (art. 180 do Dec.-lei n.º 728/69).

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): A espécie controversa nos autos foi assim exposta e decidida pelo Julgador *a quo*:

“Os brigadeiros João da Cruz Secco e Benigni de Alcântara; o tenente-coronel João Duval e outros propuseram contra a União Federal a presente ação ordinária, pretendendo seja a ré condenada a:

1. pagar aos autores soldo de valor igual aos de seus colegas em atividades e aos dos inativos posteriores a 1-1-69 de correspondente posto ou graduação, garantindo-se-lhes a percepção sobre o mesmo de toda e qualquer vantagem que já vinham recebendo;

2. pagar as diferenças de atrasados a serem apurados até a data da liquidação da sentença, acrescidas dos juros da mora;

3. arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sobre o total da condenação.

Justificando as suas pretensões, alegam os autores, em síntese, o seguinte:

1. Que, na qualidade de militares inativos, vinham recebendo os seus proventos, compostos de soldo e gratificações incorporáveis, na conformidade da Lei nº 4.328/64, proventos esses iguais aos dos seus colegas da ativa;

2. Que, em 4-12-68 foi promulgada a Lei nº 5.552, cujo art. 2º modificou e ampliou o conceito da corporação, dando como resultado duas classes de inativos. Um dos que haviam passado para a inatividade anteriormente à Lei e outra composta daqueles que iriam constituí-la depois da promulgação da citada Lei, ficando àquela, a dos autores como uma espécie diferente, colocando-os numa situação de verdadeiras párias dentre seus iguais.

A ação foi contestada, e a ré, defendendo-se contrapõe às alegações dos autores, também em síntese, o seguinte:

1. Que os militares da reserva obtiveram um aumento de 20% nos seus proventos por força do art. 4º da Lei nº 5.552, salientando que o DL nº 434 só beneficia os militares da reserva;

2. Que, embora o art. 94 em seu § 6º se reporte aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 101 da Constituição, e ainda que o § 2º disponha que os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo

de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, não quer isso dizer que a revisão tenha que ser forçosamente igual àquela que foi dada aos inativos;

3. Que esta interpretação é acatada pela jurisprudência de nossos tribunais, sendo também clara a lição do jurisdito.

A matéria da contestação foi ainda desenvolvida ex-abundância pelas informações prestadas pela Assistência Jurídica do Ministério da Aeronáutica, bem como pelo Diretor do Pessoal, Major-brigadeiro Manoel José Vinhais.

O processo foi saneado e designada a audiência de instrução e julgamento, na qual os autores arazoaram, desistindo de uma parte do reclamado, à vista do DL nº 728/69, que é o novo Código de Vencimentos dos Militares, ter em seu art. 180, §2º, corrigido a disparidade, insistindo, porém, na condenação da ré ao pagamento dos atrasados, durante o período não atingido pelo citado DL nº 728, ou seja, de janeiro a julho de 1969.

A ré, invocando o mesmo art. 180 citado pelos autores, alega que embora os proventos tivessem sido equiparados — inativos e em atividade — a lei restringiu a sua aplicação, pois no final diz claramente: “sem direito à retroatividade.”

Este o relatório e passo a decidir.

Não têm razão os autores. Efetivamente, quando a Carta Magna determina que os proventos da inatividade serão revistos sempre que por motivo de poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, não determinou a sua equiparação. Aliás, esta última medida talvez fosse o mais acertado, entretanto, o intuito da lei máxima do país, embora seja o de corrigir disparidades, se apresenta em forma de benefício e não de

obrigação. Quanto ao tempo em que seriam revistos os proventos, há um perfeito silêncio da Lei Magna. Esse tempo, escolheu-o a ré, a 7 de agosto de 1969 publicava o DL nº 728, denominado Novo Código de Vencimentos dos Militares, no qual se atribuía aos inativos os mesmos proventos auferidos pelos que estavam em atividade.

Com a expedição desse DL, não se deve atribuir à ré uma confissão de injustiça, pois ele representa simplesmente o respeito que as autoridades que promulgaram têm daquilo que dispõe a nossa Constituição. Entretanto, ao dispor o DL nº 728 que os proventos do pessoal que se encontrava na inatividade a 31-12-68 serão reajustados tendo por base de cálculo os valores do soldo, resultante da aplicação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.552, de 4-12-68, correspondente ao respectivo posto ou graduação, declarou expressamente ao final do art. 180 — “a contar da data da publicação deste DL, sem direito a retroatividade.”

E' bem de ver-se que outra não pode ser a decisão deste Juízo, sob pena de decidir *contra legem*, senão julgar im procedente a ação, absolver a ré do pedido e da instância e condenar os autores nas custas do processo, além dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa.”

Os autores, alimentando dúvidas quanto ao recurso a interpor da sentença, manifestaram os embargos de declaração de fls. 83; e o Julgador *a quo* os apreciou de fls. 85 a 86, esclarecendo que outro não poderia ser senão o que pertine a sentença que decide a ação, apreciando-lhe o seu merecimento.

E, em consequência, apelaram os autores com as razões de fls. 88 a 90: (lê).

E a União Federal ofereceu suas contra-razões de fls. 92 a 93: (lê).

Subiram os autos. E, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Ge-

ral da República manifesta-se pelo não provimento do apelo, às fls. 98.

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Nego provimento ao recurso para manter a decisão recorrida, que se me afigura irrepreensível, por seus próprios fundamentos, e, ainda, reporto-me, para tanto, às contra-razões oferecidas pela União Federal, de fls. 92 a 93, que devem ser transcritas neste voto como razão de decidir. Ei-las:

“1. Impõe-se, com o não provimento da Apelação de fls. 88/90, a irrestrita confirmação da r. sentença de fls. ... 78/81.

2. A decisão apelada está certa, devendo por consequência, ser mantida.

3. As razões da apelação não a ilidiram nem vulneraram.

4. Os fundamentos da decisão são irresponsáveis. O seu acerto está demonstrado e patente nas suas sábias razões de decidir, que desafiam a contradição.

5. A r. sentença bem acentuou que:

“Ao dispor o DL nº 728 que os proventos do pessoal que se encontrava na inatividade a 31 de dezembro de 1968, serão reajustados tendo por base de cálculo os valores do soldo, resultante da aplicação dos arts. 1º e 2º da Lei nº ... 5.552, de 4 de dezembro de 1968, correspondente ao respectivo posto ou graduação, declarou expressamente, ao final do art. 180: “a contar da data da publicação deste Decreto-lei, sem direito a retroatividade.”

6. Não é possível ser mais claro, mais lógico, mais convincente e mais legal.

7. A jurisprudência, aliás, é nesse sentido:

“Militares. Proventos de inatividade. Pretensão descabida de acumular as gratificações de abono militar e de guarnição especial do antigo Código de Vencimentos e Vantagens, suprimidas pelo novo Código de Vencimentos (Lei nº 4.328/64), paralelamente com as vantagens da nova lei, o que implicaria numa situação de privilégio, em detrimento dos que viessem a se inativar no regime do novo diploma legal.

A abolição das antigas gratificações não resultou em redução de proventos, que foram, ao revés, sensivelmente majorados pelo recente Código de Vencimentos dos Militares, que determinou, ainda, a incorporação de Gratificação de Função Militar, da Categoria A, correspondente a 100% do soldo ou posto ou da graduação efetiva, e da Gratificação de Função Militar da categoria C, de 40%, pelo exercício ou desempenho de determinados serviços, enquanto as antigas gratifica-

ções mandadas incorporar pela Lei nº 2.283/54 não atingiam mais de 20%. Quando assim não fosse, não gozavam os militares, como os civis, de garantia de irredutibilidade de vencimentos, só assegurada aos Juizes por expressa disposição constitucional. Ressalva da possibilidade de redução de proventos pela Súmula 359”. (AMS 65.243, TFR. Agravante Homero Ubatuba de Faria e outros. Agravada União Federal. GB-DJ 27-10-70 — 5.170).

8. O exposto, e que se contém nos ofícios informativos de fls. 63/66 e 67/69 e na contestação de fls. 58/59 e, acima de tudo, os jurídicos e legais fundamentos da r. sentença recorrida, estão a impor, como um imperativo de justiça, a sua integral confirmação.”

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Moacir Cautunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.140 — MG

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Ex.^{mo} Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Helena Astrogilda Pinto

Apelado — Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

Pensão. Carência. Lei nº 3.275/67. Decreto nº ... 1.918/37, art. 8º. Nem pela LOPS, nem pela legislação anterior, era possível considerar ter incorrido em decadência associado obrigatório do IAPI, que falecera de cardiopatia grave após o recolhimento de 11 contribuições a seu favor, não tendo sido recolhida a 12.ª e última por motivo de desemprego.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento ao recurso; na for-

ma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei

Brasília, 10 de novembro de 1971. —
Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Ação ordinária ajuizada por Helena Astrogilda Pinto contra o INPS, a 20 de dezembro de 1966, a fim de conseguir, a partir de 9 de junho de 1960, em seu nome e no das três filhas menores do casal, pensão por morte de seu marido Messias Pereira da Cruz, falecido nessa data de cardiopatia descompensada, após haver, como oleiro, empregado da firma “Cerâmica Batista Ltda.,” contribuído, em Belo Horizonte, de junho de 1959 a abril de 1960, isto é, durante 11 meses, para o IAPI, e ter sido antes, como afirma a inicial, empregado na olaria de Antônio Agostinho Filho, na cidade de Cordisburgo.

A causa foi contestada às fls. 29, sob o argumento principal de que o *de cujus* não completara, nem providenciara para supri-lo, o período de carência da LOPS.

Afinal, a sentença de fls. 61/62 (lê) julgou improcedente a ação.

Apela a autora, com as razões de fls. 65/69, acompanhada dos documentos de fls. 70/83.

O apelado contra-arrazoou às fls. 84 v. A Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da v. sentença recorrida por seus fundamentos.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): As autoras comprovaram, pela certidão de óbito e pelo atestado médico, de fls. 12, reproduzido às fls. 75 com a respectiva firma reconhecida, que o segurado falecera de cardiopatia descompensada. Portanto, se fosse aplicável à espécie

a LOPS, como supôs a contestação, a outorga da pensão aos seus dependentes independeria do período de carência (art. 64, § 4º, I).

Na realidade, porém, a situação do *de cujus*, como associado obrigatório da Previdência Social, regulava-se pelo Regulamento do IAPI, Instituto a que estava filiado (Decreto nº 1.918/37; Decreto-lei nº 8.769/46).

De acordo com essa legislação anterior à Lei Orgânica, o período de carência era o mesmo, de 12 meses, e sua dispensa concedida, apenas, no caso de lepra e acidente em serviço (Decreto-lei nº 8.769/46, art. 2º § 2º).

As autoras, na realidade, não provaram a efetiva prestação de serviços à olaria de Cordisburgo.

Entretanto, havendo o segurado um mês e poucos dias após o recolhimento da 11ª contribuição a seu favor, tinha o incontestável direito de completar o período de carência, pelo pagamento da 12ª prestação, quer tivesse permanecido inativo por doença, quer em consequência de despedida, quer por ambos os motivos conjugados.

É que o art. 8º do citado Decreto nº 1.918/37 dispunha que nenhum associado perderia essa qualidade:

“por motivo de desemprego qualquer que seja o tempo da respectiva inatividade”.

Assim, o direito das autoras à pensão não poderia ter incorrida em decadência nem ser negado.

Ele decorre da própria lei, seja a antiga seja a moderna e não há necessidade, para reconhecê-lo, de recorrer à jurisprudência fundada na equidade, a que as mesmas autoras se reportaram.

Por outro lado, a contestação não arguiu a prescrição do art. 13 do Decreto-lei nº 8.769/46 quanto às prestações em

atraso e, efetivamente, às reclamações administrativas da autora, não poderia ser negado esse efeito de interromper a prescrição.

Dou, pois, provimento ao recurso para julgar procedente a ação nos termos do pedido inicial, arbitrados os honorários pedidos em 10% sobre o valor da causa.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.154 — RJ

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henrique d'Ávila

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Recorrente — Juiz Federal no Estado, *ex officio*

Apelante — INPS

Apelado — Ernani Gomes dos Santos

EMENTA

Previdência Social. Ação ordinária visando reconhecimento de direito à percepção de benefício por incapacidade, julgada procedente pela decisão de primeiro grau. Sentença que se mantém.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento a ambos os recursos, com ressalva de parte do Sr. Ministro Revisor, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de março de 1972. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): A espécie controvertida nos autos veio a ser assim exposta e decidida pelo Julgador *a quo*:

“Ernani Gomes dos Santos, servente, pedreiro, residente na Ilha da Conceição, rua Mário de Abreu 126, nesta Cidade, propõe ação ordinária contra o INPS, a fim de lhe ser reconhecido o direito de perceber benefícios por inca-

pacidade, pelos motivos que expõe, e que seriam:

“O suplicante, quando empregado na Empresa Nacional de Saneamento, Ind. e Com., (ENSIC S. A.), sofreu um acidente, tendo à época sido internado em órgão hospitalar do suplicado.

Em consequência desse mesmo acidente, ao suplicante foram pagos pelo empregador os 15 primeiros dias, como é da lei; passando daí por diante a responsabilidade ao Instituto suplicado, até que lhe fosse dada a alta como apto ao trabalho.

Ocorre que, enquanto se achava no gozo do benefício como acidentado, o suplicante, naturalmente, devido ao trauma sofrido com o evento, passou também a apresentar sinais evidentes de debilidade mental, o que levou o suplicado a transformar a situação de acidentado para o de auxílio-doença, tendo em consequência, sido internado na Casa de Saúde Niterói S.A., no período de

24-12-62 a 22-3-65, em tratamento daquela debilidade.

Após os regulares exames conclui a equipe médica estar o suplicante em plena capacidade, isto é, curado, sendo-lhe concedida a alta e a conseqüente apresentação à empresa.

Retornando ao trabalho, novamente o suplicante veio a apresentar os sintomas do mesmo mal, obrigando a retornar ao Instituto suplicado por se tratar de recidiva.

Ocorre que o médico que atendeu o suplicante, duvidando do seu estado até a presente data, não concluiu pelo retorno do suplicante ao gozo do benefício do auxílio de doença a que faz jus.

Interposto o recurso ao conselho superior da previdência social, o mesmo negou provimento, fundado nos pareceres contidos nos autos que concluíram pela improcedência das alegações do suplicante.

Todavia, o suplicante até hoje se recente daquela enfermidade, sendo por isso mesmo as conclusões da Junta que o examinou absolutamente improcedentes.”

A inicial é instruída com os documentos de fls. 4/10. O INPS contestou a ação às fls. 18/19. Saneador às fls. 21.

Audiência de instrução e julgamento a 18-3-70, a que compareceram os Srs. Procuradores do autor, do INPS e da República. A pedido do advogado do A, após concordância das demais partes, referida audiência foi adiada, a fim de que fosse apreciado o requerimento apresentado na ocasião.

Laudo de exame de sanidade mental às fls. 31/33. Nova audiência de instrução e julgamento a 15-9-70 a que compareceram os ilustres Drs. Procuradores das partes e da República.

Em face de dúvida e ante a necessidade de ser ouvido o A, o MM. Dr. Juiz Titular desta Seção Judiciária de-

terminou fosse o julgamento convertido em diligência, com o competente adiamento, a fim de ser solicitado esclarecimento no sentido dos Srs. peritos responderem, de modo positivo, se o A está apto a exercer a sua profissão, sem correr qualquer risco, e qual o período necessário para a readaptação da conduta do autor. Determinou, ainda, que na próxima audiência a ser designada compareça o A. para prestar depoimento pessoal. As fls. 42 as respostas dos peritos.

Audiência de instrução e julgamento a 18-1-71, a que compareceram os ilustres Procuradores das partes e da República. Presente o A., Ernani Gomes dos Santos, disse que: “Não se lembra da ocorrência do acidente, sabendo que somente fraturou a cabeça.”

Em face do acentuado estado de nervos do autor-depoente, ouvidas as partes, foi determinado o encerramento de seu depoimento. Ouvido a seguir o Sr. Agenor Jorge de Sena, disse que: “Conheci Ernani Gomes dos Santos da firma em que o mesmo trabalhava e em que o depoente desempenhava as funções de apontador; que assim pode testemunhar ter sido o mesmo vítima de acidente em serviço quando trabalhava em uma pedreira, quando em posição acima do nível do trabalho o mesmo caíra batendo com a cabeça; que assim o depoente conduzia seu companheiro de trabalho ao escritório da firma em estado desacordado, em cuja situação fora transportado para uma casa de saúde, cujo nome não lhe ocorre à lembrança, sabendo porém que o acidentado fora internado na mesma casa de saúde.”

É o relatório. Tudo bem visto e examinado.

Das provas dos autos evidencia-se que o A., conforme laudo às fls. 31/32 — “Crêem os peritos apresentar o periciado alterações de personalidade e de conduta inerentes a uma enfermidade

epileptógena pós-traumática. Há, pois, um nexó casual entre a enfermidade atual e o acidente sofrido. Apesar de enfermo, o paciente encontra-se perfeitamente capaz de entender o valor dos atos e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. É o laudo.”

No entanto, segundo o verificado na audiência, o estado do A não poderá ser aceito como de pessoa capaz, s'im de absoluta incapacidade, para qualquer atividade.

Assim, considerando que além das provas dos autos, sobreleva a constante da verificação ocorrida perante este Juiz, julgo por sentença procedente a ação para reconhecer, como reconhecido tenho:

a) A situação do autor como de incapacidade em decorrência do acidente sofrido; e

b) Conseqüentemente, o direito do mesmo acidentado à aposentadoria por invalidez, a partir da data em que ocorrera sua invalidez, pagando-se-lhe, assim, o que for devido.”

Dessa decisão recorreu de ofício seu ilustrado prolator; e apelou o réu com as razões de fls. 55 a 57: (lê).

E, o autor ofereceu as contra-razões de fls. 61 a 63: (lê).

E, por seu turno, oficiando às fls. 69, a douta Subprocuradoria-Geral da Real da República manifesta-se pela improdência da ação.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Não obstante o parecer emitido pela douta Subprocuradoria-Geral da República e as esforçadas razões de apelação produzidas pelo INPS, estou em que a decisão recorrida merece subsistir. É certo que o Dr. Juiz *a quo*, para chegar à conclusão que aportou, valeu-

se, não só das conclusões do laudo médico, como também de sua impressão pessoal quanto à conduta do autor em Juízo. E, esta se lhe afigurou anormal e capaz de justificar a incapacidade que lhe foi atribuída e sua aposentadoria por invalidez. Tratando-se de pessoa desvalida e humilde, é evidente que se não lhe fosse concedido o benefício postulado restaria inteiramente ao desamparo.

Por isso, estou em que a decisão recorrida, além de jurídica, a meu ver, é extremamente humana e justa, merecedora do beneplácito da Turma.

Em conseqüência, meu voto é no sentido de negar provimento ao apelo.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Revisor): No mérito verifica-se do laudo médico aflorado da perícia feita durante a instrução, a persistência na pessoa do autor, que é servente de pedreiro, ou pedreiro, fls. 6, a enfermidade epileptógena pós-traumática, com vinculação ao acidente em virtude do qual esteve em gozo de auxílio doença de dezembro de 1962 a março de 1965, fls. 32.

Posto que o laudo haja afirmado sua capacidade para os atos vida civil, sou porque a constatação da epilepsia, moléstia que provoca ataques no seu portador, demonstra não se achar, sem grande perigo, apto ao exercício de sua profissão de pedreiro ou servente de pedreiro, a qua, em via de regra, exige condições de trepar em andaimes, horas seguidas.

A prova autoriza a declaração de que não está em condições de fazer o trabalho que sabe, pelo que nego provimento para condenar o INPS a mantê-lo no gozo do auxílio-doença, até ser declarado fisicamente apto ao exercício de sua profissão habitual.

A simples alta do serviço médico não basta, cumprindo ao réu fornecer-lhe

certificado de capacidade, na forma dos artigos 24 e 29, da LOPS.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento a am-

bos os recursos, com ressalva de parte do Sr. Ministro Revisor. O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães votou *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.322 — RS

Relator — O Ex.mo Sr. Min. José Néri da Silveira

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Márcio Ribeiro

Recorrente — Juízo Federal da 3ª Vara, *ex officio*

Apelantes — Paulo Corletto da Silveira e Caixa Econômica Federal

Apelados — Os mesmos

EMENTA

Funcionário público. Reintegração no cargo. Faltas residuais não compreendidas na absolvição no juízo criminal podem fundamentar punição disciplinar do servidor público. A demissão do funcionário público da União ou das autarquias federais, com base no Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, somente poderia ser decretada pelo Comando Supremo da Revolução e, depois da posse do Presidente da República, por este. Não tinham competência os dirigentes das entidades autárquicas para aplicar o art. 7º, § 1º, do Ato Institucional referido. Agora a hipótese de demissão com base em Ato Institucional, está assegurado ao funcionário público estável o direito de ampla defesa, em processo administrativo, para ser demitido, por infração às normas do Estatuto (Lei n.º 1.711, de 1952). Ação de reintegração no cargo que se julga procedente, porque foi demitido o funcionário estável sem processo regular. Ressalvado fica, porém, à Administração promover, em torno dos fatos e irregularidades atribuídos ao servidor, inquérito administrativo, com todas as conseqüências de lei, assegurando-lhe, entretanto, ampla defesa. Provimento, em parte, aos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 31.322-RS, em que são partes as acima indicadas,

Acordam os Ministros que compõem a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de outubro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Paulo Corletto da Silveira, brasileiro, casado, do comércio, domiciliado em Porto Alegre, moveu contra a então Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul ação ordinária de reintegração no cargo de Escriturário, nível 8-A, de que foi demitido a bem do serviço público, com fundamento no art. 207, incisos I, III, primeira parte, e VIII, combinado com o art. 209, ambos da Lei nº 1.711/1952, pela portaria nº 408, de 17-7-1964.

Sumariou a espécie dos autos o illustre Juiz Federal Hervandil Fagundes, às fls. 140/144, nestes termos:

“Segundo a inicial, o A. ingressou nos quadros da R. em 21-10-59, como Escrivário, trabalhando, sucessivamente, na Divisão de Depósitos com Cheques, Divisão de Consignações, Divisão de Depósitos Populares, na qualidade de seu Subchefe substituto, e tendo sido demitido a bem do serviço público, em 17-7-64.

Ainda segundo a peça vestibular do feito, “em começos do ano de 1964, foram descobertas, no estabelecimento matriz da R., retiradas de contas-correntes, mediante cinco cheques falsificados, e isto em prejuízo de depositantes” (fls. 3).

Para a apuração das irregularidades acima apontadas, foram constituídas duas comissões de inquérito, sucessivamente, sem que, entretanto, qualquer delas tenha logrado apurar a autoria das falsificações. Por isso, em seus respectivos relatórios, foi recomendado à administração da R. o envio dos autos à polícia, para procedimento de inquérito, de cujos resultados pudessem surgir elementos para posterior instauração de processo administrativo, na forma da lei.

Depois disso, e a partir de 10-7-64, passou a funcionar, na Autarquia R., uma Comissão de Inquérito Policial Militar (IPM), que teve suas atividades findas em 16 do mesmo mês e ano, com o seguinte relatório: “Proponho que: 1. sejam estes autos remetidos à autoridade policial, na forma do disposto no art. 66, I, da Lei das Contravenções Penais e do art. 226, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, e de acordo com o art. 229, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, para os fins do com-

petente processo comum; 2. seja aplicada a pena de demissão a Paulo Corletto da Silveira, como incurso no art. 207 do Estatuto dos Funcionários Civis da União, combinado com o parágrafo único do art. 38 do Decreto nº 24.427, de 19 de junho de 1934, e item VII do Regimento Interno desta Caixa Econômica Federal”. A esse relatório, que atribuiu ao A. a autoria das falsificações nos cheques, seguiu-se o ato de demissão a bem do serviço público.

Em razão dos fatos que fundamentaram a demissão do A., foi este denunciado por peculato (C. P., art. 312 § 1º) e condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão, além de multa de 6 mil cruzeiros, tudo conforme certidões, anexas, com que o A. instruiu a inicial.

Pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos a sentença foi reformada, absolvendo-se o autor da presente ação, por não haver ficado provada a responsabilidade do mesmo no ilícito penal que lhe foi imputado. O voto do Relator está transcrito, às fls. 4 da inicial.

Julgada insubsistente a ação criminal, insurge-se, agora, o A. contra a forma de realização dos procedimentos administrativos tendentes à apuração das responsabilidades, alegando, inclusive, que não lhe foi dada a menor possibilidade de defesa, muito embora o ato de demissão a bem do serviço público tenha sido fundamentado exclusivamente em dispositivos do Estatuto Federal.

Por causa disso é que, por via da presente ação, vem o A. requerer a condenação da R. a reintegrá-lo em seu quadro de pessoal, com todos os seus consectários.

Além da documentação juntada, com caráter probatório, e autuada às fls. 7/33, requereu o O. ainda a requisição dos autos do processo-crime a que respondeu e do inquérito ou processo em face de que foi demitido. Deferido o pedido e satisfeitas as requisições, acham-se apensados aos autos aqueles procedimentos, criminal e administrativo, inclusive o inquérito policial militar.

Regularmente citada, contestou a Autarquia Federal, às fls. 42/46, e a União Federal, às fls. 48.

Em síntese, defende-se a R. informando que o A. foi demitido a bem do serviço público, com fundamento no art. 207, I, III, primeira parte, e VIII, do Estatuto dos Funcionários Públicos Federais, sendo-lhe feitas as seguintes imputações de faltas administrativas:

- I — crime contra a administração pública;
- II — incontinência pública e escandalosa; e
- VIII — lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional” (fls. 42).

Aduz a Autarquia-Ré, em defesa do ato inquinado pelo A., que, dada a autonomia das jurisdições cível, criminal e administrativa, a decisão absolutória, no juízo criminal, fundada na falta de provas, não acarreta a reintegração do funcionário demitido, conforme iterativa jurisprudência dos Tribunais e lição uniforme da doutrina. Indica, com transcrição, arestos nesse sentido (fls. 43). E prossegue: “Aliás, sempre que haja um resíduo a amparar o processo administrativo, o ato demissório subsiste à sentença absolutória no crime, conforme a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal”, que passa a

transcrever, à mesma folha dos autos.

Sustenta a R., a propósito, que, embora absolvido o Suplicante na ação penal, subsistiu o ato demissório, desde que deixou, como resíduo, ilícito administrativo autônomo, consubstanciado na figura estatutária da “incontinência pública e escandalosa”, apurado no procedimento administrativo. A respeito, sustenta a Autarquia-Ré que “a prova abundante colhida nos inquéritos administrativos e no inquérito policial militar mostra a conduta irregular do funcionário, de molde a incompatibilizá-lo para a permanência na função pública, num estabelecimento oficial de crédito, e que é caracterizada por vários atos, em que se destacam os seguintes: a) reiterada emissão de cheques sem fundos. Tais cheques foram emitidos não apenas para garantia de dívida, que se não constitui crime é falta grave administrativa, tanto mais se cometida, como foi, por funcionário de estabelecimento bancário oficial. Mas também o foram, o que é mais grave, para pagamento de dívidas (v. fls. 192, 224, 295, 296, 297, 301, 304, 305, 308, 309, 326, 333, 337, 353 e 354, do Proc. Crime); convivência com indivíduos desclassificados e apontados como jogadores, receptadores e maconheiros (v. Inquérito Policial Militar, vol. 4º, fls. 21); c) amor ao jogo (fls. 204 e 224, do Proc. Crime citado) tendo chegado ao ponto de viajar ao Rio de Janeiro apenas para jogar no Grande Prêmio Brasil, embora ganhasse apenas NCr\$ 40,00 mensais, parando em hotel e jogando quase quarenta por cento do seu salário mensal (fls. 306); d) o seu procedimento desonesto no que respeita à venda de um apartamento, financiado pela Caixa para sua moradia e que

prometeu vender, sem autorização da Caixa, contratualmente exigida, ao mesmo tempo em que, depois de prometer vender esse apartamento, ludibriava o promitente comprador e a Caixa, fazendo com esta novo empréstimo, sob garantia hipotecária nova, do mesmo apartamento (fls. 328, 333 e 354). Tais são as faltas imputadas ao autor, que, segundo se alega, na contestação “configuram ilícitos administrativos que, no mínimo, caracterizam aquele resíduo de ilícito capaz de manter o ato demissório” (fls. 44 e 45). A seguir, apóia-se a R. na doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti, a respeito (fls. 45), para, afinal, requerer o depoimento pessoal do A. A União ratifica integralmente a contestação da R. No tríduo, o A. replicou a contestação, ratificando a inicial e, no mais, contestou por negação as invocadas faltas administrativas, “porque calcadas em prova impresentável, produzidas fora do controle do suplicante, a quem não foi, na esfera em que as mesmas foram colhidas, assegurado o mais mínimo direito de defesa” (fls. 50).

Rol de testemunhas do A., às fls. 52.

Renúncia de um dos Procuradores do A., às fls. 54.

Substituição de testemunha do A., às fls. 55.

Saneador, irrecorrido, às fls. 56.

Rol de testemunhas da R., em número de 12, às fls. 63, com despacho do signatário ordenando a opção dentro do limite legal, que foi feita em petição de fls. 69, arrolando a União Federal as outras excedentes (fls. 68).

Audiência de instrução e julgamento foi realizada desdobrada-

mente, nas datas aprazadas, em que foram tomados os depoimentos do A., das testemunhas e processados os debates, tudo conforme termos, de fls. 82 a 93, inclusive versos, 98 a 106 e vv. e 113 a 116 e vv.. Foram admitidos, no desenrolar da audiência, os documentos de fls. 95 e 96, apresentados pelo A., com anuência da parte contrária; foi deferido requerimento do A. (fls. 97) para requisição de informações e documentos à R., para efeito de prova, respondendo esta, com o ofício, de fls. 109/110, a que juntou os documentos de fls. 111/112; foi deferida a juntada, pela R., do documento de fls. 117, com vista à outra parte. “Pronunciamento do A. sobre as razões finais de defesa apresentadas pela ré”, autuado às fls. 118 a 128. Pronunciamento correspondente, feito pela R, autuado às fls. 129 a 138. A tal propósito, conquanto já encerrada a fase probatória, nos termos do rito processual próprio, não vislumbrou o signatário impedimento para admitir a prova adicional, de interesse manifestado por ambas as partes, considerando a relevância e até singularidade da rumorosa matéria. Memorial, oferecido pelo A., foi juntado, por linha.”

A sentença, às fls. 144/152, julgou procedente a ação para o efeito de ser o A. reintegrado no cargo de que foi demitido, com os consectários legais”, condenada a ré a pagar honorários advocatícios, à base de 10% sobre o valor da causa, apurado em execução de sentença.

A par do recurso de ofício, apelou a Caixa Econômica Federal, sucessora da CEFGRS, às fls. 155/164: (lê).

Também apelou o A., às fls. 169/170, da parte concernente à fixação de ho-

norários advocatícios, pleiteando-os à base de 20%: (lê).

Contra-razões do A., às fls. 174/176: (lê).

Não contra-arrazoou a ré.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 180/183, opinou no sentido da reforma da sentença: (lê).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Foi o A. demitido a bem do serviço público, *ex vi* da Portaria nº ... 408, de 17 de julho de 1964, firmada pelo Presidente da então Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 207, incisos I, III, primeira parte, e VIII, combinado com o art. 209, ambos da Lei nº 1.711, de 28-10-1952, *verbis*:

“Art. 207 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:

I — Crime contra a administração pública;

III — Incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual;

VIII — Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

Art. 209 — Atenta a gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota “a bem do serviço público”, a qual constará sempre dos atos de demissão fundada nos incisos I, VI, VII, VIII e IX do art. 207.”

Do contexto da Portaria consta, como sua motivação, *verbis*:

“tendo em vista os graves fatos apurados pelas Comissões de Inquérito, constituídas pelas Portarias nºs 12 e 93, respectivamente, de 7-1-64 e 20-2-64 e as conclusões

a que chegou a Comissão de Inquérito Policial Militar em funcionamento nesta Instituição.”

Os dois inquéritos administrativos referidos instauraram-se em virtude de falsificação de vários cheques sacados em contas paradas de terceiros, montando a um valor total de Cr\$ 1.850.000,00 (um milhão oitocentos e cinquenta mil cruzeiros) antigos, não havendo, porém, resultados definitivos quanto à responsabilidade pelos ilícitos, sugerindo-se, inobstante, abertura de inquérito policial.

Sobreveio, outrossim, instauração de IPM, na CEFER. No Relatório, de ... 16-7-1964, o Presidente da Comissão respectiva destacou que a “prova levantada nos autos dos Inquéritos constitui esclarecimento cabal das falsificações e colhem farta prova indicial contra a pessoa de Paulo Corletto da Silveira, funcionário desta Caixa Econômica Federal e isso porque: Paulo Corletto da Silveira é elemento de comprometida atuação junto a um grupo de indivíduos desclassificados e apontados como jogadores, receptadores e maconheiros, do qual aliás faz parte também o menor Carlos Geraldo da Silva e um cunhado de Paulo, figura aliás central das irregularidades que se busca evidenciar, e de nome Carlos Legg”.

E adiante:

“Isto posto e considerando que as averiguações constantes de dois Inquéritos regulares e mais os depoimentos tomados por esta Comissão se constituem em processo administrativo, amparado no artigo duzentos e dezessete (217) do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e realizado com observância ampla do estatuído do legal de referido Código; considerando que as Comissões encarregadas dos Inquéritos esgotaram todos os recursos de estabelecimento dos fatos inculcados de criminosos; considerando que

nenhuma providência poderá ser tomada ainda em fase de averiguação para julgamento final de responsabilidade; considerando que a apuração dos fatos criminosos já cumpriu o estatuído no artigo duzentos e vinte e seis (226) do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, de vez que tiveram os trabalhos elucidativos sobre forma de Inquérito Policial e sob esta Comissão de Inquérito Policial Militar; considerando que nenhuma providência caberá mais à Comissão nomeada pela Portaria número duzentos e quatro (204), de quatorze (14) de abril de mil novecentos e sessenta e quatro (1964), alterada pela de número trezentos e sessenta e um (361), de nove (9) de junho de mil novecentos e sessenta e quatro (1964), com poderes para proceder investigações sumárias nesta Caixa Econômica Federal, conforme Telegrama número trezentos e oitenta e um (381), de dez (10) de junho de mil novecentos e sessenta e quatro (1964), do Mal. Estevão Taurino de Rezende, Presidente do CGI, proponho que: 1. sejam estes autos remetidos à autoridade policial na forma do disposto no artigo sessenta e seis (66), primeiro (I), da Lei de Contravenções Penais e do artigo duzentos e vinte e seis (226), da Lei mil setecentos e onze (1.711), de vinte e oito (28) de outubro de mil novecentos e sessenta e dois (1962), e de acordo com o artigo duzentos e vinte e nove (229), do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, para os fins do competente processo comum; 2. seja aplicada a Paulo Corletto da Silveira a pena de demissão como incurso no artigo duzentos e sete (207) do Estatuto dos Funcionários Civis da União, combinado com o parágrafo único do artigo trinta e oito (38) do Decreto núme-

ro vinte e quatro mil quatrocentos e vinte e sete (24.427), de dezenove (19) de junho de mil novecentos e trinta e quatro (1934), e item sétimo (VII) do Regimento Interno desta Caixa Econômica Federal.”

Daí a demissão do apelado, “a bem do serviço público”.

Encaminhados os autos à autoridade policial, veio, a seguir, o A. a ser denunciado como incurso no art. 312, § 1º, do Código Penal, e art. 1º da Lei nº 2.252, de 1º-7-1964. Processada a ação penal, condenou-o o Dr. Juiz de Direito a dois anos e seis meses de reclusão, além de multa, acolhendo a denúncia, quanto ao art. 312, § 1º referido (fls. 20).

Esta colenda Turma, entretanto, por maioria de votos, no julgamento da Apelação Criminal nº 1.183-RS, reformou a sentença para absolver o réu, ora autor, entendendo o ilustre relator, Ministro Henoch Reis, *verbis*: “Não há, Sr. Presidente e Srs. Ministros, uma prova concreta capaz de apontar o réu, Paulo Corletto da Silveira, como autor das falsificações dos cheques descontados na Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul” (fls. 22v./23). Não reconheceu o arresto, porém, inexistência material do fato.

Ora, o art. 312, § 1º, do Código Penal, enquadra-se entre os crimes contra a Administração Pública, com a seguinte redação:

“§ 1º — Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.”

Dessa maneira, com o trânsito em julgado do acórdão em apreço, da Terceira Turma, tornou-se, *ipso jure*, inconsis-

tente a fundamentação dada à Portaria nº 408, de 1964, no que concerne aos itens I e VIII do art. 207, suso transcritos. Por decisão judicial, afirmou-se que não há provas de o A. ter praticado crime contra a Administração Pública, nem lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

Remanesceu, todavia, intocável um dos fundamentos do ato demissório, qual seja, “a incontinência pública e escandalosa”, *ut* art. 207, III, 1ª parte, da Lei nº 1.711/1952.

Estabelece, outrossim, a Súmula nº 18, da Jurisprudência predominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“18 — Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.”

É que, consoante o art. 200, do Estatuto (Lei nº 1.711/52):

“As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.”

Também o art. 1.525 do Código Civil reza:

“A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.”

Promovida a ação penal, na espécie, com a denúncia, antes referida, bem de entender é que seu conteúdo se definiu, a teor do que estabelece o art. 41, do CPP, com a exposição do fato tido como criminoso pelo Dr. Promotor de Justiça e cerca do qual exercitou o *ius persecuendi*, pedindo a punição do ora A., por ter infringido o art. 312, § 1º, do Código Penal. A relação processual penal, que se instaurou, teve, assim, como

matéria de fato, o que o Ministério Público considerou delituoso, à vista dos elementos e provas do inquérito administrativo, que lhe foi presente. Dessa maneira, não se manifestou pretensão persecutiva, quanto ao outro fato considerado ilícito disciplinar, na órbita administrativa (incontinência pública e escandalosa). Logo, não houve pedido de prestação jurisdicional ao juiz criminal, quanto a esse fato não integrante do conteúdo da denúncia. Com a peça acusatória vestibular exercita-se a pretensão persecutiva, definindo-se aí a demanda criminal. Se o autor da ação penal preexclui fatos da esfera do ilícito criminal, não constituem eles objeto da denúncia, porquanto esta se ocupa com o(s) fato(s) delituoso(s). Por conseguinte, a apuração da verdade, ao longo do processo, diz com o fato criminoso descrito na denúncia e não com outros quaisquer, que o autor da acusação a eles faça referência, mas expressamente os tenha como não ilícitos. Consoante sinalou Hélio Tornaghi,

“Quem examina os fatos e os aquilata, quem julga da existência ou não da pretensão persecutiva é o M. P.. Não quer isto dizer que o interesse do Estado seja uma avaliação subjetiva, mas que é por meio do ajuizamento do M.P. que o Estado verifica a existência objetiva do interesse de agir.” (*in A Relação Processual Penal*, pág. 193).

Ora, a sentença há de estar em íntima relação de dependência com o conteúdo da acusação, expresso na denúncia (ou em seu eventual aditamento), não podendo ultrapassar os seus limites respectivos. Cumpre se guarde correlação entre a fórmula da acusação e a sentença. Esta não pode basear-se em fatos sobre os quais não se haja feito acusação em forma legal, e menos pode admiti-los, como objeto de decisório (*apud* Eugenio Florian, *Derecho Processual Penal*, § 90, III, c, pág. 401).

Dessa maneira, sob o ponto de vista formal, subsiste a Portaria nº 408, cumprindo entender que a demissão do a. resta, a esta altura, decalcada, ainda, no art. 207, III, 1ª parte, do Estatuto.

Logo, a absolvição criminal não repercutirá nesse ato administrativo, se guardar ele conformidade com a ordem jurídica. Vejamos.

Afasto, desde logo, a invocação da ré, na espécie, ao Ato Institucional, de 9 de abril de 1964. A demissão do a. não se fez, com base nesse diploma de índole constitucional. Na órbita da União, ao Comando Supremo da Revolução e depois ao Presidente da República, coube aplicá-lo. Não era dado a qualquer detentor de parcela de poder federal utilizar, em seu âmbito de ação, dito instrumento excepcional, segundo princípio de reserva constitucional, pelo Chefe do Poder Executivo. A portaria nº 408, de 17-7-1964, baixada pelo Presidente da então Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul, fundamentou-se em regras do Estatuto do Funcionário Público Civil. A circunstância de haver a autoridade acolhido conclusões de IPM não é suficiente a deslocar a sede jurídica da demissão para a esfera de incidência do Ato Institucional.

Certo é que, se assim entendesse o Presidente da República, diante do IPM e mais provas antes coligidas, que porventura lhes houvessem, à época, ido à consideração, poderia o Chefe do Poder Executivo, com base no art. 7º, § 1º, do A.I. nº 1, de 1964, ter demitido o autor. Então, sim, não caberia ao Poder Judiciário reexaminar o ato demissório que, por força do art. 173, da Constituição de 1967, excluído estava de sua apreciação. Para demitir, outrossim, bastante era a investigação sumária, com a defesa definida, nos termos do Decreto Federal nº 53.897, de 27-4-1964, art. 5º *verbis*:

“Após a investigação ou durante ela, será dada oportunidade de de-

fesa, oral ou escrita, ao indiciado, que para isso será ouvido em prazo razoável, não excedente de oito dias, se não tiver antes apresentado seus motivos em depoimento ou por outra forma.”

Não se enquadrando, porém, a Portaria nº 408, *sub examine*, expedida pelo Presidente da CEFER, ainda que sob investidura interventorial, na órbita aludida do Ato, de 9 de abril de 1964, força é entendê-la, como, de resto, nela própria se o invoca, sujeita ao regime estatutário.

Ora, detinha o a. o *status juris* de funcionário efetivo, *ut* Lei nº 4.054, de 2-4-1962, conforme explicita a Presidência da ré, no documento, de fls. 109/110.

A norma do art. 7º, *caput*, do Ato Institucional nº 1, de 1964, ao suspender as garantias da vitaliciedade e da estabilidade, fê-lo, ao ensejo, para propiciar a adoção das medidas excepcionais que à consolidação da nova ordem política e jurídica da Nação se impunham, qual se desprende do Preâmbulo desse documento. A invocação de dita norma institucional dá-se na perspectiva de aplicar uma das sanções enumeradas no § 1º, do art. 7º aludido.

Não se revogou, ou sequer se esvaziou de conteúdo o sistema da Constituição de 1946, mantida pelo art. 1º, do Ato Institucional de 1964, salvo no que expressamente por este modificada.

Dessa maneira, os direitos e garantias individuais conservaram-se, exceto quando acionado o sistema punitivo do Ato Institucional nº 1. Segundo este, funcionários, vitalícios ou estáveis, poderiam ser demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, mediante investigação sumária. Cediam as garantias constitucionais, diante da incidência da regra institucional. Assim, também, na cassação dos mandatos eletivos e suspensão de direitos políticos por dez anos,

a teor do art. 10 e seu parágrafo único, do mesmo Diploma.

Afora, portanto, hipótese de demissão, nesses termos, operava a norma assecuratória, ao funcionário estável ou efetivo, de demissão, mediante processo administrativo, com ampla defesa, prevista na Constituição de 1946, art. 189, II. Assim, a Constituição de 1967, art. 103, II, e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 105, II.

É que a fisionomia contemporânea do direito administrativo, nesse setor, modela-se, segundo a tendência qualificada de jurisdicionalização do poder disciplinar, designando-se com essa expressão o fenômeno crescente de adoção de ritos processuais obrigatórios, conducentes a garantir os funcionários contra decisões arbitrárias ou imotivadas (Caio Tácito, *in Poder Disciplinar e Direito de Defesa, apud Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, págs. 348 e 349; Themístocles Cavalcanti, *in O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*, vol. 2, págs. 288; A. A. Contreiras de Carvalho, *in Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado*, vol. II, pág. 215, 2ª edição). Esta feição jurisdicional caracteriza-se, notadamente, pela origem legislativa das normas disciplinares e pelo processo de apuração da falta, decalcado no debate, na instrução contraditória e na plena defesa do acusado.

Consoante ensina o eminente J. Guimarães Menegale, “na instrução do inquérito, concentra-se, em outras palavras, a garantia de defesa. Qualquer restrição, por mais branda, ao uso dos meios de ajustar a realidade à afirmação, redundando em atentado a essa garantia. Restrição ao direito de prova constitui, ainda, o facultar a uma das partes o emprego de meios de prova que se recusa à outra” (*apud Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de Carvalho Santos, vol. 27, do *Inquérito Administrativo*, pág. 159).

Em outro passo de seu brilhante trabalho citado, J. Guimarães Menegale proclama que “a instrução probatória, no inquérito administrativo, é atividade de que participam, com igual incidência, a autoridade processante, a administração, como interessada no desagravo à disciplina, e o acusado. Nenhum privilégio se outorga à Administração, em matéria de prova; a iniciativa facultada nesse domínio à comissão inquisidora de utilizar os meios possíveis de investigação, não se destina ao uso do poder administrativo, senão ao do órgão judicante, que, embora constituído pela administração, se presume independente e imparcial” (*op. cit.*, pág. 160).

De outra parte, a regra básica inserta no art. 141, § 25, da Constituição Federal de 1946, assegurando ao acusado instrução contraditória, embora de expressão referida ao processo penal, “não é menos certo, porém, que o conteúdo dos princípios aí condensados, abstraídas peculiaridades fáceis de aprender, não somente é condizente com o processo disciplinar, por via de analogia, como até se lhe aplica, necessariamente, se tivermos em conta essa identidade íntima, assinalada pelos tratadistas, entre a matéria penal e a matéria disciplinar”. Com efeito, o objetivo do processo penal é idêntico ao do processo disciplinar e é a investigação da verdade material. Nem um nem outro se propõem investigar a verdade contra alguém, ou seja, contra o acusado. No processo, assim penal que disciplinar, é insubstituível o princípio da igualdade das partes, posto que uma delas seja, eventualmente, o Estado. Não há preponderância de uma das partes, porque ambas, ainda que seu esforço diversifique, visam colaborar na decisão final. O sistema do contraditório é, pois, do ponto de vista lógico, apenas secundariamente, garantia de defesa, mas, antes de tudo, exprime a posição de igualdade, que se atribui às partes no processo, em ordem à possi-

bilidade abstrata de elaboração do conteúdo da sentença (decisão). Além disso, a garantia do art. 189, inciso II, da Lei Magna Federal de 1946, em virtude da qual os funcionários públicos estáveis somente seriam demitidos “mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado defesa”, robustece, inequivocamente, a conclusão de aplicabilidade do contraditório na instrução do processo disciplinar (J. Guimarães Menegale, *in op. cit.*, págs. 156 e 157; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 1ª edição, vol. III, pág. 341), pois, nesta matéria, conforme acentua Themístocles Cavalcanti, o importante é a proteção dos direitos do acusado, “tão merecedores de amparo quanto os das instituições, do patrimônio público e dos interesses da sociedade e do serviço público” (*apud Direito e Processo Disciplinar*, pág. 190).

Apropriadamente, ainda, Caio Tácito comenta que, “à margem de Cartas precedentes (Constituição de 1934, art. 169; Constituição de 1937, art. 156, letra c), o dispositivo adota, ao plano da sanção disciplinar mais séria, a mesma segurança tradicionalmente consagrada no processo contraditório penal (Constituição de 1891, art. 72, § 16; Constituição de 1934, art. 113, nº 24; Constituição de 1937, art. 12, nº 11; Constituição de 1946, art. 141, § 25) (*apud Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, pág. 346).

Por outro lado, na esfera federal é aceita a ampla defesa, como “a oportunidade livre e desembaraçadamente concedida ao servidor de acompanhar todas as fases do processo, pessoalmente ou por procurador devidamente habilitado” (parecer do DASP, no Proc. nº 3.084/1949, *apud* Pessoa Sobrinho, *Manual dos Servidores do Estado*, tomo I, 6ª edição, pág. 477). A garantia da ampla defesa, antes de ser uma imposição da lei estatutária (art. 217, da Lei nº 1.711/52), era postulado constitucional (art. 189,

inciso II, combinado com o art. 141, § 25, ambos da Constituição Federal de 1946), do qual não se podem divorciar o legislador ordinário ou a autoridade administrativa. Assim, na E. C. nº 1, de 1969, art. 105, II.

Ora, na espécie dos autos, conquanto no preâmbulo da Portaria nº 408, de 1964, se faça alusão a Processos Administrativos e Inquérito Policial Militar, em que se apuraram irregularidades e a responsabilidade do autor, certo está que os primeiros não representavam senão sindicâncias administrativas, sem a fisionomia do processo administrativo, com contraditório estabelecido. Depôs, aí, o A., não como indiciado, mas qual sucedeu com outros funcionários. Neles não chegaram as Comissões a indiciar funcionário algum. Também, no IPM, a posição do A., segundo se depreende dos autos, não foi, em momento algum, a de acusado. O IPM não era contra o ora autor.

Aliás, na certidão, de fls. 32v/33, está explicitado, *verbis*: “Certifico finalmente que no processo acima mencionado, no IPM que deu origem ao mesmo, não consta ter o réu Paulo Corletto da Silveira sido intimado para defender-se, não constando, também, no referido IPM razões de defesa subscritas a seu favor”.

O só fato de o autor haver prestado declarações, tanto nos inquéritos administrativos, onde não havia indiciados, quanto no IPM, não é suficiente, como é meridiano, para significar contraditório ou ampla defesa. Relevante é aqui sinalar que até o Relatório do IPM, não se atribui ao recorrido a condição de agente das irregularidades verificadas.

Em realidade, quanto às falsificações dos cheques, a 1ª Comissão de Inquérito, às fls. 29, observou, em seu Relatório:

“Como foi dito acima, a prova testemunhal resultou infrutífera no que se refere às finalidades preci-

puas constantes da Portaria número noventa e três (93), de vinte de fevereiro de mil novecentos e sessenta e quatro (20-2-1964).”

À sua vez, a outra Comissão de Inquérito, embora evidencie suspeita, quanto ao a., diante do resultado da perícia grafoscópica, conclui, assim, por certidão, às fls. 32 e v.:

“IV — Conclusão Final — A apuração das irregularidades determinadas na Portaria número noventa e três (93), de vinte de fevereiro de mil novecentos e sessenta e quatro (20-2-1964), prorrogada pela Portaria número duzentos e seis (206), de quatorze de abril de mil novecentos e sessenta e quatro (14-4-1964), configuram crimes previstos nos artigos cento e setenta e um (171), duzentos e noventa e oito (298), trezentos e cinco (305) e trezentos e doze (312), do Código Penal. Não tendo a Comissão conseguido determinar, extremo de dúvidas, a autoria das falsificações dos cheques que originaram a instauração do presente inquérito, aufere, como já fora feito pela Comissão anterior, sejam os autos encaminhados à Polícia, pelos mesmos fundamentos já referidos pela Comissão de Inquérito então presidida pelo culto procurador, Dr. Ari Steffen, e que merecem agora transcritos: “A providência se impõe em razão do disposto no artigo sessenta e seis (66), primeiro (I), da Lei de Contravenções Penais, e no artigo duzentos e vinte e seis (226) da Lei mil setecentos e onze (1.711) de vinte e oito (28) de outubro de mil novecentos e cinquenta e dois (1952). Além disso, o organismo policial dispõe de maior flexibilidade de ação e de conhecimentos especializados, bem como de recursos mais amplos para identificação de autor ou autores dos fatos deli-

tuosos. A medida, se acolhida, em nada prejudicará a apuração futura de responsabilidade administrativa ou civil, eis que, nos termos do que preceitua o artigo duzentos (200) do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, aplicáveis aos servidores de autarquias, “as cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa”. Identificados que sejam, pelo órgão policial, os autores da falsificação e dos demais delitos cuja materialidade restou comprovar, é lícito à digna Administração da Caixa Econômica instaurar, em qualquer tempo, novo inquérito administrativo para apurar, já então, a responsabilidade disciplinar dos servidores envolvidos.”

De todo o exposto, estou em que não se assegurou, pelo próprio rito adotado, como previsto na Constituição, ao a. ampla defesa nos processos administrativos, inclusive no IPM. Não está comprovado o contraditório no processo.

O ato demissório, por isso mesmo, não pode prevalecer. Sem processo administrativo, assegurada ampla defesa ao funcionário estável ou efetivo, não é possível demiti-lo. Acresce, no caso, notar, quanto à cláusula “a bem do serviço público”, que, a esta altura, diante da insubsistência dos fundamentos da demissão, sob os itens I e VIII, do art. 207, do Estatuto, não é mais possível invocar o art. 209, do mesmo diploma. A demissão, com base no item III, do dito art. 207, não se pode dar “a bem do serviço público”, porque não enquadrada entre os casos definidos no art. 209 citado.

Anulando, dessarte, o ato demissório, por vício de forma, e decretando a reintegração do funcionário no cargo, que ocupava, com todos os consectários de

lei, cumpre, entretanto, em prosseguimento, examinar uma outra questão.

Refiro-me à viabilidade de a Caixa Econômica Federal, através de processo administrativo regular, assegurada ampla defesa ao a., promover a real apuração das irregularidades que lhe atribui haver perpetrado.

Assim, na contestação, às fls. 44/45, sustentou, *verbis*:

“7. A prova abundante colhida nos inquéritos administrativos e no inquérito policial-militar mostra a conduta irregular do funcionário, de molde a incompatibilizá-lo para a permanência na função pública, num estabelecimento oficial de crédito, e que é caracterizada por vários atos, em que se destacam os seguintes:

a) reiterada emissão de cheques sem fundos. Tais cheques foram emitidos não apenas para garantia de dívida, o que, se não constitui crime, é falta grave administrativa, tanto mais se cometida, como o foi, por funcionário de estabelecimento bancário oficial. Mas também o foram, o que é mais grave, para pagamento de dívidas (v. fls. 192, 224, 295, 296, 297, 301, 304, 305, 308, 309, 326, 333, 337, 353 e 354 do Proc. Crime);

b) convivência com “indivíduos desclassificados e apontados como jogadores, receptadores e maconheiros” (v. Inquérito Policial-Militar, vol. 4º, fls. 21);

c) amor ao jogo (fls. 204 e 224, do Proc. Crime citado), tendo chegado ao ponto de viajar ao Rio de Janeiro apenas para jogar no Grande Premio Brasil, embora ganhasse apenas NCr\$ 40,00 mensais, parando em hotel e jogando quase quarenta por cento do seu salário mensal (fls. 306);

d) o seu procedimento desonesto no que respeita à venda de um apartamento, financiado pela Caixa para sua moradia e que prometeu vender, sem autorização da Caixa, contratualmente exigida, ao mesmo tempo em que, depois de prometer vender esse apartamento, ludibriava o promitente comprador e a Caixa, fazendo com esta novo empréstimo, sob garantia hipotecária nova, do mesmo apartamento (fls. 328, 333 e 354).”

Todas essas faltas configuram ilícitos administrativos que, no mínimo, caracterizam aquele resíduo de ilícito capaz de manter o ato demissório.

Ensina Themístocles Brandão Cavalcanti a respeito: “Todas essas faltas são apenas manifestações públicas e ostensivas, com manifesto escândalo, pelo grau e pela frequência, de hábitos contrários a uma vida ordenada, nos moldes de um comportamento adequado aos hábitos da nossa sociedade.

A aplicação da lei penal representa a reação da sociedade, a pena disciplinar é a reação do órgão mais atingido por um dos seus membros. Por isso a pena expulsória se justifica como justa reação da administração e medida de saneamento do seu meio.

A frequência a lugares públicos de má reputação, acompanhado de pessoa também de má fama, o uso de entorpecentes, bebidas alcoólicas, o jogo desenfreado são causas que justificam a aplicação da pena” (*Direito e Processo Disciplinar*, pág. 165).

8. Assim, tendo sido apuradas tais faltas administrativas em inquéritos regulares e num inquérito policial-militar, por autoridade competente, descabe a ação.”

Há, assim, referências a elementos probatórios de graves irregularidades, que estão fora do âmbito do art. 312, § 1º, do C.P.P., cuja possibilidade de apuração, na forma da lei, com a defesa do a., não se pode subtrair à ré. Há os superiores interesses do serviço público a exigirem a oportunidade de tudo se averiguar, segundo o procedimento definido em lei.

Em verdade, já a 1ª Comissão de Inquérito, às fls. 29/31, em seu relatório, informa, *verbis*:

“Entretanto, não pode a Comissão deixar fique constatado neste relatório fatos que, embora não digam essencialmente com a falsificação dos cheques, merecem ser levados ao conhecimento da digna Administração, visando a corrigir anomalias que se vêm constatando na organização funcional deste Estabelecimento. Merece ser esclarecido que a prática de certos atos capituláveis como ocorrência passíveis mesmo de penas disciplinares, não podem, contudo, pelo que consta dos autos, serem atribuídos a certos e determinados funcionários, de vez que a prática desses mesmos atos tem-se tornado hábito por parte de alguns servidores. Assim, o funcionário Paulo Corletto da Silveira, que foi ouvido seis vezes, além de ter sido submetido a uma acareação, esteve envolvido em vários cheques por ele emitidos e antedatados, sem a suficiente provisão de fundos (depoimentos de folhas dezoito (18), cento e trinta e um (131), cento e cinquenta e três (153) e cento e sessenta (160) e que segundo a doutrina e a iterativa jurisprudência dos tribunais, não constitui crime de estelionato, porque dados em garantia de dívida, e não como título de pagamento. Justamente, a respeito de um desses cheques emitidos como ga-

rantia de dívida, em face de depoimentos contraditórios por ele prestados, sobreveio a necessidade de ouvi-lo por várias vezes. Assim disse Paulo Corletto da Silveira a folhas dezoito: “que para cobrir um cheque sem fundos, emitido pelo depoente, ele depoente solicitou de seu sócio Dirceu Martins da Silva um empréstimo suficiente para cobrir o referido montante que era de cento e noventa mil cruzeiros (Cr\$ 190.000,00). No entanto, o referido funcionário dissera ao Sr. José Antônio Pereira da Fontoura, folhas cento e vinte e nove (129), “que o cheque no valor de cento e noventa mil cruzeiros (Cr\$ 190.000,00), sem a necessária provisão de fundos, emitido por ele, Paulo, o foi em razão de dívida que Leônidas Leite Pereira tinha para com Paulo Corletto da Silveira, proveniente de jogo do bicho”. Acareados, folhas cento e trinta e três (133), Paulo Corletto da Silveira afirmou que havia mentido ao Sr. José Antônio Pereira da Fontoura, quando anteriormente dera a ele aquela versão. As folhas cento e trinta e um (131) Paulo Corletto da Silveira afirma: “que embora tenha declarado diferentemente em depoimento anterior prestado a esta Comissão, agora esclarece que pediu emprestado ao Sr. Leônidas Leite Pereira, por um prazo de horas, a quantia de cem mil cruzeiros (Cr\$ 100.000,00) para o resgate do referido cheque, e que resgatou em seguida feito ao Sr. Leônidas Leite Pereira”. Essas contradições do funcionário Paulo Corletto da Silveira, em fatos à margem da falsificação dos cheques, aguçaram a curiosidade da Comissão, pois, vinculavam este funcionário a seu chefe de serviço, Sr. Leônidas Leite Pereira, Chefe da Divisão de Depósitos com

Cheques, que também, após haver negado tivesse emprestado dinheiro ao Sr. Paulo Corletto da Silveira para cobrir o cheque de cento e noventa mil cruzeiros (Cr\$ 190.000,00), sem a suficiente provisão de fundos (folhas cento e vinte e um/cento e vinte e dois (121/122), admite tê-lo feito (folhas cento e trinta (130) dizendo: “que o depoente, retificando seu depoimento do dia vinte e três (23) do corrente, esclarece que no dia em que Paulo Corletto da Silveira lhe pediu dinheiro para cobrir um cheque de cem mil cruzeiros (Cr\$ 100.000,00), emitido por Paulo, sem a suficiente provisão de fundos, realmente não emprestou dinheiro porque não tinha, mas que dias depois emprestou aquela importância ao referido funcionário, esclarecendo assim perfeitamente seu depoimento anterior”. Ainda em face desse cheque, emitido por Paulo Corletto da Silveira sem a suficiente provisão de fundos, foi dirigida à Direção desta Caixa uma carta assinada pelo advogado Antônio Dante Balestro (folhas cento e vinte e sete (127), a qual fazia graves acusações ao Sr. Paulo Corletto da Silveira, solicitando permissão da Direção para que entrassem neste Estabelecimento cobradores fardados especializados em receber quantias perdidas”. E esta carta foi entregue ao próprio acusado, Paulo Corletto da Silveira pelo seu chefe, Sr. Leônidas Leite Pereira, segundo seu depoimento de folhas cento e trinta (130): “Que o depoente esclarece que, embora reconhecendo que não devesse ter entregue ao Sr. Paulo Corletto da Silveira, realmente entregou a carta dirigida à Direção desta Caixa Econômica àquele funcionário e na qual se fazia uma acusação por ter emitido che-

que sem a suficiente provisão de fundos”. Como se vê às folhas cento e cinquenta e dois (152), cento e cinquenta e sete (155/57), o Sr. Paulo Corletto da Silveira prometeu vender um apartamento de sua propriedade hipotecado a esta Caixa Econômica e sem a anuência deste Estabelecimento, tendo, ainda, posteriormente à promessa de venda, tirado nova suplementação de crédito, no valor de quinhentos mil cruzeiros (Cr\$ 500.000,00), sem o conhecimento do promitente comprador. Além dos fatos acima mencionados vieram aos autos, ainda, no decorrer de depoimentos prestados, como se vê às folhas vinte e nove (29), cento e trinta e cinco/cento e trinta e seis (135/136), cento e cinquenta e três e cento e cinquenta e quatro (153/154), cento e cinquenta e oito e cento e cinquenta e nove (158/159), a prática de outros atos, como era o caso do jogo do bicho praticado pelo Sr. Leônidas Leite Pereira, e que também já se tornara um hábito por parte de funcionários desta Instituição, não se podendo, assim, atribuir-se a prática daqueles atos exclusivamente a um certo e determinado funcionário.”

O próprio autor, em seu depoimento pessoal, em Juízo, às fls. 84 e v., confessa atos seus, de duvidosa lícitude, *verbis*:

“que certa ocasião, tomou emprestada determinada importância de um senhor de nome Balduino tendo dado-lhe em garantia um cheque antedatado no respectivo valor, que o depoente agora não lembra; que posteriormente Balduino transacionou o cheque, que foi apresentado à cobrança por terceiro, no vencimento; que o depoente não havia feito o respectivo depósito oportu-

namente, razão porque foi o cheque devolvido; que na ocasião o depoente então efetuou o depósito sendo o cheque reapresentado à cobrança, desta vez, com êxito; que de outra feita tomou por empréstimo a importância de Cr\$ 30,00 de uma colega sua, de nome Celi Machado de Lima, também mediante garantia representada por um cheque antedatado; que este cheque nunca foi apresentado à cobrança, pela portadora, a quem só tempos depois o autor pagou o valor da dívida em virtude de dificuldades financeiras decorrentes de sua demissão; que o depoente como os demais funcionários da Seção de Cheques tinha conhecimento de que, na Seção de Identificação, os cheques de valores até Cr\$ 50,00 eram liberados por apenas um conferente, sendo os de valores superiores, por dois conferentes; que ignorava, como ignora, a existência de qualquer particularidade ou convenção no sistema de trabalho de conferência, na Seção de Identificação; que era proprietário de um apartamento, escriturado em seu próprio nome, o qual se encontrava hipotecado à Caixa Econômica Federal em garantia a financiamento dela recebido; que posteriormente prometeu vender o dito imóvel a Paulino Galarraga, na seguinte modalidade: o depoente daria a escritura ao promitente comprador após o pagamento por este da diferença do valor da venda prometida NCr\$ 3.500,00 e o valor do saldo hipotecário . . . NCr\$ 1.800,00; que a seguir o depoente contratou com a Caixa Econômica uma suplementação de hipoteca de NCr\$ 500,00, oferecendo-lhe em garantia o próprio imóvel; que quer o depoente esclarecer, para o ressalva de sua boa-fé, que apesar do novo compromisso assumido sob

essa garantia, ainda assim teria um saldo credor a receber, sem afetar a garantia dada; que o promitente-comprador não teve conhecimento à época do novo financiamento obtido pelo depoente perante a Caixa; que dele só tomou conhecimento quando chamado a depor perante a Comissão de Inquérito Administrativo; que o promitente comprador, então, a tal propósito, procurou o depoente; que ao ser-lhe esclarecida a modalidade de operação não manifestou objeção o promitente comprador, que até hoje vem pagando o imóvel à Caixa em nome do depoente.”

De outra parte, no depoimento das testemunhas José Antônio Pereira da Fontoura (fls. 92), Mário Calvet Fagundes (fls.99v.), Celi Machado de Lima (fls. 101v./102) confirma-se a emissão de cheques sem fundos por parte do autor.

Isso mesmo está arrolado no documento, de fls. 109/110: (lê).

Ora, além de sustentar que esses fatos podem, em linha de princípio, ensejar demissão de funcionário, afirmam que a Caixa Econômica Federal tem, assim procedido, quanto a muitos servidores, não só a testemunha e ex-Diretor Dácio Palmeira d'Ávila, às fls., 90 v., como o ilustre Procurador da ré, professor Honório Pereira Severo, em suas razões, de fls. 133/136: (lê).

No que concerne à venda do apartamento do a., sem ciência da Caixa Econômica Federal e contratação de novo empréstimo com garantia hipotecária do mesmo imóvel alienado, há judiciosas alegações da ré, às fls. 136/137:

“Ficou provado nos autos que, em 17 de maio de 1963, o a., por instrumento particular, prometeu vender o apartamento de sua propriedade, sito à rua da Azenha, 324, ap.

24, ao Sr. Paulino Galarraga (v. fls. 333 do Processo-Crime; fls. 111 e 112 dos autos, sem a devida licença da r. exigida contratualmente. Todavia, o próprio a. confessa que: "recebeu no corrente mês (de abril de 1964) da Caixa Econômica Federal uma suplementação hipotecária no valor de Cr\$ 500.000,00, tendo recebido líquido, abatidas as despesas, Cr\$ 450.000,00 mais ou menos; que a garantia hipotecária dada para a suplementação fornecida pela Caixa Econômica é um apartamento de propriedade do depoente sito no bairro da Azenha, na rua Azenha, 324, ap. 22; que o depoente no mês de maio do ano de 1963, por instrumento particular prometeu vender o apartamento acima descrito ao Sr. Paulino Galarraga, por Cr\$ 3.500.000,00, com o compromisso de outorgar a escritura definitiva, quando o promitente-comprador, que amortiza Cr\$ 50.000,00 mensais, pagasse a diferença do preço total combinado, menos o saldo da dívida do depoente nesta Caixa Econômica, existente no mês de maio de 1963 que era mais ou menos de Cr\$ 1.700.000,00; que o promitente comprador ainda paga ao depoente mensalmente a importância de Cr\$ 17.500,00 mais ou menos, que é o desconto em folha da prestação hipotecária existente em maio de 1963, em nome do depoente, a título de aluguel; que o depoente ainda não deu conhecimento ao promitente-comprador de ter tirado, com garantia do imóvel prometido vender, uma suplementação de crédito no valor de Cr\$ 500.000,00 acima referido" (fls. 333 do Processo Crime).

E o doc. de fls. 111, da lavra do comprador, Sr. Paulino Galarraga, informa que o requerimento de transferência do contrato para o seu

nome só deu entrada na r. em 26 de outubro de 1964, porque só então conseguira obter a assinatura do ora a. e sua esposa no requerimento de transferência do contrato. Fica patente a má-fé do a., procurando enganar a ré de duas maneiras: primeiro, prometendo vender o imóvel, hipotecado mediante cláusulas favorecidas de juros e de prazo, para amparar os seus servidores na obtenção de moradia própria, sem o consentimento da r.; segundo, tomando novo empréstimo, de caráter assistencial, dando-lhe em segunda hipoteca o imóvel que já prometera vender.

Positivamente, tal procedimento caracteriza desonestidade incompatível com o comportamento exigível de um servidor autárquico, mormente em se tratando de um estabelecimento de crédito.

Outra atitude não se poderia esperar dos dirigentes da r., investidos de uma tarefa eminentemente moralizadora, após a Revolução de 1964, senão a que adotaram: a demissão do funcionário desonesto."

Dessa sorte, se é exato que a demissão do a. não poderá prevalecer, no que concerne à matéria residual, porque não lhe foi assegurada ampla defesa nos processos administrativos e, por isso, há de ter garantida sua reintegração no cargo, não menos certo é que cumpre deixar ressalvado à Caixa-ré promover, se assim houver por bem, na forma de direito, quanto a esses fatos que configurariam incontinência pública do a., processo administrativo, com todas as eventuais conseqüências.

De todo o exposto, dou provimento, em parte, aos recursos, para, confirmando a reintegração do a. no cargo de que foi demitido, com os efeitos indicados na sentença, ressaltar à Caixa Econômica Federal proceder, queren-

do, inquéritos administrativo, garantida ampla defesa ao a., em torno exclusivamente desses fatos que definiriam suporte de incidência do art. 207, III, do Estatuto.

Quanto à apelação do a., relativamente a honorários advocatícios, em que sejam realmente judiciosos, como o são, os argumentos trazidos, às fls., confirmo, *data venia*, a sentença, que os fixou em 10% sobre o valor da causa a ser apurado na execução da sentença, tendo em conta as importâncias atrasadas a se pagarem ao a., na forma de direito.

Esse percentual tem constituído o critério adotado pela Turma, em questões do valor e complexidade da presente, em que pese o esplêndido trabalho profissional que desenvolveu o integro, dedicado e culto patrono do autor.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Revisor): A absolvição do autor no crime, por insuficiência de provas, não autoriza sua reintegração, pois do julgado se deduz a existência de resíduo que justifica a pena disciplinar imposta.

Além disso, não podia a sentença considerar inexistente o outro motivo da demissão (incontinência pública e escandalosa), penetrando no mérito da decisão administrativa.

Mas ele não desfrutou nos procedimentos administrativos, do direito de defesa legal, posterior à sua indicição.

Quanto aos honorários tenho-os como razoáveis.

Dou provimento em parte ao recurso necessário e ao apelo da ré, para ressaltar à Administração a possibilidade de renovação de processo administrativo para apuração das faltas do autor e nego provimento ao recurso deste.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, deram provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Usou da palavra pelo Apelante o Dr. Deoclécio Leopoldo de Oliveira e pela Caixa o Dr. José Francisco Boselle. Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.804 — SC

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente — Juiz de Direito da Comarca de Brusque, *ex officio*

Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social

Apelada — Maria Dolores Gonzaga

EMENTA

Aposentadoria-invalidez por decurso de prazo. Improcedência da pretensão. Não tem direito à aposentadoria-invalidez o segurado que não gozou auxílio-doença ou aposentadoria provisória, durante, pelo menos, cinco anos ininterruptos.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento aos recursos para julgar

improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1971. — Amarílio Benjamin, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Maria Dolores Gonzaga moveu ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social, alegando que recebeu auxílio-doença, transformado posteriormente em aposentadoria por invalidez, a qual se tornou definitiva após o decurso de cinco anos. Todavia, teve o benefício indevidamente cancelado. Assim, com base na doutrina, na lei e na jurisprudência, solicitou o restabelecimento de seus direitos e a imposição das cominações legais.

Contestando, o Instituto-réu sustentou que a autora em nenhum momento esteve percebendo o benefício, por prazo igual ou superior a cinco anos.

Réplica às fls. 18, e saneador, irrecorrido, às fls. 26.

A sentença de fls. 33/34v julgou procedente a ação para reconhecer à autora o direito à aposentadoria definitiva, com o recebimento dos atrasados, acrescidos de juros de mora, desde a cessação do benefício, tudo a ser apurado em execução. Condenou, ainda, o Instituto, ao pagamento de honorários de advogado, à razão de 20% sobre o principal, e nas custas processuais. Recorreu de ofício.

Apela o INPS às fls. 36/37.

Contra-razões às fls. 38/50.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral manifesta-se pela reforma da r. decisão recorrida, para o fim de a ação ser julgada improcedente.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Conhecedores do problema dos segurados que adoecem e ficam sem poder trabalhar, com a necessária continuidade, como somos e fizemos sentir no despacho que a interessada trouxe aos

autos — fls. 31 — Agravo em Mandado de Segurança nº 65.388 — D.J. de 29 de maio de 1970, nem sempre podemos fazer valer a nossa compreensão. Estamos submetidos às normas legais e aos critérios da jurisprudência. Daí, lamentarmos muito a situação da apelada, pois achamos que a sua pretensão não merece acolhida. Consta de seu prontuário de saúde, fls. 9, claramente, que em nenhum período de auxílio-doença ou aposentadoria provisória gozou do benefício durante cinco anos contínuos, antes ou depois da LOPS, mesmo contando a fase anterior. Os intervalos entre um benefício e outro são grandes, chegando um deles a mais de três anos. Não se pode dizer assim que os espaços verificados decorram do expediente necessário ao exame médico e à decisão do requerimento de prorrogação do favor. O ilustre advogado da segurada não pode ignorar a orientação vitoriosa dos Tribunais, e, por isso mesmo, prevenindo solução desfavorável, na base do decurso do tempo, em que se fundamenta a pretensão, deveria apresentar indicações completas da idade, grau de capacidade de trabalho e estado de saúde da requerente, promovendo até perícia médica. Conduzida a esses esclarecimentos, a ação talvez proporcionasse outra fórmula legal de socorro. Como está é que não pode valer.

Em face disso, damos provimento aos recursos e julgamos a ação improcedente, sem que, no entanto, a requerente perca, pelo tempo decorrido, a condição de segurada.

Voto

O Sr. Min. *Decio Miranda* (Revisor): Minhas notas indicam concordância com o douto voto que acaba de proferir o Sr. Ministro Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provi-

mento aos recursos para julgar improcedente a ação. Os Srs. Mins. Decio Miranda e Márcio Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Compareceu o Sr. Min. Márcio Ribeiro para compor *quo-*

rum regimental. Os Srs. Mins. Godoy Ilha (Presidente) e Jarbas Nobre não compareceram, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.822 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henrique d'Ávila
Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda
Apelante — Telma Amélia de Brito Cabral
Apelada — União Federal

EMENTA

Concurso. Ao Judiciário apenas toca apreciar a legalidade do processamento do concurso e jamais enfrentar aspectos pertinentes ao critério didático adotado pela Comissão Julgadora, que não desborde ou se desconvinha de qualquer princípio constitucional ou legal.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de março de 1972. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): O MM. prolator da decisão *sub censura*, o nosso hoje eminente colega Jorge Lafayette Pinto Guimarães, assim equacionou a controvérsia noticiada nos autos:

“Telma Amélia de Brito Cabral propôs uma Ação Ordinária contra a União Federal, alegando que é servidora do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), ocupando o cargo de Oficial de Administração, nível 16;

que requerendo a readaptação para o cargo de Procurador, foi submetida pelo DASP à prova de sufi-

ciência, prevista no art. 5º, do Decreto-lei nº 625, de 1969;

que sendo-lhe comunicada sua reprovação, viu-se forçada a impetrar mandado de segurança, para obter certidão das questões formuladas, das respostas dadas e das correções com as respectivas justificativas e da nota conferida;

que excluindo o Decreto-lei nº . . 625, de 1969, recurso contra a correção das provas, não pode o dispositivo atingir a revisão judicial, diante do art. 153, § 4º, da Constituição;

que na questão consistente em um parecer, onde se indagava da possibilidade de execução de uma segunda hipoteca antes de vencida a primeira, a autora, na sua prova, pronunciou-se no sentido de que, antes de apuradas as datas dos respectivos registros das hipotecas, não seria possível opinar a respeito;

que o examinador considerando errada a resposta, deu à mesma o grau 0 (zero), justificando a nota com a afirmativa de que se a consulta esclarece tratar-se de 1.ª e de 2.ª hipoteca, não haveria como baixar em diligência;

que, todavia, a hipoteca existe entre as partes desde a celebração do contrato, sendo exigido o registro somente para validade contra terceiros;

que da divergência mencionada decorreu a nota 0 (zero), atribuída ao quesito, e assim deve ser julgada procedente a ação, para o fim de ser declarado o acerto da sua resposta, e a errônea da defendida pelo examinador, sendo condenada a ré, através do DASP, a conferir à autora a nota máxima, na questão discutida, considerando-se a mesma aprovada na prova de suficiência, com a subsequente conclusão do processo de sua readaptação no cargo de Procurador do DNER.

Contestou a União Federal (fls. 27), reportando-se ao parecer do Consultor Jurídico do DASP (fls. 29/31), que não deixa dúvida quanto ao acerto do julgamento da prova feita pela autora, e da falta de conhecimentos por esta demonstrado na solução da questão proposta.

Neste parecer, por sua vez, se sustenta que se na consulta imaginada, objeto da questão, não há referência à inscrição das hipotecas, mencionando-se a existência de uma primeira e uma segunda hipotecas, é evidente estar implícito que foram as mesmas inscritas na mencionada ordem; aprecia, outrossim, o parecer as respostas a outras questões, que não estão em causa na presente ação.

Proferido o despacho saneador de fls. 33, foi realizada a audiência de julgamento, quando a autora desenvolveu suas alegações, oralmente, e a ré, além de afirmar a improcedência da ação, pediu a conversão do julgamento em diligência para o fim de ser citado o DNER, verdadeiro interessado na ação, pois a autora pretende ser nele readaptada como

Procuradora, ou a carência de ação, por não ter o DASP personalidade jurídica.”

Citada a ré, a demanda correu seus tramites regulares de Direito sem maiores embaraços ou percalços. E, afinal, o MM. Julgador *a quo* a reputou improcedente, com as judiciosas considerações que se seguem:

“A jurisprudência tem sempre reconhecido que o critério de avaliação dos pontos é privativo da comissão examinadora, somente intervindo o Judiciário quando a sua ação desborda das fronteiras da legalidade (TFR, Agravo em Mandado de Segurança nº 53.991, Rel. Min. Moreira Rabello, D.J. 27-8-68, pág. . . 3.221), apenas se admitiu, na Apelação Cível nº 24.422 (Rel. Min. Amarílio Benjamin, *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, vol. 24, pág. 96), o reajuste dos pontos, excepcionalmente, mediante confronto entre as respostas e os gabaritos adotados, para que aqueles expressem a realidade.

Assim, por sua vez, me pronunciei em voto que proferi como Relator, no Agravo em Mandado de Segurança nº 52.054, acolhido pela Segunda Turma do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, estando declarado, na ementa do respeitável acórdão:

“Concurso. O controle jurisdicional é limitado à legalidade, não podendo o Judiciário examinar o critério das notas nem o acerto das respostas, sobretudo em Mandado de Segurança.”

Este princípio, como resulta do final da aludida ementa, não é restrito aos Mandados de Segurança, mas alcança também as ações ordinárias; nestas, quando muito, e diante de erros manifestos e evidentes, o que poderá ser apurado em

tais processos, a solução será a anulação da prova, nunca a alteração dos graus concedidos pelos examinadores.

É também o que decidi na ação ordinária movida por Dario Mariani Guerreiro e outros (Processo nº . . 34.729), quando afirmei:

“Ora, o controle jurisdicional a que estão sujeitos os concursos, é restrito, como sucede com os atos administrativos em geral, ao aspecto da legalidade. É o que acentua Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 370) quando afirma:

“De qualquer forma, caberá sempre reapreciação judiciária do resultado dos concursos, limitada a aspectos da legalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, e dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos.”

A este propósito o citado autor acrescenta ainda:

“A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público.” (*ob. cit.*, pág. 371).

No caso, não se aponta ilegalidade, nem são indicadas disposições de lei, que tenham sido violadas. Aliás, os autores não querem, como já acentuado, anular o concurso que reconhecem válido e declaram “definitivamente consolidado” (fls. 78) e se ilegalidades houvessem, estas implicariam em sua anulação.”

IV — Mas, além disso, no caso o que se impugna, na verdade, é o

critério da comissão examinadora, que considerou errada a resposta da autora, por estar implícita, segundo entende, na questão formulada, a ordem de inscrição das hipotecas, afirmando o parecer de fls. 29, do Consultor Jurídico do DASP:

“Ora, se nos dados da consulta imaginada para o parecer nenhuma referência se fez à inscrição, dando-se uma hipoteca como primeira e a doutra como segunda, é evidente que se considera implícito que as hipotecas foram inscritas naquela ordem. É um mínimo de acuidade que se pode exigir de um examinando. Lendo-se atentamente os dados da consulta, verifica-se para logo, que não era esse o ponto em que o examinador testava os conhecimentos da candidata.”

E, o examinador, ao dar nota zero à questão (fls. 17) assim a justificou:

“Se a consulta esclarece que se trata de 1.^a e 2.^a hipotecas, não há como baixar em diligência para confirmar-se o que já consta dos próprios termos da consulta.”

A questão formulada era a seguinte (fls. 14):

“Antônio deu, em primeira hipoteca, um imóvel de sua propriedade a Alberto, cujo vencimento se marcará para o dia 1º de janeiro de 1972. Em segunda hipoteca, deu o mesmo imóvel a Paulo, vencendo-se a dívida a 31 de outubro de 1969. Embora Antônio viesse pagando regularmente as prestações decorrentes da primeira hipoteca, deixara de saldar, há vários meses, as prestações oriundas da segunda. Antônio só possui esse bem. Indaga-se: Poderá Paulo executar o imóvel, antes de vencida a primeira hipoteca, cujas prestações vêm sendo normalmente pagas?”

E a autora assim respondeu (fls. 17):

“Concluindo, podemos afirmar, diante do exposto, antes de ser apurado o que solicitamos, ou seja as respectivas datas de registro de ambas hipotecas, seria temerária qualquer opinião a respeito.

Pretendemos desta forma, evitar induzir a erro aquele órgão, desta Administração, tornando as precauções que o assunto exige.”

Mais não é necessário para demonstrar que está em causa simples critério do examinador, donde não ser possível o seu reexame para verificar se é este o melhor, não sendo possível sequer, falar em erro capaz de invalidar a prova realizada.

V — Assim sendo, julgo improcedente a ação e condeno a autora ao pagamento das custas e honorários de advogado, que de acordo com o art. 64 do CPC, arbitro em 5% sobre o valor dado à causa.”

Inconformada, apelou a autora com as seguintes razões (fls. 51 a 54): (lê).

A União Federal, por seu turno, ofereceu as contra-razões de fls. 57 a 58: (lê).

Os autos vieram ter a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, manifestou-se pelo não provimento do apelo, nestes termos:

“Merece confirmação, por seus próprios fundamentos a irrepreensível sentença apelada, que tem a prestigiá-la a iterativa jurisprudência dessa egrégia Corte:

“A fixação dos critérios de avaliação de pontos é seara privativa da comissão do concurso. Só quando a sua ação desborda das fronteiras da legalidade, cabe a intervenção do Judiciário” (AMS nº 53.991 — D.J. de 27-8-68, pag. 3.221).

Ademais, o parecer da Consultoria Jurídica do DASP, às fls. 29/31, não deixa dúvida quanto ao acerto do julgamento da prova feita pela interessada, embora não possamos endossar os termos em que o aludido parecer está vasado.

Pelo não provimento, pois, do recurso.”

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Não encontro elementos que me conduzam a deixar de dar meu apoio e beneplácito à jurídica decisão de Primeira Instância proferida pelo nosso atual colega, o eminente Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães, que se me afigura acertada e jurídica.

Na realidade, ao Judiciário, em tema como o de que se cogita, apenas toca apreciar a legalidade do processamento do concurso e jamais enfrentar aspectos pertinentes ao critério didático adotado pela Comissão Julgadora, que não desborde ou se desconzine de qualquer princípio constitucional ou legal. Assim sendo, não nos resta senão manter a decisão recorrida. Meu voto, portanto, é no sentido de negar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Impedido o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.874 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelantes — Albino Palhavan

Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Apelação criminal. Outras provas suprem o exame pericial, dispensável, pois, na apuração do delito de peculato. Recurso unanimemente improvido.

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

Brasília, 12 de novembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): A sentença de fls. 92, *usque* fls. 94, assim relatou e julgou o caso destes autos:

“O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Albino Palhavan, qualificado às fls. 57, alegando, em síntese, que: por ter o acusado, no mês de junho de 1966, violado 28 (vinte e oito) cartas aéreas simples, utilizando-se de uma lâmina (gilete), delas retirando dólares e marcos, quando as recebia no exercício de sua função de “divisor de cartas”, que exercia na 8ª Seção Aérea do então Departamento dos Correios e Telégrafos, nesta Capital; em razão desse fato, deve ser condenado nas penas do artigo 312, do Código Penal. Na fase investigatória, às fls. 47/47v. e 48 os depoimentos das testemunhas ouvidas pela digna polícia; às fls. 55/56 e identificação do acusado;

às fls. 58/59 o auto de qualificação e interrogatório do réu; às fls. 60 o relatório da digna policial. Em Juízo, distribuídos (fls. 42v.), oferecida e recebida a denúncia (fls. 62), citado o réu por ed tal (fls. 68), por encontrar-se em lugar incerto e não sabido, foi decretada sua revelia (fls. 74), nomeando-se-lhe defensor que apresentou sua defesa prévia (fls. 78). Na instrução, às fls. 79/80, 81/81v., 82, os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação. Nada requereram as partes, na fase do artigo 499, do Código de Processo Penal, as alegações finais do representante do Ministério Público Federal às fls. 84 e as da defesa às fls. 90/91. A antecedência criminal do réu, às fls. 64/65 e 69. Inexistem quaisquer dúvidas sobre a antecedência fática da presente ação penal pública, sustentáculo da imputação contida no libelo, posto que cabalmente demonstrada, no decorrer da instrução. Assim, o réu, empregado do então DCT, à data mencionada no libelo, no exercício de sua função que era a de “divisor de cartas”, efetivamente violou 28 (vinte e oito) cartas aéreas, “simples”, utilizando-se de uma gilete, apropriando-se de seus valores, conforme amplamente confessou, no ensejo de seu único depoimento (fls. 58/58v.), prestado diante da autoridade policial. A defesa se limita, reconhecendo o ilícito, a reclamar imposição de pena mínima

(fls. 89/91), no que deve ser atendida, nos exatos termos do art. 42, do Código Penal, tratando-se de acusado primário e de pequeno valor as quantias auferidas, além do pequeno alarma social causado pela prática delituosa. Assim é de se aplicar a pena mínima estabelecida no art. 312, *caput*, do Código Penal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão, que vão aplicados a seco, devido a ausência de agravantes. Pelo exposto e pelo mais que dos autos consta, provendo a imputação contida no libelo, condeno Albino Palhavan, qualificado às fls., à pena de 2 (dois) anos de reclusão, por infração ao disposto no artigo 312, *caput*, do Código Penal, independentemente de quaisquer sanções civis, que lhe sejam aplicadas em outros processos, e mais ao pagamento da multa de Cr\$ 0,50 (cinquenta centavos), bem como à satisfação das custas processuais. Lance-se seu nome no rol dos culpados.”

Albino Palhavan apelou e o Ministério Público contraminutou.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. pugnando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O apelante, na qualidade de servidor do Departamento dos Correios e Telégrafos, violou correspondências para apropriar-se, como efetivamente se apropriou, de importâncias pertencentes a particulares. É o que se infere da sua confissão examinada em conjunto com outras provas colhidas no desenrolar do processo e no inquérito administrativo, cuja juntada, por linha, determinei. É cometendo o crime do art. 312, do Código Penal, foi condenado à pena de dois anos de reclusão, a mínima prevista no

referido dispositivo, em virtude de ausência de agravantes.

A sentença, pois, que examinou e bem decidiu de tudo, não está passível de reparos, muito menos de reforma, como pleiteado no recurso. É que se não fazia necessário, para apuração real do delito, “o exame pericial, para se saber cientificamente como foi efetuada a operação para violar a correspondência, se com lâmina (gilete) ou não,” como argüido na apelação. O crime foi minuciosamente relatado pelo recorrente e por algumas das testemunhas, sendo pacífica a jurisprudência no sentido da desnecessidade do exame técnico para apuração do crime de peculato (*Revista do Tribunal Federal de Recursos*, vol. 17, página 158).

Nego provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): A violação de correspondência, pelo acusado, ora apelante, servidor do DCT, que retirava da mesma dólares e marcos, quando a recebia no exercício de suas funções, ficou comprovada pela prova testemunhal, e foi por ele confessada no inquérito policial (fls. 57), estando a confissão regularmente assinada por duas testemunhas (CPP, art. 6, V.), e do inquérito administrativo em apenso constam, ainda, declarações do acusado, minuciosas e precisas, sendo de destacar às fls. 16/17, dos respectivos autos; nestes, por sua vez, se encontram vários envelopes violados, bem como reclamações de destinatários, quanto às faltas verificadas de importâncias em dinheiro, como se vê de fls. 28, 34 e 52, do aludido inquérito.

Na apelação, o acusado invoca a circunstância de não haver sido preso em flagrante, nem ter sido realizada a apreensão da correspondência no ato da violação, presenciada por uma testemunha (depoimento por cópia às fls. 20).

A omissão, todavia, decorrente do facto de haver a testemunha se limitado a fazer comunicação do que presenciara à Diretoria, como esclareceu no depoimento, em Juízo, às fls. 76v., daí resultando o inquérito instaurado, não faz desaparecer o crime, nem impede a sua punição.

Arguii, também, o apelante, a inexistência do exame de corpo de delito, mas o crime de peculato não o exige, por não deixar vestígios, podendo ser provado por qualquer meio (*RTJ*, vol. 49, pág. 107, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; *Revista Forense*, vol. 179, pág. 321, *Habeas Corpus* n.º 35.222, Min. Nelson Hungria); se assim não fosse, aliás, não tendo sido apreendidos os envelopes dos quais o acusado retirou importâncias em dinheiro, mas apenas outros, onde nada fora encontrado, impossível seria o exame de corpo de delito direto, pelo que teria que ser feito o indireto (art. 167 do CPP), no caso resultante dos depoimentos de fls. 78, 80 e 81.

A prova de haver o acusado se apropriado de quantias existentes na correspondência, e assim sob a guarda do DCT foi feita, e decorre inclusive das suas declarações, às fls. 57, quando ratificou o inteiro teor do depoimento prestado perante a Comissão de Inquérito, anexa-

do por cópia às fls. 12, e constante de fls. 2/3, do inquérito administrativo, no qual, por sua vez, se confirma o depoimento de fls. 16/17, deste inquérito, que foi expresso a este respeito, havendo ainda, como já ressaltado, reclamações de parte dos destinatários da correspondência (fls. 28, 34 e 52 do aludido inquérito, em apenso).

Daí opinar a douta Subprocuradoria-Geral, que em seu primeiro parecer (fls. 129/135) se pronunciara pela existência apenas do crime de violação de correspondência (art. 151, § 3º, do Código Penal), pela confirmação da sentença, depois de novamente apensado aos autos o inquérito administrativo, que o Dr. Juiz *a quo* havia restituído à repartição, após a sentença, e depois do seu exame, conforme o parecer de fls. 142/145.

Nego, em consequência, provimento à apelação do acusado para confirmar a sentença, que bem decidiu, de acordo com apoio nas provas colhidas.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.879 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Peçanha Martins

Revisor — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelante — Bertho José Kulaif

Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Contrabando. A aquisição de mercadorias estrangeiras sob a alegação de se destinarem a distribuição de brindes a fregueses importa em lucro e caracteriza o crime. Recurso unanimemente improvido.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos rejeitar as prejudiciais argüidas pelos apelantes, negar

provimento ao recurso, à unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): José Kulaif, através de carta de sentença, por isso que o co-réu José de Jesus não havia sido preso, apela da sentença que o condenou à pena de um ano de reclusão. A decisão recorrida assim expõe os fatos:

“O Ministério Público Federal, às fls. 2, denunciou José de Jesus e Bertho José Kulaif, qualificados às fls. 13 e 18, respectivamente, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, letras *c* e *d* do Código Penal, pelos seguintes fatos: no dia 15 de fevereiro de 1968, no Hotel Piratininga, nesta Capital, foi encontrada mercadoria estrangeira desacompanhada de documentação, no quarto do primeiro denunciado, mercadoria essa apreendida (fls. 12) e avaliada em Cr\$ 977,50 (fls. 61); informou José de Jesus (fls. 13) que adquirira a mercadoria do segundo denunciado, e, no estabelecimento deste foi encontrada e apreendida grande cópia de mercadoria estrangeira sem documentação legal (fls. 9, 10 e 11) e avaliada em Cr\$ 3.071,00 (fls. 58, 59 e 60). José de Jesus, ouvido no inquérito (fls. 13), informa que adquirira a mercadoria do segundo denunciado, sem que lhe fosse fornecida nota, e, que assim agiu para vendê-la em Campos do Jordão, aumentando seus parcos proventos de aposentado do I.A.P.C. Ouvido na Polícia (fls. 18), Bertho José Kulaif informa que costuma adquirir mercadorias trazidas por pessoas vin-

das do exterior e as revende pelo mesmo preço a amigos, que atendeu o outro denunciado por sabê-lo pessoa doente. Relatado o inquérito (fls. 44), o M.P. Federal requereu a oitava das testemunhas da ocorrência (fls. 45v.); um vizinho de Kulaif nada sabia tendo lá ido quando da diligência (fls. 50); duas outras foram ao estabelecimento do mesmo para limpar telefones, quando também da diligência (fls. 52 e 52v.), nada sabendo dos fatos. Oferecida a denúncia (fls. 63v.) arrolando como testemunhas os agentes apreensores, foram os réus interrogados; José de Jesus (fls. 64), com mais minúcias, repete seu depoimento policial e Bertho José Kulaif (fls. 66) explica que adquirira a mercadoria de passageiros de ônibus internacionais para dá-las como brinde a seus fregueses; que revendeu ao outro denunciado a mercadoria sem lucro que lhe dissera ir vendê-la em cidade do interior; adianta que só comercia com mercadorias nacionais. Ambos apresentaram defesas prévias arrolando testemunhas (fls. 81 e 82). Os policiais que fizeram as diligências, quer no Hotel Piratininga, quer no estabelecimento de Kulaif, foram ouvidos (fls. 158, 160, 162) como testemunhas de acusação, contando das diligências que resultaram nas apreensões noticiadas nos autos. Desistiu o M. P. Federal de uma testemunha (fls. 164). As testemunhas de defesa de Kulaif (fls. 175, 177, 178 e 186) ignoram que o mesmo comerciasse com mercadorias estrangeiras e fazem do mesmo boas referências. José de Jesus desistiu de suas testemunhas de defesa (fls. 181) apresentando atestados de boa conduta (fls. 182, 183 e 184). Nada requerido na fase do art. 499 do C. P. Penal (fls. 190 e 192), foram oferecidas alegações finais. O M. P. Fe-

deral (fls. 194) pede a condenação como na denúncia que entende provada, inclusive pelas próprias declarações dos acusados. Não tendo em tempo hábil os defensores constituídos apresentado suas alegações, foram nomeados defensores *ad hoc* (fls. 197). Em alegações finais, o defensor *ad hoc* de José de Jesus (fls. 199) entende frágil a prova contra o mesmo, indícios fracos que não se confirmaram, havendo referências a um papel que lhe foi entregue pelo vendedor e que não examinou; outrossim, procura eximir a responsabilidade do mesmo quer pelo estado de necessidade, quer pela inciência da injuridicidade do ato praticado. Assim, pede a absolvição. O defensor constituído de Kulaif (fls. 203) preliminarmente alega a nulidade do processado, por entender nulos os autos de apreensão de fls. 9, 10 e 11 já que entende que pelos seus depoimentos os policiais não viram a mercadoria apreendida (fls. 158, 160 e 162); outrossim, entende nulas as avaliações. No mérito, entende que não há provas contra o acusado, negando a venda a José de Jesus e que a mercadoria apreendida com o mesmo e reconhecida pelo próprio o era para brindes e não comércio; outrossim, entende a mercadoria regular já que trazida por turistas. Por tudo pede a absolvição. José de Jesus não registra antecedentes (fls. 68 e 113), sendo que Bertho José Kulaif (fls. 69 e 116) mantem a sua primariedade (fls. 137, 141 e 147)." (*sic.*)

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 75 e seguintes pugnando pelo improvimento do recurso.

Após indagar do Dr. Juiz Federal se o condenado se encontrava preso (fls. 80 e 82) e receber a resposta afirmativa de fls. 83, determinei na forma do des-

pacho de fls. 84, isto é, a modificação da autuação.

É o relatório.

Voto (Preliminar)

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): As mercadorias foram apreendidas no estabelecimento comercial do apelante, que assinou o respectivo termo. E o engano ocorrido com a avaliação foi corrigido, como acentua a sentença e comprovam os autos. Assim, rejeito as preliminares efetivamente inconsistentes.

Voto

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O meu voto preliminar é no sentido de converter-se este processo em diligência para que sejam remetidos a este Tribunal os autos originais.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): O julgamento da apelação encontra dificuldades decorrentes do facto de haver subido o recurso em traslado, como previsto no art. 601, § 1º, do CPP, erroneamente qualificada pelo apelante como Carta Testemunhável (fls. 2).

Em tais casos, declara o Código de Processo, que se houver mais de um réu, e não houverem todos apelado, "caberá ao apelante promover extração do traslado dos autos".

Por conseguinte, o traslado abrangerá todas as peças, de modo a possibilitar o reexame do Tribunal, com conhecimento de todos os elementos, e não de alguns deles a requerimento do apelante, como se fez no caso (fls. 2), com o manifesto inconveniente consistente na possibilidade de ser levado o julgador de Segunda Instância a erro, por desconhecimento de elemento contrário ao réu, de importância fundamental.

Na hipótese, além de não estar completo o traslado, faltando inclusive a

denúncia, o que assume relevo em face das alegações desenvolvidas pelo apelante, que se limita a discutir a posse dos cigarros apreendidos em seu poder, quando havia outras mercadorias objeto de outras apreensões, não se sabendo se a denúncia se refere aos três autos de apreensão lavrados (fls. 55, 56 e 57), ou apenas a um deles, a compreensão e leitura dos traslados está dificultada pela falta de observância de ordem na sua colocação nos autos.

Além disso, os autos de avaliação de fls. 33 e 35 estão incompletos, terminando o traslado abruptamente, o que sucede igualmente com o auto de exame de fls. 36/38, o auto de qualificação e o interrogatório de fls. 53.

Assim sendo, o meu voto é no sentido de converter o julgamento em diligência, para o fim de se aguardar a subida dos autos originais a serem requisitados ao Juízo da 2ª Vara Federal de São Paulo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Preliminarmente, converteu-se o julgamento em diligência para ordenar a subida à Turma do processo original. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

VOTO (Mérito)

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): Relativamente ao mérito, mesmo que o apelante tivesse apenas indicado ao co-réu o local onde podia adquirir mercadorias, bastaria para caracterizar a prática do crime a grande quantidade de objetos estrangeiros encontrados em o seu estabelecimento comercial, mercadorias que se destinavam, sem dúvida, ao comércio, por isso que de nada vale a alegação de que teriam sido adquiridos para distribuição aos seus fregueses, a

título de brindes. É que a distribuição destes importa em lucro para o negociante, como reiteradamente vem decidindo este Tribunal, inclusive esta Primeira Turma.

Em *habeas corpus* anteriormente impetrado em favor do ora apelante e por esta Turma unanimemente denegado, o seu eminente advogado argüiu a nulidade da sentença que admitiu a cindibilidade da confissão. Neste instante em que é possível o exame da prova, cabe dizer que só é incidível quando prova única. No caso dos autos, além da confissão, outras provas do delito robustecem a sentença que mantenho, em todos os seus termos.

Nego provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Revisor): Nego provimento à apelação para confirmar a sentença pelos seus fundamentos (fls. 30/31).

Houve a apreensão de mercadorias em poder do apelante, conforme os autos de fls. 55, 56 e 57 — fls. 9, 10 e 11, dos autos principais em apenso, assinada pelo acusado, e confirmados pelas testemunhas de acusação (fls. 45/49), não bastando para invalidá-los a sua alegação de que na Polícia assinaria qualquer documento que lhe fosse apresentado, tanto mais que no seu interrogatório em Juízo (fls. 54v.) não negou a aquisição dos cigarros, embora não haja feito, então, referência às outras mercadorias.

O exercício do comércio está provado, não só pela existência de firma comercial, no local, pertencente ao acusado, como consta do interrogatório, e pelas declarações prestadas pelo co-réu José de Jesus (fls. 52), como ainda está reconhecida, inclusive nas razões de apelação, quando afirma o ora apelante que as mercadorias eram destinadas a brindes e vez por outra as vendia pelo custo,

atendendo a amigos, o que conduz à habitualidade que deve existir no exercício da atividade comercial.

A este propósito, bem ressalta o M.P., às fls. 70, que a oferta de brindes a fregueses enquadra-se na aludida atividade.

A denúncia de fls. 2, por outro lado, fez alusão aos autos de apreensão de fls. 6/8 (autos principais) que abrangem outras mercadorias, além dos cigarros, enquanto o apelante, nas alegações finais (fls. 206 dos mesmos autos), e nas razões de apelação (fls. 4 dos presentes autos), somente se detém nos cigarros, cuja posse procura explicar, silenciando a respeito das demais.

Também não pode ser aceita a alegação de nulidade dos autos de apreensão, por estarem assinados pelos policiais Airto Augusto Camargo, Oscar Vieira de Castro e Antônio Gomes Marinelli da Silva, que em Juízo declaram não haver assistido às apreensões, pois um ficou na portaria, outro guardando o réu em sala separada e outro ainda no veículo (fls. 3, item II, *in fine*).

De fato, da leitura dos autos de apreensão de fls. 55, 56 e 57, verifica-se que neles figuram outros policiais, que os assinaram, Laerte Almeida São Bernardo e José Franco de Paiva Castro.

No que diz respeito aos defeitos argüidos nas avaliações, efetivamente houve engano no auto de fls. 36 e seguintes, como esclarecido às fls. 40v., havendo sido feitas novas avaliações (fls. 33, 34 e 35).

Esta avaliação foi indireta, como afirma o apelante (fls. 5).

Daí, porém, não decorre nulidade, como resulta do artigo 158 do C.P.C. c/c o art. 167 do mesmo Código, a aceitar a necessidade do exame de corpo de delito.

Acresce que nos autos de apreensão estão mencionadas as marcas das mer-

cadorias, de evidente origem estrangeira, aliás, não negada pelo acusado.

Mas, além disso, se possível ainda fosse o exame direto, não realizado, substituído que foi pelo indireto, daí não decorreria nulidade, sobretudo sendo indubitosa a procedência alienígena da mesma, como bem ressalta a Subprocuradoria (fls. 77).

A necessidade de exame de corpo de delito, nos crimes de contrabando ou descaminho, tem dado lugar a controvérsias, inclinando-se o Tribunal Federal de Recursos pela possibilidade de ser provada a origem estrangeira da mercadoria por qualquer meio.

Assim, no Recurso de *Habeas Corpus* nº 1.996 (Rel. Min. Antônio Neder, *DJ* 26-5-69, pág. 2.184), afirmou não ser necessário o exame, e outra não foi a decisão no *Habeas Corpus* nº 2.113 (Rel. Min. Godoy Ilha, *D.J.* 20-10-69, pág. 4.901), o que ficou reafirmado pelo Min. Antônio Neder, em voto no *Habeas Corpus* nº 1.741 (*Rev. de Jurisprudência do T.F.R.*, vol. 22, pág. 93), como antes fora proclamado no *Habeas Corpus* nº 1.692 (*D.J.* 19-8-68, página 3.078).

Também na Apelação Criminal número 1.728 (Rel. Min. Peçanha Martins, *D.J.* 22-12-70, pág. 6.403) assim ficou reconhecido.

Já no *Habeas Corpus* nº 2.266, do qual foi Relator o Ministro Moacir Cantunda (*D.J.* 6-4-70, pág. 1.175) admitiu-se a necessidade do exame de corpo de delito e no *Habeas Corpus* nº 2.317 (Rel. Sr. Min. Henrique d'Ávila, *D.J.* 10-8-70, pág. nº 3.397), dispensou-se somente a juntada inicial do exame, que pode ser feita posteriormente, segundo o decidido.

Tenho, em Primeira Instância, seguido a orientação de, como medida de prudência e cautela, determinar, sempre que possível, o exame direto da mercadoria.

Reconheço, todavia, que não é este indispensável, e assim, a admitir a sua possibilidade, na presente oportunidade, aliás não demonstrada, apesar do tempo decorrido, e do que afirma o próprio apelante (fls. 5), da sua omissão e substituição pelo exame indireto não resulta nulidade.

Pelo exposto, confirmo a sentença, negando provimento à apelação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Rejeitadas as prejudiciais argüidas pelos apelantes, negou-se provimento ao recurso, à unanimidade. Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.889 — MA

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Apelante — Telmo Mendes da Silva

Apelado — Justiça Pública

EMENTA

Falsificação de Registro de Promissória, competência (art. 298 do Código Penal). Competência da Justiça Federal para processar o crime de falsificação de registro de promissória, exigido pelo DL. n.º 427/69, a ser feito em Repartição Fiscal. Sendo o registro essencial à cobrança e ajuizamento da promissória, não há como cogitar da existência de prejuízo necessário à caracterização do *falsum*. Falsificado um ato da administração, o registro, e não a promissória, o crime é do art. 297 do Código Penal, e não o do art. 298; confirma-se, porém, a sentença, em falta de apelação do M.P.

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

Acordam os Ministros que compõem a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, tão-somente para reduzir a multa aplicada ao apelante a cinco cruzeiros, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1971. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Relator): Telmo Mendes da Silva foi denunciado pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal do Estado do Maranhão, como incurso

nas penas do art. 299 do Código Penal, onde se afirma (fls. 2 a 4):

“Em data de 5-10-70, foi instaurado o anexo inquérito policial para apurar divergências entre os assentamentos existentes nos arquivos da Delegacia de Receita Federal no Maranhão e os dizeres constantes do carimbado de registro de nota promissória que instruíra ação executiva para cobrança de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), proposta pelo indiciado perante a 9ª Vara Cível de São Luís, contra o Grêmio dos Subtenentes e Sargentos do Maranhão. No curso do procedimento, resultou esclarecido, com riqueza de detalhes, que Telmo Mendes da Silva, em princípios de janeiro de 1969, foi procurado por Diretores da referida agremiação para emprestar a quantia de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros),

sendo então emitida nota promissória em nome do seu Presidente, Sr. Raimundo Chaves e Silva, avallizada pelo Vice-Presidente, Sr. José Crebilon de Vasconcelos. Com a substituição da Diretoria do Clube, face às dificuldades surgidas, o ora denunciado, entre os meses de fevereiro e março do ano passado, dirigiu-se aos novos dirigentes daquela Associação para receber a quantia emprestada, não sendo, no entanto, atendido em suas pretensões, já que o Sargento Oséas Azevedo Garcez, na qualidade de Tesoureiro do G.S.S.M., se negou ao pagamento da obrigação, por considerar que a promissória, sem figurar na contabilidade, se encontrava em branco no tocante ao nome do credor, data da emissão e vencimento, além da falta de registro no órgão competente. Em consequência, de maneira fraudulenta, o denunciado carimbou o verso do documento, inserindo com seu próprio punho, nos claros do carimbado, a assinatura de Honório Bona, funcionário da Delegacia da Receita Federal no Maranhão, até então encarregado do registro de promissórias e letras de câmbio, bem como o número de ordem 151/69 e a data fictícia de 22-1-69, em que se teria dado a operação. Diligenciado ainda o preenchimento dos espaços na frente do título, relativamente ao nome do credor, dia da emissão e vencimento, deu-se oportunidade a que o falsificador executasse a dívida, promovendo ação de cobrança no Juízo da 9ª Vara desta Capital, valendo-se para tanto do papel questionado, facto esse que chegou ao conhecimento do Inspetor de Polícia Federal, Bel. Arthur Carbone Filho, que determinou abertura de inquérito”.

.....

“O inculpado, por sua vez, demonstrou intenção fraudulenta de praticar ato que sabia contrário à lei, quando inseriu nos claros do carimbado a assinatura de servidor que, à época, não servia em São Luís, patenteando-se mais a falsificação à só verificação do que a data lançada no documento é anterior à obrigatoriedade do registro de notas promissórias e letras de câmbio, só iniciado em 3-2-69, sendo mesmo divergente o número de ordem lançado no papel creditício, com o constante no livro mantido pela Delegacia da Receita Federal no Maranhão (doc. fls. 10)”.

Instruiu a denúncia o inquérito onde figura o exame grafotécnico, que concluiu pela falsificação, e afirmou serem do punho do acusado os dizeres, inclusive assinatura, lançados no referido carimbo.

Posteriormente, o Ministério Público retificou a denúncia (fls. 154/156), para considerar o acusado incurso nas penas do art. 298 do Código Penal, o que foi deferido, declarando o aditamento para tanto feito:

“O fato narrado na inicial acusatória contém, sem dúvida, todos os elementos que tipificam o delito tratado no art. 298 do Código Penal, eis que se trata de falsidade material, já que é nessa que “o agente imita a verdade, quer contrafazendo, quer alterando, mas dando sempre a aparência de autenticidade ou genuinidade” (Magalhães Noronha, ob. e vol. cit., pág. 204). Conclui-se, então, houve engano na classificação do crime imputado ao denunciado, merecendo, portanto, ser acolhida a alteração ora pretendida, para que, posteriormente, não venha a defesa alegar tenha sido surpreendida, embora se saiba que a medida implica,

simplesmente, em inovação da classificação delituosa, sem inovação da espécie de fato. É que, no sistema adotado na lei processual penal, mesmo ao juiz é permitido dar ao fato referido na denúncia classificação diversa da aí feita, na oportunidade de prolação da sentença, “ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

No interrogatório (fls. 67/69) o acusado negou a acusação, e declarou que o registro da promissória foi feito por seu irmão Jairo Mendes da Silva, quando entrou em vigor a lei que exigiu dita formalidade, isto em março, recebendo o título de volta, já registrado, com a guia respectiva, que se extraviou, e na defesa prévia oferecida (fls. 71/72) igualmente afirmou não ser verdadeira a imputação.

Inquiridas as testemunhas, e efetuada nova perícia gráfica, a requerimento do acusado, chegando os peritos à mesma conclusão do laudo anterior (fls. 159/176), nada foi requerido no prazo de diligências, e nas alegações finais pediu o M.P. a condenação nas penas do art. 298 do Código Penal (fls. 197/202), enquanto a defesa pleiteou a absolvição (fls. 204/208) sustentando que o crime de falsificação exige finalidade de obtenção de um lucro ilícito, não se caracterizando quando o agente visa a evitar um dano iminente, conforme ensinamento de Nelson Hungria, e que se existia um débito, que não foi criado pela complementação do documento, cujo montante não foi também modificado, não se configura o crime que lhe é imputado.

A sentença (fls. 212/228) do Juiz Federal, Dr. Carlos Alberto Madeira, após detido exame das provas, concluiu pela procedência da denúncia, condenando o acusado a dois anos de reclusão, e multa de cinco mil cruzeiros, como incurso no art. 298 do Código Penal.

Da decisão são de destacar os seguintes trechos:

“O exame grafotécnico do carimbado no verso da Nota Promissória concluiu que o mesmo foi feito pelo próprio carimbo da Delegacia da Receita Federal, em face “da constatação de idênticos elementos característicos, inclusive e principalmente, no que tange às irregularidades”. Verificou-se igualmente em dito exame que os dizeres que preenchem os claros do carimbado são falsos, por divergências gráficas pessoais e individualizadoras com os padrões oferecidos pelo funcionário Honório Bona. Também ficou patenteadado que os referidos dizeres foram lançados pelo acusado, em vista da acentuada indicação de punho escriturador, que revela a soma de características gráficas e individualizadoras, no confronto com os padrões gráficos do mesmo acusado. Ainda em segundo exame foi possível, pela percuciência técnica do trabalho dos peritos do Instituto Nacional de Criminalística, confirmar-se que o carimbo imprimido na Nota Promissória é o mesmo usado na Delegacia da Receita Federal. Constatou-se por igual que o acusado, no material oferecido neste Juízo, não conseguiu disfarçar o seu automatismo gráfico, embora tenha tentado desfigurar o seu padrão gráfico próprio. E ainda, nessa oportunidade, a perícia encontrou similitude evidente entre o grafismo dos dizeres do carimbado da Nota Promissória e os traços característicos e individualizadores do grafismo do acusado”.

.....
“Há mais, porém: em declarações prestadas na Polícia Federal, o acusado assegura que averbou a Nota Promissória na Receita Federal

logo depois de a haver recebido, e dentro do prazo legal; que toda vez que recebe uma nota promissória ele próprio preenche a guia competente para ser levada a registro, tarefa esta que também faz pessoalmente junto àquela repartição arrecadadora (fls. 21). No seu depoimento na instrução criminal, porém, disse que logo após a emissão do título não procurou levá-lo a registro, pois a esse tempo inexistia essa obrigatoriedade; que depois veio a lei que possibilitava o registro das promissórias emitidas antes da lei, dentro do prazo de sessenta dias, e de quinze dias; que, aproximadamente no mês de março, mandou, através do seu irmão Jairo Mendes da Silva, o título para ser registrado na Delegacia da Receita Federal (fls. 68). Assim, de uma vez afirma que pessoalmente registrou o título, logo que o recebeu; de outra, mandou o seu irmão, em março, proceder ao registro. Nas alegações finais, outra versão é dada pelo acusado. Diz ele que “não há negar tenham complementado o documento (promissória), com um carimbado preenchido nos espaços devidos. Mas quem nos dirá que alguém interessado em prejudicar o acusado tivesse agido assim? Que alguém, com conivência de terceiros, tivesse carimbado a promissória, maliciosamente, para incriminar o acusado?” (fls. 207).

E, depois de se referir ao registro das notas promissórias exigido pelo Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, a ser feito no prazo de 60 dias, quanto aos títulos de emissão anterior, reconheceu a um dano ao serviço público:

“A falsificação desse registro importa, necessariamente, num dano ao serviço público federal, por isso que dá como verdadeiro um ato da

administração que confere validade e executividade aos títulos de crédito”.

Quanto à fixação da pena, invocou o Dr. Juiz “a intensidade do dolo, os antecedentes e as circunstâncias que denotam a marginalização da conduta do acusado das regras de conveniência e de segurança jurídica”, bem como o fato de ser o *falsum* praticado em dano ao serviço público federal.

Apelou o acusado (fls. 235/247), pleiteando o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal, por se tratar de falsificação de documento particular, caráter que não desaparece diante do registro da promissória, previsto no Decreto-lei nº 427, de 1969, e invocando jurisprudência, sustentando não se configurar o crime, por falta de prejuízo a terceiro, além de que foi o registro lançado em data anterior à sua instituição, por lei; pede, outrossim, se assim não for julgado, diminuição da pena, por ser primário, não havendo reincidência antes do trânsito em julgado de condenação anterior, havendo sido a multa fixada em desproporção com a pena de reclusão, ainda tomando a expressão “cinco mil cruzeiros” como significando Cr\$ 5,00, na moeda atual.

O Ministério Público pediu a confirmação da sentença (fls. 251/261).

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu o parecer de fls. 265/272, acompanhado de cópia do parecer de fls. 273/277, afirmando a competência da Justiça Federal, por haver o acusado fraudado o controle atribuído a uma repartição federal, e que a alegação de nulidade do título está em contradição com a da inexistência de prejuízo, por haver a promissória se transformado em obrigação natural, com perda da ação.

E, considerando correta a classificação do crime do art. 298 do Código

Penal, porque vencida a promissória, e não mais circulando mediante endosso, mas sendo transferível somente por cessão civil, não mais estava equiparada a documento público, além de não ter a repartição, cujo registro foi falsificado, fé pública, de modo a se equiparar a hipótese à falsificação de reconhecimento de firma, por Tabelião, concluiu pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A preliminar de incompetência da Justiça Federal não procede.

Se falsificado foi um registro, a cargo de repartição federal, e exigido por lei, no interesse da administração, e para controle na arrecadação de tributos, caracterizada está hipótese que se enquadra no art. 125, IV, da Constituição, figurando a União Federal também como sujeito passivo do delito, ao lado do devedor do título cambial, onde ocorreu dita falsificação.

Dos acórdãos citados pelo apelante (fls. 238/239), um único está relacionado com a espécie, o proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Conflito de Jurisdição nº 4.775 (Rel. Min. Amaral Santos), onde se afirmou que anotação falsa, em guia de importação, para alcançar vantagem ilícita, lesando patrimônio particular, não configura crime contra bens, serviços ou interesses da União.

É de notar, porém, que além de se tratar de um único acórdão, não há identidade de hipótese, pois enquanto nele a anotação falsa visava somente a assegurar vantagem ilícita, em detrimento do importador, para quem trabalhava o agente, no caso, com a falsificação do registro, atribuiu-se eficácia a um título que, segundo o Decreto-lei nº 427, de 1969, perdera validade, por falta desta

formalidade, que é exigida no interesse da administração e da fiscalização.

Rejeito, pois, a preliminar, como o fez o Tribunal no *Habeas Corpus* nº 2.524, invocado pelo parecer da Subprocuradoria, impetrado em favor do ora apelante.

No mérito, a prova da autoria e da materialidade do delito não permitem dúvida a respeito.

Houve duas perícias gráficas, que chegaram à mesma conclusão, no sentido de que utilizou-se o carimbo do registro, pertencente à Repartição, mas a assinatura constante do lançamento nele efetuado é do punho do apelante.

Por outro lado, figurando no aludido carimbo a assinatura de Honório Bonda, que segundo os depoimentos e a certidão de fls. 23, em 22 de janeiro de 1969, data mencionada no lançamento efetuado, nem se encontrava em São Luís, mas estava lotado em Rosário; acontece que na aludida data nem havia sido iniciado dito registro, o que somente ocorreu em fevereiro de 1969, conforme os depoimentos e a mesma certidão, pois só a 23 de janeiro foi publicado o Decreto-lei nº 427, que o instituiu, e o registro nº 151, indicado no carimbo em causa, corresponde a título diverso (doc. fls. 23).

Significativa também a conduta do acusado, assinalada na sentença, em trecho já lido no relatório, que em três oportunidades deu três versões diferentes, inclusive quanto à época do registro e à pessoa que o promoveu, declarando que o fez pessoalmente, depois de afirmar que foi o título registrado pelo seu irmão Jairo Mendes da Silva.

Há, além disso, testemunhas que, após a data de 22 de janeiro de 1969, viram a promissória em poder do acusado, sem o carimbo de registro da Delegacia da Receita Federal do Maranhão (fls. 126 e 131/132).

Quanto à caracterização do *falsum*, é de ressaltar que, no caso, com o carimbo aposto no título, atribuiu-se à promissória, que perdera sua validade, ou eficácia, por falta de registro (art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 427, de 1969), valor para cobrança e ajuizamento, que foi efetuado; não se pode, assim, falar em inexistência de prejuízo, implicando a falsificação, na realidade, em reviver relação jurídica extinta.

É o que bem demonstrou o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, e sustentou a sentença, quando acentuou que falsificado foi um registro que confere validade e executividade ao título cambial.

Em consequência, não têm adequação à hipótese as alegações do apelante quanto à necessidade de prejuízo, decorrente da falsificação, não sendo exato também que o acusado visasse a evitar um dano; o dano pode ter sofrido, se não registrou a promissória na devida oportunidade, e a falsificação do registro, posteriormente, sem dúvida, é um ato em prejuízo do devedor, cuja obrigação perdera a eficácia.

Impõe-se, nessas condições, a confirmação da procedência da denúncia, embora entenda que, a rigor, a capitulação correta seria a do art. 297 do Código Penal, pois foi falsificado um ato da administração, que constitui documento público, sendo o registro em causa essencial à eficácia e exigibilidade da promissória.

Não houve, todavia, recurso do Ministério Público, e assim não mais será possível alterar a classificação dada pela sentença.

Por último, quanto à pena, houve realmente engano da sentença, ao fixar a multa em cinco mil cruzeiros, pois o art. 298 do Código Penal a estabelece em cruzeiros velhos, correspondendo o

seu mínimo, na moeda atual, a Cr\$ 0,50, e o máximo a Cr\$ 8,00.

Assim sendo, a multa imposta deve ser entendida como sendo de Cr\$ 5,00, equivalente a cinco mil cruzeiros velhos.

No que diz respeito à dosagem da pena, porém, não merece censura a sentença.

O acusado é juridicamente primário, embora em seu interrogatório mencione inquéritos policiais aos quais respondeu, não figurando nos autos sua folha penal.

Por outro lado, embora agindo com intensidade de dolo, acentuada pela sentença que se evidencia do seu procedimento, há em seu favor a circunstância de que procurou não criar dívida inexistente, mas reviver título que perdeu a validade por falta de registro.

Em seu desfavor, porém, há os fatos que deram lugar a decretação de sua prisão preventiva, que denotam sua personalidade e periculosidade, em virtude de violências exercidas contra uma testemunha para coagi-la, e ameaças a outras, conforme a decisão proferida pelo Dr. Juiz, às fls. 107/112.

Não podia, assim, ser fixada a pena no grau mínimo, e a sentença bem decidiu ao condenar o acusado a dois anos de reclusão.

Quanto à fixação da multa, na verdade foi feita em desproporção à pena detentiva, como acentua o apelante.

Cabe, porém, ressaltar que além dos elementos genéricos a considerar para a fixação das penas, dispõe o art. 43 do Código Penal, sob a rubrica “critério especial na fixação da multa”, que deve o juiz atender principalmente à situação econômica do réu, podendo mesmo elevá-la até o triplo se considerada ineficaz, embora aplicada no máximo.

No caso, sendo a pena de reclusão fixada entre o mínimo e o médio, a

multa o foi acima do grau médio, o que, diante do mencionado, e das circunstâncias, é plenamente justificável, havendo o Dr. Juiz *a quo* procedido ainda com benignidade.

Pelo exposto, o meu voto é dando provimento, em parte, à apelação, tão-somente para retificar a pena de multa para Cr\$ 5,00.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, tão-somente para reduzir a multa aplicada ao apelante a Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros novos). Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Moacir Cautunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

CARTA TESTEMUNHÁVEL N.º 154 — MG

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Godoy Ilha

Testemunhante — DNER

Testemunhados — José Gregório e outros

EMENTA

Carta testemunhável da decisão que não conheceu da apelação, por intempestiva, e indeferiu, por incabível, o agravo de petição. Da decisão que inadmite a apelação, o recurso próprio é o agravo de instrumento (Cód. Civil, art. 842, inciso IX). Da carta testemunhável, recurso obsoleto, não cuida a moderna legislação processual.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Godoy Ilha* (Relator): Promoveu o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem esta carta testemunhável do despacho do MM. Dr. Juiz Substituto da 2ª Vara Federal de Minas Gerais, que teria negado o recebimento da apelação por ele interposta, na execução de sentença que lhe moveu José Gregório e Ursulina de Andrade Melo, por não lhe reconhecer o direito de prazo em dobro como lhe assegura o art. 32 do Código de Processo Civil, e que

também lhe teria sido denegado o agravo que interpôs para o fim de fazer subir a apelação.

Alega, nas razões de fls. 4, que a falta de regulamentação do processo de correição instituído pela Lei nº 5.010/66 não lhe deixou outro caminho senão o da Carta Testemunhável, com a qual pretende que este Tribunal conheça do seu recurso de apelação, intempestivamente interrompido pela ilegal denegação da subida dos autos.

A Carta está instruída com xerocópia de todo o processado e dele se apura quanto se segue.

Esta Turma, por acórdão de que fui revisor, manteve, à unanimidade, a sentença proferida pelo MM. Dr. Juiz Substituto da 2ª Vara Federal da Seção de Minas Gerais, na ação de desapropriação ali movida pelo testemunhante contra os testemunhados, para fixar em NCr\$ 15.017,00 a indenização devida aos expropriados, acrescida dos juros com-

pensatórios, dos honorários de advogado à base de 5% e da correção monetária nos termos da Lei nº 4.686/65, já vigente à data da sentença.

Para os fins de execução do julgado, extraiu-se carta de sentença, devidamente formalizada e, com a citação do executado, processou-se, no foro de origem, a execução, procedendo-se a liquidação por cálculo do Contador do Juízo.

O executado impugnou o cálculo sob a alegação de que não havia prova do trânsito em julgado do acórdão exequendo, que se tratava de execução provisória que não pode abranger atos que importem alienação, que a correção monetária não fora devidamente calculada e concluiu pedindo que se suspendesse a instância, até a baixa definitiva dos autos da ação (fls. 48/49).

Ouvidos os exequentes que falaram às fls. 51 e 52, proferiu o Juiz a seguinte decisão:

“Homologo por sentença a liquidação de fls. 39 dos autos, para que produza os seus jurídicos efeitos, porquanto bem esteiada na decisão exequenda: indenização, juros compensatórios, honorários advocatícios e correção monetária. E ao seu total de Cr\$ 22.971,44, é de ser acrescida a importância de Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros), dos honorários do Perito Oficial, como prevê a decisão (fls. 16/18) e já integrante da conta de custas (fls. 38).

Decorrido o prazo legal, expedir a competente guia para o DNER depositar na Caixa Econômica Federal o complemento indenizatório de Cr\$ 21.301,84 e, em Cartório, os honorários do Perito, já que isento o expte., na forma do art. 46 da Lei nº 5.010/66, das custas processuais.

O depósito deverá ser efetivado em dez dias, pena de futuro rea-

juste do índice de correção monetária e o levantamento do preço condicionado à apresentação de caução idônea, por não se tratar de execução definitiva.”

Publicada a sentença em 11 de setembro de 1970, após, a 15, o expropriante “embargos de execução” para este Tribunal, por tratar-se, segundo argüiu o embargante (fls. 56/57), de excesso de execução em desconformidade com o julgado e pelas razões já deduzidas na impugnação ao cálculo, tendo o Juiz assim se manifestado:

“O recurso usado pelo DNER — embargos de execução — não está inscrito em lei (C.P.C., art. 808). Constitui defesa do executado por quantia certa e não recurso específico (C.P.C., arts. 995 e 1.008; Decreto-lei nº 960/38, art. 16). Como apelação (C.P.C., arts. 820 e 830, III) é impossível que se lhe dê seguimento pela ressalva contida no art. 810 da Lei processual. Outro tanto, como embargos infringentes, também é inadmissível o recurso nesta Justiça Federal (Decreto-lei nº 253/67, art. 5º). Muito embora seródio na sua interposição, admito-o como embargos declaratórios, para explicitar:

Trata-se de execução provisória, na pendência de Recurso Extraordinário, como bem reconhece o DNER na petição de fls. 50. E a liquidação (fls. 39) deu o mais exato e fiel cumprimento à sentença exequenda (fls. 18), unanimemente confirmada pelo V. acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (fls. 24), no concernente a indenização, juros compensatórios, correção monetária, honorários de advogado e de peritos. Em verdade, a correção da moeda se fez com o marco inicial de 8-4-68 (do laudo assistencial), quando deveria sê-lo

de 29-1-68 (do laudo oficial). A diferença de 34 dias, porém, havida no cálculo somente afeta aos expropriados que, inobstante e reiteradamente, concordaram com a liquidação (fls. 40v. e 41v.) e insistiram na sua homologação.

Demais, a pretensão do DNER — inscrita no item 5º dos seus embargos, não era mesmo de ser atendida, porquanto iria contrariar a Lei nº 4.686/65 e a própria sentença executiva. Esta, como se verifica, foi expressa no preceituar a incidência da correção monetária “sobre o quanto da indenização imposta, com desconto da quantia correspondente a 80% da oferta inicial, efetivamente levantada pelos expropriados” (fls. 18, *in fine*).

Finalmente, deve ficar salientado que, por se tratar de execução provisória, determinou-se na sentença recorrida, item 3º, o levantamento da indenização condicionado à prestação de caução idônea.

Em conseqüência, confirmada a sentença homologatória de fls. 49, determino a expedição da competente guia para o depósito complementar da indenização, no prazo já fixado, pena de nova atualização dos índices de correção da moeda”.

Esse despacho foi publicado a 19 de setembro de 1970, e a 24 de outubro seguinte interpôs o executado apelação da sentença homologatória da liquidação (fls. 62/63), a que deu o Juiz o seguinte despacho: “Deixo de receber a apelação manifestada pelo DNER (fls. 56), porquanto já esgotado o prazo legal”.

Agravou de petição o apelante, recurso inadmitido com o seguinte despacho:

“Lamentavelmente sou forçado a inadmitir o novo recurso do DNER (fls. 60/1). Não é o caso de agravo de petição; quando muito, poderia

ser usado o de instrumento (C.P.C., art. 841 nº IX). De outro lado, não há que se falar em recurso *ex officio* das sentenças homologatórias de liquidação por cálculo do contador”.

Extraído o traslado, proferiu o Julgador, assim sustentou a sua decisão:

“A sentença homologatória da liquidação foi publicada em 11-9-70 (fls. 54), e a apelação interposta em 14-10-70 (fls. 61), portanto no 32º dia. Assim, por exceder o prazo do art. 823 c/c o art. 32 do C.P. Civil, deixou de ser recebida (fls. 64).

E o agravo de petição (fls. 65), impondo a subida dos autos, igualmente foi indeferido (fls. 67v).

Ao egrégio Tribunal Federal de Recursos para os fins de direito.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Godoy Ilha: O Cód. de Processo Civil aboliu a Carta Testemunhável que, no regime anterior, sobretudo na vigência do Regulamento 737, e como assinala João Monteiro, “é o recurso que tende a fazer subir o agravo de petição ou de instrumento quando o Juiz o denega, ou, depois de tomado por termo, o não admite” (*Processo Civil*, § 217).

Dela não cuidou o estatuto processual vigente. Recurso obsoleto, só o manteve o Decreto-lei nº 960/38, que regula o executivo fiscal e que o admite, como expresso no seu art. 55, para tornar efetivo o agravo (único recurso ordinário) ou o recurso extraordinário cuja interposição ou cujo seguimento houver sido denegado.

Do despacho que denega a apelação, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, nos termos do inciso IX, do art. 842, do Cód. de Processo Civil, e constitui, a toda a evidência, erro gros-

seiro a interposição, em lugar desse recurso específico, do agravo de petição que, como expresso no art. 846, só tem lugar das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito e, quando indeferido, pode o agravante requerer a formação do instrumento, como prescreve o art. 850, observadas as formalidades do agravo de instrumento.

Não é, assim, de se conhecer deste inusitado recurso, mas, ainda que dele se conhecesse como agravo de instrumento, melhor sorte não terá o testemunhante.

Como se vê das decisões transcritas no relatório, irrepreensível a conduta do douto magistrado *a quo*.

Menos exata a afirmativa do testemunhante, de que a apelação lhe fora denegada por não reconhecer o Juiz ao apelante o prazo em dobro de que cuida o art. 32 da lei processual, gozando, como goza a autarquia, dos privilégios processuais da Fazenda Pública.

O testemunhante, ao invés de interpor a apelação no prazo de trinta dias da publicação da sentença, opôs os inusitados “embargos à execução”, como “embargos remetidos”, ao conhecimento do Tribunal *ad quem*, recurso também

obsoleto e já de há muito banido da legislação processual moderna, e, por isso, não foram admitidos.

Como salientou o ilustrado Julgador *a quo*, a apelação só veio a ser interposta trinta e dois dias após a publicação da sentença, portanto a destempo, mesmo contado em dobro o prazo de quinze dias para a interposição do recurso.

Ora, a parte pode variar de recurso dentro do prazo legal (se é que fossem cabíveis os originais embargos à execução), mas não usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso, o que, de resto, não ocorreu e, salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, é que não se considera prejudicado pela interposição de recurso por outro. E, no caso, manifesto é o erro grosseiro em que incidiu o testemunhante.

Não conheço do recurso e, se conhecido, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Não se conheceu do recurso, por decisão unânime. Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Decio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N.º 257 — SP

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Jarbas Nobre

Suscitante — Juiz Federal Substituto da 2.ª Vara

Suscitado — Juiz de Direito da 13.ª Vara Criminal

Partes — Mario Cavallari Jr. e Pierre Bernard Caussin

EMENTA

Conflito de Jurisdição. Com o interrogatório do acusado, que, pelo nosso Código de Processo, é considerado meio de prova, se há fixada a competência residual prevista no Ato Complementar n.º 2, de 1-11-65, e art. 80, § 1.º, da Lei n.º 5.010/66. (C.J. n.os 5.074 e 5.031 — DJ de 26-9-69 e 5-9-69, do STF).

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade de votos, conhecer do conflito e,

por maioria, declarar competente a Justiça Estadual, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de março de 1971. — *Amarílio Benjamim*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator):
Da seguinte maneira a Subprocuradoria-Geral da República expõe a matéria às fls. 294:

“Mario Cavallari e outros foram denunciados pelo Dr. Promotor de Justiça, em 22 de agosto de 1966, perante o Dr. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso nas sanções do art. 1º, IV, da Lei nº 4.729, de 1965, ou seja, pelo crime de sonegação fiscal em detrimento da União Federal, já que visavam os réus ao não pagamento de tributos federais.

Dois dos réus foram interrogados, no dia 3 de novembro de 1966; de um outro foi decretada a revelia, determinado-se expedição de edital de citação do quarto e último acusado. As testemunhas da acusação foram ouvidas em audiência realizada no dia 8 de agosto de 1967. Já ao final da instrução, o MM. Dr. Juiz de Direito declinou de sua competência, que antes reconhecera, com fundamento na denominada competência residual prevista no Ato Complementar nº 2, de 1965 (fls. 214), e houve por bem dela declinar em favor da Justiça Federal, com fundamento no art. 4º do Decreto-lei nº 474, de 19 de fevereiro de 1969, *verbis*:

“Art. 4º — As ações de qualquer natureza de competência da Justiça Federal, ainda pendentes e cujos autos estejam na Justiça dos Esta-

dos ou do Distrito Federal, deverão ser remetidas àquela Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Decreto-lei, independentemente de pagamento de custas.

“Em conseqüência, determinou a remessa dos autos ao MM. Dr. Juiz Federal. Ouvido o Dr. Procurador da República, manifestou-se pela competência da Justiça Estadual, sob duplo fundamento: inaplicabilidade às ações penais públicas do disposto no citado Decreto-lei nº 474/69 e respeito à chamada competência residual, já que, em seu entender, o interrogatório é ato da instrução criminal (fls. 253/4). Acolheu o MM. Dr. Juiz Federal o parecer do Ministério Público, abonando-o com a citação de dois acórdãos, no mesmo sentido, do egrégio Supremo Tribunal Federal (fls. 256). Mas, só posteriormente, após redistribuição, o MM. Dr. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara suscitou o presente conflito negativo de jurisdição”.

A Subprocuradoria-Geral da República é de parecer que a competência é do MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator):
Adoto por inteiro o parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

É inaplicável aos processos criminais o disposto no art. 4º, do D.L. 474/69, primeiro, porque a expressão “ações de qualquer natureza” evidentemente se refere a ações cíveis. Segundo, porque a competência residual foi imposta pelo Ato Complementar nº 2, de 1-11-65, que nunca poderia ser alterado por lei ordinária e, deste modo, estendida aquela competência aos processos criminais.

Resta a dúvida no referente ao considerar-se o interrogatório do réu como ato de instrução e, assim, suficiente para caracterizar a competência residual.

A propósito, cita-se Acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal proferido no C.J. nº 5.042, do Rio Grande do Sul, no sentido de que só com a inquirição de testemunhas o Juiz ficava vinculado ao feito, vez que o interrogatório estaria incluído na fase postulatória do processo (RTJ-51/285).

Ocorre que o mesmo egrégio Tribunal, após aquela manifestação, que data de 28 de maio de 1969, através de suas Turmas, vem adotando posição diferente.

Assim é que, no C.J. nº 5.074 (D.J. de 26-9-69), a egrégia Primeira Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, decidiu que:

“Juiz que já iniciou instrução criminal, com o interrogatório de um dos acusados. Aplicação do art. 80, § 1º, da Lei nº 5.010, de 1966. Conflito de Jurisdição julgado procedente, com o reconhecimento da competência da Justiça Comum Estadual.”

No Conflito de Jurisdição nº 5.031 (D.J. de 5-9-69), a colenda Segunda Turma, Relator Ministro Aducto Cardoso, julgou:

“Conflito de Jurisdição. Competência residual. Momento em que se fixa. Sendo o interrogatório o ato inicial da instrução criminal, é competente o Juízo que o promoveu. Conflito julgado procedente.”

Como bem recordado pela Subprocuradoria-Geral da República, o interrogatório, no nosso Código, está incluído entre os meios de prova e, deste modo, incluído na instrução criminal.

Na Exposição de Motivos que acompanhou o Código de Processo Penal, lê-se que em matéria de prova, outra inovação diz respeito ao interrogatório

do acusado que passou a ser uma “franca oportunidade de obtenção de prova”.

“É facultado ao Juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do Juiz.”

Incisivamente, mesma Exposição de Motivos, esclarece que:

“O prazo da instrução criminal ou formação da culpa é ampliado... : estando o réu preso, será de 20 dias; estando o réu solto ou afiançado, de 40 dias. Nesses prazos, que começarão a correr da data do interrogatório, não será computado o tempo de qualquer impedimento.”

No Brasil, o interrogatório é meio de prova e como tal é encarado no nosso Código.

Deste modo, terá que ser considerado como ato de instrução processual. De seu início. Como o que fixa a competência residual é o início da instrução em audiência e o interrogatório, como visto, é o ponto inicial da instrução, não vejo como tal fato não seja suficiente para prorrogar a competência estabelecida em favor dos juízes estaduais.

Julgo procedente o Conflito e declaro competente o Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal de São Paulo.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Data venia do eminente Relator, considero competente a Justiça Federal. Filio-me à jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal que, nos processos criminais, definiu como “instrução iniciada em audiência” a ouvida de testemunhas de acusação.

A essa altura, não me parece razoável mudar de orientação.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. *Data venia* do eminente Ministro Relator, voto de acordo com o Sr. Min. Márcio Ribeiro. Já como Juiz Federal, assim procedi, relativamente a algumas ações que foram encaminhadas à Justiça Estadual.

Meu entendimento é de que o interrogatório é peça de defesa, integra a fase postulatória do processo criminal e, tão-só, com ele, não se dá início à instrução em audiência.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, conheceu-se do conflito e, por maioria, declarou-se competente a Justiça Estadual, vencidos os Srs. Mins. Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros e Néri da Silveira. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Armando Rollemberg, Antônio Neder, Moacir Catunda, Peçanha Martins e Decio Miranda votaram *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram os Srs. Mins. Godoy Ilha e Henoch Reis, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N.º 1.068 — GB

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Henoch Reis

Suscitante — Juízo Federal da 1.ª Vara da Guanabara

Suscitado — Juízo Federal da 1.ª Vara de São Paulo

Partes — Freire Martins & Cia. e outros e Departamento Nacional de Obras e Saneamento — DNOS

EMENTA

Competente o Dr. Juiz suscitado, isto é, o da 1.ª Vara Federal de São Paulo, para processar e julgar o feito.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, conhecer do conflito e julgar competente o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de São Paulo, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de fevereiro de 1972. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Freire Martins & Cia. e outras empresas estabelecidas com porto de extração de areia, em São Paulo (em Guararema umas e em Jacareí outra), impetraram

mandado de segurança perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, contra ato do Chefe do Departamento Nacional de Obras e Saneamento — DNOS, 12º Distrito, com sede na cidade de Santos, bem como do Secretário da Comissão de Concorrência, com o objetivo de se eximirem do pagamento de tributos que reputam inconstitucionais e ilegais.

Prestando informações, o que fez amplamente, o primeiro impetrado esclarece que, de acordo com o § 1º, inciso I, do art. 80, do Decreto nº 1.487, de 1962, cabe ao Dr. Procurador-Geral daquela autarquia, no Rio de Janeiro, receber citação inicial, mas declara, em seguida:

“Desde logo, no entanto, prestaremos as informações a respeito do ato administrativo impugnado. O Sr. Secretário da Comissão de Concor-

rência para a extração de areia agiu em decorrência de determinações desta Administração e das normas a respeito da matéria” (fls. 37) (*sic*).

Diante dessas informações, o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo reconheceu a competência da Justiça Federal do Estado da Guanabara, para a qual determinou a remessa dos autos.

Em petição de fls. 108/111 o Chefe do Serviço Contencioso do DNOS, endereçada ao Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Guanabara, em que requer o indeferimento do *mandamus*, ou suscitante conflito de jurisdição, caso não aceite aquele magistrado a sua competência, declara, com ênfase:

“E foi (o mandado de segurança) impetrado contra ato administrativo do Chefe do 12º Distrito Federal de Obras e Saneamento e também do Chefe da Comissão de Concorrência, estando o referido Distrito localizado em Santos, Estado de São Paulo (fls. 108).”

E mais adiante prossegue a mesma autoridade:

“O que prepondera sobretudo é que se tratava de ato administrativo da competência exclusiva do Sr. Chefe do 12º Distrito, que aprovaria a concorrência pública, assinaria o contrato e, logicamente, receberia a notificação, porque de notificação se discutia, embora comunicando o fato ao Sr. Diretor da autarquia. Assim, a citação do Sr. Procurador-Geral, no caso, seria, e é, evidente superfetação (fls. 110) — (*sic*).

A ilustre Procuradoria da República, na Guanabara, opinou pela competência do Dr. Juiz Federal de São Paulo.

Em despacho muito bem lançado, o Dr. Evandro Gueiros Leite, digno Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária

da Guanabara, suscitou o presente conflito.

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência do conflito para declarar a competência do digno Juiz suscitado, a saber, o da 1ª Vara de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): O writ foi requerido ao Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, contra ato de autoridades sedeadas na cidade de Santos, naquele Estado.

Com acerto pondera a douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 221 de seu parecer, *verbis*:

“...praticado o ato impugnado, contra a autoridade que o praticou é que cabe o *mandamus*. Se ela tem poderes para representar a entidade à qual pertence, em Juízo ou fora dele, não vem ao caso no que tange à impetração em si”.

Mas, afirmamos, mesmo que assim não fosse, a autoridade impetrada tem poderes para representar o Departamento Nacional de Obras e Saneamento, nos precisos termos do art. 13, letra c da Lei nº 4.089, de 1962, aliás invocada na petição de fls. 108/11, *verbis*:

“Art. 13. Ao Diretor-Geral compete, especialmente: e) representar o DNOS ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, por si ou pelos Procuradores da Autarquia, ou delegados expressamente designados”.

Ademais, como salientado pelo Chefe do Serviço Contencioso da autarquia em tela, o mandado de segurança “foi impetrado contra ato administrativo do Chefe do 12º Distrito Federal de Obras e Saneamento e também do Chefe da Comissão de Concorrência, e esse ato é

da competência exclusiva das autoridades impetradas.

Nestas condições, julgo procedente o presente conflito para declarar a competência do Dr. Juiz suscitado, isto é, o da 1ª Vara Federal de São Paulo.

É meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, co-

nheceram do conflito e julgaram competente o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de São Paulo. Impedido o Sr. Min. Esdras Gueiros. Os Srs. Mins. Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães, Amarílio Benjamin e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Godoy Ilha e Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N.º 1.071 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Suscitante — Juízo de Direito da 17.ª Vara Cível

Suscitado — Juízo Federal da 2.ª Vara

Partes — Sotège — Sociedade de Terraplanagem e Grandes Estruturas Ltda. e Credence S. A. — Crédito, Financiamento e Investimentos e outro.

EMENTA

Competência — CF/69, art. 125, I. Ação ajuizada contra sociedade financeira em liquidação e contra o Banco Central do Brasil, autarquia federal. Competência do Juiz federal.

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em conhecer do conflito e julgar competente o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Estado da Guanabara, na forma do relatório e notas taquigráficas procedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 7 de outubro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Márcio Ribeiro*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Conflito negativo de jurisdição entre o Juiz de Direito da 17ª Vara Cível, como suscitante (fls. 85) e o Juiz Federal Substituto (fls. 18) para processar e julgar ação ordinária proposta pela Sotège — Sociedade de Terraplanagem e Gran-

des Estruturas Ltda. contra a Credence S. A. — Crédito Financiamento e Investimentos e contra o Banco Central do Brasil.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de “julgar-se procedente o conflito e determinar-se ao ilusão, como de lei e de direito”.
tre suscitado que presida e julgue a

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): O Juiz suscitante repeliu a arguição de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 685/69 lembrando que, segundo esse diploma, art. 2º, § 1º, a intervenção da União Federal é obrigatória. E conclui:

“Ora, se assim é, não há dúvida de que é competente para julgar e processar a presente ação, Juiz Federal, nos termos do art. 125, inciso I da Constituição Federal”.

Acrescenta, “como circunstância decisiva para firmar a competência federal”, ter sido a ação proposta também contra o Banco Central.

O primeiro argumento tem sido repellido pela jurisprudência deste Tribunal desde a apreciação de dispositivo semelhante da Lei de Organização Judiciária Federal (Lei nº 5.010/66, art. 70).

A atual Constituição, art. 125, § 2º, como o faziam a de 67 (art. 119, § 2º) e a de 46 (art. 201, § 1º), permite a modificação da competência pela intervenção voluntária da União no processo. A interferência obrigatória em todo e qualquer caso, nas causas não reservadas à Justiça Federal pela Carta, constitui clara ofensa às suas determinações, pois amplia sem filtragem ou medida o foro privilegiado da União.

Todavia a espécie em exame diverge dos numerosos casos em que temos julgado competente a Justiça Estadual para julgar as ações propostas contra sociedades financeiras em regime de liquidação.

É que a ação foi proposta também contra o Banco Central do Brasil e com argumentos que se referem a ele próprio. Argüiu-se sua má-fé como liqui-

dante, em reter indevidamente títulos de que a primeira ré não tinha propriedade mas mera custódia, o que teria causado à autora lesão ressarcível de acordo com os arts. 159 e 1.518 do Código Civil.

Está, portanto, proposta contra o Banco uma ação ordinária de ressarcimento.

Não nos compete apreciar, no momento, os termos dessa controvérsia, os quais entretanto, são, em tese, de indiscutível competência federal.

Conheço do Conflito e o decido pela competência do Juiz Federal Substituto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, conheceu-se do conflito e julgou-se competente o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Estado da Guanabara. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Moacir Catunda e Néri da Silveira. Os Srs. Mins. Peçanha Martins, Decio Miranda, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Godoy Ilha e Amarílio Benjamins votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N.º 1.199 — SE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Relator designado — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Suscitante — Juiz Federal no Estado

Suscitado — Juiz de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Aracaju

Partes — Justiça Pública e Manoel Vieira Santos e outros

EMENTA

Peculato. Arrecadação de tributo federal, efetuada por funcionário estadual. O sujeito passivo no crime de peculato é o Estado, ou o ente público do qual é servidor o autor do crime. Competência da Justiça Estadual.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, conhecer do conflito, e, por maioria, de-

clarar competente o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracaju, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de junho de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Esdras Gueiros* (Relator): Trata-se de Conflito Negativo de Jurisdição em que é suscitante o MM. Dr. Juiz Federal do Estado de Sergipe e suscitado o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracaju, relativamente à competência para processo e julgamento de dois inquéritos paralelamente realizados para apuração de um alegado desvio, apropriação e malversação da Taxa Rodoviária Federal, o primeiro deles instaurado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado, quanto às irregularidades verificadas na Inspetoria-Geral da Guarda Civil e de Veículos, e o segundo determinado pelo Sr. Delegado Regional da Polícia Federal daquele Estado.

Assim relata a divergência surgida o douto Subprocurador-Geral da República, às fls. 531/532:

“No Estado de Sergipe foi instaurado Inquérito Administrativo pela Secretaria de Segurança Pública, para apurar irregularidades verificadas na Inspetoria Geral da Guarda Civil e Veículos, hoje Departamento Estadual de Trânsito, DETRAN, consistentes no desvio, apropriação e malversação da Taxa Rodoviária Federal. A portaria que nomeia a Comissão de Inquérito tem a data de 29 de dezembro de 1969 (fls. 2).

2. Paralelamente foi também determinada abertura de inquérito sobre os mesmos fatos pelo Sr. Dele-

gado Regional da Polícia Federal em Sergipe, estando a respectiva Portaria datada de 23 de dezembro de 1969 (fls. 2 do Apenso).

3. Concluídos ambos os inquéritos, foram eles remetidos a juízo, com o indiciamento de funcionários daquele Departamento, inclusive o seu Diretor, o Coronel da Força Pública Teódulo Antônio da Mota, como incursos nas sanções do art. 312 do Código Penal.

4. Examinando os autos o Dr. 6º Promotor Público concluiu pela competência da Justiça Federal, visto que o apontado peculato teria consistido na apropriação e desvio da Taxa Rodoviária Federal, e, portanto, praticado em detrimento do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, Autarquia Federal. O MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracaju acolheu esse parecer e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

5. Indo os autos com vista ao Dr. Procurador da República, opinou pela competência da Justiça Estadual, isto porque a chamada Taxa Rodoviária Federal não constituiria renda da União, mas, ao contrário, dos Estados e Municípios, cabendo apenas àquela uma participação de 40% da arrecadação. Entende que a responsabilidade da arrecadação é do Estado, cabendo ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem apenas a fiscalização. Em relação a qualquer desvio praticado por funcionários estaduais, o Estado seria o responsável perante a União. Esta, assim, nenhum prejuízo teria tido com o desvio, e, portanto, não se pode considerar o peculato atribuído aos indiciados como praticado em detrimento de bens, serviço ou interesse da União. O MM. Dr. Juiz

Federal acolheu o parecer e suscitou o presente conflito negativo de jurisdição. Subiram os autos ao egrégio Tribunal Federal de Recursos, onde deles se deu vista a esta Subprocuradoria-Geral da República.”

Após examinar a matéria, concluiu o douto Subprocurador no sentido da competência do Dr. Juiz Federal suscitante.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Acolho, para solução do presente Conflito, as razões contidas no Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que assim se manifestou:

“6. — *Data venia*, equivocou-se o Dr. Procurador da República e, com ele, o Dr. Juiz Federal suscitante. A argumentação de ambos gira em torno da Taxa Rodoviária Única, criada pelo Decreto-lei nº 999, de 21 de outubro de 1969, para entrar em vigor a 1º de janeiro de 1970, e que substituiu a antiga Taxa Rodoviária Federal, instituída pelo Decreto-lei nº 397, de 30 de dezembro de 1968, expressamente revogado pelo citado Decreto-lei nº 999, de 1969.

7. Portanto, quando ocorreram os fatos objetos dos inquéritos, estava em vigor o Decreto-lei nº 397, de 1968, já que as Portarias que os determinaram são de dezembro de 1969. As apropriações e desvios constatados pelos inquéritos somente podem ter sido, assim, da Taxa Rodoviária Federal, pois que absurdo seria admitir ainda continuassem os indiciados a praticar atos de apropriação ou desvio depois de sujeitos a inquérito.

8. Ora, como se vê da própria Ementa do Decreto-lei nº 397, de 1968 (cria a Taxa Rodoviária Federal) institui ele um tributo federal, sob essa denominação, devida por todo veículo motorizado que transitar no território nacional, e o produto de sua arrecadação seria integralmente aplicado no custeio de projetos e obras de conservação e restauração de estradas de rodagem federais (art. 1º).

9. Seja, portanto, por sua denominação, conceituação ou finalidade, não resta dúvida de que a Taxa Rodoviária Federal era um tributo federal, exclusivamente federal. Em nenhum de seus dispositivos se atribui sequer participação aos Estados. Determina-se apenas que deverá ser paga na repartição estadual de trânsito (art. 2º, § 1º). Atribui a fiscalização de sua cobrança ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, “podendo ser delegada a funcionários Federais, dos Estados ou dos Municípios, por ato do Diretor-Geral daquela Autarquia” (art. 4º). E, ainda, determinou que o “Ministério da Fazenda expedirá instruções necessárias à arrecadação da taxa rodoviária, podendo atribuir os encargos correspondentes, mediante convênio, às repartições competentes dos Estados” (art. 5º).

10. Portanto, à época em que ocorreram as apropriações e desvios da Taxa Rodoviária Federal, por parte de funcionários estaduais, estavam estes, por convênio, cobrando um tributo federal. Em consequência, se dele se apropriaram, sem dúvida alguma cometeram crime em detrimento de bens e de interesse da União. Não pode ser considerada circunstância elementar do crime de peculato seja o funcionário da mesma órbita ou esfera administrativa da entidade lesada.

No caso eram funcionários estaduais, mas desempenhando funções federais, mediante convênio.

11. A circunstância de ser o Estado responsável pelo prejuízo causado por seus funcionários, no desempenho de suas funções decorrentes de convênio com a União, diz respeito apenas com a reparação do dano, em nada podendo influir sobre a fixação da competência para o processo e julgamento dos fatos criminosos, indiscutivelmente praticados em detrimento da União.

12. Não há, assim, como nem porque examinar-se o fato à luz do que veio a dispor o Decreto-lei nº 999, de 1969, que somente veio a entrar em vigor depois de ocorridos os atos de que cuidam os inquéritos.

13. Nessas condições, pelas razões expostas, opinamos no sentido de que se julgue improcedente o conflito, declarando-se a competência do Dr. Juiz Federal suscitante."

Sr. Presidente, considero incensurável o parecer que acabo de ler, adotando-o como razão de decidir o presente Conflito.

Declaro, assim, competente o Dr. Juiz Federal suscitante.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda: Sr. Presidente, entendo, *data venia* do douto parecer, que melhor situou a matéria o pronunciamento do Dr. Procurador da República no Estado. O sujeito passivo do crime de peculato é o Estado, ou o ente público do qual é servidor o autor do crime. Do contrário, seríamos levados a processar por peculato até empregados de bancos que arrecadam tributos.

Considero competente a Justiça Estadual.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Relator, ponho-me em conformidade com o voto proferido pelo Sr. Min. Decio Miranda, no sentido de julgar competente o Dr. Juiz Estadual, acolhendo os jurídicos fundamentos expostos por S. Ex^ª.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, o crime de peculato é definido no art. 312, como:

"Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio".

Em consequência, sou levado a acompanhar o eminente Min. Decio Miranda, com a devida vênua do Relator.

Se o funcionário estadual desviou quantia recebida por repartição estadual, praticando peculato, o crime é contra o Estado, e não contra a União. A importância desviada pode provir de um tributo federal, cuja arrecadação foi entregue ao Estado, tendo este de fazer entrega da quantia correspondente à União, porque o Estado recebeu dinheiro. E nada é mais fungível do que o dinheiro.

Assim, o peculato foi praticado, na realidade, contra o Estado, e não contra a União Federal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade, conheceu-se do conflito e, por maioria, vencidos os Srs. Mins. Relator, Henoch Reis, Peçanha Martins e Amarílio Benjamin, declarou-se competente o Juiz de Direito da 2.^a Vara da Comarca de Aracaju. Os Srs. Mins. Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Henri-

que d'Ávila, Godoy Ilha e Márcio Ribeiro votaram *in totum* com o Sr. Min. Decio Miranda. Não compareceu o Sr.

Min. Moacir Catunda, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO N.º 1.271 — PI

Relator — O Ex.mo Sr. Min. Amarílio Benjamin

Relator p/Acórdão — O Ex.mo Sr. Min. Moacir Catunda

Suscitante — Juiz Auditor da 10ª Circunscrição Judiciária Militar — Ceará

Suscitado — Juiz de Direito da Comarca de Buriti dos Lopes

Partes — Justiça Pública e Clóvis Alberto de Araújo

EMENTA

Conflito de Jurisdição. Justiça Militar. Justiça Estadual Comum. Crime de lesão corporal. Autoridade Municipal. Inimizade pessoal. Disputa político-partidário de âmbito local. Facciosismo ou inconformismo político-social. Extensão. O facciosismo ou inconformismo político-social, motivador da violência contra autoridade, registrado no art. 33 do DL n.º 898/69, é o que tenha inspiração em pensamento ou idéias contra as regras estabelecidas de coexistência humana e social, e não no facciosismo político-partidário clássico, cuja prática é decorrência mesmo da instituição dos partidos políticos.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer do conflito e, por maioria, declarar competente o Juiz de Direito da Comarca de Buriti dos Lopes, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 2 de dezembro de 1971 — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, historia a matéria do seguinte modo (fls. 45/46):

“Na noite de 29 de dezembro de 1970, Guilherme Portela Sampaio, Prefeito Municipal de Buriti dos Lopes, no Piauí, quando se retirava de uma inspeção à Usina Municipal,

em consequência de uma interrupção no fornecimento de energia elétrica, foi agredido fisicamente por Clóvis Alberto Araújo, que usou de um instrumento contundente, produzindo na vítima lesões corporais.

Concluído o inquérito, foram os respectivos autos remetidos à Justiça local, tendo o Dr. Promotor se manifestado pela competência da Justiça Militar, por ver caracterizado, na espécie, o crime definido no art. 33 do Decreto-lei n.º 898, de 29-9-69. O Dr. Juiz de Direito acolheu o parecer e determinou a remessa dos autos à Auditoria Militar.

Opinou o Dr. Promotor Militar pela competência da Justiça Comum, por não vislumbrar no fato “atentado à segurança nacional”, em face dos conceitos básicos desta, constantes da mesma lei, não verificados no caso. O Dr. Juiz Auditor aceitou o parecer e declinou de sua competência, suscitando o presente conflito negativo de jurisdição.”

Vieram os autos a esta Instância; sorteado o Relator, ouviu-se a douta Subprocuradoria-Geral, que, em seu parecer, se manifesta pela competência do Juiz de Direito suscitado, ou seja, da Justiça local.

Este é o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): O Decreto-lei nº 898/69, no art. 33, assim dispõe:

“Art. 33 — Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade.”

Não só o Promotor Público local como o Dr. Juiz de Direito, em face desse dispositivo, acham que a competência é da Justiça Militar.

O Dr. Subprocurador-Geral da República, entretanto, sustenta a opinião que o Tribunal já tem recolhido em outros processos, isto é, o crime contra a segurança nacional não deve somente positivar-se em determinada ação capitulada na lei específica. Faz-se necessário que, além da ação, haja manifestação de inconformismo político-social, propósito de subversão da ordem pública, ou, enfim, um processo de guerra psicológica, ou revolucionária, tudo dentro do espírito do art. 3º e seus parágrafos, do Decreto-lei nº 898, já mencionado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, também, invoca o art. 7º da mesma lei, recomendando ao Juiz ou ao Tribunal que, na sua aplicação, se inspire nos conceitos básicos da segurança nacional, definidos nos artigos anteriores.

Poderia, sem dúvida, acompanhar a douta Subprocuradoria-Geral da República, como tenho procedido noutros casos. Todavia, a mim me parece que, na hipótese vertente, estamos limitados

pela letra expressa da lei. A lei diz, no artigo citado, que o fato de exercer violência por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social contra quem exerça autoridade é crime do âmbito da Justiça Militar. A Subprocuradoria-Geral argumenta que não é possível que num acontecimento de município do interior, política de pequeno âmbito ou de âmbito exclusivamente local, acontecimento dessa ordem seja elevado à categoria de crime contra segurança nacional. De fato, assim deveria ser, mas o legislador que editou o Decreto-lei nº 898 conhecia a situação brasileira, e, se não excepcionou ou distinguiu, é evidente que, possivelmente, quis alcançar também esses acontecimentos que, não sendo de tão grande monta para o círculo nacional, não deixam de algum modo de representar atentado e ofensa às boas regras da educação e convivência políticas. É possível até que o legislador, elevando o fato à categoria de crime de segurança nacional, sem maior distinção, tenha tido intuito pedagógico para, incluído o caso na incriminação geral, melhor disciplinar a vida política, sobretudo no interior dos Estados.

Por estas considerações, divergindo da Subprocuradoria-Geral, meu voto é no sentido de que se declare competente a Justiça Militar, na forma por que se manifestara o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Buriti dos Lopes.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Esdras Gueiros conhecendo do conflito e declarando competente a Justiça Militar, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Moacir Catunda, aguardando os Srs. Mins. Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila e Godoy Ilha.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

Voto

O Sr. Min. *Moacir Catunda*: Sr. Presidente.

O delito de lesão corporal documentado no processo tem explicação na inimizade pessoal existente entre a vítima, Guilherme Portela de Sampaio, Prefeito Municipal de Buriti dos Lopes, e o indiciado, Clóvis Alberto Araújo, exacerbada pela disputa político-partidária local, em cujos quadros os dois militam, em campos opostos.

O crime de exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade, previsto no Decreto-lei nº 898, de 29-9-1969, que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, examinado à luz dos critérios indicados pelo mesmo, no art. 7º, dentre os quais os respeitante ao conceito de segurança nacional, que é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos, não se adequa ao episódio narrado nos autos, que teve causa no local e cuja repercussão ficou confinada às lindes do município.

O facciosismo ou inconformismo político-social, motivador da violência contra autoridade, registrado no citado art. 33, é o que tenha inspiração em pensamento ou idéias contra as regras estabelecidas de coexistência humana e social, e não no facciosismo político-partidário clássico, cuja prática e decorrência mesmo da instituição dos partidos políticos.

Ora, no caso vertente, inexistindo nenhuma notícia de que o indiciado seja ao menos simpatizante de idéias conducentes à destruir a ordem político-social vigente, ou a abalar a segurança nacional, segundo os critérios fornecidos pela

legislação pertinente, jurídico não será o reconhecimento da competência da Justiça Militar, *data venia*.

Por esses motivos, o meu voto é julgando o conflito procedente, e competente o Dr. Juiz de Direito de Buriti dos Lopes, suscitado.

Voto

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães*: Sr. Presidente, embora eu esteja de acordo com a tese sustentada pelo eminente Relator, Min. Amarílio Benjamim, verifiquei dos autos, num exame ligeiro, que o Dr. Auditor nega exatamente a existência do facciosismo político, ou inconformismo, de modo que não pode, em consequência, subsistir o crime militar.

O que caracterizaria, segundo a fundamentação do voto do eminente Ministro Relator, com a qual estou de acordo, o crime contra a segurança, seria esse elemento, o facciosismo político ou inconformismo social, que dispensaria a investigação de outros elementos ou fatores.

Mas se o Dr. Auditor nega a existência desse elemento, o crime será comum.

Com a devida vênia do eminente Ministro Relator, ponho-me de acordo com o voto do Min. *Moacir Catunda*.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, por unanimidade, conheceram do conflito, e, por maioria, declararam competente o Juiz de Direito da Comarca de Buriti dos Lopes, contra os votos dos Srs. Ministros Relator e Esdras Gueiros. Os Srs. Mins. Henocho Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila e Godoy Ilha votaram *in totum* com o Sr. Min. *Moacir Catunda*. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS N.º 1.514 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis

Paciente — Manoel José Sarachega Bessio

Impetrante — José Zarif

EMENTA

Ordem que se concede para que o paciente acompanhe o processo em liberdade, sem prejuízo da ação penal.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, conceder a ordem para que o paciente acompanhe o processo em liberdade, sem prejuízo da ação penal, por maioria, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1966. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): O Dr. José Zarif impetra a presente ordem de *Habeas Corpus* em favor de Manoel José Sarachega Bessio, uruguaio, processado na Comarca de Alegrete, Rio Grande do Sul.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 334, combinado com o disposto no art. 12, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

A petição inicial está assim redigida: (lê).

Documentos anexos às fls. 18/60.

O MM. Dr. Juiz prestou as seguintes informações: (lê).

As fls. 90, requerimento do paciente, solicitando juntada de documentos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Sr. Presidente, Srs. Ministros, a revolução vitoriosa trouxe e arrancou o Brasil daquele caos que nós conhecemos, e desviou, ou melhor, para usarmos uma linguagem mais clássica, derivou para um novo rumo, no sentido de moralidade e austeridade da coisa pública. Sabemos que seus mandatários, desde os mais altos até os agentes de polícia, vêm exercendo uma atividade moralizadora que, às vezes, e este Tribunal já teve ocasião, na assentada passada de desbastar as arestas, ou melhor, as bordas de certas atividades que vão além, procurando extirpar o contrabando. Sou de uma região, Sr. Presidente, onde o contrabando era uma prática de todos os dias. Estado de fronteira, como o Rio Grande do Sul e outros, o Amazonas era o Eldorado do contrabando. E este fato traz um alerta às autoridades para, a qualquer aceno de mercadoria, ou de animais, que passem, que transpõem ou que vão em direção à fronteira, ficarem de sobreaviso. Sendo contrabando, eu louvo o zelo das autoridades de Alegrete. Uma tropa de animais cavaleares foi comprada em estância brasileira, com documentos brasileiros, como consta dos autos, vai passando na faixa fiscal — nós sabemos que as cidades de Alegrete, São Borja, Quaraí, são consideradas zonas, faixas fiscais, pela Lei nº 1.884, de 10-7-1953. Diz o art. 2º, da Lei: (lê).

O art. 3º diz: (lê).

Afigura-se-me, Sr. Presidente, que é o caso.

Os animais estavam na zona fiscal, mas eram produto nacional. Não podemos considerar contrabando, salvo melhor juízo, mercadorias de procedência nacional, gado de procedência nacional, habitando dentro da zona fiscal, e ainda é preciso que haja uma faixa com profundidade de 50 km da fronteira. Se fosse assim, Sr. Presidente, todo o gado existente, ou que fosse transitado pela zona fiscal, seria considerado contrabando. À primeira vista, realmente, afigurou-se-me que o caso em espécie era contrabando. Li os autos, Sr. Presidente, hesitei mesmo no estudo desses autos, demorei, esperei todas as informações do Dr. Juiz de Direito e elas se resumiram a um depoimento datado de 28 de junho, quando a apreensão foi de 1º de junho.

De modo que, Sr. Presidente, tenho sempre em grande conta a liberdade humana. Talvez pela minha formação de professor de Direito Público, talvez pela minha cátedra, onde lá longe, aqueles rapazes, que são o futuro do Amazonas e talvez do Brasil, o sentido da liberdade, o sentido do direito, para que a qualquer aceno de criminalidade não se lançasse o indivíduo no xadrez.

Não vejo crime de contrabando. Contrabando é importar ou exportar mercadoria estrangeira; é a vontade de burlar a lei. E não vejo, não é possível, Sr. Presidente, por simples acenos, por simples depoimentos, quando não está provado que aquele gado ia para o estrangeiro, afirmar-se que era exportação. Não importa dizer-se que, porventura, se o paciente se vir livre, ele vá para o Uruguai. Não é por este fundamento que se cerceia a liberdade do indivíduo, seja nacional ou estrangeiro. Nossa Constituição, talvez em todo o seu bojo, tenha mais de uma dúzia de dispositivos, falando na liberdade do indivíduo.

Se houvesse contrabando, Sr. Presidente, se houvesse uma prova de contrabando desses animais cavaleares de que tratam os autos, estou certo de que meu voto seria para denegar a ordem. Mas, do contrário, Sr. Presidente, concedo a ordem, para que o paciente se defenda solto, sem prejuízo da ação penal.

É meu voto.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Também concedo a ordem, nos termos do voto do relator. Conheço perfeitamente a região fronteiriça meridional do País. Afigura-se-me, por isso, que não era intenção do paciente.

O Sr. Min. Antônio Neder: V. Ex^ª me permite um aparte, apenas para um esclarecimento importante? O paciente é uruguaio.

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Mas é dono de propriedade rural no Rio Grande do Sul, onde é domiciliado.

O Sr. Min. Antônio Neder: De modo que o Juiz só decretou a prisão, porque, sendo uruguaio, dando-lhe a liberdade, ele atravessa a fronteira e a aplicação da pena fica frustrada.

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: É comum na faixa de fronteira do Rio Grande, o mesmo cidadão, brasileiro ou castelhano, não importa, possuir fazendas de criação, de um e de outro lado. A tropa de cavaleares originava-se de São Borja. Se a intenção fosse trasladá-la para a Argentina, não havia necessidade de orientá-la para Alegrete. Se veio até Alegrete é de presumir-se que o paciente pretendia levá-la para a sua fazenda de Quaraí. Não estamos, a esta altura, a apreciar o mérito, para verificar-se se configura ou não, em tese, o crime de descaminho ou contrabando. Embora, se me afigure que tudo está a indicar, inclusive o roteiro da tropa, que esta não se destinava ao estrangeiro.

Assim sendo, Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator, que se me afigura cauteloso e prudente em sua conclusão; sem pôr termo ao processo, permite que o réu se defenda em liberdade.

VOTO

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: Voto pela concessão do *habeas corpus*. Não é crime de contrabando conduzir gado de criar ou recriar de uma fazenda para outra, numa região que dista mais de duzentos quilômetros da fronteira. O Relator informou que o condutor estava documentado.

VOTO

O Sr. Min. Oscar Saraiva: Não vejo necessidade de aduzir maior argumentação, no sentido de que a prisão não encontra fundamentos no art. 334 do Código de Processo Penal. Ressalvando o curso do procedimento penal, concedo a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Srs. Ministros, ouvi com a atenção merecida o voto do eminente Ministro Relator. Quando S. Ex.^a concluiu o seu pronunciamento, ficou-me a impressão de que o seu voto concluía pela concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa, uma vez que, de acordo com as observações desenvolvidas, não havia no processo, nem remotamente, indicação de que os animais apreendidos, de qualificação nacional, se destinassem ao estrangeiro.

Todavia, S. Ex.^a ressaltou o prosseguimento da ação criminal, e os demais votos que se seguiram tomaram o mesmo fim.

Posta a questão como foi, preferiria desde logo conceder o *habeas corpus* por falta de justa causa. Se através dos elementos trazidos aos autos se pode

proclamar com segurança a qualificação nacional dos animais apreendidos, sem a menor indicação de que se destinavam ao estrangeiro, é fora de dúvida que contrabando não existe. No entanto, não quero ir além dos meus eminentes colegas, principalmente porque a minha função de Juiz nesta Casa, a respeito do tema em debate, tem sido, embora sufocando os impulsos liberais da minha formação e da minha consciência jurídica, restringir tanto quanto possível, em termos legais, o desenvolvimento do contrabando e limitar ao máximo as manobras dos contrabandistas, sempre prevenidos com desculpas, com ressalvas e ardis que a nossa imaginação não é mesmo capaz de delinear, não obstante a experiência que nos tem marcado a vida profissional. Compreendo, portanto, a ressalva do voto do Sr. Ministro Relator. Revelou o cuidado de S. Ex.^a na apreciação do caso e o intento de dar oportunidade a que a acusação pública possa, no correr da ação criminal, demonstrar os itens da denúncia. De um lado essa oportunidade e do outro a garantia da liberdade do cidadão, por força da Constituição Federal e das regras fundamentais da lei de processo, que somente autoriza a prisão preventiva em face da prova material de delito e de indícios suficientes da autoria.

Com essas rápidas palavras, fixando ao meu alcance a posição que assumo, acompanho o Sr. Ministro Relator, em cujas afirmações me louvei, sem ao menos compulsar os autos, como às vezes faço.

VOTO (Vencido)

O Sr. Min. Antônio Neder: Peço vênia para d'scordar.

Estou em que, provados o crime e sua autoria, demonstrada a necessidade de se prender preventivamente o autor, como se verifica neste caso, não se tem que desfazer a medida, tanto mais justa esta conclusão quanto é admissível que

o paciente, uruguaio que reside em seu país e no Brasil, poderá ausentar-se daqui, homiziando-se em terra estrangeira, e, assim, dificultar ou impossibilitar a aplicação da lei.

Doutro lado, é certo que o decreto de prisão é completo no que respeita aos fundamentos.

Por fim, versando exame analítico de prova a questão de se configurar, ou não, o crime imputado ao paciente, matéria que, por sua natureza, não pode ser ventilada no sumaríssimo processo de *habeas corpus*, concluo que, também por isto, não vejo como se possa conceder a ordem impetrada.

Denego, pois, o *habeas corpus*; é o que voto.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Estou de acordo com o voto do Min. Antônio Neder, que, aliás, se encarregou de esclarecer à Casa, lendo quase todo o processo.

A distância da fronteira era parte fundamental a ser esclarecido, pois, dentro da faixa de 50 quilômetros, as presunções são contra o indiciado, ao passo que uma distância muito grande pode levar à conclusão de sua inocência.

Para mim, bastava a leitura do despacho de prisão preventiva para que me visse obrigado a mantê-lo.

É que o Juiz se firmou na presunção de fuga do indiciado, visto como, em realidade, ele não possui imóvel, nem é radicado no Brasil.

Não vejo como, sem prova concludente, contrariar a fundamentação do despacho.

Denego a ordem.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda: Sr. Presidente, estou em dúvida sobre a existência de crime, em virtude da circunstância em que se processou a apreensão dos cavaleiros conduzidos pelo paciente que exercita sua criação, no Brasil, em fazenda de que é arrendatário.

Ora, a prisão preventiva exige certeza absoluta sobre a existência de crime e indícios suficientes da autoria, como é sabido de todos.

Como estou em dúvida a respeito da delituosidade do fato, meu voto é no sentido de conceder o *habeas corpus*, sem prejuízo, porém, da ação penal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por maioria de votos, concedeu-se a ordem para que o paciente acompanhe o processo em liberdade, sem prejuízo da ação penal, vencidos os Srs. Mins. Antônio Neder e Márcio Ribeiro. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Cunha Mello, Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin, Moreira Rabello, Esdras Gueiros e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Sr. Min. Cunha Vasconcellos, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

HABEAS CORPUS N.º 2.601 — BA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Pacientes — Alfredo Cândido da Silva e outro

Impetrante — Antônio Maron Agle

EMENTA

Habeas Corpus. Réus já condenados como incursos nas sanções dos arts. 333, parágrafo único, e 25 do Código Penal. Alegações de cerceamento de defesa; de imprestabilidade dos laudos periciais; bem como de ter havido desclassificação, na sentença, do crime antes previsto na denúncia, sem atendimento às regras do art. 384 do Código de Processo Penal. Nenhuma das alegações do impetrante mereceu acolhida, eis que não se caracterizou prejuízo para a defesa, não se pode apreciar em *habeas corpus* a matéria de prova relativa aos laudos, nem tampouco houve desobediência aos preceitos do invocado art. 384 do C.P.P. Acolhimento do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, pela improcedência da impetração. *Habeas corpus* denegado. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente; Esdras Gueiros, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator): O ilustre advogado Dr. Antônio Maron Agle impetra ordem de *habeas corpus* em favor dos pacientes Alfredo Cândido da Silva e João Cândido da Silva, fundando o seu pedido no disposto no art. 647 e, particularmente, no inciso VI do art. 648 do Código de Processo Penal, alegando “manifesta nulidade do feito, tanto em decorrência do indeferimento de prova reputada essencial, como por descumprimento do preceito contido no art. 384 do mesmo diploma legal”.

Assim desenvolve o impetrante as razões do seu pleito: (lê — fls. 1/5), parte assinalada).

Não deferi o pedido de medida liminar, por considerar não atendível na espécie, tendo solicitado as necessárias informações ao Exmo. Sr. Juiz Federal José Cândido de Carvalho Filho, que as prestou conforme estão às fls. 46/47, *in verbis*: (lê).

As fls. 56/67 ingressou o impetrante, através do seu advogado nesta instância, Dr. Washington Bolívar de Brito, com petição, fazendo juntada de notas taquigráficas de um *habeas corpus* impetrado em favor de outro paciente no mesmo processo, de nome Murilo Borges de Medeiros, “um dos mutuantes do mesmo plano” de erradicação de cafés, do qual foi Relator na Egrégia Segunda Turma o Sr. Min. Jarbas Nobre, através do qual foi anulado o processo a partir da denúncia “para que perícia fosse realizada pelo Instituto Nacional de Criminalística, como reiteradamente provocado pela autoridade policial e outros exames sejam levados a cabo no sentido de comprovar a existência ou inexistência de cafezais antes da realização da segunda perícia, o que demonstraria a realização ou não realização da destruição dos cafeeiros”, segundo consta da respectiva Ementa.

Fiz juntar aos autos, por linha, dois *habeas corpus* anteriores, um deles de nº 1.888, do qual foi Relator o saudoso Ministro Cunha Vasconcellos, sendo pacientes Edgar Alves de Oliveira, Alfredo Cândido da Silva e João Cândido da Silva, denegado pelo Tribunal Pleno, e outro de nº 1.918, do qual fui Relator, em favor dos mesmos Edgar Alves de Oliveira, João Cândido da Silva e Alfredo Cândido da Silva, este último concedido pelo mesmo Tribunal Pleno em 23-5-68 para que aqueles réus fossem soltos, sem prejuízo da ação penal então em andamento.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 49/53, da lavra do ilustrado Subprocurador-Geral Dr. Henrique Fonseca de Araujo, após examinar todas as alegações do impetrante, concluiu pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Conforme se ouviu do relatório a impetração repousa em três fundamentos, a saber: cerceamento de defesa decorrente de indeferimento de provas requeridas pelos pacientes; nulidade do processo por falta de auto de exame de corpo de delito, que se alega não poderia ser substituído por perícia feita por particulares; e a desclassificação do crime capitulado na denúncia para outra infração penal, sem o cumprimento das medidas determinadas pelo art. 384 do Código de Processo Penal.

Quanto ao primeiro fundamento, isto é, o de que teria ocorrido cerceamento da defesa pelo indeferimento de determinadas diligências requeridas pelo réu, estou em que não há possibilidade, no âmbito de apreciação do *habeas corpus*, de se averiguar da existência ou não do alegado cerceamento, o que só seria real-

mente possível através do exame do próprio processo. Razão tem, neste particular, o digno Dr. Subprocurador da República quando, no seu parecer de fls. 50, assim se manifesta:

“O primeiro (fundamento), com os elementos oferecidos pelo douto impetrante, não oferece condições para ser apreciado. Importaria no conhecimento de todos os elementos probatórios que se encontram nos autos do processo-crime, pois só em face deles se poderia concluir ter sido cerceada a defesa com o indeferimento de determinadas diligências por ela requeridas e indeferidas pelo MM. Juiz, sob o fundamento de sua desnecessidade e de seu caráter meramente protelatório. Instruído o pedido apenas com a cópia da resp. sentença condenatória, com um requerimento solicitando diligências e com as alegações finais, sem a juntada sequer dos despachos indeferitórios do MM. Juiz, não é possível um juízo sobre a existência, ou não, de cerceamento de defesa”.

Importa ainda salientar que, a propósito dessas alegações do impetrante, o MM. Juiz, em suas informações de fls. 46, assim se manifestou:

“A instrução foi demorada e cuidadosa. A perícia a que alude o advogado foi indeferida com o apoio da lei processual, por ser considerada impossível, extemporânea e meramente protelatória. A prova testemunhal foi repetida para assegurar ampla liberdade de defesa dos réus. O processo está atualmente com 548 fls., são inúmeros os despachos em que as razões suscitadas pelo impetrante são amplamente justificadas pelo Juiz.”

Assim, não posso acolher o primeiro fundamento, relativo à alegada preterição de defesa, pois isto só seria possível

através do exame dos próprios autos do processo criminal.

Quanto ao segundo fundamento, isto é, a suposta nulidade do processo pela falta de auto de exame de corpo de delito, eis que tal exame não poderia ter sido substituído por uma perícia feita por particulares — também evidente está que se trata de matéria a ser apreciada à vista dos próprios autos do processo, dado que escapa ao rito do *habeas corpus* invadir o exame de tal matéria, só susceptível de mais detalhada análise através do recurso próprio, que é o da apelação. A propósito desta segunda alegação, diz a douta Subprocuradoria, com todo acerto, o seguinte:

“O segundo fundamento, por sua vez, é igualmente insusceptível de apreciação, pois que nem sequer foram trazidas cópias dos laudos julgados imprestáveis pelos impetrantes, para que se possa avaliar da procedência da alegação. Dá-los por imprestáveis, ou por bons, sem conhecer sequer sua materialidade, seria verdadeira temeridade, pois não fornece o impetrante elementos de apreciação.

Mais, ainda. Somente o conhecimento real das imputações feitas aos pacientes poderia dizer da necessidade ou desnecessidade de auto de exame de corpo de delito. Em princípio, o crime por que foram denunciados, ou aquele pelo qual vieram a ser condenados — corrupção passiva e corrupção ativa, respectivamente — não é daqueles que, por deixar vestígios, exijam auto de exame de corpo de delito.

Não é possível, ainda que julgado necessário, apreciar a procedência da alegação do MM. Juiz — que deve merecer fé até prova em contrário — quando justifica seu indeferimento ao pedido de nova pe-

rícia, ou seja, de exame de corpo de delito, alegando sua total impossibilidade, por não mais existirem os fatos que a perícia deveria constatar, isto é, o desaparecimento dos vestígios dos fatos a constatar”.

Está-se a ver que somente através do recurso normal de apelação, com os autos do processo criminal ao nosso dispor, é que se poderia apreciar a questão suscitada pelo douto impetrante. O *habeas corpus*, a esta altura, quando já condenados foram os pacientes, não é meio idôneo para tal fim, a não ser que se tratasse realmente de nulidade visceral do processo, comprovada de plano, e sem deixar margem a dúvidas. Não é esta, porém, a hipótese ora em estudo.

Não acolho, portanto, também o segundo fundamento do pedido de *habeas corpus*, no que concerne à pretensa nulidade do processo por falta de auto de corpo de delito relativamente à questão da erradicação, ou não, dos cafezais em causa.

O terceiro fundamento do presente pedido de *habeas corpus* é o de que teria o Juiz feito “a desclassificação do crime de corrupção passiva para o de corrupção ativa”, em relação aos pacientes, “sem as cautelas determinadas pelo art. 384 do Código de Processo Penal.”

Para a análise deste terceiro e último fundamento do pedido, nada há mais que acrescentar ao que a respeito foi dito pelo douto Subprocurador, Dr. Henrique Fonseca de Araujo, cujas conclusões adoto como razão de julgamento. Transcrevo, aqui, para conhecimento dos eminentes colegas, os argumentos do digno e conceituado Professor, que ora honra a Procuradoria da República junto a este Tribunal:

“9. Ainda aqui, *data venia*, não procede o pedido. Não tem pertinência o V. acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal trazido à colação. Neste se cuidava de denún-

cia que capitulou o fato na alínea *d* do § 1º do art. 334 do Código Penal, vindo o réu a ser condenado na alínea *b*, que constitui norma penal em branco, a ser completada por outra norma penal ou extrapenal.

10. Aqui, foram os réus — é tudo quando se sabe — denunciado como incurso no art. 317 do Código Penal. Não sendo funcionários, somente se pode deduzir — o douto impetrante não juntou sequer cópia da denúncia — que os pacientes foram denunciado como co-autores dos funcionários públicos, na mesma peça acusados de corrupção passiva, pois, do contrário, não teria sentido a capitulação atribuída aos pacientes, que não são funcionários. Aliás, a resp. sentença, em seu Relatório, diz que os réus, segundo a denúncia, foram “envolvidos, em co-autoria, na prática do crime do art. 317 do Código Penal” (fls. 7).

11. Transcrevendo trecho da denúncia, a resp. sentença deixa claro que ela atribui aos pacientes não só cooperação direta na celebração de contratos de diversificação de cafezais, como “entregando gratificações e outras vantagens aos quatro primeiros acusados”, que são, pelo que se deduz, os funcionários públicos.

12. Portanto, a desclassificação do crime de corrupção passiva em co-autoria para corrupção ativa, não constitui supresa para os pacientes, pois apenas qualificou diversamente a conduta que lhes foi atribuída pela denúncia.

13. Efetivamente, tanto faz dizer de a entrega de gratificações ou vantagens aos denunciado funcionários públicos configura co-autoria no crime de corrupção passiva (“solicitar ou receber...”) como

atribuir-lhes a autoria do crime de corrupção ativa (“oferecer ou prometer vantagem...”). Trata-se apenas de posição doutrinária sobre a matéria de se exigir ou não a bilateralidade no crime de corrupção passiva, nada mais.

14. Acresce que, estando descritos na denúncia todos os elementos do crime de corrupção ativa, para o qual foi desclassificado o fato atribuído na denúncia como corrupção passiva em co-autoria, e sendo a pena prevista para os dois crimes a mesma — 1 a 8 anos de reclusão — a desclassificação encontra pleno apoio no art. 383 do Código de Processo Penal, não tendo pertinência a invocação do que se dispõe no art. 384 e seu parágrafo único.

15. Somente se aplica este último em duas hipóteses: se a nova definição jurídica decorre do reconhecimento de circunstância elementar não contida implícita ou explicitamente na denúncia, baixasse o processo para que a defesa, se quiser, produza prova (art. 384, *caput*); se da nova definição estão contidas na denúncia as suas circunstâncias elementares, mas daí decorre a aplicação de pena grave, vão os autos com vista ao Ministério Público para aditar a denúncia (Parágrafo único do art. 384).

16. Na espécie, inaplicável qualquer das duas hipóteses, pois da nova classificação todas as circunstâncias constam da denúncia, e a pena decorrente da desclassificação é a mesma”.

Eis aí a irrespondível argumentação do douto Professor e Subprocurador Henrique Fonseca de Araújo, a por terra o terceiro e último fundamento do presente pedido de *habeas corpus*, no tocante à desclassificação penal feita pela sentença.

Lamentavelmente, não encontro elementos para a concessão do pedido, mesmo porque, no âmbito do *habeas corpus*, não seria possível apreciar, como pretende o impetrante, matéria nitidamente relacionada com a prova dos autos, como o são as referentes ao alegado “cerceamento de defesa” e à suposta “imprestabilidade dos laudos periciais” existentes nos autos do processo-crime. Trata-se, evidentemente, de matéria a ser apreciada através do recurso próprio de apelação.

Com estas considerações, denego o *habeas corpus*.

Em tempo: Sejam desapensados os *habeas corpus* números 1.888 e 1.918.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. O número de *habeas corpus* impetrado no Tribunal contra sentenças cresce dia a dia, não sendo inclusive exagero dizer-se que há quase uma tentativa de substituir a via de apelação pela de *habeas corpus*, tal o número de pedidos de *habeas corpus*, logo após a sentença de condenação. Tentam os réus, por essa via, anular a sentença, visando, assim, o reexame do processo, sem se recolherem à prisão, como determina a Lei Processual Penal. É certo que o *habeas corpus* pode ser impetrado contra sentença. Não é, em princípio, impossível o *habeas corpus* contra a sentença condenatória, mas para isso é necessário que se faça presente hipótese de coação ilegal, isto é, que a decisão judicial decorra de processo manifestamente nulo.

No caso concreto, os fundamentos trazidos na impetração não conduzem, como muito bem destacou o eminente Relator, a essa ilação. Os três fundamentos, como referiu o ilustre Relator, não autorizam concluir que a sentença seja nula.

O cerceamento de defesa alegado na inicial não significa, só por si, falta de

defesa, ausência de defesa, ao longo da ação penal. Ora, o cerceamento de defesa pode ter implicação quanto à sorte do processo, se efetivamente desse cerceamento houver ocorrido prejuízo à defesa do réu. Ora, isso não ficou provado nos autos, ao que depreendi do relatório e de todas as dissertações já havidas nesta assentada em torno do caso. Só o exame dos autos, da prova contida nos autos da ação penal, é que possibilitaria ao Tribunal concluir se realmente houve cerceamento de defesa, se houve prejuízo à defesa do réu, ou não, diante da negativa do Juiz, em não deferindo a diligência e a prova pericial pedida pela defesa dos pacientes. Não é questão, portanto, a merecer deslinde nesta via.

O outro elemento que poderia, em âmbito de *habeas corpus*, ensejar a nulidade da sentença seria o concernente à incidência do art. 384, do Código de Processo Penal. Também aí não há melhor sorte em prol dos pacientes. É que na hipótese, como bem destacou o Relator e afirmou da tribuna o ilustre Dr. 4º Subprocurador-Geral da República, não incide o art. 384; ao invés, trata-se de espécie enquadrável no art. 383, do Código de Processo Penal.

Acompanho o eminente Relator, negando o *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, denegaram a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Mins. José Néri da Silveira, Márcio Ribeiro e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Min. Henocho Reis não compareceu, por motivo justificado. O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães compareceu para compor *quorum* regimental. Usou da palavra pelos pacientes o Dr. Washington Bolívar de Brito e pela União Federal o Dr. Henrique Fonseca de Araújo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 2.621 — BA

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Peçanha Martins

Recorrente — Miguel Simão de Santana

Recorrida — Justiça Pública

EMENTA

Habeas corpus. Prisão por mais de quarenta dias sob a alegação de prática de contrabando ainda não comprovado. Recurso provido por maioria para conceder a ordem sem prejuízo da ação penal.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos prosseguir no julgamento, dar provimento ao recurso para conceder a ordem, vencido o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Trata-se de recurso de *habeas corpus* impetrado em favor de Miguel Simão Santana e denegado pelo ilustre Dr. Juiz Federal da Primeira Vara do Estado da Bahia, através da sentença de fls. 17, em que está dito que o auto de prisão em flagrante “obedeceu regras processuais pertinentes” e há fundada suspeita de que o paciente fora surpreendido em prática delituosa típica — a do art. 334 *caput* do Código Penal.

Após pronunciamento do Dr. Procurador da República os autos foram remetidos a esta Instância e a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 32 opinando “no sentido de que se negue provimento ao recurso, o que não impede venha a ser

relaxada a prisão do paciente, se e quando entender conveniente o MM. Dr. Juiz que preside a instrução do processo”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O paciente, que é um estivador, após retirar-se do navio em que trabalhou, foi preso pelo Sr. Humberto dos Santos, Comandante da Guarda Portuária de Salvador, auxiliado por Antônio Israel de Oliveira, um soldado-bombeiro. E conduzido em seguida à Delegacia de Polícia Federal, nesta lavrou-se auto de prisão em flagrante que se revestiu de todas as formalidades legais (fls. 6, *usque* fls. 5), valendo a transcrição do depoimento prestado pelo autor da prisão:

“que estava no cais do porto fazendo inspeção de rotina, quando avistou o cidadão aqui presente já conhecido pelo depoente como Miguelzinho, só agora vindo a saber do nome completo do mesmo, como Miguelzinho; que o depoente notou que o citado indivíduo portava oculto em suas vestes alguns volumes; que, desconfiando que se tratava de algum objeto contrabandeados, o depoente se ocultou através de um guindaste esperando que o mesmo se aproximasse; que Miguelzinho fez menção de correr, sendo

entretanto, seguro pelo depoente que lhe deu voz de prisão; que o depoente chamou o soldado do Corpo de Bombeiros, Antônio Israel de Oliveira, que revistou Miguelzinho encontrando quatro pacotes de cigarros estrangeiros, da marca *State Express — Filter Kings*; que o depoente deu voz de prisão a Miguelzinho”...

E, logo após receber a respectiva Nota de Culpa, em que se diz estar “incurso nas penas do art. 334 do Código Penal, com a sua redação vigente”, foi levado à Casa de Detenção, onde permanece, faz quarenta longos dias.

Tenho que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal. É que o crime que se diz haver cometido ainda não está comprovado. Não obstante vasto o conceito legal, todavia, como pondera Magalhães Noronha, “deve atentar-se a que ela fala em comércio, o que, para nós, implica certa repetição de atos, prática reiterada, ainda que não longa, duradoura ou persistente. Um ato apenas não configura comércio ou mercância” (*in Direito Penal*, Vol. 4º, pág. 402).

O paciente informou, no seu depoimento, que os quatro pacotes foram atirados ao cais por um gringo que se encontrava a bordo de um dos navios ancorados. Não acredito nisto, mas não desacredito tenha ele adquirido os cigarros para o seu uso pessoal. Note-se que se trata de um estivador, trabalhador muito bem remunerado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso para conceder a ordem, pediu vista o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães,

aguardando os Srs. Mins. Moacir Catunda e Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

VOTO — VISTA

(Vencido)

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães*: Em se tratando de crime de contrabando ou descaminho, definido no *caput* do art. 334, do Código Penal, não é exigível a finalidade comercial, nem a ocorrência de atividade desta natureza, que deve ser habitual, como tenho sustentado, essencial nos crimes equiparados ao descaminho ou contrabando, pelas letras *c* e *d*, do § 1º, do citado art. 334.

Por outro lado, não encontro no flagrante lavrado falhas que justifiquem a concessão da ordem de *habeas corpus*.

Assim sendo, como acentua o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, o não provimento do recurso se impõe, sem prejuízo de ulterior relaxamento da prisão, pelo Dr. Juiz que preside a instrução, ou da nova impetração, se no curso desta vier a se caracterizar coação ilegal, até o momento não positivada.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, deu-se provimento ao recurso para conceder a ordem, vencido o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

HABEAS CORPUS N.º 2.627 — ES

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Paciente — Georges Riesen

Impetrante — Antônio Franklin Moreira da Cunha

EMENTA

Moeda falsa. Denúncia que atribui ao paciente o crime do art. 289 do Cód. Penal. Alegação de falta de justa causa e incompetência da Justiça Federal, por se tratar de estelionato em que seria vítima o paciente (conto da guitarra). Apesar da aparente deficiência do laudo dos peritos oficiais, não é possível, em processo de *habeas corpus*, confrontá-lo com laudo proporcionado, em caráter particular, por outro perito, ainda que exornado da maior autoridade. *Habeas corpus* concedido tão-somente para fazer cessar a prisão preventiva. A alegada circunstância de possuir o paciente largos recursos financeiros não basta para presumir, em seu desfavor, que procurará fugir à ação da Justiça, quando se trata de pessoa radicada no meio, com esposa e filhos menores a cuidar.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder, em parte, a ordem para que o paciente acompanhe, em liberdade, a formação da culpa, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei

Brasília, 29 de outubro de 1971. —
Godoy Ilha, Presidente; *Decio Miranda*,
Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator):
O advogado Dr. Antônio Franklin Moreira da Cunha impetra *habeas corpus* em favor de Georges Riesen, suíço, comerciante, casado com brasileira e com 4 filhos brasileiros, há cerca de 15 anos residente na capital do Estado do Espírito Santo, que considera sob constrangimento ilegal produzido pelo Juiz Federal da Seção Judiciária daquele Estado.

Contra o paciente foi oferecida denúncia que lhe atribui co-autoria na

prática do crime de moeda falsa, definido no art. 289 do Código Penal.

A peça acusatória, já recebida, baseada em inquérito instaurado pela Polícia Federal, descreve, com todas as circunstâncias, o comportamento do paciente, referindo que, em conluio com dois outros indivíduos, não identificados, fabricou papel-moeda de curso legal no país, valendo-se do sistema de “fabricação por copiabilidade”, conforme informado pelo Instituto Nacional de Criminalística, chegando os falsários a fabricar diversas cédulas, que, após o processo de confecção, eram levadas à secagem, para isso sendo espalhadas pelo chão de uma das peças de residência rural do paciente, onde deixaram marcas, fotografadas pela perícia, que a denúncia considera “um vestígio esmagador”.

Refere a denúncia, ainda, que o paciente confessou sua participação no crime, com a consciência da ilicitude do seu comportamento e com a vontade de cometer o *falsum*, pois, terminando por alegar que agira sob coação, em nenhum momento teve a iniciativa de procurar qualquer autoridade, antes agindo em

absoluta harmonia com os seus compar-
sas na compra do material a ser empre-
gado para a fabricação, como providen-
ciando o local em que ela poderia ser
levada a efeito sem maiores riscos.

No pedido de *habeas corpus*, susten-
ta-se a inexistência de justa causa para
o processo, pois o laudo pericial, do Ins-
tituto Nacional de Criminalística, fir-
mado por dois peritos menos afeitos à
especialidade, termina por atribuir ao
paciente autêntico crime impossível, sen-
do evidente a imprestabilidade daquela
peça, elaborada ao arrepio das regras
técnicas, como demonstrado em parecer
subscrito pelo Dr. Carlos Melo Eboli,
com o qual se instrui a impetração, fls.
108/138.

Por outro lado, como ainda referido
nesse parecer, o fato noticiado pelo pro-
cesso configuraria o chamado “Conto da
Química”, variante do “Conto da Gui-
tarrá”, cuja mecânica vem descrita no
relato proporcionado ao Dr. Eboli por
um seu colega (fls. 146/159), mero cri-
me de estelionato do qual foi vítima o
paciente, não interessando à caracteriza-
ção desse ilícito a torpeza bilateral.

Para o processo e julgamento dessa
espécie, contudo, seria incompetente a
Justiça Federal.

Conclui, em síntese, o douto impe-
trante que o processo instaurado con-
tra o paciente envolve crime impossível,
devendo ser determinado, por falta de
justa causa, o trancamento da ação pe-
nal, e, uma vez reconhecida a incom-
petência da Justiça Federal, seja ao pa-
ciente relaxada a prisão preventiva já
decretada.

Prestou informações o Dr. Juiz Fe-
deral, remetendo cópia da denúncia re-
cebida e do laudo pericial, peças igual-
mente constantes do acervo de documen-
tos vindos com a impetração.

O 4º Subprocurador-Geral da Repú-
blica, Dr. Henrique Fonseca de Araujo,
oficia pela denegação da ordem, visto

no âmbito do *habeas corpus* ser abso-
lutamente impossível a comparação dos
laudos, para dar preponderância a um
ou a outro, e tratar-se de alegações que
só a prova poderia confirmar.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator)
É de admitir a falta de justa causa
quando evidente a ausência de crimina-
lidade do fato imputado ao paciente.

No caso em exame, contudo, a de-
núncia descreve, circunstanciadamente,
a prática do crime de falsificação de
papel-moeda, afirmando, inclusive, que
o paciente confessou sua ativa partici-
pação nesse ilícito, alegando, é verda-
de, que ao fazê-lo agia sob coação, es-
cusa que, entretanto, ao ver do autor da
denúncia, se apresenta inconvincente.

Não se alega que a descrição dos fa-
tos feita pela denúncia se apresente ima-
ginosa ou divorciada da prova colhida
no inquérito policial que lhes serve de
apoio.

Todas as restrições do ilustre impe-
trante giram em torno do laudo peri-
cial produzido pelos peritos oficiais, ao
qual se opõe um parecer técnico, de ca-
ráter particular, em que é criticado
aquele trabalho.

Não posso negar, lendo o laudo ofi-
cial, fls. 80 e segs. destes autos, que é
ele bem pobre e insuficiente. Afirma
uma conclusão óbvia em face do mate-
rial apreendido: que se trata de processo
que opera por via de copiabilidade. Con-
tudo, nem esclareceu a função de cada
uma das peças do material apreendido,
se todas aptas para a feitura das cópias
ou se pelo menos algumas para a *mise-
en-scene* do estelionato, nem a idonei-
dade do instrumental para a produção
de peças capazes de obter circulação
como dinheiro, ou a viabilidade do em-
prego, como tal, das peças encontradas
já em processo de fabricação.

Por mais longe que se possa e se deva, segundo a jurisprudência mais liberal, adentrar certos elementos de fato no julgamento do *habeas corpus*, não é possível levar esse procedimento ao ponto de suprimir a fase do contraditório apropriada à comparação de laudos.

Tal não se apresenta viável senão na sentença que analisa a instrução em conjunto, não bastando, para antecipar esse momento, ainda a mais forte impressão causada pelo laudo divergente, e malgrado todos os títulos de que portador o signatário, cuja competência profissional é justamente celebrada.

Formalmente, tem-se que o laudo oficial afirma a falsificação feita por copiabilidade, esclarecendo em que consiste esse processo (fls. 83). Refere a alteração no assoalho do cômodo em que se realizou a secagem das cédulas copiadas, na casa fornecida pelo paciente para a operação.

No parecer proporcionado ao ilustre impetrante, em caráter particular, pelo Dr. Carlos Melo Eboli, procura-se fazer a interpretação do laudo oficial, para afirmar que incorretas são as suas conclusões, pois, na hipótese, as figurações duplicadas, embora produto de copiabilidade, como afirma o laudo oficial, não se prestariam à produção de cédulas capazes de circular como dinheiro, mas, sim, de artifício inteiramente diverso (fls. 118), até porque as imagens nas notas fabricadas se apresentam invertidas, não podendo ser montadas para formar cédulas com aspecto semelhante às que circulam legalmente, de vez que se acham depositadas na superfície de papel encorpado, tipo apergaminhado (fls. 115), quando a verdadeira falsificação por copiabilidade exige a deposição da imagem em folhas de papel muito fino, revertidas na face sobre terceira folha mais grossa, de modo a desfazer a inversão de imagens, ainda assim produzindo falsificação muito grosseira.

Ora, a certeza de que o processo utilizado pelo paciente (ou contra ele) não evoluiu, ou não evoluiria, para essa outra espécie capaz de proporcionar um tipo grosseiro de cédulas falsificadas, mas ainda assim suscetível de enganar a pessoas rústicas ou menos cautelosas, só a instrução criminal poderá proporcionar.

Saliente-se, a propósito, que é possível configurar-se nesse ilícito a tentativa, como leciona Heleno Fragoso “já que a falsificação permite um desdobramento do processo executivo” (*Lições de Direito Penal*, 1959, 3/776). Mas esse é aspecto pertinente à questão de fato, que só no curso da instrução criminal poderá ficar esclarecido.

Em tese, a simples imperfeição da cédula falsificada não desfigura o crime definido no art. 289 do Código Penal, pois, como ensina Magalhães Noronha, no crime de falsificação necessária a *imitatio veritatis*, contudo não se exige perfeição na *imitatio veri*, sendo tão-só preciso, conforme Manzini, citado pelo mesmo autor, que a coisa fabricada apresente os caracteres específicos exteriores da moeda ou do papel-moeda, tendo assim a idoneidade de induzir a engano um número indeterminado de pessoas (*Direito Penal*, 3ª edição, 4/148).

Esse engano, não alcançado em lugares mais adiantados do país, pode ser atingido em outros, apesar de grosseira a fabricação, eis que o público de uma região não é o mesmo de outra, como ressaltado por Teolindo Castiglione (*Cód. Pen. Bras. Com.*, 1956, 10-1-98).

Todavia, também a idoneidade da fabricação para produzir o engano é questão de fato, a ser apurada no curso da ação pela prova então produzida, servindo a perícia como elemento integrativo dessa prova, no que tange à materialidade da ação atribuída aos acusados, não estando o Juiz adstrito ao lau-

do, que poderá ser aceito no todo ou em parte (Cód. Proc. Penal, art. 182).

No caso dos autos, conhecidas a alta qualificação profissional e moral do magistrado, a sua independência, a sua larga experiência, saberá S. Ex^ª por em quarentena, e submeter ao crivo de sua percuciente análise, o laudo, que, à primeira vista, me parece pelo menos omisso ou insuficiente, e que é com tanta convicção contestado pelo Prof. Carlos Melo Eboli.

Terá S. Exa. olhos para ver com precisão, em face da prova, se ocorreu uma das espécies em confronto: a falsificação de moeda ou o estelionato, neste caso o paciente como vítima, embora também de má-fé, na modalidade mais recente do “conto da guitarra”, o “conto da química”, adaptação daquele a uma era de tecnologia mais sofisticada, nesta última hipótese revelando-se incompetente a Justiça Federal para o processo.

Assim, o meu voto é no sentido de negar a ordem para os fins diretamente pleiteados pelo impetrante, isto é, o reconhecimento de falta de justa causa e a declaração de incompetência da Justiça Federal.

Vejo, porém, que, atendendo a representação da autoridade policial, fls. 71, o Dr. Juiz decretou a prisão preventiva do paciente, porque, dispondo de “largos recursos financeiros”, procuraria, certamente, fugir à ação da Justiça.

Se realmente o paciente possui largos recursos financeiros, o fato não basta para presumir em seu desfavor.

Trata-se de pessoa radicada no Espírito Santo há mais de 15 anos, onde se casou, ligando-se a família respeitável, tendo esposa e 4 filhos menores, em idade escolar, a cuidar.

Foi sua iniciativa de comunicar à Polícia, embora de forma inicialmente destorcida, os fatos que levaram à sua posterior indicição e denúncia.

Tudo faz presumir, ao contrário, que, em liberdade, permanecerá no distrito da culpa.

Creio que, apesar dos riscos não de todo impossíveis, mais lucra a amplitude da instrução criminal com o paciente em liberdade, em condições de defender-se amplamente, do que na prisão.

Concedo o *habeas corpus* para que cesse a prisão preventiva e se defenda em liberdade o paciente.

É o meu voto.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: Desde que V. Exa. começou a expor os fatos, com a correção que lhe é habitual, inclinei-me também pela solução afinal adotada por V. Exa. Acho mesmo que conceder o *habeas corpus*, pela ausência de justa causa, seria forçar um pouco as limitações do remédio heróico. Parece-me, todavia, que não há indícios tão veementes sobre a natureza do delito que autorizassem a decretação da prisão preventiva. De resto, não estando inteiramente caracterizada, em todos os seus elementos, a autoria do delito, não vejo razão para suspender a liberdade do paciente, que poderá provar a sua inocência no curso da instrução criminal.

Felicito-me pelo fato de minha orientação coincidir com a do Sr. Ministro Relator. A circunstância de o paciente ser uma pessoa abastada não lhe constitui desfavor, para admitir-se a suspeita de fuga ou a presunção de que ele possa frustrar a apuração da verdade. Acompanho gostosamente o voto do Sr. Ministro Relator, porque a instrução criminal vai propiciar o esclarecimento dos fatos em todos os detalhes, bem como a sua conceituação jurídica e a sua correta classificação.

DECISÃO

Como consta de ata, a decisão foi a seguinte: Concedeu-se, em parte, a or-

dem para que o paciente acompanhe, em liberdade, a formação da culpa. Decisão unânime. Os Srs. Mins. Godoy Ilha, Amarílio Benjamin e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Rela-

tor. O Sr. Min. Jarbas Nobre não compareceu, por motivo justificado. O Sr. Min. Esdras Gueiros foi convocado para compor *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

HABEAS CORPUS N.º 2.630 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Impetrante — Isaac Nischi

Paciente — Kiyoshi Teraguchi

EMENTA

Habeas corpus. Apreensão de mercadorias estrangeiras na loja comercial e na residência do paciente, sem os documentos comprobatórios de sua aquisição legal. Processo-crime e condenação nas sanções do art. 334, § 1º, letras c e d, e § 2º, do Código Penal. Alegação de falta de justa causa para o processo, pela apresentação posterior de cópias de notas fiscais de mercadorias adquiridas no mercado interno. Existência de apelação do réu, com apresentação de idênticas provas, já em curso perante o Tribunal. Impropriedade do *habeas corpus* para apreciação e cotejo de provas, só admissíveis no apelo já interposto. Denegação da ordem. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1971. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Esdras Gueiros* (Relator): O ilustre advogado Dr. Isaac Nischi, defensor constituído do réu Kiyoshi Teraguchi nos autos do processo-crime que contra este foi movido perante a 3ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, como incurso nas penas do art. 334, letras c e d do § 1º, e § 2º do Código Penal, impetra a presente ordem de *habeas*

corpus em favor do seu constituinte, alegando o seguinte:

“1 — Que o paciente, denunciado nas sanções legais já acima indicadas, teve apreendidas em sua loja na Rua Sete de Abril, nº 125 (loja 6), e também em sua residência no Largo do Redentor, nº 45, apartamento 44, mercadorias de procedência estrangeira sem os devidos documentos comprobatórios de sua legal introdução no País.

2 — Que, “regularmente processado, foi afinal condenado a 1 ano e 6 meses de reclusão, conforme sentença prolatada pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de São Paulo.”

3 — Que, entretanto, o decreto condenatório baseou-se exclusivamente na falta de autenticação dos documentos de fls. 127/140, ou seja, das fotocópias das Notas Fiscais que elidem a existência de qualquer

ilícito penal ou fiscal, alegando ainda a sentença que, sem dita autenticação, não têm elas qualquer valor probante, muito embora reconhecesse o MM. Juiz prolator, textualmente, “certo que são fotocópias de Notas Fiscais”.

4 — Que, tanto “o paciente, como seu defensor na ocasião, foi instado para exibir os originais daquelas notas fiscais, mas não fez na oportunidade porque, tendo ele vindo do Japão há pouco mais de 8 anos, e casado com mulher de origem japonesa, encontrou naturais dificuldades para “entender” o que determinava o Juízo e também o nobre causídico que tão bem o patrocinava, uma vez que, em seu correto modo de pensar, as Notas Fiscais já haviam sido oferecidas, como de fato deveria se presumir, não tendo a simples falta de autenticação, *data maxima venia*, o condão de alicerçar uma sentença condenatória, consagrado o preceito de *in dubio pro reu*.

5 — Que, lançada a condenação, apesar da presunção intimamente confessada pelo MM. Juiz prolator da sentença, de que as mercadorias apreendidas estavam realmente acobertadas pelos documentos de fls. 127/140, e, mais ainda, achando-se o paciente preso na Delegacia Regional da Polícia Federal e sofrendo já as conseqüências de coação ilegal em razão daquele injusto decreto condenatório, serve-se do presente pedido de *habeas corpus* para demonstrar, de forma evidente e iniludível, a ausência de justa causa para a condenação, através da juntada, não só das fotocópias das Notas Fiscais de fls. 127/140, devidamente autenticadas, como também as folhas dos Livros Fiscais (também autenticadas), em que foram elas registradas, confirmando, in-

sofismavelmente, que não existiu, na ocasião em que foram apreendidas as mercadorias, qualquer ilícito penal ou até mesmo fiscal”.

A inicial está instruída com peças extraídas do processo criminal, inclusive as questionadas cópias das Notas Fiscais, autenticadas posteriormente ao processo criminal, cópia da sentença às fls. 16/20, auto de apreensão das mercadorias, laudo de exame e avaliação das mesmas. Juntas também cópias autenticadas de folhas do “Livro de registro de estoque de produtos estrangeiros adquiridos no mercado interno”, bem como do “Livro de entrada de mercadorias”, isto às fls. 49/63.

Pedidas informações, prestou-as o digno Juiz Federal, Dr. Laurindo Minhoto Neto, nestes termos: (lê fls. 78/83).

As fls. 70 verso certificou a Secretaria do Tribunal que o paciente neste pedido de *habeas corpus* figura nos autos da Apelação Criminal nº 1.948, ora pendente de exame na douta Subprocuradoria-Geral da República, para próximo julgamento.

Em seu parecer de fls. 90/92 o Dr. 4º-Subprocurador-Geral, Henrique Fonseca de Araujo, depois de bem analisar o pedido do impetrante, conclui pela denegação do *habeas corpus*, salientando que nele se pretende um reexame da matéria de prova, o que é inadmissível no âmbito do *habeas corpus*, levando-se ainda em conta que o próprio paciente já apelou da sentença condenatória, apelação que já se encontra neste Tribunal, através da qual mais adequadamente será examinado o mérito de sua pretensão, quanto às mencionadas Notas Fiscais.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Devo confessar que, de início, impressionou-me de algum modo a exibição

que faz o impetrante, através do presente pedido de *habeas corpus*, de cópias de Notas Fiscais, já autenticadas, que alega serem referentes às mercadorias de origem estrangeira que foram apreendidas na loja e na residência do paciente, Notas Fiscais essas substitutivas das originais, que não pôde apresentar quer no curso do processo, como também no presente pedido.

Não nos é dado, porém, no âmbito do *habeas corpus*, descer à análise e cotejo de provas, principalmente quando essas alegadas provas não foram carreadas originalmente para os autos, durante o curso do processo criminal, ou melhor, quando tais provas sofreram dúvida por parte do MM. Juiz prolator da sentença condenatória, dado que, então, não estariam autenticadas. O mais certo seria que tais Notas tivessem sido apresentadas em Juízo no original, dando assim oportunidade a que o Juízo as cotejasse com as mercadorias constantes do laudo de apreensão e avaliação, e assim pudesse ter o convencimento de que as aquisições teriam sido lícitas, isto é, feitas no próprio mercado interno, com legítima entrada no País. Ora, essa prova, segundo as informações do MM. Juiz, não foi feita devidamente nos autos, além de afirmar o mesmo Juiz que as cópias oferecidas, sem autenticação, não correspondiam, “numa constatação imediata, à mercadoria apreendida”. A esse propósito, assim se expressou S. Exa.:

“Mas, só às vésperas da fase decisória é que o paciente ofertou documentação absolutamente inábil, não porque ausente de timbres de autenticação, mas porque não correspondiam, conforme se podia constatar de plano — e bem salientado pelo Ministério Público Federal na oportunidade — à descrição constante do auto de apreensão. De qualquer forma, para efeito de perícia, que o Juízo determinou, curialmente só seriam válidos os

documentos originais que foram exigidos do paciente. O paciente não ofertou os documentos originais, tendo seu defensor alegado que “seriam difíceis de ser recontrados”, alegação que surpreendeu o Juízo diante das xerocópias a eles referentes. Mas, para não prejudicar a defesa, diante daquela alegação produzida por ilustre causídico, insistiu então, tão-somente, para que a perícia fosse realizada na autenticação das xerocópias referentes aos originais e já constantes dos processos. Debalde o fez, mesmo convertendo o julgamento em diligência, mesmo determinando, face à abulia do defensor constituído, uma intimação pessoal ao ora paciente, a quem concedeu prazo suficiente para aquela autenticação e para que a perícia fosse feita, embora as Notas Fiscais não correspondessem, numa constatação imediata, à mercadoria apreendida”.

Aí está o que informa o digno Juiz *a quo*.

Por tudo isso se vê que estamos diante de pretensão do impetrante a que, por via de *habeas corpus*, se aprecie matéria essencialmente de prova, o que somente será admissível na via normal do recurso de apelação, recurso este que o paciente já interpôs e se encontra em estudo neste Tribunal, para próximo julgamento.

Lamentando não poder apreciar, como pretende o ilustre advogado impetrante, essa matéria de prova na via do *habeas corpus*, é que sou levado a denegar o pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, denegaram a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Mins. Henocho Reis, José Néri da Silveira e Márcio Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

HABEAS CORPUS N.º 2.632 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Paciente — Clementino Amazonas Pontual

Impetrante — Roque de Brito Alves

EMENTA

Habeas Corpus. Arguição de nulidade da sentença condenatória, por falta de fundamentação quanto à fixação da pena e porque o Juiz, desclassificando o crime constante da denúncia (do art. 154 do Cód. Penal), para o do art. 325 do mesmo Código, desatendeu ao preceito do art. 384, parágrafo único, que manda, quando se trate de crime com pena maior, baixem os autos para que a denúncia seja devidamente aditada. Acolhimento deste último fundamento, para que o MM. Juiz atenda ao disposto no citado art. 384, parágrafo único. *Habeas Corpus* concedido. Decisão unânime.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de novembro de 1971. — Márcio Ribeiro, Presidente; Esdras Gueiros, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator): O douto advogado Prof. Roque de Brito Alves impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente Dr. Clementino Amazonas Pontual, réu condenado à pena de seis (6) meses de detenção, multa de Cr\$ 5,00 e custas do processo (mas beneficiado desde logo com a suspensão condicional da execução da pena), por ter sido declarado incurso nas sanções do art. 325 do Código Penal, quando a denúncia o havia indiciado por infração ao art. 154 do mesmo Cód. go.

Alega o impetrante que o paciente, professor universitário contratado pela Universidade Federal de Pernambuco, veio a ser coordenado pelo Dr. Juiz Federal da 2ª Vara de Pernambuco à refe-

rida pena de seis meses de detenção, como incurso nas sanções do art. 325 do Código Penal, por alegada violação de sigilo funcional, pelo fato de ter fornecido por antecipação — na qualidade de integrante da banca examinadora da cadeira de Física, para concurso de habilitação à citada Universidade — a alguns dos candidatos, cópia das questões da citada matéria, a serem formuladas aos ditos candidatos na ocasião do concurso.

Argüi dois fundamentos em favor do paciente, a saber:

a) nulidade da sentença, por ter havido condenação de crime diverso daquele em que foi capitulado o réu na denúncia; e

b) nulidade, também, da mesma sentença, por ausência de fundamentação no tocante à fixação da pena imposta.

Desenvolve o ilustre advogado a sua argumentação em extensas 14 folhas dactilografadas, fazendo acompanhar sua inicial de cópia da sentença, que é da lavra do digno Juiz Federal Dr. Orlando Cavalcanti Neves, cópia da denúncia oferecida pelo Dr. Procurador da República, e ainda do Parecer final do mesmo Procurador denunciante, tudo constante de fls. 15 a 20.

A Secretaria do Tribunal certificou, às fls. 21 verso, que já se encontra neste

Tribunal, a mim distribuída e pendente de Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, a Apelação Criminal nº 1.947, interposta pelo réu, ora paciente.

Pedidas informações, assim as prestou o digno Juiz Federal, às fls. 27/28: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer às fls. 31/34, de autoria do Dr. Henrique Fonseca de Araujo, após fazer detido exame da matéria alegada pelo impetrante, concluiu por desprezar a arguição no tocante à ausência de fundamentação da sentença, quanto à fixação da pena, pois, segundo entende,

“... quando o Juiz a fixa no grau mínimo, passa isto a constituir mera irregularidade, já que da omissão nenhum prejuízo acarreta para o réu, que não poderia ser condenado a uma pena menor”.

Acolheu, porém, o ilustrado Subprocurador, o outro fundamento do pedido, no que se refere a ter o Juiz desclassificado o crime antes previsto na denúncia (que foi o do art 154 do Código Penal, ou seja, o de “revelar a alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a alguém”), para outro crime, isto é, o do art. 325 do mesmo Código (o de “revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deve permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”), sem que tivesse o mesmo Juiz o obedecido ao que dispõe expressamente o art. 384, § único, do Código de Processo Penal, tal seja, determinar “a baixa do processo para oferecimento de aditamento à denúncia”, visando a propiciar ao réu a defesa quanto ao novo tipo criminal.

Assim concluiu o Dr. Subprocurador o seu Parecer:

“15. — Assim, pelas razões expostas, opinamos no sentido de que se

conceda, desde logo, a ordem de *habeas corpus* para decretar a nulidade da resp. sentença, a fim de que o MM. Juiz proceda na conformidade do disposto no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.”

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator):
Sr. Presidente.

Estão em causa duas arguições de nulidade, em processo criminal pelo qual o ora paciente já foi condenado, já estando pendente de apreciação neste Tribunal a sua apelação, que a mim foi distribuída sob nº 1.947, aguardando parecer na Subprocuradoria-Geral da República.

Estou, porém, em que tem razão o douto Subprocurador Dr. Henrique Fonseca de Araujo, quanto à possibilidade de ser apreciado o presente pedido, eis que não se cuida de qualquer exame de prova, mas sim de arguição de nulidade da sentença, com base em pura matéria de direito.

A propósito, disse o digno Subprocurador:

“5. — Preliminarmente, tratando-se sobretudo de réu solto, já que o paciente obteve o benefício do *sur-sis*, a rigor seria conveniente que se deixasse a apreciação da matéria objeto do *habeas corpus* para o julgamento da apelação, principalmente quando esta já se encontra nesta Egrégia Segunda Instância;

6. — Ocorre, porém, que o segundo fundamento do pedido não consta das razões de apelação, o que, portanto, não prejudicaria seu conhecimento, mesmo que viesse a ser negado provimento a esta última;

7. — Por outro lado, como o outro fundamento do pedido — capitula-

ção diversa da constante na denúncia — é matéria de direito, suscetível de ser examinada apenas pelo confronto entre a peça inicial e a sentença, não vemos inconveniente em que se aprecie, desde logo, o mérito da impetração, razão pela qual sobre ele passamos a emitir parecer.”

Quanto ao mérito, *data venia* do douto prolator da sentença, acolho o Parecer da douta Subprocuradoria no sentido de que a mesma não pode prevalecer, porque, em verdade, no entender que o crime indicado na denúncia, que foi o do art. 154 do Código Penal, deveria ser desclassificado para o previsto no art. 325 do mesmo Código, crime este em que se admite pena maior do que no anterior, teria que atender, sem qualquer dúvida, ao que preceitua expressamente o parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal, isto é, determinar a baixa dos autos para que o Ministério Público fizesse o necessário aditamento à denúncia, isto em atendimento ao princípio universal do direito de ampla defesa, eis que o réu não pode ser surpreendido com a nova classificação, para sobre ela se manifestar.

Já quanto ao fundamento da “ausência de fundamentação da sentença relativamente à fixação da pena”, estou em que, na espécie, não procede a arguição do impetrante, conforme bem o demonstrou a digna Subprocuradoria.

No tocante à arguição de nulidade pela desclassificação feita na sentença, sem obediência ao preceito do § único do art. 384 do Código de Processo Penal, estou de pleno acordo com o Parecer da Subprocuradoria, que adoto como razão de dec'ir o presente pedido de *habeas corpus*. Realmente, razão tem o Dr. Henrique Fonseca de Araujo quando diz:

“8. *Data venia* das considerações do MM. Dr. Juiz Federal em suas

informações, tem inteira procedência o pedido, quanto ao seu primeiro fundamento;

9. O art. 383 do Código de Processo Penal, que permite ao Juiz dar nova capitulação ao fato criminoso descrito na denúncia, “ainda que tenha que impor pena mais grave”, não pode, é hoje pacífico, ser entendido isoladamente, mas, antes, em conjunto com o que a seguir dispõe o art. 384 da mesma lei processual;

10. Assim, três situações devem ser consideradas:

“a) pretende o Juiz capitulação diversa da constante da denúncia, pelo reconhecimento de circunstância elementar não contida naquela: qualquer que seja a pena prevista para o novo crime, impõe-se dar vista ao acusado, para se defender da nova capitulação (Cód. Proc. Penal, art. 384, *caput*);

b) pretende o Juiz dar nova classificação ao fato descrito na denúncia, embora desta constem todas as circunstâncias elementares da nova capitulação pretendida, mas daí decorre a imposição de pena mais grave: impõe-se a baixa do processo para oferecimento de aditamento à denúncia (Cód. de Proc. Penal, art. 384, parágrafo único);

c) o Juiz pretende dar nova capitulação, achando-se na denúncia todos os elementos desta, sendo a pena prevista para ela mais benigna ou igual à fixada para o crime capitulado na denúncia: pode, então, o Juiz, desde logo, sem outra qualquer providência, operar a desclassificação ao proferir a sentença”;

11. — Ora, no caso, foi o paciente denunciado como incurso nas sanções do art. 154 do Código Penal,

“violação de segredo profissional”, punido com pena de detenção de três a um ano, tendo a resp. sentença desclassificado o fato para o crime definido no art. 325 do Código Penal, “violação de sigilo profissional”, punido com pena de detenção de seis meses a dois anos;

12. — Sem dúvida todos os elementos da nova capitulação se encontram descritos na denúncia, mas, decorrendo da capitulação a imposição de pena mais grave, a hipótese se situa na letra *b* supra, e, portanto, impunha-se a baixa dos autos para ser oferecido o necessário aditamento;

13. — Assim, não tendo procedido o MM. Juiz, embora, sem dúvida alguma, a verdadeira e própria capitulação seja que deu na resp. sentença, nula se apresenta esta, por infração ao princípio da congruência entre a acusação e a condenação, com a conseqüente aplicação de pena mais grave;

14. — Já o outro fundamento é de manifesta improcedência, pois a ausência de fundamentação quanto à fixação da pena, quando o Juiz a fixa no prazo mínimo, passa a constituir mera irregularidade, já que da omissão nenhum prejuízo acarreta para o réu, que não pode-

ria ser condenado a uma pena menor;

15. — Assim, pelas razões expostas, opinamos no sentido de que se conceda, desde logo, a ordem de *habeas corpus* para decretar a nulidade da sentença, a fim de que o MM. Juiz proceda na conformidade do disposto no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.”

Adotando, Sr. Presidente, como já disse, as conclusões deste Parecer, é que concedo o *habeas corpus*, declarando a nulidade da respeitável sentença, *data venia* do seu digno prolator, a fim de que seja obedecido o que dispõe expressamente o parágrafo único do já citado art. 384 do Código de Processo Penal.

Desta decisão, se adotada pelos demais pares, determino que se faça juntar cópia autêntica aos autos da Apelação Criminal nº 1.947, de que sou Relator, para oportuna apreciação.

É o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, concederam a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Mins. Henoch Reis, Néri da Silveira e Márcio Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

HABEAS CORPUS N.º 2.710 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis

Paciente — Reinaldo Trídico

Impetrante — O mesmo

EMENTA

Habeas corpus que se concede, sem prejuízo da ação penal, para que o réu se defenda em liberdade, dado o excesso de prazo na formação da culpa.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos conceder a ordem de *habeas corpus*, unanimemente, na

forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de fevereiro de 1972. — Márcio Ribeiro, Presidente; Henoch Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Trata-se de pedido de *habeas corpus*, formulado por Reinaldo Trídico, com fundamento em excesso de prazo para a conclusão do processo.

Alega o paciente que foi preso preventivamente no dia 12 de agosto de 1971, interrogado a 20 de setembro e, até à data da impetração, 1º de dezembro findo, não havia sido concluída a formação da culpa.

Informa o MM. Dr. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Paraná o seguinte: O paciente realmente foi preso preventivamente a 12 de agosto e denunciado, juntamente com Jubert Rosa da Silva e Antônio Fidalgo, em 2 de setembro, como incurso nas penas do art. 289, § 1º do Código Penal, por passar notas falsas de cem dólares. Foram interrogados o paciente e o co-réu Antônio Fidalgo (este em liberdade). As testemunhas da acusação já foram ouvidas, com exceção de uma residente em Paranaguá e outra em Mandaguari, para cujas Comarcas foram expedidas precatórias. Adiantam as informações que a demora do processo é em virtude da citação por Edital do réu Jubert Rosa da Silva, que não compareceu e foi declarado revel.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): O excesso de prazo para a formação da culpa é uma das modalidades de coação ilegal, porque, na hipótese, o denunciado permanece preso por mais tempo do que determina a lei, e, assim, autoriza a concessão de *habeas corpus*, nos termos do item II do art. 648 do Cód. Proc. Penal.

Mas, justificado o excesso, este fundamento não vale para o deferimento do *bill* de liberdade, de acordo com o que vem decidindo esta Egrégia Turma. E isto acontece quando o excesso encontra guarida no dispositivo do art. 403 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

“A demora determinada por doença do réu ou do defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art. 401.”

Tanto a doutrina, como a jurisprudência se harmonizam no entendimento de que os artigos 401 e 403 se hão de interpretar em conjunto, condicionando-se a exigência determinada no primeiro à ocorrência, ou ocorrências, indicadas no segundo.

Verificando-se, pois, qualquer dos motivos apontados no art. 403, não há como falar em atraso na instrução do processo.

Mas, a regra desse dispositivo legal não é absoluta, como não o é a do art. 401.

Do exame dos autos, verifica-se que o paciente se encontra preso desde o dia 12 de julho de 1971, permanecendo à disposição da Polícia Federal até 12 do mês seguinte, quando lhe foi decretada a prisão preventiva, passando então à disposição do Dr. Juiz Federal.

Interrogado no dia 20 de setembro, a 23 começou a fluir o prazo de vinte

dias para a audiência das testemunhas de acusação (parágrafo único do art. 401).

Decorridos noventa dias da prisão, isto é, a 12 de outubro, o paciente requereu relaxamento da prisão, alegando que o processo ainda não saíra da fase inicial, “sem que a formação da culpa se tenha iniciado” (fls. 18/19).

O pedido foi indeferido, atendo-se os motivos da douta Procuradoria da República, que alegou falta de amparo legal e que se tratava de delito grave, e o acusado era reincidente (fls. 19-verso e 20 dos autos).

Após 130 dias (22 de novembro), voltou o ora paciente a insistir no relaxamento da prisão preventiva, sob o fundamento de excesso de prazo para a instrução criminal (fls. 21/2). Novamente ouvida, assim se pronunciou a Procuradoria:

“Persistem as razões para o indeferimento do pedido de liberdade. . . . já se efetivou a citação por edital, devendo assim ter prosseguimento a ação, inquirindo-se as testemunhas” (fls. 22-v).

Motivando, assim, o despacho de fls. 23, em que o MM. Dr. Juiz, após indeferir o pedido, determinou a expedição de precatória para audiência da testemunha residente em Paranaguá, ordenando, ao mesmo tempo, que a Secretaria designasse dia e hora para a audiência da testemunha residente em Curitiba.

A carta precatória para a Comarca de Paranaguá foi expedida em 25 de novembro, e a primeira testemunha arrolada pelo Ministério Público ouvida no dia 17 de janeiro último (fls. 27/28).

Vê-se, pois, que não se justifica a demora na formação da culpa, à luz do disposto no art. 403 do Cód. Proc. Penal.

A carta precatória, em referência, foi expedida em 25 de novembro, isto é, mais de dois meses após a expiração do prazo para o término da formação da culpa, e a primeira testemunha de acusação ouvida depois de quase quatro meses de expirado o referido prazo.

Conclui-se facilmente que o atraso na demora para a conclusão do processo não decorreu de dificuldades em ouvir as testemunhas residentes fora da jurisdição do Dr. Juiz processante, e sim, do atraso na expedição da precatória. Outro tanto ocorreu com a testemunha residente no foro em que corre a ação a qual foi ouvida, como já ficou dito, quase quatro meses depois de expirado o prazo para a conclusão da instrução criminal.

Entendo, Sr. Presidente, que, na espécie dos autos, não ocorreu qualquer dos motivos assinalados no art. 403 do Código, capaz de justificar a demora na instrução do presente processo.

Com estas considerações, concedo a ordem para que o paciente se veja processar em liberdade, a não ser que, a esta altura, já tenha o ilustrado Dr. Juiz proferido sentença.

Quero ressaltar que, neste voto, em que concedo o *habeas corpus* por excesso de prazo, não vai nem sombra de censura ao ilustre Dr. Juiz Federal a quem está afeto o presente caso, o qual vem servindo à Justiça com elo e cultura. É meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por decisão unânime, concederam a ordem de *habeas corpus*. Os Srs. Mins. Néri da Silveira, Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

HABEAS CORPUS N.º 2.719 — GO

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila

Paciente — Joaquim Ribeiro Valadão

Impetrante — Carime Afiune

EMENTA

Delito do art. 334, § 1º, letras *c* e *d*, do Código Penal. *Habeas corpus*. Seu deferimento, em parte, para reduzir a pena imposta a um ano de reclusão, dado que a mesma é manifestamente injurídica e contrária ao direito. Além da desigualdade quanto à condenação do paciente e a do co-réu, ocorre também erro de direito de parte da sentença. Reconhecida para ambos os réus a ausência de antecedentes criminais, conforme evidencia o bom proceder anterior dos mesmos, sem qualquer agravante, a pena a aplicar deveria ter sido fixada no mínimo, como o foi para o co-réu.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conceder em parte a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente a um ano de reclusão, nos termos do art. 334, § 1º, alínea *c*, do Código Penal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 8 de março de 1972. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): Carime Afiune, advogada com domicílio em Goiânia, requer a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Joaquim Ribeiro Valadão, piloto civil, residente no Setor do Aeroporto, naquela capital.

Alega a impetrante que foram denunciados como incurso nas sanções do art. 334, § 1º, letras *c* e *d* do Código Penal, o paciente e Gedeon Miguel de Oliveira e, afinal, condenados, respectivamente,

às penas de 1 ano e 6 meses e de 1 ano de reclusão, pelo Juiz Federal de Goiás, conforme consta de sentença proferida em 6 de agosto de 1971. E prossegue, acentuando que: (lê inicial)

“Segundo a melhor orientação doutrinária inspiradas nos ensinamentos..... por ser de justiça.”

Solicitadas as informações de estilo, a autoridade coatora prestou-as longamente, de folhas 5 a 41, transcrevendo o teor da sentença e elementos probatórios constantes dos autos.

Indo os autos com vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, esta, em parecer da lavra do provector Dr. 4º Subprocurador-Geral da República Henrique Fonseca de Araujo, assim se pronunciou:

“Joaquim Ribeiro Valadão foi condenado por sentença do MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária de Goiás à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 334, § 1º, alínea *c* do Código Penal. Apresentou-se à prisão, e, na mesma data, seu Defensor manifestou desistência do recurso de apelação.

Em seu favor é impetrada, agora, a presente ordem de *habeas corpus*, sob fundamento de ser nula a r. sentença condenatória, não só porque não fundamentada a pena-base, fixada em dois anos e seis meses de reclusão, como porque reconhecendo, a seguir, tanto em relação ao paciente como ao co-réu Gedeon de Freitas, a ausência de agravantes e se tratar de criminosos primários e de bons antecedentes, fixou diversamente a pena para ambos, condenando o primeiro a 1 ano e 6 meses de reclusão, e o segundo à pena do grau mínimo, ou seja, um ano de reclusão.

Alega ainda a douta impetrante a nenhuma valia da manifestação de desistência do recurso de apelação, de resto não manifestado, por não dispor o defensor do paciente de poderes para desistir.

Solicitadas informações, prestou-as o MM. Dr. Juiz Federal, confirmando a condenação do paciente e juntando elementos do processo, entre os quais telegrama da Delegacia da Polícia Federal de Manaus, dizendo que o paciente fora preso em flagrante naquela cidade, como incurso nas sanções do art. 334, combinado com o art. 13, II, do Código Penal, ou seja, tentativa de descaminho.

É pacífico que o *habeas corpus* não é meio idôneo para corrigir injustiça ou ilegalidade de sentença condenatória, quanto à fixação da pena. Aliás, não é isso que pede a douta impetrante, mas, sim, a decretação de sua nulidade. Têm, porém, os Tribunais, excepcionalmente, acolhido o *habeas corpus* para diminuir a pena imposta, quando

não se trata de apreciação de matéria de fato, mas, sim, exclusivamente jurídica, visando a excluir parcela certa da pena imposta, uma vez demonstrada sua injuridicidade, e não apenas sua injustiça.

Por outro lado, firmaram os Tribunais que a falta de fundamentação quanto à fixação da pena não determina a nulidade da r. sentença, quando foi aquela fixada no seu grau mínimo, já que da falta de fundamentação nenhum prejuízo decorrerá para o réu.

No caso, sem dúvida, a r. sentença peca quanto à falta de fundamentação da pena-base. Fazendo apenas alusão às circunstâncias judiciais do art. 42 do Código Penal, sem sequer reproduzi-las, e, muito menos, sem fazer consideração sobre elas, a r. sentença fixou a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão. Em seguida, reconhecendo expressamente a ausência de agravantes em relação a ambos os acusados, bem como serem eles primários e de bons antecedentes, fixou diversamente a pena definitiva: 1 ano e 6 meses para o paciente e 1 ano para o co-réu.

Sem dúvida é contraditória a r. sentença nesse particular. Mas, mais do que isso, é injurídica, pois reconhecendo a ausência de quaisquer agravantes e, ao mesmo tempo, a primariedade dos réus e seus bons antecedentes, somente poderia impor a ambos como pena definitiva, a pena fixada em lei no seu grau mínimo, ou seja, um ano de reclusão.

Portanto, enquadra-se a hipótese nas exceções admitidas pela jurisprudência quanto à possibilidade de redução da pena imposta através de *habeas corpus*, pois se trata de

erro de direito, sem nenhuma indagação quanto à matéria de fato. Quanto à justiça ou injustiça da condenação, só através do recurso próprio poderá ser apreciada.

Assim, pelas razões expostas, opinamos no sentido de que seja concedida, em parte, a ordem de *habeas corpus* para o fim de reduzir-se a pena imposta ao paciente a um ano de reclusão, grau mínimo previsto pela lei penal aplicável à espécie”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Sem dúvida que assiste razão à douta Subprocuradoria-Geral da República em seu erudito e bem elaborado parecer.

Este é um caso em que, por via de *habeas corpus*, lícito se torna mitigar a pena imposta, dado que a mesma é manifestamente injurídica e contrária ao direito. Além da desigualdade quanto à condenação do paciente e a do co-réu, ocorre também erro de direito de parte da sentença. Reconhecido para ambos os réus a ausência de antecedentes criminais, conforme evidencia o bom proceder anterior dos mesmos, sem qualquer agravante, a pena a aplicar deveria ter sido fixada no mínimo, como o foi para o co-réu.

E, assim sendo, estou em que se impõe, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, o deferimento em parte da ordem para reduzir a pena imposta ao paciente a um ano de reclusão, nos termos do art. 334, parágrafo 1º, letra c, do Código Penal.

Neste sentido é meu voto.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda: Sr. Presidente. Sou, por princípio, infenso à

redução da pena em *habeas corpus*. Mas, dadas as características do caso, não farei restrições. Estou de acordo com V. Exª.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins: Sr. Presidente. Faz pouco tempo concedi *habeas corpus* por falta de fundamentação da sentença condenatória. Nesta oportunidade, verificando-se o mesmo motivo, concedo a ordem por manifesta nulidade da decisão, sem prejuízo da ação penal, que deve prosseguir.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente. Meu entendimento corresponde àquele exposto pelo Ministro Moacir Catunda e também pelo Ministro Peçanha Martins.

Lembro-me do caso que S. Exª, o Sr. Ministro Peçanha Martins, menciona, embora fosse um pouco diferente.

Ali, a ausência de fundamentação era na própria condenação, e não apenas na dosagem da pena; aqui é só na dosagem da pena. Mas, mesmo assim, penso que tecnicamente a solução seria anular a sentença.

Pelas circunstâncias, apontadas pelo Ministro Moacir Catunda, acompanho, porém, o pronunciamento de S. Exª com as mesmas ressalvas por ele feitas, tanto mais que o Ministério Público, através da douta Subprocuradoria-Geral da República, contenta-se com a pena mínima.

Assim sendo, parece inútil anular a sentença e mandar que o Juiz profira outra.

Por isso, com a ressalva do meu entendimento, fico de acordo com o Sr. Ministro Moacir Catunda e acompanho o voto por V. Exª proferido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Concedeu-se em parte a ordem para reduzir a pena imposta ao paciente a um ano de reclusão, nos termos do art. 334, § 1º, alínea c, do Código Penal, vencido o Sr. Min. Peçanha Mar-

tins, que concedia a ordem nos termos do pedido, ou seja, para anular a sentença por falta de fundamentos legais. Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO DE NACIONALIDADE N.º 591 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila

Embargante — União Federal

Embargado — O Venerando Acórdão de fls. 33

EMENTA

Nacionalidade. Irregularidade na representação do recorrido. Embargos de declaração. Seu recebimento para converter o julgamento em diligência, para que, uma vez sanado o vício apontado, o Dr. Juiz *a quo* se pronuncie novamente sobre o pedido. E, caso haja por bem deferi-lo, tal como o fez anteriormente, interponha o competente recurso de ofício para este Tribunal.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 10 de março de 1972. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): A União Federal ofereceu os presentes embargos de declaração ao venerando acórdão de fls. 33, cuja ementa está assim consubstanciada:

“Nacionalidade. Quando o processo revela a observância das exigências legais concernentes à opção pela nacionalidade brasileira, nega-se provimento ao recurso necessá-

rio, interposto da decisão homologatória do pedido.”

Em seus embargos sustenta a ora embargante o fato de que o recorrido, ainda menor impúbere, necessitava de assistência de seu pai e tutor nato para outorgar procuração e, conseqüentemente, ingressar em Juízo com o atual pedido; de nada valendo o documento de fls. 4. Já em seu parecer, insurgira-se contra o aludido documento, que é uma procuração por instrumento particular, outorgada somente pelos pais do embargado, representando-o ao invés de o assistir. E, ainda, acentua que o documento de fls. 3 é uma procuração outorgada somente pelo embargado, menor impúbere, sem assistência de seus pais. A representação dos nobres advogados em Juízo encontra-se totalmente irregular. E os atos por ele praticados não podem, por isso, vingar. Em conseqüência, pretende a União Federal o recebimento dos presentes embargos para que se anule o processo *ab initio*,

dada a ocorrência de irregularidade insanável quanto à representação do embargado.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Sem dúvida que assiste razão à embargante, no que toca à pretendida anomalia quanto à representação do recorrido, ora embargado, Sérgio Medina Valls. Sendo ele menor impúbere, deveria ter sido assistido por seus pais. Por isso a procuração constante de fls. 3 não se reveste de validade jurídica. Todavia, parece-me que a solução mais consentânea com o caso não seria a nu-

lidade *ab initio* do processo, mas, sim, a conversão de julgamento em diligência, para que, uma vez sanado o vício apontado, o Dr. Juiz *a quo* se pronuncie, novamente, sobre o pedido. E caso haja por bem deferir-lo, tal como o fez anteriormente, interponha o competente recurso de ofício para este Tribunal. Para esse efeito é que se me afigurava devam ser recebidos os embargos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, foram recebidos os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

RECURSO DE NACIONALIDADE N.º 641 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda

Recorrente — Juiz Federal da 7.^a Vara, *ex officio*

Recorrido — Eduardo Nuno Ferreira de Souza, por sua filha Fernanda Silva Ferreira de Souza

EMENTA

Nacionalidade. É brasileiro nato, mas dependente de futura residência no Brasil e opção, o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, não estando estes a serviço do Brasil, ainda que registrado no Consulado do Brasil ou outra repartição brasileira competente no exterior. Interpretação do art. 145, I, c, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1971. — *Godoy Ilha*, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): A sentença do Juiz Federal Dr. Mario Antonio Ferreira Milano, com apoio do Dr. Procurador da República em São Paulo e da Subprocuradoria-Geral nesta Instância, deferiu a transcrição, no Registro Civil, do termo de nascimento da menor Fernanda Silva Ferreira de Souza, ora residente com seus pais em São Paulo, nascida no estrangeiro em 18-1-68, de mãe brasileira, não estando esta a serviço do Brasil, tendo sido re-

gistrado o nascimento no Consulado do Brasil.

Declarou a sentença que do termo constaria a natureza provisória da transcrição, que se tornará definitiva se, ao alcançar a maioridade, a menor dentro de quatro anos optar pela nacionalidade brasileira (fls. 14/15).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Com ligeiras alterações de redação sobre a Constituição de 1967, dispôs a E. C. nº I, de 1969, no art. 145, nº I, c, que são brasileiros:

“os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam estes a serviço do Brasil, desde que registrados em repartição brasileira competente no exterior ou, não registrados, venham a residir no território nacional antes de atingir a maioridade; neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira.”

Aparentemente, tratar-se-ia de inovação profunda em relação à Carta de 1946.

Estaria aí estabelecido novo caso de nacionalidade brasileira para os nascidos de pai brasileiro ou mãe brasileira no exterior: embora não estando estes a serviço do Brasil, seria brasileiro nato o filho, independentemente de qualquer outra condição, desde que registrado em repartição brasileira competente no exterior.

Essa hipótese, ao lado da outra do mesmo inciso, do filho nascido nas mesmas condições mas não registrado na repartição brasileira, teria tratamento diferente.

Na primeira, haveria nacionalidade brasileira originária absoluta. No segundo, nacionalidade brasileira condicionada à futura vinda para residência no Brasil antes de atingida a maioridade e, alcançada esta, à manifestação de opção pela nacionalidade brasileira.

Seriam dois casos diversos. Num, a nacionalidade brasileira reconhecida desde o nascimento, sem dependência de preenchimento de condições futuras. No outro, a nacionalidade dependente de opção, observada, ainda, a condição da vinda para o Brasil antes de atingida a maioridade.

O caso dos autos é da primeira espécie.

A menor já seria brasileira nata, independentemente de qualquer outra condição ou manifestação.

Essa a interpretação que resultaria, *prima facie*, da ambígua redação do texto.

Dá-se, porém, que tal entendimento não se conforma com os princípios que norteiam o sistema brasileiro sobre nacionalidade, que se relacionam com a doutrina do *jus soli*.

Compreende-se que seja brasileiro nato, independentemente de opção, o nascido no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, estando os pais a serviço do Brasil.

Nesse caso, o pai ou a mãe estão no estrangeiro em consequência de sua vinculação ao Brasil, através do serviço que exercem.

O nascimento no estrangeiro foi imposição dessa circunstância, e não resultado de absenteísmo, desrelacionamento com o país de origem, ou interesse privado.

Presente, assim, na origem, elemento de ligação ao solo pátrio, o nascido nes-

sas condições é brasileiro nato, independentemente da realização de qualquer outra condição.

Já o mesmo não ocorre com o nascido de pai brasileiro ou mãe brasileira que não se achavam no exterior a serviço do Brasil.

Não há, no nascimento, outro elemento de ligação com a nacionalidade brasileira senão o decorrente do princípio do *jus sanguinis*.

A situação é a mesma quer se registre a criança na repartição brasileira no exterior, quer não se registre. Essa é providência dos pais, que nada acrescenta à condição, que não perfilhamos, da nacionalidade pelo sangue.

É preciso, pois, tanto no caso de registro no Consulado, quanto no caso de registro fora dele, que, para integrar na relação um elemento filiado ao sistema do *jus soli*, o indivíduo venha realizar outra ou outras condições, que o vinculem ao país da desejada nacionalidade.

Essas condições são as mesmas, numa ou noutra modalidade do registro de nascimento: que o nascido venha residir no território nacional antes de atingir a maioridade e, alcançada esta, opte pela nacionalidade brasileira.

Assim, a expressão “neste caso”, do texto constitucional, deve ser interpretada como referida ao caso do inciso c, em suas duas modalidades, e não apenas ao caso consistente na primeira modalidade.

O registro no Consulado (ou em outra repartição brasileira competente no exterior) não poderia ter a significação

decisiva de determinar, por si só, a nacionalidade brasileira, cabendo, de resto, acentuar que as autoridades do país do nascimento não prescindem do registro local, feito compulsoriamente através de comunicação das maternidades e clínicas. Assim, um indivíduo, nascido no estrangeiro, com registro de nascimento feito concomitantemente no Consulado brasileiro e na repartição local, se outra qualificação não se lhe exigisse, ficaria em condições de invocar, simultaneamente, as duas cidadanias.

Encontra apoio, este modo de ver, na lição de Haroldo Valladão, a dizer que a “redação pouco feliz”, com a novidade “registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados”, “não alterou o princípio, não dispensou os dois requisitos básicos, da residência no Brasil até à maioridade, e da opção dentro de quatro anos”. (*Direito Internacional Privado*, 2ª ed., 1970, pág. 294).

Pelo que acabo de expor, o meu voto é no sentido de considerar adequado para a espécie o procedimento adotado nestes autos e, visto que as formalidades legais foram observadas, confirmar a sentença recorrida.

Nego provimento ao recurso *ex officio*.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento, por unanimidade. Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Godoy Ilha*.

RECURSO DE NACIONALIDADE N.º 707 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila

Recorrente — Juiz da Comarca de São Bernardo do Campo, *ex officio*

Recorrida — Amélia Schirm

EMENTA

Opção de nacionalidade. Recurso provido para anular o processo *ab initio* por incompetência de Juízo, ressalvado à parte o direito de renovar o pedido perante a Justiça competente, ou seja, a federal.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso para anular o processo por incompetência de Juízo, ressalvado à parte o direito de renovar o pedido perante a Justiça Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de novembro de 1971. — Henrique d'Ávila, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): A espécie foi assim exposta e decidida pelo Dr. Juiz da 1ª Vara de São Bernardo do Campo:

“Amélia Schirm, nascida em Goppingem, Alemanha, em 12 de março de 1949, filha de Ove Schirm, brasileiro, e Ilse Laura Almagoing Schirm, alemã, residente nesta Comarca, na rua da Banda nº 720, requer lavratura de termo de opção de nacionalidade.

O pedido encontra-se regularmente instruído com os documentos pertinentes, conforme fls. 3, 11 e 17.

A douta Promotoria Pública manifestou-se pelo deferimento.

Decido.

A requerente, juntando os documentos necessários, certidões de nascimento própria e do progenitor, requereu oportune tempore lavratura de termo optativo de nacionalidade, facultade constitucional regulada pela Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 4.145 de 20-10-1966, contando com parecer favorável da douta Promotoria Pública.

Face ao exposto e mais o que dos autos consta, uma vez atendidas as exigências legais, determino a lavratura do termo competente, bem como autorizo a respectiva transcrição no Registro Civil, referentemente a opção de nacionalidade formulada por Amélia Schirm.”

Desta decisão recorreu de ofício seu ilustrado prolator, e nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República assim se pronuncia de fls. 24/26:

“A recda., maior, solteira, nascida no estrangeiro, filha de pai brasileiro, residente no Brasil, requereu opção definitiva pela nacionalidade brasileira, juntando diversos documentos.

O permissivo legal encontra-se atualmente no art. 145, I, letra c, da Constituição de 1969 (EC nº 1), e nos arts. 1º, II, e 3º da Lei nú-

mero 818/49, este último dispositivo com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.145/66.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Bernardo, do Estado de São Paulo, julgou procedente o pedido, interpondo recurso *ex officio* (art. 3º, § 2º, da Lei nº 818/49, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.145/66).

O documento junto por cópia xerox atende ao disposto no Dec. nº 2.148/40, e a conferência de que fala o art. 225, do CPC, só é de existir-se quando a parte impugnar a cópia ou quando a determinar o magistrado que preside o processo, segundo predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Data venia, está a merecer reforma a respeitável sentença recorrida, eis que proferida por juiz incompetente *rationae materiae*.

Dispõe a Constituição de 1969 (EC nº 1):

“Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância:

X — os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação; as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização”.

O dispositivo mandamental é de clareza insofismável, não permitindo margem à mínima dúvida quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente caso.

A Lei nº 5.010/66 determina:

“Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12) os Juízes

estaduais são competentes para processar e julgar:

I — os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizadas contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas;

II — as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na Comarca;

III — os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária”.

A lei ordinária fez questão de ser casuística, sendo, portanto, a relação de feitos enumerativa e não exemplificativa, e entre eles não vemos colocada a opção definitiva ou provisória pela nacionalidade brasileira.

Assim, opinamos pelo provimento do recurso *ex officio*, a fim de decretar-se a nulidade do feito *ab initio*, por incompetência *rationae materiae* do MM. Juiz *a quo*, ressalvado à recda. o direito de renovar seu pedido, tempestivamente, ou seja, até os 25 anos de idade, perante a competente Justiça Federal.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Meu voto harmoniza-se com o propugnado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Sem dúvida que o caso foi apreciado e decidido por Juiz manifestamente incompetente para fazê-lo.

Assim sendo, não nos resta senão anular o processo *ab initio* por incompetência de Juízo, ressalvada à parte o direito de renovar o pedido perante a Justiça competente, ou seja, a federal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso para anular o processo por incompetência de Juízo, ressalvada à

parte o direito de renovar o pedido perante a Justiça Federal. Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

REVISÃO CRIMINAL N.º 246 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães

Requerente — Temístocles Gomes da Rocha

EMENTA

Revisão Criminal que se indefere por falta de prova.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade de votos, indeferir a revisão, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 5 de agosto de 1971. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Jarbas Nobre* (Relator): Temístocles Gomes da Rocha era Coletor Federal na cidade do Cabo, Estado de Pernambuco.

Em julho de 1962, abandonou sua repartição sem passar o exercício do cargo ao seu substituto, levando consigo documentos e chave do cofre da Coletoria e saldo da arrecadação.

Inquérito administrativo foi instaurado no curso, do qual se apurou ter esse servidor dado um desfalque superior a Cr\$ 8.000.000,00.

Foi processado criminalmente e condenado a 2 anos de reclusão e à multa de Cr\$ 5.000,00, como incurso no art.

312, do Código Penal, e à pena de 15 dias de detenção, do art. 323, do mesmo Código.

Por sentença de fls. 348/349v. foi decretada a extinção da punibilidade, pela prescrição.

Propõe-se revisão do processo, “no sentido de que bote abaixo a sentença”, por falta de prova.

Funda-se o pedido, em resumo, no seguinte: que o Tribunal de Contas, pela Provisão nº 132, de 12-9-68, foi o interessado julgado quite; que, em 16-7-62, nada devia à Fazenda Nacional; que nesta mesma data, foi internado em uma Casa de Saúde; que por sinal, oito contos de réis nada representava para o revisando que era proprietário de vários imóveis na cidade do Cabo, inclusive o prédio da Coletoria que construiu às suas custas; que foi acometido de psicose de arrombamento, chegando ao ponto de ir dormir na Coletoria, para evitar os ladrões; que não cometeu o crime que lhe foi imputado, porque estava em férias; que levou a chave do cofre para entregá-la na Delegacia Fiscal quando foi acometido de crise nervosa, com internamento em sanatório; que quatro dias antes dos alegados furto e fuga, já o médico de plantão da Casa de Saúde Miguel Couto, de Maceió, dizia que de-

via ser afastado de suas atividades a fim de submeter-se a tratamento psiquiátrico, de preferência em regime de internamento; que levou o saldo e a chave do cofre em razão de seu estado de psicose de assalto; que esteve internado durante 240 dias.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido do indeferimento da revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): O Tribunal de Contas deu quitação ao revisando com referência ao período de 1º de janeiro a 16 de julho de 1962 (fls. 9).

As tomadas de contas dos responsáveis por dinheiros públicos são feitas com base nos balancetes por eles levantados, vale dizer, nessa oportunidade não são realizados exames no caixa da repartição e não é levado a cabo serviço de auditoria.

Daí porque, nessa oportunidade, não ficou apurado que a 16 de julho de 1962, o revisando se afastara de sua Exatoria, levando consigo valores, talões do IAPI e a arrecadação do período de 1 a 13 desse mês.

Esse numerário, porque não fora contabilizado, não figura no balancete mensal da repartição e, via de consequência, não foi objeto de apuração quando as contas do responsável foram tomadas.

O certo é que o revisando cometeu peculato quando se apropriou do dinheiro sob a sua guarda e se afastou de sua sede e rumou para Maceió, exatamente no dia 16 de julho de 1962.

Por este processo procura demonstrar que nessa data compareceu à “Casa de

Saúde Miguel Couto”, para ser submetido a tratamento psiquiátrico, visto como, segundo alega, sofria de psicose de assalto ou de arrombamento.

Nos autos, em verdade, consta o documento de fls. 10, subscrito pelo Dr. Rostan Silvestre, da Casa de Saúde em causa, pelo qual se sabe que o revisando

“esteve sob tratamento psiquiátrico nesta Casa, em regime de semi-internato no período de 16 de julho de 1962 a 16 de março de 1963”.

Não há prova nos autos no sentido de que fora atacado de psicose de assalto; que por causa disto, dormia na Coletoria; que ao cometer o delito estava em estado de insanidade.

Tivesse ele se defendido no processo e no seu curso se submetido a exame pericial, talvez tivesse melhor e mais adequadamente provado o que agora pretende fazer de modo tão precário e insuficiente.

O revisando apresenta uma versão que absolutamente não convence. Que, com receio de arrombamento, deixara sua repartição, no Cabo, carregando valores para os entregar à Delegacia Fiscal, nesse meio tempo, piorara de seu estado mental e fora internado.

A prova colhida nos autos nos leva a conclusão diferente.

No dia 16 de julho de 1962, o revisando deixava a sua Coletoria e se dirigia, não a Recife, sede da Delegacia Fiscal, mas a Maceió, onde residia sua família, para aí, no mesmo dia, iniciar tratamento psiquiátrico, em regime de semi-internato. Fez viagem direta, com o evidente intuito de se apresentar à Casa de Saúde.

E não se diga que sua saúde mental se encontrava em situação por demais

precária que exigisse internação, pois, como se vê do atestado que ora traz, seu tratamento, embora prolongado, se fez, a partir do dia 16 de julho de 1962, em regime de semi-internato.

Ademais, diz o atestado médico que seu tratamento terminara em 16-3-63. A denúncia, entretanto, é de data posterior (15-4-63). Nada impedia, assim, que o revisando tivesse comparecido ao processo para defender-se.

Nessa ocasião, porque revel, nada provou a seu favor.

Não será agora, sem prova concreta, que poderá pretender absolvição.

Indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Min. *Jorge Lafayette Guimarães* (Revisor): Julgo improcedente a Revisão.

Alega o requerente ter sido condenado sem provas.

Não demonstra, porém, como exige o art. 621, I, do CPP, ser a sua condenação contra a evidência dos autos, mas, de certa forma contraditoriamente com a alegação feita, anexa provas das quais, segundo pretende, deverá resultar a sua absolvição, com fundamento nos arts. 22 e 19, III, do Código Penal — irresponsabilidade e estrito cumprimento de dever legal.

Para excluir a condenação pelo crime do art. 312 do Código Penal — peculato — apresenta certidão de quitação do Tribunal de Contas, datada de 12-9-68 (fls. 9), declaração de internamento em Casa de Saúde (fls. 10) e atestado médico

(fls. 22), além de atestados de conduta, fornecidos por diversas pessoas (fls. 16 a 21), que de modo algum não podem ser aceitos para a reforma da condenação que lhe foi imposta; sendo a quitação do Tribunal de Contas de 12-4-67, assim inclusive posterior à sentença, que é de 4-2-64, vale apenas como prova de que repôs a quantia da qual se apropriara, e os demais documentos não podem prevalecer para prova de não ser responsável, nos termos do art. 22 do Código Penal.

Quanto ao crime do art. 323 — abandono de função — limita-se a trazer aos autos o telegrama de fls. 14, de comunicação das férias que lhe foram concedidas, o que não legitima o seu desaparecimento, sem transmitir o cargo ao substituto, sem lhe entregar as chaves e sem fazer entrega da quantia em seu poder.

Por outro lado, tais documentos também não constituem novas provas, descobertas após a condenação, para justificar a revisão com fundamento no art. 64, III, do CPP.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, indeferiu-se a revisão. Os Srs. Mins. *Jorge Lafayette*, *Godoy Ilha*, *Amarílio Benjamin*, *Esdras Gueiros*, *Henoch Reis*, *Peçanha Martins* e *Néri da Silveira* votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceram os Srs. Mins. *Henrique d'Ávila*, *Márcio Ribeiro*, *Moacir Catunda* e *Decio Miranda*, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

DESPACHOS DO MINISTRO PRESIDENTE DO
TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 26.876 — GB (Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, e Coca-Cola Refrescos S.A.

Recorridos — Os mesmos

1. De decisão de Turma Julgadora deste Tribunal que à unanimidade confirmou sentença de 1º grau, recorrem extraordinariamente o Instituto Nacional de Previdência Social e Coca-Cola Refrescos S.A., o primeiro da parte em que considerou indevida a cobrança de contribuições previdenciárias e multas consequentes, sobre importâncias pagas a título de aviso prévio e abonos concedidos a empregados, e a segunda daquela em que a condenou ao pagamento de quantias correspondentes às contribuições sobre salários de trabalhadores avulsos.

O primeiro recorrente argúi, em relação a ambos os pontos que impugna, negativa de vigência ao art. 69, § 2º, da Lei nº 3.807, de 1960, e, quanto às contribuições sobre abonos, sustenta conflitar a decisão com a Súmula nº 241 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

A Coca-Cola Refrescos S.A., de sua vez, apoiando seu recurso apenas na alínea *a* da permissão constitucional, alega ter sido violado o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. O art. 69 da Lei Orgânica da Previdência dispõe, no seu § 2º, que “integram o salário de contribuição todas as importâncias recebidas, a qualquer título, pelo segurado em pagamento dos serviços prestados” e, assim, alcança os salários pagos, quer a título de aviso prévio, quer sob a forma de abono, importando em inaplicação da regra

aludida a exclusão, feita pelo acórdão, do cálculo do mesmo salário de contribuição, de ambas as parcelas referidas.

De outro lado, quanto ao abono, há dissídio de interpretação manifesto com a Súmula nº 241.

Por isso, admito o recurso do INPS por ambos os fundamentos.

Quanto ao segundo apelo não me parece aceitável a argüição de negativa de vigência a lei em que se arrimou.

A obrigatoriedade ou não do recolhimento de contribuições previdenciárias deve ser examinada frente à Lei Orgânica da Previdência Social, e esta depois de, no art. 5º, incluir os trabalhadores avulsos entre os segurados obrigatórios (inciso IV), no art. 69, letra *c*, estabelece que as empresas deverão recolher contribuições em quantia igual à devida pelos segurados a seu serviço, sem distinguir entre o empregado e o trabalhador avulso, que presta serviços eventuais.

Correta, portanto, a decisão quando entendeu que a recorrente estava obrigada a recolher contribuição de relação a tais trabalhadores.

Defiro o recurso do INPS e indefiro o de Coca-Cola Refrescos S.A.

Publique-se.

Brasília, 5 de outubro de 1971. — Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 27.670 — SP (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Nacional de Previdência Social

Recorrida — Indústria de Pneumáticos Firestone S.A.

1. Ação executiva proposta pelo INPS para cobrar contribuições sobre importâncias pagas por empregador a empregados a título de aviso prévio, veio a ser julgada improcedente por este Tribunal, em sua composição plenária, sob o fundamento de que a verba referida não constituía salário e sim indenização, não estando, por isso, sujeita ao desconto de contribuições previdenciárias.

Irresignado, recorre o exeqüente com apoio nas letras *a* e *d* do art. 119, inciso III, da Constituição, argüindo negativa de vigência, pelo julgado, ao art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, e dissentir ele da decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do R. E. 53.172, do qual foi relator o Sr. Ministro Hanemann Guimarães.

2. Reza a disposição cuja vigência se afirma ter sido negada:

“Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com antecedência mínima de:

I — Oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo anterior;

II — Trinta dias aos que receberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de doze meses de serviço na empresa.

§ 1.º — A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso prévio, garantida, sempre, a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2.º — A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.”

O legislador expressamente considerou salário a remuneração paga ao empregado durante o período de aviso prévio e determinou a integração do mesmo período no tempo de serviço respectivo, do que decorre que, admitindo-se tratar-se de simples indenização sobre a qual não incidem contribuições, não somente se negou aplicação ao conceito legal mas, ainda, possibilitou-se a interrupção na filiação do segurado à previdência, embora continue ele, durante o período referido, a manter contrato de emprego com o empregador.

Justifica-se, assim, o recurso pela letra *a*.

Também é ele cabível pela letra *d*, pois em sentido diverso ao da decisão recorrida decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal no aresto trazido a confronto, como se verifica dos votos proferidos, citados pelo recorrente, e, em especial, do pronunciamento do Ministro Victor Nunes Leal, ao precisar:

“Se o empregado tivesse recebido o aviso em sua forma normal, o que ele recebesse, durante o período de horário reduzido, seria, incontestavelmente, salário. Se não é dado o aviso, esse pagamento conserva o seu caráter de salário.”

Admito o recurso por ambos os fundamentos.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 22 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 45.064 — SP

(Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Edson Raimundo Pereira Borges e outros

Recorrida — União Federal

1. Postalistas e operadores postais do Departamento Nacional de Correios e Telégrafos, alegando que, como funcionários, estavam sujeitos a 32,30 horas semanais de trabalho, regime que não vinha sendo observado pela Administração, requereram mandado de segurança para que lhes fosse reconhecido direito:

“a) à prestação de serviços de 32,30 horas semanais;

b) ao repouso semanal;

c) ao descanso nos dias considerados feriados nacionais, ou competente vantagem pecuniária pelo trabalho efetuado nesses dias, ou ainda descanso em outro dia da semana para compensar o feriado trabalhado.”

A segurança, concedida na Primeira Instância, veio a ser cassada por decisão da Egrégia Primeira Turma deste Tribunal na qual se considerou, em resumo, que embora em tese compreendidos no regime do Decreto que invocaram, os impetrantes não tinham direito líquido e certo a determinado limite de hora de trabalho, podendo a administração optar entre o total de horas previsto no diploma legal referido ou pagar as horas excedentes.

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário, fundado nas letras *a* e *d* do art. 114, da Constituição de 1967, no qual se argüi ofensa ao princípio de isonomia desde que os recorrentes, não estando sujeitos a regime especial de trabalho, não poderiam cumprir horário diferente do adotado para os demais funcionários, de acordo com o Decreto nº 51.320. Sustenta-se no recurso, também conflitar o julgado recorrido com a Súmula nº 429.

2. Tenho o recurso como admissível pela letra *a*, pois se como a própria decisão entendeu estão os impetrantes subordinados, em tese, ao horário de trabalho fixado no Decreto nº 51.320, de 1961, assiste-lhes direito líquido e certo a vê-lo cumprido, pela Administração, importando em inaplicação da norma legal, a manutenção de horário diferente sem pagamento de horas extras.

Já quanto à letra *d* não foi comprovado o dissídio autorizador do apelo.

Admito o recurso pela letra *a*.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 24 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 46.381 — RS

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Recorridos — Antero Leivas Massot e José Domingos de Assis

1. Médicos aposentados do Estado do Rio Grande do Sul, que tinham no IAPC a situação de adjudicados, requereram

enquadramento como funcionários autárquicos com fundamento na Lei nº 4.069, de 1962. Foi-lhes exigida então a

manifestação de opção entre a situação de interinos do Estado e de médicos da autarquia federal e, como sustentassem a compatibilidade entre as duas, foram dispensados da última e daí terem requerido mandado de segurança.

A medida foi-lhes deferida pela sentença de 1º grau ao fundamento de que a dispensa ter'a que ser precedida de processo administrativo não realizado. Neste Tribunal, a Egrégia Segunda Turma confirmou tal decisão, por entender inexistir incompatibilidade entre a situação de aposentado e o exercício de função em outro órgão da administração pública, bem como de achar-se a matéria prejudicada em face do art. 97, inciso 4º, da Constituição de 1967, que permitira a acumulação de dois cargos de médico.

Inconformado recorreu o INPS da última decisão, argüindo negativa de vigência aos arts. 188, 189, 191 e 192, da Lei nº 1.711, de 1952, e sustentando ter dado à matéria interpretação conflitante com arestos do Egrégio Supremo

Tribunal Federal que citou pelas ementas.

2. O Constituinte de 1967, considerando a realidade nacional, houve por bem admitir, de forma expressa, a acumulação de dois cargos de médico. De todo razoável, portanto, foi a interpretação emprestada pela Turma à regra de proibição de acumulação a considerar que se norma constitucional posterior a alterara, tal alteração deveria ser levada em conta mesmo na solução de caso ocorrido na vigência de legislação anterior (Súmula nº 400).

De outro lado, não foi perfeitamente caracterizado o dissídio pretoriano, pois nos julgados trazidos a confronto não se enfrentou hipótese semelhante, isto é, proibição que desaparecera em virtude de nova regra constitucional.

Indefiro o recurso.

Publique-se.

Brasília, 19 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 46.847 — GB (Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Gilberto de Oliveira e outros

Recorrida — União Federal

1. Gilberto de Oliveira e outros bacharéis foram nomeados, em 1962, para o cargo de Procurador de 3ª Categoria do Lloyd Brasileiro PN, em caráter interino. Em 1964 foram exonerados, e, por isso, requereram mandado de segurança, que foi indeferido em ambas as instâncias.

Da decisão proferida neste Tribunal interpuseram recurso ordinário, convertido mais tarde em extraordinário, fundado nas letras *a* e *d* do permissivo

constitucional, e assentado nas alegações seguintes:

a) violação dos arts. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962; 50, da Lei nº 4.242, de 1963; e 83, parágrafo único, da Lei nº 1.711, de 1952;

b) desobediência, pelo julgado, à Súmula 21, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

2. O art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, previu o enquadra-

mento de servidores com mais de cinco anos de serviço e, conseqüentemente, não se poderia aplicar aos recorrentes que, ao serem exonerados, contavam cerca de dois anos.

Poderiam ser beneficiados, entretanto, pelo art. 50 da Lei nº 4.242, de 1963, que assegurou aos interinos a permanência nos cargos até que, completado o quinquênio, fossem enquadrados como funcionários efetivos. Para isso, porém, seria necessário que não houvesse

sido contrariado, pelas nomeações, o Decreto nº 51.504, de 1962, que as proibiu taxativamente, o que as tornava nulas.

Impossível, assim, aceitar-se a argüição de negativa de vigência de lei invocada no recurso.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 10 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 49.081 — SP (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Nacional de Previdência Social, INPS

Recorrido — José Antônio Rogé Ferreira

Funcionário do IAPC que tivera os seus direitos políticos suspensos por dez anos na forma prevista no art. 10 do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, requereu mandado de segurança contra a suspensão do pagamento de seus vencimentos, determinada pelo Delegado da autarquia no Estado de São Paulo, sendo-lhe deferida a medida em ambas as instâncias.

Inconformado, recorre o INPS argüindo:

a) negativa de vigência ao art. 173, da Constituição de 1967, e ao art. 10 do Ato Institucional nº 1, desde que, afirma, tendo sido a providência contra a qual se requerera a segurança conseqüência de aplicação do último dos dispositivos ditados, não poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário;

b) negativa de vigência ainda ao art. 136 da Constituição de 1946 e ao art. 22 da Lei nº 1.711, de 1952, de acordo com os quais o gozo dos direitos políticos seria essencial à detenção de cargo público.

Os argumentos não procedem.

O Ato Institucional nº 1 previu duas hipóteses diferentes nos seus arts. 10 e 7º e, enquanto no primeiro atribuiu aos Comandantes-em-Chefe e, posteriormente, ao Presidente da República, poderes para suspender direitos políticos, no último deferiu ao Chefe do Poder Executivo poderes para demitir, por em disponibilidade ou aposentar servidores.

Ao impetrante foi aplicada tão-somente a providência prevista no art. 10 e, assim, não seria possível considerá-lo demitido do serviço público, quando tal medida teria que ser adotada com base no art. 7º.

O ato excluído de apreciação judicial, portanto, era o de suspensão de direitos políticos, e não o da Administração do IAPC, que determinara a sustação do pagamento dos vencimentos.

Não há de outro lado como admitir-se negativa de vigência ao art. 143, da Constituição de 1946, porque derogado, no particular, pelo Ato Institucional nº 1, desde que, se neste se previra, além da suspensão dos direitos políticos, a aplicação da pena de demissão ou a aposentadoria ou disponibilidade de servidor, foi porque se considerou possí-

vel, em relação aos punidos pelo art. 10, a conservação da condição de funcionário, mesmo com direitos políticos suspensos.

O recurso, assim, não merece prosperar.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 10 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 49.488 — PE (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Nacional de Previdência Social, INPS

Recorrido — A. M. Andrade

Titular de firma individual requereu, em 1964, o parcelamento de débito para com a Previdência Social, e sem que tivesse sido apreciado o seu pedido pela Administração, foi-lhe comunicado, em 1965, que seria impossível o parcelamento pretendido, o que motivou a impetração de mandado de segurança a fim de compelir o Instituto a receber a dívida em oito prestações mensais, independentemente de aplicação de correção monetária.

Sentença confirmada neste Tribunal deferiu o *writ* à consideração de que a responsabilidade pelo retardamento no recolhimento das contribuições caiba à autoridade que se omitira na apreciação do pedido de parcelamento, sendo, por isso, indevida a correção monetária.

Contra a decisão confirmatória recorre extraordinariamente a autarquia, alegando, apenas, negativa de vigência de

lei federal (art. 7º, § 8º, letras *a*, *b* e *c*, da Lei nº 4.357, de 1964). Afirma que, ante esses dispositivos, impossível seria o deferimento do pedido do impetrante, porque, dado o valor do débito (Cr\$. . 550,00), a lei só permitia o pagamento, no máximo, em duas prestações.

Tal afirmativa não afasta a razoabilidade do entendimento vitorioso na decisão recorrida de que, se a demora no recolhimento do débito se dera por culpa da Administração, que não apreciara oportunamente o pedido de parcelamento, impossível seria recair sobre o contribuinte o ônus da correção monetária conseqüente. A hipótese tem perfeita adequação a Súmula 400.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 5 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA N.ºs 54.473, 58.073, 63.378 — GB

(Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Augusto Godoy e outros

Recorrida — União Federal

1. Com fundamento nas letras *a* e *d* do dispositivo constitucional próprio, corretores de seguros insurgem-se con-

tra acórdão de Turma deste Tribunal, que considerou incompatível o exercício de sua profissão com o de emprego

público ou trabalho em companhia seguradora.

Alegam os recorrentes que a decisão impugnada ofendeu o princípio constitucional de garantia ao direito adquirido (art. 150, § 3º, da Constituição de 1967), uma vez que eles já vinham praticando a corretagem de seguros concomitantemente com outras atividades, antes de entrar em vigor a Lei nº 4.594, de 1964, que passou a disciplinar a profissão, cujo art. 31 ressaltava a possibilidade de acumulação aos que se encontrassem com a situação jurídica constituída.

Em abono do direito vindicado, trazem a confronto o acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma) no R.M.S. 19.083, de que foi relator o Sr. Ministro Evandro Lins, assim ementado:

“Corretor de Seguros. Lei nº 4.594 de 29-12-64, que veda ao corretor de seguros aceitar ou exercer emprego público.

Direito adquirido a esse exercício, nos termos da regulamentação anterior. Recurso provido.”

2. A argüição de ofensa a direito adquirido não tem procedência, *data venia*. A Lei nº 4.594, de 1964, ao regular a profissão dos corretores de se-

guros, encontrou situações de fato e não de direito, contrárias às normas que estabeleceu, e, assim, a sua aplicação teria que levar, como entendeu a decisão recorrida, à opção por parte dos que a exerciam cumulativamente com emprego público ou trabalho em companhia seguradora, entre uma e outra atividade. Daí não haver realmente ressaltado a possibilidade de continuação dos que já eram corretores em situação contrária à que proibiu, dispensando-os, tão somente, do cumprimento de formalidades exigidas para os que pretendessem, a partir de sua data, continuar a exercer a mesma profissão (art. 31 c/c os arts. 3º, 4º e 5º).

Quanto ao julgado trazido a confronto para justificar o recurso pela letra *d*, está superado por decisão do plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido ao apreciar os Embargos no Recurso Extraordinário 68.771, e publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 56, pág. 179.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 3 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 63.763 — GB (Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Hércio Francisco e outros

Recorrido — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, DNER

1. Servidores do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem impetraram mandado de segurança para lhes ser assegurado o direito à contagem, para o efeito de gratificação adicional e licença especial, de tempo de serviço prestado mediante contrato de trabalho,

antes de serem efetivados como funcionários públicos.

A sentença de primeiro grau deferiu o *writ*, na parte relativa aos quinquênios, denegando-o de referência à licença especial. Essa decisão foi reformada por acórdão de Turma deste Tri-

bunal que indeferiu totalmente o pedido.

Inconformados, recorrem os servidores com fundamento nas letras *a* e *d*, da permissão constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 1º, da Lei nº 2.284, de 1954, art. 10, § 2º, da Lei nº 4.343, de 1963, e, especialmente, ao art. 9º, do Decreto-lei nº 512, de 21-3-69, que estabelece:

“Aos atuais integrantes dos quadros de pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, é assegurada a contagem, para todos os efeitos, do tempo de serviço prestado sob regime trabalhista ou como diarista de obras, desde que o serviço tenha sido prestado ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem.”

Para comprovar o dissídio jurisprudencial, trazem a confronto acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no R.E. 53.231, cuja ementa consigna:

“Gratificação adicional. Não viola a lei decisão que manda computar, para sua percepção, o tempo de serviço prestado a qualquer título em repartição pública. Recurso extraordinário não conhecido.”

2. A Lei nº 1.765, de 18 de dezembro de 1952, no parágrafo único do art. 13, dispôs que “o pessoal de obras nomeado ou admitido em qualquer das categorias de servidor público da União contará, para efeito de aposentadoria, o tempo de serviço efetivamente prestado em obras realizadas por administração direta do Estado.”

Esta regra legal, aplicável na data do ajuizamento da ação aos impetrantes, ora recorrentes, não foi alterada pela Lei nº 2.284, de 1954, nem pela Lei nº 4.345, de 1964.

No primeiro dos diplomas legais citados, os extranumerários da União foram equiparados aos funcionários efetivos e, se em relação a estes últimos, o tempo de serviço porventura prestado como pessoal de obras somente era contado para o efeito de aposentadoria, não seria possível conceder-se mais aos extranumerários em consequência da equiparação.

Também a Lei nº 4.345, de 1964, não revogou a norma do art. 13, parágrafo único, da Lei nº 1.765, pois o que assegurou no § 2º do art. 1º da mesma lei foi a contagem, para o efeito de quinquênios, do tempo de serviço público prestado anteriormente, apurado na forma da legislação vigente, como se depreende da explicitação feita no § 3º do mesmo artigo.

Alteração somente se deu com o Dec-lei nº 512, de 1969, publicado poucos dias antes da decisão recorrida, cujo art. 9º, acima transcrito, alcançou inclusive os períodos pretéritos de tempo de serviço prestados pelos servidores do D.N.E.R., sendo, assim, inegável que o julgado recorrido lhe negou vigência.

Evidente é também o conflito entre o mesmo julgado e o acórdão proferido no R.E. 53.231, trazido a confronto.

Admito o recurso por ambos os fundamentos.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 20 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 64.731 — SP
(Recurso Extraordinário)

Recorrente — União Federal

Recorrida — Companhia Brasileira de Estireno

A Companhia Brasileira de Estireno requereu mandado de segurança contra a cobrança, pelo Inspetor da Alfândega de Santos, do imposto sobre produtos industrializados e da taxa de despacho aduaneiro sobre benzeno, derivado de petróleo e matéria-prima básica da indústria petroquímica, importado de país membro da ALALC.

Inconformada com o êxito obtido pela impetrante em ambas as instâncias, recorre extraordinariamente a União, fundada nas letras *a* e *d*, III, do art. 119 da Constituição, sustentando que a exigência encontra apoio nos Decretos n.ºs 50.566 e 387, ambos de 1961, e indicando, para configurar dissídio de jurisprudência, as Súmulas 130 e 131 e julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal, em que se assentou:

“Importação de sementes de batata. Taxa de Despacho Aduaneiro. Inclusão daquele produto na nova lista do Acordo Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio. Aplicação das Súmulas n.ºs 130 e 131 — Recurso ordinário desprovido” (Julgamento em 14-10-68. — Ac. *in DJ* de 6-12-68, pág. 5.186, Recurso de Mandado de Segurança n.º 19.205).

Dispõe o art. 10 do Decreto-lei n.º 61, de 1966:

“As matérias-primas para a indústria petroquímica, inclusive o petróleo bruto, gás natural e óleo de xisto, seus derivados e subprodutos, ficam isentas de pagamento de quaisquer tributos e ou taxas federais, estaduais e municipais.”

De sua vez, o Decreto n.º 50.656, de 1961, que promulgou o Tratado da ALALC, também previu a isenção do direito para a importação de benzeno.

Estando a recorrida registrada no Conselho Nacional do Petróleo como indústria petroquímica, não há como deixar de reconhecer-lhe a isenção quer do imposto sobre produtos industrializados, quer da taxa de despacho aduaneiro, vez que a norma concessiva da isenção expressamente se refere a quaisquer tributos inclusive taxas.

Não há conflito entre a decisão recorrida e as Súmulas e acórdão trazidos a confronto.

Indefiro o recurso.

Publique-se.

Brasília, 28 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 66.986 — GB
(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Affonso Alves Baptista e outros

Recorrida — União Federal

Segurados da Previdência Social contavam mais de 30 anos de ser-

viço requereram e obtiveram do INPS o abono de permanência em serviço pre-

visto na Lei nº 3.807, de 1960, art. 32, § 3º, e nos arts. 100 e 103 do Regulamento Geral da Previdência Social, e, em consequência, passaram a perceber uma renda mensal correspondente a 25% sobre o respectivo salário de benefício, reajustada todas as vezes em que este último sofria alteração.

Editado o Decreto-lei nº 66, de 1966, cujo art. 67 dispôs que "os valores de benefício em manutenção serão reajustados sempre que for alterado o salário-mínimo", o Regulamento Geral da Previdência Social, baixado para regulamentar dito decreto, dispôs no seu art. 107 que também o abono de permanência variaria tendo em conta a alteração do salário-mínimo, e não a alteração do salário de benefício.

Alegando que a norma regulamentar referida dissociava-se da lei, foi requerida segurança denegada tanto na Primeira Instância como neste Tribunal, o qual assentou:

"Abono de permanência. LOPS, art. 67, e RGPS, art. 107, § 4º. Legal o critério regulamentar de reajuste do abono pelas variações do salário-mínimo."

Inconformados, os impetrantes interpuzeram recurso extraordinário com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, argüindo negativa de vigência do art. 32, § 3º, da Lei nº 3.807, de 1960, e trazendo à colação, para caracterização de divergência, decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferida no RE 70.345, onde se decidiu:

"Abono de permanência. Considerando que o abono é devido tendo em conta o salário de benefício,

sempre que alterado este há de ser retificado aquele, e não subordiná-lo às variações do salário-mínimo.

Recurso extraordinário conhecido e provido, em parte, apenas para excluir da condenação imposta ao vencido o pagamento da verba para honorários advocatícios. Súmula nº 512."

2. O Decreto-lei nº 66, de 1966, no seu art. 9º, deu ao art. 32, § 3º, da Lei nº 3.807, de 1960, a redação seguinte:

"Todo o segurado que, com direito ao gozo da aposentadoria de que trata este art. (32), optar pelo prosseguimento no emprego, ou atividade, fará jus a um abono mensal de 25% do salário de benefício, a cargo da Previdência Social."

O mesmo diploma legal, no seu art. 17, alterou a redação do art. 67 da mesma Lei nº 3.807, que passou a ser:

"Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados sempre que for alterado o salário-mínimo."

É bastante confrontar-se as duas disposições para verificar-se que a primeira manteve o abono de permanência vinculado ao salário de benefício do segurado, do que decorre não ter ficado o mesmo abono compreendido entre os benefícios a que se referiu o art. 67, subordinados, para a sua alteração, ao salário-mínimo.

A norma regulamentar do art. 107 do Decreto nº 60.501, de 1967, portanto, dissentiu da regra estabelecida na lei regulamentada e, por isso, ao aplicá-la, a decisão efetivamente negou vigência ao art. 32, § 3º, da Lei nº 3.807, de 1960, com a redação que lhe foi dada pelo Dec.-lei nº 66, de 1966, tornando cabível o recurso extraordinário pela letra *a*.

Quanto à letra *d*, por sua vez, indiscutível é a divergência entre o acórdão recorrido e o julgamento trazido a confronto pelos recorrentes.

Por essas razões admito o recurso por ambos os fundamentos.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 26 de agosto de 1971. — *Armando Rollemberg*, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 25.102 — GB (Recurso Extraordinário)

Recorrente — José Cassemiro Querino

Recorrida — Rede Ferroviária Federal S. A. (E.F.L.)

I. Apreciando recursos interpostos de sentença prolatada em ação proposta contra a Rede Ferroviária Federal S/A, por passageiro acidentado durante o transporte em trem da ré, a Egrégia Terceira Turma deles conheceu por maioria, e, por unanimidade, excluiu da condenação a parcela relativa a deformidade conseqüente do acidente, por entender compreendida a indenização respectiva na concessão de pensão compensadora de incapacidade. A seguir fixou honorários de advogado na quantia certa de Cr\$ 600,00.

Inconformado recorre a autora, com fundamento nas letras *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição, alegando:

a) que os recursos haviam sido apresentados fora do prazo e, assim, não poderiam ter sido conhecidos, devendo prevalecer a sentença de primeira instância;

b) ter sido negada vigência, pela decisão recorrida, ao excluir a verba específica relativa a deformidade, ao art. 21 do Decreto nº 2.681, de 1912;

c) ter ocorrido igual negativa ao art. 97, § 4º, da Lei nº 4.915, de 1963, ao fixar-se em quantia certa os honorários advocatícios;

d) conflitar a decisão com julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal que indicou.

Impugnando o apelo, a União sustentou não ser ele cabível quanto à arguição de intempestividade dos recursos apreciados pela Turma Julgadora e aos honorários de advogado, porque em ambos os casos a decisão recorrida havia sido tomada por maioria de votos e era, por isso, embargável. Quanto à parte referente à indenização por dano morfológico, afirmou tratar-se de interpretação razoável.

2. Unânime embora a decisão recorrida quanto ao conhecimento do recurso de ofício, foi tomada por maioria no referente ao conhecimento da apelação da Rede Ferroviária Federal S.A. e, portanto, era embargável nesse ponto, o que afasta o cabimento de recurso extraordinário, como alegou a União na impugnação.

Desassiste razão à impugnante, porém, quando afirma que também quanto a honorários de advogado a decisão fora tomada por maioria. O cotejo dos votos demonstra o contrário.

3. A arguição de negativa de vigência ao art. 21 do Decreto nº 2.681, de 1912, é inaceitável desde que a indenização por dano morfológico somente tem lugar quando não se confunde o mesmo dano com a incapacidade resultante, pois, do contrário, estará abrangida a indenização respectiva na pres-

tação da pensão para suprimimento da mesma incapacidade.

Procede, porém, a alegação quanto ao art. 97, § 4º, da Lei nº 4.215, de 1963, pois em tal disposição se estabeleceu que nas ações de indenização por ato ilícito contra a pessoa, os honorários de advogado serão fixados por arbitramento judicial, em percentagem sobre o valor da causa que será o da soma dos danos emergentes com o capital fixado para a constituição da renda, e, assim, não poderiam ter sido estabelecidos em quantia certa. De outro lado, não havendo sido estimados dentro de limite legal, é inaplicável à hipótese a Súmula 389.

Quanto à letra *a*, portanto, é de admitir-se o recurso apenas de referência à

parte em que impugna os honorários de advogado.

4. Já no que concerne à letra *d*, demonstrado que está o dissídio de interpretação quer quanto à indenização por deformidade, quer quanto a honorários, é o recurso cabível em relação a ambos os pontos impugnados.

5. Admito o apelo pelas letras *a* e *d* quanto aos honorários advocatícios e, pela letra *d* em relação à indenização por dano morfológico.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 16 de agosto de 1971. — Armando Rollemberg, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 27.027 — GB

(Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Cecília Maria de Jesus e seu Filho

Recorrida — Rede Ferroviária Federal S. A. (EFCB)

1. Concubina de operário morto em acidente ferroviário e seu filho menor obtiveram de Turma julgadora deste Tribunal o reconhecimento de direito a pensão alimentícia. Insurgem-se, porém, através de recurso extraordinário, fundado nas letras *a* e *d*, do dispositivo constitucional, contra a parte da decisão que deu provimento à apelação da transportadora para fixar os honorários advocatícios na quantia certa de trezentos cruzeiros, ao invés dos 20% sobre o total da condenação, como estabelecido na sentença de primeiro grau (fls. 173/176).

Alegam, para isso, haver o acórdão recorrido negado vigência ao art. 97 e seu § 4º, da Lei nº 4.215/64, e discrepado de arestos do Egrégio Supremo Tribunal Federal que, em casos semelhantes, reconheceram correta a fixação de honorários no percentual referido.

Em sua impugnação a União arguiu a impossibilidade do reexame da matéria, em face da Súmula 389 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto ao recurso pela letra *d*, tem razão a União, pois os julgados trazidos a confronto apenas admitem a fixação de percentual, que é estabelecido de acordo com as circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário, na forma da Súmula 389.

O recurso é cabível, porém, pela letra *a*, pois se a Lei nº 4.215, de 1963, no seu art. 97, § 4º, dispõe que “nas ações de indenização por ato ilícito o valor da causa será o montante do dano apurado, e quando se tratar de ilícito contra pessoa, o da soma dos danos emergentes com o capital fixado para a constituição de renda”, sobre o qual, como reza o *caput* do dispositivo, serão fi-

xados honorários em percentagem, por arbitramento judicial, ao estabelecer os mesmos honorários em quantia fixa, a decisão recorrida negou aplicação às regras legais citadas. Não se cuidando, de outro lado, de simples estabelecimento de honorários dentro de limite previsto em lei, e sim em desacordo com norma

legal expressa, a hipótese não é alcançada pela Súmula invocada pela União.

Admito o recurso pela letra *a*.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 6 de agosto de 1971. — *Armando Rollemberg*, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.571 — MG (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Jorge Vianna Martins

Recorrida — Justiça Pública

1. A Egrégia Primeira Turma deste Tribunal apreciando apelação criminal interposta por Professor Catedrático que fora condenado, na primeira instância, a três anos de reclusão e perda da função pública, deu-lhe provimento parcial, por unanimidade, para reduzir a pena principal a dois anos de reclusão e, por maioria, manteve a pena acessória.

Da parte em que foi unânime a decisão recorre o réu com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, argüindo haver sido negada vigência, no processo, à garantia de plena defesa assegurada pelo art. 150, parágrafos 15 e 16 da Constituição, porque não precisado, na denúncia, o fato delituoso de que era acusado, e não realizado balanço pleiteado por ele recorrente possibilitador da desclassificação do delito de peculato para o de aplicação irregular de dinheiros públicos.

2. O recurso, sem embargo da alta autoridade do procurador do recorrente, não se mostra em condições de prosseguir.

A argüição de inépcia da denúncia, além de inaceitável por ter o acusado se defendido de forma ampla da acusação contra ele formulada, não foi objeto

de exame na decisão atacada, faltando, na hipótese, assim, o requisito de prequestionamento.

Quanto à alegação de que a não realização de balanço requerido pelo defensor do réu importara em prejuízo para a sua defesa, também é inaceitável porque:

a) como o próprio recorrente reconhece em seu recurso, o exame de corpo de delito não é imprescindível no processo por crime de peculato;

b) a decisão recorrida considerou existirem nos autos provas bastantes da prática do ilícito independentemente da realização do mesmo balanço, corroboradoras do reconhecimento do alcance, pelo réu, quer através das declarações que prestou, quer devolvendo o valor material do dano.

Os julgados de outros Tribunais citados no recurso, de sua vez, não contrariam o aresto recorrido de forma a caracterizar dissídio jurisprudencial.

Indefiro o recurso.

Publique-se.

Brasília, 10 de setembro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.710 — SP
(Recurso Extraordinário)

Recorrente — União Federal

Recorridos — Bady Jorge e Antônio Mendes Figueiredo

1. Inquérito policial apurara que Bady Jorge, inúmeras vezes processado, se apresentara a Agenor Pires, comerciante estabelecido na cidade de São Paulo, como sendo Milton de Lima Buarque, Agente Fiscal do Imposto de Renda e, propondo-se a corrigir a declaração de rendimentos do mesmo, por ordem do Delegado Regional do Imposto de Renda, obteve dele que adquirisse Cr\$ 900,00 de contratos de promessa de venda, para o que emitiu nota promissória do referido valor, todos da gleba situada na Ilha Comprida, pertencente à União, dos quais constava como vendedor Antônio Mendonça Figueiredo. Apurou-se, ainda, que posteriormente Roberto de Lászio procurou o citado Agenor Pires para receber o pagamento da nota promissória e como este desconfiasse do negócio relatou-o às autoridades, que verificaram inclusive ser o Agente Fiscal do Imposto de Renda, cujo nome fora utilizado, já aposentado.

Com base nesses fatos foi apresentada denúncia contra os três partícipes da operação afinal, condenados por sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo.

Apreciando apelações interpostas por Bady Jorge e Antônio Mendes Figueiredo, a Egrégia Primeira Turma deste Tribunal anulou a sentença condenatória, por entender incompetente para o processo e julgamento de ação penal a Justiça Federal. Arrimou-se a decisão na consideração de que utilizado como fora nome de Agente Fiscal já aposentado, o crime não poderia ser tido como lesivo a serviço da União por falta de idoneidade do meio empregado, e ainda

de que se a transferência do direito sobre imóveis sítos na Ilha Comprida não se poderia dar sem a autorização do Serviço do Patrimônio da União, dos contratos de promessa de venda não poderia resultar dano ao patrimônio desta.

Inconformada recorre a União, arguindo ter a decisão negado vigência ao art. 125, IV, da Constituição, e ao art. 171 do Código Penal e contrariado jurisprudência de outros tribunais.

2. A Constituição no art. 125, inciso IV, atribuiu à Justiça Federal competência para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, e tem sido entendido que o uso de falsa identidade de funcionário público federal para obter vantagem ilícita é crime contra serviço da União (RHC 47.666 — Relator Min. Adalício Nogueira, *D.J.* de 8-5-70, pág. 1.841).

Ora, com a devida vênia à maioria da Turma que proferiu a decisão recorrida, não há como distinguir-se, para o efeito de considerar-se prejudicado o bom nome e a eficiência do serviço, entre o uso de identidade falsa de funcionário em atividade ou aposentado, pois a repercussão negativa seria sempre a mesma.

Tenho, assim, que ao decidir pela forma por que o fez, o acórdão impugnado efetivamente deixou de dar aplicação ao citado dispositivo constitucional, o que equivale a negativa de vigência, tornando cabível o recurso extraordinário pela letra *a* do permissivo constitucional.

De outro lado, há inegável conflito entre o julgado recorrido e os acórdãos trazidos a confronto pela recorrente assim indicados:

“Emenda — Falsa identidade. Competência da Justiça Federal.

Atentado a serviço e interesse da União. Recurso a que se negou provimento.” (RHC nº 47.666-SP, Rel. Min. Adalício Nogueira, *D.J.* de 8-5-70, pág. 1.841).

Ementa — “Crime de extorção, conexo com o de quadrilha e falsa identidade.

I — Competência da Justiça Federal, porque cometido em detrimento de serviço da União;

II —

(RHC nº 47.856-SP, Rel. Min. Thompson Flôres, *D.J.* de 5-6-70, pág. 2.287).”

Admito o recurso por ambos os fundamentos.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 1º de setembro de 1971. — *Armando Rollemberg*, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.812 — GB (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Ministério Público

Recorrido — Luiz Carlos Alvarenga Santos

1. De decisão de Turma deste Tribunal, em que prevaleceu o entendimento mais favorável ao réu, por ter havido empate na votação, recorre extraordinariamente o Ministério Público Federal, com apoio no art. 119, III, letras *a* e *d*. O acórdão recorrido está assim ementado:

“Corpo de delito. No crime de peculato, não é essencial o seu exame. Acresce que, no caso, há o inquérito administrativo onde o Juiz hauriu, para a sentença, a demonstração do desfalque, e a certeza da materialidade do delito e da sua autoria. Arguição de nulidade do processo que se rejeita.

Estado de necessidade que se reconhece visto como o peculato foi praticado em situação especialíssima, de ansiedade em virtude de doença na pessoa do pai do apelan-

te. Apelação a que se dá provimento.”

Alegando negativa de vigência ao art. 20 e seu § 1º, do Código Penal, e conflito com julgado do Egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, pretende o recorrente fazer prevalecer a tese esposada pelos votos vencidos, segundo os quais somente seria admissível a excludente do “estado de necessidade” se se tratasse de crime instantâneo, sem a continuidade verificada no caso dos autos.

2. O estado de necessidade, como fixado no art. 20 do Código Penal, tem como requisitos, entre outros, que a prática do fato se dê ante perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente, e impossibilidade de evitá-lo por outro modo.

Ora, no caso dos autos admitiu-se como provado que o acusado se apropriara de dinheiros públicos de que tinha a pos-

se, de setembro de 1964 a junho de 1965, e, assim, não seria possível sem negativa de vigência ao citado art. 20, entender-se que o fizera ante perigo atual e que não tivera a possibilidade de providenciar outros meios para socorrer pessoas de sua família que se achavam doentes.

Há, além disso, inegável conflito entre o julgado recorrido, ao admitir a discriminante no crime de peculato, e o acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo trazido a confronto pelo recorrente, onde se decidiu:

“Sem embargo da grande carência da vida que aflige milhares de pessoas, não se poderá permitir que, por causa disso, cada qual se ponha a furtar o próximo. O estado de ne-

cessidade invocado pelo réu, na espécie, por muito precária que seja a sua situação econômica, não justifica a sua ação criminosa (Ac. un. da 2ª Câm. Crim. do T. A. de SP., em 27-7-45, na Ap. Crim. nº 13.715, da Capital, Rel. Des. Vicente de Azevedo, in *Rev. Trib.*, vol. 159, pág. 572). (Valentim Alves da Silva, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, nº 468, 2º vol., pág. 188).”

Defiro o recurso por ambos os fundamentos.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 8 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 1.830 — MG (Recurso Extraordinário)

Recorrente — União Federal

Recorrido — Roberval Perpétuo de Oliveira

1. Ação penal promovida contra servidor da Fundação Especial de Saúde Pública, foi processada e julgada pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte que condenou o acusado à pena de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, multa de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros), e perda de função pública, suspendendo-lhe os direitos políticos.

Apreciando apelação interposta pelo réu, acolheu-a a Egrégia Primeira Turma para declarar nulo o processo *ab initio*, por considerar incompetente a Justiça Federal para presidi-lo, relativo que era crime praticado em detrimento de bem de fundação, hipótese não abrangida na competência estabelecida no art. 125, IV, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Dessa decisão recorre o Ministério Público sustentando ter havido negativo

de vigência ao preceito constitucional referido, porque, afirma, ocorridos os fatos delituosos quando em vigor o § 2º do art. 4º do Dec.-lei nº 200, de 1967, que equiparara as fundações às empresas públicas, a competência para o processo e julgamento dos crimes praticados em detrimento dos bens, serviços e interesses das fundações teria que ser a mesma prevista pela Constituição quanto a iguais delitos perpetrados contra as empresas públicas e, portanto, da Justiça Federal.

2. A norma legal em que o recorrente arrima o seu recurso estava assim redigida:

“§ 2.º — Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.”

A equiparação aí prevista, como claramente deflui do texto, era tão-somente para efeitos administrativos, e não teria força para alterar competência expressa fixada na Constituição aos Juizes Federais quanto ao processo e julgamento de crimes, restrita aos praticados em detrimento de bens, serviços e interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Além disso, a norma legal referida já se achava revogada, na data em que se

instaurou a ação penal, pelo Dec.-lei nº 900, de 1969.

Inaceitável é, assim, a arguição de negativa de vigência à norma constitucional.

Indefiro o recurso.

Publique-se.

Brasília, 23 de novembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente

HABEAS CORPUS N.º 2.429 — MG (Recurso Extraordinário)

Recorrente — Ministério Público

Recorrido — Henrique Bertolino Mendes dos Santos

1. No processamento de ação executiva movida por Real Rio, Crédito, Financiamento e Investimentos S.A., que se achava sob a intervenção do Banco Central da República, contra Henrique Bertolino Mendes dos Santos, o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais constatou que o réu emitira cheques sem suficiente provisão de fundos e, por isso, ao proferir sentença julgando a ação procedente, determinou que se oficiasse ao Delegado de Polícia Federal em Belo Horizonte, para que instaurasse inquérito contra o mesmo, o que foi feito pela autoridade referida.

Requeru o acusado então *habeas corpus*, arguindo que o inquérito policial constituía coação ilegal, por ausência de justa causa, vindo a ordem a ser concedida pela Egrégia Terceira Turma deste Tribunal para determinar o trancamento do inquérito, sob o fundamento de que não sendo a Justiça Federal competente para processar e julgar feitos em que for parte sociedade financeira em liquidação extrajudicial, falecia ao MM. Juiz autoridade para determinar a instauração respectiva.

Dessa decisão recorre o Ministério Público Federal, alegando negativa de vigência aos arts. 66, da Lei de Contravenções Penais, e 5º, do Código de Processo Penal.

2. Rezam os dispositivos cuja vigência se afirma haver sido negada:

“Art. 66 — Deixar de comunicar à autoridade competente:

I — crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;”

“Art. 5.º — Nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado:

I — de ofício;

II — mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Da simples leitura de tais disposições, verifica-se que ao determinar o encaminhamento das peças à Polícia Federal para instauração de inquérito, o

MM. Juiz mais não fez que cumprir obrigação legal, e, mesmo considerando-se não ser da Polícia Federal a competência para proceder ao mesmo inquérito, não poderia decorrer de tal fato o trancamento respectivo e sim a remessa à autoridade competente. Além disso, como acentuou o recorrente em suas razões, o importante não é a autoridade que realiza o inquérito e sim a que pro-

cessa e julga a ação penal que, na oportunidade, não estava em causa.

Tenho o recurso como justificado e, por isso, o admito.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 24 de setembro de 1971. —
Armando Rollemberg, Ministro Presidente.