
JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 28.194 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Agravante — Grandes Moinhos do Brasil S.A. — Moinhos Recife
Agravados — União Federal e Moinhos Cruzeiro do Sul S.A. — Moinhos Pernambuco

EMENTA

Vistoria *ad perpetuam*.

Justificado o interesse do requerente na segurança da prova diante do risco de seu desaparecimento ou de modificação do estado de fato, defere-se a vistoria *ad perpetuam*.

A demora já verificada, desde a decisão agravada de indeferimento, não impede a medida, cabendo ao perito responder aos quesitos com os elementos de que dispuserem, dentro das suas possibilidades.

Também não o impede a invocação à possível violação de segredos, restrita que é a perícia à definição da maquinaria, montada ou em montagem, e ao estado em que se encontra, incumbindo ao Juiz, com os poderes que a lei lhe confere, corrigir eventuais excessos, nos quesitos.

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, nos termos e para os fins consignados no voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1973 —
Henrique d'Ávila, Presidente; Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Grandes Moinhos do Brasil — Moinhos Recife requereu pe-

rante a 1ª Vara Federal de Pernambuco uma vistoria *ad perpetuam*, com citação da SUNAB e dos Moinhos Cruzeiro do Sul S.A. — Moinhos Pernambuco, para resguardo de seus direitos e prova de fatos que podem ser alterados ou de demonstração futura muito dificultosa ou impossível, tendo por objeto a maquinaria já montada e em montagem, o estado em que se encontram as construções e demais instalações do 2º suplicado, em Vila Zulmira, Município de Olinda, Estado de Pernambuco.

Alegou estar em discussão perante os poderes competentes quanto à regularidade da implantação de um moinho de trigo no Estado, contravindo a norma do art. 13, do Decreto-lei nº 210, de 1967, que proíbe a concessão de autorização de novos moinhos e o

aumento de capacidade dos já existentes, e que apesar deste dispositivo está sendo implantado no Município de Olinda um moinho que não é apenas transplantação de unidade preexistente, mas constitui uma nova instalação, de capacidade muito superior à resultante da retirada ou desaparecimento de outras unidades moageiras, o que já deu lugar a uma notificação que efetuou contra a SUNAB, cuja cópia anexou.

Pelo Doutor Juiz Federal foi indeferida a vistoria *ad perpetuam*, depois de acentuar que a requerente não declarou qual a ação que irá propor, e o fez sob fundamento de não caracterizada qualquer das situações que de acordo com o art. 675, n^{os} I a III, legitimam as medidas cautelares, não se configurando a hipótese de receio, de rixa ou violência entre os litigantes, que são duas sociedades anônimas, nem de ocorrência de lesão ao direito de uma das partes, de difícil ou incerta reparação, ou de impossibilidade de produção de prova, por não se achar uma das partes na posse de determinada coisa.

Afirmando que a futura ação terá por escopo cassar a concessão, concluiu o Doutor Juiz que, qualquer que seja o tipo de ação que venha a propor, a prova não será fundamental, porque (fls. 87):

«a) Ninguém negará, pois, o fato seria do domínio público, a existência do Moinho Pernambuco;

b) Se ele existe, por certo que tem a sua sede, seus prédios, seus anexos, etc.;

c) É também a sua maquinaria própria para o desenvolvimento de suas atividades.»

Além disso, invocou a devassa do parque fabril da 2^a suplicada, qualificando a prova de impertinente e peri-

gosa, e, sendo a concessão de medida preventiva uma faculdade do Juiz, concluiu pelo indeferimento.

Agravou de instrumento, com fundamento no art. 842, III, do CPC, a requerente (fls. 89/101), afirmando a existência de legítimo interesse de sua parte, diante do ato ilegal praticado, com a autorização para a instalação no Município de Olinda de um Moinho novo, com maquinaria nova, não sendo transplantação de um preexistente, e sustentando o cabimento da vistoria *ad perpetuam* requerida, para verificar um estado de coisas que pode vir a ser modificado, estando fundada a medida, prevista no art. 676, VI, do CPC, na pretensão à produção e assunção de prova; acrescentou não exigir a lei que seja especificado o tipo de ação a ser proposta, devendo apenas ser indicado o objeto da lide principal (CPC, artigo 684, IV), e que não visa a prova alcançar segredos industriais da suplicada, que não serão desvendados pelo exame de suas máquinas, que são estandartizadas e fabricadas em série, não havendo segredo na operação de moagem de trigo.

Determinando o Doutor Juiz o processamento do agravo nos próprios autos, contraminutaram Moinho Cruzeiro do Sul S.A. — Moinhos Pernambuco (fls. 111/114), invocando a inviolabilidade dos segredos, e afirmando legítimo o ato da SUNAB, que apenas autorizou a transferência de um moinho para a cidade de Olinda; alegou, outrossim, faltarem os pressupostos para a medida requerida, pois a agravante não invocou qualquer dos três incisos do art. 676, do CPC, nem demonstrou ter interesse no exame pretendido, e a União Federal (fls. 117/118), que pediu a confirmação da decisão agravada.

Neste Tribunal oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, que

pediu o não provimento do agravo (fls. 121/122).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jyrge Lafayette Guimarães (Relator): Sendo interposto agravo de instrumento, que é o recurso próprio do indeferimento de medidas preventivas requeridas como preparatórias de ação, o Doutor Juiz determinou o seu processamento dentro dos próprios autos, do que, porém, não decorre qualquer prejuízo, pois indeferida como foi a vistoria *ad perpetuam* não havia o que executar, nem se verificava a necessidade da permanência dos autos no Juízo de origem.

A petição inicial contém o essencial, segundo o exigido pelos arts. 675 e 684, do Código de Processo Civil, sendo de notar que razão assiste à agravante quando afirma que manda a lei seja indicado o objeto da lide principal, o que não significa deva ser especificado o tipo da ação a ser proposta, podendo mesmo os fatos que venham a ser apurados através da medida, influir na escolha da ação a propor.

Por outro lado, necessário não é que se indique, mediante referência a um dos incisos, qual a hipótese que legitima a medida preventiva, podendo decorrer da simples exposição dos fatos o seu assento legal.

Ainda mais, em se tratando de vistoria *ad perpetuam* fica o problema simplificado, pois diante da própria natureza da medida, e do direito que assiste à perpetuação da prova, diante do risco de seu desaparecimento, ou da modificação da situação de fato, o seu fundamento torna-se evidente, decorrendo do aludido risco, com a conseqüente lesão ao direito da parte.

Foi, aliás, em face da situação *sui generis* das medidas tendentes à pro-

dução antecipada de prova, e da simplificação com que se apresenta o problema de sua admissibilidade, que o Decreto-lei nº 4.565, de 1942, acrescentou um parágrafo, o parágrafo único, ao art. 684, do CPC, declarando:

«As vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam* serão determinados mediante prévia ciência dos interessados, mas independem do processo estabelecido no art. 685, para a concessão de medidas preventivas».

No caso, na petição inicial, depois de aludir à proibição de autorizações para instalação de novos moinhos e para aumento de capacidade dos existentes, e de esclarecer que discute perante os poderes públicos a legitimidade da implantação de um novo moinho, declara a agravante:

«Apesar de tudo, desse esforço nacional orientado no sentido de consolidar uma política de equilíbrio econômico, está sendo implantada no Município de Olin-da, deste Estado, um moinho que não é apenas a transplantação de unidades preexistentes, como se pretende inculcar, mais de uma nova instalação cuja capacidade é muito superior à eventual relação resultante do desaparecimento ou retirada de outras unidades moageiras, isso em desacato da legislação reguladora da espécie e ferindo direitos da supte., que, sujeita a cotas oficiais de distribuição do trigo, recebe matéria-prima para movimentar somente 38,8% de sua capacidade. Em conseqüência desse anômalo procedimento, a supte., com base nos artigos 720 e segs. do Código de Processo Civil, requereu ao Exmo. Senhor Doutor Juiz de Direito da 5ª Vara da Justiça Federal, no Es-

tado da Guanabara, a notificação da Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), nos termos da petição cuja fotocópia vai anexa, na qual se encontra historiada e demonstrada, sob os seus vários aspectos, a ilegitimidade do procedimento que objetiva possibilitar, *contra legem*, a ampliação, com instalação nova, de capacidade moajeira do trigo, isso num instante em que a referida indústria já instalada, em face do racionamento das cotas da matéria-prima que lhe são distribuídas pelo poder público, está utilizando apenas um terço da sua capacidade normal. Assim exposto, e para resguardo de direitos e prova de fatos que podem ser alterados ou de demonstração futura muito dificultosa ou impossível, vem requerer o procedimento de uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam* (Cód. de Proc. Civil, arts. 676, inciso VI e 677) para bem definir a maquinaria já montada e em montagem, o estado em que se encontram as construções e demais instalações dos Moinhos Cruzeiro do Sul S. A., em Vila Zulmira, Sítio Novo, no Município de Olinda deste Estado.»

Verifica-se deste trecho que está nítida a finalidade da medida, como justificado está o interesse da ora agravante, e, sem dúvida, com o requerimento da vistoria *ad perpetuam* visou a resguardar direitos e provas de fatos que podem ser alterados, como declarado expressamente, o que é mais do que suficiente para legitimar o deferimento da medida; por sua vez, o objeto da lide principal está indicado, consistindo na aludida ilegitimidade da autorização para ser instalado novo moinho em Olinda, pela 2ª suplicada o que ainda é confirmado pela leitura da No-

tificação feita à SUNAB (doc. fls. 7-16).

Por sua natureza, a vistoria *ad perpetuam*, como, esclarece PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. VIII, pág. 367) é pretensão à segurança da prova, e assim, por si, já indica o fundamento legal, que só pode ser a necessidade de conservar a prova, diante do risco de desaparecimento, ou de modificação do estado de fato, o que foi, aliás, acentuado na petição inicial, no final do trecho já lido.

Há, aliás, inúmeras decisões no sentido da admissibilidade da vistoria *ad perpetuam* quando os fatos podem desaparecer, e a agravante citou, em sua minuta, diversos acórdãos.

A demora, no caso, proferida que foi a decisão agravada em 1967, poderá vir a inutilizar a medida, com a realização da vistoria 5 anos depois.

Nem por isso, todavia, será caso de seu indeferimento, sob invocação do art. 255, III, do CPC, e os peritos responderão aos quesitos com os elementos de que dispuserem, dentro de suas possibilidades, uma vez que não se pode, de antemão, afirmar a impraticabilidade de qualquer verificação quanto aos fatos objeto da vistoria, e só esta impraticabilidade justificaria dito indeferimento.

Quanto à invocação feita na sentença e na contraminuta, à devassa que resultaria da vistoria, no parque fabril de outra empresa, com possível violação de segredos, não pode, no caso, impedir sua realização, que não desvendará tais segredos, se existentes nas máquinas instaladas pela 2ª suplicada, pois será restrita a perícia à definição da maquinaria — montada ou em montagem — e ao estado em que se encontram as construções e instalações, pois o requerente apenas pretende compro-

var que foi instalada, ou estava sendo instalada, uma fábrica nova, não havendo simples transplantação de uma pre-existente.

Qualquer eventual excesso na formulação dos quesitos, fugindo os mesmos a estes limites, será, por certo, corrigido pelo Doutor Juiz, no desempenho dos poderes que a lei lhe confere (CPC, art. 254, parágrafo único).

Em consequência, o meu voto é dando provimento ao agravo para o fim de, reformando a decisão de fls. 83-88, deferir a medida requerida, determinando que o Doutor Juiz prossiga como de direito.

EXTRATO DA ATA

AI nº 28.194 — PE. — Rel: Senhor Ministro Jorge Lafayette Guimarães. Agte.: Grandes Moinhos do Brasil S.A. — Moinho Recife. Agdos.: União Federal e Moinhos Cruzeiro do Sul — Moinho Pernambuco.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, nos termos e para os fins consignados no voto do Senhor Ministro Relator (em 27-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 36.241 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila

Agravante — Furnas Centrais Elétricas S.A.

Agravados — Amand Herman Heinrich Schmidt e Zaida Rubez

EMENTA

Agravo de instrumento. Ação desapropriatória. Competência da Justiça Federal para processá-la, haja vista que a União Federal não só ingressou na causa como assistente, propriamente dita, com interesse inegável e direto, como assumiu, conforme se vê dos autos, até a posição de co-autora, subscrevendo a inicial. Conhecimento e provimento do agravo.

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 para reputar competente a Justiça Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1973. — Henrique d'Ávila, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Furnas Centrais Elétricas S.A. interpõe o presente agravo de instrumento com assento no art. 842, incisos I e II, do Código de Processo Civil, a fim de ver reformado o despacho de fls. 39, do Juiz Federal da 4ª Vara de São Paulo, que se deu por incompetente para processar e julgar ação desapropriatória, declinando para a Justiça Estadual.

A agravante, após demonstrar o cabimento do apelo, com base nos dois itens referidos no art. 842 do Código de Processo Civil, acentuou que aos Juizes Federais compete processar e julgar, em primeira instância, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as que forem sujeitas às Justiças Eleitoral e Militar.

E acrescenta que as causas propostas perante outros Juizes, se a União nelas intervier como assistente ou oponente, passarão a ser da competência do Juiz Federal respectivo. Salienta, ainda, que, no caso, a União assistiu à autora não só porque subscreveu a inicial, como também, se não a tivesse subscrito, ainda assim seria assistente, pois as mais altas Cortes do País têm decidido que a União é assistente necessária nas desapropriações fundadas no Código de Águas, como ocorre na espécie; que a União Federal é interessada no presente caso, por isso dispõe de *forum* privilegiado e indeclinável; que, cabendo, como cabe, o presente agravo, deve ser ele julgado procedente para reformar a decisão recorrida e dar pela competência da Justiça Federal de São Paulo, para processar e julgar a ação de desapropriação, em causa, dado o interesse manifesto da União.

O processo encontra-se devidamente instruído, e o MM. Julgador a *quo* deixou de admitir a assistência da União no feito, entendendo que sua intervenção teria sido, simplesmente, em caráter gracioso, não havendo ela evidenciado o seu próprio interesse.

Ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, esta oficiou às fls. 71 pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Não merece subsistir o despacho agravado. Seu ilustre prolator reputou-se incompetente para processar a expropriatória promovida por Sociedade de Economia Mista, sob o pretexto de que nela não interviera a União Federal, com interesse próprio e indissolúvel, mas apenas com ânimo *adjuvandum*. E daí não lhe tocar como Juiz Federal a competência para acolhê-la e levar a cabo. Todavia, se me afigura indiscutível a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. A União Federal não só ingressou na causa como assistente, propriamente dita, como interesse inegável e direto, como segundo se verifica dos autos, assumisse até a posição de coautora, subscrevendo a petição inicial.

Assim sendo, não há negar a competência do Doutor Juiz Federal da 4ª Vara de São Paulo para acolher e levar a termo a discutida ação desapropriatória. Em consequência, meu voto é no sentido de conhecer e dar provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

AI. nº 36.241 — SP. — Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila. — Agte.: Furnas Centrais Elétricas S.A. — Agdos.: Amand Herman Heinrich Schmidt e Zaida Rubez.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso para reputar competente a Justiça Federal (em 28 de agosto de 1973 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 30.434 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro.

Recorrente — Juiz Federal da 2ª Vara, «ex officio».

Agravado — Correia — Corretores de Seguros Ltda. — Sociedade Civil.

EMENTA

Imposto de Renda. Sociedade que se apresenta como civil, mas que, de fato, se dedica a negócios mercantis, não pode ser beneficiada pela taxaço especial prevista no RIR. aprovado pelo Dec. nº 58.400, de 10-5-66, art. 248, § 1º, alínea b.

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 ao recurso para julgar procedente 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, 23 de novembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Márcio Ribeiro* (Relator): Promoveu a Fazenda Nacional executivo fiscal para cobrar de Correia — Corretores de Seguros Ltda. — Sociedade Civil as quantias de ... Cr\$ 10.004,80 e Cr\$ 23.852,00, especificadas em várias certidões de dívida ativa dos autos principais e do processo apensado, e relativas a lançamentos suplementares *ex officio* de imposto de renda e imposto adicional de renda, também denominado imposto sobre lucros extraordinários.

Nos embargos, alegou a executada, em síntese: que é uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sem finalidade mercantil, constituída com foro civil; que os agentes fiscais, alterando seu critério, tributaram-na como se fosse sociedade comercial, não permitindo, por isso, que se beneficiasse da taxaço reduzida autorizada pelo art. 248, § 1º, letra b, do Dec. nº 58.400-66; que o imposto adicional foi extinto pela Lei nº 4.862-65, e de qualquer forma não poderia ser exigido.

Impugnando, argumentou a exequente: que a executada é uma sociedade de fato, agenciando serviços de terceiros, mediante comissão, divorciada das finalidades do seu contrato constitutivo como se pode apurar nos balanços apresentados (fls. 68-89); não houve mudança de critério de tributação, pois os lançamentos sempre se baseavam na auto-notificação feita pelo próprio contribuinte, até que foi possível proceder a uma fiscalização e revisão, em que se apurou tratar-se de uma sociedade empresarial, explorando serviços de pessoas a ela estranhas,

de cuja atividade auferiu lucros, o que descaracteriza a sociedade civil.

Acolhendo a argumentação dos embargos, o MM. Juiz julgou a ação improcedente, decretou a nulidade de todas as certidões de dívida ativa e, ainda, com apoio no Dec.-lei nº 1.042 de 1969, declarou extinto o débito relativo às multas aplicadas e anisteadas as infrações respectivas, condenando a exequente em Cr\$ 1.000,00 de honorários advocatícios.

A Subprocuradoria-Geral pede o provimento do recurso de ofício, único interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): A executada deixou de instruir a sua defesa com peças do processo administrativo (certidão de fls. 110v.).

Assim nada provou em contrário à afirmação do fisco de que não fora organizada exclusivamente para a prestação de serviços profissionais, «porquanto se trata de entidade empresarial de serviços de terceiros, de acordo com o apurado nos balanços apresentados no IR, com pagamento de comissões a pessoas estranhas».

É evidente que uma sociedade assim formada não poderia gozar da isenção parcial a que alude o art. 248, § 1º, b, do Dec. nº 58.400-66.

O que interessa, no caso, é a finalidade da empresa.

Ora, o serviço de corretagem relativo a seguro é nitidamente comercial e, portanto, a sociedade destinada a

prestá-lo não se assemelha à de pessoas jurídicas civis para exploração das chamadas profissões liberais, mesmo a de despachante.

Outorgar a exceção a uma sociedade que explora os serviços de terceiro seria permitir sua ampliação sem limite, o que contraria a natureza do dispositivo.

Faço meus os argumentos do parecer da douda Subprocuradoria-Geral da República (fls. 124-125), que se reporta, em seu final, a precedente julgado na Turma.

A recorrida não demonstrou a ilegalidade ou mesmo irregularidade dos lançamentos feitos.

Julgo, pois, procedente a ação, subsistente as penhoras de fls. 27 e 108 e condeno a executada no pagamento do pedido e acréscimo especificados às fls. 2.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 30.434 — PR — Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Recte.: Juiz Federal da 2ª Vara — Agda.: Correia — Corretores de Seguros Ltda. — Sociedade Civil.

Decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso para julgar procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23-11-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Henocho Reis e José Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 32.531 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro.
Recorrente — Juízo de Direito da Comarca de Itabirito, «ex officio».
Agravante — União Federal.
Agravado — José Joaquim Carneiro de Mendonça.

EMENTA

Imposto. Isenção. C.T.N. art. 178. Súmula 544 do STF.

A isenção fiscal condicionada, de todos os impostos federais, outorgada como incentivo a indústria siderúrgica, abrange os impostos futuros decretados dentro do prazo da isenção, inclusive o imposto de renda.

A decisão do Supremo nesse sentido faz coisa julgada quanto aos exercícios posteriores em que se discute idêntica tese de direito.

Executivo fiscal julgado improcedente. Confirmação da sentença de primeiro grau.

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

Decide a Terceira 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, 17 de dezembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): José Joaquim Carneiro de Mendonça, acionista da Usina Queiroz Junior S.A. — Indústria Siderúrgica, na declaração de imposto de renda apresentada em 1957, deixou de incluir, na cédula «F», o valor de 1.758 ações novas, distribuídas pela empresa em decorrência de aumento de capital, mediante reavaliação do ativo e incorporação de reservas, na forma permitida pelo art. 5º, alínea b, da Lei

nº 2.862, de 1956, por entender indevido o tributo, face à isenção de todos os impostos federais concedida à Usina, pelo prazo de 40 anos, a partir de 1922.

Promovida, pela Fazenda Nacional, ação executiva fiscal, julgou-a improcedente o MM. Juiz, fundado no ato jurídico perfeito, no direito adquirido e na coisa julgada, à consideração de que na isenção concedida pelo Governo à empresa está incluído o imposto de renda, como reconhecido por Acórdão do Supremo Tribunal Federal.

Agravou a exequente, sustentando que a isenção somente alcança os impostos federais que incidam sobre «a construção e exploração das minas e fábricas e seus produtos, bem como de qualquer aumento dos existentes», neles não compreendido o imposto complementar de renda, criado posteriormente à celebração do contrato entre a União e a Usina, e que, mesmo na hipótese de se reconhecer a isenção à pessoa jurídica, o benefício não aproveitaria aos acionistas.

Os argumentos da agravante foram rebatidos na contraminuta de fls. 109-111 e, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral se manifestou, em circunstanciado parecer, pela reforma da sentença, citando legislação e jurisprudência no sentido de que a isenção não se estende aos tributos instituídos posteriormente à sua concessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): O imposto, no caso, é cobrado dos acionistas por não ter sido satisfeito pela empresa, como permite a Lei nº 1.474-51, art. 2º, § 2º e o Decreto nº 36.773-51, art. 99, parágrafo único.

Em caso semelhante referente à Companhia Belgo Mineira filiei-me à corrente dos que entendem que a isenção condicionada, outorgada como estímulo à indústria, integra-se, como direito adquirido, ao patrimônio do contribuinte.

Esta a compreensão doutrinária do assunto:

«Quanto às isenções condicionadas a encargo do beneficiado e/ou concedidas por prazo certo geram elas uma situação jurídica subjetiva que integra o patrimônio jurídico do mesmo, constituindo, portanto, um direito adquirido.

«De fato, estas isenções, ou seja, a lei que as concede, integram o «estatuto do contribuinte», que, por sua vez, é definido por Trotabas, em seu «*Précis de Science*

et de Legislation Financières» e em seu livro «*Finances Publiques*», como «o complexo de direitos e obrigações previstos uns e outras em leis ou dela decorrentes, que rege a posição do contribuinte em face do Fisco». Para Trotabas, entretanto, o estatuto do contribuinte não cria uma situação jurídica subjetiva, ou seja, um direito adquirido, por decorrer de lei que deve incidir de maneira uniforme para todos.

«Cremos, contudo, como a grande maioria dos autores que, desde que haja a ocorrência do fato gerador tal como previsto abstratamente em lei, a situação objetiva e impessoal transforma-se em subjetiva e pessoal para o contribuinte. Surge, assim, para o contribuinte um direito adquirido que cumpre seja respeitado e que encontra inclusive garantia em texto constitucional» (Ruy Barbosa Nogueira — *Direito Tributário* — pág. 428).

Aliomar Baleeiro reporta-se a uma série de decisões do Supremo (decisões que se têm mantido firmes por um decênio até agora):

«no sentido de que as isenções concedidas por prazo certo e sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas» (*Direito Tributário Brasileiro*, pág. 526).

É, aliás, o que determina a Súmula 544 do STF e dispõe a ressalva contida no art. 178 do CTN.

O mesmo autor trouxe à baila caso da Prefeitura de Suzano, em que se discutiu se a isenção outorgada pelo

Município alcançava imposto estadual e reportou-se às lições de Rubens G. de Sousa, Ulhoa Canto e Hely Lopes Meireles doutrinando (pág. 527):

«Em tais casos, a isenção não pode ser suprimida sem compensação porque não é favor, mas contrato, cuja rescisão locupleta o Fisco em detrimento do industrial que confiou no incentivo. Provavelmente não investiria no Município se não contasse com a acenda vantagem tributária. A isenção de Suzano não se limitava aos impostos existentes em 1961, mas compreendia «todos os impostos do Município pelo prazo de 25 anos. Os existentes e os futuros».

Logo, na espécie, a isenção contratual concedida pela União é compreensiva de todos os impostos federais.

Assim entendeu, aliás, o Supremo Tribunal Federal, firmando a tese em relação a exercício anterior e, se ela se apresenta agora a mesma, não seria possível resolvê-la de maneira diversa, não obstante o disposto na Súmula 239 e o entendimento da E. 2ª Turma no AMS 28.902-MG.

A esse propósito prefiro acompanhar o voto do Ministro Orozimbo Nonato, quando preleciona:

«Não posso, entretanto, acompanhar o voto de Sua Excelência. É que a embargante tem a seu prol — e o demonstrou fartamente — a coisa julgada. E esta é invulnerável, acastela-se na presunção invencível de verdade, presunção

que não se assenta no pressuposto da inervância do juiz, mas em imperativos de paz e de ordem social. Não importa que, em o reconhecendo, cancela o Tribunal seu próprio julgamento, ora embargado, e que, em casos semelhantes, não reconheça a isenção, reformando critérios anteriormente assentados. A jurisprudência tem, necessariamente, variações, reparando interpretações menos acertadas e anteriormente aceitas. Tais variações constituem, quando orientadas para a verdade, para a pureza dos princípios, um fator indispensável da evolução do direito e é, nesse sentido, que PRUGI proclama estar o juiz moderno menos preso que o antigo «a tirania» *«delle communes opiniones e delle res judicatae»*.

Mantenho, pois, a sentença recorrida pelos seus fundamentos.

Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 32.531 — MG. — Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Recte.: Juiz de Direito da Comarca de Itabirito. Agte.: União Federal. Agdo.: José Joaquim Carneiro de Mendonça.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento aos recursos (em 17-12-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 33.060 — PB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Agravada — Companhia Industrial de Cerâmica
Recorrente — Juiz Federal no Estado

EMENTA

Imposto sobre Produtos Industrializados. Tijolos e telhas. Pelo fato de se ter exigido Imposto Único sobre Minerais, relativamente à substância mineral de que são fabricantes, não se segue estejam livres do Imposto sobre Produtos Industrializados. São minerais pela composição, mas produtos industrializados sob o aspecto econômico. Ademais, as operações de beneficiamento não se resumem na secagem e enformação do barro, mas envolvem a queima em fornos apropriados, que, pelo calor, altera as propriedades físicas e químicas do material primitivo. Interpretação das disposições pertinentes da Lei nº 4.425, de 8-10-64, modificada pelo Dec.-lei nº 334, de 12-10-67, regulamentada pelo Dec. nº 55.928, de 14-4-65, modificado pelo Dec. nº 62.981, de 12-7-68, quanto ao imposto único, e da Lei nº 4.502, de 30-11-64, e do Dec. nº 61.514, de 12-10-67, quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

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, para julgar procedente as ações executivas fiscais, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de agosto de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente; *Décio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Reunem-se, nestes autos, três executivos fiscais, os quais, por sua vez, compreendem mais de uma certidão de dívida.

No segundo, exige-se da executada Imposto sobre Produtos Industrializados na fabricação de produtos de cerâmica; no primeiro e no terceiro, este mesmo Imposto e, ainda, o Imposto Único sobre Produtos Minerais, este

último conforme Autos de Infração nºs 11/69, 75/68 e 65/68, fls. 4, 85 e 89, respectivamente, dos autos unificados.

Nos autos houve pronunciamento do Doutor Procurador da República no sentido de prevalecer, no caso, a cobrança do Imposto Único sobre Produtos Minerais e não a do Imposto sobre Produtos Industrializados, consoante decisão, que menciona, «em que a matéria foi debatida em seus diversos aspectos, com citação de Acórdãos do Colendo Tribunal Federal de Recursos» (fls. 129).

A sentença, do Juiz Federal Doutor Genival Matias de Oliveira, julgou procedente a cobrança apenas do Imposto Único sobre Minerais e improcedente a do Imposto sobre Produtos Industrializados, mandando compensar, no exigível da executada, as importâncias pagas a título deste último, nas prestações do parcelamento que foram satisfeitas (ler fls. 145/7).

Subindo os autos em virtude de recurso *ex officio*, opina a douta Sub-

procuradoria-Geral da República pelo seu provimento, visto que produtos de cerâmica, tijolos e telhas, são sujeitos ao IPI, sendo de distinguir-se o mineral em estado bruto, *in natura*, do produto que se obtém com a sua industrialização. Cita o parecer decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sobre a incidência do tributo estadual, imposto de Circulação de Mercadorias (fls. 157/60).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (*Relator*):

As operações tidas como tributáveis pela União ocorreram em 1968-1969.

Quanto ao Imposto Único sobre Minerais, vigoravam então a Lei nº 4.425, de 8-10-64, modificada pelo Dec.-lei nº 334, de 12-10-67, regulamentada a matéria pelo Dec. nº 55.928, de 14 de abril de 1965, modificado pelo Decreto nº 62.981, de 12-7-68, sendo destes últimos a regra seguinte:

«Art. 1º.....

§ 2º 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 por aglomeração, de acordo com os critérios estabelecidos nos parágrafos seguintes e no art. 2º.

§ 3º Entende-se por produto mineral beneficiado mecanicamente aquele originário de um processamento de minerais brutos, no qual não haja modificação da identidade física ou química

dos minerais. Estão incluídos nessa definição os produtos obtidos pelos seguintes processos:

.....

e) desaguamento: obtenção de um produto seco por processo de decantação, filtragem e secagem.

§ 4º Entende-se por aglomeração o processamento por briquetagem, nodulação, pelotização e sinterização.»

Quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados, a Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, tabela, alínea XVI, capítulo 69, produtos de cerâmica, tributa, entre outros artigos, os das posições 69.04 e 69.05, a primeira referente a «tijolos e elementos semelhantes, utilizados na construção, maciços, ocos, perfurados etc.», e a segunda relativa a «telhas, ornamentos arquitetônicos, cornijas, frisos etc., e outros artigos cerâmicos de construção». Na nota 69-1, é esclarecido que «o capítulo 69 só compreende os produtos obtidos por cozimento de cerâmica, de terras previamente enformadas, ou de rochas previamente trabalhadas.»

Alterada a denominação do tributo para Imposto sobre Produtos Industrializados, pelo Dec.-lei nº 34, de 18 de novembro de 1966, mas mantidas, em sua maior parte, as tabelas, veio, a seguir, o Dec. nº 61.514, de 12-10-67, declarar, na mesma alínea XVI, Capítulo 69, e por forma semelhante, a incidência sobre tijolos e telhas, a dizer:

«Notas:

(69-1) O presente capítulo só compreende os produtos cerâmicos obtidos por cozimento, após terem sido enformados ou trabalhados

.....

II. Outros produtos cerâmicos.

(69-04) Tijolos utilizados na construção (maciços, ocós, perfurados etc.) inclusive tijolos para revestimento ou de forma especial para capitéis de colunas, frisos ou para outros ornamentos arquitetônicos 8%

(69-05) Telhas, ornamentos arquitetônicos (cornijas, frisos etc.) e outros artigos cerâmicos de construção 8%

E a referida Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, nas suas normas gerais, definia como industrialização, de modo a sujeitar o produto ao respectivo imposto:

«Art. 3º

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo considera-se industrialização qualquer operação de que resulte alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, salvo:

I — o conserto de máquinas, aparelhos e objetos pertencentes a terceiros;

II — o acondicionamento destinado apenas ao transporte do produto.»

Vê-se, assim, que havia certo conflito, aparente, entre uma e outra ordem de disposições, a primeira a dispensar de qualquer outra incidência tributária o produto resultante de beneficiamento mecânico no qual não houvesse modificação da identidade física ou química dos minerais, e a segunda incluindo na definição de industrialização a operação de que resulte alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto.

Como salientei em julgamentos proferidos no Pleno, a propósito de mármore e granitos beneficiados (Recur-

sos de Revista nºs 1.236 e 1.362, de que fui relator), a distinção entre o produto que, sendo mineral beneficiado, está sujeito apenas ao Imposto Único ou, pela industrialização, também incide no Imposto sobre Produtos Industrializados, há de ser feita sob o ponto de vista da sua função econômica.

Decidiu-se, então, que os mármore e granitos, cortados, serrados, e ou polidos ou lustrados, ou de qualquer outro modo afeiçãoados ao emprego final, se é certo conservam a qualidade de produtos minerais pela natureza de sua composição, perderam a qualidade de minerais sob o ponto de vista econômico, que é o que influi para a incidência do imposto único.

Assim também as telhas e tijolos.

São minerais sob o ponto de vista de sua composição.

Mas não o são sob o ponto de vista econômico.

São produtos industrializados, sujeitos aos impostos previstos para a categoria, seja o IPI, federal, seja o ICM, estadual (para esta última incidência assim os consideram acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, citados no parecer, v.g. os proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 70.028 e 74.110, relator o Sr. Ministro Antônio Neder; 75.559 e 75.806, Relator o Senhor Ministro Oswaldo Trigueiro).

Nem se diga que os tijolos são obtidos por desagramento, secagem e briquetagem da substância mineral, operações, que, segundo a legislação do Imposto Único, estão compreendidas na fase de mero beneficiamento do mineral.

Essas operações, todavia, não esgotam a operação industrial de fabricação de tijolos, que envolve não apenas enformação e secagem do barro, mas também a «queima» em fornos apropriados, que confere ao produto suas

propriedades finais, especialmente a dureza, resultante de modificações físicas e químicas, pelo calor, de elementos componentes da substância primitiva.

Repetimos: tijolos e telhas são mineiros sob o ponto de vista de sua composição, mas não sob o ponto de vista econômico, quando se constituem em artefatos destinados à construção civil.

Não se adquirem tijolos e telhas em atenção à quantidade de barro (substância mineral) que contém, mas em atenção ao seu emprego final, propiciado por um conjunto de qualidades que não lhes advêm unicamente da matéria de que são compostos, mas da forma, consistência e outras propriedades adequadas, resultantes da industrialização.

Isto posto, e não contestando e executada a dívida do IPI sob outros aspectos, tendo, até mesmo, requerido an-

teriormente o parcelamento da mesma, meu voto, com a devida vênia, é no sentido de reformar a douta sentença, para o fim de julgar procedentes os três executivos fiscais unificados neste recurso.

Dou provimento ao recurso *ex officio*.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 33.060 — PB — Rel.: Senhor Min. Decio Miranda — Recte.: Juiz Federal no Estado — Agda.: Cia. Industrial de Cerâmica.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, para julgar procedente as ações executivas fiscais (em 17-8-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Amárilio Benjamin votaram com o Senhor Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 33.233 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Recorrente — Juiz de Direito da Comarca de Bebedouro, *ex officio*
Agravada — Batista Carlos Gregorini

EMENTA

Imposto de Renda.

Estando em cobrança Imposto de Renda decorrente do contrato, qualificado pelo Fisco como de arrendamento, donde ser tributado o aluguel, enquanto a executada afirma tratar-se de compra e venda de frutos pendentes, não sendo tributado o preço, julga-se procedente o executivo fiscal, se por falta de elementos não é possível apurar a verdadeira natureza de liquidez e certeza da dívida.

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, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas

taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. — Custas de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1973. — Moacir Catunda, Presidente; Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Trata-se de re-

curso de ofício, interposto pelo Doutor Juiz de Direito da Comarca de Bebedouro, da sentença proferida às fls. 58v, pela qual julgou improcedente o executivo fiscal movido pela Fazenda Nacional contra Batista Carlos Gregorini, para cobrança da quantia de Cr\$ 1.986,40, a título de Imposto de Renda, do exercício de 1965, e multas, estando a decisão assim fundamentada:

«O presente executivo fiscal é proveniente do lançamento *ex officio*, em virtude de o Fisco ter entendido que os rendimentos provenientes do contrato celebrado entre o executado e a Suconasa S.A. se enquadrava na Cédula «E». Tudo gira em torno de saber-se qual a espécie desse contrato. Como se observa da leitura do instrumento de fls. 15, erroneamente intitulado contrato de arrendamento parcial de imóvel agrícola, trata-se ele, à evidência, de um contrato de venda e compra. Contrato de venda aleatório, já que o comprador corre o risco de a produção não se verificar. Aliás, trata-se de contrato comumente celebrado na região, grande produtora de frutas cítricas, pela qual o comprador adquire a safra de frutas, encarregando-se de colhê-las. Não se confunde a venda e compra da safra de laranjas, como na espécie, com arrendamento. Além do mais, o prazo, na hipótese, 10 meses, seria para retirada dos frutos. Estabelecido que se trata de contrato de venda e compra, e não arrendamento, como pretende o Fisco, conclui-se que o enquadramento na cédula «G» é correto, como pretende o executado, e não cédula «E», como pretende a Fazenda. Não procede, pois, a pretensão da Fazenda, já que o en-

quadramento dado pelo executado é o correto. Isto posto, e considerando o mais que consta dos autos, julgo improcedente o presente executivo fiscal movido pela Fazenda Nacional contra Batista Carlos Gregorini, julgando, outrossim, insubsistente a penhora de fls. 5v. Em virtude do princípio da sucumbência, e segundo a imperativa jurisprudência que se aplica aos executivos fiscais, condeno a Fazenda a pagar os honorários de advogado, que fixo em 20% sobre o valor da causa. Custas na forma da lei.»

Subindo os autos, neste Tribunal oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, que pelo parecer de folhas 64/67 pediu o provimento do recurso, sustentando que não basta o fato de pretender um dos contratantes se apropriar dos frutos das plantações existentes no imóvel, para caracterizar o contrato como de compra e venda, podendo a locação, conforme o ensinamento, que invoca, de PONTES DE MIRANDA, ser de uso, ou de uso e fruição, conduzindo as cláusulas do contrato, no caso, a um verdadeiro arrendamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A solução da lide, no caso, há de resultar da natureza do contrato celebrado pelo executado com a Suconasa, Sucos e Conservas Nacionais S.A., e o executivo será procedente se considerado for como de «arrendamento», havendo sido tributado como aluguel a quantia pelo mesmo recebida, do que resulta o Imposto de Renda em cobrança, ao passo que reconhecido que seja tratar-se de um contrato de compra e venda, conforme sustenta o executado, improcedente será a ação, não havendo alu-
guel a tributar.

A distinção entre o «arrendamento» ou a «locação», com a finalidade de colheita de frutos, e o contrato de compra e venda dos frutos pendentes, constitui matéria que tem dado lugar a largas controvérsias, e na prática dela decorrem questões de difícil solução.

Estão de acordo os autores quanto à possibilidade da existência de locação ou arrendamento, com a finalidade mencionada, o que é ressaltado no ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, invocado pelo executado, às fls. 12, e constante de suas *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pág. 180, e PONTES DE MIRANDA acentua que «tanto é locação o contrato pelo qual se cede o uso como aquele pelo qual se dão uso e fruto e aquele pelo qual apenas se atribui a desfrutação» (*Tratado de Direito Privado*, vol. XL, página 6/7, § 4.352, nº 3).

As divergências, porém, se manifestam quanto ao critério que há de prevalecer para firmar a distinção entre um e outro contrato, e SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, vol. 3, páginas 241/251, nº 159), faz um detido estudo das várias doutrinas existentes.

Assim, após mencionar as várias concepções que dão prevalência à intenção das partes contratantes, afastando o critério da denominação do contrato, fazendo um exame crítico das mesmas, e que consistem no critério deduzido da distinção entre transferência da propriedade e concessão do uso e gozo da coisa, no critério fundado exclusivamente na atividade do locatário, e no critério fundado sobre a consideração da natureza dos direitos e obrigações das partes, fixados no contrato, SERPA LOPES acentua a «impossibilidade de se encontrar um critério rígido e geral para distinguir as duas figuras contratuais (pág. 246, *ob. cit.*), mencionando ainda a concepção de TROPLOND, pelo exame das

circunstâncias, e concluiu adotando o critério que denomina de «critério interpretativo racional e consoante o nosso direito», fazendo depender a distinção dos elementos, a intenção das partes e as circunstâncias indicativas da locação ou da compra e venda, embora conclua reconhecendo que «não se pode, a priori, considerar tais critérios como absolutos.»

Nas diversas concepções, por sua vez, como resulta da exposição do citado autor, sobressaem como relevantes para a definição da natureza jurídica do contrato vários elementos, tais como a posse do imóvel, o ônus de efetuar as despesas necessárias à cultura, a restituição da coisa sem afetação de sua substância, findo o contrato, a duração do contrato, o pagamento do preço em prestações periódicas ou a estipulação de um pagamento único, bem como o seu mandante etc.

No caso dos autos, o executado, ao qual cabe o ônus da prova, para ilidir a presunção resultante da inscrição da dívida, não oferece esclarecimentos suficientes, de forma a permitir uma decisão sobre a verdadeira natureza do contrato.

Assim, havendo a Fazenda considerado existente um «arrendamento» ou «locação» (fls. 37v), a viúva do contribuinte Batista Gregorini, de quem o embargante é herdeiro, como tal respondendo pelo débito, atendendo a notificação da Repartição, para apresentação de cópia autenticada do contrato (fls. 38v), comunicou não poder atender, por não possuir o documento exigido, que a Suconasa não forneceu, acrescentando que os únicos documentos fornecidos pela mesma são notas de compra de laranjas.

Estas «notas de compra», porém, não foram também apresentadas, e no curso do executivo, com os embargos, foi anexado o documento de fls. 15/

16, exemplar mimeografado de contrato de «arrendamento» utilizado pela locatária Sucomasa, mas sem autenticidade, e com claros a preencher, inclusive quanto ao imóvel, ao nome do locador, ao seu prazo, ao preço estipulado e forma de pagamento.

Nessas condições, impossível se torna verificar qual a verdadeira natureza do contrato celebrado, o que conduz ao provimento do recurso de ofício para reforma da sentença, com a procedência da ação, por não ilidida a presunção de liquidez e certeza decorrente da inscrição de dívida de fls. 3, condenado o executado na forma do pedido.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 33.233 — SP. Rel.: Senhor Min. Jorge Lafayette Guimarães. Rec.: Juiz de Direito da Comarca de Bebedouro. Agdo.: Batista Carlos Gregorini.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (em 24-9-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Moacir Catunda*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 33.538 — MG

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

Agravante — Carlos Smith

Agravada — União Federal

EMENTA

Imposto de Renda.

Rendimentos não declarados.

Omissão de rendimentos evidenciada através de depósitos bancários efetuados pelo contribuinte.

Se os depósitos bancários, enquanto tais, indiscriminadamente, não podem ser tidos como fonte geradora do tributo, é inegável, porém, que as importâncias, deles integrantes, provenientes de honorários percebidos no exercício de profissão liberal, são tributáveis (Cédula «D»).

Obrigação tributária que não se afasta, na espécie.

Multa imposta com base no art. 445, § 1º, RIR.

Agravo desprovido.

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 ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fa-

zendo parte integrante do presente julgado. — Custas de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1972. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *José Néri da Silveira* (Relator): A União Federal moveu

executivo fiscal contra o Dr. Carlos Smith, domiciliado em Uberaba, Minas Gerais, para cobrar-lhe a importância de Cr\$ 39.784,00, proveniente de imposto de renda relativo aos exercícios de 1965, 1966 e 1967, multa, correção monetária e percentagens de lei tudo em conformidade com as Certidões de Dívida Ativa, de fls. 3, 4 e 5, sendo Cr\$ 1.588,00 (exercício de 1965), Cr\$ 14.402,00 (exercício de 1966) e Cr\$ 23.794,00 (exercício de 1967).

Lavrado o auto de penhora e depósito, de fls. 9, embargou o feito o réu, às fls. 10-18. Descreve os fatos relativos à transição, desde suas atividades médicas até às vinculadas à agropecuária, sendo que, em 1957, vendeu o Hospital Sanatório Smith, havendo recebido o produto da venda em 1958. Esclarece que inverteu grande parte do numerário em benfeitorias em sua propriedade rural, denominada «Fazenda Bela Vista», no município de Uberaba. Observa que, a partir de 1962, suas atividades «passaram prática e exclusivamente para as de agricultor» (*sic*). Esclarece que, ao ser pela Repartição intimado a «declarar os rendimentos omitidos», nos exercícios mencionados, nada aditou, por não lhe parecer houvesse sonegação de informações sobre rendimentos de sua parte.

De outro lado, entende que o Fisco não poderia ter considerado como rendimentos da cédula «D» todos os depósitos bancários, pois, em realidade, suas atividades eram à época relativos à exploração agropecuária. A Repartição, entretanto, considerou como irrísórios os honorários declarados. Explica que em todas as declarações de rendimentos constam os da exploração agropastoril, apurados na forma *a*, da cédula «G», que «estipula um rendimento presumível» (fls. 13-14). Sustenta que a Repartição fiscal agiu «precipitada e violentamente», «quando

lançou mão, de maneira indiscriminada, dos depósitos bancários para incluí-los no cálculo, como se fossem rendimentos sonegados de honorários médicos». Alega que o Fisco nenhuma prova fez de os depósitos bancários serem oriundos de atos tributáveis. Esclarece, por fim, haver impetrado mandado de segurança que guarda conexão com o presente executivo fiscal, perante o mesmo Juízo de Direito (fls. 17).

Impugnaram-se os embargos às folhas 23/25. Estranha a União porque o réu não declarou seus verdadeiros rendimentos, nem apresentou provas de suas alegações, afirmando tratar-se o réu de médico de nomeada, «e em suas declarações não apresenta rendimentos de outras fontes dignas de nota» (*sic*). Procura justificar o critério seguido pelo Fisco, tendo em conta haver, em suas declarações, o réu atribuído sempre maior soma de rendimentos às atividades de médico e não às agrícolas.

Indeferiu o Dr. Juiz *a quo* a apenação dos autos do mandado de segurança e determinou a requisição do processo administrativo fiscal (folhas 26 e 30).

Na audiência de instrução e julgamento debateram as partes a causa, pedindo o réu anexação de memorial, de fls. 47/51. Vieram aos autos peças trasladadas do processo administrativo (fls. 52/84).

A sentença, de fls. 86/88, deu pela procedência do executivo fiscal: (lê).

Agravou o executado às fls. 88-B, 88-C e 89: (lê).

Contraminuta da União às fls. 90v./91: (lê).

Manteve a decisão o Dr. Juiz *a quo*, às fls. 92.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 98, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Não se produziram provas novas no curso do procedimento judicial. Vieram aos autos, entretanto, traslados de peças do processo administrativo fiscal.

É fato assente que o agravante, nos exercícios de 1965, 1966 e 1967, exercia simultaneamente atividades profissionais vinculadas à medicina e de natureza rural como fazendeiro.

O processo de lançamento *ex officio* contra o réu teve origem na seguinte representação, por cópia, às fls. 74: (lê).

De outra parte, as razões do lançamento *ex officio*, alusivo ao exercício de 1966, estão às fls. 76 v., nestes termos:

«Intimado o contribuinte a prestar esclarecimentos, nos termos do art. 407, letra c, do RIR, declarou o contribuinte, apenas, ter omitido a importância de . . . NCr\$ 161,00 de juros recebidos da Empresa Telefônica. Entretanto, conforme extratos de contas-correntes fornecidos pelas agências dos Bancos da Lavoura de Minas Gerais e Mineiro da Produção, constantes do processo 3.293/67, o contribuinte depositou durante o ano de 1965 . . . NCr\$ 27.722,23.

«2. Dessa importância subtrai as importâncias lançadas na cédulas «B», «D» e «F», incluindo na cédula «H» a diferença de NCr\$ 24.514,44, não justificada pelo contribuinte, aplicando a multa de 100% cabível no caso.»

Além disso, recusou a Repartição fiscal a defesa do réu, por estes motivos, às fls. 78/79:

«Dr. Carlos Smith, contribuinte residente nesta cidade, re-

clama, dentro do prazo regulamentar, contra a notificação E-38/67, referente ao exercício de 1966, ano-base 1965, proveniente da inclusão de rendimentos na cédula «H», por entender ser ilegal a tributação calcada na soma de depósitos bancários, como fez esta Repartição.

«2. No entanto, o ato é perfeitamente normal e está devidamente enquadrado em lei.

«O contribuinte, que é médico e fazendeiro, declarou uma renda líquida de NCr\$ 5.284,99, considerando os NCr\$ 3.500,00 declarados, agora, na reclamação, o que dá uma renda mensal de NCr\$ 440,00. No entanto, fez depósitos em dois bancos desta cidade num total de NCr\$ 27.722,23.

«Como única justificativa alega ser praxe entre correntistas «lançarem mão do mesmo capital, fazendo-o girar através de depósitos renovados, em vários estabelecimentos de crédito, dando a impressão irreal de que se trata de volume monetário diferente e livre.»

«A simples enunciação do fato, porém, não procede, e o reclamante não comprovou essa ocorrência.

«Computando, ainda, os extratos de contas-correntes que se encontram no processo 3.293/67, referente ao exercício de 1963/1962, não encontrei relação entre os depósitos que justificassem tal afirmação.

«3. É jurisprudência firmada em repetidos Acórdãos do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes o princípio de que é legítima a tributação dos depósitos bancários dos sócios quando

não comprovada, rigorosamente, a origem do respectivo numerário, como receita omitida ou desviada dos negócios da firma.

«Da mesma forma, no presente processo está perfeitamente evidenciada, pelos depósitos bancários, a omissão de rendimentos, sejam eles classificáveis na cédula «D», ou na cédula «G», ou na cédula «H».

«4. Procedi a novo cálculo do imposto, incluindo na cédula «D» NCr\$ 3.500,00 declarados pelo reclamante como rendimento do exercício da medicina, excluindo essa importância do rendimento lançado na cédula «H».

«5. Tendo em vista o exposto, proponho que se tome conhecimento da reclamação para incluir na cédula «D» o rendimento declarado, e que seja, no mais, indeferida, por falta de amparo legal, expedindo-se nova notificação prefixo «R».»

Sustenta, outrossim, a autoridade fiscal, não se tratar na espécie de lançamento *ex officio* feito mediante arbitramento de rendimentos «com base na renda presumida através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte», mas, sim, de arbitramento «baseado em elemento concreto fornecido por estabelecimentos bancários».

Esta Turma, no julgamento do AMS nº 66.278-GB, decidiu em Acórdão assim ementado, de que fui Relator:

«Imposto de renda.

Lançamento *ex officio*.

Se o profissional liberal, à medida que vai percebendo honorários, deposita-os em conta-corrente bancária, certo está que as

importâncias são representativas de rendimentos (Cédula «D»), que se hão de declarar, no instante oportuno. Isso não acontecendo, sucede omissão por parte do contribuinte.

Se os depósitos bancários, enquanto tais, indiscriminadamente, não podem ser tidos como fonte geradora do tributo, é inegável, porém, que as importâncias, deles integrantes, provenientes de honorários percebidos no exercício de profissão liberal, são tributáveis (Cédula «D»).

Inexistência de direito líquido e certo.

Sentença denegatória de segurança confirmada.»

No voto, destaquei:

«Incensurável o procedimento da fiscalização, quando, confrontando as declarações de rendimentos do impetrante, exercícios de 1963 a 1967, e os depósitos bancários efetuados nesse período, concluiu pela existência nelas de omissões. O paralelo feito na informação, às fls. 63v., torna isso inequívoco. Certo está que não podia a autoridade fiscal considerá-los, desde logo, na sua totalidade, rendimentos tributáveis. A própria inicial anota o reparo ocorrido, em atendimento à sua reclamação. O mesmo se lê às folhas 64v./65.

«Impugna o agravante, com veemência, a classificação dos valores constantes de depósitos bancários na Cédula «D», como rendimentos de seu consultório médico. Acontece que, profissional liberal, presumível seria dita origem como rendimentos provenientes do exercício profissional. Sequer, em contrário, alegou o impetrante. Pertencem-lhe os depó-

sitos bancários em foco. Não contesta, ele próprio, haja obtido dito numerário, que foi sendo depositado no curso dos anos. De notar, ainda, que reclamou o recorrente a não dedução, sem comprovante, de 40% dos rendimentos, o que é admitido, em se tratando da Cédula «D». Aceitou a dedução em foco, com base na informação favorável, de fls. 64v. e 65. Conseqüentemente, não há sustentar, *permissa venia*, que tudo se deu por mera «presunção». Em verdade, o expediente fiscal processou-se, assegurada defesa ao requerente, como revelam os autos. À sonegação fiscal procura, de ordinário, armar-se de todos os cuidados. Se os depósitos indicativos de rendimentos, que o imputante auferiu, não têm outra origem apontada, ao menos disso não há prova nos autos, justo é considerar-se que à autoridade fiscal não cabia diferente conclusão.

«Estou, dessa sorte, em que a sentença bem situou o problema dos autos, às fls. 74, *verbis*:

«É que, realmente, depósitos bancários não podem ser admitidos como fonte geradora de tributo, mas os lançamentos efetuados não o foram sobre propriamente os depósitos, em tal qualidade, mas, sim, como representativos de rendimentos provenientes da cédula «D» (honorários do livre exercício da profissão de médico). Este o fato gerador, em relação ao qual foi lançado o imposto.»

«Se o profissional liberal, à medida que vai percebendo honorários, deposita-os em conta-corrente bancária, certo está que as importâncias são representativas de rendimentos, que se não de declarar, no instante oportuno.

Isso não acontecendo, sucede omissão, por parte do contribuinte.

«Outra questão será, entretanto, saber o *quantum* de rendimentos, a esse título, haveria para considerar, à vista dos valores existentes em depósito bancário. Se muito, se pouco, isso é matéria de prova, insuscetível de verificação no âmbito do mandado de segurança. Por igual, se houve movimentação de numerário de uma para outra conta.

«O que não tenho, *data venia* do ilustríssimo patrono do agravante, é como abusiva de poder ou ilegítima a ação do Fisco, na espécie. *Prima facie*, evidenciada se faz a omissão do contribuinte, em suas declarações de rendimentos. Ora, o lançamento *ex officio* tem assento legal, consoante bem examinou a decisão recorrida, às folhas 75/76: (lê). Assegurou-se ao agravante, na instância administrativa, ampla defesa.

«Reconhecida, em princípio, como legítima a ação da autoridade indigitada coatora no sentido de apurar os fatos, a partir da realidade dos depósitos do imputante em bancos, a exata classificação dos rendimentos, pretendida, para efeitos de sua tributação, desde o exame de sua natureza, é matéria que extravasa dos domínios do mandado de segurança. Se, de outra parte, como quer o agravante, o lançamento *ex officio* haveria de fazer-se, arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte (Lei nº 4.729, de 1965, artigo 9º), ou com base em dados reais suscetíveis apenas de dis-

cussão, quanto às fontes pagadoras, como são os valores depositados com indicação de data e outras especificações eventuais do depósito, mas, de qualquer sorte, não declarados, constitui isso, também, matéria que, nesta instância especial, não se tem de resolver, máxime à vista do disposto no art. 409, suas alíneas e parágrafos, do RIR.

«Do exposto, mantenho a sentença. Ao impetrante, ao ensejo do executivo fiscal, ou em ação própria, ressalvada fica a oportunidade de demonstrar «serem válidas as suas alegações sobre as origens do depósito», ou que não há, aí, falar em rendimentos tributáveis.»

Se, em verdade, era o réu, no período em foco, médico e fazendeiro, força é, em linha de princípio, entender que as importâncias depositadas, em suas contas-correntes bancárias, estavam vinculadas ao exercício dessas atividades. Cada lançamento em conta-corrente bancária é fato suscetível de explicação, por parte de seu beneficiário. Podia, quer na instância administrativa, já na fase judicial, ter o réu tentado, ao menos, demonstrar que os valores depositados, com individualidade, um a um, em suas contas-correntes bancárias, e objeto de investigação pela autoridade fiscal competente, não eram expressão de rendimento profissional.

Na espécie, quando intimado, pela primeira vez, a prestar esclarecimentos, limitou-se a admitir omissão de pequena importância auferida por sua esposa, a título de juros, da Empresa Telefônica (fls. 60). Nenhum prêmio, *data venia*, traz a tese do réu, ora agravante, o fato de afirmar, sem sequer provar, que, no ano de 1957, vendeu o Hospital Sanatório Smith, de Uberaba,

com o recebimento do produto da venda em 1958. Cumpre notar que os depósitos bancários tomados em consideração, pelo Fisco, são referentes aos exercícios de 1965, 1966 e 1967. Também a explicação deduzida, já na instância administrativa, de que os valores depositados resultavam do fato de «lançar mão do mesmo capital, fazendo-o girar através de depósitos renovados, em vários estabelecimentos de crédito, dando a impressão irreal de que se trata de volume monetário diferente e livre» não restou comprovada. Note-se que o exame dos extratos das contas bancárias, de que resultaram as verificações do Fisco, poderia ensejar ao réu demonstração da procedência do que alegava.

O fato gerador do imposto, *in casu*, é apontado como sendo a percepção de rendimentos pelo exercício profissional. Com o exame dos depósitos bancários do réu, no período sinalado, a fiscalização do imposto de renda teve, assim, como verificar a ocorrência do fato gerador e o respectivo *quantum*. Daí o lançamento. Se é certo que a obrigação tributária deriva, necessariamente, da lei, na espécie, não é possível, desde logo, pretender afastar a obrigação tributária, a partir do argumento de que os depósitos bancários não são fatos tributáveis. No caso, consoante já se registrou, não são os depósitos em si, enquanto tais, indiscriminadamente, que se consideram, senão as importâncias representativas de rendimentos tributáveis, que, uma a uma, neles se inscrevem, cada qual com sua individualidade. Ensina Rubens Gomes de Sousa que «ao direito tributário interessam fatos, pois é do respectivo conteúdo econômico que se nutre a obrigação fiscal; ainda quando o fato gerador haja de ser um ato ou negócio jurídico, nele o que releva é o respectivo conteúdo econômico, a tal ponto que a melhor doutrina já se

equipou para o deslinde adequado de possíveis interpenetrações de conteúdo e forma, com vistas à possibilidade desta absorver aquele, definindo a prevalência do conteúdo (como, por exemplo, na Alemanha, sistemática introduzida pela *Reichsabgabe nordnung*)» (apud Gilberto de Ilhoa Canto, in *Temas de Direito Tributário*, vol. 1º, págs. 176-177).

Nesse sentido, o ilustre juiz de Direito Haroldo Sodré Mendes bem analisou a controvérsia, na sentença, às fls. 87-88, *verbis*:

«Em sua defesa, a despeito da reconhecida capacidade profissional de seu nobre patrono, especializado em Direito Fiscal, o executado preocupou-se mais com os longos arrazoados do que com as provas do alegado.

«Para desfazer o levantamento procedido, *ex officio*, pelas autoridades fiscais, dos rendimentos omitidos em suas declarações, haveria o executado de argumentar mais com provas do que com palavras.

«Começa por dizer, em seus embargos, que, no ano de 1967, vendera o Hospital Sanatório Smith e que invertera grande parte desse dinheiro, recebido no ano seguinte, em benfeitorias de sua fazenda. Fica-se sem saber por quanto vendeu o Hospital e quanto inverteu no imóvel rural.

«Em seguida, afirma ter vendido, em 1963, todo o rebanho bovino, para dedicar-se exclusivamente à agricultura.

«Mas não diz por quanto vendera o gado e o que fizera do dinheiro.

«Às fls. 36 consta venda de produtos agrícolas, de 1964 a 1966, perfazendo Cr\$ 56.126,00.

«Que é das notas fiscais?

«Somando-se os produtos das vendas do Hospital, do gado e dos cereais, quanto apurou, ao todo, o executado? E em que aplicou o último?

«Após isso, vem dizer, no item 15 do memorial de fls. 47 a 51, que o dinheiro encontrado em depósitos bancários era um só, em giro pelas agências bancárias, para «fazer média».

«Não provou, entretanto, que tal dinheiro era o mesmo.

«Ora, além dessa carência de provas, a defesa do executado encerra incoerência entre o alegado na esfera administrativa e em Juízo, a começar pela resposta prestada em face da notificação recebida inicialmente, naquela (folha 53).

«Enfim, os depósitos bancários encontrados no levantamento procedido oficialmente restaram positivados, enquanto que duvidosa ou não esclarecida a contento permanece a sua origem.

«E tais depósitos não foram declarados na oportunidade.

«Ante o exposto, e o que mais vejo nos autos, julgo procedente a ação para condenar o executado ao pagamento do principal e acessórios pedidos.»

Releva sinalar, de outra parte, que o lançamento *ex officio* em apreço logra amparo no art. 407, alínea c, do RIR, em face da omissão de rendimentos auferidos nas declarações respectivas atinentes aos exercícios em causa. Atendeu-se ao disposto no art. 408,

do mesmo diploma, sendo o réu intimado para prestar esclarecimentos, oportunidade em que, apenas, como salientei acima, declarou pequena importância auferida por sua esposa, e que omitira, na oportunidade adequada (folhas 64). Não deduziu, dessarte, esclarecimentos examináveis, quando intimado, acerca dos quantitativos depositados em contas-correntes bancárias. Isso está confirmado no item 8 dos embargos, às fls. 12.

Ademais, fez-se o lançamento *ex officio*, na forma do art. 409, alínea a, do RIR, ou seja, com arbitramento dos rendimentos, mediante os elementos de que dispunham as autoridades fiscais, isto é, os extratos das contas-correntes bancárias do réu, eis que se tratava de caso de falta de declaração. Como aduz o Fisco, não ocorreu, aí, arbitramento com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte, a teor do permissivo do art. 9º, da Lei nº 4.729, reproduzido no art. 409, § 1º, do RIR.

No que concerne a deduções cedulares cabíveis, ao réu competia invocá-las e comprová-las. Adotando a negativa genérica, deixando de prestar esclarecimentos oportunos, de trazer aos autos, quer na instância administrativa, já neste procedimento judicial, provas que o favorecessem, evidente está tornar-se insuscetível de notificação o que se teve como rendimentos tributáveis, a partir dos elementos concretos apurados pela fiscalização.

Não cabe, de outro lado, invocar, aqui, o disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 4.862, de 29-11-1965, *verbis*:

«Com base nas declarações de bens a que se refere este arti-

go, não será permitido em relação aos exercícios de 1963, 1964, 1965 e 1966:

«a) instaurar processo de lançamento *ex officio* por inexactidão ou falta de declaração de rendimentos.»

No dispositivo em apreço o que se estabeleceu foi favor, de natureza legal, aos que voluntariamente, segundo a oportunidade prevista em lei, efetuassem ou atualizassem suas declarações de bens. Norma de exceção de índole transitória bem de ver é que não pode ser invocada para proteger situações diversas.

Por último, a multa foi imposta com propriedade, nos termos do art. 445, § 1º, do RIR, eis que se trata de lançamento por inexactidão de declarações em virtude de omissão de rendimentos, não havendo o contribuinte atendido no prazo de lei à intimação prevista no art. 408 do mesmo diploma, deixando de acusar, na sua resposta, todos os seus rendimentos (Lei nº 3.470, art. 31).

De todo o exposto, em que pesem o esforço e brilho do patrono do réu, inclusive pelo exaustivo memorial que apresentou à Turma, não vejo outra solução jurídica, *in hoc casu*, senão negar, como efetivamente nego, provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

AP. 33.538 — MG. Rel.: Min. José Néri da Silveira. Agte.: Carlos Smith. Agda.: União Federal.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento ao agravo (3ª Turma, em 21-8-72).

Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 34.488 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Agravante — José Amaro Faraldo
Agravada — União Federal

EMENTA

Agravo de Petição visando a reformar despacho que homologou por sentença a execução constante destes autos. Seu conhecimento para negar-lhe provimento, dado que nenhuma prova aduziu o executado a fim de comprovar o suposto erro de conta a que alude. Apenas procura insinuar possível nulidade do processo, após o trânsito em julgado da decisão que reputou procedente a execução fiscal movida contra o executado, a qual torna-se insusceptível de revisão a esta altura.

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

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

Brasília, 17 de agosto de 1973. —
Henrique d'Ávila, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): José Amaro Faraldo interpõe o presente agravo de petição do despacho de fls. 30v., que homologou por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a execução constante destes autos. Sustenta o agravante como digno de reparos o cálculo levado a cabo; bem como, nulo o feito.

O recurso encontra-se contraminutado pela exequente, a Fazenda Nacional; e os autos vieram ter a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República ofe-

receu o parecer de fls. 46 a 48, nestes termos:

«Trata-se de agravo de petição tomado por José Amaro Faraldo contra a sentença de fls. 30v., (...que homologou a liquidação e conta de custas e repeliu nulidade argüida (*sic*) (fls. 33).

A minuta de fls. 34/7 diz, em síntese, que o processo é nulo a partir das fls. 18, porque sentenciado sem que proferido saneador e que não foi designada audiência. Diz mais, que houve cerceamento de defesa, visto como não produzidas as provas pretendidas, e que houve erro na contagem dos juros moratórios, correção monetária e multa.

Não vemos como possível o conhecimento da espécie *sub judice*. Nos termos do art. 45, do Dec.-lei nº 960/38, somente será admissível.

«I. agravo de petição da decisão que:

- a) indeferir a petição inicial;
- b) puser termo ao processo nos casos do art. 19;

- c) julgar os embargos do réu opostos à ação, à arrematação ou à adjudicação;
- d) julgar os embargos opostos à remissão;
- e) julgar os embargos de terceiro senhor e possuidor;
- f) julgar o concurso de credores;
- g) decidir, depois de findo o processo, sobre a contagem de custas, percentagens ou emolumentos.»

Ora, o executado não pode indicar qual das letras acima transcritas serviria para fundamentar o seu apelo. É que nenhum deles admite, na oportunidade, recurso como interposto. Realmente: a nulidade processual que, ao seu entender, estaria configurada, somente poderia ser alegada em agravo tomado contra a r. decisão de fls. 19/20, a qual, todavia, transitou livremente em julgado (fls. 23). Quanto à «contagem de custas, percentagens ou emolumentos», nada alega o recorrente, que pretende apenas, a revisão dos cálculos de juros, multa e correção monetária. E não é possível que se os confunda, o que pretende o recorrente, apenas, como medida protelatória.

Assim sendo, não vemos como conhecer de agravo manifestado sem permissão legal. Acaso, porém, assim não entende o Egrégio Tribunal, opinamos *de meritis*, por que seja negado provimento ao agravo para confirmar a r. decisão agravada.

Ora, a regra contida no art. 19, do Dec.-lei nº 960/38, diz que o juiz ordenará, «de ofício ou

a requerimento das partes, os exames, vistorias, diligências e outras provas indispensáveis à instrução da causa;» (art. 19, inciso III). Esse comando legal, diversamente do que afirma o recorrente, foi obedecido. Tanto assim é que foi requisitado o processo administrativo (fls. 11v) e assegurada oportunidade para que ambas as partes sobre o mesmo se manifestassem (fls. 15), deixando o executado de falar (fls. 15v, 16 e 17).

Não houve, de conseguinte, qualquer restrição à defesa do executado. E se tivesse havido, a oportunidade para falar encerrou-se com o trânsito em julgado da v. sentença de fls. 19/20.

Relativamente aos juros moratórios, multas e correção monetária, corretos são os cálculos de fls. E quanto à contagem de custas, percentagens e emolumentos, nada foi alegado pelo Agravante.

Face ao exposto, opinamos pelo não conhecimento do agravo, que interposto sem autorização legal, e, se conhecido por que seja negado provimento para confirmar a decisão agravada.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): O agravo busca arrimo em dois itens do art. 45, do Dec.-lei número 960/38. É evidente que apenas poderá ser conhecido, a meu ver, com base na letra g. Embora sustente o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, aliás com toda razão, que a conta de custas e percentagens foi feita e guisada com toda correção, em princípio não há como deixar de conhecer do apelo, arrimado ao aludido

fundamento. Assim sendo, meu voto é no sentido de conhecer do agravo e negar-lhe provimento, dado que nenhuma prova aduziu o executado no sentido de comprovar o suposto erro de conta a que alude. Apenas, procura insinuar possível nulidade do processo, depois de transitada em julgado a decisão que reputou procedente a execução fiscal movida contra o executado. E esta evidentemente, tornou-se insusceptível de revisão a esta altura.

É meu voto.

EXTRATO DA ATA

AP. n° 34.488 — SP — Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila — Agte.: José Amaro Faraldo. — Agda.: União Federal.

Decisão: À unanimidade, foi conhecido e desprovido o recurso (em 17-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 35.200 — SC

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Recorrente — Juiz Federal no Estado, *ex officio*
Agravante — Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB
Agravado — Müller e Filhos

EMENTA

Executivo fiscal. Recursos. Não era lícito ao Doutor Juiz *a quo*, reduzir como o fez, por motivos especiosos e subjetivos, a multa imposta à executada ao mínimo, como demonstrou o parecer da Subprocuradoria-Geral da República. Provimento dos apelos para reputar procedente *in totum* a cobrança executiva objetivada nos autos.

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 a ambos os recursos, para julgar procedente *in totum* a execução fiscal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de junho de 1973. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): A Delegacia da SUNAB, no

Estado de São Paulo, ajuizou o presente executivo fiscal contra a firma Muller e Filhos, qualificada na inicial, para haver desta a importância de Cr\$ 1.200,00, sujeito à correção monetária, por infração descrita na certidão de fls. 2 e 3, segundo a qual se tem por infringida pela executada a norma da letra *j* do art. 11 da Lei Delegada n° 4/62, por desatendimento da portaria Super n° 1.137, de 17 de outubro de 1968.

Procedendo-se a citação, o processo seguiu seu curso normal. E, feita a penhora, a executada ofereceu seus embargos, e, afinal, o MM. Julgador *a quo* reputou procedente em parte a

ação, arrimado às seguintes e primordiais considerações:

«Do exame das circunstâncias em que a infração ocorreu há de se ter presente o seguinte: a limitação de praças e de preços, pela SUNAB, para venda do produto, é reconhecida pela lei. Dos autos resulta constatado que tal autorização havia para praças determinadas e por preços determinados. Florianópolis não havia sido abrangida pela autorização. Não se compreende, porém, que, em assim sendo, o Delegado da SUNAB pretendesse, em Florianópolis, adquirir mercadoria de venda não autorizada nesta praça. Observa-se, dos autos, duas intenções, que transparecem dos autos da executada: a de atender ao freguês da capital, e a de, concomitantemente, solicitar a autorização necessária, para legitimar a operação. Coincidentemente o freguês e a autoridade titular da competência para a autorização, digo, autorizar a medida requerida eram a mesma pessoa. Não pode este juízo, ao analisar a circunstância, deixar de perceber nela certa diferença em relação a outra possível hipótese do cometimento de idêntica infração se o cliente fosse outro. Lícito me parece tentar enxergar no ato, ou nos atos da executada, boa-fé, e por que não dizer boa vontade? O que se verifica, é que, tendo sido alegado, por um lado, falta de autorização para a venda do produto em Florianópolis, e, por outro, majoração de preço em relação ao fixado para as praças autorizadas, é que logo a seguir, como se observa da data da autorização faltante, o preço fixado foi maior do que o preço cobrado ao titular da SUNAB, a título de

transporte, isto é, a autorização fixou o preço unitário de Cr\$ 8,66, enquanto o preço da operação inclinada atingiu a Cr\$ 8,10. Do exposto não se vislumbra, no plano subjetivo da embargante, o *animus* de infringir a norma vigente, e nem de «ganância», haja vista a comparação dos dois preços recém-aludidos. De outra parte não se traz aos autos, embora referência nesse sentido comprovante de decisão final, administrativa ou judicial, considerando infratora a embargante, de modo a se lhe reconhecer, por obra do conhecimento de tal fato, a condição de reincidente, o que invalidaria a alegação de primariedade, que, assim, no entender deste juízo, subsiste. À vista do exposto, procurando conciliar o «direito» com a «justiça», reconhece este juízo a existência de infração, considerando, porém, todas as circunstâncias acima analisadas, e, por outro lado, entende, pelas mesmas circunstâncias, excessivamente rigorosa a multa imposta e ora pretendida cobrar. Entende, assim, este juízo ser detentor de competência para reduzir, por decisão a pena pecuniária aplicada à executada por reconhecer-lhe razões de ordem subjetiva para haver procedido como procedeu, e com quem procedeu.

Atendo-me, pois, aos limites fixados *in abstracto* pela lei, reduzido para o mínimo legal a multa, atendendo ao reconhecimento da existência objetiva de infração, e atendendo, por outro lado, a quase insignificância do excesso praticado, a título de infração pela executada. Sob fundamentos tais, e levando em conta tudo mais que dos autos consta, julgo

procedente, em parte, a ação, para condenar a executada ao pagamento de multa fixada, como já disse, no valor mínimo, estabelecido legalmente.»

Dessa decisão recorreu de ofício seu ilustrado prolator, e agravou a Superintendência Nacional de Abastecimento-SUNAB. O recurso foi minutado e contraminutado. E os autos vieram ter a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando de fls. 48 a 49, assim se pronuncia:

«A SUNAB ingressou em Juízo com o presente executivo fiscal contra Müller e Filhos para pagar-lhe a importância de . . . Cr\$ 1.200,00, mais juros de mora, custas e honorários advocatícios, referentes à multa e acréscimos, por infração à Lei Delegada nº 4/62, art. 11, letra j.

Determina o dispositivo citado:

«Art. 11 Fica sujeito à multa de um terço (1/3) do valor do salário-mínimo vigente no Distrito Federal à época da infração, até cem (100) vezes o valor desse mesmo salário, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

j — dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei.»

Houve por bem o MM. Juiz a quo julgar a ação procedente, em parte:

«À vista do exposto, procurando conciliar o «direito» com a «justiça», reconheceu este juízo a existência da infração, consideradas, porém, todas as circunstâncias acima analisadas, e, por outro lado, entende, pelas mesmas circunstâncias, excessiva-

mente rigorosa a multa imposta e ora pretendida cobrar. Entende, assim, este juízo ser detentor, de competência para reduzir, por decisão, a pena pecuniária aplicada à executada por reconhecer-lhe razões de ordem subjetiva para haver procedido, como procedeu, e com quem procedeu. Atendendo-me, pois, aos limites fixados, *in abstracto* pela lei, reduzo para o mínimo legal a multa, atendendo ao reconhecimento da existência objetiva de infração, e atendendo, por outro lado, a quase insignificância do excesso praticado, a título de infração pela executada. Sob fundamentos tais, e levando em conta tudo mais que dos autos consta, julgo procedente, em parte, a ação, para condenar a executada ao pagamento de multa fixada, como já disse, no valor mínimo, estabelecido legalmente. Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos.»

Data venia, a resp. decisão de primeiro grau merece reparos, como muito bem acentuou a SUNAB em sua peça recursal de fls. 38/9, à qual nos associamos para pedir o provimento do agravo de petição interposto e consequente reforma daquela resp. decisão, a fim de julgar-se a ação executiva fiscal procedente, em toda a linha, e subsistente a penhora.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Assiste inteira razão à agravante e procedem os fundamentos constantes do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, uma vez que não era lícito ao Doutor Juiz a quo reduzir, como o fez, por motivos

especiosos e subjetivos, a multa imposta à executada ao mínimo, como demonstrou o aludido parecer. Assim sendo, meu voto é no sentido de dar provimento aos apelos para reputar procedente *in totum* a cobrança executiva objetivada nos autos.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 35.200 — SC. Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila. Recte.: Juiz Federal no Estado, *ex officio*.

Agte.: SUNAB. Agdo.: Muller e Filhos.

Decisão: À unanimidade deu-se provimento a ambos os recursos para julgar procedente *in totum* a execução fiscal (em 18-6-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 35.380 — SC

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Recorrente — Juiz Federal no Estado, *ex officio*
Agravante — Instituto Nacional de Previdência Social
Agravada — Hotéis Royal Ltda.

EMENTA

Previdência Social. Exibição de livros. Fiscalização. A verificação dos livros de contabilidade e outras formas de registros, pela fiscalização da Previdência Social, exigindo sua apresentação pela empresa, não depende da existência de suspeita de fraude ou sonegação, o que anularia o disposto pelo art. 177, *b* e *d*, do RGPS; a admitir, porém, que esta restrição decorra do final do art. 178, do Regulamento, não poderá a mesma prevalecer, pois não consta da norma legal (Lei nº 5.807/60, art. 81, § 2º), havendo excesso do poder regulamentar.

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 procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1973. — Henrique d'Ávila, Presidente; Jorge Lafayette Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Trata-se de executivo fiscal movido pelo INPS contra Hotéis Royal Ltda., para cobrança de multa imposta por infração consistente na recusa do executado em exhibir seus livros de contabilidade, à fiscalização, que notificou-o para tanto.

Alega o executado que segundo o art. 178, III, do RGPS, a exigência da aludida apresentação somente pode ser feita havendo fundada suspeita de fraude, no caso inexistente, pois o

Fiscal declarou haver formulado a mesma atendendo à praxe, e afirma que os demais elementos solicitados foram apresentados, enquanto o INPS invoca decisão judicial anterior, do Dr. Juiz Federal Substituto de Santa Catarina (fls. 18/22) e a Súmula número 439, do STF.

Foi julgada improcedente a ação, pela sentença de fls. 44/49, do Juiz Federal Dr. Hervandil Fagundes, que condenou o exequente nas custas e honorários de advogado, de 10%, diante da norma do art. 178, III, do Regulamento aprovado pelo Decreto número 60.501, de 1967, ressaltando que não foi, no caso, invocada suspeita de fraude ou sonegação, contrariamente ao que ocorreu na hipótese julgada pelo Dr. Juiz Federal Substituto, havendo o próprio Fiscal, em seu depoimento, esclarecido que solicitou os livros de acordo com a praxe (fls. 38v.).

Além do recurso de ofício, agravou o INPS (fls. 52/54), invocando a norma do art. 81, § 2º, da Lei nº 3.807, de 1960, e sustentando não resultar de simples praxe a notificação feita para apresentação dos livros, mas da necessidade de esclarecer a situação da empresa perante a Previdência Social.

Sem contraminuta subiram os autos.

Neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 59, pediu o provimento dos recursos, citando o acórdão proferido no Agravo de Petição nº 33.496 (Rel. Min. Godoy Ilha, DJ — 25-9-72 — pág. 6.343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Dispõe o art. 81, § 2º, da Lei nº 3.807, de 1960, que

«É facultada às instituições de previdência social a verificação dos livros de contabilidade e de outras formas de registros não prevalecendo para os efeitos do presente artigo o disposto nos artigos 17 e 18 do Código Comercial».

e a Súmula nº 439, do Supremo Tribunal Federal, que cita em sua «Referência», entre outros dispositivos, o mencionado art. 81, § 2º, bem como o art. 246, IV, do Decreto nº 48.959/A, de 1960 — em seus termos semelhante ao art. 178, III, do vigente Regulamento-Geral da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 60.501, de 1967, proclama:

«Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação».

Apega-se a executada, e a sentença aceitou a tese, à circunstância de haver o Fiscal em seu depoimento (fls. 38v) confirmado o fato de ter solicitado os livros comerciais em razão da praxe, não havendo, assim, suspeita de fraude ou sonegação, como exige o aludido Regulamento, no item III, do seu art. 178. *verbis*:

«É facultado ao INPS a verificação dos livros de contabilidade e de outras formas de regis-

tro das empresas, quando ocorrer fundada suspeita de fraude ou sonegação não prevalecendo, nesses casos, o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial».

Esta parte final — «quando ocorrer fundada suspeita de fraude ou sonegação», não consta, porém, da norma legal, art. 81, § 2º, da Lei nº 1.807, de 1960, e excede evidentemente ao poder regulamentar impor limitação de tal ordem, à faculdade assegurada na lei, de proceder o INPS a verificação dos livros de contabilidade, pelo que não pode prevalecer.

Ainda mais, dita restrição anulária, em última análise, o disposto no item II, do mesmo art. 177, que declara as empresas obrigadas a:

«b) lançar em títulos de sua escrituração mercantil, cada mês, o montante das quantias descontadas de seus empregados, o da correspondente contribuição de empresa e o do que for por ela recolhido à previdência social, bem como as consignações devidas ao INPS;

«d) arquivar, mesmo quando não obrigadas a escrituração mercantil, durante 5 (cinco) anos para efeito de fiscalização, os comprovantes discriminativos previstos neste item».

Basta acentuar que ficaria o INPS desprovido de meios para apurar a própria ocorrência de sonegação, e a exatidão das contribuições pagas, além

de que estaria impossibilitado, inclusive, de verificar se as obrigações decorrentes dos dispositivos mencionados, estão sendo regularmente cumpridas.

Assim, a atribuir ao final do art. 178, III, do Regulamento, a significação que lhe emprestam a executada e a sentença agravada, terá a mesma que ser reconhecida inválida, como conflitante com a norma legal regulamentada, decorrendo de manifesto excesso no exercício do poder regulamentar.

Em consequência, o meu voto é dando provimento aos recursos, para o fim de, reformando a sentença, julgar procedente o executivo fiscal, condenando a executada ao pagamento da quantia correspondente à dívida inscrita, no valor de Cr\$ 1.872,00, com os juros e correção monetária acrescidos, além das custas e honorários de advogado, estes com ressalva do meu entendimento pessoal, e na forma da jurisprudência, arbitrados em 10% sobre a aludida importância.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 35.380 — SC. Rel.: Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães. Recte.: Juiz Federal no Estado. Agte.: INPS. Agdo.: Hotéis Royal Limitada.

Decisão: Deu-se provimento a ambos os recursos, para julgar procedente a ação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Decisão unânime (em 6-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 35.487 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Recorrente — Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Piracicaba,
ex officio
Agravados — D'Abronzo S.A. — Comércio e Indústria de Bebidas —
sucedida p/Tatuzinho S.A. — Comércio e Indústria de Be-
bidas

EMENTA

IPI. Executivo Fiscal. Redução do débito à vista do exagero do levantamento respectivo. Imposição dos 20% de que trata o Decreto-lei n.º 1.025.

O débito do IPI pode ser apurado pelas autoridades fiscais mediante levantamento. Numa fábrica de bebidas, porém, não se deve tomar como base de apuração apenas determinados elementos e admitir que o estabelecimento ou suas máquinas hajam funcionado com absoluta regularidade.

Daí justificar-se a revisão do cálculo em juízo, segundo indicações obtidas, à média mais razoável de produção, sendo certo que, em se tratando de estimativa, a base menor oferece maior segurança ou probabilidade. Pode assim o juiz reduzir a dívida a limites possíveis. Na condenação, porém, do devedor, entram todos os acréscimos regulares dos débitos fiscais, decorrentes da mora e da ação proposta.

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 ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1973. —
Amarílio Benjamin, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): O Dr. Juiz da 2ª Vara de Piracicaba, São Paulo, julgou procedente em parte o executivo proposto pela Fazenda Nacional contra D'Abronzo

S.A. — Comércio e Indústria de Bebidas, sucedida por Tatuzinho S.A. — Comércio e Indústria de Bebidas, para cobrança de Cr\$ 768.581,05 de IPI e acréscimos legais do 3º trimestre de 1964 ao terceiro trimestre de 1967, mandando apurar em execução o valor exato do débito, admitidas a quebra de 5% de rolhas metálicas e a recuperação de 44.000 unidades semanais. Manteve as multas legais, concedeu correção monetária e excluiu o percentual de 20% do Decreto-lei n.º 1.025 de 1969, por se tratar de exigência posterior ao fato imponible e ter havido sucumbência recíproca. Recorreu de ofício. Nesta Instância, opinou o Doutor Subprocurador-Geral, pela total procedência da ação, com a reforma do julgado.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Trata-se de cobrança de imposto sobre produtos industrializados, baseada em levantamento de débito. A fiscalização admitiu que a empresa houvesse dado saída a garrafas de aguardente sem notas fiscais, tomando como indicação da ocorrência o fechamento de garrafas, com rolas metálicas, por meio de máquinas apropriadas, num período de 24 horas, quebra de 2% e recuperação mecânica de 12.000 rolas por dia, exceto aos sábados, em que esse número é de 6.000. A executada ofereceu embargos e houve minuciosa instrução do processo, constante de exame pericial, fls. 45/49, e de inquirição de 8 testemunhas (fiscais e empregados da devedora). Apreciando os elementos apurados, entendeu o Dr. Juiz que adoção das médias colhidas em 24 horas de trabalho, sem irregularidades, o que não é normal numa indústria, levaria o cálculo do imposto a cifras astronômicas. Por isso, aumentou a quebra para 5% e reduziu a recuperação de rolas a ... 44.000 unidades semanais, mais de acordo com o que a própria ré chegou a estimar. Do estudo que fizemos da controvérsia, achamos mais acertado seguir, no ponto principal, as ponderações do Dr. Juiz. Na verdade, partindo-se das aquisições e estoques de rolas metálicas e fazendo-se a experiência que a fiscalização promoveu, sem atentar nas irregularidades possíveis e sem conferir a matéria prima utilizada, o resultado é imprevisível. Entendemos seja mesmo a melhor orientação, em

termos fiscais, aceitar a base menor, quando a decisão a tomar tem assento em meras probabilidades. Discordamos, entretanto, do Dr. Juiz, quando exclui o percentual de 20% do Decreto-lei nº 1.025/69. O acréscimo está ligado às despesas da Fazenda, nas providências judiciais, sem qualquer relação com o fato gerador do tributo.

Isto posto, damos provimento, em parte, ao recurso, para incluir na condenação, o acréscimo de 20% do Decreto-lei nº 1.025, mantendo no mais a sentença agravada.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Estou de pleno acordo com o Sr. Ministro Relator, adiantando tão-somente, que o percentual de 20% a que se refere o Decreto-lei nº 1.025, constitui renda da União, de acordo com preceito expresso nele contido.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 35.487 — SP. Rel.: Sr. Ministro Amarílio Benjamin. Recte.: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Piracicaba. Agdo.: D'Abronzo S.A., Comércio e Indústria de Bebidas, sucedida por Tatuzinho S.A., Comércio e Indústria de Bebidas.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17-10-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Min. Amarílio Benjamin.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 35.607 — MT

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro
Recorrente — Juiz Federal no Estado, *ex officio*
Agravante — INPS
Agravada — Maria José da Costa e Silva

EMENTA

Executivo Fiscal. Penhora. Embargos de Terceiro. Reforma de sentença para julgar improcedentes os embargos de terceiro, por não ter ficado provado ser a embargante senhora ou possuidora do bem penhorado.

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 aos recursos para julgar improcedente os embargos de terceiro, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Maria José da Costa e Silva opôs embargos de terceiro, nos autos de executivo fiscal movido pelo INPS contra seu pai, Apolonio da Costa Vital, afirmando ser proprietária da geladeira penhorada na referida ação.

O embargado, na impugnação, alegou não terem sido comprovados os requisitos de «senhor» e «possuidor» da coisa penhorada.

Com apoio nas declarações das testemunhas, de que a embargante, quando da realização da penhora, morava com seu pai, o executado, e que este não oferecera a referida geladeira à penhora, e com base nas demais provas apresentadas, foram os embargos julgados procedentes.

Agravou a autarquia, sustentando a intempestividade dos embargos, por

isso que somente manifestados em 17 de fevereiro de 1972, quase seis meses após a efetivação da penhora, de que tivera ciência a embargada. Esta, ao contra-arrazoar, invocou o art. 708, do CPC, que preceitua:

«Art. 708 — Esses embargos serão admissíveis em qualquer tempo, antes da sentença final, ou na execução, até cinco (5) dias depois da arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.»

A Subprocuradoria-Geral alega aplicar-se, na espécie, o art. 42, do DL n.º 960-38, onde se estabeleceu que os embargos de terceiro deverão ser opostos «dentro de cinco dias, contados da data em que (o terceiro) teve ciência do ato que lhes der causa.»

Assim, afirma, se a agravada teve ciência da penhora realizada em 18 de agosto de 1971, deixando o executivo fiscal contra seu pai correr todos os trâmites, e somente vários meses depois de o mesmo ter sido julgado procedente ajuizou os embargos, fê-lo fora do prazo fixado pela lei específica dos executivos fiscais.

Tece, ainda, considerações sobre contradições entre as afirmativas das testemunhas, pedindo, finalmente, a reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Mesmo que a embargante morasse com seu pai, não se completou a prova de que ela tivesse tido pessoalmente conhecimento da penhora na data em que essa foi efetuada.

Tenho, assim, os embargos de terceiro, como tempestivamente interpostos, pois seu prazo, segundo o DL nº 960, conta-se a partir da ciência do ato.

Entretanto, a embargante, ao contrário do admitido pela sentença, não provou ser senhora ou possuidora da geladeira penhorada.

O recibo de compra que apresentou às fls. 6, mero documento particular, além de não levado a registro, teve a firma do vendedor reconhecida a 13 de janeiro de 1972, quando a penhora foi realizada a 18 de agosto de 1971 (fls. 19).

Essa prova documental, quase inexistente, não pode ser tida por completa pelo depoimento de uma única testemunha e pelo do executado, pai da embargante.

A testemunha foi, aliás, imprecisa em seu depoimento, e as declarações do executado sofrem a contradita do próprio auto de penhora.

Dou provimento ao recurso, para julgar improcedentes os embargos de terceiro, condenando a embargante em custas e honorários advocatícios de Cr\$ 100,00 (10% sobre o valor dado à causa).

EXTRATO DA ATA

AP. nº 35.607 — MT. Rel.: Senhor Min. Márcio Ribeiro. Recte.: Juiz Federal no Estado — Agte.: INPS — Agda.: Maria José da Costa e Silva.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento aos recursos para julgar improcedente os embargos de terceiro, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (em 23-10-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henocho Reis votaram com o Senhor Ministro Relator. Não compareceram, por motivo justificado, os Senhores Mins. Armando Rollemberg e José Néri da Silveira. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 35.821 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Agravante — Instituto Nacional de Previdência Social
Agravada — RTV — Engenharia e Construções Ltda.

EMENTA

Previdência Social. Contribuições. Correção monetária. Incide a correção monetária a partir do término do trimestre civil em que deveriam ter sido recolhidas as contribuições (art. 7º da Lei nº 4.357, de 16-7-64), e não a partir da inscrição do débito como Dívida Ativa. A única exceção a essa regra ocorre quando o débito resultar de decisão de instância superior administrativa que houver modificado decisão de primeira instância favorável ao devedor, caso em que se exclui do cálculo da correção monetária o período anterior à notificação ou comunicação da decisão administrativa constitutiva do débito (art. 15, § 1º, da Lei nº 4.862, de 29-11-65, também aplicável às contribuições previdenciárias, art. 17).

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, 21 de setembro de 1973.
Amarílio Benjamin, Presidente; *Decio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Decio Miranda* (Relator): Julgando ação executiva de contribuições previdenciárias, no valor de Cr\$ 544.311,00, a sentença, do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Taubaté, Dr. José Caetano Ferreira Munhoz, considerou devida a correção monetária somente «a partir da inscrição da dívida, que é quando ela se tornou débito, e débito exigível» (fls. 20v).

Agravou o INPS, sustentando que a correção monetária incide a partir do 1º trimestre civil em que deveriam ter sido pagas as quantias, consoante o art. 7º, da Lei nº 4.357, de 16-7-64 (fls. 23/4).

Sustentou longamente a decisão o Doutor Juiz, por esta forma:

«1 — Inconformado com a decisão que acolheu a ação executiva que moveu contra RTV — Engenharia e Construções Ltda., agravou o Instituto Nacional da Previdência Social contra a parte da decisão que determinou o cálculo da verba da correção monetária, ao final, quando da efetiva liquidação, e a partir da inscrição da dívida.

«2 — Ao excluirmos a parcela referente à correção monetária, que havia sido incluída na certidão da dívida, calculada até a data em que se fez o cálculo do débito, e ao determinarmos que fosse aquela verba calculada ao final, quando da efetiva liquida-

ção, e até a data em que ocorresse a mesma, mais não fizemos do que dar cabal e prático cumprimento à parte final do § 1º, do art. 7º, da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que manda seja a correção feita

«com base na tabela em vigor na data em que for efetivamente liquidado o débito fiscal.»

Assim, se a lei determina que se aplique a tabela em vigor na data em que for efetivamente liquidado o débito fiscal, errou o INPS, ao fazer o cálculo da parcela, quando da estimativa do débito, feita para fins de inscrição, pois não é essa a data do efetivo pagamento do débito, e, assim, descumpriu o mandamento legal.

E a única forma de atender à exigência da lei, mantendo a correção monetária, devida na espécie, é fazer como fizemos, e como vai, aos poucos, se tornando praxe e tradição, em todos os executivos fiscais (menos, é óbvio, os do INPS, que prima em querer as coisas sempre a seu modo), isto é, excluindo a parcela, da totalização do débito, e incluindo-a, ao final, para ser calculada na liquidação.

Assim, nada a modificar, nesse lance.

3 — Surge, então, a questão do critério, contra o da sentença se insurgindo o agravante, inconformado em que se mande calcular a verba, a partir da inscrição da dívida, pretendendo que se calcule, como o fez, a partir do trimestre civil em que foi devida a contribuição.

Essa é uma questão das mais delicadas, que envolve, antes, um

perfeito entendimento do que seja o instituto da correção monetária. Foi ela instituída, aliás, sabiamente, como instrumento de atualização dos débitos fiscais, posteriormente, estendida a outros débitos. Não deve, porém, ser transformada em meio de locupletamento imoral do Estado, à custa do sacrifício do contribuinte, e, em última análise, do próprio consumidor, que é quem acaba sempre pagando os encargos que pesam sobre o comércio e a indústria, o que equivale a dizer, à custa da própria economia popular, evitando-se, nesse sentido, erros de interpretação do instituto, que levem ao uso de errados critérios, a gerar situações verdadeiramente iníquas, com os débitos se multiplicando, periodicamente, de maneira assustadora, num crescendo que ultrapassa de muito os próprios índices normais da correção, estabelecidos pelos órgãos especiais do Governo, num atentado à própria usura e à tão enfranquecida economia popular. E tudo, porque certos setores governamentais, e o INPS tem sido um desses setores, entendem de aplicar aqueles índices, dentro de critérios errôneos e escorchantes. Daí, não raro, estamos vendo débitos aumentarem de 100, 200, 300, 400 ou mais por cento, em períodos relativamente curtos, num passe de mágica, que só a ânsia tributária, que tem feito, entre nós, o Poder Público o mais privilegiado sócio do comércio, da indústria e até da pessoa física, poderá explicar. Urge que se coloque o instituto da correção monetária nos seus devidos termos, para que cumpra ele o seu justo papel de atualizador dos débitos

fiscais e outros débitos sobre os quais incide.

4 — Note-se que a correção monetária não é sanção, ou pena, que se imponha ao contribuinte, e a sua aplicação deve ser feita, atentando-se para esse fato, e procurando ter sempre presente que a correção monetária visa apenas a correção dos valores, num país de vida inflacionária, felizmente tendendo à normalização, mas ainda inflacionária, e para que o contribuinte não se beneficie mais, como antes fazia, com o protelamento na liquidação dos seus débitos, jogando com o dinheiro do Estado. Tenha-se presente, sobretudo, que a correção monetária não pode retroagir à época anterior à da lei que a instituiu para as autarquias (junho de 1966), como amiúde acontece de o INPS fazer retroagir, num claro atentado à lei, e numa clara demonstração do arbítrio dos seus critérios. E isto tudo, sob pena de se subverter a própria natureza do que seja o débito fiscal, e, como tal, devendo-se entender, não a época em que se devia pagar a contribuição, ou o seu trimestre civil, como pretende sistematicamente o INPS, dando a uma frase da lei, um sentido de ficção legal, para a fixação do termo inicial da correção monetária, mas sim a partir de quando passou a existir o débito fiscal. Com efeito, antes, o que há é apenas o levantamento fiscal, que é ato administrativo unilateral, e contra o qual pode e tem o contribuinte o direito de se insurgir, através dos recursos próprios. Só após esgotados esses recursos é que passará a existir o débito fiscal, com a inscrição dele, segundo as rigoro-

sas e formais exigências legais, e, inclusive, para fins de cobrança judicial. Assim, não nos parece lógico e razoável que a correção monetária incida sobre o que ainda não se constituiu em débito fiscal, mas apenas em levantamento, ou procedimentos administrativos unilaterais. Assim, temos entendido que a correção monetária deverá incidir da inscrição da dívida, ou da confissão do débito, conforme o caso, que é quando a dívida se torna, efetivamente, exigível e executável, como tal. E, tanto é assim, que, antes disso, o contribuinte não é intimado para pagar o débito, mas sim do levantamento feito, geralmente, por intermédio de uma autuação qualquer, e intimado a apresentar defesa, se o desejar, nos prazos e formas da lei.

5 — Nem se argumente com uma possível falha ou omissão do contribuinte, pela qual deve ser punido. É preciso ter em conta, nesses casos, que, no não pagamento de contribuições, à falta ou à omissão do contribuinte, se equipara, ou corresponde, em gênero, número e grau, a falha ou a omissão dos órgãos fiscalizadores, das entidades arrecadoras, órgãos esses, hoje, investidos de extraordinários poderes de fiscalização e ação. E, quando se pretende corrigir valores dessas contribuições em atraso, não nos parece justo, nem moral, que apenas uma das partes em falha ou em omissão, — nesse caso, o contribuinte —, responda pela correção monetária, permanecendo a outra parte, — o órgão arrecador —, com a sua falha e a sua omissão sendo transformadas em verdadeiros prêmios.

6 — Assim sendo, se tivermos bem presentes tais princípios, já consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, então, os débitos fiscais poderão ser criteriosos e justamente corrigidos, não se vendo mais dívidas de exigibilidade recente, chegar a duplicarem ou triplicarem os seus valores, atentando contra o próprio instituto, que, longe de cumprir o seu elevado papel social e econômico, tenderá a ser desmoralizado, como não poucas vezes vem acontecendo de o ser, ultimamente.

7 — Mesmo porque, se bem verificarmos o art. 7º, da Lei nº 4.357-64, em nenhum momento encontraremos nele base para a aplicação da correção monetária, a partir do trimestre civil em que deveriam ser pagos os débitos, e mês a mês. O que a lei diz é que os débitos

«que não forem efetivamente liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos, terão o seu valor, atualizado monetariamente, em função das variações no poder aquisitivo da moeda nacional.»

Portanto, dizer que os débitos que não foram pagos até o trimestre civil em que o deveriam ser, estarão sujeitos à correção monetária, como diz a lei, não é, absolutamente, a mesma coisa que dizer que tais débitos estão sujeitos à correção monetária, «a partir do trimestre civil em que tais débitos deveriam ter sido recolhidos» (*sic*). O que se tem feito é interpretar a lei, vendo nela, o que ela, claramente não contém, gerando um critério de cálculo da

correção monetária, absurdo, es-
corchante e injusto.

E os mesmos termos do arti-
go 7º, da citada Lei nº 4.357/64,
estão repetidos no § 2º, do artigo
165, do Dec. nº 60.501, de 14 de
março de 1967, que mandou apli-
car a correção monetária aos dé-
bitos para com o INPS, mantidos,
ainda, os seus dizeres, pela Lei
nº 5.421, de 25-4-1968, que dis-
põe sobre medidas financeiras em
geral.

8 — E esse entendimento
nos parece, também, o mais con-
sentâneo com o atual estágio da
extraordinária evolução sócio-
econômica do nosso país, pois,
defendendo a correção monetária,
como ela realmente é, isto é, como
um instrumento de simples corre-
ção de valores, nenhuma sangria
se fará à economia popular, que
necessita estar íntegra e em con-
dições de possuir uma razoável
situação, para que tenha condi-
ções de poder aquisitivo, com que
possa consumir a enorme gama
de produtos havidos da florescen-
te industrialização. Sangrar o
povo, que é, em última análise,
quem paga todos esses acrésci-
mos da carga tributária do co-
mércio e da indústria, toda ela
saída do contribuinte, é sugar e
murchar o poder aquisitivo do
próprio povo, influndo negativa-
mente, nos espetaculares lances
de desenvolvimento da economia
nacional. É exatamente isto que
o extraordinário Governo que te-
mos hoje está vendo. Alertado
para o problema, nos últimos me-
ses estamos vendo o ilustre Go-
verno da República adotar medi-
das de defesa da economia popu-
lar, da economia do consumidor.
E não devemos permitir, de for-
ma alguma, que essa política de

acertos e de sucessos sem prece-
dentes, possa ser prejudicada
pelos desacertos ou erros de cri-
térios na consideração de institu-
tos como o da correção monetá-
ria, mal aplicada por alguns dos
próprios órgãos governamentais,
em contradição, não só com a na-
tureza do instituto, como com a
própria política governamental, e
fazendo com que a correção mon-
etária acabe se transformando
num dos mais atuantes elementos
negativos contra essa política, e
numa das mais vivas causas de
inflação, das poucas ainda exis-
tentes, como fixas e permanentes.

9 — Senhores Julgadores, ao
defendermos o nosso ponto de
vista, colocamos nas mãos ínte-
gras de Vv. Exas., mais que um
ponto de vista jurídico, mais que
uma interpretação e o nosso
ponto de vista vencidos, mais que
isto, colocamos nas mãos de
Vv. Exas. sem exageros ou ja-
cobinismos, uma parte da sorte da
própria economia popular, no
ponto em que poderá a Justiça
colocar o instituto da correção
monetária, nos seus justos ter-
mos, prestigiado, respeitado e ob-
servado por todos, não permitin-
do que, em seu nome, através dos
muitos órgãos que hoje a estão
aplicando, inclusive dentro da
política habitacional, com desa-
certos flagrantes, se onere e se
torne insustentável a situação
econômica de muitas famílias, su-
gadas, espremidas, pela aplicação
errônea e destorcida daquele ins-
tituto.

10 — E, Senhores Julgado-
res, esse entendimento que vimos
de defender, até com certa ênfase
e muito ardor, porque sentim-
os o mal entre os nossos juris-
dicionados, e até na própria

carne, beneficiário que somos, também de financiamento para a casa própria, periodicamente acrescido, de maneira a torná-lo de difícil observância, esse entendimento não é isolado e pessoal. Já o defendemos, em sentença proferida às fls. 25/30, dos autos de nº 1.177/68, da ação executiva fiscal que o mesmo INPS moveu contra o Rodoviário Taubaté, Transporte e Comércio Ltda., a qual, pelo agravo de petição nº 29.080, foi integral e unanimemente mantida pela Eg. Terceira Turma desse Tribunal Federal de Recursos, acolhendo o voto do insigne Ministro Esdras Gueiros, o qual, nesse ponto, afirmou:

«...a sentença agravada não pode merecer modificação, pois mandou pagar ao Instituto agravante a dívida rigorosamente apurada, com os juros de mora, correção monetária e honorários de advogado, dentro das previsões e critérios vigentes.»

E, ainda agora nos chega às mãos, de retorno do mesmo Eg. Tribunal Federal de Recursos, os autos de Agravo de Petição nº 33.446, desta Comarca, em que figura como agravante o INPS, e agravado J. B. Siqueira, e julgado em 19-5-1972, pela Primeira Turma, onde havíamos determinado o cálculo da correção monetária, a partir da confissão da dívida. E, dando interpretação ainda mais ampla que a nossa, a Eg. Primeira Câmara acolheu, por unanimidade, o voto do insigne Ministro Moacir Catunda, que entendeu até excessivo o nosso critério, mandando calcular a correção, a partir do trimestre civil seguinte ao da con-

fissão da dívida. Eis o que afirmou o voto acolhido:

«A dívida exequenda constituiu-se por confissão e foi objeto de parcelamento, descumprido pelo executado. A cláusula da sentença que determinou a correção monetária da mesma, a partir da data da confissão, mostra-se severa, visto que, a partir do término do primeiro trimestre civil seguinte à data da confissão é que se legitimaria a exigência, *ex vi* do art. 7º, da Lei nº 4.357/64, daí se seguindo pela improcedência do agravo, no pertinente» (Ac. un. da Primeira Turma do TFR; Ag. de Pet. nº 33.446 — SP; de 19-5-1972; Rel.: Min. Moacir Catunda).

11 — Assim sendo, pelos motivos exaustivamente expostos, mantenho a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

«Subam os autos ao Eg. Tribunal Federal de Recursos, com as renovadas homenagens deste Juízo» (fls. 26/33).

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo provimento do recurso do INPS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator):

As duntas razões de sustentação da sentença merecem, sem dúvida, atenção do legislador.

Refletem o pensamento de quem, como Juiz de primeira instância, se acha em contato mais próximo com as dificuldades dos contribuintes.

Segundo entendo, porém, essas dificuldades se apresentam mais injustas pelas multas elevadas, do que,

propriamente, pela correção monetária. Esta, incidindo desde o momento em que o débito deveria ter sido pago, apresenta inegável aspecto de justiça, para que, em se tratando de mera restauração do valor em termos de moeda real, o contribuinte não tire proveito da demora no pagamento ou no levantamento da dívida pela fiscalização.

Examinando, porém, o assunto do ponto de vista estritamente jurídico, peço vênha para não aderir ao douto pronunciamento das razões do magistrado.

Dispõe a Lei nº 4.357, de 16-7-64:

«Art. 7º. Os débitos fiscais, decorrentes de não-recolhimento, na data devida, de tributos adicionais ou penalidades, que não forem liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos, terão o seu valor atualizado monetariamente em função das variações no poder aquisitivo da moeda nacional.»

Refere, pois, a lei, como termo inicial da incidência da correção monetária, o término do trimestre civil dentro do qual se situa a data em que a importância devida ao Fisco ou à autarquia previdenciária deveria ter sido recolhida.

A posição adotada pela sentença e pelas doudas razões que a sustentam só tem parcial aplicação numa hipótese: quando a decisão administrativa de primeira instância for favorável ao devedor, e o débito resultar da reforma dessa decisão pela autoridade administrativa de segunda instância.

Nesse caso, dispõe a Lei nº 4.862, de 29-11-65:

«Art. 15

§ 1º Quando o débito fiscal resultar de decisão de instân-

cia superior que houver modificado decisão de primeira instância favorável ao contribuinte, preferida por autoridade competente, o cálculo da correção monetária far-se-á, observado o disposto neste artigo, mediante a exclusão do período anterior à data em que tiver sido notificada ou comunicada ao devedor a última decisão.»

Essa disposição é aplicável aos débitos previdenciários, consoante o artigo 17 da mesma Lei.

Por último, saliente-se, não procede, *data venia*, a crítica da sentença ao procedimento do INPS, que inclui na certidão de dívida a correção monetária incorrida até o momento da inscrição, deixando para o cálculo final a que lhe sobrevenha até o pagamento.

Como se trata de débitos incorridos, geralmente, mês a mês, essa prática é conveniente ao contribuinte, que vê, no discriminativo anexo à certidão de dívida (discriminativo, que, infelizmente, não foi devidamente preenchido no caso dos presentes autos), o modo pelo qual foi calculada a correção monetária desde o início de sua incidência, e daí para diante podendo inferir com precisão a que lhe sobrevenha.

Onde a douda sentença poderia ter sido menos severa em relação ao devedor foi na condenação em honorários, que fixou em 15% sobre o total a ser apurado em execução. Processo simples, sem contestação do devedor, e relativo à dívida de grande porte, poderia ter sido mais modesta a porcentagem, nos padrões que nesta Turma temos adotado para casos semelhantes. Mas não posso proferir a respeito, por não ter havido recurso da executada.

Isto posto, dou provimento ao recurso do INPS, para que a correção monetária incida, como pedido, a partir do término do trimestre civil em que deveriam ter sido pagas as parcelas do levantamento da dívida, consoante os cálculos (não discriminados, mas também não impugnados) do Discriminativo de Dívida Fiscal de fls. 4, cálculos esses a serem atualizados por ocasião do pagamento.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AP. nº 35.821 — SP — Rel.: Sr. Min. Decio Miranda. Agte.: INPS — Agdo.: RTV-Engenharia e Construções Ltda.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso (em 21-9-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Amarílio Benjamin votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 64.657 — MA

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

Recorrente — Juiz Federal no Estado

Agravante — SUNAB

Agravadas — Empresas de Cinemas Duailibe Ltda. e Outras

EMENTA

SUNAB. Tabelaamento de Cinema.

De acordo com o art. 4º, do Decreto-lei nº 43/66, cabendo ao Instituto Nacional do Cinema formular a política nacional de preços de ingressos, evitando tabelaamentos que deterioreem as condições econômicas do cinema, não pode a SUNAB exercer, na matéria, a atribuição de tabelar, prevista no artigo 6º, IV, da Lei Delegada nº 4, de 1962, incompatível com aquele preceito; somente a partir do Decreto-lei nº 422/69 ficou revogada a citada disposição, sendo conferida à SUNAB atribuição expressa para o referido tabelaamento.

Em face do art. 146 da Constituição de 1946, então vigente, podia o Instituto Nacional do Cinema intervir no domínio econômico, autorizado por lei especial, como é o Decreto-lei nº 43/66, não sendo obrigatório o exercício da aludida intervenção sempre através do mesmo órgão.

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 rejeitar a preliminar, e, no mérito, em

negar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1973.
— *Moacir Catunda*, Presidente; *Jorge Lafayette Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Empresa de Cinemas Duailibe Ltda., Empresa Roxy - Moysés Tajara e Serra & Cia. Ltda., exibidoras de filmes cinematográficos, impetraram mandado de segurança contra a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), em virtude do ato por esta praticado, pelo qual, sem pronunciamento do Instituto Nacional do Cinema, restabeleceu os preços anteriormente fixados para os ingressos nos cinemas, fazendo cessar os aumentos realizados.

Qualificam de antieconômica a aludida medida, e invocam dois telegramas enviados pelo Diretor de Fiscalização e Estatística do Instituto Nacional do Cinema, à SUNAB, o primeiro afirmando a incompetência deste órgão para tabelar ditos ingressos (fls. 6), e o outro autorizando os impetrantes a aumentarem os preços da elevação, na proporção do salário-mínimo (folhas 7), e afirmaram (fls. 4):

«A SUNAB é incompetente para tabelar preços de cinemas. Este é o entendimento do Sr. Presidente do Instituto Nacional do Cinema, digo, do Sr. Brigadeiro Rui Belo, Diretor de Fiscalização e Estatística do INC, ao dirigir-se aos suplicantes (Documento nº 2), perfeitamente estribado nos dispositivos legais. Faltam à SUNAB, simultaneamente, atributos jurídicos e a necessária sensibilidade para equacionar os problemas pertinentes ao cinema. Daí, as conseqüências danosas que já se esboçam. O Decreto-lei nº 43, de 18-11-66, que criou o Instituto Nacional do Cinema, assim dispôs no inciso V do artigo 4º, ao fixar-lhe a competência: «Formular a Política Nacional de Preços de Ingressos, evitando tabelamentos

que deteriorem as condições econômicas do cinema». A clareza da Lei reguladora da matéria é meridiana e incontestável. A competência exclusiva da fixação de preços está atribuída ao INC, e este é um dos objetivos para o qual foi criado. Repita-se: A interferência da SUNAB extrapola as suas limitações. Quando muito, a SUNAB poderia executar a Política Nacional de Preços de Ingressos formulada pelo INC, de acordo com o ofício SE-100/GP/nº 377/68, de 26-7-1968, assinado pelo Sr. Dr. Durval Gomes Garcia, Presidente do INC, dirigido ao Sr. Superintendente da SUNAB (Documento nº 19). O citado ofício que, por um desvio do seu sentido, ou por uma distorção interpretativa, poderia servir de justificativa para a ação arbitrária da SUNAB, caracteriza, simplesmente uma ação coordenada dos dois órgãos, tendente a evitar casos em que se configurem abusos do Poder Econômico. Entretanto, no caso em apreço, o Instituto Nacional do Cinema não se pronunciou, tampouco foi consultado (Documento 20), o que constata e define a ação unilateral, abusiva e coativa da SUNAB que, sem dúvida, cessará ante a justa apreciação do Poder Judiciário».

Foram prestadas pela autoridade coatora informações de fls. 31-45, sustentando que a competência do Instituto Nacional do Cinema para formular a política nacional de preço de ingresso coexiste com a da SUNAB, para tabelar os respectivos preços, conforme o art. 6º, IV, da Lei Delegada nº 4, de 1962, referente a «diversões públicas populares», como é o caso do cinema; que formular aquela política, é estabelecer os princípios e as diretrizes de ação governamental, no concer-

nente à remuneração do exibidor, e o Presidente do INC, pelo ofício de folhas 23 e telegrama de fls. 24, reconheceu a competência da SUNAB para o tabelamento dos preços dos ingressos, apenas afirmando a necessidade de ação coordenada, ou de consulta, entre os dois órgãos; que, ocorrendo abuso do poder econômico, pelo aumento arbitrário ou excessivo do lucro, caberá a intervenção da SUNAB, ficando na hipótese contrária o INC como o único atuante no setor; que daí decorre a desnecessidade da ação coordenada ou consulta, entre a SUNAB e o INC.

Além disso, deteve-se a autoridade em justificar a fixação dos preços efetuada no Estado do Maranhão.

A Procuradoria da República, em longo parecer (fls. 56/62), opinou pela concessão do *writ*, reconhecendo ser da competência do INC, a partir do Decreto-lei nº 43, de 1966, o tabelamento dos ingressos em cinema, e afirmando que bastaria, para a aludida concessão, a circunstância de haver o Superintendente da SUNAB autorizado o Delegado Regional a aprovar pedido de reajustamento, se considerado procedente, e a autoridade informante reconhece haver ficado demonstrada a necessidade do aumento.

Pela sentença de fls. 66/74, do Juiz Federal Dr. Carlos Alberto Madeira, foi concedida a segurança, havendo, depois de repelir a alegação de não estar devidamente especificado o ato atacado, que não necessita de formalização, por escrito, e pode consistir em ameaças, decorrendo das informações as providências de clara intervenção da SUNAB, sustentado que se cabe ao INC evitar tabelamentos de preços que deteriore as condições econômicas do cinema, claro é que nela reside uma limitação ao poder de tabelar da SUNAB, não havendo apenas neces-

sidade de prévia consulta; afirmou, outrossim, a decisão, que não se pode falar em abuso do poder econômico, pelas impetrantes na cobrança de preços de ingressos, segundo o critério estabelecido pelo INC.

Recorreu de ofício o Dr. Juiz, e agravou a SUNAB (fls. 77/98), negando a ocorrência de qualquer ato violador de direito das impetrantes, ou que o ameaçasse de violação, pois nenhum ato, escrito ou verbal, praticou, acentuando que reconhecendo a boa-fé das mesmas, diante do telegrama do Diretor de Fiscalização e Estatística, do INC, não as autou, e que o funcionário enviado a São Luiz limitou-se a exibir aos impetrantes uma cópia do ofício do INC, de fls. 23, ponderando reconhecer este a competência da ora impetrada para o tabelamento.

No mérito desenvolve argumentação no sentido de sua competência, e da inexistência de conflito entre as normas do Decreto-lei nº 43, de 1966, e a Lei Delegada nº 4, de 1962, ressaltando não constituir o Decreto-lei número 43, de 1966, lei especial, como exigia o art. 146 da Constituição, então vigente, para a intervenção no domínio econômico, e conclui afirmando a prevalência do princípio constitucional da repressão do abuso do poder econômico, invocando a ausência de autorização do INC para o aumento dos preços.

Os agravados ofereceram a contraminuta de fls. 104/111, sustentando a competência do INC para o tabelamento em causa, e a existência de coação exercida pela SUNAB, inclusive em pronunciamento pela televisão, e em reunião realizada na presença de jornalistas, havendo sido impetrado o *writ* em face do telegrama de fls. 24.

Mantida a decisão (fls. 129/130), em despacho fundamentado, subiram os autos.

Neste Tribunal, oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, que pelo parecer de fls. 134/315 pediu o provimento dos recursos, tendo em vista as razões do agravo.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A preliminar argüida pela CUNAB, no sentido da inexistência de qualquer ato seu, ficou bem rejeitada pela sentença, e seria suficiente para a sua repulsa a circunstância de justificar a impetração a ameaça de violação do direito dos impetrantes, nitidamente caracterizada, e resultante, inclusive, do teor das informações, que valem como confissão da pretensão de impor a observância do tabelamento baixado pela mesma.

Mas, além disso, no despacho de sustentação, no agravo interposto pela SUNAB, teve o Juiz Federal, Dr. Carlos Alberto Madeira, oportunidade de voltar à matéria, e o fez afirmando (fls. 129):

«Quanto ao ato coercitivo que deu origem à impetração, parece ter ficado melhor caracterizado com a exposição agora feita: a agravante enviou especialmente um emissário a esta Capital, para determinar aos exibidores a redução dos preços de ingressos recém-adotados (fls. 81).»

De inteiro acordo com a afirmativa, rejeito também a aludida preliminar.

No mérito, votando como vogal, no Agravo em Mandado de Segurança nº 63.063, do qual foi Relator o Ministro Godoy Ilha (D.J. de 6-10-69), aceitei a tese ora defendida pela ... SUNAB, e então acolhida pelo Relator, da subsistência dos poderes atribuídos à SUNAB para tabelar ingressos de cinemas, não obstante a atribuição

conferida ao Instituto Nacional do Cinema, pelo Decreto-lei nº 43, de 1966.

O reexame da matéria leva-me, agora, porém, a reconsiderar a aludida posição.

Realmente, se à SUNAB compete, segundo o art. 6º, IV, da Lei Delegada nº 4, de 1962,

«tabelar preços máximos e estabelecer condições de venda de mercadorias ou serviços, a fim de impedir lucros excessivos, inclusive diversões públicas populares».

Em relação aos cinemas ficou derogada a competência diante do art. 4º, do Decreto-lei nº 43, de 1966, que confere ao Instituto Nacional do Cinema a atribuição de:

«V — formular a política nacional de preços de ingressos, evitando tabelamentos que deteriore as condições econômicas do cinema;»

Se antes admiti, como ora sustenta a SUNAB, ser possível a coexistência da norma do art. 6º, IV, da Lei Delegada nº 4, de 1962, com o preceito aludido, na verdade, um melhor exame deste evidência não ser possível essa coexistência, sem limitações.

A sentença agravada, do Juiz Dr. Carlos Alberto Madeira, enfrentou a questão de modo preciso, e na sua fundamentação, que adoto, considerando-a perfeita e incensurável, afirmou sobre o problema (fls. 71-72):

«A Lei Delegada nº 4/62 autoriza a SUNAB a tabelar os preços máximos e estabelecer condições de venda de mercadorias ou serviços, a fim de impedir lucros excessivos, inclusive de diversões públicas populares (art. 6º, IV). O DL nº 43/66, que criou o INC,

atribuiu a este a competência para regular a produção, distribuição e exibição de filmes nacionais, fixando preços de locação, prazos de pagamento e condições (artigo 4º, III), e para formular a política nacional de preços de ingressos, evitando tabelamentos que deteriorem as condições econômicas do cinema (art. 4º, V). É evidente que a política nacional de preços de ingressos é inerente à produção, distribuição e exibição de filmes, visando também a que os tabelamentos não deteriorem as condições econômicas do cinema. Tanto assim é que o INC poderá estabelecer a obrigatoriedade de uso de *borderaux* padrão e emitir, para uso compulsório pelas salas exibidoras, ingresso único, ou obrigar o uso de máquinas registradoras, para venda de ingressos (art. 35, do DL nº 43/66). Dessa faculdade já faz uso a autarquia, estabelecendo o ingresso padronizado em todos os cinemas da Guanabara, a partir do dia 9 do corrente mês, como se verifica de divulgação feita nos jornais do dia 8, daquela cidade. Ora, se cabe ao INC evitar tabelamentos de preços de ingressos que deteriorem as condições econômicas do cinema, claro é que, nessa competência, reside uma limitação ao poder de tabelar da SUNAB, no tocante ao cinema. Não se trata apenas de necessidade de uma prévia consulta ao INC, por parte do órgão controlador de preços, para tabelar os ingressos de cinema, mas também do poder conferido àquela autarquia de evitar que esse tabelamento afete a economia do cinema, ou seja, de adotar critérios que possam até divergir daqueles que orientam o tabelamento por parte da ...

SUNAB. A ação do INC não é só prévia como também posterior ao tabelamento. Vê-se, por aí, que o controle do INC condiciona a ação da SUNAB, no que se refere ao cinema. O DL nº 43/66 não subordinou o INC ao controle da SUNAB, mas, ao revés, submeteu a ação de controle e intervenção desta à política adotada por aquele, em tema de cinema. A política nacional de preços de ingressos, como se infere da lei, não compreende apenas os estímulos fiscais, subsídios e financiamentos, mas também a adequação daqueles preços aos custos da indústria e dos serviços a ela correlatos. Política, aí, correspondente a *policy* da língua inglesa, é visão global ao setor econômico, à qual se subsume o controle de preços, que é apenas parte do controle de mercado, objetivando simultaneamente a proteção da atividade econômica e do interesse do consumidor. Assim compreendida ela não pode desvincular dos estímulos concedidos à indústria, a retribuição dos seus produtos, mas, antes, deve assegurar, no mercado, que essa retribuição corresponda à insunção daqueles estímulos».

Na verdade, não vejo como possa o INC evitar tabelamento que deteriore as condições econômicas do cinema, se este for baixado por um outro órgão, como pretende a SUNAB, e sobretudo se assim proceder à sua revelia, como no caso.

Parece-me evidente que para formular a política nacional de preços de ingressos, que evite tabelamento nas condições mencionadas, indispensável será que o próprio tabelamento caiba ao órgão encarregado da aludida formulação, ou que obedeça às condições

estabelecidas pelo INC, decorrendo do Decreto-lei nº 43, de 1966, «uma limitação ao poder de tabelar da SUNAB, no tocante ao cinema» (fls. 129), estando a recomendação final a este dirigida, e não a terceiros, hipótese em que o preceito não teria sentido.

No que diz respeito à invocação ao art. 146 da Constituição de 1946, que exigia «lei especial» para a intervenção no domínio econômico — atualmente substituída pela simples exigência de «Lei Federal» (Constituição de 1969, art. 163) — a sentença, com todo acerto, proclamou, após referência às atribuições do INC, que (fls. 72):

«Por isso mesmo a lei deu ao INC poderes de intervenção na domínio econômico, que, se não afastam totalmente, pelo menos condicionam os poderes conferidos à SUNAB pela DL 4/62. Há que frisar esse aspecto: o Instituto Nacional do Cinema é órgão intervencionista tanto quanto a ... SUNAB, apenas visando a uma atividade econômica específica, que é o cinema».

E, ao sustentar a sentença, no agravo interposto pela SUNAB, com referência a este aspecto do problema, afirmou (fls. 129):

«O que especializa a lei é a subordinação da validade de regras jurídicas sobre determinada matéria à exigência de unidade forma e substancial (de fundo) (Cfr. Pontes de Miranda, Com. à Constituição de 1946, 1/297). Assim como a DL 4/62, por exigência do próprio mandamento constitucional, é lei especial, também o é o DL 43/66, que isola, concentra, consolida e especifica regras jurídicas sobre o cinema, desde a produção até à exibição.

A técnica legislativa é a mesma. É despropositada, portanto, a diferença que se procura estabelecer entre os dois diplomas legais».

De fato, o que o art. 146 da Constituição de 1946 visou a proibir foi a concessão ampla ao Poder Executivo de atribuição para intervir no domínio econômico, sem que haja impedimento de ser autorizada a intervenção, por leis especiais referentes à disciplina de determinadas atividades, como é o caso do Decreto-lei nº 43, de 1966, quanto ao cinema, não havendo, outrossim, obrigatoriedade de ser exercida esta intervenção sempre através um mesmo órgão.

Quanto ao invocado Decreto-lei número 422, de 1969, é posterior aos fatos, e nele, confirmando a tese de antes não caber à SUNAB tabelar cinemas, foi concedida atribuição expressa neste sentido, revogando o disposto pelo Decreto-lei nº 43, de 1966, a propósito de competência do Instituto Nacional do Cinema, que limitava a daquela autarquia.

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso de ofício e ao agravo da SUNAB, para confirmar a sentença concessiva da Segurança.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 64.657 — MA. Rel.: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Recte.: Juiz Federal no Estado. Agte.: SUNAB. Agdos.: Empresas de Cinemas Duailibe Ltda. e outras.

Decisão: Rejeitada a preliminar, no mérito, negou-se provimento aos recursos. Decisão unânime (em 21-9-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67.916 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Agravante -- Glauco Saturnino Vieira Magalhães
Agravado — Conselho Federal de Farmácia

EMENTA

Conselho Federal de Farmácia.

Inscrição como Oficial de Farmácia Provisionado, no Quadro IV, do CRF - 9.

Lei nº 3.820/1960, art. 33.

Condição de proprietário de farmácia por mais de dez anos. No cômputo do decênio podem ser, também, considerados períodos descontínuos. Regimento Interno do Conselho Federal de Farmácia, art. 35, § 3º, alínea *b*, com a modificação introduzida pela Resolução nº 15, de 21 de março de 1963.

Prova documental bastante da condição de proprietário de farmácia, por mais de dez anos, antes da entrada em vigor da Lei nº 3.820, de 1960, que se reconhece, no caso concreto.

Direito certo e líquido à inscrição como Oficial de Farmácia Provisionado, Quadro IV, do CRF-9.

Recurso provido para conceder o mandado de segurança.

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

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

Brasília, 6 de agosto de 1973. —
Armando Rollemberg, Presidente;
José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator) — Resumiu a hipótese dos autos o Doutor Juiz Federal *a quo*, às fls. 60/61, nestes termos:

«Glauco Saturnino Vieira de Magalhães, qualificado na inicial,

impetra mandado de segurança, com liminar, contra decisão do Conselho Federal de Farmácia, pelos motivos seguintes:

«a) — oficial de farmácia, categoria III, pretende a transferência para a categoria IV, oficial de farmácia provisionado, fundado na Lei nº 3.820, Capítulo VI, art. 33, pretensão essa que foi negada pelo Conselho Federal de Farmácia;

b) — os requisitos da Lei nº 3.820 foram preenchidos e na esfera administrativa a pretensão foi concedida pelo Conselho Regional de Farmácia.

«2. À vista do exposto, a decisão do Conselho Federal de Farmácia conflita com pareceres favoráveis do próprio Conselho e altera a Lei Federal, razão pela

qual deve ser concedida a segurança impetrada para a sua inscrição como oficial de farmácia provisionado IV, nos termos do deferimento dado pelo Conselho Regional do Paraná.

«3. O pedido vem acompanhado da procuração, do Acórdão nº 386 e de outros documentos, incluindo «Conselho Federal de Farmácia» (A Organização Jurídica da Profissão Farmacêutica), fls. 12 e seguintes.

«4. As informações foram requisitadas, sem a concessão da liminar.

«5. O impetrado prestou informações às fls. 40/48 em que sustenta, como preliminar, o vencimento do prazo para impetração da segurança. Quanto ao mérito, contesta a segurança porque a decisão CFF é irrecurável e por falta da prova a que se refere a Resolução nº 15.

«6. A douta Procuradoria opinou pela denegação do *writ*, subscrevendo integralmente as informações prestadas pela autoridade dita coatora.

«7. Deu-se vista ao impetrante para manifestar-se sobre as informações e este apresentou a cota de fls. 53 e seguintes com o documento do Departamento de Saúde do Paraná referente à concessão de licença sanitária para funcionar a farmácia São Luiz, em caráter precário.

«8. A douta Procuradoria manifestou-se sobre aquele documento e sobre o pronunciamento do impetrante.»

A sentença denegou a segurança.

Agravou o impetrante, de fls. 66/72: (lê).

Contraminuta do Conselho Federal de Farmácia, às fls. 79/81: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 85, pediu o desprovemento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira — O Dr. Juiz Federal a quo, inobstante tenha reconhecido extinto o direito de o requerente impetrar a segurança, *ut art.* 18, da Lei nº 1.533, de 1951, examinou, também, o mérito do pedido, para chegar à conclusão da iliquidez do direito pleiteado.

No que concerne ao primeiro aspecto da questão, compreendo que razão assiste ao agravante. É que o prazo de cento e vinte dias se conta a partir da ciência do ato impugnado, pelo impetrante.

Na espécie, não há prova nos autos de o acórdão do colendo Conselho Federal de Farmácia, que o requerente ataca, haver sido publicado no *Diário Oficial* da União, ou em qualquer outro órgão oficial. Decidido o feito, coube ao Conselho Regional de Farmácia do Paraná, donde originário o processo, efetuar a comunicação ao impetrante do decisório do órgão federal, contrário à sua pretensão, a qual, antes, merecera acolhida do Conselho Regional predito. Pois bem, por primeiro, o CRF-9 cancelou sua anterior decisão, em face do pronunciamento do CFF. Após, utilizando a via postal, comunicou o fato ao agravante.

Logo, o prazo para a impetração iniciou, efetivamente, a 12 de janeiro de 1970, conforme a prova documental, de fls. 73/74, valendo considerar, ainda, o que se contém nos documentos de fls. 76 e 77. Segundo essa prova, foi na data referida que o im-

petrante recebeu ciência do ato impugnado.

A minguada de elemento de prova em contrário, não é possível, *data venia*, adotar o termo *a quo* considerado na sentença, qual seja, a data do próprio acórdão do CFF, 22-9-1969 (fls. 17).

Se não houvesse o ilustre Juiz Federal *a quo* examinado, também, desde logo, em termos dispositivos, o mérito do pedido, proveria o agravo, para que S. Exa. se pronunciasse sobre tal.

Estando, assim, o mandado de segurança denegado (fls. 62), pelos dois fundamentos, embora o acima apreendido diga efetivamente com a matéria de conhecimento, passo, desde logo, a julgar o recurso, quanto ao mérito da controvérsia.

Quer, na via eleita, o recorrente lhe seja assegurada a inscrição como Oficial de Farmácia Provisionado, no Quadro IV, do CRF-9, tal como lhe deterira dito Conselho Regional, com base no art. 33, da Lei nº 3.820, de 1960, que reza, *verbis*:

«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 seis (6) 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 mais atividades privativas da profissão de farmacêutico.»

O primeiro requisito ao provisionamento, na espécie, não está em dis-

cussão. Consoante o doc. de fls. 23, desde abril de 1953, é o impetrante detentor de Certificado de «Oficial de Farmácia», expedido pelo Departamento de Saúde, Divisão de Fiscalização do Exercício Profissional, da Secretaria de Saúde Pública, do Estado do Paraná.

Discute-se acerca do segundo pressuposto para a outorga da inscrição do impetrante no Quadro IV, do CRF-9, como Oficial de Farmácia Provisionado.

Entrou em vigor a Lei nº 3.820, de 1960, a 21-3-1961. Possuía, então, o agravante a condição de proprietário de farmácia por dez anos.

É assente, na exegese do art. 33 em foco, na esfera administrativa, que não exige a Lei se trate de dez anos ininterruptos. Em parecer que emiti, em 1962, sobre a matéria, respondendo a Consulta do CRF-10, de Porto Alegre, espousei tal entendimento, constando a ementa do dito parecer de publicação inserta nos autos, às fls. 34 (ps. 100 c/c 109), nestes termos: «No cômputo dos dez anos podem ser considerados períodos contínuos ou não». Nesse sentido é o disposto no art. 35, § 3º, alínea *b*, do Regimento Interno do CFF, com a modificação introduzida pela Resolução nº 15, de 21 de março de 1963, do CFF (doc. de folhas 34, págs. 42/43).

Nas informações, às fls. 43, assevera-se:

«O requerente não conseguiu provar dez anos de propriedade de farmácia, mediante documento emanado pelo Serviço de Fiscalização do Exercício Profissional.»

Em verdade, na citada Resolução nº 15, o CFF exigiu que, para os efeitos da inscrição no Quadro IV, a prova do decênio de propriedade de farmácia fosse expedida por Serviço Sanitário competente. O sentido dessa

prova qualificada está bem explícito nas informações, que se prestaram, de maneira minuciosa e com o zelo que tanto tem caracterizado o trabalho do Conselho Federal de Farmácia, desde o advento da Lei nº 3.820, de 1960.

Quero crer, entretanto, *data venia*, no caso concreto, *sub judice*, que o impetrante faz jus à inscrição pretendida, pois entendo que também esse segundo requisito está provado nos autos, documentalmente.

Conforme as Certidões de fls. 28, 29 e 30, resta comprovado, desde logo, período de nove anos, nove meses e treze dias, até 21-3-1961, assim discriminados:

a) Farmácia Galeno, de Curitiba, em 1945 e 1946;

b) Farmácia São Luiz, em Aquidaban, município de Marialva, de 8-6-1953 até 28-9-1966, data da certidão.

Acontece, porém, que dita Farmácia São Luiz operava, sob firma individual do impetrante, desde 1-3-1951, consoante Declaração de Registro de Firma arquivada na MM. Junta Comercial do Estado do Paraná (fls. 32). Também confirma a existência da referida Farmácia, antes de 1953, o documento, de fls. 33, expedido pela Prefeitura Municipal de Marialva. Não só. O documento, de fls. 57, comprova que, já em 15 de janeiro de 1953, houve autorização do Serviço de Polícia Sanitária do Departamento de Saúde do Paraná, 12º Distrito Sanitário, Posto de Higiene de Mandaguari, para o funcionamento da Farmácia São Luiz, por noventa dias. Em 8 de junho de 1953, obteve o impetrante a licença, em caráter definitivo, para o funcionamento da Farmácia.

Dessarte, mesmo considerada a prova como a exige a Resolução nº 15, do CFF, ainda assim o agravante

comprova nos autos ser proprietário de farmácia, por mais de dez anos, à entrada em vigor da Lei nº 3.820, de 1960.

Aliás, o CRF-9, com sede em Curitiba, reconheceu o direito do recorrente à inscrição pretendida. Ao ensejo do reexame administrativo, pelo CFF, do processo, é que este órgão de cúpula dos CRFs. veio a entender contrariamente ao petitório inicial, quedando, porém, vencido o relator. Também favorável à pretensão foi o parecer do Assessor Técnico do CFF, de fls. 21/22: (lê).

Em seu voto, às fls. 24/25, o relator, ilustre Farmacêutico José Scheikmann, teve ensejo de sinalar, a propósito da especialidade da situação do requerente, *verbis*:

«c) É de chamar a atenção para o fato de que Aquidaban é localidade pertencente ao Distrito de Marialva, Comarca de Mandaguari. Em mapa algum, nossa curiosidade conseguiu localizar Aquidaban, mas verificamos que Marialva, sede do Distrito, dista, em linha reta, 340 km de Curitiba. Talvez hoje não fosse fácil legalizar em Curitiba, estabelecimento com sede em Aquidaban; como teria sido em 1951, quando o Senhor Glauco Saturnino Vieira de Magalhães abriu sua farmácia? Sua declaração de firma, em 1953, à Junta Comercial do Paraná (doc. fls. 18) assevera que o negócio tivera início em 1 de março de 1951. Com essa declaração arquivada a 4-6-53, logo em seguida o interessado legalizava sua farmácia no Serviço Sanitário, que 4 dias depois lhe concedia a licença, sem exigência ou vistoria. Tudo indica que a Farmácia São Luiz, de Aquidaban, funcionava desde 1-3-51.

Acoimar de ilegal a situação da farmácia no período de 1-3-51 até 8-6-53, quando obtida a licença do Serviço Sanitário, para adotar rigidamente o período computado de 9 anos, 9 meses e 13 dias, parece-nos exagero e injustiça, face a tudo quanto ficou exposto.

9. Tendo em conta o endosso do CRF-9, sempre atento e severo nos seus julgamentos, sem favor e por justiça, somos favoráveis à contagem do prazo adicional de 2 anos, 3 meses e 7 dias, que vai de 1-3-51 a 8-6-53, para completar o prazo de 2 meses e 17 dias (77 dias, apenas), que falta para a prova de que o interessado foi proprietário de farmácia por período superior a 10 anos.»

Releva, de outra parte, conotar, no desate da controvérsia, que há nos autos prova inequívoca de «propriedade de farmácia», por mais de dez anos, de parte do agravante. Inclusive, como antes analisei, há prova da propriedade, com a qualificação que passou a exigir o CFF, na Resolução nº 15, de 1963, na exegese que conferiu ao art. 33, da Lei nº 3.820. Nesse particular, de resto, observa-se da Súmula de Pareceres constantes do documento, de fls. 34, que, em diversos pronunciamentos, o ilustrado Consultor Jurídico do CFF, Dr. João Leão de Faria Júnior, afirmou ponto de vista que abona a pretensão do recorrente. Assim, às págs. 98 e 99 do opúsculo referido (doc. de fls. 34) consta, *verbis*:

«P. 107/64 — A prova convincente de propriedade pode ser feita por elementos hábeis, embora não emanados do Serviço de Saúde.

«P. 116/64 — A certidão da Prefeitura, reforçada pela do Posto Fiscal, é documento hábil.

«P. 37/64 — A prova de propriedade não está condicionada à situação regular sanitária.

A lei exige que o candidato estivesse (ao tempo de sua publicação) em situação regular. Mas esta condição de situação regular não interfere na prova de propriedade. São condições diferentes. A prova de propriedade não é qualificada.

«P. 45/64 — A lei exige que o candidato prove propriedade, e não que a prova de propriedade fique condicionada à quitação do Departamento de Saúde. A legislação sanitária deve ser entendida ao tempo em que a lei entrou em vigor (21 de março de 1961).»

De todo o exposto, dou provimento ao agravo para conceder o mandado de segurança, garantindo, assim, ao impetrante sua inscrição como Oficial de Farmácia Provisionado, no Quadro IV, do Conselho Regional de Farmácia do Paraná (CRF-9).

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 67.916 — SP — Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira — Agte.: Glauco Saturnino Vieira Magalhães — Agdo.: Conselho Federal de Farmácia.

Decisão: Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso para conceder a segurança (em 6-8-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Henoch Reis votaram com o Senhor Ministro Relator. Não compareceu na 2ª parte do julgamento, por motivo justificado, o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 69.370 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda.
Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara.
Agravante — União Federal.
Agravada — Companhia Luz e Força Santa Cruz.

EMENTA

Imposto de Renda. Concessionária de Serviço Público. Dec. n.º 47.373-59. Capital a remunerar. Se o investimento registrado pela contabilidade opera efeitos legítimos, com vistas à fixação das tarifas, há que dar-lhe consequências, para efeitos fiscais. Agravos desprovidos.

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

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

Brasília, 27 de agosto de 1973.
— 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 sentença de primeira instância:

«Vistos, etc. Companhia Luz e Força Santa Cruz, qualificada às fls. 2, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado Regional do Imposto de Renda em São Paulo, alegando, em síntese: que é concessionário do serviço público de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica; que, em sua declaração para o exercício de 1961, ano-base de 1960, adotou, para o cálculo do imposto, a taxa de 13%, sendo 10% de tributo

(art. 44, § 1º, a, § 2º, Decreto n.º 47.373-59) e 3% de adicional sobre lucros (art. 98 da Lei n.º 3.470-58, prorrogado pelo artigo 15 da Lei n.º 3.826-60); que a essa declaração de renda juntou, além de outros papéis, a «Demonstração Analítica do Investimento Remunerável a 31 de dezembro» — Quadro n.º II — relativa ao exercício de 1960, em obediência ao disposto no art. 29, d, do Dec. n.º 41.019-57; que desse Quadro n.º II consta, como investimento remunerável da impetrante, em 31-12-60, a quantia de Cr\$ 528.209,30 antigos; que sendo os lucros tributáveis da impetrante, no ano-base de 1960, de Cr\$ 54.969,30 antigos, é bem de ver que tais lucros não excederam a 12% dos Cr\$ 528.209,30 do investimento remunerável; que, contudo, a impetrante foi lançada para pagamento do imposto às taxas gerais da cabeça do art. 44 do RIC (Dec. n.º 47.373-59) e não à taxa especial do § 1º, alínea a, e § 2º desse mesmo artigo, previsto para as empresas concessionárias de serviços públicos; que o procedimento fiscal é ilegal e fere direito líquido e certo da impetrante, pelas razões expendidas na inicial. Juntou documentos

de fls. 32 a 48. Foi concedida liminar, nos termos do despacho de fls. 2. A autoridade impetrada informou, às fls. 53-55, em resumo, alegando falta de atendimento da exigência prevista no art. 44, § 2º, do R C, aplicável à espécie. A Procuradoria da República opinou, às fls. 57, pela denegação da segurança. É o relatório. Isto posto. A questão cinge-se em saber-se se a impetrante, concessionária de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, tem ou não, no cálculo do seu imposto de renda relativo ao exercício de 1961, ano-base de 1960, direito à aplicação da taxa especial de 10% prevista no art. 44, § 1º, alínea a, do Regulamento baixado com o Dec. nº 47.373, de 7 de dezembro de 1959. Reza o dispositivo citado, *in verbis*: «Art. 44. Às pessoas jurídicas, seja comercial ou civil o seu objeto, pagarão o imposto sobre os lucros apurados de conformidade com este Regulamento, à razão de (Lei nº 2.862, art. 23)..:

§ 1º Não se compreendem nas disposições deste artigo (Lei. nº 2.862, art. 23, parágrafo único): a) as empresas concessionárias de serviços públicos cujos lucros não excederam a 12% (doze por cento) do capital, as quais pagarão o imposto proporcional de 10% (dez por cento). O § 2º do mencionado dispositivo estabelece: «Para os efeitos do disposto na alínea a, do § 1º, deste artigo, será determinada a percentagem do lucro em relação ao capital a remunerar, reconhecido pela autoridade competente e considerado no cálculo das tarifas dos respectivos serviços». Entende a impetrada que, face à documen-

tação apresentada pela impetrante, não houve em definitivo decisão da autoridade competente no que tange ao reconhecimento a que se refere o mencionado § 2º, do art. 44. De fato, verifica-se dos autos que a impetrante não teve os seus bens tombados (fls. 47), na forma da legislação pertinente, para determinação do investimento. Contudo, também se constata que a empresa cumpriu a parte que lhe competia, levantando, no prazo legal, o inventário dos seus bens e apresentando-o ao órgão competente, que, no entanto, até a data da impetração não havia feito o indispensável tombamento (fls. 40 e fls. 47). O investimento deverá servir de base para o cálculo de indenização, nos casos de reversão ou encampação, e à determinação das tarifas. Inobstante, o seu não reconhecimento, por falta exclusiva do órgão competente, não pode constituir óbice aos fins que lhe destina a lei. No que tange às tarifas, nem por isso deixarão elas de ser estabelecidas, para que as empresas possam receber o custo do serviço, sob pena de não poderem executar os serviços concedidos. Em relação às empresas cujo investimento a 31 de dezembro de 1955 ainda não fora determinado, e até que o seja, o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica (art. 188, § 1º) considera, a título precário, para efeito de fixação de tarifas, aquele registrado na respectiva contabilidade. Ora, se, para a fixação de tarifas, em falta de investimento determinado, leva-se em conta aquele registrado na contabilidade da empresa, indubitável que a lei o tem como «reconhecido», para todos os efeitos, ainda que a título precário. Ponderável, por isso, se

me afigura a alegação da impetrante: «É seria contra-senso considerar o investimento, para efeitos tarifários, sem admiti-lo por bom, legítimo e verdadeiro. Daí que, investimento considerado para tais efeitos, é investimento reconhecido. A título precário, transitório, provisional, interina ou provisoriamente, seja, mas investimento reconhecido». No caso, a impetrante oferece a demonstração do investimento remunerável, para efeitos tarifários, reconhecido pelo poder concedente, e, a propósito, o impetrado não levanta outras objeções senão a inexistência do investimento definitivo reconhecido e a circunstância de que as tarifas teriam sido estabelecidas pelo critério de semelhança e razoabilidade. As objeções, contudo, não merecem acolhida, quer por que, como acentuado, embora de modo precário o investimento não deixa de ser reconhecido, quer em razão de serem as tarifas estabelecidas sob a forma de serviço pelo custo, no qual além da remuneração do investimento estão compreendidas as despesas de exploração, aferidas segundo o critério mencionado. Por outro lado, tem-se que o fisco não fez qualquer reparo aos lucros apurados pela impetrante, no ano-base de 1960, segundo quadro oferecido, mas, ao contrário, tomou a importância a eles referente, como base da cobrança do tributo. Assim, se o órgão competente reconheceu, para efeitos tarifários, o investimento remunerável da impetrante, referente ao exercício em foco, não há por que deixar de admiti-lo, também, para os efeitos fiscais. E como, segundo se verifica, no citado exercício, os lucros da impetrante não excederam a

12% do capital remunerável, a aplicação da taxa mais branda, prevista no § 1º, do art. 44, letra a, do Decreto nº 47.373, de 1959, me parece inquestionável. Em consequência, concedo a segurança. Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Custas *ex lege*».

A União, não conformada, agravou de petição às fls. 77-80.

A agravada contraminutou às fls. 81-81v.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de que seja dado provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): *Data venia* das razões do agravo e do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, nego provimento aos recursos, de ofício e voluntário, confirmando a suscinta sentença transcrita no relatório, que bem decidiu de acordo com a prova dos autos e os princípios reguladores da integração jurídica, quando concedeu o mandado de segurança contra direito da impetrante, que é concessionária de serviço público, de pagar o imposto de renda, do exercício de 1961, pelo ano-base de 1960, à taxa de 13%, sendo 10% de imposto, a teor do prescrito no art. 44, § 1º, a, e § 2º, do Dec. nº 47.373, de 1959, e 3% de adicional sobre lucros, na forma prescrita no art. 98 da Lei de 1958.

Esclarece a certidão de fls. 40, emanada do Ministério das Minas e Energia, *verbis*:

«Em cumprimento ao despacho exarado no requerimento da Companhia Luz e Força «Santa Cruz», protocolada sob o D. Ag. 3.970-63, pelo Senhor Diretor da

Divisão de Águas, em 8 de julho de 1963, certifico, para fins da interessada instruir processo na Delegacia Regional do Imposto de Renda em São Paulo, o seguinte, em seu requerimento:

a) que conforme determinou o art. 3º do Dec.-lei nº 3.128, de 19-3-41, a aludida empresa apresentou, no prazo previsto em lei, o inventário dos seus bens, para afinal determinação do investimento pelo Poder Concedente;

b) que até agora tal investigação não foi determinado, o que somente se verificará após o tombamento dos seus bens;

c) que o investimento remunerável da Companhia Luz e Força «Santa Cruz», para efeitos tarifários, vem sendo até então aceito o constante do Quadro 2 dos Anexos ao Dec. nº 41.019, de 26-2-57, apresentado em tempo hábil pela referida empresa à Divisão de Águas do DNPM;

d) que de acordo com o que permitiu o Dec.-lei nº 5.764, de 19-8-43 (art. 5º, § 2º), foram estabelecidos preços de remuneração tarifária por esta Divisão de Águas para a referida empresa, pelo critério de semelhança e razoabilidade, apenas com base no inventário apresentado por ela (Quadro 1 dos Anexos ao Dec. nº 41.019, de 26-2-57). E por ser verdade, eu, Oswaldo da Silva Lopes, escriturário 10-B, lavrei a presente certidão que vai por mim rubricada e assinada pelo Engenheiro Paulo de Azevedo Romano, Diretor da Divisão de Águas, Rio de Janeiro, 8 de julho de 1963».

Tendo a empresa impetrante praticado, no prazo previsto na lei pertinente, quanto lhe cumpria para o

tombamento, a demora deste, pela autoridade competente, não deve constituir estorvo ao pagamento do imposto, calculado à base da alíquota minorada.

A culpa pela demora no tombamento dos bens, que é de outra entidade pública, razoavelmente não pode operar em prejuízo da impetrante, mesmo porque das 800 empresas de energia elétrica, então existentes no Brasil, somente 12 haviam conseguido a formalização do tombamento, até 26 de dezembro de 1963, como se verifica de fls. 47.

À vista da falta de determinação do capital a remunerar como determina o § 2º, do art. 44, do Dec. nº 47.373, de 1959, havia mesmo que considerar o registrado na contabilidade da empresa, com base no § 1º, do art. 188, do Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, que o reconhece, posto que precariamente para o efeito da fixação das tarifas, *verbis*:

«§ 1º Em relação às empresas cujo investimento a 31 de dezembro de 1955 ainda não foi determinado, e até que o seja nos termos deste artigo, será considerado, a título precário, e para efeito de fixação de tarifas, aquele registrado na contabilidade da empresa nas contas respectivas, de acordo com a Classificação de Contas a que se refere o art. 26.»

Se o investimento registrado pela contabilidade opera efeitos legítimos, com vistas à fixação das tarifas, há que dar-lhe conseqüências, para efeitos fiscais.

A recorrente não levanta nenhuma dúvida sobre os lucros apurados pela recorrida, restringindo-se a controvérsia à fixação do capital a remunerar.

Esta, atendidas as circunstâncias do caso, e a legislação pertinente, foi

bem solucionada pela sentença, que confirmo.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 69.370 — SP. Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Recte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Agte.: União Federal. Agda.: Cia. Luz e Força Santa Cruz.

Decisão: Negou-se provimento. Decisão unânime (em 27-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.185 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda.

Agravante — Dinarte Armond.

Agravado — INPS.

EMENTA

Previdência Social. Abono de permanência. O que conta, para a solução do caso, é a concorrência da qualidade de segurado, e a prestação de tempo de serviço. O impetrante satisfaz os dois requisitos, de onde se segue pelo direito à aposentadoria. E porque tenha optado pela permanência no serviço, faz jus ao benefício pleiteado, no percentual previsto na lei.

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 para conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1973. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Moacir Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de petição interposto de sentença denegatória de mandado de segurança contra o ato

que indeferiu o pedido de abono de permanência em serviço, feito por ferroviário segurado da Previdência Social, sob o argumento, em resumo, de que o impetrante, sendo servidor da administração direta, admitido em 1939, e regido pelas normas estatutárias, na data do pedido, 7-12-70, fls. 3 e 8, não implementava 35 anos de serviço, necessários à obtenção de aposentadoria do funcionário.

E porque o Decreto-lei nº 710, de 1969, art. 5º, tenha restringido o abono de permanência em serviço ao segurado que haja preenchido todos os requisitos para a obtenção do direito à aposentadoria com valor correspondente a cem por cento do salário de contribuição, ou seja 35 anos de serviço à empresa vinculada a Previdência Social, decidiu a ilustrada sentença que o impetrante não faz jus ao benefício.

As partes fizeram também considerações laterais sobre o direito à dupla aposentadoria, bem como sobre as conseqüências do Ato Normativo nº 53, de 1970, do Departamento Nacional de Previdência Social, que mandou transferir os funcionários federais, cedidos, à RFFSA, do regime geral, para o regime especial, de que trata o art. 29, II, do Decreto nº 60.501, de 14-3-67 (Regulamento-Geral da Previdência Social).

O agravo foi contraminutado às fls. 40.

Subindo os autos, neles oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

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

Não se trata de julgar pretensão à dupla aposentadoria, matéria de que o pedido não se ocupa, e sim de dirimir pedido de exame da legalidade de ato indeferitório de abono de permanência, feito por segurado da previdência social, com mais de 30 anos de serviço, que deteria também a qualidade de funcionário público.

Sobre o trintênio de serviço, e de contribuições previdenciárias, inexistente dúvida alguma nos autos. Não se encontra no processo, de outro lado, notícia da transferência do impetrante, do regime previdenciário geral para o especial, de acordo com o estabelecido pelo Ato Normativo nº 53-70, do Departamento Nacional de Previdência Social, daí se inferindo continuar o mesmo prestando contribuições no percentual previsto no primeiro, de 8%, e não de 4%, sobre a remuneração, estabelecido para o segundo.

No que se prende à regra do artigo 5º, do Decreto-lei nº 710, de 28 de julho de 1969, invocada como obstáculo do pedido, tendo em vista o acréscimo do § 1º, que lhe trouxe o art. 3º, do Decreto-lei nº 795, de 29 de agosto do mesmo ano, pelo qual, sem prejuízo da norma do *caput*, aos trinta anos de serviço o segurado fará jus a abono no valor de vinte por cento do salário do benefício, afigura-se-me sem eficácia dito art. 5º, do Decreto-lei nº 710, eis que revogado.

O que conta, para a solução do caso, é a concorrência da qualidade de segurado, e a prestação de tempo de serviço.

O impetrante satisfaz os dois requisitos, de onde se segue pelo direito à aposentadoria.

E porque tenha optado pela permanência no serviço, sou porque tem direito ao benefício pleiteado, no percentual de 20% sobre o salário de benefício, a partir da data do pedido.

O voto, assim, é dando provimento ao recurso para conceder a segurança.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 70.185 — MG. Rel.: Sr. *Min. Moacir Catunda*. Agte.: *Dinarte Armond*. Agdo.: *INPS*.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso para conceder a segurança (em 27-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. *Mins. Peçanha Martins* e *Jorge Lafayette Guimarães* votaram com o Sr. *Ministro Relator*. Presidiu o julgamento o Sr. *Min. Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.435 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Recorrente — Juiz Federal da 8ª Vara, *ex officio*
Agravante — União Federal
Agravada — Price Waterhouse Peat & Co.

EMENTA

Imposto de Renda. Price Waterhouse Peat & Co. *versus* Inspetor da Receita Federal em S. Paulo. Sociedade civil para prestação de serviços de contabilidade. Direito à taxação reduzida prevista na alínea *b*. do § 2º, do art. 44, do Decreto nº 36.773/55, não importando o fato de, da sociedade civil, fazer parte sócio como pessoa jurídica («partnership»). Decisão anterior do Colendo Supremo Tribunal Federal, em favor da mesma impetrante (Rec. Mand. Seg. nº 16.809, 2ª Turma do STF, em 4-10-66, decisão unânime), no sentido do seu direito à alíquota reduzida. Sentença concessiva da segurança, 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, 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, 10 de abril de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator): Trata-se de recurso de ofício e agravo da União Federal da sentença de fls. 48/51, pela qual o digno Juiz Federal Paulo Pimentel Portugal concedeu segurança em favor de «Price Waterhouse Peat & Co.», sociedade civil brasileira em que figura também uma pessoa jurídica norte-americana como «partnership», a fim de que a Inspetoria da Receita Federal em São Paulo se abstivesse da cobrança do imposto de renda do valor de

Cr\$ 5.825,40 e da multa imposta, pela ilegalidade de tal exigência, eis que a impetrante não poderia ser desqualificada, como foi, de sua posição de sociedade civil organizada para mera prestação de serviços profissionais de contadores, isto em obediência a decisão já proferida anteriormente em favor da mesma impetrante, pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 16.809, do qual foi Relator o eminente Ministro Vilas Boas, através do qual foi a impetrante julgada enquadrada nas condições fixadas no art. 11, da Lei nº 2.862/56 (para efeito de isenção do imposto adicional de renda), por entendê-la merecedora da taxação reduzida prevista na alínea *b*, do § 2º, do art. 44, do Decreto nº 36.773-55, muito embora tivesse entre seus sócios uma pessoa jurídica na forma do «partnership».

Nesta instância pronunciou-se a dou-
ta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 69/72, pleiteando a reforma da decisão concessiva da segurança.

É o relatório.

VOTO

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

O digno Juiz recorrido, ressaltando seu ponto de vista pessoal no sentido de que as sociedades civis para prestação de serviços profissionais, deveriam se constituir somente de pessoas físicas, confessa que, na hipótese dos autos, não poderia fugir à concessão da segurança, dado que o Colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando Rec. em Mandado de Segurança em que figurava a mesma impetrante, em caso semelhante ao destes autos, já decidira que a impetrante, mesmo existindo entre os seus sócios, além de pessoas físicas, uma pessoa jurídica como «partnership», estava enquadrada no benefício da taxa reduzida do Imposto de Renda, prevista na alínea *b*, do § 2º, do art. 44, do Decreto nº 36.773-55, não se lhe podendo exigir o imposto adicional de renda. Eis porque, o digno magistrado ora recorrido assim se pronunciou:

«No caso da impetrante, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sua alta sabedoria, em decisão final, com trânsito em julgado, entendeu-a como sociedade de serviços enquadrada no dispositivo legal que a beneficiaria com a redução da alíquota do imposto de renda e, em conseqüência, com a isenção do adicional do imposto de renda no exercício de 1968».

A alegação da Procuradoria da República, de que aquele julgado do Supremo só poderia ter aplicação ao adicional do imposto de renda relativo ao ano de 1968, nenhuma procedência tem no caso, pois naquela decisão, que transitou em julgado, o Supremo se pronunciou em sentido amplo, quando reconheceu que a impetrante, apesar de haver em sua constituição uma pessoa jurídica como «partnership», estava

enquadrada no dispositivo legal que isenta tais sociedades do imposto adicional, ao reconhecer-lhe o direito à taxa reduzida de 5%, e não de 20% como exigia a impetrada.

Apreciando a alegação da Procuradoria Regional da República, assim se manifestou o douto Juiz *a quo*:

«O alcance dos decisórios transitados em julgado está perfeitamente fixado no art. 287, do Código de Processo Civil. Vejamo-lo:

«Art. 287. — A sentença que decidir total ou parcialmente a lide, terá força de lei nos limites das questões decididas.

«§ único — Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária à conclusão».

«É óbvio e evidente que quando o Supremo Tribunal Federal no Ven. Acórdão, considerou a impetrante isenta, no exercício de 1968, do imposto adicional de renda, fixou como «premissa» estar a impetrante enquadrada naquelas sociedades civis de serviço, que se beneficiavam da redução da alíquota do imposto de renda. Muito embora tenha este Juízo opinião, *data venia*, em contrário, a impetrante tem a seu favor decisão transitada em julgado, assim a caracterizando, enquanto vigente a lei; não teria cabimento, sem mudança de sua organização, o que não houve, ser sociedade enquadrada em um tipo em um exercício e não em outro. A decisão pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à premissa não se limita à conseqüência então pretendida, mas é permanente enquanto per-

durarem as situações de fato e de direito que a ditaram.»

Entendo que o douto Juiz a *quo* decidiu com acerto a pretensão da impetrante, pois a decisão anterior do Supremo, transitada em julgado, considerou-a como sociedade civil de prestação de serviços profissionais, devidamente enquadrada nos dispositivos legais que, permitindo-lhe a taxa reduzida de 5% para o recolhimento do imposto, deixou clara a sua isenção quanto à cobrança do chamado adicional, inexigível no caso.

Com estas considerações, ressaltando aqui a fundamentação da bem elaborada e exaustiva petição inicial do ilustre advogado da impetrante, confirmo

a sentença de fls. 48/51, pelos seus jurídicos fundamentos.

Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 70.435 — SP — Rel.: Sr. Min. Esdras Gueiros. Recte.: Juiz Federal da 8ª Vara. Agte.: União Federal. Agdo.: Price Waterhouse Peat & Co.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento aos recursos (em 10-4-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Henoch Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.751 — SP

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

Recorrente — Juiz Federal 6ª Vara, *ex officio*

Agravante — União Federal

Agravada — ESC - Empresa para Sistemas de Computadores Ltda.

EMENTA

Mandado de Segurança. Legitimidade *ad causam*. Fiança. Liminar. Eficácia.

Notificado o banco-fiador para recolher em 24 horas o valor do tributo, tem o afiançado qualidade para impetrar mandado de segurança contra a exigência.

Não cabendo, em princípio, mandado de segurança para assegurar a eficácia de liminar obtida, mas reclamação ao Juiz, em face do seu descumprimento, conhece-se, excepcionalmente, da impetração ajuizada perante o próprio Juiz que deferiu a liminar.

A fiança prestada por efeito de liminar não pode subsistir à cassação desta, pela sentença que denegou a segurança, não tendo o recurso cabível efeito suspensivo.

Não impede a cessação dos efeitos desta fiança o disposto pelo Dec.-lei nº 517-69, que disciplina as garantias na esfera administrativa, mas não alcança as prestadas em Juízo ou por ordem judicial.

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 para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1973.
— Moacir Catunda, Presidente; Jorge Lafayette, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A sentença de folhas 28/31, do Juiz Federal Dr. José Pereira Gomes Filho, assim resumiu a hipótese:

«ESC - Empresa para Sistemas de Computadores Ltda., devidamente qualificada e representada, impetra a presente segurança contra o Sr. Inspetor da Receita Federal em São Paulo — Congonhas, alegando, em síntese, o seguinte: que impetrara segurança para liberação de mercadorias importadas ao abrigo da Guia de Importação nº DG-70/59628; que a medida de segurança requerida se processou perante esta 6ª Vara (Processo nº 497/70), tendo o MM. Juiz Substituto concedido liminar mediante garantia bancária; que posteriormente quando da sentença, a segurança fora denegada e conseqüentemente cassada a liminar; que houve agravo da decisão estando esta para apreciação em 2º grau; que a D. autoridade impetrada expediu a Portaria de Intimação nº 239/71 (folhas 18) para que no prazo de 48 horas fosse recolhida a importância de Cr\$ 5.934,81 com os acréscimos legais, etc. etc. «em virtude de cassação de liminar concedida em mandado de segurança. O débito refere-se ao Termo de Fiança nº 125 datado de 9-12-1970. (Sic Portaria de Intimação de fls. 18); que é arbitrá-

ria e ilegal tal exigência, tecendo jurídicas razões sobre a tese em debate. Pede liminar, a qual foi concedida mediante o seguinte despacho: «Processe-se com liminar para que a autoridade tida como coatora se abstenha de cobrar da impetrante ou de seu fiador a garantia oferecida no M.S. 497/70 desta Vara, dado a interposição de recurso ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, estando pendente de solução em Segunda Instância». Requisitadas as informações, estas vieram no prazo, e, em resumo dizem: que a liminar cassada devolve a situação ao *statu quo ante*, citando Hely Lopes Meirelles; que a administração pública não pode aguardar *ad aeternitatem* a cobrança do que é devido à Fazenda Nacional, não podendo por conseguinte prosperar a segurança impetrada. A D. Procuradoria da República (folhas 27) subscreve as informações e conclui pela denegação da medida requerida».

Foi o *writ* concedido, declarando a decisão (fls. 29):

«Entendo que a execução da garantia prestada pelos impetrantes em outro mandado de segurança não pode prosperar pelo menos enquanto não haja transitado em julgado aquela decisão, pendente de recurso (agravo de petição) junto ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Em tese, estaria a impetrada com a boa causa. «Uma vez cassada a liminar ou cessada a sua eficácia, voltam as coisas ao *statu quo ante*, sem que a parte que se beneficiou provisoriamente da suspensão do ato possa pretender qualquer vantagem decorrente da medida cautelar. Assim sendo, o direito do Poder Público fica restabelecido *in totum*,

para a execução do ato e de seus consecutórios, retroativamente, desde a data da liminar» (*Mandado de Segurança e Ação Popular — Hely Lopes Meirelles*). Assim, dentro desse raciocínio, poderia a impetrada executar a garantia prestada. Contudo, se em situação inversa, ou seja, se mantida a liminar deveria ou poderia ser liberada a garantia? Entendo que nenhuma das hipóteses, tanto a execução como a liberação da garantia, não poderia ser atendida, isto porque dentro dos exatos termos jurídicos daquela tese muito bem situada por Hely Lopes Meirelles, a liminar daquela hipótese é completamente diversa da liminar que se concede nos casos aduaneiros».

E, a seguir, acrescentou (fls. 29/30):

«A garantia deve persistir até decisão final. Ora, decisão final, como tem entendido o Colendo Supremo Tribunal Federal, na jurisprudência, é a decisão que faz coisa julgada. Nessa linha de raciocínio, tendo em consideração a letra do Decreto-lei nº 517, de 1969, no que este diploma legal dispõe taxativamente no art. 1º, concluo que é da impetrante a boa tese. Essa conclusão é consequência da extensão da aplicabilidade do Dec.-lei nº 517, aos pleitos judiciais, especialmente os mandados de segurança. Entendi, como a autoridade impetrada deixou entrever, que a posição assumida pelo legislador do Decreto-lei nº 517 não tivesse ido além dos litígios administrativos. Acontece, entretanto, que a Egrégia Presidência do Tribunal Federal de Recursos, ao baixar o Provimento nº 31, de 14-10-69, que exige garantia (fiança ban-

cária, caução de títulos da dívida pública federal ou depósito), para casos que tenham por objeto mercadorias importadas, fundamentou tal Provimento precisamente no Decreto-lei nº 517, ficando assim demonstrada a aplicação de suas normas nos procedimentos judiciais».

Invocou, outrossim, a sentença acórdão deste Tribunal (Agravado em Mandado de Segurança nº 67.319, Relator Min. Godoy Ilha, D.J. de 3-5-71), onde se proclama que condicionada a liminar à prestação de fiança, não pode o tributo ser exigido antes da decisão final do litígio, por força do Decreto-lei, nº 517, de 1969.

Recorreu de ofício o Dr. Juiz e agravou a União Federal (fls. 35/36), sustentando que o agravo da decisão denegatória da segurança não tem força para impedir a execução da fiança prestada para cumprimento da liminar, conforme acórdão que relacionou, arguindo ainda, como preliminar, falta de interesse da impetrante, por se referir o ato executório ao banco-fiador.

Com a contraminuta de fls. 41/44, onde se acentua que a notificação de fls. 18 foi feita à impetrante, e se desenvolvem os fundamentos da petição inicial, sendo alegado que «decisão final» significa encerramento das vias ordinárias recursais, subiram os autos.

Neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 48/49, invocando doutrina e jurisprudência, quanto à ausência de efeito suspensivo no agravo da decisão denegatória da segurança, pediu o provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Relator): A preliminar suscitada na contraminuta do agravo, de

falta de interesse da impetrante, não procede, e para rejeitá-la basta a leitura da notificação que lhe foi feita fls. 18 — para recolhimento, em 48 horas, sob pena de cobrança executiva, dos tributos devidos.

Inequívoco o seu interesse, sem embargo de haver sido o débito afiançado por um Banco.

Diante, todavia, de um ato que envolveria, de acordo com o alegado pela impetrante, um desrespeito por parte da autoridade coatora a liminar antes concedida, o remédio cabível, segundo entendo e já sustentei, não é a impetração de nova segurança, com fundamento naquela medida, e para assegurar o seu cumprimento e observância, mas uma reclamação ao respectivo Juiz, ao qual cabe, não obstante a subida do processo ao Tribunal, em grau de recurso, decidir se em face da sentença proferida, denegatória do *writ*, subsiste dita liminar, ou pelo contrário ficou esta sem eficácia, e verificar, na primeira hipótese, a efetiva ocorrência do invocado desrespeito.

Assim não procedeu a ora agravante.

Usando, porém, de remédio que não é o idôneo e adequado, foi endereçado o pedido de nova segurança, fundado na subsistência da medida liminar, ao próprio Juiz que a concedeu, pelo que, não havendo invasão de competência, não resultará prejuízo, de sua utilização, em substituição à simples reclamação, providência que seria a realmente cabível.

Nessas condições, ressaltando dito entendimento, sou levado, no caso dos autos, a admitir o mandado de segurança, excepcionalmente, pelas circunstâncias expostas.

Em despacho proferido quando Titular da 2ª Vara Federal da Guanabara, no Processo nº 3.523 (D.J. 31-3-71, pág. 4.750), depois de mani-

festar meu entendimento no sentido de que a concessão de fiança, com fundamento no Decreto-lei nº 517, de 1969, em liminar de mandado de segurança impetrado contra a exigibilidade de imposto, não é admissível, devendo ser requerida a liberação da mercadoria, na forma do citado Decreto-lei, à repartição aduaneira, somente cabendo ao Judiciário decidir a respeito se indeferido o pedido na via administrativa, e mediante mandado de segurança cujo mérito seja constituído pela ilegalidade deste indeferimento, em face de liminar concedida pelo Juiz Federal de plantão, durante o recesso, conclui pela subsistência da garantia não obstante a denegação do *writ*, e na pendência do agravo interposto da sentença.

Reexaminando a matéria, sou agora levado a, inclusive diante de fiança prestada em decorrência de liminar, e sob invocação do Decreto-lei nº 517, de 1969, adotar conclusão oposta.

Realmente, é princípio assente o de que não tem o agravo da decisão denegatória de mandado de segurança efeito suspensivo, e assim o proclama abundante jurisprudência, pelo que, com a denegação do *writ*, fica cassada a liminar; é o que resulta da Súmula nº 405, do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

«Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.»

Invoca-se, no caso, a circunstância especial da prestação de fiança, que se sustenta deve subsistir, em seus efeitos, até decisão final da lide.

Não podem, todavia, os efeitos da fiança, prestada por força de liminar, ter maior duração do que esta, e cas-

sada a medida, pela denegação da segurança, também a fiança, apesar da referência ao Decreto-lei 517, de 1969, não pode subsistir.

Por outro lado, da leitura do artigo 1º, do Decreto-lei nº 517, de 1969, verifica-se que, na verdade, o seu artigo 1º, disciplina a garantia na esfera administrativa.

A tanto conduz não só a alusão a «litígio entre o interessado e a autoridade fiscal», como ainda o Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, em parecer no Processo nº 62.297/71, a propósito do referido Decreto-lei, com poderosos argumentos assim o demonstra ao declarar:

«Por outro lado, é ele restrito à esfera administrativa. Não rege, em qualquer de seus dispositivos, as garantias prestadas em Juízo ou por ordem judicial. Daí se infere, sem maior esforço de raciocínio: a) que o Decreto-lei invocado permite apenas a concessão de fiança — como garantia da instância administrativa — pela autoridade administrativa para o desembaraço alfandegário; b) conseqüentemente, findo o processo administrativo, a regra a seguir é a do Decreto-lei nº 42, de 1937, e do Decreto-lei nº 147, de 1967 (depósito em dinheiro ou inscrição e cobrança do crédito fiscal); c) que sendo matéria tranqüila que a opção da parte pela via judicial tranca o acesso às instâncias superiores administrativas, a única e absoluta garantia da impetrante era a medida liminar, concedida pelo Juízo e pelo mesmo cassada; d) que é irrelevante haver ou não a condição imposta pelo Juízo (a fiança) de vez que a mesma liminar poderia ser concedida, com ou sem garantia, e esta, condicio-

nal e acessória, seguiu a sorte do principal; e) que cassada como foi a liminar, retornou a impetrante à posição anterior ao ajuizamento do pedido.»

Quanto ao provimento nº 31, de 14 de outubro de 1969, do Conselho da Justiça Federal, que se refere ao citado Decreto-lei, entre outras normas legais, além de não obrigar ao Tribunal, mas apenas aos Juizes de primeira instância, sujeitos à autoridade do aludido Conselho, aos quais foi pelo mesmo recomendado que não concedessem liminares para liberação de mercadorias estrangeiras nas repartições aduaneiras sem caução, depósito ou fiança, de modo algum declara sobreviver a garantia à cassação da liminar, não tendo essa significação o seu item III, onde se dispõe tão-somente que, concedida a segurança — hipótese, pois, diversa da denegação — o levantamento do depósito, da caução ou da fiança não será autorizado antes de confirmada pelo segunda instância a decisão; por conseguinte, neste item III, o Provimento nº 31, de 1969, apenas esclareceu quanto ao reflexo da imediata exequibilidade da sentença concessiva do *writ*, sobre a garantia prestada para cumprimento da liminar, subordinando a concessão da garantia à confirmação do *writ*, pela segunda instância.

Por tais fundamentos, o meu voto é dando provimento aos recursos, para o fim de cassar a segurança.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 70.751 — SP — Rel.: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Recte.: Juiz Federal da 6ª Vara. Agte.: União Federal. Agdo.: ESC - Empresa para Sistemas de Computadores Ltda.

Decisão: Deu-se provimento para cassar a segurança, unanimemente (em 21-9-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Min. Moacir Catunda.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.143 — CE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henocho Reis
Recorrente de Ofício — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Agravado — João Valente de Miranda Leão

EMENTA

O funcionário afastado do exercício do cargo, por força de implemento de idade, não pode ficar esperando o ato declaratório de sua aposentadoria sem perceber qualquer remuneração. Direito que se assegura ao impetrante à percepção de vencimentos integrais, como se estivesse em exercício, até a expedição do competente ato, que retroagirá à data do afastamento, devendo-se fazer a compensação entre os proventos fixados e os vencimentos recebidos. Recurso de ofício provido, em parte.

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

Brasília, 25 de junho de 1973. —
Esdras Gueiros, Presidente; *Henocho Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henocho Reis* (Relator): O Professor Dr. João Valente de Miranda Leão, catedrático da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Ceará, impetrou a presente segurança contra ato do Magnífico Reitor daquela entidade de ensino superior, defendendo a seguinte tese: tendo completado a idade limite para continuar no exercício da cátedra, afastou-se automaticamente e ficou esperando o ato de sua aposentadoria. Nesse intervalo, entende que tem o direito de continuar a perceber vencimentos integrais,

enquanto não publicado o ato declaratório da aposentação.

A sentença foi favorável ao impetrante.

Por força do recurso de ofício, os autos subiram a este Tribunal, onde oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, cujo parecer é no sentido de se cassar a segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. *Henocho Reis* (Relator): A controvérsia posta nos autos assim se pode resumir: o impetrante completou a idade-limite para aposentadoria compulsória e se afastou do exercício, segundo o disposto no parágrafo único do art. 187 do Estatuto dos Funcionários. Entende que tem o direito líquido e certo de continuar a perceber vencimentos integrais, até à expedição do ato declaratório de sua aposentação.

Trata-se, na espécie em julgamento, de ato declaratório, que, por sua índole, tem efeito *ex tunc*, não interferindo, portanto, na constituição do seu conteúdo.

Atos dessa natureza, segundo o magistrado de Bandeira de Mello, em seus «*Princípios Gerais de Direito Administrativo*», Vol. 1º, pág. 377:

«têm o valor formal de lhes dar efeito jurídico, do qual dependem para a sua eficácia. Por conseguinte, embora direitos preexistentes aos seus efeitos, só se efetivam ante a manifestação da vontade declaratória que lhes dá eficácia. Assim, pode-se dizer que são constitutivos, sob o aspecto formal».

Daí a conveniência da distinção, hoje geralmente aceita, entre validade e eficácia do ato administrativo, no que tange a seus efeitos.

A aposentadoria compulsória, cujo ato ainda não foi expedido e publicado, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia. Mas, desde que publicado, seus efeitos retroagem à data em que se completou a idade-limite do funcionário atingido pela compulsória. O ato, como se disse, é declaratório, e não constitutivo, a não ser do ponto de vista formal, na lição do festejado jurista patricio.

Exato o entendimento da douta sentença, segundo o qual o ato declaratório da aposentadoria compulsória tem que ser expedido, porque os proventos não de ser fixados (fls. 28). Isto, porém, não significa que o funcionário que atingiu a idade-limite tem o direito de continuar percebendo vencimentos, como se estivesse em exercício. Não existe um período autônomo entre o afastamento e o ato declaratório da aposentação, para efeitos de percepção de vantagens.

Exato o entendimento do Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, assim cristalizado na ementa:

«Ao completar a idade-limite para permanência na ativa, o

funcionário é automaticamente aposentado, passando a perceber, daí em diante, proventos e não mais vencimentos. O decreto de aposentadoria tem efeito meramente declaratório» (fls. 40).

Em resumo: não há direito líquido e certo que assegure ao funcionário aposentado compulsoriamente a percepção de vencimentos integrais, como se estivesse em exercício, durante o período de seu afastamento automático e a publicação do ato declaratório de sua aposentadoria.

No entanto, não pode o funcionário, afastado do exercício do cargo, por força de implemento de idade, ficar esperando o ato declaratório de sua aposentadoria sem perceber qualquer remuneração. Assim, meu voto é para assegurar ao impetrante o direito à percepção de vencimentos integrais, como se estivesse em exercício, até à expedição do competente ato, que retroagirá à data do afastamento, devendo-se fazer a compensação entre os proventos fixados e os vencimentos recebidos.

Dou, assim, provimento, em parte, ao recurso de ofício, o único interposto, nos termos acima expostos.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Em conformidade com os termos do voto do ilustre Relator, entendo, também, pois isto é tranqüilo na doutrina, que, em se tratando de aposentadoria compulsória, o ato da administração é meramente declaratório.

Cumpré, entretanto, distinguir, nessa matéria, duas situações.

O ato é declaratório no que atine ao *status* funcional do servidor. A aposentadoria, que desloca o funcionário

da atividade para a inatividade, modificando-lhe, assim, o *status*, quando compulsória, dá-se *ope legis*, quer se trate de idade-limite estabelecida na Constituição, quer na legislação editada com base em autorização constitucional. Ocorrendo o pressuposto objetivo da idade, aposenta-se o servidor.

Outra, entretanto, é a situação que, ao lado da mudança do *status* funcional, impondo considerar: a da fixação das vantagens da aposentadoria. O regime da aposentadoria, com a exata fixação dos proventos, há de ser estabelecido por ato do Poder Executivo, à vista da legislação. Esse ato tem, entretanto, natureza constitutiva. A Administração define o *quantum* de proventos que há de perceber, o inativo, levando em conta a vida funcional do servidor.

No caso concreto, em face da revogação de ato editado pela Universidade a esse propósito, não se constituiu, por via da vontade da administração, com base nas disposições de lei regentes da matéria, o *quantum* a ser percebido pelo servidor.

Ora, a passagem para a aposentadoria, por força de lei, segundo o nosso sistema, não importa em privar automaticamente o funcionário de uma contraprestação, ainda que considerada como benefício a ser auferido na aposentadoria. Enquanto não houver, por parte da administração, um ato definindo o quantitativo dos proventos, o servidor deverá continuar percebendo o que auferiu na atividade. É certo que o ato que assim definir essas vantagens terá eficácia *ex tunc*, isto é, desde a data da inatividade compulsória, pois, desde aí, começa a ter vigor o regime da aposentadoria, como for de direito.

Assim sendo, porque ainda não estabelecido o *quantum* dos proventos da aposentadoria do impetrante, força é entender que deverá ele prosseguir recebendo os vencimentos da atividade,

sujeito, entretanto, como bem destacou o ilustrado Dr. 4º Subprocurador-Geral da República, e foi acolhido no voto do eminente Relator, a restituir o que houver percebido a mais, desde o momento em que se tornou aposentado, até o da expedição do ato administrativo em referência.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros: de minha parte, acolho a sugestão do Doutor 4º Subprocurador-Geral da República, já aceita por V. Exª, porque doutra sorte ficaria o impetrante privado de qualquer percepção, a título de vencimentos, ou de antecipação de proventos. Pelo que consta dos autos, não temos idéias do *quantum* que esteja ele percebendo.

De qualquer maneira, é justo que deva perceber os mesmos vencimentos que percebia na atividade a título de proventos adiantados, até a declaração administrativa do *quantum* dos proventos legítimos a que ele faça jus. Assim, também acolho a sugestão no sentido de que seja feito o encontro de contas por ocasião da declaração do *quantum* exato de sua aposentadoria: se tiver percebido a mais, terá de devolver; se a menos, haverá a compensação.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 71.143. CE. Rel.: Senhor Min. Henoch Reis. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Agdo.: João Valente de Miranda Leão.

Decisão: À unanimidade, deram provimento, em parte, ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25-6-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.382 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Agravante — União Federal
Agravados — Alberto Lundgren Tec dos S.A. e outros

EMENTA

Transporte e distribuição de correspondência postal por empresas privadas.

Multas aplicadas pela EBCT sob o fundamento de que as impetrantes operavam clandestinamente na expedição de malotes, através de pessoa física não autorizada (art. 1º, do Decreto nº 57.274/65).

Decidiu a Turma que esse decreto, ao conceituar ilícitos administrativos e defini-los, ultrapassou os limites próprios de regulamento de execução, pelo que as multas aplicadas não podem produzir efeitos.

Sentença mantida.

Recursos improvidos.

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 setembro de 1973. — *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator):
As impetrantes foram autuadas pela «Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos» sob a acusação de fazerem clandestinamente o serviço de expedição de correspondência agrupada (malotes), por intermédio de pessoa física não autorizada.

Sofreram imposição de multas na forma do disposto nos arts. 4º, letra o, e 11, letras f e i, do Decreto núme-

ro 57.274/65, e da Portaria nº 2.424, de 16-12-65, do Diretor-Geral do Departamento dos Correios e Telégrafos.

Impetraram segurança em que arguem nulidade dos autos de infração porque lavrados com precipitação, isto é, sem antes ter feito expedir notificação para que, em 24 horas, fosse sanada a irregularidade (art. 23, da Portaria nº 2.424/65).

No referente às multas que lhes foram aplicadas, querem que as mesmas sejam ilegítimas porque não estão previstas em lei, mas apenas em regulamento ou portaria.

A ordem foi concedida pelo segundo fundamento:

«Na realidade, os autos de flagrados contra as impetrantes se limitaram a exhibir um decreto e uma portaria. Em consequência, não decorrente de uma lei, o fato típico que tentaram, tais autos, alcançar — inarredavelmente não existem. E, por isso, no dizer de Pontes de Miranda, cit., «sem lei,

que ordene fazer, ou que lhe ordene omitir, o homem é livre...».

Há recursos *ex officio* e voluntário do impetrado.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma do decisório. É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): O Decreto nº 57.274, de 16-11-65, aprovou o «regulamento para o transporte e distribuição de correspondência postal por empresas privadas».

Seu art. 1º deu competência ao Diretor-Geral do Departamento dos Correios e Telégrafos para «autorizar que a coleta, o transporte e a distribuição da correspondência ... seja realizada por pessoa jurídica, nas condições estabelecidas por este Decreto e nas Instruções que forem baixadas para a sua execução».

Pelo art. 11, fica sujeito à multa de um décimo até 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no país, aquele que

«f) não recolher as importâncias que são devidas pela execução do serviço de que trata este decreto;

i) desrespeitar, reiteradamente, de modo a ocasionar prejuízo à União, qualquer das normas estabelecidas por este Decreto ou pelas Instruções baixadas para a sua execução».

Discute-se nos autos, porque prevista em decreto e não em lei, se é legítima e, assim, exigível, a multa em questão.

A sentença foi pela negativa, como vimos.

O caráter essencial do regulamento, que é ato administrativo, é no sentido de que não tem força modificativa ou abrogatória de ato legislativo (lei).

Por isto mesmo, o decreto terá que fazer parte integrante da lei.

Esta, como adverte Portalis, estabelece os princípios essenciais, enquanto que o regulamento trata de normas de execução, de adaptação e de detalhes.

A lei estabelece as regras gerais.

Os preceitos de sua aplicação, a execução da lei, isto incumbe ao Poder Executivo.

No fazer executar a lei, as normas regulamentares devem ser jurídicas, isto é, terão que adaptar-se aos seus princípios gerais.

A faculdade de editar regulamentos, força é reconhecer, pressupõe necessariamente o exercício de um poder discricionário, o que não afasta, porém, o dever da norma ser fiel às generalidades estabelecidas pela lei.

Dentro dessa ordem de idéias, para aproveitar o ensinamento de Bielsa («*Derecho Administrativo*» — 6ª edição, Vol. II, págs. 219/221), o regulamento não pode estabelecer normas ou prescrições que só devem ser regidas pela Constituição ou que importem no exercício de faculdades privativas do legislador, por exemplo o estabelecimento de um imposto, o qualificar de delito um fato qualquer, a descentralização administrativa de serviços públicos.

À pág. 220, nota 76, esclarece, louvado em Ferraris, que a administração pode sancionar penas pecuniárias por infrações às disposições da mesma administração, isto, entretanto, em virtude de delegação legislativa ou autorização contida na lei.

Ao Poder Executivo face ao princípio segundo o qual a autoridade deve agir dentro dos limites de sua competência, é vedado editar regulamentos que importem em invasão à área de competência de outra autoridade (página 221).

O Decreto nº 57.274 deve ser considerado como regulamento meramente de execução, vale dizer, teria que somente ditar normas especiais de lei ou leis que se ocupassem do transporte e distribuição de correspondência postal por empresas privadas, na forma prevista pelo art. 81, III, da Constituição:

«Compete privativamente ao Presidente da República:

III — ... expedir decretos e regulamentos para a ... fiel execução» (das leis).

A competência outorgada à União para «manter o serviço postal» (art. 8º, XII) não pode ser exercida por regulamento no que se refere à criação de penalidade.

Admite-se o regulamento autônomo ou independente, isto é, aquele que não se refere a uma lei determinada, mas que é baixado no exercício de atribuições próprias.

É como escreve o autor citado à página 824 de sua obra.

Os regulamentos deste tipo, lê-se:

«no se refieren directamente a la ley, pero se subordinan a los principios y limitaciones que implicitamente las leyes (por ejemplo, ley del presupuesto) y principalmente la Constitución les imponen; el concepto de «autonomo» significa, pues, independencia de ley determinada. En esta categoria de reglamentos se comprenden especialmente los dictados para organizar las oficinas administrativas, v.gr., reglamentos de empleados (ingresos, ascensos, disciplinas, etc.), los que se dictam para reglar las formas de actividad especialmente técnica de los órganos administrativos, v.gr., en materia de administración edilicia y de higiene».

Entre nós, José Cretella Júnior (*Direito Administrativo do Brasil* — Vol. III, pág. 123), após conceituar à página 122 os decretos executivos («são as fórmulas gerais dos atos governamentais e administrativos do Presidente da República...»), acrescenta à página seguinte que eles têm por objeto:

a) pôr em execução uma disposição legal;

b) estabelecer medidas gerais para cumprimento da lei;

c) providenciar sobre matéria de ordem funcional;

d) resolver sobre interesses da Administração;

e) decidir sobre algum interesse de ordem privada que se prenda ao da Administração;

f) criar, modificar, limitar ou ampliar uma situação jurídica;

g) organizar, reformar ou extinguir serviços públicos dentro da competência do Poder Executivo».

Como regulamentos, citando Tito Prates da Silveira, entende-se o

«conjunto de regras de caráter geral que não têm força de lei, e cuja finalidade está em cumprir a lei» (pág. 109).

Mais adiante, o eminente administrativo adverte que,

«quando o Poder Executivo, para tornar mais inteligível a regra legal, enumera casos, exemplificadamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana — cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto. Tanto assim que, se os casos apontados não esgotam o conteúdo do preceito legal, os intérpretes, judiciários e administrativos, não ficam adstritos à taxatividade intrusa».

E enfatiza:

«Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos, — há abuso».

À página 111, com apoio em Mário Mazagão, frisa:

«não podem os regulamentos criar nem extinguir direitos ou obrigações que não tenham sido, antes, criados ou extintos por lei».

O Decreto sob comentário ao conceituar ilícitos administrativos e puníveis, ultrapassou os limites próprios de regulamento de execução, pelo que o ato do impetrado ora agravante não pode produzir efeitos.

Mantenho a sentença.

Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 71.382. PE. Rel.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Agte.: União Federal. Agdos.: Alberto Lundgren Tecidos S.A. e outros.

Decisão: Por decisão unânime, negou-se provimento aos recursos (em 28-9-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Décio Miranda votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.798 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila.

Recorrente — Juiz Federal da 2ª Vara, *ex officio*.

Agravante — INPS.

Agravada — André & Ferreira Ltda.

EMENTA

INPS. Matrícula. Havendo sindicato específico da categoria, não podem os serviços pertinentes ser contratados com sindicato que não a representa, nem executados por outros trabalhadores que não os da categoria diferenciada. Inexistência de direito líquido e certo. Provimento de ambos os recursos.

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

Brasília, 17 de agosto de 1973. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): À controvérsia entretida nestes autos foi assim exposta e dirimida pelo Julgador *a quo*:

«*André & Ferreira Ltda.*, empresa mercantil sediada em Cambé, neste Estado, por intermédio do seu advogado constituído nos autos, impetra Mandado de Segurança contra ato do Chefe do Serviço de Arrecadação e Fisca-

lização do Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, em Londrina, também neste Estado, que se recusa a admitir a matrícula da empresa impetrante naquela autarquia previdenciária.

Alega a impetrante que, achando-se devidamente constituída por contrato social registrado na Junta Comercial do Estado; inscrita no Cadastro-Geral de Contribuintes no Ministério da Fazenda; tendo obtido Alvará da Prefeitura daquela localidade e pretendendo exercer atividade lícita, nenhuma razão existe para que a mencionada autoridade administrativa se recuse a admitir a sua matrícula, para os efeitos que a legislação em vigor atribui às empresas vinculadas ao Instituto Nacional da Previdência Social — INPS.

O pedido veio devidamente instruído com os documentos comprobatórios das alegações da impetrante, inclusive com cópias de decisões judiciais em abono das teses que sustenta.

Despachando a inicial, este Juízo houve por bem em conceder a medida, em caráter liminar, solicitando informações sobre a matéria de fato, à autoridade apontada como coatora.

Tempestivamente, o Sr. Superintendente do INPS nesta capital prestou as informações que se lêem às fls. 21-28, reportando-se ao ofício deste Juízo dirigido à autoridade imediatamente coatora, que, todavia, se absteve de prestá-las, aludindo, em preliminar, que o pedido fora articulado contra a Superintendência e contra a Procuradoria Regional do INPS, o que não corresponde rigorosamente à verdade, uma vez que a petição inicial alude tão-somente ao

ato praticado pelo Chefe do Serviço de Arrecadação e Fiscalização da Agência do INPS em Londrina, que, aliás, foi citado nominalmente, na inicial.

Procura a digna autoridade subscritora de ofício de fls. 21-28 justificar, à luz de citações legais e jurisprudenciais, a recusa do órgão administrativo em admitir a matrícula da empresa impetrante, cujo objeto, prestação de serviços de carga e descarga, constitui privilégio de Sindicato, de acordo com os dispositivos legais que menciona. Conclui por negar a existência de qualquer direito líquido e certo, amparável por via de Mandado de Segurança.

A douta Procuradoria da República, reportando-se às informações do Sr. Superintendente Regional do INPS, opina pela denegação da segurança.

É o relatório. Tudo bem visto e examinado, decido.

Data venia das alegações constantes do ofício de fls. 21, mediante as quais o Sr. Superintendente do INPS neste Estado procura justificar a recusa do Agente daquela autarquia previdenciária, em Londrina, em admitir a matrícula da empresa impetrante, para os fins que lhe atribui a legislação em vigor, estou em que tal recusa não encontra apoio em nenhum dispositivo de lei, violando, por isso, direito líquido e certo da impetrante, cujo objeto fiscal é definido na Cláusula Segunda do Contrato Social de fls. 7, como sendo o de:

«Compra e venda e recuperação de sacarias vazias, serviços de carga e descarga, movimentação de sacarias, caixarias, em armazéns ou veículos de carga».

A restrição, a que se refere a douta autoridade informante, tem aplicação somente nas chamadas zonas portuárias, isto é, nos portos organizados do país, mas nunca em cidades do interior, como é o caso da cidade de Cambé.

Além disso, a firma impetrante logrou obter o registro no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda, circunstância que atesta a licitude das suas atividades, de molde a ser reconhecida pelo INPS. Por derradeiro, vale acentuar que a recusa da matrícula, ora denunciada, viria frustrar os efeitos previdenciários que a lei assegura aos dirigentes e empregados da empresa impetrante, nos termos da Constituição e das leis de previdência social.

O problema de privilégio de atividade é matéria que diz respeito aos Sindicatos representativos da categoria profissional, não se incluindo no âmbito da Previdência Social, que é objeto de leis especiais, que não contem nenhum dispositivo impeditivo da matrícula pretendida, antes o determina, expressamente (art. 21, da Lei nº 3.807-60).

Por tais fundamentos e mais o que dos autos consta, concedo definitivamente a segurança impetrada.»

Desta decisão recorreu de ofício seu ilustrado prolator e, por seu turno, agravou o impetrado.

O recurso foi minutado, contraminutado. E, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando de fls. 43-44, assim se pronuncia:

«Não há direito líquido e certo. Se a questão é de saber se a agravada pode ou não matricular-se no INPS, face a sua

atividade, não há como discuti-la em sede de mandado de segurança.

Quando a autarquia assistida afirma que a atividade exercida pela recorrente é ilegítima, em relação a ela, estriba-se inclusive em jurisprudência dessa Egrégia Corte, citada nas informações, segundo a qual «havendo sindicato específico da categoria, não podem os serviços pertinentes ser contratados com sindicato que não a representa, nem executados por outros trabalhadores que não os da categoria diferenciada» (folhas 26).

Ora, na espécie, há sindicato específico para o serviço de carga e descarga, ao qual se deve dar preferência, e seus sindicalizados se chamam «arrumadores».

Esse privilégio é assegurado por lei (art. 285, inciso III, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe deu a Lei nº 2.196-54; Dec. nº 36.025, de 1954). Confirma-o a Circular nº 2, de 11-2-69, do Ministro Extraordinário da Casa Civil da Presidência da República, que manda dar preferência, nos termos do art. 544, da CLT, a entidades sindicais para a contratação de serviços que devam ser realizados por pessoas estranhas ao quadro próprio de empregado» (fls. 36).

Ante o exposto, espera-se a reforma da douta sentença concessiva da segurança».

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Henrique d'Ávila* (Relator): Não há dúvidas de que ocorreu manifesto desvio da lei e do entendimento reiterado deste Tribunal.

Em verdade, assiste razão à douta Subprocuradoria-Geral da República,

quando se manifesta no sentido da cassação do *writ*.

Assim sendo, inexistindo direito líquido e certo a tutelar na espécie, meu voto é no sentido de dar provimento a ambos os recursos para cassar a segurança, reportando-me às judiciosas considerações constantes do parecer mencionado no relatório.

EXTRATO DA ATA

AMS. n.º 71.798 — PR. — Rel.:
Sr. Min. Henrique d'Ávila — Recte.:

Juiz Federal da 2ª Vara — Agte.:
INPS — Agda.: André & Ferreira
Limitada.

Decisão: Deu-se provimento para cassar a segurança, unanimemente (em 17-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 72.108 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Décio Miranda.
Agravantes — Tupi — Transportes Urbanos Piratininga S.A. e outros.
Agravados — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e Governo do Estado de São Paulo.

EMENTA

Taxa Rodoviária Única. Instituída pelo Decreto-lei n.º 999, de 21-10-69, corresponde a uma taxa triplice, da União, do Estado-membro e do Município, pelo uso do poder de polícia e utilização ou disponibilidade de serviços públicos de cada um deles. A imposição feita por lei exclusiva da União não indica invasão indevida das áreas de competência estadual e municipal, mas utilização benéfica, se bem que ousada e implícita, da cláusula constitucional que dá à União o poder de legislar sobre «normas gerais de direito financeiro». Podendo e devendo impor diretamente tais normas gerais aos Estados e Municípios, imprescindíveis, na espécie, pela intrínseca mobilidade do objeto que produz o fato gerador, e para evitar a guerra de imposições entre os Municípios, a União o fez implicitamente no Decreto-lei em causa, acrescentando, às normas uniformes de incidência, a regra operacional da arrecadação conjunta, a cargo dos Estados, Territórios e Distrito Federal, extremamente benéfica à comodidade do contribuinte. Não há, pois, como sustentar que a taxa é exclusivamente federal e, assim, insusceptível de incidência sobre os ônibus de empresas permissionárias de viação urbana que circulam exclusivamente no território de um Município.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, negar

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

Brasília, 24 de outubro de 1973.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Décio Miranda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Décio Miranda (Relator): Tupi — Transportes Urbanos Piratininga S.A. e seis outras empresas permissionárias de transporte urbano por ônibus na Capital do Estado de São Paulo, impetram mandado de segurança contra as autoridades que enumeram e que o Juiz limitou ao Engenheiro-Chefe do 8º Distrito Rodoviário Federal, para o efeito de livrar-se do pagamento da Taxa Rodoviária Única, instituída no Decreto-lei nº 999, de 21-10-69, sob o fundamento de não circularem seus ônibus senão dentro do território do Município concedente, proibida mesmo sua saída eventual, em viagens especiais ou de turismo, para as estradas federais ou intermunicipais.

A sentença, do Juiz Federal Dr. Miguel Jeronymo Ferrante, denegou a segurança: a) não pode ser argüida inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 999, porque, expedido com base no Ato Institucional nº 16, de 14-10-69, foi aprovado e excluído de apreciação judicial pela Constituição vigente; b) a taxa em questão é federal, mas também do Estado e do Município, e, visando a unificar os critérios da cobrança e da retribuição dos serviços de cada uma das áreas administrativas superpostas, é legítima na sua incidência sobre veículos que se utilizam de serviços numa das áreas, no caso a municipal.

Declara, a propósito dessa segunda afirmativa, a sentença:

«Feito esse reparo, que responde ao primeiro dos argumentos levantados pelas impetrantes, defronta-se a alegação de que a Taxa Rodoviária Única é taxa da União e, como tal, não poderá incidir sobre veículos que operam exclusivamente no transporte coletivo urbano.

«Há equívoco nessa afirmativa.

«A taxa em tela é também taxa da União, como é taxa dos Estados e dos Municípios.

«Anteriormente, no âmbito da União, o Decreto-lei nº 397, de 30 de dezembro de 1968, criou a Taxa Rodoviária Federal. Na disciplina desse diploma legal, era, aí sim, taxa exclusivamente da União. Mas então não apenas a União, como os Estados e os Municípios, taxavam o registro anual e licenciamento dos veículos, com desigualdade de valores e critérios de cobrança, ensejando tratamento discriminatório e o desvirtuamento da justa retribuição da utilização, efetiva ou potencial, dos serviços.

«Para afastar esses inconvenientes, no interesse maior das entidades interessadas, é que sobreveio o Decreto-lei nº 999, criando a malsinada Taxa Rodoviária Única, cobrada previamente ao registro do veículo ou à renovação anual da licença para circular, e como único tributo incidente sobre tal fato gerador. Com a edição desse Decreto-lei, ficou revogado o Decreto-lei nº 397, bem como toda a legislação pertinente, considerando que cabe à União legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres (art. 8º, XVII, letra n, da Constituição).

«Daí, tornou-se defeso aos Estados e Municípios a exigência de taxas com base no fato gerador em tela. E aqui cabe um parêntese: a admitir-se a procedência das alegações das impetrantes, teríamos, *in casu*, que o legislador federal obstaculizou a remuneração dos serviços municipais postos à disposição das impetrantes.

«Todavia, como acentuado, isso não ocorre, porque a taxa de que trata o Decreto-lei nº 999 é também taxa municipal. O que acontece é que a União, em ato aprovado pela Constituição, no propósito de unificar os critérios da taxaço e afastar os percalços da retribuição dos serviços, assumiu a atribuição de tributar, resumindo na sua competência, a competência dos Estados e dos Municípios. A União não recebe a remuneração pela utilização dos serviços municipais ou estaduais. Essa remuneração pertence às entidades interessadas, nas proporções e segundo os critérios estabelecidos pela lei. A arrecadação compete aos Estados, Territórios e Distrito Federal, que entregarão do montante arrecadado 40% ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Essa é a parte da União pela utilização dos usuários das vias federais. Os 60% restantes serão rateados entre o Estado e os Municípios, levando em conta o total arrecadado e o número de veículos licenciados. Os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios «disporão, nas suas leis orçamentárias, sobre a aplicação da parte que lhes couber, em gastos de conservação, melhoramentos e sinalização de vias públicas e despesas administrativas de custeio de serviços de arrecadação da taxa e do registro de veículos e respectiva fiscalização» (artigo 6º, *in fine*).

«Vê-se, assim, que é irrita a alegação de que os veículos das impetrantes não trafegam em vias federais, porque o pagamento da taxa resulta é do uso dos serviços na área do município. Mais uma vez se ressalta: a União, pelos

motivos enumerados nos considerando do Decreto-lei nº 999, assumiu a atribuição de estabelecer uma taxa única de interesse seu, dos Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, cujo produto é rateado entre todos os interessados. A circunstância de a União exercer atribuição que, na espécie, seria do Município, não desnatura a imposição fiscal, quer em virtude da aprovação constitucional, quer porque realmente representa ela uma contraprestação dos serviços municipais de que se utilizam as impetrantes. Esses serviços é que estão sendo retribuídos, pouco importando que os ônibus não trafeguem estradas federais. A retribuição não vai para os cofres da União, mas do Município, na proporção do total arrecadado e do número de veículos licenciados, para atender aos gastos de conservação, melhoramentos e sinalização das vias municipais, de que se utilizam as viaturas das impetrantes. Pela utilização, efetiva ou potencial, desses serviços, é que pagam a taxa, estabelecida em forma única, com exclusão de qualquer outro tributo incidente sobre o mesmo fato gerador. A União decretou o tributo, sobrepondo-se à competência municipal, com o beneplácito do legislador constitucional, mas o tributo não perdeu o caráter municipal, desde que dele participa o Município e corresponde aos serviços de sua área. O que não seria curial é que as impetrantes, usando tais serviços, por eles nada pagassem. Isso, sim, seria um privilégio, ao desamparo das normas constitucionais. E a tanto é que se seria levado, se acolhida a sua pretensão. Excluídas do pagamento da taxa, sob o pretexto

de que, operando em vias municipais, não alcança taxa federal, utilizariam, sem qualquer retribuição, os serviços municipais postos à sua disposição.

«Esse aspecto da questão, por si só, põe à evidência que a pleiteada exclusão viria ferir altos e relevantes interesses do Município, que todos, inclusive as impetrantes, cumprimos resguardar.

«A mim sempre me pareceu que a aplicação da lei deve conformar-se com a realidade das coisas. Melhor na expressão lapidar de Vidari: «É a lei que se ajusta à vida, e não a vida à lei». As falhas, as incongruências ou eventuais erros que apresente não podem obstar uma interpretação racional e condizente com seus reais objetivos. Na hipótese, seria, a meu ver, indefensável restringir a aplicação do Decreto-lei nº 999, em detrimento de interesses ponderáveis do Município e do Estado, sob fundamento de que o fato imponível é federal. A situação deve ser encarada com realismo. De fato, a taxa em momento foi criada por lei federal; de fato, a qualificação do tributo decorre da entidade que o institui; de fato, a lei preconiza que a competência tributária é indelegável (art. 7º, C.T.N.). Isso não se discute. Mas, por outro lado, é inegável que a exceção àquelas regras que o Decreto-lei nº 999 introduz é admitida pela Constituição; que, portanto, merecendo referendo constitucional, sobrepõe-se esse diploma legal àqueles princípios da normalidade tributária; que, com aprovação constitucional, criou-se um caso especial de delegação de

competência tributária, atribuindo-se à União o encargo de instituir uma taxa, em atenção a interesses comuns seus, dos Estados e dos Municípios; que essa taxa é remuneratória de serviços federais, estaduais e municipais; que, com sua instituição, ficou defeso aos Estados e aos Municípios a instituição de tributo incidente sobre o mesmo fato gerador; que, assim, ver-se-iam os Estados e Municípios privados da remuneração de serviços postos à disposição de usuários, caso se delimitasse à esfera federal a aplicação do Decreto-lei nº 999. Isso, também, é indiscutível.

«Registre-se que, após a Revolução de 1964, a União dilatou sensivelmente a sua atuação ao âmbito estadual e municipal, com o propósito salutar de sanar erros, abusos e irregularidades. Em circunstâncias diversas, operou-se a reformulação do princípio federativo, emergindo um modelo novo que, embora colidente com as idéias assentes, sob certos aspectos reflete melhor a realidade nacional.

«Em matéria tributária, a interferência do Poder Central se fez atuante, corrigindo distorções gritantes que abriam vasa ao caos do sistema impositivo e a clamorosas injustiças a que estavam submetidos os contribuintes.

«No caso particular, nada mais houve do que a correção de uma anomalia que o balizamento da competência tributária ensejava com a triplicidade da incidência sobre o mesmo fato gerador.

«Diante dessa realidade que não me é lícito desconhecer, é que, *data venia* das respeitáveis opi-

niões em contrário, entendo legítima a cobrança impugnada».

Recorrem as impetrantes, alegando: a) o Tribunal Federal de Recursos (diga-se, esta Colenda Segunda Turma), em dois acórdãos, relatados pelo Sr. Min. Jarbas Nobre, concedeu a segurança impetrada, nas mesmas condições, contra a cobrança da Taxa Rodoviária Única em relação a veículos que obrigatoriamente não circulam senão dentro das lindes do Município (AMS 67.377, julgado na sessão de 5-5-72; AMS 68.097, acórdão publicado no *DJ* de 4-9-72, p. 5.761); b) não cogitaram as impetrantes de arguir a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 999, citado, conquanto evidente ela se mostre, sem, todavia, interessar este aspecto à solução do seu caso em particular; c) a competência tributária, inclusive quanto às taxas, está discriminada na Constituição; d) não há, no caso, três taxas, federal, estadual e municipal, como sustenta a sentença, mas apenas uma taxa federal, que não pode incidir sobre o mesmo fato gerador que interessa ao Município; e) a distribuição do produto arrecadado entre as três esferas de poder não altera a natureza exclusivamente federal do tributo; f) quer se encare a Taxa Rodoviária Única como taxa de serviços, quer como taxa devida pelo uso do poder de polícia, não alcança os veículos das agravantes, adstritos exclusivamente ao tráfego municipal; g) a competência tributária, indelegável, é rigorosamente repartida pela Constituição; h) o poder tributante é que deve prestar o serviço ou fazer uso do poder de polícia, mas não o faz a União relativamente aos ônibus de exclusiva circulação dentro do Município.

Afinal, transcreve o recurso as conclusões de parecer proferido, a pro-

pósito, pelo Prof. Geraldo Ataliba, a dizer:

«I. Pensamos ter demonstrado que:

a) a T.R.U. é, efetivamente, taxa e não outra espécie de tributo;

b) como taxa, configura, a nosso ver, a subespécie taxa de serviços;

c) sua hipótese de incidência é a disponibilidade do uso de serviços federais de viação;

d) o sujeito passivo necessariamente será pessoa que tenha veículo que tem à sua disposição vias federais;

e) as empresas consulentes, por serem: permissionárias ou concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano, são proibidas de trafegar por vias federais;

f) tais empresas só podem usar vias urbanas;

g) não se configura, relativamente a seus veículos, o fato imponible a que corresponde a hipótese de incidência do Decreto-lei nº 999;

h) tais empresas, portanto, não têm os serviços federais de viação à sua disposição;

i) logo, pelas razões objetivas e subjetivas apontadas, não incide a T.R.U. relativamente aos veículos das consulentes. Não são alcançados pela hipótese de incidência os veículos das consulentes. Em consequência, não são elas contribuintes da T.R.U.

II. Ainda, entretanto, que se queira qualificar a T.R.U.

como taxa de polícia, persistem os veículos da consulente não alcançados. As razões são as mesmas e podem ser assim sintetizadas:

1) para que seja exigível uma taxa de polícia é necessário que:

a) a entidade político-administrativa seja competente, diante da lei, para exercer, no caso, o poder de polícia;

b) que a lei coloque como pressuposto do tributo a prática de um ato de polícia;

c) que seja efetivamente praticado o ato legalmente previsto;

d) que o sujeito passivo desenvolva atividade submetida ao poder de polícia da pessoa político-administrativa.

2) No caso *sub examine*:

a) a legislação não deu à União nenhuma competência de polícia sobre as atividades de exploração do serviço público municipal de transporte coletivo urbano;

b) as consulentes são permissonárias ou concessionárias de serviço público municipal;

c) as consulentes estão sujeitas, porque exercentes de serviço público municipal, ao poder de polícia do Município;

d) além disso, porque se trata de questão de peculiar interesse e de matéria de administração própria do Município e exploração de serviço público local (art. 15 da Constituição), a competência primordial, para o exercício do poder de polícia é municipal e não estadual ou federal;

e) a União, sujeito ativo da T.R.U. (os Estados são meros arrecadadores, § 2º do art. 1º) não desempenha nenhuma atuação qualificável como ato de polícia, nem recebeu de qualquer lei competência para isso.

3. Em consequência: a T.R.U., se entendida como taxa de polícia, não alcança os veículos das consulentes. Não pode haver incidência desse tributo, relativamente a eles.

4. No sistema atual, o poder de polícia da União se exerce, quanto a veículos, nas rodovias federais. Pois os ônibus das consulentes não transitam e nem podem transitar por aquelas vias, escapando, portanto, inteiramente, ao poder de polícia da União.

III. Em nada se altera a natureza do tributo em estudo, nem as regras de incidência aqui examinadas, pela circunstância de sua arrecadação ser eventualmente realizada pelos Estados (§ 2º do art. 1º). A T.R.U. continua sendo tributo federal, já que criado por lei da União, que, aliás, é o sujeito ativo da obrigação tributária.

IV. Também nada modifica a colocação do problema o fato de os dinheiros arrecadados serem distribuídos a diversas pessoas públicas. Poderia não o ser, como poderia ser destinado até a entidades privadas. Sua hipótese de incidência persistiria inalterável.

Diante de tudo que aqui foi longamente exposto, manifestamos entender não alcançados pela T.R.U. os veículos das consulentes que se aplicam ao transporte coletivo urbano».

A douta Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo não provimento do recurso, trazendo, em favor da solução da sentença, o teor de outra que proferiu no mesmo sentido, o Juiz Federal Dr. Carlos Alberto Madeira, da Seção Judiciária do Maranhão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): *Data venia*, não adiro à consideração inicial da douta sentença, segundo a qual, aprovado o Decreto-lei nº 999 pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, estaria em tudo excluído de apreciação judicial.

Segundo orientação já firmada, seja neste Tribunal, seja no Egrégio Supremo Tribunal Federal, a aprovação significa o reconhecimento da atribuição que ensejou a expedição do decreto-lei, mas não a imunidade à apreciação de seus dispositivos em cotejo com a própria Constituição, para eventual declaração de inconstitucionalidade.

É desnecessário, porém, aprofundar o assunto, porque as impetrantes não arguem a inconstitucionalidade do Decreto-lei.

Sustentam, apenas, que se trata de taxa federal e, assim, sem incidência possível sobre fato gerador que só poderia ensejar uma taxa municipal.

Não posso, também com a vênua devida ao autor do parecer, ao douto patrono das impetrantes, e aos eminentes colegas que nesta Turma no mesmo sentido se pronunciaram, é concordar com a tese de inaplicabilidade da taxa aos veículos de circulação restrita dentro do Município.

É que a taxa, em verdade, é tríplice, reunindo, numa só imposição, as taxas que isoladamente caberiam à

União, ao Estado e ao Município pelo uso do poder de polícia de cada um e pela utilização de serviços públicos envolvidos na circulação dos veículos pelas vias federais, estaduais e municipais.

Se uma classe de veículos só utiliza vias municipais, ou outra só utiliza vias federais, mais pesadamente recairia sobre tais veículos a taxa que fosse somente municipal ou somente federal.

Impossível, porém, a dosimetria da taxa segundo a utilização efetiva que faça tal ou qual veículo (assim dentro da sua área exclusiva, como simultaneamente em mais de uma área), a taxa passa a ser idêntica para todos.

Dir-se-á que, com isso, a União está usando, indevidamente, as competências do Estado-membro e do Município para a imposição de taxas relativamente ao seu próprio poder de polícia ou aos seus próprios serviços.

Esse uso tem justificativa, porém, na cláusula genérica da Constituição que permite à União legislar sobre «normas gerais de direito financeiro» (art. 8º, XVII, c).

Indisfarçável a necessidade de legislação federal sobre normas uniformes de imposição de taxa sobre licenciamento e circulação de veículos automotores.

Na sua falta, estabelecer-se-ia o caos, cada Município estabelecendo taxa competitiva, de modo a atrair para o seu âmbito o licenciamento de veículos.

Evidente, pois, a necessidade de norma geral de direito financeiro que uniformizasse, em cada área, a taxa respectiva.

E, uniformizadas estas taxas em cada uma das áreas de incidência (o que implicitamente se contém no Decreto-lei nº 999, de 21-10-69), o que

podia ser feito no uso do poder da União de editar normas gerais de direito financeiro, a unificação da cobrança, num sistema prático e conveniente aos contribuintes, foi apenas uma consequência operacional, razoável e benéfica, do uso daquele poder.

Assim, o maior, menor, ou nenhum uso dos serviços públicos de determinada área de circulação do veículo é fato indiferente para o proprietário do veículo. Interessa mais ao poder que presta o serviço, mas as diferenças são compensadas, pois, se a União, o Estado, o Município, perdem certo *quantum*, na correspondência entre taxa e utilização de serviços, em relação a certa classe de veículos, têm vantagem em relação a outras. As diferenças se compensam, de modo a constituir, o total da arrecadação, aquilo que presumivelmente arrecadariam se o fizessem isoladamente.

Vejo, no Decreto-lei nº 999, sem dúvida uma das mais ousadas utilizações do poder de a União editar normas gerais de direito financeiro, mas, nem por isso condenável, senão de todo imprescindível, na espécie, pela peculiaridade do fato impondível que, pela sua intrínseca mobilidade, exigia tratamento peculiar, com inegável benefício para o público, ao qual foi evitado o incômodo de três ou até mais pagamentos diferentes, que se tornariam possíveis desde que o licenciamento de veículos deixou de ser objeto de imposto municipal, como o era na vigência da Constituição de 1946 (art. 29, II).

A sentença, a meu ver, merece confirmação, pelos seus próprios fun-

damentos, a que me reporto, com o aditamento das considerações que acabo de fazer neste voto.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 72.108 — SP. Rel.: Sr. Min. Décio Miranda. Agte.: Tupi — Transportes Urbanos Piratininga S.A. e outros. Agdo.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e Governo do Estado de São Paulo.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, negando provimento, e Jarbas Nobre, dando provimento ao recurso, para conceder a Segurança, adiou-se o julgamento, por ter pedido vista o Sr. Ministro Amarílio Benjamin (em 2-10-73 — Segunda Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 72.108 — SP. Rel.: Sr. Min. Decio Miranda. Agte.: Tupi — Transportes Urbanos Piratininga S.A. e outros. Agdos.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e Governo do Estado de São Paulo.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, por maioria de votos, negou-se provimento, vencido o Sr. Min. Jarbas Nobre (em 24-10-73 — Segunda Turma).

O Sr. Min. Amarílio Benjamin votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 72.225 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Recorrente — Juiz Federal da 7ª Vara, *ex officio*
Agravante — INPS
Agravado — Paulo da Costa Reis

EMENTA

Dupla aposentadoria previdenciária. Mandado de Segurança. Paulo da Costa Reis *versus* INPS. Advogado simultaneamente segurado do ex-IAPFESP, como advogado-empregado da Light Serviços de Eletricidade S.A., e do ex-IAPC, como advogado-autônomo. Circunstância, no caso, de ser o autor ex-combatente. O que o beneficia com aposentadoria aos 25 anos de serviço. A unificação dos anteriores Institutos para integrar o atual INPS, segundo o próprio Decreto-lei nº 72, de 21-11-66, «não altera a situação dos atuais segurados que sejam filiados a mais de um Instituto, quanto ao regime de contribuições e às prestações a que ora tenham direito». Transformação de uma das aposentadorias em «abono de permanência em serviço», segundo o comprovado nos autos. Direito líquido e certo reconhecido pela sentença de primeiro grau. Sua confirmação. 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 taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1973. —
Armando Rollemberg, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Esdras Gueiros* (Relator): Trata-se de recurso de ofício e agravo do INPS da respeitável sentença de fls. 58 a 64, pela qual o douto Juiz Federal *Virgílio Gaudie Fleury*, do Estado da Guanabara, concedeu mandado de segurança em favor de Paulo da Costa Reis, para que lhe fosse assegurado o direito à dupla aposentadoria, em decorrência da dupla

atividade que exercia, seja como advogado-empregado da Light Serviços de Eletricidade S.A., seja como advogado-autônomo, eis que vinha contribuindo regular e pontualmente para ambos os Institutos a que estava vinculado como segurado, isto é, para o ex-IAPC, como advogado-autônomo, e para o ex-IAPFESP, como advogado-empregado da citada Light, conforme tudo devidamente comprovado nos autos.

A respeitável sentença, em seu Relatório, assim resumiu a controvérsia:

«a) que o impetrante há muito tempo exerce duas atividades distintas: a de advogado-autônomo, que começou em 1938, e a de advogado-empregado, que iniciou em 1949, na Light Serviços de Eletricidade S.A., como atestam os documentos de fls. 2 e 3; b) que de acordo com a legislação específica, vinha contribuindo regularmente para o então

IAPC (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes), como decorrência da primeira atividade mencionada (doc. 4), e descontando, ainda, para o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos, então IAPFESP, como consequência de empregado da Light (doc. 5); c) que essa dupla filiação era obrigatória e garantia ao impetrante os benefícios outorgados pelos dois Institutos e, logicamente, entre eles, a aposentadoria de responsabilidade de cada um, quando chegasse a oportunidade; d) que essa situação perdurou, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido resguardado pela Constituição Federal, e não sofreu violação com a unificação dos Institutos face ao que está expresso no art. 39 do Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966: «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» (doc. 6); e) que, por outro lado, é ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira, participante do teatro de operações na Itália, com direito de aposentar-se ao completar 25 anos de serviços, como dispõe a Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, ou, então, o de continuar trabalhando, mas recebendo o Abono de Permanência em Serviço, que corresponde a 25% do seu salário de benefício; f) que o impetrado quer somar as duas contribuições e conceder, apenas, um só benefício, negando o direito de manter a separação dos vínculos de filiação, expressamente ressalvado

no diploma legal invocado; g) que a matéria, aliás, já foi reiteradas vezes apreciada pelo Judiciário, notando-se que o Colendo Tribunal Federal de Recursos manifestou-se favoravelmente à tese defendida, não podendo, portanto, prevalecer a posição assumida pelo INPS, que se torna impertinente, resultando em retardamento injustificável da concessão do benefício e acarretando despesas desnecessárias com o ajuizamento da questão; h) que, assim, espera a decretação da procedência da medida, para o fim de compelir o impetrado a: 1º) conceder o Abono de Permanência em Serviço a partir da data em que foi requerido o relativo tão-somente ao salário de benefício de advogado-autônomo, atividade onde já completou 25 anos de serviços desde 1963; 2º) transformar-se o mesmo Abono em aposentadoria por tempo de serviço, a partir de 9 do corrente, pois encerrou as suas atividades na véspera; 3º) o reconhecimento, desde logo, do seu direito líquido e certo de continuar contribuindo como empregado da Light, até completar o tempo de serviço que lhe permitirá o deferimento da aposentadoria, como já decidiu o Egrégio Tribunal (doc. 9). Juntou os documentos de fls. 6 a 42. Requisitadas as informações, fls. 45, a autoridade apontada como coatora prestou, em resumo, os seguintes esclarecimentos: a) que é certa a dupla atividade do impetrante que contribuía, na qualidade de empregado da Rio Light, a partir de 1966, sobre o salário percebido, ainda que superior ao teto legal, de acordo com a Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1963, e nos termos do requerimento dirigido ao extinto IAPFESP, em 24 de outubro

de 1966, e como autônomo, no ex-IAPC, nada existindo, porém, sobre o pedido de elevação do limite de contribuições como ex-combatente, na forma da citada lei; b) que a condição de ex-combatente do impetrante só surtiu efeitos no IAPFESP, inexistindo, em dezembro de 1966, as 36 contribuições em bases reais, bem como os 25 anos necessários à concessão da aposentadoria especial, mesmo que se junte o tempo de serviço da Rio Light com o tempo de atividade militar, de vez que o total atingiria 21 anos, 4 meses e 20 dias, de acordo com os documentos de fls. 7, 9 e 14, do processo de abono de permanência em serviço; c) que na qualidade de autônomo, o impetrante realmente possuía, na época da unificação, mais de 25 anos de serviço; todavia, em relação a essa atividade, nada requereu ao IAPC para contribuir sobre o real recebido, não tendo, portanto, direito a qualquer benefício; d) que não possuindo o impetrante, em dezembro de 1966, condições para se aposentar por tempo de serviço, e, em decorrência, obter abono de permanência, em cada um dos ex-Institutos, não havia como reconhecer a separação das atividades, em face do referido art. 39, do DL nº 72, de 1966; e) que o RGPS aprovado pelo Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967, bem disciplina a matéria, dispondo que: «É vedada, inclusive no caso de exercício de mais de uma atividade, a concessão cumulativa de benefícios», ressaltando, apenas, o abono de permanência com o auxílio-doença, o benefício de pagamento único com qualquer outro benefício; f) que a partir da vigência do DL nº 710, de 28 de julho de 1969, o assunto

ficou definitivamente encerrado, sem qualquer dúvida, que só fazem jus aos benefícios pleiteados pelo impetrante os segurados que à data da entrada em vigor do DL nº 72/66 preenchiam os requisitos necessários à sua obtenção. Fora disso, qualquer que seja o número de atividades exercidas, tudo recai na aposentadoria única, limitada ao teto vigente; g) que o ato que reconheceu ao impetrante, como ex-combatente, com base na Lei nº 5.698/71, a partir de 1-12-1971, foi mantido para determinar que da soma do salário-base de autônomo e o efetivamente percebido da Light, gerasse a transformação em abono simples; h) que o indeferimento da pretensão do impetrante foi-lhe comunicado na forma dos arts. 306, parágrafo único, e 308 do Decreto nº 60.501/67, de forma que não existe caso de mandado de segurança, pela sua impropriedade. O Dr. Procurador da República opinou pela denegação do *writ*, fls. 53/54. Fotocópias foram conferidas, fls. 56».

Nesta instância pronunciou-se a doutra Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 88/89, insurgindo-se contra o reconhecimento do direito adquirido em favor do autor, tendo alegado que a interpretação dada pela sentença ao art. 39 do Decreto-lei nº 72, de 21-10-66, inciso I, não era exata, «eis que direito adquirido só teria o impetrante se na data em que entrou em vigor o aludido Decreto-lei nº 72, de 1966, já satisfizesse os requisitos necessários à obtenção das aposentadorias».

É o relatório.

VOTO

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

Segundo ficou devidamente comprovado nos autos, o autor, ilustre advogado Dr. Paulo da Costa Reis, exercia há muito tempo duas atividades distintas: a de advogado-autônomo, com exercício ininterrupto desde o ano de 1938, e a de advogado-empregado, que passou a exercer desde 1949 junto à Light Serviços de Eletricidade S.A.

Nos termos da legislação previdenciária específica sobre a matéria, vinha o autor contribuindo regular e pontualmente para o ex-IAPC, como segurado-autônomo, e para o ex-IAPFESP, como segurado-empregado da citada Light S.A. É evidente, pois, que sendo filiado obrigatório dos dois citados Institutos, lhe deveria ser assegurada, no tempo próprio, a aposentadoria em cada um daqueles Institutos, pois dessa dupla contribuição decorreu um duplo direito adquirido, insuscetível de ser modificado por qualquer lei nova.

Ademais disso, vale acentuar que a unificação de todos os Institutos no atual INPS, por força do Decreto-lei nº 72, de 21-11-66, deixou perfeitamente ressalvado o duplo direito dos segurados, conforme se deduz do seu art. 39, *in verbis*:

«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».

Ora, o atual INPS entendeu de subverter esse dispositivo legal, negando ao impetrante o direito às duas aposentadorias distintas, por querer somar as duas contribuições, como se uma só fossem, para assim conceder um só benefício, o que é, a todo entender, uma decisão injusta e principalmente ilegal. Daí o mandado de segurança,

que foi, em boa hora, concedido pelo digno Juiz Federal, com os seguintes considerandos:

«Considerando que o impetrante há muito tempo exerce duas atividades distintas: a de advogado-autônomo, que começou em 1938, e a de advogado-empregado, que iniciou, em 1949, na Light Serviços de Eletricidade S.A. De acordo com a legislação específica, vinha contribuindo regularmente para o então IAPC, como decorrência da primeira atividade mencionada, e descontando, ainda para o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos, então IAPFESP, como consequência do emprego na Light;

«Considerando que a dupla filiação era obrigatória e garantia ao impetrante os benefícios outorgados pelos dois Institutos e, logicamente, entre eles, a aposentadoria de responsabilidade de cada um, quando chegasse a oportunidade;

«Considerando que essa situação perdurou, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido, garantido pela Lei Magna, e não sofreu violação com a unificação dos Institutos (art. 39, do Decreto-lei nº 72, de 21-11-66: «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»);

«Considerando que o impetrante é ex-combatente da FEB, com as prerrogativas outorgadas pela Lei nº 4.297, de 23-12-63;

«Considerando que não tem fomento jurídico a pretensão do

impetrado, querendo somar as duas contribuições e conceder, apenas, um só benefício, negando o direito invocado pelo impetrante de manter a separação dos vínculos de filiação, expressamente ressalvado no referido diploma legal;

«Considerando que é jurisprudência torrencial:

«Abono de permanência. Duplo benefício. Admissibilidade. Tem direito à percepção do duplo abono de permanência o segurado filiado a dois Institutos de Previdência, na condição de bancário e de profissional liberal — trabalhador — autônomo. O Decreto-lei nº 72, de 1966, que unificou a Previdência Social, ressaltou expressamente no art. 39 a situação dos atuais segurados que sejam filiados a mais de um Instituto de Aposentadoria e Pensões «quanto ao regime de contribuições a que ora tenham direito» (Apelação Cível nº 27.856, publicado na *Revista de Previdência*, nº 14.119).

«O segurado, com dupla inscrição, nos termos da legislação anterior, continua com o seu direito aos benefícios e aos tetos respectivos» (Mandado de Segurança nº 68.163).

«O segurado autônomo que também exerça emprego está sujeito a dupla filiação e previdência social, e aos conseqüentes pagamentos ao INPS» (Apelação Cível nº 28.839).

«Considerando que se trata, portanto, de um direito adquirido do impetrante, assegurado pela Constituição Federal:

«Considerando que «não podem ser destruídos por uma lei

nova apenas os direitos adquiridos, que fazem parte do patrimônio de uma pessoa. Chama-se adquirido ao direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário», conforme pontifica o consagrado constitucionalista Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, pág. 49/51);

«Considerando que a intangibilidade do direito adquirido é um axioma jurídico da Lei Básica Brasileira e de todos os povos civilizados;

«Considerando que o direito do impetrante aflora e emerge irresistivelmente dos autos;

«Considerando o que mais dos autos consta e dos princípios de direito aplicáveis à espécie;

«Concedo a segurança.»

Eis aí a respeitável sentença que, no meu entender, decidiu com inteiro acerto a causa.

Relativamente à arguição da douta Subprocuradoria-Geral, em seu parecer de fls., no que respeita a questão de não poder o beneficiado passar a ter proventos maiores do que os atribuídos aos da atividade, teve o advogado do impetrante ensejo de oferecer Memorial, no qual assim procura destruir o alegado argumento:

Data venia, carecem de qualquer procedência jurídica as alegações contidas no parecer do ilustre Dr. Procurador que oficiou às fls. e adotou a tese do Instituto.

«Primeiro, porque a norma Constitucional invocada não se aplica à Previdência Social, pois está inserta no capítulo em que a Carta Magna trata do «funcionalismo público». Esse o entendimento desse Egrégio Tribunal, em decisões que versaram a matéria.

«Segundo, porque, de modo aigum, o agravado poderia receber mais, como aposentado, do que percebe na ativa. Como sabido, os advogados-autônomos descontam sobre cinco salários-mínimos, importância que corresponde ao seu salário-de-contribuição fixado pelo próprio INPS, e que serve de base para o cálculo da aposentadoria.

«Ora, o agravado ganha muito mais que tal limite, no exercício de sua advocacia. Basta que se verifique a sua declaração do Imposto de Renda. Entretanto, como advogado-empregado, a mesma coisa acontecerá. O agravado, como ex-combatente, quando vier a se aposentar, terá a aposentadoria calculada sobre as 36 últimas contribuições que fizer, o que resultará em uma quantia bastante inferior à que receberá, como salário, mensalmente, na qualidade de advogado-empregado da Light. De modo que, mesmo se admitisse, apenas *ad argumentandum*, a aplicação da proibição constitucional, ela não alteraria a situação do agravado, porque diversa seria a hipótese.

«Quanto ao Decreto-lei número 710, de 28-7-69, citado pela ilustre Subprocuradoria, aliás, de juridicidade duvidosa, *data venia*, não pode, o mesmo, atingir o direito do agravado, o qual muito antes da sua vigência, em 1963, já havia completado todos os requisitos legais necessários à obtenção de sua aposentadoria como

advogado-autônomo, ex-combatente, o que se constituiu, indubitavelmente, em um direito adquirido, resguardado pela própria Constituição.»

No meu entender, são perfeitamente jurídicas estas alegações do Memorial citado, pois deixam bem clara a improcedência, *data venia*, das arguições da douta Subprocuradoria-Geral, na espécie.

Com estas considerações, entendo incensurável a respeitável sentença de fls. 58 a 64, razão pela qual a confirmo, negando provimento aos recursos.

VOTO

O Sr. Min. Henoch Reis: Nego provimento a ambos os recursos porque o art. 39, do Decreto-lei nº 72, garantiu aos segurados, da espécie do impetrante, aquelas contribuições que eles vinham recolhendo para os dois Institutos. Não fora isto, não reconheceria o direito do impetrante.

Com estas considerações, nego provimento.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. Em verdade, o art. 39, do Decreto-lei nº 72, de 1966, a respeito da unificação dos Institutos de Previdência Social, dispôs expressamente, quanto àquelas situações de segurados de mais de um Instituto, ressaltando-lhes prosseguirem com a sua inscrição, em decorrência de cada uma das atividades exercidas.

É certo que essa situação não me parece se venha mantendo, em face da disposição nova constante do art. 7º, do Decreto-lei nº 710/1969. O regime da Previdência Social não é contratual, mas sim objetivo. Não se pode invocar situação de expectativa de direito, contra um novo sistema de Previdência Social instaurado.

No caso concreto, entretanto, segundo ouvi do Relatório, em 1969, quando editado o Decreto-lei nº 710, o impetrante já preencherá todos os requisitos de Lei para obter a sua aposentadoria especial, segundo o regime que foi assegurado aos ex-combatentes pela Carta de 1967, aos vinte e cinco anos de serviço. De fato, formado em 1938, em 1969 já preencherá, havia algum tempo, os vinte e cinco anos necessários à asseguaração da sua aposentadoria previdenciária.

Por essa razão, reconheço em favor do impetrante o direito que pretende.

No que concerne ao argumento invocado pela douda Subprocuradoria-Geral da República, com apoio no art. 102, § 2º, da Constituição, tem a Turma sobre ele se manifestado, recusando-o, quanto a benefício previdenciário, por compreender que a regra diz apenas com o funcionalismo público, inserta

como está no Capítulo próprio da Constituição. A aposentadoria previdenciária não está sujeita ao mesmo regime da aposentadoria que se assegura ao funcionário público.

Com essas rápidas considerações, no caso concreto, nego provimento aos recursos, por entender que, realmente, é titular o impetrante de direito líquido e certo à aposentadoria pretendida.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 72.225 — GB. Rel.: Senhor Min. Esdras Gueiros. Recte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Agte.: INPS. Agdo.: Paulo da Costa Reis.

Decisão: Por unanimidade de votos, negou-se provimento aos recursos (em 6-8-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Henoch Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 72.466 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis
Requerentes — Joaquim Januário de Araújo Coutinho Netto e outro
Requerido — O Exmo. Sr. Ministro da Marinha

EMENTA

Incompetente o Tribunal Federal de Recursos para julgar atos do Chefe do Poder Executivo.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, não conhecer do mandado de segurança, por se considerar incompetente para julgá-lo, por maioria de votos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de maio de 1973. —
Armando Rollemberg, Presidente;
Henoch Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): O ilustre advogado, Dr. Luiz Carlos Bettiol, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Senhor Ministro da Marinha, em favor dos Contra-Almirantes Joaquim Januário de Araújo Coutinho Netto e Álvaro Ferreira Guimarães, Diretor do Centro de Informações da Marinha — CENIMAR — e Diretor do Pessoal Civil da Marinha, respectivamente, alegando, em síntese, o seguinte:

Em janeiro deste ano os impetrantes receberam comunicação de que seus

nomes tinham sido indicados para integrar a Quota Compulsória referente ao ano de 1972. Recorreram para o Senhor Ministro, ora impetrado, que encaminhou os apelos ao Almirantado, e este entendeu que os recursos eram merecedores de apoio, mas a digna autoridade requerida os indeferiu, sob a alegação de «falta de amparo legal».

Argumenta o douto patrono dos ilustres militares que, se tivesse sido observada, em 1972, a lei, no que toca à agregação de dois Contra-Almirantes apresentados à Escola Superior de Guerra, não haveria transferência alguma para a Reserva Remunerada, por estar satisfeita a cota de vagas para os acessos necessários.

Sustenta, ainda, que têm seus patrocinados direito líquido e certo à correta aplicação da lei, pois dela decorre a desnecessidade de suas transferências para a Reserva. E, com sua omissão no cumprimento da lei, o Senhor Ministro da Marinha lesou o direito de continuarem na ativa.

Invoca, em prol de sua tese, o artigo 86, § 1º, letra a, da Lei nº 5.774, de 1971, que disciplina o Instituto da agregação; art. 1º da Lei nº 785, de 1949, que criou a Escola Superior de Guerra e o art. 8º da mesma Lei, o qual considera em comissão militar, sem aumento dos quadros a que pertencerem os Oficiais das Forças Armadas, quando em serviço na ESG, em funções administrativas ou de ensino, ou quando alunos. E ainda o artigo 66 do Decreto nº 53.080, de 1963, segundo o qual os estagiários militares serão considerados exercendo efetivamente a função de Estado Maior, Técnico, ou Professor efetivo.

Após considerações sobre a coisa julgada administrativamente e precedentes do caso em foco, no Exército,

Aeronáutica, e na própria Marinha, formula o pedido nestes termos:

«Pleiteiam, pois, os impetrantes, que o Tribunal Federal de Recursos proclame a ilegalidade dos citados despachos ministeriais por importarem em clara omissão em aplicar o artigo 86, da Lei nº 5.774/71, a qual deve ser sanada para que se mantenham no Corpo da Armada.»

Inicial, com os documentos de fls. 8 a 37.

Concedi a liminar requerida, para que a digna autoridade impetrada não aplicasse a Quota Compulsória ou ato equivalente, que importasse a transferência daqueles ilustrados Oficiais-Generais para a Reserva Remunerada, até que se decidisse o presente mandado de segurança.

A 19 do corrente recebi o seguinte telex:

«Acusando recebimento seu telex nº 537 data 14 março de 73, às 17,45 horas, relativo mandado segurança 72466, comunico vossência já havia feito entrega à Presidência da República, durante meu despacho dia 14, às 16,30 horas, dos decretos transferência reserva relativos aos impetrantes e outros. Não obstante tal fato, dei conhecimento teor seu telex à Presidência da República, que houve por bem sustar tramitação referidos decretos. Outrossim, devo informar-lhe que liminar concedida poderá acarretar não cumprimento da Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, art. 21, com prejuízos direitos e carreira outros oficiais alheios à medida, virtude Conselho de Promoção ficar impossibilitado elaboração lista escolha

listas próximas promoções previstas para o dia 31 de março, enquanto não for decidido TFR aludido mandado de segurança. Cordiais saudações. Adalberto de Barros Nunes, Ministro da Marinha.»

Em seguida, vieram as informações, com o parecer da Consultoria-Jurídica daquele Ministério, deste teor: (lê fls. 56/62).

Com vista dos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls., em que argüiu preliminar de incompetência deste Tribunal para conhecer do pedido, porque:

1 — A aplicação da Quota Compulsória é ato da competência do Senhor Presidente da República, bem como o ato prévio de agregação, segundo o disposto no art. 88 da Lei nº 5.774 de 1971;

2 — Mas, ainda que assim não se entenda, não mais poderia o Senhor Ministro da Marinha ser apontado como coator, isto porque, ao receber a comunicação da concessão da liminar, já esgotara aquela autoridade sua atuação no caso, eis que encaminhara ao Senhor Presidente da República a proposta e os respectivos atos de transferência;

3 — Incompetente, ainda, este Tribunal, porque o despacho impugnado nesta segurança é mero cumprimento da decisão do Chefe do Executivo, em 1972;

4 — Admitindo-se a competência deste Tribunal, não vingaria, ainda assim, o pedido dos impetrantes, por intempestivo, eis que, se devessem ter sido agregados em 1972 os dois Contra-Almirantes que, naquele ano, estavam na Escola Superior de Guerra, resultando da omissão desse ato a

lesão ao direito dos suplicantes, a contar da data em que deveria ter sido feita a agregação, há muito teria expirado o prazo de 120 dias do art. 18 da Lei nº 1.533, de 1951.

No mérito, advoga a denegação da segurança.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Como se viu do relatório, e o atestam os documentos de fls. 8/9 e 14, ficou evidente que os impetrantes atacam por este mandado de segurança o ato do Senhor Ministro da Marinha que lhes indeferiu o recurso interposto da decisão do Almirantado, que os indicou para integrar a Quota Compulsória de transferência para a Reserva Remunerada, ano-base de 1972.

Está patente, por igual, que a transferência dos suplicantes para a Reserva Remunerada decorre, como aliás afirmam no item 2 da vestibular, da não agregação, em 1972, de dois Contra-Almirantes estagiários na Escola Superior de Guerra. Segundo a regra do art. 88 da Lei nº 5.774, de 1971,

«a agregação se faz por ato do Presidente da República ou de autoridade à qual tenham sido delegados poderes para isso.»

Deflui daí que a omissão em não mandar agregar aqueles dois Oficiais-Generais foi do Chefe do Poder Executivo, e não do Senhor Ministro ora impetrado. Bastaria esta circunstância para refugir à competência deste Tribunal o conhecimento e julgamento do presente *mandamus*.

Dir-se-á que a impetração é endereçada contra ato do Ministro encarregado de encaminhar à Presidência da República o expediente relativo a

transferência dos suplicantes para a Reserva. Mas, ainda que fosse competente para conhecer do *writ*, no caso dos autos, a esta altura tal competência já se nos teria escapado porque, segundo informa a autoridade impetrada, já praticara o ato impugnado, quando do recebimento da comunicação sobre a liminar concedida.

Assinala, com propriedade, a douta Subprocuradoria-Geral da República, sobre a matéria, *verbis*:

«Não altera a situação jurídica o fato, sobremodo elogiável, de ter o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em homenagem ao Poder Judiciário, sustado, *motu proprio*, a assinatura dos referidos Decretos, diante do conhecimento que tivera da concessão da liminar.»

Cumpra observar que, por outro lado, no caso de o Tribunal Federal de Recursos dar pela sua competência para conhecer desta segurança e deferi-la, ficaria o Ministro impetrado impossibilitado de cumprir a decisão, porque, como se disse, já se esvaziou sua competência de autoridade coatora.

E quanto ao Senhor Presidente da República, que é a autoridade competente para assinar os atos de transferência esses escapam ao exame deste Tribunal.

Com estas considerações, acolho as preliminares levantadas pela douta Subprocuradoria-Geral da República, para considerar este Tribunal incompetente para conhecer da segurança e julgá-la a final.

É meu voto.

VOTO (Vencido)

O Sr. Min. Peçanha Martins: *Data venia* do eminente Senhor Ministro Relator, conheço da impetração

requerida contra o ato que incluiu os impetrantes na Quota Compulsória, ato praticado pelo impetrado, o Senhor Ministro da Marinha.

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República, pelo menos até agora, não se envolveu no episódio. Ao contrário, recebendo os decretos de transferência dos impetrantes para a Reserva, não os assinou tendo em vista que o caso estava sendo submetido ao exame e decisão do Poder Judiciário.

Isto posto, conhecendo da segurança, evidente que este Tribunal não vai julgar de ato do Presidente da República, no caso, inexistente, nem impedir a sua prática, como argumenta a douta Subprocuradoria-Geral da República. O Presidente não assinou os decretos de reforma por preferir aguardar que este Tribunal decidisse da legalidade, ou ilegalidade da inclusão dos impetrantes na Quota Compulsória, por ato emanado do seu Ministro da Marinha.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Senhor Presidente. A agregação do militar não é situação jurídico-funcional que se dê automaticamente. Presupõe ato da autoridade competente para agregar. Pode ocorrer que esse ato se pratique com efeito retrooperante. Sem ele, entretanto, não há falar em militar agregado.

De outra parte, não me parece possível visualizar a *quaestio juris*, posta ao exame do Tribunal, tão-só na perspectiva da autoridade indigitada coatora. Cumpra ver o ato atacado, em toda sua extensão, no seu aspecto formal.

Ora, *in hoc casu*, os despachos objetivam encaminhar ao Senhor Presidente da República os expedientes necessários à transferência dos impe-

trantes à Reserva Remunerada da Marinha de Guerra. À sua vez, esses atos de encaminhamento resultam de determinação de lei.

Os impetrantes, à vista do seu *status* no Quadro dos Oficiais Superiores da Marinha de Guerra, foram incluídos na Quota Compulsória. Por que se deu essa inclusão? Por ato de arbítrio da autoridade?

Não. Em decorrência do sistema legal existente.

Se houvesse vingado a pretensão, antes formulada pelos impetrantes em 1972, no sentido de verem efetuadas todas as agregações pretendidas, certo é que, à semelhança do que aconteceu em 1972, agora também estariam excluídos da Quota Compulsória.

Não tendo, entretanto, ocorrido agregação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, e não havendo vingado seu recurso interposto em 1972, quanto a esta parte, a realidade do quadro de oficiais, no que pertine aos impetrantes, os torna inexoravelmente postos na Quota Compulsória.

Assim, os despachos impugnados nada mais representam senão o atendimento a uma situação do Quadro que defluiu das precedentes agregações e das vagas que existiam.

Ora, não aconteceu agregação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, porque, neste particular, o Chefe do Poder Executivo, no seu despacho de 28 de abril de 1972, conforme apreendi dos debates, não acolheu o recurso. Portanto, não sendo atendidos neste particular, não vieram a se agregar os estagiários da Escola Superior de Guerra.

Os atos impugnados, embora sejam chamados atos ministeriais, porque são atos de encaminhamento dos expedientes de transferência para a reserva

dos impetrantes, em decorrência de se encontrarem incluídos na Quota Compulsória, não parece possam ser esses despachos ou esses atos de encaminhamento apreciados fora do contexto geral. Ora, integrados nele, não há deixar de verificar, como fundamento dos mesmos, ato anterior do Chefe do Poder Executivo.

Qual é esse ato anterior do Chefe do Poder Executivo? Foi a precipitada decisão no recurso em que não determinou a agregação aludida.

Dessa sorte, subsiste um ato presidencial, em decorrência do qual se tornou necessária a inclusão dos impetrantes na Quota Compulsória. De outra parte, os expedientes respectivos já se encontram à decisão do Chefe do Poder Executivo. Não vejo como, por esses dois fundamentos, deixar de reconhecer pendente de apreciação ato do Senhor Presidente da República.

Ora, o Tribunal Federal de Recursos não tem competência para julgar atos do Chefe do Poder Executivo. Se deveria ter agregado ou não os estagiários da Escola Superior de Guerra, e porque não o fez os impetrantes vieram a ser incluídos obrigatoriamente na Quota Compulsória, parece-me que é questão cujo deslinde não cabe a este Tribunal.

Data venia do Sr. Min. Peçanha Martins, acompanho o ilustre Ministro Henocho Reis, para dar pela incompetência do Tribunal Federal de Recursos, não conhecendo do mandado de segurança.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Ao que ouvi, a agregação e a transferência de oficial para reserva remunerada são atos privativos do Senhor Presidente da República.

A função do Ministro de Estado, no caso, é de mero encaminhamento de papéis, de minuta de decretos.

Assim sendo, também acompanho o voto do Ministro Henoch Reis.

Não conheço do mandado.

Voto

O Sr. Min. Jorje Lafayette Guimarães: Acolho a preliminar de incompetência, acompanhando o voto do eminente Ministro Relator. Não só o direito dos impetrantes tem como pressuposto agregação de Almirante, em 1972, que não foi feita na devida oportunidade, quando estagiaram na Escola Superior de Guerra, e que teria de ser feita agora, retroativamente, como também encontro, na segurança impetrada, um nítido caráter preventivo, estando dirigida contra o ato a ser praticado, de transferência dos impetrantes para a reserva, que é de atribuição específica do Senhor Presidente da República. De modo que, em última análise, o que se pretende com a impetração é obstar a prática de um ato, pelo Presidente da República. Evidentemente a competência do Tribunal não alcança esta hipótese.

Acompanho o eminente Relator.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Senhor Presidente, dou pela incompetência do Tribunal, nos termos propugnados no voto do eminente Senhor Ministro Relator.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Senhor Presidente.

Vou omitir-me de maiores considerações sobre a questão preliminar da

incompetência do nosso Tribunal neste caso, porque, em resumo, o que está sendo visado pela impetração são os atos pelos quais S. Ex.^ª o Senhor Ministro da Marinha fez incluir os nomes dos dois impetrantes no chamado Quadro Compulsório.

É isto o que está em causa. Quanto ao mais, tratar-se-ia de mera consequência *ad futurum*, ou melhor dizendo, de ato posterior que viesse a praticar o Excelentíssimo Senhor Presidente da República. E contra ato do Senhor Ministro de Estado da Marinha, que é o visado na impetração, a competência é do nosso Tribunal.

Estou de acordo com o Ministro Peçanha Martins. Conheço do pedido, considerando competente este Tribunal.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 72.466 — DF. Rel.: Senhor Min. Henoch Reis. Reqtes.: Joaquim Januário de Araújo Coutinho Netto e outros. Reqdo.: Exmo. Senhor Ministro da Marinha.

Decisão: Por maioria de votos, vencidos os Srs. Mins. Peçanha Martins e Esdras Gueiros, o Tribunal não conheceu do mandado de segurança por se considerar incompetente para julgá-lo. Usou da palavra o Senhor Dr. Henrique Fonseca de Araújo, Subprocurador-Geral da República (em 27-3-73 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro e Moacir Catunda votaram com o Senhor Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Senhor Min. Decio Miranda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 73.473 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Requerente — Paulus da Silva Castro
Requerido — O Exmo. Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores

EMENTA

É competente o Tribunal Federal de Recursos para apreciar mandado de segurança requerido contra ato do Senhor Ministro das Relações Exteriores pelo qual ficou aprovado o «Quadro de Acesso para 1973» na Carreira de Diplomata.

Desde que, entretanto, após o ajuizamento da inicial, o Senhor Presidente da República, com base em tal Quadro, procedeu à escolha de nomes para preenchimento das vagas existentes, e assinou os respectivos decretos, o pedido ficou prejudicado.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, julgar prejudicado o pedido nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1973. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Armando Rollemberg*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Paulus da Silva Castro, diplomata residente nesta Capital, impetrou mandado de segurança contra o ato do Senhor Ministro das Relações Exteriores pelo qual esta autoridade aprovou o «Quadro de Acesso para 1973», organizado para promoções na Carreira de Diplomata, pela Comissão de Avaliação de Merecimento, na forma dos Decs. n.ºs 71.535/72 e 71.749/73.

Narrou que, tendo ingressado no Instituto Rio Branco aos 23 de maio de 1946, foi nomeado Cônsul de Ter-

ceira Classe em 9 de janeiro de 1948, promovido a Segundo Secretário, por merecimento, em 14 de novembro de 1953, ainda por merecimento a Primeiro Secretário, a partir de 29 de setembro de 1961, e designado Conselheiro em 30 de abril de 1968. Acrescentou que, indicado para promoção por merecimento a Ministro de Segunda Classe em 29 de dezembro de 1969, 2 de janeiro de 1971 e 31 de dezembro de 1971, prestara serviços em diversos países e fora elogiado pelo ex-Presidente Castelo Branco quando integrara o Corpo Permanente da Escola Superior de Guerra, e pelo Dr. Glauco Lessa de Abreu e Silva, Diretor do DASP, a propósito de trabalho que elaborara sob o título «Transamazônica — 200 milhas — Integração Nacional — Novas Fronteiras.»

Sem embargo de tais antecedentes, concluiu, não fora incluído no Quadro de Acesso para promoção a Ministro de Segunda Classe, publicado no Boletim de Serviço do Ministério de 6 de julho do ano em curso, aprovado pelo titular da Pasta, ato que, afirmou, é lesivo de direito líquido seu reparável por via do mandado de segurança.

Passou, a seguir, a justificar tal assertiva, fazendo detido exame da legis-

lação reguladora de promoções na carreira de diplomata desde o advento da Lei nº 3.917, de 1961, alterada pela Lei nº 4.415, de 1964, e pelo Dec.-lei nº 69, de 1966, e se detendo, afinal, na análise da Lei nº 5.645, de 1970, que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos e dipôs sobre a criação do Grupo Diplomacia.

Tal diploma legal, acrescentou, estabeleceu no art. 6º que, a ascensão e progressão funcionais do Grupo Diplomacia obedeceriam a critérios seletivos a serem estabelecidos pelo Poder Executivo, e, por isso, fora apresentado pelo Ministério anteprojeto, afinal transformado no Dec. nº 61.323, de 1972, no qual foram revogadas disposições existentes em leis e estabelecido que a progressão seria feita por ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, dentre os incluídos no Quadro de Acesso, organizado anualmente, no mês de dezembro, pela Comissão de Avaliação de Merecimento (art. 15), organização que deveria obedecer a critérios objetivos de aferição de merecimento, de acordo com o que dispusesse o regulamento de progressão funcional do diplomata (art. 10).

Sobreveio, contudo, aditou, o Dec. nº 71.535, de 13-12-72, no qual fora desprezada a recomendação da adoção de critérios objetivos, porque atribuído ao voto de cada membro da Comissão o valor de 1.000 pontos, estabelecido que o simples fato de o diplomata não receber um dos votos importará em alijamento de sua inclusão no Quadro de Acesso, e desprezados, por inteiro, os critérios realmente objetivos, tais como tempo de serviço na carreira, missões desempenhadas no exterior, cargos desempenhados, cursos possuídos etc.

Decorrido pouco mais de um mês, prosseguiu, ao art. 10, do Dec.

nº 71.535, foi acrescentada alínea pelo Dec. nº 71.749, de 23-1-73, atribuindo ponto a funções exercidas fora do Ministério das Relações Exteriores, ao qual se seguiu, em 29 de março, um outro Decreto, de nº 72.024, disciplinando a transposição e transformação dos diplomatas, e, finalmente, a Lei nº 5.887, de 4 de junho, facultando a contagem, como tempo de serviço público, e na carreira, de período em que o diplomata permaneceu, como aluno, no Instituto Rio Branco.

Elaborado que foi o Quadro de Acesso após a edição da legislação antes sumariada, no qual não foi incluído para promoção a Ministro de Segunda Classe, sustenta o impetrante ter havido ofensa a direito líquido e certo seu de constar do mesmo Quadro, porque:

a) a legislação que regulava as promoções, isto é, as Leis nºs 3.917 e 4.415, e o Dec.-lei nº 69/66, não haviam sido revogados por diploma legal de igual hierarquia, e sim por decretos, com o que o ato praticado com assento nestes últimos se mostrava eivado de ilegalidade, e atendidas as mesmas leis, caber-lhe-ia a inclusão no Quadro de Acesso;

b) que a Lei nº 5.645/70, ao dispor sobre a progressão funcional, determinara a obediência a critérios objetivos e fora desatendida pela legislação regulamentadora, com o que esta, mais uma vez, padecia de vício de ilegalidade;

c) que, finalmente, mesmo considerando o Dec. nº 71.723, o Quadro de Acesso deveria ter sido elaborado em dezembro de 1972, e, então, consideradas as regras vigentes, caber-lhe-ia direito a inclusão na lista para promoção, pois não se teria considerado alterações de critérios estabelecidas em legislação posterior.

Concluiu pedindo a concessão de liminar para que fosse determinada a não efetivação de promoção com base nos elementos integrantes do Quadro de Acesso para 1973, e, no mérito, a concessão de segurança para o efeito de se determinar que o mesmo Quadro fosse organizado de acordo com as disposições legais vigentes em dezembro de 1972.

O exame que fiz da inicial convenceu-me de que os fundamentos do pedido se revestiam de relevância, e, considerando que da efetivação de promoções com base no Quadro de Acesso impugnado poderia resultar a inocuidade da decisão deste Tribunal, se favorável ao impetrante, concedi liminar por despacho assim formulado:

«Ao encerrar a petição inicial o impetrante pede a concessão de liminar, «para determinar que não seja efetivada qualquer promoção, com base nos elementos integrantes do Quadro de Acesso para 1973». Ora, a efetivação de promoção cabe ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, cujos atos escapam ao controle judicial deste Tribunal, com o que não é possível a concessão da medida nos termos pretendidos.

A suspensão do ato impugnado, porém, é da exclusiva atribuição do juiz do processo, que a determinará quando da execução do mesmo ato puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final, e forem relevantes os fundamentos da impetração (Lei nº 1.533, art. 7º, nº II).

Considerando que, no caso presente, se impugna, com fundamentos relevantes, a elabora-

ção do Quadro de Acesso para promoção a Ministro de 2ª Classe, que deverá ser apresentado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República para o fim de promoção por merecimento, e atendendo que feita tal apresentação antes da decisão do mandado de segurança, a medida, se concessiva, resultará ineficaz, concedo a medida liminar para o efeito de não ser levado ao Chefe do Poder Executivo o Quadro de Acesso referido até que o Tribunal se pronuncie sobre o mandado de segurança. Comunique-se o presente despacho ao Exmo. Senhor Ministro das Relações Exteriores, autoridade impetrada, e solicitem-se informações.»

Esse despacho foi transmitido, por telex, às dezessete horas e dez minutos do dia 31 de julho (fls. 189), e mereceu resposta do Senhor Ministro das Relações Exteriores, datada do dia 1 de agosto, na qual S. Exa. após informar que o expediente, embora recebido no Ministério às 17,30 horas do dia da expedição, somente chegara ao seu conhecimento na manhã seguinte, afirmou que os Quadros de Acesso não são necessariamente levados ao Senhor Presidente da República por ocasião da efetivação das progressões, porque, publicados no Boletim de Serviço da Divisão do Pessoal do Ministério, o Chefe do Poder Executivo possui exemplares do mesmo Boletim. Concluiu esclarecendo que na mesma manhã do dia 31 de julho o Senhor Presidente da República, no despacho do expediente do Itamarati, procedera à escolha para as cinco vagas então existentes para progressão a Ministro de Segunda Classe, consagrando-a mediante assinatura dos respectivos Decretos.

Em resposta ao pedido de informações a autoridade impetrada encaminhou-me ofício onde se lê:

«Senhor Ministro,

Tenho a honra de acusar recebimento do Ofício nº 2.532, de 1 de agosto corrente, pelo qual solicita Vossa Excelência informações para a instrução do julgamento do Mandado de Segurança nº 73.473, do Distrito Federal, requerido por Paulus da Silva Castro.

Sobre o assunto, permito-me encaminhar a Vossa Excelência a anexa cópia de parecer do Consultor Jurídico deste Ministério, a respeito do requerido. Permito-me, outrossim, prestar a Vossa Excelência as seguintes informações:

a) conforme já indicava Vossa Excelência em seu despacho de 31 de julho, o provimento de cargos neste Ministério, inclusive nos casos de progressão funcional dos Diplomatas, é da competência do Presidente da República, cujos atos escapam ao controle judicial desse Colendo Tribunal;

b) o ato ministerial que o impetrante poderia desejar ver impugnado pelo Tribunal Federal de Recursos, seria, portanto, o que, às fls. 5 da petição inicial, chama de «não manutenção» do seu nome no Quadro de Acesso publicado no Boletim de Serviço nº 867, de 6 de julho do corrente ano;

c) é no caso irrelevante, embora inegável, que o impetrante haja ingressado na Carreira de Diplomata pelo Instituto Rio Branco; que haja sido promovido a Segundo-Secretário e

a Primeiro-Secretário por merecimento, e que lhe haja sido conferido em 1968 o título de Conselheiro;

d) sob o regime do presentemente revogado art. 18 e seu parágrafo único da Lei nº 3.917, de 14 de julho de 1961, fora o impetrante realmente incluído no Quadro de Acesso de 1970, no Quadro de Acesso de 1971 e no Quadro de Acesso de 1972, conquanto não em 14º lugar, em 10º lugar e em 5º lugar, respectivamente, visto como a inclusão dos nomes naqueles Quadros de Acesso não representava classificação por merecimento, sendo apenas uma enunciação segundo a ordem de antigüidade dos incluídos;

e) mesmo, todavia, sob o já revogado regime do citado art. 18, da Lei nº 3.917, nada asseguraria ao funcionário porventura incluído no Quadro de Acesso de um ano, o direito de ser novamente incluído no Quadro de Acesso do ano seguinte;

f) a título histórico, pode mesmo ser mencionado que tal direito de preferência chegou efetivamente a existir apenas entre 1961 e 1964: assim, o artigo 23 do primitivo Regulamento aprovado pelo Decreto do Presidente do Conselho de Ministros nº 3, de 21 de setembro de 1961, dizia: «Os remanescentes dos Quadros de Acesso do ano anterior têm preferência para a inclusão nos «novos Quadros»; esse Regulamento, porém, fora já totalmente revogado e substituído pelo Dec. nº 55.312, de 31 de dezembro de 1964, que nenhuma alusão sequer fazia a esse direito de preferência;

g) não pode deixar de ser salientado, entretanto, que já não têm vigência alguma, nem a Lei nº 3.917, nem o Dec. nº 55.312 acima mencionados, que regularam o regime de promoções na antiga Carreira de Diplomata, cujos cargos foram todos transformados nos cargos da nova Categoria Funcional D-301 pelo Dec. nº 72.024, de 29 de março do corrente ano, que deu execução ao Dec. nº 71.323, de 7 de novembro de 1972, pelo qual foi estruturado o Grupo Diplomacia criado pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970;

h) pelo mesmo Dec. número 72.024, de 1973, o cargo de Primeiro-Secretário, anteriormente ocupado pelo impetrante, na antiga Carreira de Diplomata, foi transformado em cargo de Conselheiro, na nova Categoria Funcional D-301;

i) note-se, ainda, que o impetrante não foi incluído «em nono lugar para inclusão no Quadro de Acesso», como alega a folhas 4 de petição, mas, simplesmente, teve seu nome relacionado entre os dos 94 candidatos ao Quadro de Acesso de 1973, conforme determina o artigo 10, do Dec. nº 71.535, de 13 de dezembro de 1972, que presentemente dispõe sobre a progressão na Categoria Funcional D-301;

j) os ocupantes de cargo da nova Categoria Funcional D-301 já portanto não são, nem podem ser, candidatos nem a promoção por merecimento, nem a promoção por antigüidade, institutos que só poderiam ter aplicação àqueles funcionários que houvessem apresentado termos de desistência para expressamen-

te renunciar à transformação de seu cargo em um cargo da nova Categoria Funcional já indicada;

k) os ocupantes de cargo da Categoria Funcional D-301, inclusive o impetrante, podem, isto sim, candidatar-se à progressão funcional, instituída pelo art. 6º, da Lei nº 5.645, e dentro, estritamente, das disposições do Dec. nº 71.535, parcialmente alterado apenas pelo Dec. nº 71.749, de 23 de janeiro do corrente ano;

l) o Quadro de Acesso de 1973, de onde devem ser escolhidos, pelo Senhor Presidente da República, os Diplomatas cuja progressão funcional deseje Sua Excelência efetivar no corrente ano, é o primeiro Quadro de Acesso anual organizado sob o novo regime do citado Dec. nº 71.535: não existe, portanto, hipótese de qualquer funcionário haver sido «mantido» ou não nesse Quadro;

m) o fato de o impetrante haver sido incluído, em Quadros de Acesso anuais, quando ocupava cargo da Classe de Primeiro-Secretário, na antiga Carreira de Diplomata não lhe confere direito algum a ser incluído no Quadro de Acesso quando, agora, ocupa cargo de Classe de Conselheiro na nova Categoria Funcional D-301: aqueles que estavam sob a égide do Dec. nº 55.312, de 1964, enquanto este se regula pelo novo Dec. número 71.535, de 1972; e o cargo do impetrante já não é o mesmo;

n) e, de fato, o impetrante em momento algum alega haver sido lesado em direito que lhe esteja garantido pelo vigente Dec. nº 71.535;

o) se porventura deseja o impetrante acoirar de ilegal ou inconstitucional o vigente Dec. nº 71.535, estabelecido pelo Poder Executivo, como parece desejar às folhas 10, 11, 12, 13 e 18 da petição inicial, o caminho judicial, naturalmente, teria de ser o recurso ao Supremo Tribunal Federal;

p) é também irrelevante recapitular quais eram os requisitos para a inclusão no Quadro de Acesso anual regulado pelo antigo Dec. nº 55.312, como recapitula o impetrante às folhas 10 e 11 de sua petição inicial;

q) às fls. 16 da petição inicial, aliás, afirma o próprio impetrante haver constatado que seu nome apenas deixou de ser incluído no referido Quadro, reconhecendo ele próprio não se poder falar em «exclusão»;

r) às fls. 17, alega o impetrante que a aprovação do Quadro de Acesso de 1973 publicado no Boletim de Serviço, no dia 6 de julho último, seria o ato que deseja ver impugnado, sob a alegação de que essa aprovação teria desrespeitado as leis que regulam a matéria;

s) essas leis que regulam a matéria seriam, na opinião do impetrante, a Lei nº 3.917, de 1961, a Lei nº 4.415, de 1964, e o Dec.-lei nº 69, de 1966, as quais, como já indicado, não se referiam nem poderiam referir-se à nova Categoria Funcional D-301, estruturada a partir da Lei nº 5.645, de 1970;

t) o Quadro de Acesso de 1973 não pode ser organizado em dezembro de 1972, simplesmente porque a transposição dos cargos da antiga Carreira de Diplomata

para a nova Categoria Funcional D-301, somente veio a ser concretizada em 30 de março de 1973, data da publicação do Dec. nº 72.024;

u) foi somente a partir da publicação do Dec. nº 72.024 que ficou fixado o número de cargos de cada uma das classes da nova Categoria Funcional D-301, e, portanto, o número de vagas cujo provimento devesse ser feito por progressão funcional: não houve «retardamento» algum na organização do Quadro de Acesso de 1973;

v) inútil alegar, como faz o impetrante às fls. 17 e 18, que, se organizado em dezembro de 1972, o Quadro de Acesso de 1973 para a progressão na Categoria Funcional D-301, teria podido ser organizado segundo o antigo Decreto que regulamentava as promoções por antiguidade e por merecimento na antiga Carreira de Diplomata;

x) mesmo que o antigo Decreto regulamentador das promoções na antiga Carreira de Diplomata, entretanto, ainda houvesse podido ser aplicado em dezembro de 1972 para ter efeito em 1973, ainda assim, não bastaria ao impetrante preencher requisitos exigidos para, necessariamente, ser incluído no Quadro de Acesso, visto como já ficou indicado que o Dec. nº 55.312, jamais obrigou a Administração a escolher diferentemente do parecer da antiga Comissão de Promoções, cujas decisões, inteiramente subjetivas, não se submetiam senão à aprovação final do Ministro de Estado;

z) a referência feita pelo impetrante ao Mandado de Se-

gurança nº 26.487 não parece poder ser levada em consideração, uma vez que o impetrante apenas insinua o seguinte: «os pressupostos que nortearam aquela decisão, guardadas as peculiaridades, podem ser invocados na espécie»; inclusive, porque o Mandado de Segurança impetrado pelo Diplomata Sergio Corrêa Affonso da Costa teve motivos inteiramente diferentes dos que presentemente invoca o Diplomata Paulus da Silva Castro.»

As informações lidas se fizeram acompanhar de parecer do Consultor Jurídico do Ministério.

Remetido o processo à Subprocuradoria-Geral foi-me enviada petição pelo impetrante na qual comenta o fato de que, recebido no Itamarati o telex no qual era dada notícia da concessão de liminar às 17,30 horas do dia 31 de julho, somente dele tivesse tido conhecimento o titular da Pasta no dia seguinte, tece considerações sobre a informação de que o Quadro de Acesso não é apresentado ao Senhor Presidente da República por ocasião da efetivação das promoções, porque S. Ex^ª possui exemplares dos Boletins do Itamarati, e conclui afirmando que, mesmo assinados os decretos, teria sido possível sustar-se a publicação respectiva, razão por que solicitava providências sobre o descumprimento da liminar.

Retornaram os autos à Subprocuradoria-Geral da República, requisitados que haviam sido para juntada da petição por último referida, e a hipótese recebeu parecer no qual se sustenta:

a) que, com a assinatura dos atos de promoção de integrantes do Quadro de Acesso cuja nulidade é argüida, tornou-se este Tribunal incompetente para conhecer do pedido, porque

homologado o mesmo Quadro pelo Senhor Presidente da República passando o exame da legalidade do ato impugnado à competência do Supremo Tribunal Federal;

b) ainda incompetência deste Tribunal porque destinado o mandado de segurança à obtenção de alteração do Dec. nº 72.024, de 1973, ato do Senhor Presidente da República, pelo qual foi instituído o sistema de acesso dos integrantes do Grupo Diplomacia aos cargos de categoria mais elevada;

c) finalmente, no mérito, a improcedência da pretensão do impetrante reiterando o parecer neste ponto, de forma mais resumida, as alegações das informações.

Em despacho à parte a Subprocuradoria manifestou-se sobre a petição do impetrante quanto ao cumprimento da liminar afirmando inteiramente improcedentes as considerações ali feitas.

Já o processo se encontrava pronto para julgamento quando nova petição me foi dirigida pelo impetrante argüindo mais uma vez ter sido a liminar descumprida porque processados novos atos com base no Quadro de Acesso impugnado. Juntou para comprovação da assertiva *Diário Oficial* contendo decretos baixados em 14 de setembro passado, nos quais foram providas vagas pelo Senhor Presidente da República relativas à progressão funcional de integrantes do Ministério das Relações Exteriores.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. Antes de proferir voto sobre o mandado de segurança manifesto-me quanto à petição na qual o impetrante solicitou providências para o cumprimento de liminar que deferira e que, afirmou, não fora considerada pela autoridade impetrada.

A petição inicial da ação foi protocolada neste Tribunal no dia 27 de julho, e, distribuída a 30 do mesmo mês, nesta data foi-me feita conclusão dos autos. Examinei o processo e, no dia seguinte, deferi a medida liminar nos termos lidos no relatório, que foi comunicada à autoridade impetrada por via de telex transmitido às 17 horas e 30 minutos.

Em 1º de agosto o Embaixador Raul de Vincenzi telefonou-me no início do expediente, dando conta de que ao ser o telex recebido no Ministério das Relações Exteriores já haviam sido assinados pelo Senhor Presidente da República os decretos referentes à progressão a Ministro de Segunda Classe e que tal assinatura se dera na manhã do dia 31 de julho. Declarei a S. Exa. que o fato deveria ser comunicado por via de ofício o que foi feito na mesma data pelo Sr. Ministro das Relações Exteriores, autoridade impetrada. Concedida que havia sido a liminar para que S. Exa. não levasse ao Chefe do Poder Executivo o Quadro de Acesso para a escolha dos diplomatas a serem promovidos, se esta já se havia realizado antes da expedição e recebimento do despacho respectivo, este teria que ser havido como prejudicado, e, assim, não assiste razão ao impetrante quando alega ter sido descumprido.

Não posso deixar sem comentário, entretanto, por encerrar reparo ao despacho por mim proferido, a parte do ofício na qual a autoridade impetrada afirma que o Quadro de Acesso não é apresentado necessariamente ao Senhor Presidente da República por ocasião da efetivação das progressões desde que é publicado no Boletim da Divisão de Pessoal, para conhecimento geral, e dele possui exemplares a Presidência da República.

Que a Presidência da República possua exemplares dos Boletins oficiais editados é fato perfeitamente normal que ninguém põe em dúvida.

Inaceitável é, *data venia*, entretanto, que o Chefe do Poder Executivo tome conhecimento dos que publicam Quadros de Acesso dos diversos Ministérios, salvo quando os titulares das Pastas, em seus despachos, submetam à apreciação de S. Exa. os decretos a serem baixados com apoio nos mesmos Quadros, o que possivelmente ocorrerá nos casos de significação menor, ou os apresentem para exame dos funcionários que devam ser escolhidos, e lavratura dos decretos respectivos, quando se cuidar de escolhas de maior importância, casos em que, em relação a certos nomes já terá sido informado pela sua assessoria direta e examinará com o Ministro a conveniência da escolha. Admitir que o Senhor Presidente da República tem conhecimento prévio dos Quadros de Acesso seria considerar possível que, no assobertamento de trabalhos e responsabilidades da direção do País, sobrasse tempo aos que a detenham para estudos de importância menor.

Os documentos dos quais a Presidência da República tem conhecimento são, naturalmente, de outra ordem, e, entre eles se poderá citar, pela sua relevância, as notas trocadas pelo Brasil com os países vizinhos sobre o aproveitamento das águas internacionais, particularmente as que resultaram na celebração do acordo de Itaipu, vitória marcante da diplomacia brasileira sob o comando da ilustre autoridade impetrada. Não os Quadros de Acesso para progressão de funcionários.

2. Passo ao exame do mandado de segurança.

A Subprocuradoria, em seu parecer, suscita duas preliminares, ambas de incompetência deste Tribunal, assentadas nos argumentos seguintes:

a) o Quadro de Acesso contra cuja legalidade se insurge o impetrante foi elaborado com apoio no Dec. nº 72.024, de 29 de março de 1973, e, assim, se acolhida a impetração estar-se-ia anulando ato do Senhor Presidente da República, o decreto aludido, para o que falece a este Tribunal competência;

b) a expedição de decretos, pelo Chefe do Poder Executivo, com base no Quadro de Acesso impugnado no mandado de segurança, importara em homologação do mesmo Quadro por S. Exa., com o que a apreciação da legalidade de sua elaboração escapara à competência desta Corte.

A primeira das argüições é de todo inaceitável pois, elaborado embora com base em decreto do Senhor Presidente da República, o Quadro de Acesso é ato de execução, e, portanto, poderia ser atacado por via de mandado de segurança dirigido contra a autoridade impetrada que o aprovou, cujos atos estão subordinados ao controle jurisdicional deste Tribunal que pode declarar-lo ilegal se convencido de que o decreto no qual se assentou contrária diploma legislativo de hierarquia superior.

Rejeito assim a primeira preliminar.

Acolho a segunda, porém.

Não o faço aceitando a alegação de que a escolha feita pelo Presidente da República com base no Quadro impugnado haja importado em homologação deste, pois tal ato jurídico não está sujeito a homologação do Chefe do Poder Executivo.

Tenho, porém, que, impetrada como foi a segurança para que declarado

ilegal o Quadro de Acesso elaborado de acordo com a legislação editada em 1973, se determine a organização de um outro consoante as disposições legais vigentes em dezembro de 1972, se deferida a medida, ter-se-á como nulos os atos praticados pelo Senhor Presidente da República com apoio no Quadro impugnado, decisão que teria, no caso, efeito meramente declaratório, desde que não nos é possível determinar o desfazimento de tais atos, e como não pode ser este o conteúdo da decisão prolatada em mandado de segurança, concluo que, já agora, somente o Supremo Tribunal Federal poderá decidir a controvérsia, apreciando a legalidade da elaboração do Quadro de Acesso em que se alicerçaram os atos do Senhor Presidente da República e desfazendo a estes se concluir por desconformidade do mesmo Quadro com a legislação, da qual haja resultado ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Esta conclusão justifica, de resto, o deferimento da medida liminar, pois se requerida segurança com anterioridade, tal providência teria evitado a situação descrita e, de outro lado, responde à petição na qual o impetrante, frente aos atos baixados em relação ao Grupo Diplomacia no mês de setembro, afirma ter sido a liminar descumprida. A autoridade impetrada terá entendido que, lavrados e publicados que haviam sido os decretos anteriores, a liminar já não tinha aplicação, embora realmente se possa considerar que o aguardo da decisão do mandado de segurança por esta Corte representaria uma prova de apreço ao Poder Judiciário, como fez em caso semelhante S. Exa. o Almirante Adal-

berto de Barros Nunes, digno Ministro da Marinha e, tendo em conta as repercussões naturais dos atos do Ministério do Exterior junto às representações das nações estrangeiras em nosso país, seria uma forma de afirmar a consideração das autoridades brasileiras pelas regras do Estado de Direito.

Pelas razões expostas, considerando que, ao ser requerido, este Tribunal era competente para conhecer do mandado de segurança, situação que foi alterada em face de atos praticados posteriormente, o meu voto é julgando o pedido prejudicado.

VOTO
(Vencido)

O Sr. Min. Décio Miranda: Senhor Presidente, meu voto, aderindo às considerações do eminente Sr. Ministro Relator, tem, porém, uma conclusão diferente: em vez de julgar prejudicado o pedido, dele não conheço pela incompetência superveniente do Tribunal Federal de Recursos e faço encaminhar os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. Quando os impetrantes requereram o mandado de segurança, ainda não se haviam consumado as promoções, inexistindo o ato do Chefe do Poder Executivo. Se esse fato preexistisse ao pedido, estou em que, realmente, não se deveria dele conhecer. O ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da República é, entretanto, posterior à impetração, dele decorrendo a consequência de não mais

caber ao Tribunal o exame do mérito do mandado de segurança, eis que se tornou incompetente para apreciá-lo, por fato posteriormente ocorrido.

Daí por que, sendo a súplica contra ato de Ministro de Estado, estou em que o Tribunal, dela conhecendo, dará a mesma por prejudicada. Nesse sentido, acompanho o voto do ilustre Ministro Relator.

No que concerne, entretanto, à fundamentação desenvolvida por S. Exa., não a adoto, *data venia*, em sua integralidade, mas apenas nos termos relativos ao aspecto técnico-jurídico do pedido inicial. Considerando tão-só o petitório e não outras implicações postas no voto do eminente Relator, tenho, também, por prejudicado o mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

MS. nº 73.473 — DF. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg — Reqte.: Paulus da Silva Castro. Reqdo.: O Exmo. Sr. Min. de Estado das Relações Exteriores.

Decisão: Julgaram prejudicado o pedido nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, contra os votos dos Srs. Mins. Décio Miranda e Amálio Benjamin que preferiram não conhecer do pedido e encaminhar os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal (em 11-10-73 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 73.655 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre

Recorrente — Juiz de Direito da Com. de Coronel Fabriciano, *ex officio*

Agravante — Banco de Brasil S.A.

Agravada — ACIPA S.A. - Auto Comercial Importadora Piracicaba

EMENTA

Mandado de segurança impetrado contra Gerente do Banco do Brasil que encerrou conta bancária do impetrante.

Considerando que o impetrado, dada a sua condição, não tem poderes de decisão, entendeu a Turma que a Justiça Federal é incompetente para conhecer e julgar o pedido.

Tendo em vista que a mesma declaração já foi feita pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, suscita-se conflito negativo de jurisdição perante o Supremo Tribunal Federal.

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, declarar incompetente este Tribunal, e suscitar conflito negativo de jurisdição perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 5 de outubro de 1973. — *Amarílio Benjamin*, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Trata-se de Mandado de segurança impetrado contra o Gerente do Banco do Brasil perante o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara de Coronel Fabriciano, Minas Gerais.

A ordem foi deferida (fls. 41).

O impetrado recorreu.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais fez remeter os autos ao Tribunal de Alçada, que se deu por incompetente e enviou os autos a este Tribunal.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela incompetência deste Tribunal e pela volta dos autos à Corte de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): A impetrante viu encerrada conta bancária que mantinha.

Contra esse ato, rebelou-se.

Impetrou esta segurança, que lhe foi concedida.

Como pareceu à Subprocuradoria-Geral da República, o ato apontado como coator não foi praticado por autoridade, assim entendida «a pessoa investida de poder de decisão dentro de determinada esfera de competência atribuída pela norma legal» (Hely Lopes Meirelles — *Mandado de Segu-*

rança e Ação Popular — 2ª edição, pág. 13).

O Gerente do Banco do Brasil, apontado como coator, dada a sua condição, não tem poderes de decisão, eis que estes emanam «das autoridades públicas propriamente, como, também, os praticados por administradores ou representantes de autarquias e de entidades paraestatais, e, ainda, os de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas, como são os concessionários e permissionários de serviços de utilidade pública» (autor e ob. cit., pág. 14).

O impetrado ao executar norma aplicável a todos os Bancos do País, baixada pelo Banco Central, não agiu como autoridade ou por delegação.

É o que explica o autor em citação, à página acima indicada:

«Não se considera atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares, cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, como são os estabelecimentos bancários e as organizações hospitalares, salvo quando desempenham funções públicas delegadas».

A admitir-se o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais (fls. 63/64), adotado pelo Colendo Tribunal de Alçada (fls. 66), no sentido de que o ato impugnado decorre de função delegada, partida do Banco Central, donde a competência da Justiça Federal para julgar o feito, teríamos, então, aquela situação exposta pela Subprocuradoria-Geral da República às fls. 70: «todos os atos de encerramento de conta praticados pelos gerentes de estabelecimentos bancários em geral, seriam passíveis de mandado de segurança perante a Justiça Federal, porque ditos gerentes

seriam erigidos em autoridades federais».

Tenho que a Justiça Federal, e, via de consequência, o Tribunal, é incompetente para conhecer e julgar este pedido de segurança.

Mas, uma vez que o Tribunal do Estado de Minas Gerais já se declarou incompetente, voto no sentido de que Conflito Negativo de Jurisdição seja suscitado perante o Colendo Supremo Tribunal Federal.

VOTO

(Vencido)

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin*: Tenho na devida conta o voto que acaba de enunciar o Sr. *Min. Jarbas Nobre*. Na verdade, seguindo as linhas normais do julgamento, a orientação proposta pelo douto julgador é a mais acertada. Entretanto, não podemos perder de vista que um fato mínimo, para ser apreciado nas suas consequências, terá percorrido um longo caminho: Juiz de Primeira Instância, dois Tribunais no segundo grau, e, por fim, a cúpula do sistema judiciário.

Parece-me que, em face das peculiaridades do caso, podemos simplificá-lo. Foi requerido um mandado de segurança contra o Gerente do Banco do Brasil. Essa medida somente foi solicitada por se admitir que o Gerente do Banco do Brasil seja uma autoridade federal, quando, realmente, não o é. Ora, dentro desse prisma, não seria a Justiça Estadual a competente para dizer que o Gerente do Banco do Brasil, nas funções que desempenha, com relação a depósito bancário comum, não exerce função delegada da administração federal ou do Banco Central, e sim a Justiça Federal. Em face desse detalhe, e para manter a simplicidade de um caso simples, acho que o melhor caminho seria o nosso Tribunal conhecer da matéria, prover

o recurso e declarar incabível o mandado de segurança, pela circunstância especial de não ser o Gerente do Banco do Brasil, para os efeitos considerados, uma autoridade.

Em divergência, pois, com o Sr. Ministro Relator, é o meu voto, conhecendo e dando provimento ao recurso, nos termos expostos.

Voto

O Sr. Min. Décio Miranda: Não obstante a ponderação que merecem as considerações que acaba de fazer o eminente Sr. Min. Amarílio Benjamin, estou em que a solução a ser adotada deva ser aquela proposta pelo eminente Sr. Ministro Relator.

Em verdade, não nos é dado, agindo como Juizes de segunda instância da Justiça Federal, reformar ou confirmar sentença proferida por Juiz da Justiça Estadual.

Somente poderá fazê-lo o Tribunal que tem hierarquia jurisdicional sobre esse Juiz.

EXTRATO DA ATA

AMS nº 73.655 — MG. Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Recte.: Juiz de Direito da Comarca de Coronel Fabriciano. Agte.: Banco do Brasil S.A. Agda.: ACIPA S.A. - Auto Comercial Importadora Piracicaba.

Decisão: Por maioria, vencido o Senhor Min. Amarílio Benjamin, declarou-se incompetente este Tribunal, e suscitou-se conflito Negativo de Jurisdição perante o Colendo Supremo Tribunal Federal (em 5-10-73 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Décio Miranda votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 21.922 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Embargante — Companhia Nacional de Indústria e Comércio
Embargada — União Federal

EMENTA

Preliminar de carência da ação improcedente. Correção monetária a partir da data da lei que a instituiu. Receberam-se os embargos. Decisão unânime.

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, receber os embargos, e estabelecer que a correção monetária deveria incidir a partir da data da lei que a instituiu, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 3 de outubro de 1972. — Armando Rollemberg, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Trata-se de embargos opostos ao V. Acórdão da Egrégia Segunda Tur-

ma deste Tribunal, cuja ementa assim resume a espécie:

«Terrenos na Ilha do Governador. Anulação de registros pela Comissão Especial que os examinou. Impossibilidade de reexame.

Não pode o Judiciário rever, para invalidar, por forma indireta, as decisões da Comissão de Desapropriação das Terras da Ilha do Governador que anulou as respectivas transcrições. Elas ficaram intocáveis, face aos dispositivos do art. 7º do Decreto-lei nº 1.343/39 que a instituiu, e do Decreto-lei nº 2.479, de 5 de agosto de 1940».

Por unanimidade de votos julgou-se sem objeto o incidente de falsidade, e, por maioria, teve-se a autora como carreadora da ação.

Foi voto vencedor o do Relator, o Sr. Ministro J.J. Moreira Rabelo, acompanhado pelo Sr. Ministro Godoy Ilha, ficando vencido o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

O voto do eminente Ministro Godoy Ilha, que melhor explica as razões do entendimento da maioria, vale parcialmente transcrito:

«Tenho, como o eminente Relator, que a autora não demonstrou suficientemente possuir o domínio útil da vultosa gleba de terras sita na Ponta do Galeão, na Ilha do Governador, no Estado da Guanabara, de que seria titular o Mosteiro de São Bento e por este incorporado ao patrimônio da autora, por ocasião de sua constituição em 1912. Esses terrenos do Galeão foram mandados desapropriar pela Lei nº 439, de 29 de maio de 1937, para as obras necessárias à ampliação das instalações da Aviação Naval, na parte ocidental da Ilha do Governador,

e, no uso daquela autorização legal, foi a desapropriação tornada efetiva pelo Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro do mesmo ano de 1937, com a aprovação da planta daquelas obras e dos terrenos nela compreendidos. Como os ocupantes dos terrenos compreendidos na área daquelas desapropriações tivessem oposto obstáculos à execução das providências indispensáveis ao exercício dos direitos do Estado e considerando que, no curso desses litígios, o domínio de particulares sobre ditos terrenos não se tivesse provado senão por meios indiretos, expediu o Governo da República, no exercício das funções legislativas que lhe foram atribuídas pelo art. 180, da Carta de 10 de novembro de 1937, o Decreto-lei nº 1.343, de 13 de julho de 1939, dispondo no seu art. 1º, *verbis*:

«Art. 1º — Todo aquele que se julgar com direito a qualquer porção dos terrenos compreendidos na área da desapropriação de que trata o Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro de 1937, deverá, dentro de 30 dias contados da publicação desta lei, apresentar os títulos em que funda esse direito à Comissão que, por decreto de 23 de dezembro de 1937, foi designada para representar o Ministério da Marinha no processo das mesmas desapropriações».

E, para isso, deveriam os interessados satisfazer os requisitos exigidos pelos §§ 1º e 2º, desse artigo. E, no art. 2º, estabeleceu de modo expresso:

«Art. 2º — Não apresentados os títulos, ou não reconhecidos pela Comissão como legítimos, a União se investirá, *ipso facto*, no domínio e na pos-

se dos terrenos, sem prejuízo do prosseguimento do processo de desapropriação até sua conclusão.

Parágrafo único — A decisão da Comissão será título hábil para que a União se imita judicialmente na posse dos terrenos, sem audiência da parte interessada. Do despacho liminar que ordenar a imissão não caberá recurso».

E, no art. 7º, dispôs a lei: «não caberá ação para reivindicação do domínio, em consequência do disposto no art. 2º». Sobreveio mais tarde, o Decreto-lei nº 2.479, de 5 de agosto de 1940 que, ao suprimir o supra-transcrito parágrafo único, do art. 2º, do precitado Decreto-lei nº 1.343/39, acrescentou-lhe os seguintes dispositivos:

«Art. 2º — No caso previsto no art. 2º, do mesmo Decreto-lei nº 1.343, disputando dois ou mais interessados o domínio das terras compreendidas no Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro de 1937, a União Federal só se investirá na posse dessas terras depois que a Comissão respectiva, a que se refere o art. 1º, do citado Decreto-lei nº 1.343, apreciar e decidir sobre a legitimidade dos títulos apresentados pelos interessados que se habilitarem no prazo estabelecido pelo art. 1º, daquele Decreto-lei nº 1.343.

«Art. 3º — Da decisão da respectiva Comissão não caberá recurso de qualquer natureza.

«Art. 4º — Não caberá, outrossim, qualquer medida judicial possessória relativamente às terras sujeitas a julgamento da Comissão e sobre as quais

se pronunciar a mesma, nos termos do Decreto nº 1.343, citado.

«Art. 6º — O reconhecimento do domínio direto da União, pela Comissão de desapropriação sobre as terras abrangidas pelo Decreto-lei número 1.343, de 13 de junho de 1939, e pelo Decreto nº 2.201, de 23 de dezembro de 1937, determinará a competente transcrição no Registro de Imóveis em nome da mesma União Federal e o consequente cancelamento das transcrições existentes sobre as mesmas propriedades.

«Parágrafo único — As transcrições e cancelamento acima referidos deverão ser efetuados mediante cópia autêntica das respectivas decisões da Comissão».

Tais disposições emanaram das atribuições legislativas de que estava legitimamente investido o Poder Executivo por força de delegação expressa da Constituição de 1937, e em obediência a elas, a Comissão de desapropriações do Galeão, constituída de figuras eminentes da administração federal e com a assistência do Sr. Procurador-Geral da República, apreiciou a reclamação da autora, Companhia Nacional de Indústria e Comércio, e concluiu, após longa e fundamentada decisão literalmente transcrita às fls. 717/738».

Os embargos foram oferecidos às fls. 788/789 e admitido às fls. 798.

É o relatório.

Voto

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): A decisão embargada, nem o

voto vencido cuja prevalência pede a embargante, cuidam do assunto focalizado na petição de fls., que indefiro. A metragem real poderá ser apurada na execução.

A Constituição de 1937 não tinha dispositivo específico prescrevendo que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Através do seu art. 74, *b*, o Presidente da República ficou investido da competência de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Parlamento que, durante o seu período de vigência, nunca se instituiu.

Note-se, porém, que, prevendo a existência de três poderes distintos (arts. 38, 73 e 90), relativamente ao Judiciário vedou conhecer, apenas, de questões políticas (art. 94). De forma restrita, vale ressaltar, estabeleceu que o Presidente poderia expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13, isto é, autorizado pelo Parlamento mediante as condições fixadas pela autorização, ou, no caso de recesso ou dissolução da Câmara, sobre matéria de competência legislativa da União, excetuadas entre as matérias, as modificações à Constituição (art. 13, *a*).

Considerados esses dispositivos, parece-me que a lei não podia excluir qualquer ato de apreciação judicial. Apenas através de emenda à Constituição a restrição poderia ser estabelecida, salvo quanto a atos políticos.

Nem se diga que, por não ser expressa a Carta de 37 na garantia de todos os atos, essa conclusão é excessiva. Note-se que a Constituição anterior, a de 1891, também não encerrava a garantia ora discutida, valendo a transcrição desta advertência de Ruy Barbosa:

«Ainda quando se trate de poderes totalmente discricionários,

o de que não conhecem os tribunais, é do modo como tais poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raías que lhes traçou a eles a lei. Mas da alçada inconteste dos tribunais será entendereu na matéria, para examinar duas questões, se forem levantadas a da existência desses poderes e a da sua extensão, comparada com o ato controverso. Se a autoridade invoca uma atribuição inexistente, ou exorbita de uma atribuição existente, embora discricionária dentro dos seus limites, não pode a Justiça recusar o socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ela apelar» (*Comentário à Constituição Federal Brasileira*, ordenados por Homero Pires, Vol. IV, página 44).

Isto posto, e tendo em vista que o caso não envolve «questão política», mas é relativo a direito de propriedade, que a Constituição de 37 assegurava (art. 122, *caput* e nº 14), não é de admitir-se a exclusão do seu exame pelo Poder Judiciário.

Mesmo, porém, que assim não fosse, a apreciação estaria assegurada pela Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que não consagrou exclusão do controle jurisdicional.

Nesse caso, pouco importaria que os decretos-leis de ns. 1.343/39 e 2.479/40, fossem anteriores ao novo instrumento, por isso que a Constituição, na lição dos mestres, a principiar por Pontes de Miranda,

«... é rasoura que recorta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras constitucionais». (*in Comentários à Constituição de 1946*, Vol. IV, pág. 19).

Em face, pois, da Carta de 1937, como da de 1946, que também proclamava o direito de propriedade, tenho a embargante como parte legítima para a propositura, nos termos do voto do eminente Ministro Armando Rollemberg. Note-se que ela demonstrou que os terrenos em causa e incorporados ao seu capital eram de propriedade do Mosteiro de São Bento, como reconheceu e proclamou o Supremo Tribunal Federal, em 1914, nestes termos peremptórios:

«Considerando que, na ação cuja sentença presentemente se trata de executar, ficou bem provado que o terreno em questão pertence ao Mosteiro de São Bento, desta cidade; pois, a União absolutamente não tem título algum de domínio sobre esse imóvel, ao passo que o dito Mosteiro de São Bento se apoia vitoriosamente na posse imemorial, e no reconhecimento do seu domínio pelo Governo do Império e pelo Governo da República, em actos solenes, como ficou bem provado e demonstrado na ação principal...» (doc. de fls. 119).

Isto posto, recebo os embargos nos termos do voto vencido, que assim concluiu:

«Considerando, porém, a fragilidade da prova trazida aos autos da presente demanda, onde o autor, como vimos, tem a seu favor tão-somente decisão judicial anterior, acompanho o Sr. Ministro Godoy Ilha que, em seu voto, reduziu de forma substancial a indenização a ser paga, ficando esclarecido que a correção monetária deveria incidir da data da lei que a instituiu».

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Ao relatório ainda acrescento: Após vários pedidos de adiamento dos presentes embargos formulados pelo antigo advogado Prof. Adroaldo Costa, através de novo patrono declaram os embargantes que a área desapropriada, não atingindo a metragem avaliada, o feito deve ser anulado e realizada uma nova avaliação.

A ilustre Subprocuradoria-Geral da República, novamente ouvida, acentuando que a matéria não participa direta, ou indiretamente, do conteúdo do voto vencido, finaliza dizendo esperar pela confirmação do acórdão.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Revisor): O atento exame dos autos, que efetuei, leva-me a aderir ao voto vencido do Sr. Ministro Armando Rollemberg, de fls. 775/8, fundado, para julgar procedente a ação, em anterior acórdão do Supremo Tribunal Federal, que não foi anulado, mas apenas anulada a respectiva execução.

Recebo os embargos nos estritos limites desse voto, desconsiderando, por processualmente incabíveis, os pedidos da embargante quanto ao valor da indenização.

No fixar o montante e modo de liquidação da indenização, houve concordância entre os votos dos Srs. Ministros Godoy Ilha e Armando Rollemberg, refugindo a matéria a reexame nos embargos, a não ser que se decida a volta dos autos à Turma para dispor, pelo voto dos seus três membros julgadores, a respeito da exten-

são e valor da indenização, matéria sobre a qual não se pronunciou, no acórdão embargado, o Sr. Ministro J.J. Moreira Rabello, cujo voto, folhas 765/6, se limitou à declaração de carência da ção.

Sobrevindo ao julgamento embargado a Lei nº 5.670, de julho de 1971, dou-lhe aplicação, por se tratar de avaliação anterior à Lei nº 5.686, para confinar a correção monetária aos termos da nova lei.

VOTO

O Sr. Min. Godoy Ilha: Sr. Presidente, acompanho os votos dos Srs. Ministros Revisor e Relator, mas para receber os embargos, nos termos do voto do Ministro Armando Rollemberg que, quanto ao mérito, acompanhou as conclusões do meu voto. Acho que não há necessidade de o processo voltar à Turma para colher o voto do substituto do Ministro Moreira Rabello, porque já se formou a maioria na Turma, onde sustentei a carência da ação. Vencido nesta preliminar, recebo os embargos, nos termos do voto que o Sr. Ministro Armando Rollemberg proferiu, por ocasião do pedido de vista formulado nos autos. Faço uma advertência: a cláusula da correção monetária deve ser alterada, porquanto ela havia sido deferida a partir da data da avaliação, mas a Lei nº 5.670 de 1971, mandada aplicar aos processos em curso, determina que a correção monetária incida a partir da lei que a instituiu, a Lei nº 4.686/65.

Assim recebo os embargos com essa restrição.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro: Recebo os embargos, de acordo com o Relator e Revisor.

Julgo desnecessária a volta do processo à Turma por entender que o Ministro Moreira Rabello também concordou com a avaliação. Quanto à correção monetária também estou de acordo com o Ministro Godoy Ilha.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Sr. Presidente.

Recebo os embargos, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Relator e Revisor.

EXTRATO DA ATA

EAC. nº 21.922 — GB. Rel.: Senhor Min. Peçanha Martins. Rev.: Sr. Ministro Decio Miranda. Embte.: Companhia Nacional de Indústria e Comércio. Embda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade de votos, receberam-se os embargos, e estabeleceu-se que a correção monetária deveria incidir a partir da data da lei que a instituiu (em 3-10-72 — T. Pleno).

Não tomaram parte no julgamento os Srs. Mins. Henrique d'Ávila e Nérida da Silveira. Os Srs. Mins. Decio Miranda, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Godoy Ilha, Márcio Ribeiro, Moacir Catunda e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Amarílio Benjamin. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.065 — RJ

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro
Recorrente de Ofício — Juízo dos Feitos da Fazenda Pública
Apelante — Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro
Apelado — Martinho Martins Moreira

EMENTA

Consignação em Pagamento. CPC, art. 316, II.

É justa a recusa de recebimento, se o devedor se achar, incontestavelmente, em mora.

As promessas de venda de moradias, avençadas com a Caixa Econômica Federal, regulam-se, segundo o direito comum, pelas cláusulas do respectivo contrato, e não pelos dispositivos especiais de venda de terreno loteado. Desnecessária, assim, a prévia interpelação do promitente-comprador para fazê-lo incorrer em mora.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento aos recursos para julgar improcedente a ação, e condenar o autor nas custas e honorários advocatícios, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Ação de consignação em pagamento ajuizada contra a Caixa Econômica Federal do Estado do Rio de Janeiro, por *Martinho Martins Pereira*.

Como promitente-comprador de um prédio composto do lote H, quadra 22,

do Bairro Mutuá e «prédio residencial popular» tipo B, nele edificado, conforme escritura que data de 19 de dezembro de 1957, o autor veio a juízo, a 13-1-65, para pagar as prestações, «desde a escritura até o presente».

Sustentou que a transação fora realizada segundo as leis do loteamento (DL nº 58/37 e D. nº 3.079/38).

Feito o depósito, a ré apresentou a contestação de fls. 30, alegando a ilegitimidade do autor por ter, sem o seu consentimento, sub-rogado a terceiro seus direitos e obrigações.

No mérito, aduz justa recusa em receber, pois em outra ação estava pleiteando a rescisão da promessa de compra e venda, que não foi realizada com base no DL nº 58/57. Sem necessidade de prévia notificação, o autor achava-se em mora de sete anos e «ainda que a legislação especial o amparasse, não iria ao cúmulo de pretender beneficiar contratante inadimplente e, já agora, mero intermediário,

em face da cessão consumada a terceiro».

Houve réplica às fls. 46/52.

Às fls. 22, a ré havia pedido o apensamento dos dois processos, que, entretanto, não perdurou, por ter o Juiz, no despacho saneador da ação anulatória, julgado a autora carecedora de ação.

Afinal, a sentença de fls. 112/113 julgou procedente a consignação em pagamento.

Apela a ré, com as razões de folhas 117/120, acompanhadas de documentos e respondidas às fls. 131/134 pelo apelado.

A Procuradoria da República reportou-se ao pronunciamento da autarquia assistida.

A Subprocuradoria-Geral também opina pela reforma da decisão recorrida.

Distribuído o recurso ao eminente Min. Moacir Catunda, entendeu a E. 1ª Turma, unanimemente, que nossa jurisdição estava preventa, porque a decisão em que o Juiz julgara a Caixa carecedora da ação ordinária para rescisão da promessa de venda havia sido reformada por decisão de que fui relator (AC 23.081 — RJ).

O reapensamento das duas ações não foi possível porque, voltando à comarca de origem, a AC 23.081 — RJ, não retornou a este Tribunal.

Determinei, entretanto, a juntada de meu voto aos autos (fls. 152, lê).

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): — *De meritis*, continuo entendendo que o contrato de promessa de venda, no caso, versando sobre a compra de moradia, não era regido pela legislação especial sobre compra e venda de terreno loteado, mas pelas cláusulas contratuais da escritura de promessa de venda.

E, segundo a cláusula 10ª, o atraso das prestações era motivo de rescisão, «independentemente de prazo contratual e qualquer interpelação judicial ou extrajudicial».

Havia, assim, justo motivo para o não recebimento do depósito.

Dou provimento aos recursos, para julgar improcedente a ação e condenar o autor nas custas e honorários advocatícios de 20%.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 24.065 — RJ. Rel.: Senhor Min. Márcio Ribeiro. Rev.: Senhor Min. Esdras Gueiros. Recorrente: Juiz da Fazenda Pública do Rio de Janeiro. Apte.: Caixa Econômica do Rio de Janeiro. Apdo.: Martinho Martins Moreira.

Decisão: À unanimidade, deram provimento aos recursos para julgar improcedente a ação, e condenar o autor nas custas e honorários advocatícios de 20% (em 17-12-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.510 — RJ

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis
Revisor — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Recorrente — Juízo dos Feitos da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro
Apelante — Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro
Apelados — Bertha Pavolide de Warren e outros

EMENTA

Recursos providos, em parte, para reconhecer aos autores o direito à indenização por perdas e danos que forem apurados em execução, no que concerne às despesas feitas para obtenção do financiamento, além de juros de mora e honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

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

Brasília, 17 de março de 1971. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Bertha Pavolide de Warren e outros promoveram ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, pleiteando indenização por perdas e danos, em face dos prejuízos causados com a desistência formulada pela ré em prosseguir no financiamento de construção de um edifício de apartamentos, em terreno da Rua Dr. Celestino, nº 172, em Niterói.

Alegam que, em 1956 solicitaram da ré financiamento, para a construção de um edifício de 4 andares, com 14 apartamentos, em terreno valorizado, estimado à época em Cr\$ 10.000.000,00.

Adiantam que foram feitos projetos, nos quais gastaram Cr\$ 210.000,00 (moeda antiga) e os pedidos, encaminhados em forma regular, foram processados e deferidos pelo Conselho Administrativo da Caixa e autorizada afinal a concessão de um empréstimo de Cr\$ 548.000.000,00 velhos, sendo elaborado o respectivo plano de pagamento, como faz certo o doc. de fls. 5.

Já tinham sido aprovadas as minutas das escrituras, quando a ré comunicou aos autores que o Conselho Administrativo resolvera cancelar o financiamento por ser contrário as portarias ministeriais.

Concluem alegando que, com esse cancelamento, a ré causou sérios prejuízos aos autores, pelo que esperam ser indenizados na forma do art. 159, do Código Civil, e 194 da Constituição Federal.

A inicial veio instruída com os documentos de fls.

A ré opôs exceção de coisa julgada, porque o mesmo pedido já fora repellido em mandado de segurança.

Contestação, às fls. 50-54.

Réplica fls. 57/61.

Saneador irrecorrido fls. 107.

Por sentença de fls. 117/119 o Doutor Juiz julgou em parte procedente a ação, para serem os autores indenizados das perdas e danos que apurarem em execução no que concerne a despesas feitas para a obtenção do financiamento, além dos juros de mora e honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da causa» (fls. 119).

Recorreu de ofício.

Às fls. 121 os autores interpuseram os seguintes Embargos de Declaração:

«.....

A respeitável sentença, em seus douts fundamentos, às folhas 118 *in fine* reconhece a obrigação da Ré... «indenizar os suplicantes pelo que gastaram no processamento do pedido, pelo que devem receber a mais ampla a ser apurada em execução de sentença porque os autores indicam violação unilateral do compromisso de contratar, incidindo assim a ré no art. 159, do Código Civil, ... perdendo, assim, oportunidades proveitosas: Reconhecida, pois, a violação unilateral do compromisso, por parte da ré, com infringência do art. 159, do Código Proc. Civil, parece aos AA., *data venia*, que a condenação da veneranda sentença seria contraditória com a sua fundamentação, por julgar procedente a ação, apenas em parte. Face ao exposto, querem os AA. opor os presentes Embargos de Declaração, para que V. Exa. se digne de esclarecer a douda sentença de folhas 117/119, desfazendo a impressão de contrariedade. Requebrem, afinal, que V. Exa., esclarecendo a parte relativa à condenação da verba advocatícia, pedida no item 21 da inicial, faça-a incidir sobre o montante da

condenação, uma vez que o valor da causa de Cr\$ 500.000 foi dado somente e exclusivamente para efeito de taxa»...

Os embargos foram recebidos na forma seguinte:

«.....

Examinando o recurso, em verdade, se depara com a divergência apontada à fls. 121 da decisão embargada. Desse modo este Juízo recebendo os embargos, em parte, torna assente que os suplicantes devem ser indenizados pelo que gastaram no processamento do pedido, e devem receber o mais amplo ressarcimento dos prejuízos com a violação unilateral do compromisso de contratar com a Caixa Econômica Federal do Estado do Rio. Com referência a honorários advocatícios, prevalece, em face da lei, o arbitramento de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa indicada na inicial».

Dessa sentença apelou a ré com as razões de fls. 128/136, contrariadas às fls. 138/146.

Nesta Superior Instância, oficiou a douda Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo provimento de ambos os recursos.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): A sentença recorrida tem a seguinte redação:

«Isto posto: É incontestável ter havido a concessão do empréstimo aos postulantes pela ré. Há prova irrefutável de que cumpriram os autores as exigências da financiadora e se prepararam para

assinar o contrato de financiamento hipotecário, quando deliberação superior cancelou os processos de incorporação (fls. 91), três anos após ter dado atendimento aos requerentes. Negar-lhes o direito ao empréstimo é assunto que não se discute se houve infringência a normas ministeriais reguladoras do assunto. Inadmissível é deixar de indenizar os suplicantes pelo que gastaram no processamento do pedido pelo que devem receber a mais ampla a ser apurada em execução de sentença, porque os autos indicam violação unilateral do compromisso de contratar, incidindo assim a ré no art. 159, do Código Civil, porque os autores acreditam que era sério o deferimento do Conselho, e só ficaram à espera daquele financiamento, desinteressando-se por outro negócio, perdendo, assim, oportunidades proveitosas. Em verdade o contrato só começa a ter existência com a escritura, mas qualquer das partes pode até o momento dela ser lavrada arrepender-se do negócio, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes. Pelo exposto, julgo em parte a ação procedente para serem os autores indenizados das perdas e danos que apurarem em execução no que concerne a despesas feitas para obtenção do financiamento, além dos juros de mora e honorários advocatícios, que arbitro em 20% sobre o valor da causa.» (sic).

Confirmo esta sentença, sem a retificação feita pelo ilustre magistrado, ao receber os Embargos de Declaração interpostos pelos autores. Diz o doutor Juiz *a quo*, retificando a sentença:

«Desse modo este Juízo recebendo os embargos, em parte, tor-

na assente que os suplicantes devem ser indenizados pelo que gastaram no processamento do pedido e devem receber o mais amplo ressarcimento dos prejuízos com a violação unilateral do compromisso de contratar com a Caixa Econômica Federal do Estado do Rio» (sic).

A expressão, o mais amplo ressarcimento, é muito vaga. Fico com a sentença primitiva, que determinou fossem os autores indenizados das perdas e danos que forem apurados em execução, no que concerne as despesas feitas para obtenção do financiamento, além dos juros de mora e honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Só a isso têm direito os autores e é nestes termos que confirmo a sentença.

Dou provimento, em parte, ao recurso de ofício e à apelação da ré.

É meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 24.510 — RJ. Rel.: Sr. Ministro Henocho Reis. Rev.: Sr. Ministro José Néri da Silveira. — Recte.: Juiz da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro. Apte.: Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro. Apelados: Bertha Pavolide Warren e outros.

Decisão: Por decisão unânime, deram provimento em parte aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17-3-71 — 3ª Turma).

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 26.624 — GB

Relator	— O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Relator Designado	— O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor	— O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Apelantes	— Mário Whittlesey Tibyriçá e outros
Apelada	— União Federal

EMENTA

Incorporação ao Patrimônio Nacional dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A.

O art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, previu dois pagamentos: a) o equivalente, em dinheiro, ao capital realizado da companhia; b) a transferência de até 7.000 ações da Companhia Vale do Rio Doce.

No referente à entrega desses títulos deu-se que a União Federal incorrera em mora, pelo que terá que prestar com o acréscimo de prejuízos (art. 1.059, do Código Civil), isto é, os frutos das prestações.

Porque o capital da Vale do Rio Doce sofreu majorações pela atualização do seu ativo imobilizado, e, pela incorporação de reservas, os antigos acionistas da Companhia incorporada deverão receber, além das mencionadas 7.000 ações, também, em proporção, as que foram emitidas em decorrência dos aumentos de capital acima referidos.

Recurso provido.

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

Brasília, 31 de agosto de 1973.
— Armando Rollemberg, Presidente;
Jarbas Nobre, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): A sentença, da lavra do eminente Magistrado Jorge Lafayette Pinto Guimarães, fez minucioso e exato relatório da controvérsia posta nos autos pela forma seguinte:

«Mário Whittlesey Tibyriçá,
Tibyriçá & Cia. Ltda., sucessora

de Castro Lopes & Tibyriçá, Cathya P. Farquhar, George R.P. Farquhar, Donald P. Farquhar e Gordon Farquhar, viúva e filhos de Percival Farquhar, Manoel José Ferreira, Luiz Nolasco Maylasky Pereira da Cunha, Odaléa Maylasky Pereira da Cunha, Maria Maylasky Pereira da Cunha Ferrer, Dulce Maylasky Pereira da Cunha Veloso Rebelo, Anna Maylasky Pereira da Cunha Canto, Espólio de Zuleida Maylasky Pereira da Cunha Bulcão, Espólio de Edmundo de Castro Lopes, Gilberto Guimarães Villela, Espólio de Castão de Azevedo Villela, Espólio de Celso de Azevedo Villela, Roberto Mendes de Oliveira Castro, Espólio de Alvaro Mendes de Oliveira Castro, Gustavo Adolpho Guimarães Villela, Antônio Junqueira Botelho, Fildélis Botelho Junqueira, Espólio de José Monteiro Ribeiro Jun-

queira, Espólio de Jacy Ribeiro Junqueira, Espólio de Renato Monteiro Junqueira, Joaquim Cândido Ribeiro Junqueira, Vanor Ribeiro Junqueira, propuseram uma ação ordinária contra a União Federal, conforme a petição de fls. 2/42, aditada às fls. 119/120, pedindo a condenação da ré a transferir para o nome de cada um dos autores, ou a entregar aos mesmos, no caso de ações ao portador, proporcionalmente às ações que possuíam na Companhia de Mineração e Siderurgia S.A., encampada pelo Governo Brasileiro, tantas ações da Companhia Vale do Rio Doce quantas, por força dos desdobramentos e bonificações efetuadas, correspondam a 7.000 ações do capital inicial desta sociedade de economia mista, e a pagar todos os dividendos às mesmas, além de honorários de advogado, na base de 20% sobre o total da condenação, juros de mora e custas.

Depois de historiar a constituição da Companhia Vale do Rio Doce, com a incorporação dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., invocam os autores os antecedentes expostos e o Decreto-lei nº 4.352, de 1-6-42, pelo qual se determinou o pagamento, aos acionistas daquele, da quantia de 7.000 contos de réis (art. 2º), e autorizou o Tesouro Nacional a transferir aos referidos acionistas até 7.000 ações da nova sociedade, para liquidação do ajuste que fosse feito sobre as indenizações devidas (parágrafo único), afirmam que já lhes foi paga a importância de 7.000 contos, o mesmo não

ocorreu em relação à transferência das 7.000 ações, objeto do mencionado parágrafo único;

Que, dispondo o Decreto-lei nº 4.352, de 1942, como o fez, no citado art. 2º e parágrafo, estabeleceu duas indenizações: uma em dinheiro, equivalente ao capital realizado da aludida Companhia, e outra a ser liquidada mediante transferência de 7.000 ações da nova sociedade, o que ressalta do confronto com o artigo 6º, relativo à Companhia Itabira de Mineração, também encampada pelo mesmo Decreto, onde ficou estipulada uma indenização em dinheiro, ou em ações da nova Companhia;

Que a complementação da indenização não está subordinada à apuração do ativo líquido da sociedade encampada, não contendo o Decreto alusão neste sentido, e o já citado art. 2º, parágrafo único, não «autorizou», mas «determinou» a entrega das 7.000 ações aos acionistas da Companhia de Mineração e Siderurgia S.A.;

Que, apesar da declaração do então Presidente da Companhia Vale do Rio Doce, Dr. Israel Pينهو, em Ofício de nº 375/33, de 26 de maio de 1944, dirigido à Comissão de Controle dos Acordos de Washington, no qual declarava que poderia ser feita a transferência das 7.000 ações, conforme solicitado pela Diretoria da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. (folhas 103/104), bem como do que consta da Ata nº 5, da referida Comissão (fls. 92), e do relatório da mesma Comissão (fls. 93), e após 24 anos de contínuos e exaustivos esforços, com memoriais, petições e recursos às altas autoridades da Administração do País, publicado

finalmente o edital, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no *Diário Oficial* de 11 de maio de 1964 (fls. 108), convocando os acionistas para manifestarem sua concordância ou não, no recebimento das ações, dentro das condições previstas em parecer aprovado pelo Ministro da Fazenda, dispôs-se a União Federal a cumprir o Decreto-lei nº 4.532, de 1942;

Que, todavia, ignorando a sua mora de 24 anos, pretendia a União Federal transferir apenas as 7.000 ações, da época em que o capital da Companhia Vale do Rio Doce era de apenas 200 mil contos, sendo hoje de NCr\$ 119.600.000,00, em virtude de desdobramentos de ações e de aumentos mediante subscrição em dinheiro de NCr\$ 200.000,00 para NCr\$ 650.000,00, estes realizados em 1944 e 1948;

Que, não implicando o aumento de capital mediante incorporação de reservas, ou reavaliação do ativo, em alteração de ordem patrimonial, traduzindo-se em simples operação de contabilidade, deverão ser transferidas as ações decorrentes dos desdobramentos, e que correspondem às 7.000 ações do capital inicial da Companhia Vale do Rio Doce;

Que, se tivesse sido adotado o processo de elevar o valor das ações, nos aludidos aumentos, e atendidas as elevações de capital mediante subscrição em dinheiro para NCr\$ 650.000,00, cada uma das ações teria hoje o valor de NCr\$ 160,00, isto é, valeria 160 vezes o seu valor inicial;

Que, solicitado ao Consultor-Geral da República parecer sobre a pretensão dos autores, que não aceitariam a liquidação pro-

posta com a transferência apenas de 7.000 ações, manifestou-se o mesmo (fls. 86/87) no sentido de que não merecia acolhimento a pretensão dos ora autores, embora reconhecendo estar superada a discussão quanto à interpretação do parágrafo único do art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, com a existência da obrigação, para o Tesouro Nacional, de transferir a título de bonificação as ações mencionadas no dispositivo legal indicado, parecer este aprovado pelo Presidente da República;

Que, a não ser acolhida sua pretensão, estará sendo o Governo Brasileiro beneficiado pela sua própria inércia e pela demora no cumprimento de sua obrigação;

Que, assim, só restou aos autores provocar o pronunciamento da Justiça, pedindo a procedência da ação.

Contestou a União Federal (fls. 190/201), sustentando, com apoio em parecer do Consultor-Geral da República, de fls. 86/87, que o Decreto-lei nº 4.352, assegurou aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. uma indenização, em dinheiro ou em ações da nova Companhia, à escolha da União, ficando o quantum a ser pago na dependência do levantamento do ativo e passivo do patrimônio da sociedade mencionada, não podendo, porém, exceder a 7.000 ações;

Que, no caso, ocorreu encampação, e não desapropriação, devendo ser estabelecido o justo valor dos bens encampados, havendo de excepcional tão-somente a opção do meio de pagamento, deixada ao Poder Público, e o teto estabelecido, para a indenização;

Que se o levantamento for inferior ao aludido teto, os interessados receberão o justo valor de seus direitos, e, se superior, receberão as 7.000 ações, na forma do estipulado no já referido Decreto;

Que, se não aceitam os autores o resultado do levantamento processado, aceito pelo Poder Público, terão que demonstrar o seu desacerto;

Que a ação deve, pois, ser julgada improcedente, com a condenação dos autores nas custas e honorários de advogado.

Pelo despacho de fls. 202 foi determinado que esclarecessem os autores quanto à existência de menores ou incapazes, nos espólios interessados, e fosse comprovada a sua qualidade de inventariantes dos espólios de Celso de Azevedo Vilela, José Monteiro Ribeiro Junqueira, Jacy Ribeiro Junqueira e Renato Monteiro; foi, ainda, determinada a prova da qualidade invocada pelos outorgantes da procuração de fls. 55.

Com o ofício de fls. 204, a Procuradoria-Geral da Fazenda prestou as informações, pela juntada das quais protestara o Doutor Procurador da República, sobre as quais os autores foram ouvidos (fls. 210). Atendido o despacho de fls. 202, com a juntada dos documentos de fls. 213/228, a União Federal requereu a juntada de informações obtidas perante a Companhia Vale do Rio Doce (fls. 233), onde se desenvolve a mesma tese exposta na contestação quanto a existência de uma opção, indenização em dinheiro ou em ações, e se invoca a ocorrência de quitação, passada pelos autores, quanto à indenização rece-

bida, nos termos do art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942.

Pela petição de fls. 237/244, falaram os autores sobre os documentos de fls. 231 e seguintes, sustentando não ser possível apreciar a invocada quitação, já que não foram os recibos trazidos aos autos, documentos que, se existentes, somente poderão se referir ao valor pago em dinheiro, nunca à indenização a ser liquidada mediante transferência de ações. Alegaram, ainda, que o art. 2º, e seu parágrafo único, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, prevêem duas indenizações, a segunda em ações, para complementar o valor pago em dinheiro, que não cobre o do patrimônio da empresa incorporada, ressaltando que diversa foi a redação dada ao art. 6º, do mesmo Decreto-lei, referente à indenização devida aos acionistas da Companhia Itabira de Mineração S.A., para a qual se estabeleceu indenização alternativa, em dinheiro ou em ações, contrariamente ao disposto no art. 2º, e parágrafo único, a propósito dos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A.; depois de acentuar, ainda, que a convocação dos acionistas, por edital, para recebimento das ações, torna sem sentido quaisquer objeções tendentes a negar o dever de transferir à ré as ações, como reconheceu, com lisura, em seu parecer o Consultor-Geral da República, concluem os autores que cada uma das ações antigas deverá ser multiplicada por 160, para o fim de ser mantida a mesma proporção entre o número de ações devidas e o capital que representa as alterações havidas por correção monetária ou incorporação de reservas, atendidos os aumentos realizados por subscrição em di-

neiro, inclusive o efetivado em 1966, como aliás está proclamado em documento da própria Companhia Vale do Rio Doce — doc. de fls. 109.

Proferido o despacho saneador (fls. 245), foram requisitadas à Companhia Vale do Rio Doce cópias dos recibos mencionados no parecer de fls. 233/234, que foram anexadas às fls. 254/299.

Pronunciando-se as partes sobre tais documentos (fls. 301 e 309), foram conferidas as fotocópias constantes dos autos (folhas 312).

Realizada a audiência de instrução e julgamento, nela foram oferecidas as alegações orais, como consignado no termo de fls. 316, apresentando os autores o memorial de fls. 318, anexado aos autos, de acordo com o artigo 89, IX, da Lei nº 4.215, de 1963».

Proferiu a seguir, o MM. Juiz, a decisão que passo a transcrever:

«I — O ponto central da controvérsia, do qual decorrerá a decisão das questões suscitadas, consiste inegavelmente na interpretação e na aplicação do art. 2º, e seu parágrafo único, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, dispositivo onde, em face da incorporação ao patrimônio da União dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. (art. 1º), para a subsequente constituição da Companhia Vale do Rio Doce (art. 6º), foi estabelecido:

«Art. 2º — O Governo Federal indenizará os acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., com importância em dinheiro equivalente ao capital realizado da mencionada Companhia».

«§ 1º — O Tesouro Nacional fica autorizado a transferir aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. até 7.000 ações da nova Companhia prevista no art. 6º para liquidar o ajuste que fizer sobre indenizações devidas».

Torna-se, pois, necessário fixar a verdadeira significação e o alcance do citado art. 2º, e seu parágrafo, dispositivos cuja redação muito deixam, sem dúvida, a desejar, quanto à sua clareza.

A decisão da causa, todavia, muito ficou facilitada pelas longas, minuciosas e precisas alegações desenvolvidas pelos eminentes advogados dos autores, e pelo Dr. 1º Procurador da República, cuja eficiência na defesa dos interesses da União dos quais é zeloso guardião, é bem conhecida, numa discussão elevada.

Vale o caso dos autos, assim, como demonstração inequívoca do papel relevante que representa o contraditório, para a boa administração da Justiça, e correta aplicação das leis.

II — Da leitura do art. 2º e seu § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, já acima transcrito, verifica-se que, em virtude da incorporação ao Patrimônio Nacional dos bens pertencentes à Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A.:

a) foi determinado que o Governo Federal indenizaria os acionistas com importância, em dinheiro, equivalente ao capital realizado da mencionada Companhia;

b) foi autorizado o Tesouro Nacional a transferir aos mesmos acionistas até 7.000 ações da nova Companhia, cuja constituição foi

prevista no art. 6º, para liquidar o ajuste que fosse feito sobre indenizações devidas.

Neste dispositivo, pois, ficou estabelecido o modo de liquidação de indenização decorrente da aludida incorporação, sendo irrelevante a questão suscitada pela União Federal, na sua contestação (fls. 199/200), quanto à natureza do ato, encampação ou desapropriação, porque, como acentuou o Min. Oscar Saraiva, em hipótese semelhante, a distinção aludida, com referência à indenização devida, «é mero *jeux de mots*, é um jogo de palavras, porque na verdade se refere a uma tomada de propriedade». (*Revista do T.F.R.*, vol. 17, pág. 17).

O que cumpre é interpretar o alcance do dispositivo legal em causa, a propósito do qual esclarece o Consultor-Geral da República, em seu parecer constante de fls. 87, que:

«Duas correntes de opiniões disputam o acerto da interpretação do § 1º, art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1-6-42. A primeira defende a tese segundo a qual os textos legais mencionados estabeleceram uma opção quanto ao pagamento das indenizações devidas aos acionistas da Cia. Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. Em consequência, se os acionistas preferirem o pagamento em dinheiro, o Governo Federal terá de se subordinar ao preceito obrigatório do art. 2º (*caput*); todavia, mediante ajuste entre as partes, as indenizações devidas poderiam ser pagas com a transferência de ações da Cia. Vale do Rio Doce até um total de 7.000 (§ 1º).

A segunda entende que, além da indenização em dinheiro pre-

vista no *caput* do art. 2º, têm de se transferir as ações do § 1º, a título de bonificação».

A segunda interpretação é defendida pelos autores, e a indenização abrangeria duas parcelas, previstas no art. 2º, e no § 1º; a União Federal, ao contestar a ação sustentada, invocando o pronunciamento do mencionado parecer, que os textos legais apontados asseguram uma opção quanto à indenização, a ser paga segundo o estabelecido no *caput* do art. 2º, ou na forma do seu § 1º, pelo que haveria um único pagamento.

Os antecedentes da constituição da Companhia Vale do Rio Doce, à qual a União Federal transferiu os bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., que para tal fim foram incorporados ao Patrimônio Nacional, conduzem à conclusão de que a interpretação correta é a dos autores.

Realmente, na Ata nº 5, da Comissão de Acordos de Washington, referente à reunião realizada em 8 de abril de 1942, com a presença dos Diretores da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., o Presidente da Comissão, Dr. Valentim Bouças, expôs as conclusões da Comissão, que seriam levadas às Diretorias das empresas interessadas, afirmando (fls. 92v. e 93):

«Com a palavra, o Sr. Valentim Bouças expôs aos presentes as conclusões e pontos de vista da Comissão, resumindo-os nas seguintes palavras: após a encampação das duas companhias, cujos diretores estavam presentes, o Governo Federal constituiria uma nova Companhia, que iria dirigir daí por diante as atividades de exploração, transporte e exporta-

ção do minério de ferro de Itabira, e, ao mesmo tempo, explorar o tráfego da Estrada de Ferro Vitória-Minas. Para tal, seria necessário adquirir as ações da Companhia Brasileira de Mineração S.A., mediante acordo com os seus acionistas, assim como os acionistas da Companhia Itabira de Mineração S.A., para a aquisição dos bens a esta pertencentes. À primeira dessas Companhias o Governo Federal pagaria a importância de 7.000 contos de réis, e mais uma compensação em ações da nova Companhia, atendendo-se ao fato de haverem mantido um empreendimento que possibilitava agora ao Brasil o acordo com os Estados Unidos e a Grã-Bretanha.»

Ainda mais, a mesma Comissão, no seu relatório final, de 29 de abril de 1942 (fls. 93), encaminhando projeto de Decreto-lei, que veio a se transformar no Decreto-lei nº 4.352, de 1-6-42, com algumas modificações, concluiu favoravelmente à proposta recebida das empresas interessadas, resultante das negociações entabuladas, que foi transcrito no citado relatório, e da qual são de destacar os seguintes tópicos (fls. 93v e 94):

«a) o Governo Federal adquirirá, pelo valor ao par de cinco mil réis (5\$000), as um milhão e quatrocentas mil ações que constituem o capital social da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., para o que dependerá da importância de 7.000 contos de réis.»

«d) O Governo Federal pagará uma bonificação sobre o capital da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., atendendo ao preço pelo qual foi

adquirido o acervo da Vitória-Minas, e tendo em vista que, do início da exportação de minério de ferro pela referida Companhia, nasceu para o nosso país a oportunidade de negociar agora o acordo de Washington.»

E, melhor esclarecendo o item *d*, supratranscrito, o relatório afirma (fls. 94):

«A Comissão, embora tenha deixado em branco, no projeto de Decreto-lei, a quantia que o Governo Federal pagaria pela bonificação solicitada pela Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., acha razoável a pretensão.»

Por sua vez, o Dr. Israel Pinheiro, ex-Presidente da Companhia Vale do Rio Doce, historicando na Câmara dos Deputados a constituição desta sociedade (folhas 106), após relacionar as despesas com a encampação, entre as quais figurava o pagamento, em dinheiro, da quantia de 7.000 contos de réis, equivalente ao capital realizado, da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., objeto do já citado art. 2º, acrescentou:

«Além desses pagamentos em dinheiro, o Governo autorizou ao Tesouro Nacional transferir aos acionistas da Cia. Brasileira de Mineração e Siderurgia 7.000 ações da nova Companhia.

Essa importância corresponde à indenização combinada com a Companhia pela transferência de seus direitos» (Diário da Assembléia de 18-5-46, pág. 1.889).

Por conseguinte, há no artigo 2º e no seu § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, dois pagamentos, diversos e consecutivos, como indenização aos acionistas da

Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., e não como uma opção entre duas indenizações, como sustenta a União Federal.

Esta conclusão ainda mais se reforça se atentarmos para a diversidade da disposição contida no aludido Decreto-lei, em relação aos acionistas da Companhia Itabira de Mineração, cujos bens foram incorporados, igualmente, ao Patrimônio Nacional, pelo mesmo Decreto, para indenização dos quais se pretendeu estabelecer uma indenização alternativa, o que foi feito no seu art. 3º, *in verbis*:

«Art. 3º — O Governo Federal indenizará os acionistas da Companhia Itabira de Mineração S.A., em organização, com a importância, em dinheiro, ou em ações da nova Companhia prevista no art. 6º, correspondente às entradas de capital que houverem efetivamente realizado.»

III — Esposando, embora, opinião contrária, o Consultor-Geral da República, no seu parecer já mencionado (fls. 87), reconheceu a prevalência da interpretação acima exposta, no sentido de que há no art. 2º, e no seu § 1º, dois pagamentos diversos, ou duas indenizações a serem pagas pela União Federal, afirmando «matéria superada a discussão em torno da interpretação do § 1º, art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352».

Realmente, a Comissão de Controle dos Acordos de Washington, em Ofício de 18-4-44 (fls. 90/91), depois de mencionar a indenização em dinheiro, prevista no *caput* do art. 2º, aludindo ao pedido da Superintendên-

cia da Companhia Vale do Rio Doce para entrega das 7.000 ações (§ 1º, do art. 2º), declara expressamente nada ter a objetar.

Ainda mais, reconheceu ser devida a entrega das ações, apenas com ressalva quanto à necessidade de ajuste, fixando o número das mesmas, o Procurador da Fazenda Nacional, Manoel Martins dos Reis (fls. 94v/97), não sendo diverso o pronunciamento do Procurador Álvaro de Carvalho Cesário Alvim (fls. 98v/101).

Também assim entendeu a Companhia Vale do Rio Doce, inicialmente (fls. 103/104), embora posteriormente se pronunciasse em sentido contrário, como se verifica em trecho da informação dirigida ao Ministério da Fazenda, transcrito no parecer do Consultor-Geral da República (fls. 86v.).

Mas, a maior demonstração de que a União Federal reconheceu a existência de dois pagamentos, ou de duas parcelas, como indenização pela incorporação dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., matéria superada, segundo afirma o Consultor-Geral da República, é o edital constante de fls. 108, publicado no *Diário Oficial* de 11-5-64, pág. 4.158, pelo qual o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, por delegação do Ministro da Fazenda, constante do processo nº 294.036-62, convocou os acionistas da referida empresa para manifestarem, ou não, sua concordância com a realização do ajuste para transferência das ações, às quais alude o § 1º, do art. 2º, em causa, nas condições previstas no parecer da Procuradoria, aprovado pelo Ministro, e isto quando, segundo resulta dos

documentos de fls. 254 e seguintes, há muito estava paga a indenização em dinheiro, fixada no *caput* do citado art. 2º.

IV — Em face do exposto, os recibos anexados por cópia, às fls. 254/299, não envolvem quitação dos autores, quanto à indenização ora pleiteada, com fundamento no art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942.

Segundo ressalta do próprio teor destes recibos, os pagamentos a que se referem dizem respeito à parte do capital realizado, pertencente ao acionista signatário do recibo, conforme determinado pelo art. 2º, do aludido Decreto-lei.

Por conseguinte, estes pagamentos nada têm a ver com a indenização objeto do § 1º, do citado art. 2º, não sendo possível estender as quitações decorrentes, a esta parcela, diversa da que foi paga, integrando as duas a indenização que corresponde à incorporação efetuada.

V — Não pode, porém, ser acolhida a pretensão dos autores, quando pedem a condenação da União Federal a transferir, para cada um deles, proporcionalmente às ações que possuíam na Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., tantas ações quantas correspondam as 7.000 ações do capital inicial da Companhia Vale do Rio Doce, com os seus desdobramentos e bonificações.

De fato, o § 1º do art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, não mandou transferir 7.000 ações, «mas até 7.000 ações», o que é coisa diversa; ainda mais, segundo preceitua o dispositivo referido, esta transferência autorizada ao Tesouro Nacional, seria

«para liquidar o ajuste que fizer sobre indenizações devidas.»

Em conseqüência, além de depender a transferência de um ajuste sobre as indenizações devidas, a determinação do número de ações a transferir, até o limite de 7.000, estaria na dependência da fixação do valor da indenização, e do valor de cada ação, e a quantidade das ações seria o quociente da indenização pelo valor atribuído a cada ação.

É certo, como se verifica dos documentos referentes aos antecedentes da constituição da Companhia Vale do Rio Doce, e das negociações relacionadas com a incorporação dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. (Ata nº 5, da Comissão dos Acordos de Washington, fls. 92v, e relatório da mesma Comissão, fls. 93), que para integrar a indenização, além do pagamento em dinheiro do valor do capital realizado, seriam transferidas aos acionistas da mencionada sociedade, como bonificação, ações da nova empresa, em número de 7.000 ações, segundo a Ata nº 5, ao passo que no relatório, ainda que considerada razoável a pretensão, neste sentido, da Diretoria da empresa a ser incorporada ao Patrimônio Nacional, menciona-se a circunstância de que

«foi deixado em branco, projeto de Decreto-lei, a quantia que o Governo Federal pagaria pela bonificação solicitada pela Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A.» (fls. 94).

Ao ser baixado o Decreto-lei nº 4.352, o Governo Brasileiro aceitou a fórmula consistente em pagamento de duas parcelas, uma em dinheiro (art. 2º) e outra me-

diante transferência de ações (§ 1º), mas não fixou o número das ações a transferir, preferindo estabelecer apenas o seu limite até 7.000 ações.

Assim, não pode prevalecer a interpretação dos autores, embora adotada a mesma pelo então Presidente da Companhia Vale do Rio Doce, Dr. Israel Pinheiro (fls. 103/104), que chegou a pedir providências a respeito, afirmando que o Decreto-lei autorizou o Tesouro Nacional a transferir 7.000 ações, o que não é exato.

VI — Nessas condições, e a admitir a tese defendida, com brilho, pelos autores, de que autorizada a transferência de 7.000 ações, representativas do capital inicial da Companhia Vale do Rio Doce, de NCr\$ 200.000,00, ou duzentos mil contos de réis, segundo a moeda da época, a autorização abrangerá as novas ações decorrentes dos desdobramentos das mesmas, nem por isso podem os autores exigir a entrega da totalidade das ações que correspondem às 7.000 mencionadas no § 1º, do art. 2º do Decreto-lei nº 4.352, de 1942.

Realmente, o dispositivo em causa não implica em uma obrigação de transferência, como sustentam os autores; nele se contém, tão-somente, autorização. Se algumas vezes, sob forma permissiva, encontramos nas leis verdadeiras determinações, a exemplo do que sucede com o emprego do verbo «poder», que freqüentemente envolve uma obrigação ou um dever (Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. I, págs. 21/22; Paula Baptista, *Teoria e Prática do Processo*, pág. 225; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, pág. 282; Epitácio

Pessoa, *apud Revista Forense*, vol. 215, pág. 380) e há autorizações que na realidade implicam em obrigação, no caso, não há no Decreto-lei nº 4.352 qualquer disposição da qual se possa inferir que a autorização contida no § 1º do art. 2º, na verdade, seja uma determinação.

Não só, como já acentuado, o número de ações a transferir não foi fixado, autorizou-se a transferência de «até» 7.000 ações, e este número dependerá do ajuste que se fizer sobre as indenizações devidas, como para esta determinação ter-se-á que fazer levantamento do acervo da Companhia incorporada, como acentuou a Contadoria-Geral da República, em pronunciamento transcrito no parecer do Consultor-Geral da República, já mencionado (folhas 86v).

Daí porque a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em parecer também ali transcrito, afirmou a conveniência em se aguardar o resultado da verificação dos comprovantes sobre o excesso de despesas de encampação (loc. cit.).

E o Procurador Álvaro de Carvalho Cesário Alvim, em seu parecer (fls. 100v/101), com toda razão declarou:

«No que diz respeito à fixação do número de ações a serem transferidas para atender às indenizações devidas em face do disposto no parágrafo primeiro do artigo segundo do Decreto-lei número quatro mil trezentos e cinquenta e dois, quer-nos parecer que a competência para a respectiva fixação seja do Ex^{mo} Sr. Ministro da Fazenda, justificando-se o critério de transferência do limite máximo de sete mil ações

conforme pleiteado pelos antigos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, eis que todos os dados coligidos para fixação das indenizações devidas pela União autorizam o estabelecimento deste quantum, ocorrendo ainda em favor dos antigos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, os fatores de desvalorização das ações da Companhia Vale do Rio Doce e da moeda.»

Pretendem os autores que, «sendo o negócio bilateral, a autorização não contém uma faculdade, a ser usada ou não, faculdade só compatível com negócio dependente da vontade de apenas uma das partes» (fls. 29).

Cabe, todavia, acentuar que a tese defendida somente teria aplicação à espécie depois de consumado o ajuste a ser feito, conforme o § 1º do art. 2º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1942, sobre as indenizações devidas, pois só então ocorreria o negócio bilateral.

Até então, não estão os autores obrigados a aceitar a indenização decorrente da incorporação aludida, em ações, na forma da autorização do § 1º, do art. 2º, já citado, podendo aceitar, ou não, a transferência de ações, em pagamento da indenização, como também a União Federal, autorizada embora a transferir até 7.000 ações, não está obrigada a efetuar dita transferência.

O ajuste, do qual depende a transferência, depende, inclusive, de acordo quanto ao número de ações a transferir, em função do valor que for ser estabelecido para a indenização, e do valor atribuído a cada uma das ações.

VII — No caso, a União Federal concorda em transferir apenas 7.000 ações, e, assim, admitido que a autorização legal permita a transferência das ações correspondentes aos desdobramentos, não será possível concluir pela existência do direito pretendido pelos autores, quanto a estas, não sendo possível condenar a ré a transferi-las.

Sem dúvida, do § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 4.352 decorre a existência de um direito dos autores à complementação da indenização, pela incorporação dos bens da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., por conta da qual receberam, em dinheiro, uma parcela de valor igual ao capital realizado.

Se, porém, não chegaram os interessados a um acordo, seja sobre o valor da indenização, seja quanto ao número de ações a transferir, terá que ser fixada a indenização judicialmente, sem que possam os autores exigir ditas ações.

No caso, a divergência entre as partes se resume no número de ações a entregar, pois o levantamento do valor do patrimônio incorporado não é objeto de controvérsia.

Não há, porém, como obrigar a União Federal a transferir maior número de ações do que pretende. Acresce, outrossim, que na petição inicial foi pedida apenas a condenação da ré à transferência de ações, não sendo formulado pedido alternativo, a transferência ou o pagamento de complementação de indenização, em dinheiro.

Conseqüentemente, nesta ação não será possível fixar dita indenização, cabendo apenas decidir

do direito dos autores quanto à exigência de transferência das 7.000 ações iniciais do capital da Companhia Vale do Rio Doce, com os desdobramentos correspondentes, e diante do que ficou exposto, improcede o pedido formulado.

VIII — Assim sendo, julgo improcedente a ação, e condeno os autores ao pagamento das custas e honorários, que de acordo com a Lei nº 4.632, de 1965, tendo em vista o valor da ação, e as demais circunstâncias a atender em seu arbitramento, fixo em 1% sobre o mesmo valor.»

Inconformados, apelaram os autores sustentando:

Que, reconhecido como fora pela sentença decorrer do Decreto-lei número 4.352 o direito deles autores ao recebimento de complementação de indenização a ser ajustada entre as partes, existiria, no mínimo, uma obrigação ilíquida, que deveria ser liquidada na execução, não havendo lugar, entretanto, para o julgamento da ação pela improcedência;

Que, para determinar-se tal liquidação não seria necessário pedido alternativo;

Que, entretanto, existira o ajuste, pois eles autores haviam concordado em receberem 7.000 ações versando a divergência tão-somente em que pretendiam recebê-las com a moeda da época do pagamento, isto é, com o acréscimo dos títulos resultantes de reavaliações do ativo e incorporações de reservas da sociedade;

Que de todo inaceitável era a conclusão da sentença de que a ré não estava obrigada a efetuar a transferência das ações, tendo apenas autorização para fazê-lo, desde que ao convocar os outros, por edital, para o recebimento de 7.000 ações, praticara ato inequívoco de uso da autorização;

Que, além disso, o Poder Legislativo só autorizaria o Tesouro Nacional a efetuar um pagamento se algo fosse devido pela União, do que decorria que tal autorização se confundia com a obrigação;

Que, assim, essa existe e teria que ser resolvida por via de ajuste, efetivado em termos de transação quando eles autores aceitaram a oferta de ... 7.000 ações feita pela ré com a ressalva apenas de que se atualizasse a significação econômica das mesmas ações;

Que, portanto, a obrigação era de dar coisa certa e determinada, não havendo como desobrigar-se o devedor senão com a outorga respectiva acompanhada de frutos e rendimentos;

Que, por isso, deveria a sentença ser reformada para julgar-se a ação procedente e determinar-se, em execução, o valor total da indenização.

A União contrariou tais razões sustentando o acerto da sentença em favor de cuja confirmação manifestou-se, nesta Instância, a Subprocuradoria.

É o relatório.

VOTO (Vencido)

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1 — A controvérsia posta à apreciação da Turma, embora perfeitamente esclarecida no extenso e claro relatório da sentença, exige, para exata análise, a renovação do histórico dos fatos dos quais se originou, verificando-se a significação respectiva.

2 — Da colocação inicial do problema dá-nos notícia o relatório feito na Câmara dos Deputados, pelo Deputado Duque de Mesquita, que se encontra às fls. 82 dos autos, e onde se lê:

«A Cia. Brasileira de Mineração e Siderurgia, em virtude do disposto no Decreto-lei nº 2.351,

de 28 de junho de 1940, incorporou a Estrada de Ferro Vitória a Minas. Logo depois, de acordo com o Governo do Estado do Espírito Santo, concessionário do porto de Vitória, planejou e com ele contratou a construção, naquela cidade, de uma instalação especial para embarque de minério a granel (Contrato de 17-6-41).

A instalação, como etapa inicial, teria a capacidade de exportação de 500 mil toneladas de minério anuais, e obedecia às seguintes características:

«a) Cais acostável para navios de 28', com largura de 19,50 e capacidade para suportar a carga de 4 transportadoras de minério que transmitiam ao cais 18 toneladas cada uma;

b) Silos para armazenamento de 40 mil toneladas de minério mediante o emprego de vagões especiais;

c) Via férrea de acesso aos silos, inclusive três grandes viadutos principais, além de outras obras de arte de menor vulto. Este ramal, com tráfego num só sentido e tração por simples aderência, elevaria o minério até a cota de 34m e tinha suas obras de arte calculadas para um trem-tipo de 12 toneladas por eixo;

d) Fornecimento e instalação de 4 transportadoras mecânicas (*tapis roulants*) capazes de embarcar 300 toneladas por hora e por unidade;

e) Dragagem da bacia de evolução tornando-a apta às manobras seguras de navios calando até 28', profundidade mínima de 8,50.»

O projeto, na sua execução, foi alterado nas condições técnicas

do item c quanto ao aumento do peso do trem-tipo de 12 para 16 toneladas por eixo. Posteriormente, em 1942, o Ministro Souza Costa foi aos Estados Unidos, em missão econômica do Governo.

Tendo-se verificado, nessa ocasião, que o Brasil necessitava melhorar os meios de transporte do Vale do Rio Doce, e promover o desenvolvimento permanente da região; que o Governo da Inglaterra atravessava o momento mais crítico da guerra e tinha absoluta necessidade de nosso minério com alto teor para suas indústrias bélicas, e que o Governo Americano estava vivamente interessado em auxiliar o desenvolvimento do Brasil, para promover a exportação do minério de ferro e para aumentar a exportação e importação entre esses países, foi firmado um acordo entre os três Governos, assinado, em Washington, a 3 de março de 1942.

Por esse acordo:

a) O Governo Britânico se comprometia a adquirir e transferir, livres e desembaraçadas de qualquer ônus, para o Governo Brasileiro, as jazidas situadas em Itabira, pertencentes à British Itabira Iron Ore Co., entre as quais estavam as grandes reservas de minério do Cauê e Conceição;

b) O Governo Brasileiro se comprometia a encampar a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia, e com ela a Estrada de Ferro Vitória a Minas, entregando esta, desembaraçada, a uma companhia contratada pelo nosso Governo;

c) Prolongar a estrada de ferro até as minas de Itabira

e restaurar e melhorar toda aquela ferrovia para que ela pudesse transportar o minério no mínimo de 1.500.000 toneladas de ferro anualmente das minas até o porto de Vitória;

d) Melhorar as instalações do porto a fim de dar saída com eficiência à produção mínima de 1.500.000 toneladas;

e) O Export Import Bank se comprometia a abrir um crédito de 14 milhões de dólares para compra ou aquisição na América do Norte de todo o equipamento, material e máquinas necessárias ao prolongamento e restauração da estrada de ferro Vitória a Minas, e ao aparelhamento das minas, para que a estrada de ferro e o porto de Vitória tivessem capacidade para produção, transporte e embarque de 1.500.000 toneladas de minério anualmente.

Em consequência desse acordo o Governo Brasileiro, pelo Decreto-lei nº 4.352, de 1-6-42, encampou a Cia. Brasileira de Mineração e Siderurgia, e, tendo tomado posse das jazidas de minério de Itabira, que lhe foram transferidas pelo Governo Britânico, autorizou a constituição de uma sociedade anônima que se denominou Cia. Vale do Rio Doce S.A.»

Para dar cumprimento à parte que lhe ficara afeta, instituiu o Governo Brasileiro a Comissão de Controle dos Acordos de Washington, que, em 8 de abril de 1942, reuniu-se com os diretores das Companhias Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. e Itabira de Mineração S.A., ocasião em que o Sr. Valentim F. Bouças, na ausência do Ministro da Fazenda, expôs aos presentes as conclusões e

pontos de vista da Comissão, resumindo-os nas seguintes palavras:

«Após a encampação das duas companhias, cujos diretores estavam presentes, o Governo Federal constituiria uma nova Companhia que iria dirigir daí por diante as atividades de exploração, transporte e exportação do minério de ferro de Itabira, e, ao mesmo tempo, explorar o tráfego da Estrada de Ferro Vitória-Minas. Para tal seria necessário adquirir as ações da Companhia Brasileira de Mineração Sociedade Anônima mediante acordo com os seus acionistas, assim como os acionistas da Companhia Itabira de Mineração Sociedade Anônima para a aquisição dos bens a esta pertencentes. A primeira dessas Companhias o Governo Federal pagaria a importância de sete mil contos de réis e mais uma compensação em ações da nova Companhia, atendendo-se ao fato de haverem mantido um empreendimento que possibilitava agora ao Brasil o acordo com os Estados Unidos e a Grã-Bretanha» (Ata nº 5).

A mesma Comissão de Controle dos Acordos de Washington, em 29 de abril de 1942, em exposição feita ao Ministro da Fazenda, deu conta de proposta anterior, nos termos seguintes:

«Sr. Ministro, a «Comissão Especial para Regulamentação dos Acordos de Washington» tem a honra de submeter a V. Ex^a o resultado dos seus trabalhos referentes à exploração, transporte e exportação do minério de ferro. O presente relatório divide-se em quatro partes: Primeiro — Encampação das companhias Brasileira de Mineração e Siderurgia

Sociedade Anônima e Itabira de Mineração; Segundo — Organização da Companhia Vale do Rio Doce; Terceiro — Entendimentos com a Metals Reserve Co.; Quarto — Indenização ao Grupo Farquhar. Parte Primeira — Encampação das Companhias Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima e Itabira de Mineração. Em face do histórico elaborado pela Comissão (anexo 1), duas soluções se apresentavam: a) Desapropriação de todo o acervo das referidas Companhias, mediante avaliação; b) Desapropriação amigável, mediante compra das ações e demais bens. Esta última foi a preferida por parecer a mais econômica para o Governo Federal, pois, no caso de se adotar a primeira, ter-se-ia de computar o valor do patrimônio da Estrada de Ferro Vitória-Minas, estimado em, aproximadamente, duzentos mil contos de réis. Tendo optado pela segunda solução a comissão resolveu reunir os diretores das duas companhias para consulta, do que resultou uma proposta (anexo 2), com os seguintes pontos principais: a) O Governo Federal adquirirá, pelo valor ao par de cinco mil réis (5\$000), as um milhão e quatrocentas mil ações que constituem o capital social da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, para o que despenderá a importância de sete mil contos de réis; b) A Companhia Vale do Rio Doce Sociedade Anônima, a ser organizada, assumirá o ativo e o passivo da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, compreendendo a inversão de capitais na construção do prolongamento Desembargador Drummond-Itabira, aquisição do material fixo e rodante, construção do

ramal Pedro Nolasco-Morro do Atalaia, financiamento da construção do embarcadouro especial para minério de ferro no Porto de Vitória e outras despesas com os melhoramentos da linha e desapropriação de terrenos necessários ao cais de minério; c) O Governo Federal reembolsará os acionistas que já entraram com vinte por cento das ações subscritas para a constituição do capital da Companhia Itabira de Mineração, na importância de dois mil contos de réis, e pagará mediante avaliação a maquinaria, os estoques de minério, veículos e ferramentas de propriedade da Companhia Itabira de Mineração; d) O Governo Federal pagará uma bonificação sobre o capital da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, atendendo ao preço pelo qual foi adquirido o acervo da Vitória-Minas, e tendo em vista que, do início da exportação de minério de ferro pela referida Companhia, nasceu para o nosso país a oportunidade de negociar, agora, o acordo de Washington; e) Como compensação pela bonificação que a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima pleiteia, desistirá ela da garantia de juros atrasados, devidos pelo Governo Federal, na importância de vinte e quatro mil e novecentos contos de réis. De posse da proposta contida no anexo dois, a Comissão é de parecer que convém ao Governo Federal encampar as Companhias Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima e Itabira de Mineração, nas condições esboçadas no projeto de Decreto-lei que junta (anexo 3). A Comissão, embora tenha deixado em branco, no projeto de Decreto-lei, a quantia que o Governo

Federal pagaria pela bonificação solicitada pela Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, acha razoável a pretensão».

Dessa exposição resultou o Decreto-lei nº 4.352, que nos arts. 1º e 2º dispôs:

«Art. 1º Ficam incorporados ao patrimônio da União os bens pertencentes à Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., mediante as condições fixadas nos arts. 2º e 3º, considerando-se rescindido o contrato existente entre a União e a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., a que se refere o Decreto-lei nº 2.351, de 28 de junho de 1940».

«Art. 2º O Governo Federal indenizará os acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., com importância em dinheiro equivalente ao capital realizado da mencionada Companhia.

§ 1º O Tesouro Nacional fica autorizado a transferir aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., até 7.000 ações da nova Companhia prevista no art. 6º para liquidar o ajuste que fizer sobre indenizações devidas».

3 — Analisemos os documentos lidos.

Na proposta feita pela Comissão de Controle dos Acordos de Washington aos Diretores da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia Sociedade Anônima, o Governo prontificou-se a adquirir as ações da mesma

Companhia pelo valor de sete mil contos de réis, e, ainda, a dar aos seus acionistas uma compensação de ações da nova Companhia a ser criada, atendendo-se ao fato de haverem mantido um empreendimento que possibilitava ao Brasil o acordo com os Estados Unidos e a Grã-Bretanha.

O Governo Brasileiro, portanto, propôs-se não somente a adquirir as ações da Companhia Brasileira de Mineração, mas, ainda, a atribuir aos acionistas da mesma Companhia uma compensação em ações da nova sociedade a ser criada, compensação que não correspondia a indenização por qualquer direito e sim a retribuição pelo esforço feito na manutenção do empreendimento.

Já ao dirigir-se ao Ministro, a mesma Comissão, para justificar a entrega de ações da nova Companhia aos acionistas da empresa a ser encampada, considerou-a bonificação sobre o seu capital atendendo ao preço pelo qual fora adquirido o acervo da Vitória-Minas, e tendo em vista que do início da exportação de minério de ferro pela referida Companhia nascera para o nosso País a oportunidade para negociar, então, o Acordo de Washington.

Também desse documento se verifica que realmente se cuidou de atribuir aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração ações da nova sociedade, independentemente de aquisição dos títulos representativos do capital social da sociedade encampada, e ainda uma vez ficou claro que a atribuição das ações da sociedade a ser organizada não constituiria indenização, e sim simples bonificação que não correspondia a elementos concretos.

No § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 4.352, porém, já não se fez referência a bonificação, e sim autorizou-se o Tesouro Nacional a transferir aos acionistas da Companhia Brasileira

de Mineração S.A. até 7.000 ações da Companhia que se estava criando, para liquidar o ajuste que se fizesse sobre indenizações devidas, e, portanto, não se determinou que a transferência referida fosse feita de qualquer forma, e sim autorizou-se a utilização de ações da Cia. Vale do Rio Doce, até o máximo de 7.000, na liquidação de indenizações consideradas devidas em consequência de ajuste entre as partes.

4 — Da discordância acentuada entre as propostas contidas nos documentos que precederam o Decreto-lei nº 4.352 e os termos do § 1º do art. 2º, deste, resultou a formação de duas correntes, entendendo uma que o legislador estabelecera uma opção para a solução da indenização que podia ser o pagamento das ações em dinheiro ou em títulos da nova sociedade, e que, portanto, não se deveria fazer qualquer transferência destas porque foi recebida a indenização em dinheiro, enquanto outra, interpretando o texto legal à luz dos documentos que lhe deram causa, sustentava que, independentemente do pagamento das ações previsto no *caput* do art. 2º do Decreto-lei nº 4.352, deveriam ser transferidas, de qualquer sorte, aos acionistas da Cia. Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., até 7.000 ações da nova Companhia, chegando alguns mesmo a sustentar que tal transferência deveria ser do número máximo de ações previsto no parágrafo primeiro do artigo referido.

A matéria foi largamente discutida em processo administrativo, e, afinal, predominou o entendimento de que os acionistas da empresa encampada deveriam receber de qualquer forma ações da Cia. Vale do Rio Doce e daí terem sido chamados para tal fim, em 1964, quando o Governo Federal propôs-se a efetuar a transferência de 7.000 ações, proposta da qual discordaram sob a alegação de que lhes caberia direito a esse número de ações na data

da organização da sociedade referida devendo-se, por isso, transferir-se essa quantidade acrescida das ações correspondentes conseqüentes de desdobramentos realizados com incorporação de reservas e reavaliação de ativo.

Desatendida essa pretensão propuseram a ação pedindo a condenação da União:

a) a transferir para o nome de cada um dos autores, ou a entregar a cada um deles, no caso de ações ao portador, proporcionalmente às ações que possuíam na Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., encampada pelo Governo Brasileiro, tantas ações da Companhia Vale do Rio Doce quantas, por força dos desdobramentos e bonificações de 7.000 ações do capital inicial desta sociedade de economia mista, devam corresponder, na data da execução da sentença, a essas 7.000 ações;

b) a pagar a eles, autores, todos os dividendos correspondentes às ações transferidas ou entregues;

c) ao pagamento de honorários de advogado, à base de 20% sobre o total da condenação, juros de mora e custas judiciais.

5 — Como se viu do pedido transcrito, a ação foi proposta contra a União para obter a entrega de coisa certa, 7.000 ações do capital social da Cia. Vale do Rio Doce, com seus frutos e rendimentos, entrega que constituiria obrigação resultante da norma do art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, de 1-6-42. O que se terá que verificar, portanto, é se na disposição legal referida está contida a obrigação que se pretende ver cumprida.

Dispôs o Decreto-lei nº 4.352:

«Art. 1º Ficam incorporados ao patrimônio da União os

bens pertencentes à Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A., mediante as condições fixadas nos artigos 2º e 3º, considerando-se rescindido o contrato existente entre a União e a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. a que se refere o Decreto-lei nº 2.351, de 28 de junho de 1940.

«Art. 2º O Governo Federal indenizará os acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. com importância em dinheiro equivalente ao capital realizado da mencionada Companhia.

«§ 1º O Tesouro Nacional fica autorizado a transferir aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. até 7.000 ações da nova Companhia prevista no artigo 6º para liquidar o ajuste que fizer sobre indenizações devidas.»

A análise das disposições lidas revela, tal como o entendeu a respeitável sentença recorrida, que não se estabeleceu aí opção entre o pagamento das ações da empresa encampada em dinheiro ou em ações da nova sociedade, e sim previu-se a hipótese de, além do pagamento em dinheiro de logo determinado, ser devida indenização.

Sem razão, portanto, os que sustentaram a tese da opção.

A rejeição de tal interpretação, porém, não leva, como pretendem os autores, à adoção da interpretação que advogam, de que no § 1º está contida a determinação da transferência de ações da nova sociedade.

Na norma referida foi o Tesouro Nacional autorizado a transferir aos acionistas da Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A. até 7.000

ações da nova Companhia a ser organizada, para liquidar o ajuste que fizesse sobre indenizações devidas.

O atento exame do dispositivo revela:

a) que aí se dispôs sobre a hipótese de além do pagamento em dinheiro das ações da empresa encampada vir a ser considerada devida qualquer indenização em ajuste realizado entre os seus acionistas e o Tesouro Nacional, pois se de logo se pretendesse determinar o pagamento da indenização não se teria subordinado o mesmo à circunstância de ser devida, que implica, obviamente, na possibilidade de não o ser;

b) que a verificação do cabimento ou não de indenização, e, no caso afirmativo, o seu montante, deveria decorrer de negociações entre as partes, cujos resultados seriam consubstanciados em ajuste;

c) que, na hipótese de realizar-se este, para liquidá-lo, o Tesouro Nacional ficava autorizado a transferir aos acionistas da empresa encampada até 7.000 ações da sociedade a ser organizada, faculdade que seria utilizada se atendessem à conveniência das partes, desde que se tratava de resolver ajuste sobre indenização que poderia ser liquidado em dinheiro como ocorre normalmente.

Os autos, embora fartamente instruídos, não dão conta de ajuste que houvesse sido celebrado no qual se reconhecesse ser devida indenização, qual o seu montante e a forma pela qual deveria ser liquidada, se em ações ou em dinheiro, ou se em dinheiro e ações, e, em qualquer dos casos, o número destas que seria transferido.

Com apoio na regra do art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, portanto, não há como entender-se existir a obrigação da União de dar coisa certa cujo cumprimento constituiu o objeto

do pedido formulado pelos autores na inicial.

6 — Alegam os autores, porém, e neste ponto lhes assiste razão, que a União reconheceu ser-lhes devida uma bonificação sobre as ações que possuíam na empresa encampada, tanto assim que os convidou, em 1964, a receberem 7.000 ações da Cia. Vale do Rio Doce.

Argüem a seguir que, convidados a receberem as 7.000 ações, concordaram em fazê-lo exigindo tão-somente que a transferência fosse efetuada considerando-se as 7.000 ações no capital inicial, isto é, com os acréscimos delas conseqüentes, o que, concluíram, importara no ajuste previsto no Decreto-lei nº 4.352, de 1942.

Essa conclusão, *data venia*, é inaceitável.

A norma do § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 4.352, como vimos, não determinou que se fizesse a entrega, aos autores, de 7.000 ações, e sim autorizou que se lhes transferisse até tal número de ações podendo a transferência variar, conseqüentemente, de 1 a 7.000, de acordo com o ajuste que fosse feito.

O convite aos acionistas feito em 1964, portanto, desde que nada se acordara antes, importou em proposta de ajuste, podendo-se entender que, ao fixá-la no máximo autorizado pela lei, a Administração considerara, para fazê-lo, a desvalorização da moeda ocorrida desde a organização da Cia. Vale do Rio Doce até a época da proposta, pois, se se tratava de compensação ou bonificação sobre o capital da empresa encampada, como considerara a Comissão dos Acordos de Washington (fls. 93-94), em cujos documentos apoiou-se a Administração para entender que a transferência deveria ser efetuada, tal bonificação ou compensação poderia corresponder,

na época, a percentual mínimo de ações da nova sociedade.

Ora, se se tratava de proposta de ajuste, e não foi aceita nos termos em que foi formulada, não houve ajuste, como acertadamente concluiu a sentença recorrida, do qual houvesse decorrido a obrigação, por parte da União, de entrega das ações.

7 — Cumpre acrescentar, além disso, que se considerado, como sustentaram os apelantes, que do art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352, decorrera para a União a obrigação de transferência de ações da Cia. Vale do Rio Doce, tal obrigação seria indeterminada pois se referia à transferência de até 7.000 ações, e, ou corresponderia a indenização a ser apurada, e neste caso não se poderia saber o total de títulos a transferir senão depois de fixado o valor a ser indenizado, ou corresponderia a bonificação ou compensação cuja fixação ficara ao arbítrio do devedor. No primeiro caso não se poderia acolher a ação porque não demonstrado o direito à obtenção de indenização, e nem quais os elementos a serem considerados para fixá-la. No último, a obrigação realmente somente se tornaria certa se, feita a oferta pela União da transferência de 7.000 ações, houvesse sido aceita pelos autores tal qual formulada.

8 — Em qualquer hipótese, portanto, não assiste aos autores o direito pleiteado de obterem a transferência para os seus nomes de ações em número que corresponderiam a 7.000 ações do capital inicial da Cia. Vale do Rio Doce com os acréscimos conseqüentes de reavaliação de ativo e incorporação de reservas.

Nego provimento ao recurso.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre: O artigo 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 4.352-42,

ao incorporar ao Patrimônio Nacional, os bens da «Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia S.A.», previu: a) indenização aos seus acionistas, em dinheiro, equivalente ao capital realizado da Companhia; b) a transferência, aos mesmos acionistas, de até 7.000 ações da nova Companhia, prevista em seu art. 6º.

Há aqui, como pareceu ao Dr. Juiz, dois pagamentos, e não uma opção entre duas indenizações.

O número de ações da Vale do Rio Doce está aí fixado: até 7.000 ações «para liquidar o ajuste que fizer sobre indenizações devidas».

Não há cogitar, assim, em entrega de ações em proporção às que os acionistas possuíam na Companhia extinta.

O «até o limite de 7.000 ações» deixa claro que, na fixação da indenização, à União Federal foi dado fixar a quantidade de títulos, que não podia ser superior àquele limite.

A União, através de edital, convocou os antigos acionistas da Mineração e Siderurgia para receberem as ações da Vale do Rio Doce, no número máximo previsto, isto é, 7.000 ações.

Com tal manifestação de vontade, dúvida nenhuma resta quanto ao número de ações a serem transferidas.

O que os autores ora apelantes postulam é o recebimento desses títulos contemporâneos à encampação da Mineração e Siderurgia, isto é, multiplicadas pelos aumentos de capital decorrentes de incorporação de reserva e reavaliação do ativo imobilizado.

Para tanto, sustenta-se, com acerto, que o Decreto-lei nº 4.352-42, é lei de caráter formal, pois nela é ausente o pressuposto da «generalidade», próprio da lei material.

Daí decorreria sua equivalência a um ato de administração específico, um

contrato com a Administração em forma de lei, submetido às regras do Direito Privado.

Marcello Caetano, cuidando da interpretação de cláusulas de contratos de que participa a administração pública, assim se refere a um trabalho especializado:

«O problema da natureza destas cláusulas foi estudado pelo Dr. Diogo do Amaral em *O Caso do Tamariz — Estudo de Jurisprudência Crítica*, nos anos 96 e 97 da revista *O Direito*, de que se tirou separata (Lisboa, 1965). Aí se distinguem os casos em que haja sido publicada lei de autorização para contratar de acordo com certas bases anexas, as quais não deixam de constituir matéria contratual por figurarem neste diploma para se saber quais os limites dentro dos quais é dada a autorização, daqueles outros casos em que existe lei geral a fixar imperativamente os direitos e obrigações próprios dos contratos de certo tipo, deixando pequena margem para a negociação entre as partes. Nestes últimos casos, a reprodução no instrumento do contrato das disposições imperativas da lei (...) ou referência a estas, não lhes confere natureza contratual e, portanto, a sua interpretação segue os processos da hermenêutica legislativa» (*Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed. bras., tomo I, pág. 553; 1970).

Assim, como focalizado em Pa-
recer do Ministro Aguiar Dias, que
me foi entregue, e li com agrado:

«O Edital do Ministério da
Fazenda, restringindo-se a cum-
prir o que fora ajustado anterior-
mente, nada tendo criado, operado
ou produzido, para o advento da

obrigação, não pode ser considerado como constitutivo de direito.

Nem mesmo do seu simples reconhecimento, porque este não era, já então, objeto de controvérsia, extinta com o ajuste materializado no Decreto-lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942».

É o que me parece certo.

O Decreto-lei nº 4.352 é lei no sentido formal. É ato administrativo. É contrato com a Administração.

Contrato que é, ter-se-á, no caso, que examinar a intenção das partes no firmá-lo, no momento exato em que isto ocorreu.

O Decreto-lei sob exame deixa nítida a vontade real das partes, qual seja, a da União, a de indenizar os acionistas da Mineração e Siderurgia, uma parte em dinheiro e outra em ações da Vale do Rio Doce, no máximo de 7.000.

A primeira parte foi cumprida.

A segunda, passados tantos anos, pende de solução.

Ao que tenho, os acionistas, quando se acordaram na encampação da Mineração e Siderurgia, objetivaram receber as 7.000 ações de imediato, como de logo perceberam a parte da indenização em dinheiro.

Como, constituída a nova Companhia, suas ações não foram entregues, como era de esperar, segue-se que a União caiu em mora, e, deste modo, terá que prestar com o acréscimo dos prejuízos, assim entendidos, na forma do disposto no art. 1.059, do Código Civil, tudo o que o credor efetivamente perdeu, e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Pacífico que a União Federal devia dar 7.000 ações da Vale do Rio Doce, como complementação da indenização dos acionistas da empresa encampada.

Constituída em mora, como ficou, está a devedora na obrigação de entregar aos credores os frutos da prestação.

Ora, o capital da Vale do Rio Doce sofreu majorações pela atualização do seu ativo imobilizado e pela incorporação de reservas.

Em decorrência, novas ações foram emitidas e entregues aos seus acionistas, com exclusão dos autores, já sócios, de fato.

Aí, os frutos pendentes.

Tenho, assim, que a União, em verdade, deve aos seus credores, não mais simplesmente as 7.000 ações da Vale do Rio Doce, mas, também, em proporção, as ações que foram emitidas em decorrência dos aumentos de seu capital, processados pelo modo acima referido, até o efetivo pagamento da indenização devida.

Dou provimento ao recurso.

Verba honorária de 1%, a mesma a que as apelantes foram condenadas.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 26.624 — GB. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Aptes.: Mário Whittlesey Tibyriçá e outros. Apda.: União Federal.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento, e do Sr. Ministro Revisor, provendo a apelação, adiou-se o julgamento, por ter pedido vista o Sr. Min. Godoy Ilha (em 24-1-72 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

VOTO (VISTA)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Peço vênia ao eminente Relator para, acompanhando o eminente Min. Jarbas Nobre, Revisor, dar provimento à apelação dos autores, para também julgar procedente a ação.

Em que pese o douto voto do ilustrado Relator, estou em que o voto do eminente Revisor, pela sua lúcida e convincente argumentação, deu à controvérsia o deslinde imposto pela correta interpretação dos textos legais em causa, acolhendo a irrepreensível fundamentação jurídica do apelo dos autores.

Cheguei a esta conclusão pelo exame detido dos autos e da exaustiva documentação oferecida pelos apelantes.

O meu precário estado de saúde, de que fui acometido nestes últimos meses, impede-me de uma adequada fundamentação do meu voto, à altura da magnitude da controvérsia, resultando, todavia, a minha convicção da leitura atenta de todos os elementos da causa, valendo-me, todavia, dos suplementos das eruditas razões dos apelantes e da lúcida fundamentação do voto divergente.

Dou provimento ao recurso nos termos em que o fez o eminente Revisor.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 26.624 — GB. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Aptes.: Mário Whittlesey Tibyriçá e outros. Apda.: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, vencido o Sr. Ministro Relator, deu-se provimento ao recurso para reformar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Revisor, que lavrará o acórdão (em 31-8-73 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Godoy Ilha votou com o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

APELAÇÃO CIVEL N.º 27.482 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis
Revisor — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Recorrente — Juízo Federal da 2ª Vara, *ex officio*
Apelante — União Federal
Apeladas — Companhia Boavista de Seguros e outras

EMENTA

Agravo no auto do processo desprovido, em face do disposto no art. 50, do Dec.-lei nº 67, de 1966. Transporte marítimo. Sub-rogação. Ao segurador, que paga indenização por danos ocorridos no transporte, assiste o direito de se sub-rogar no que competia ao segurado ressarcido receber.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 22 de março de 1971. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Companhia Boavista de Seguros e

outras propuseram a presente ação ordinária contra a Companhia Nacional de Navegação Costeira, alegando, em resumo, o seguinte: que, no exercício de suas atividades, pela averbação 329, da apólice GBTM 276 (fls. 8) de emissão da primeira, em cosseguro com as demais, em favor da Companhia Siderúrgica Nacional, cobriram os riscos sobre 11 amarrados com chapas de ferro, no valor de NCr\$ 5.411,56, embarcados no Rio de Janeiro, com destino a Porto Alegre, pelo navio «Jequitinhonha» pertencente à ré (fls. 9).

Que no porto de destino deixou de ser embarcado um dos amarrados, extraviado durante o percurso marítimo (fls. 7), o que implicou num prejuízo de NCr\$ 491,96.

Que cumprindo suas obrigações de seguradoras, pagaram a correspondente indenização à segurada (fls. 6), ficando, assim, sub-rogadas nos direitos contra a transportadora, art. 728, do Cód. Com., arts. 102, 519 e 529.

Que deve, assim, ser julgada procedente a ação, para o fim de ser condenada a ré a pagar às autoras a quantia de NCr\$ 491,96, acrescida das custas, juros de mora, e honorários de advogado, na base de 20% sobre a condenação.

Contestação, fls. 39.

A União Federal, como assistente, declarou subscrever a contestação da ré (fls. 43).

Réplica, fls. 45.

Saneador fls. 48.

Por despacho de fls. 57/64, reconhecendo, na União Federal, as qualidades de sucessores, determinou o Doutor Juiz a sua citação para prosseguir no feito, sendo interposto, por esta, o agravo no auto do processo de fls. 66 e 71.

Depois de várias providências determinadas pelo Doutor Juiz para a perfeita normalidade do processo e esclarecimentos sobre a documentação a que alude a União Federal em sua contestação, foi prolatada a sentença de fls. 110 a 116, cuja conclusão é a seguinte:

«Assim sendo, julgo procedente a ação para condenar a União Federal, como sucessora da Companhia Nacional de Navegação Costeira, a pagar às autoras a quantia de NCr\$ 491,96, nas percentagens mencionadas no recibo de fls. 6, com os juros de mora, custas e honorários de advogado que, tendo em vista o valor da causa e as demais circunstâncias relevantes para o seu arbitramento, fixo em 20% sobre a referida quantia.»

Secundando recurso de ofício, apelou a União Federal, com as razões de fls. 120/121, contrariadas às folhas 123/124.

Subindo os autos a esta Superior Instância, deles se deu vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pela improcedência da ação.

Estudados os autos, encaminhei-os a meu digno Revisor, que pediu dia para julgamento.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Do despacho que determinou se sobrestasse o feito até que fosse citada a União Federal, para prosseguir na causa, na qualidade de ré, agravou esta no auto do processo, alegando que a extinção das antigas autarquias transportadoras não acarretou qualquer responsabilidade nova e direta, por parte da União, cuja posição nos pre-

sentes autos será apenas de assistente.

Data venia, nego provimento ao Agravo, em face do que dispõe o artigo 50, do Dec.-lei nº 67, de 1966, *in verbis*:

«Art. 50. Os compromissos já assumidos pelas autarquias não obrigarão as novas sociedades, cabendo ao Ministério da Viação e Obras Públicas, se necessário, adotar as providências cabíveis para cumprimento das obrigações daqueles resultantes.»

Nego, pois, provimento ao Agravo.

Mérito: No mérito, confirmo a sentença.

Há prova do embarque da mercadoria e a falta de um amarrado de chapas laminadas de ferro e aço comum, que não chegou ao porto de destino, o que foi certificado pelo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais do Rio Grande do Sul (fls. 7).

As autoras, seguradoras da mercadoria, indenizaram sua segurada, subrogando-se nos direitos dela.

Exato, por igual, o entendimento da douda sentença recorrida, ao determinar a indenização de acordo com o valor da mercadoria, constante do conhecimento de embarque e não pelo valor que as autoras pagaram a seu segurador.

Por estes motivos, nego provimento aos recursos, para confirmar a sentença.

É meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 27.482 — GB — Rel.: Senhor Min. Henoch Reis. Rev.: Senhor Min. José Néri da Silveira — Recte.: Juiz Federal da 2ª Vara — Apte.: União Federal — Apdos.: Cia. Boavista de Seguros e outras.

Decisão: Por decisão unânime, negaram provimento ao agravo no auto do processo e à apelação (em 22 de março de 1971 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira e Márcio Ribeiro votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 28.315 — PE

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Recorrente — Juízo Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelantes — União Federal e Luiz de Farias Barbosa e outros
Apelados — Os mesmos.

EMENTA

Expropriação. Concessão liminar concedida dentro no prazo legal. Indenização justa fixada na base do laudo do perito oficial. Recursos unanimemente improvidos.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento, decisão unânime, na forma do

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

Brasília, 9 de junho de 1971 — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O Doutor Juiz assim relatou a matéria em debate:

«A União Federal propôs, contra Luiz de Farias Barbosa, Inah Barbosa e Rita de Albuquerque Raposo, a presente ação, objetivando a concretização da desapropriação, por utilidade pública, da casa situada na Rua Riachuelo, 488, bairro da Boa Vista, nesta Cidade. Na inicial, a autora informa que, o Decreto que autorizou a desapropriação, tomou o nº 61.702 e foi publicado no *Diário Oficial* da União nº 219, de 20 de novembro de 1967, conforme se verifica do documento de fls. 29, e que, no processo administrativo, que instruiu a inicial, o imóvel aludido teve seu valor fixado em sete mil, dezenove cruzeiros novos e oitenta e três centavos (NCR\$ 7.019,83). Tendo em vista o pedido da autora este Juízo determinou a expedição de guia de recolhimento da quantia oferecida, isto é, sete mil, dezenove cruzeiros novos e oitenta e três centavos (NCR\$ 7.019,83). Realizado o depósito, foi concedida a imissão provisória da posse, com a notificação dos ocupantes do imóvel para desocupá-lo. Feitas as citações a ação foi contestada por Luiz Farias Barbosa e sua esposa Inah Raposo Barbosa, Oscar Frederico Raposo Barbosa e sua esposa Erna Barbosa, Maria Auxiliadora Barbosa Vieira e seu esposo Roberto Damasceno Vieira, Luiz Felipe Raposo Barbosa e sua esposa Sônia Helena Rocha Barbosa, Ana Maria

Barbosa Castro e seu esposo José Cordeiro de Castro, Ricardo José Raposo Barbosa e sua esposa Nilce Cavalcanti Barbosa, Carlos Eduardo Raposo Barbosa e sua esposa Suzana Gonçalves Barbosa, os quais apresentaram a certidão de fls. 48, provando que são os legítimos donos do imóvel expropriado. Na contestação foi, preliminarmente, pedida absolvição de instância porque, no dizer dos contestantes, à inicial não se juntou o decreto de desapropriação. Também, pelos expropriados, foi impugnado o preço oferecido. A expropriante, falando sobre a contestação, ofereceu a cota de fls. 50. Entretanto em gozo de férias não sanei o processo o que foi realizado pelo MM. Juiz Federal, Dr. Artur Maciel, que nomeou o Dr. José Justino Filho para funcionar como perito, e apresentou quesitos. No saneador, nenhuma referência se fez às preliminares suscitadas pelos expropriados, o que deu lugar a que estes voltassem com as petições de fls. 53 a 54 e 57 a 58, sendo que, na última, interpuseram agravo no auto do Processo, no que foram atendidos pelo Juiz de então. O perito nomeado e os assistentes indicados pelas partes, após prestarem compromisso, apresentaram seus laudos. Reassumindo minhas funções, no despacho de fls. 81v, determinei o desentranhamento de duas (02) petições dos expropriados. Atendendo ao requerimento dos expropriados determinei o levantamento de oitenta por cento (80%) do depósito efetuado pela expropriante. Na audiência de instrução e julgamento, depois de prestados esclarecimentos pelo perito

e o assistente da autora, as partes apresentaram razões orais.»

Sentenciando o Doutor Juiz julgou procedente a ação fixando o preço da desapropriação em NCr\$ 16.000,00, baseando-se no laudo do Perito Oficial, manteve a imissão de posse decretada em despacho anterior e condenou a expropriante ao pagamento de honorários de advogado à base de 10% sobre a diferença do preço oferecido e o que fixou na condenação.

Houve recurso de ofício.

Inconformada apelou a União Federal, pedindo a prevalência do laudo de fls. 67/68.

Apelaram, também, os expropriados, às fls. 115/116.

Contra-arrazoou a União Federal (fls. 118v).

Nesta Instância pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do apelo da União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Preliminarmente conheço do agravo no auto do processo, mas lhe nego provimento.

Embora não instruído o pedido com o respectivo decreto de expropriação, os próprios expropriados citaram o seu número e o *Diário Oficial* que o publicou. E, relativamente ao prazo para a concessão da imissão liminar, note-se que, sendo o decreto de 20 de novembro de 1967, o pedido foi despa-

chado em 12 de março de 1968, dentro no prazo, pois, de cento e vinte dias.

VOTO (Mérito)

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Apela a União, apenas, contra o valor da indenização, que entende deveria ser o fixado na forma do laudo de fls. 4 a 30, elaborado pelo próprio expropriante através do Ministério do Exército.

Mas não assiste razão à recorrente. É que em se tratando de expropriação, o Juiz deve estabelecer o preço que lhe parecer justo tendo em vista os arbitramentos técnicos realizados dentro da própria ação. E o laudo adotado não deixou de ter em conta as diversas circunstâncias de fato que, de acordo com o critério legal, deveriam concorrer para determinação do preço justo ao desfalque que a venda compulsória acarretou do patrimônio dos réus e ora apelados. E ao juiz só é permitido afastar-se do laudo do perito quando oferecidos elementos de apreciação capazes de lhe induzirem a conclusão diversa elementos que não existem nestes autos.

Nego provimento aos recursos para confirmar a sentença recorrida.

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 de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.023 — PA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Recorrente — Juízo Federal no Estado, *ex officio*
Apelante — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)
Apelado — Joaquim da Costa Melo

EMENTA

Responsabilidade Civil.

Acidente de automóvel. Colisão de veículos. Ação de ressarcimento ajuizada pelo DNER contra proprietário de carro particular.

Confirmação da sentença que julgou improcedente a ação porque a prova, exclusivamente testemunhal, permaneceu insegura e conflitante, não autorizando, assim, a condenação do réu.

As dúvidas, aliás, deveriam ser resolvidas contra a autora não só devido à sua posição processual, como por se tratar de uma autarquia (CF/69, art. 107) e, sobretudo, porque seu preposto, no momento do acidente, ainda não se achava habilitado como chofer.

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, 16 de abril de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Ação ordinária proposta pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem contra Joaquim da Costa Mello, para haver o pagamento da importância de Cr\$ 11.000,00 despendida com o conserto da «caçamba» CNFM-2.419, veículo de propriedade do Departamento, que, no dia 1º de fevereiro de 1968, na Rodovia BR-316 (PA-MA, à altura do Km 178, trecho compreendido entre a cidade de

Capanema e o Rio Gurupi, foi abalroada de lado por um caminhão de transporte de gado do réu.

Os dois veículos trafegavam na mesma direção, pela direita da estrada, a caçamba à frente do caminhão.

Alega o autor que seu chofer, Sebastião Rodrigues de Araújo, deu sinal de que ia manobrar (à esquerda) em direção ao escritório do DNER. Mas o caminhão, «por inadvertência ou por qualquer outro motivo», tentou ultrapassar a caçamba, pela contramão, causando, assim, o acidente.

O réu, em sua contestação de fls. 25, fundado em um croqui e, na folha de anotação do acidente pelo Serviço de Trânsito, alega que a caçamba, ao atingir o escritório do DNER, «manobrou de maneira brusca, sem ao menos esboçar qualquer sinal indicativo de sua pretensão como seja pisca-pisca ou outro convencional».

Houve inquérito do DNER para apuração do acidente (autos em apenso).

Afinal, após instrução regular em que foram ouvidas as testemunhas das partes às fls. 38/42 e 47/49 e, ainda, às fls. 58, por determinação do Juiz, o guarda rodoviário que anotara a ocorrência, a ação foi julgada improcedente.

Da sentença de fls. 67/68v., com recurso *ex officio* para este Tribunal, apela o autor com as razões de folhas 71/75, respondidas às fls. 78/79 pelo apelado.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido do provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Os argumentos da sentença são estes:

«Trata-se de ação ordinária de cobrança de valor dos prejuízos sofridos pela caçamba basculante de propriedade do A. no choque com o caminhão pertencente ao R. Na inicial o A. alegou que a colisão entre os dois veículos foi ocasionada por culpa do preposto do R., que, inobservando regra de trânsito, tentou ultrapassagem em circunstância que não podia fazê-lo. Contestando o feito, sem reconvir, disse o R. que a culpa foi do motorista da caçamba do DNER. O contido no campo «Observações» da Folha de Ocorrência emitida pela Polícia Rodoviária Estadual (folhas 28), evidentemente não pode ser levado em conta como meio eficaz de prova, porque, segundo as declarações do Guarda Rodoviário Leônidas Alves dos Santos, o mesmo não assistiu ao acidente, tendo apenas posteriormente comparecido ao local do fato

por determinação de seu superior hierárquico, e que «ora perguntado pelo MM. Juiz porque no campo «observações» fez um relato como se houvesse presenciado o acidente, responde que pela perícia que fez chegou àquela conclusão... isso aliado à circunstância de ter ouvido o que lhe contou o motorista do caminhão que transportava gado e de seu proprietário que também viajava na boléia» (fls. 58). *Data venia*, uma perícia efetuada depois desse acidente, encontrados os veículos nas posições mencionadas às fls. 27, não autoriza a ninguém deduzir que a caçamba «manobrou violentamente sem dar sinal no pisca-pisca». É bem verdade que os depoimentos das duas pessoas arroladas pelo R. não guardam perfeita consonância, entretanto, se tal ocorre, não menos verdade é que as declarações prestadas pelas pessoas arroladas em defesa do A. (todas ainda servidoras de seu quadro, enquanto que as do demandado nenhuma vinculação têm atualmente com este) também não são muito coerentes. Depondo em Juízo, declarou o próprio motorista da caçamba basculante que «quando já se encontrava a uns 40 metros para chegar ao Acampamento, ligou a sinaleira avisando que ia dobrar à esquerda ao mesmo tempo em que, gradativamente, desviava seu veículo mais para a esquerda» (fls. 41). No entanto, o trabalhador Olívio Pereira da Silva contou que «o sinal luminoso de pisca-pisca funcionou ligado durante o trajeto de uns 150 metros» (fls. 38). No inquérito administrativo o motorista Sebastião dissera que «o servidor Genésio viajava na carroceria tendo também procurado aler-

tar o outro motorista, com aceno de braço, indicando que o carro iria dobrar para a esquerda» (folhas 17 do apenso). Já em Juízo afirmou que «não sabe se o aludido Genésio também fez algum sinal, para o caminhão de que a caçamba ia dobrar à esquerda» (fls. citada). O motorista Sebastião, já se viu, declarou que após ligar o sinal luminoso indicativo de futura manobra para entrar no Acampamento «gradativamente desviava seu veículo mais para a esquerda». Essa providência é a que o Código Nacional de Trânsito determina seja adotada em situações que tais. Acontece que o servidor Cícero Rosa Cordeiro acentuou que «quando olhou e viu a caçamba pela primeira vez, a mesma estava a uns 40 metros do acampamento, e trafegava em velocidade reduzida» e que «aludida caçamba trafegava do lado direito da pista, bem próximo ao lado, digo, ao local onde seria o meio-fio» (fls. 30). Ao autor compete provar o fato alegado para que a sentença final reconheça o direito a que se arroga. *In casu*, porém, a prova produzida em favor da autarquia demandante não parece ao prolator desta sentença de tal modo segura que autorize a condenação do R. Por outro lado, as testemunhas arroladas por este relataram o acidente como tendo ocorrido de modo diverso ao descrito na inicial. Assim, não há elementos suficientes para acolhimento da pretensão deduzida pelo A.».

Consideradas atentamente as provas do processo administrativo e do judicial, a minha convicção é a mesma.

Apesar do grande número de testemunhas ouvidas, não se chega à con-

clusão segura sobre o acionamento, ou não, com a necessária antecedência do sinal de conversão à esquerda, a que alude a inicial.

Na dúvida, a prova deve ser interpretada contra o autor, cuja responsabilidade, como pessoa de direito público, é presumida (CF/69, art. 107).

Acresce, no caso, que a caçamba era guiada por um empregado que só se habilitou como chofer a 2 de março de 1969 (fls. 61), um ano e tanto depois da data do acidente. Mais um motivo no sentido da mesma presunção de culpa do preposto do DNER e da decorrente responsabilidade deste pela colisão (Súmula nº 341 do STF).

Normalmente, aliás, para virar à esquerda, a caçamba devia ter parado antes, no acostamento à direita da estrada, a fim de que tivesse melhor visibilidade para a perigosa manobra que ia fazer (CNT — Decreto nº 5.108-66 — art. 83, nº XIII).

No caso, sobe de ponto a necessidade de tal cautela preliminar porque a caçamba, ao que informam as testemunhas do réu, não possuía espelho retrovisor.

Nego, assim, provimento aos recursos.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): Sr. Presidente. Do exame que fiz destes autos cheguei à conclusão de que o digno Juiz Federal decidiu com inteiro acerto a causa.

Como bem o assinalou o ilustre magistrado, o DNER não conseguiu trazer para os autos uma prova conclusiva de que o caminhão do réu teria sido o culpado do acidente. Pelo contrário, o que se deduz da prova dos autos, é que a caçamba do DNER teria sido a causadora do evento.

Assim finalizou o Dr. Juiz *a quo* sua sentença, depois de cotejar detidamente a prova dos autos:

«Ao autor compete provar o fato alegado para que a sentença final reconheça o direito a que se arroga. *In casu*, porém, a prova produzida em favor da autarquia demandante não parece ao prolator desta sentença de tal modo segura que autorize a condenação do réu. Por outro lado, as testemunhas arroladas por este relataram o acidente como tendo ocorrido de modo diverso ao descrito na inicial. Assim, não há elementos suficientes para acolhimento da pretensão deduzida pelo autor».

Realmente, da prova dos autos não se pode deduzir que a razão estaria

com o DNER, autor. E sem provas suficientes, não se podia condenar o réu.

Nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

AC nº 29.023 — PA. Rel.: Sr. Ministro Márcio Ribeiro. Rev.: Sr. Ministro Esdras Gueiros. Recte.: Juiz Federal no Estado. Apte.: DNER. Apdo.: Joaquim da Costa Melo.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento aos recursos (em 16-4-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henocho Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.263 — AM

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Henocho Reis

Apelantes — União Federal (BNDE) e Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A.

Apelados — Os mesmos

EMENTA

Embargos de Terceiro (em ação executiva). Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico *versus* Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. Penhora em ação executiva, recaindo sobre bens já antes hipotecados ao BNDE pela Fábrica de Tecidos Matinha S.A., Ré na ação executiva. Sentença de 1º grau julgando procedente os Embargos de Terceiro, para anulação da penhora indevidamente feita. Recursos 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 unanimidade, negar provimento a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1973.
— *Esdras Gueiros*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Esdras Gueiros* (Relator): Trata-se de apelação do Banco

Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. e do BNDE, este em parte, da decisão proferida pelo digno Juiz Federal no Estado do Amazonas, Doutor Ariosto Rezende Rocha, que julgou procedentes Embargos de Terceiro opostos pelo DNER, nos autos de uma ação executiva, objetivando a liberação de bens que já lhe tinham sido dados, em 1ª, única e especial hipoteca, bens esses penhorados na citada ação (v. apenso), a qual fora promovida pelo apelante Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. contra a Fábrica de Tecidos Matinha S.A., para haver desta a importância de Cr\$ 419.102,00, referente ao contrato de câmbio nº 9.273 (v. fls. 6 do apenso).

A respeitável decisão ora recorrida tem a seguinte conclusão:

«Por todos esses motivos, julgo procedentes os Embargos, para o efeito de, anulada a penhora de fls. 13, manter a situação anterior — o *status quo* — e condenar o embargado nas custas e honorários de advogado, na base de 2% do valor da causa, declarado nos autos principais, em favor do embargante.

«Sejam, em conseqüência, desvolvidos os autos da Ação Executiva nº 390-69, ao Juízo de origem».

Os recursos foram contra-arrazoados às fls. 104/106 e 108/111, respectivamente, pelo DNER e pelo Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A.

Com a vinda dos autos a esta Superior Instância, ofereceu a douta Subprocuradoria-Geral da República o parecer de fls. 116/117, opinando pelo desprovemento da apelação do Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. para que seja mantida a respei-

tável sentença, com os reparos pleiteados pela douta Procuradoria da República nas razões de apelação do DNER, de fls. 99/100.

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.

Estudados estes autos, não encontrei razões para atender ao que pleiteiam, respectivamente, a União Federal e o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A.

A União Federal, no seu apelo de fls. 99/100, insurge-se apenas quanto à fixação dos honorários advocatícios, que a sentença arbitrou moderadamente em dois por cento (2%) do valor da causa declarado nos autos principais, em favor do embargante Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. Pretende majoração desses honorários para 20% e que sirva de base para o seu cálculo, não o declarado na ação principal executiva, mas o da ação de Embargos de Terceiro. Nessa parte entendo que não merece qualquer modificação a sentença, pois o valor da causa, nos Embargos, há de ser o mesmo consignado na ação executiva.

Já o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A., em seu apelo, pretende a reforma integral da sentença, sob a alegação de que, estando já vencido o crédito hipotecário do BNDE, poderia o credor quirografário (o Banco ora apelante) executar o imóvel hipotecado, apenas não se podendo prosseguir na execução sem prévia notificação judicial ao Credor hipotecário, para que este viesse ao processo defender os seus direitos. Entende o Banco apelante que não seria o caso de anulação da penhora já feita na sua ação

executiva contra a Fábrica de Tecidos Matinha S. A., como o entendeu o Dr. Juiz recorrido.

Ora, a respeitável sentença de folhas 80/83, da lavra do douto Juiz Federal Dr. Ariosto de Rezende Rocha, merece, ao meu ver, integral confirmação, dados os fundamentos jurídicos em que se apoiou.

Eis a decisão:

«Entendo que somente os débitos fiscais, anteriores à hipoteca, preferem a esta (José da Silva Pacheco, *Execução Fiscal*, Rio, 1960, pág. 415).

«De Plácido e Silva (*Comentários ao CPC*, 3ª ed. 3º vol., página 1.258) ensina que qualquer espécie de direito real sobre a coisa alheia legitima a interposição dos Embargos.

«O art. 707 do CPC os admite, por efeito de penhora.

«Há, assim, uma ação, dentro de outra ação, com a finalidade de proteger direito alheio visivelmente prejudicado pela ação ordinária (*Idem*, pág. 1.257).

«E o remédio tem, realmente, o sentido de liberar os bens da medida judicial que os atingir (*Idem*).

«O BNDE é credor por primeira, única e especial hipoteca (fls. 19). Essa, é privativa do embargante; opõe-se à generalidade.

«Ademais, a hipoteca foi especializada, o que a coloca em prevalência.

«O credor quirografário não tem, assim, preferência alguma, como ele próprio reconhece: é que inexistente garantia real, no seu direito creditório. Acresce que o BNDE tem as mesmas garantias

da Fazenda Nacional: art. 9º, da Lei nº 1.628, de 20-6-52 (*Lex*, 1952, vol. XVI, pág. 166). Apresenta um serviço público federal, gozando de todas as vantagens e regalias respectivas, quanto ao foro e tratamento nos pleitos judiciais (art. 9º).

«O que o Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. poderia fazer era promover segunda hipoteca, sobre o que estivesse hipotecado e até penhorado «para Bancos» (fls. 10, verso), ou seja, a outros Bancos, que não o estatal (art. 812, do Código Civil).

«Ressalto que a executada contratou não conceder preferência a outros créditos, nem assumir novas dívidas fundadas, sem o prévio consentimento do Banco, dado por escrito (fls. 15, dos Embargos).

«A maquinaria da Fábrica está excluída da garantia (folhas 22). O que foi hipotecado, observou o Dr. Procurador da República, foi avaliado em NCr\$ 1.070.000,00, valor inferior ao crédito (fls. 25 e 57).

«Por todos esses motivos, julgo procedentes os Embargos, para o efeito de, anulada a penhora de fls. 13, manter a situação anterior — o *status quo* — e condenar o embargado nas custas e honorários de advogado, na base de 2% do valor da causa, declarado nos autos principais, em favor do embargante.

«Sejam, em consequência, devolvidos os autos da Ação Executiva nº 390-69, ao Juízo de origem.»

Aí está a respeitável sentença, que me parece insusceptível de qualquer modificação.

Nego, assim, provimento a ambos os recursos.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 29.263 — AM. Rel.: Senhor Min. Esdras Gueiros. Revisor: Sr. Min. Henoch Reis. Aptes.: União Federal (BNDE) e Banco Comércio e Indústria de Minas Gerais S.A. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: À unanimidade, negou-se provimento a ambos os recursos (em 12-9-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Henoch Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.328 — PR

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha
Apelantes — S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo e Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA)
Apelados — Os mesmos.

EMENTA

Imposto Territorial Rural.
Aumento de alíquota que se mantém.
Fichas de cadastro não atualizadas por modificações substanciais dos imóveis rurais (art. 46, § 5º, da Lei nº 4.504/64).
Inexistência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior (art. 149, VIII, da Lei nº 5.172/66).
Verba honorária. Devida pela parte vencida (Lei nº 4.632/65).
Sentença parcialmente alterada para cobrá-la.
Recurso do IBRA provido.

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 recurso da autora e prover a apelação da ré, para fixar em 20% os honorários de advogado, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1973.
— Godoy Ilha, Presidente; Jarbas Nobre, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator):
Trata-se de ação ordinária movida contra o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária em que a autora se insurge contra o aumento da alíquota do Imposto Territorial Rural, face a aumento de percentual, para os exercícios de 1967 e 1968, do coeficiente de condições sociais, de sua Fazenda denominada Rio do Peixe.

Argúi na inicial: que, relativamente ao exercício de 1966, o *quantum* do imposto não foi impugnado quanto às classificações atribuídas ao imóvel, vinculadas entre si para a formação da

alíquota de 0,877%, que veio a se transformar no elemento básico para o cálculo do valor do lançamento; que, para o exercício de 1967, todos os fatores componentes da alíquota do tributo foram mantidos, com exceção do coeficiente de condições sociais, que de 1966 para 1967 recebeu um aumento de 100%, passando de 0,5 para 1,00; que tal aumento não se justifica, uma vez que, se alterações houve no imóvel, tais modificações foram processadas no sentido da melhora das dependências habitacionais de seus empregados, através de reformas, pintura etc.; que, para o exercício de 1968, novo aumento foi levado a efeito, desta feita para 1,1, com a elevação da alíquota para 1,931; que esse aumento é ilegal.

A ação foi julgada improcedente (fls. 55/57).

Decidiu o Doutor Juiz que:

«Não houve modificação nas condições sociais, no imóvel. O Dec. nº 59.900/66 estabeleceu novos critérios para o cálculo da alíquota.

A autora não se valeu da faculdade admitida no art. 46, § 5º, da Lei nº 4.504/64, para requerer novo lançamento. O ato praticado pela IRA, do qual resultou aumento do Imposto Territorial Rural foi baseado em lei, o Decreto nº 59.900/54.»

Há recursos das partes.

A Subprocuradoria-Geral da República é pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nóbrega (Relator): O lançamento sofrido pela autora ora apelante teve seu embasamento no art. 28, § 4º, do Decreto nº 56.792, de 26-8-65, segundo o qual:

«Quando o número de famílias morando no imóvel for inferior a cinco, quando o número total de pessoas morando no imóvel for inferior a vinte e cinco, os fatores habitação e saneamento e educação, referidos nos incisos XI e XIV, não serão calculados, prevalecendo para os mesmos os valores mais favoráveis no sentido de redução do valor calculado para o coeficiente de condições sociais.»

Esse dispositivo foi alterado pelo art. 18, do Decreto nº 59.900/66, *verbis*:

«Verificada na declaração de propriedade do imóvel rural que o número de famílias morando no imóvel é inferior a uma para cada 4 módulos, ou quando o número total de pessoas morando no imóvel for inferior a uma por módulo, considera-se, para cálculo do fator habitação e saneamento, e fator educação, o número de módulos da propriedade como sendo o número mínimo de pessoas a serem aplicados nos cálculos. Quando o número de pessoas declarado e o número de pessoas considerado na forma deste artigo for inferior a 25, os fatores referidos não serão calculados, prevalecendo para os mesmos os valores mais favoráveis no sentido da redução do coeficiente de condições sociais.»

A nova regra está de acordo com o disposto no art. 3º, do Decreto-lei nº 58/66:

«A partir do exercício financeiro de 1967, os contribuintes a que se refere o art. 7º, da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, quando também contribuintes do Imposto Territorial Rural, terão suas contribuições calculadas na base de 1% (um por cento) do salário-mínimo regional anual, para cada módulo atribuído ao respectivo imóvel rural, em consonância com o definido pelo inciso III, do art. 4º, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.»

No sistema da Lei nº 4.504-64, ao contribuinte do Imposto Territorial Rural era facultado pleitear, dentro de um ano, a atualização do seu cadastramento (art. 46).

A apelante não fez uso desse direito.

De destacar-se que, como argüido por ela própria, no imóvel foram feitos trabalhos de mera conservação, donde a conclusão de que o lançamento impugnado se oferece inatacável, eis que não havia «fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior» (art. 149, VIII, da Lei nº 5.172/66).

Devidos, na espécie, honorários advocatícios.

A autora não obteve sucesso na demanda que intentou. Logo, nela, foi parte vencida.

Assim, na forma do disposto no art. 1º, da Lei nº 4.632/65, que alterou a redação do art. 64, do CPC, deve verba honorária.

A Súmula nº 472, citada pela Subprocuradoria-Geral da República, diz respeito a jurisprudência firmada à vigência da primitiva redação do primitivo art. 64.

Nego provimento ao apelo da autora e dou provimento ao do réu, que condeno em honorários de 20% sobre o valor da causa.

VOTO

O Sr. Min. Godoy Ilha (Revisor): Estou de acordo com o Senhor Ministro Relator. Nego provimento ao apelo da autora e dou provimento ao recurso do réu para fixar os honorários de advogado em 20% sobre o valor dado à causa.

EXTRATO DA ATA

AC nº 29.328 — PR. Rel.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Rev.: Sr. Ministro Godoy Ilha. Aptes.: S.A. Indústrias Reunidas F. Matarazzo e Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA). Apdos.: Os mesmos.

Decisão: À unanimidade, negou-se provimento ao recurso da autora e proveu-se a apelação da ré, para fixar em 20% os honorários de advogado (em 28-2-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Godoy Ilha e Amálio Benjamin votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.415 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Apelantes — Filomena Dias Teixeira e outros
Apelada — Rede Ferroviária Federal S.A. (EFL)

EMENTA

Responsabilidade civil por ato ilícito. Execução do julgado. Peculiaridades do caso concreto. Honorários advocatícios. Lei n.º 4.215 art. 97, § 4.º.

Quando não há condenação em danos emergentes há que calcular os honorários advocatícios sobre o capital necessário à produção da renda mensal, correspondente à pensão, sem o acréscimo das prestações vencidas, ao mesmo capital. Recurso provido, em parte.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, à unanimidade, negar provimento ao agravo interposto no auto do processo; e *de meritis*, dar provimento em parte ao recurso das exequentes, vencido o Senhor Ministro Revisor, que o provia com maior extensão; e tomar conhecimento do recurso *ex officio*, negar-lhe provimento à unanimidade; e declarar sem objeto o Agravo de Instrumento número 30.085, anexado ao processo, indiscrepantemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 9 de abril de 1973. —
Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Trata-se de ação de indenização por acidente ferroviário, julgada procedente na primeira instância, cuja sentença foi confirmada pela segunda, por maioria de votos, conforme acórdão desta Egrégia Turma.

Oferecidos Embargos, foram rejeitados pelo Tribunal Pleno, por maioria de votos, com a seguinte Ementa: «Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro. Passagem de nível. A ausência de cancela ou guarda em passagem de nível define a culpa da Estrada de Ferro.»

Seguiu-se Recurso Extraordinário, havendo a Primeira Turma do STF, assim decidido: «Indenização por acidente ferroviário. Progressividade. Proporção entre a pensão e o salário mínimo. Honorários de advogado na base de 20%. Recurso Extraordinário conhecido e provido em parte.»

Baixados os autos, e determinado o cumprimento do acórdão, foram os autos ao contador, para o cálculo, o que foi cumprido, sofreu o mesmo cálculo impugnação da parte da executada, atendida pelo despacho que mandou retificá-lo, no tocante às prestações vencidas, no interesse da pensionada Diva, que atingiu a maioridade em 10 de janeiro de 1968, e aos honorários de advogado, fls. 391.

Contra esse despacho foi interposto pela exequente Filomena Dias Teixeira e sua filha, Agravo de Instrumento, que no Tribunal Federal de Recursos, tomou o n.º 30.085, e acabou apensado

aos autos desta apelação, por ordem do seu eminente Presidente.

A executada, inconformada, interpôs agravo no auto do processo, aterrado às fls. 401, da parte do despacho que mandou retificar o cálculo dos honorários de advogado.

Feita a retificação do cálculo e ouvidos os interessados, o Juiz homologou o novo cálculo por seu despacho de fls. 412, verso, do qual as exequentes apelaram com o fim de:

a) incluir a autora Diva como pensionista da rê até o final da vida provável da vítima ou ao convolar núpcias, com direito às prestações vencidas e vencendas na forma da decisão exequenda, não impugnada pela rê;

b) para incluir as prestações vencidas apuradas e por apurar, no cálculo de honorários de advogado.

A apelação das exequentes foi recebida no efeito devolutivo, conforme se verifica do despacho de fls. 414, do qual a executada pediu reconsideração argumentando com a existência do Agravo de Instrumento, pronunciando-se à União Federal às fls. 425.

Desatendida pelo Juiz, pediu, então, que as razões constantes da contraminuta do agravo fossem consideradas como suas razões de apelada, fls. 436.

No interregno foi expedida carta de sentença, a requerimento das exequentes.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em longo parecer, opina no sentido de que seja dado provimento ao recurso de ofício (Súmula 423), para ser fixada a indenização encontrada a fls. 373, e sobre ela incidir a percentagem de 20%, negando provimento ao recurso voluntário.

Ante o impedimento, por motivo superveniente do Sr. Min. Henrique

d'Ávila que participara do primeiro julgamento e a quem o processo fora distribuído, coube-me relatá-los, em nova distribuição.

Com este relatório, mando os autos à ilustre revisão.

VOTO (Preliminar)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Senhor Presidente. O agravo no auto do processo tomado por termo na folha 401, tendo sido interposto pela ora apelada com apoio no item II, do art. 851, do Código de Processo Civil, merece ser desprezado porque o despacho agravado, mandando retificar o cálculo dos honorários advocatícios, pelas razões, de natureza tipicamente jurídicas, em que repousa, não se adequa à norma invocada, que só admite agravo no auto do processo das «decisões que não admitirem a prova requerida, ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado.»

O despacho agravado, não tendo obstado prova, nem estorvado a defesa, que se exercitou com plenitude, inadequada-se ao recurso de agravo no auto do processo, pelo que o aprecio antes do julgamento da apelação do agravado, de acordo com a Súmula nº 242, do STF, mas para rejeitá-lo.

VOTO (Mérito)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Os motivos da sentença de folhas 412v, que homologou o cálculo da indenização, e a importância dos honorários advocatícios, são os aduzidos no despacho de fls. 391, lê, dos quais transcrevo abaixo os trechos que interessam ao presente julgamento:

«A Rede Ferroviária Federal impugna o cálculo elaborado pelo Contador na execução de sentença contra ela promovi-

da por Filomena Dias Teixeira e seus filhos.

Alega que:

1º — a condenação não determinou a aquisição de apólices para garantia da pensão a que foi condenada e que, portanto, não podia o Contador levantar o cálculo do capital necessário para garantir a renda mensal e sobre ele fazer incidir a verba honorária.

2º — sendo a Lei nº 4.215/1963 posterior à sentença de fls. 221/5, não era de se aplicar os seus critérios à condenação, emprestando efeito retroativo à norma;

3º — entende que, mesmo quando fora de se adotar aquele critério, as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional deveriam ter sido imputadas pelo seu valor nominal (Cr\$ 10,00) e não pela cotação de Bolsa no dia do cálculo (Cr\$ 36,00);

4º — que o correto para exato cumprimento do acórdão será incluir o paterno dos autores, juntamente com estes, em folha mensal com uma prestação equivalente a 20% daquilo que for pago aos seus constituintes;

5º — indica um engano do Contador quando utilizou o índice 39,47 para estabelecer a proporção da pensão, com o salário mínimo, sustentando que essa proporcionalidade é de 26,32 e daí reelabora o cálculo com o multiplicador indicado.

A exequente impugna cada uma das objeções nos termos que assim se resumem:

1º — O julgado da Superior Instância determinou que a pensão acompanhasse o salário mínimo, guardada a proporção entre este e a pensão fixada na sentença e que os honorários de advogado fossem elevados para 20% sobre o montante da condenação;

2º — o índice do contador está correto porque o índice de 39,47 corresponde aos ganhos da vítima (apurados em Cr\$ 15,00 mensais) e não à pensão cujo multiplicador sobre o salário mínimo é de 26,32 (Cr\$ 10,00). Diz que, em consequência do artifício empregado pela executada, na realidade se estaria desejando alterar o julgado para que a pensão devida, em vez de ser 2/3 do salário da vítima, fosse de 2/3 dessa mesma fração.

3º — No que concerne aos honorários de advogado, sustenta que o cálculo está conforme a Lei nº 4.212, cujo art. 97 foi objeto de invocação do recurso que veio a ser provido pelo Pretório Excelso e que é tardio o espanto da executada porque se a cifra é elevada, desapareceu a oportunidade que teria tido a Rede para impugná-los ao deixar transitar em julgado a decisão exequenda.

O que nestes autos se verifica é que estamos frente à coisa julgada, fundada em erro de fato

e que não cabe ao Juiz sequer tentar corrigi-lo. O engano inicial, na escolha dos peritos, dois médicos e um advogado, evidentemente genuínos em matéria econômica e contábil, conduziu os julgadores ao despautério de fixarem pensão correspondente a vinte e tantos salários mínimos.»

Após tecer considerações sobre possíveis desacertos do laudo, no conhecido e singular estilo do seu autor, prossegue a sentença:

«Entretanto, não mais existe a oportunidade de corrigir tão lamentável e gritante equívoco. Embora assente em prova falsa, a decisão exequente tem por si a força de coisa julgada, e há de ser cumprida como se contém. Improcede a objeção da ré no que concerne ao levantamento do capital necessário para garantir a pensão, mesmo em não se tratando de compeli-la a satisfazer ao art. 912 do CPC, esse cálculo é indispensável para apuração do valor da indenização. Entretanto, há um equívoco apontado pela ré. É quando se computam as prestações vencidas no montante sobre o qual incidem os honorários de advogado. Se a regra a seguir, como deseja a exequente, é a do § 4º, do art. 97, da Lei nº 4.215, não se pode considerar o valor das parcelas pretéritas, segundo o que determina aquele diploma legal, a verba honorária incide sobre a adição do capital com o dano emergente e não com o acréscimo das prestações vencidas ao capital. No caso vertente não houve condenação em dano emergente. O ressarcimento pela perda do ônus que foi a verba a esse título recla-

mada, ficou, como reconhece a autora, esquecida e não integrou a condenação. Não tendo havido condenação em dano emergente, os honorários de advogado deverão incidir somente sobre o capital cuja remuneração assegure a renda mensal correspondente à pensão que deve a autora receber. No cálculo desse capital há um outro equívoco, mas este decorrente do engano da conta das parcelas devidas à menor Diva, que atingiu à maioridade em 10 de janeiro de 1968, devendo, em consequência, ser retificada a parcela referente à alínea *l*, de fls. 361, para fazer com que não se continue a computar pensão a essa beneficiária a partir daquela data, suprimindo-se, consequentemente, as alíneas *m* e *n* da mesma conta. Improcede, também, a impugnação à aplicação da Lei nº 4.215, porque se é verdade que ela é posterior ao evento, a recorrente invocou-a e o Pretório Excelso se expressamente não a mandou aplicar, implicitamente o fez, como se apura do voto do eminente Relator Min. Amaral Santos. A crítica feita ao valor atribuído às ORTN não tem consequência, porque o que se deseja apurar é qual o capital em dinheiro, necessário para produzir de juros, o valor da pensão desejada. Assim, o que importa é saber qual a cifra que a uma taxa preestabelecida irá produzir a rentabilidade necessária para assegurar um determinado pagamento mensal. Não precisava o Contador sequer calcular as obrigações por este ou outro valor. Bastaria que partindo dos 6% de juros que elas produzem, inferisse o montante do capital bastante para produzir o fruto desejado. Tão pouco merece acolhimento a cri-

tica ao índice que está correto, como superiormente demonstrou a exequente na petição. Os 39,47 são a proporcionalidade dos ganhos da vítima (NCr\$ 15,00). A pensão corresponde a 23,32 do salário mínimo vigente na época (NCr\$ 0,38). Nesse particular correto está o cálculo. Não havendo mais pensão a pagar aos menores na época do acidente, hoje já de maioridade três deles e falecido o quarto, o capital deverá garantir, tão-só, a pensão de NCr\$ 2.052,44, devida à Filomena Dias Teixeira. Para assegurar essa pensão, aos juros de 6%, é necessário um capital de NCr\$ 410.488,00, sobre os quais incidirá a verba honorária. Voltem os autos ao Contador para retificação de conta de folhas 356/62, no tocante às prestações vencidas em favor de Diva, e dos honorários do doutor advogado, ambos feitos na conformidade desse despacho.»

O capítulo da apelação das exequentes, visando a reforma da sentença, sob o argumento de que discutia matéria pertinente à causa principal, fls. 416, não procede porque os cáusticos comentários feitos ao laudo não tiveram nenhuma consequência sobre a fidelidade que a sentença de execução deve guardar ao julgado proferido na fase de conhecimento, do que seja exemplo a enfática afirmação da mesma, de que constitui «coisa julgada, e há de ser cumprida como nela se contém.» E o foi, realmente, tanto assim que o cálculo assenta suas bases nas conclusões do laudo pericial.

No atinente ao ponto da apelação, colimando a incluir a autora Diva Maria como pensionista, até o final da vida provável da vítima, ou à convolação de núpcias, entendo assistir-lhe razão

porque: 1º) a ação foi proposta com fundamento no princípio genérico contido no art. 912, do CPC, que autoriza a persistência da pensão durante todo o período de duração provável da vida da vítima;

2º) a limitação da pensão, até a maioridade da pensionista, não foi objeto de decisão pelo julgado exequendo; e

3º) a executada assinou pacto em 29-3-1968, nos autos da execução da carta de sentença, pelo qual a interessada, Diva Maria, receberá, à boca do cofre, as prestações do seu interesse, até que tenha convolado núpcias.

A restrição é aceitável, em tese, somente. No caso concreto, porém, não o é, visto que as circunstâncias todas da causa conspiram contra ela.

À vista da situação dos autos, cotejada com a falta de invocação de preceito proibitivo, entendo que a construção da sentença não se adequa à decisão exequenda.

No que se prende ao terceiro item do apelo, consistente na alegação de que os honorários de advogado devem ser calculado sobre o produto da soma do capital fixado para produzir a renda custeadora da pensão, com as prestações vencidas, inassiste razão aos apelantes.

A Lei nº 4.215, art. 97, § 4º, indicada como norteadora do cálculo, prescreve que nas ações de indenizações por ato ilícito contra a pessoa, o valor da causa, para o efeito do cálculo dos honorários, será a soma do capital fixado com o dos danos emergentes.

Ora, no caso dos autos, não houve condenação em danos emergentes, pois a verba destinada a cobrir a perda do ônibus ficou esquecida, não tendo sido objeto de condenação, como elucida a sentença, com apoio na letra dos julgados exequendos.

E como não é possível considerar as prestações vencidas, que são o resultado dos juros do capital fixado, como danos emergentes, entendo que a razão está com a sentença.

Tivesse sido outra a técnica pleiteada e adotada para o cálculo dos honorários, que não a da Lei número 4.215, a soma das prestações vencidas poderia ser considerada como base do cálculo.

A conjugação dos dois sistemas, para a obtenção de um resultado maior, porém, não encontrando amparo legal, desmerece aceitação.

O cálculo dos honorários, tal como foi ordenado pela sentença, atendendo, no substancial, à cláusula do acórdão exequendo, de que se calcularão os honorários sobre o montante da indenização, deve ser mantida.

Pelos motivos expostos, conheço do recurso de ofício, em razão das particularidades expostas no item 9º do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, e nego-lhe provimento, ao passo que dou provimento parcial à apelação das exequentes para mandar incluir a de nome Maria Diva como pensionista da executada, até o dia em que haja de convolar núpcias.

É o meu voto. E declaro o agravo de instrumento sem objeto.

VOTO (Vencido em parte)

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Revisor): Dou provimento à apelação de Filomena Dias Teixeira e outros para reconhecer à Diva, filha solteira do *de cujus*, o direito de perceber pensão até convolar núpcias. E, relativamente aos honorários, fixá-los sobre o valor das prestações vencidas e do capital que, posto a juros, garante a percepção das prestações vencidas.

VOTO

O Sr. *Min. Jorge Lafayette Guimarães*: Senhor Presidente, segundo en-

tendi, a divergência que há entre V. Exª e o ilustre Senhor Ministro Revisor é restrita à questão dos honorários. No mais, ambos estão de acordo. De modo que, acompanhando o voto de V. Exª, no que tem o apoio do Revisor, vou examinar apenas, nesta oportunidade, a matéria em que ocorreu a divergência.

No meu entender, a matéria está regida pelo § 4º, do art. 97, da Lei nº 4.215. A não ser que o acórdão exequendo, de modo claro e expresso, impusesse condenação de honorários em outra base, e teríamos que cumprir o determinado em face de qualquer obscuridade, omissão ou falta de clareza, teremos que recorrer ao princípio legal que rege a condenação de honorários nas ações de indenização por ato ilícito, que está contido neste dispositivo, onde se declara 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, que é a hipótese, o da soma dos danos emergentes com o capital fixado para constituição da renda.

Confesso que durante algum tempo cheguei a proferir sentenças, adotando a interpretação preconizada pelo Ministro Peçanha Martins.

Em conseqüência de um melhor exame, porém, verifiquei que esta interpretação não se justificava, decorrendo de uma inadvertência na leitura do dispositivo. O que neste se exprime, de modo peremptório, é que os honorários incidem sobre a soma dos danos emergentes com o capital fixado; não manda a lei calcular os honorários sobre as pensões vencidas, que constituem lucro cessante, prevenindo apenas, ao lado destes, representados pelo capital que os garante, os danos emergentes. Durante muito tempo segui esta interpretação do Se-

nhor Ministro Peçanha Martins. Entretanto, depois de uma leitura mais atenta do dispositivo, verifiquei que não tem a mesma apoio na norma já referida.

O nobre Relator acentuou muito bem que os lucros cessantes não estão mencionados no art. 97, § 4º, e assim incidem os honorários sobre o dano emergente, mais o capital que representa, no cálculo dos honorários, os lucros cessantes.

Diante dessas circunstâncias, e dos termos do § 4º, art. 97, que não permitem se adicione, também, o valor das prestações vencidas, para tal fim, acompanho, *data venia* do ilustre Revisor, o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 29.415 — GB — Rel.: Senhor Min. Moacir Catunda. — Rev.:

Sr. Min. Peçanha Martins — Aptes.: Filomena Dias Teixeira e outros. — Apda.: Rede Ferroviária Federal S.A. (EFL).

Decisão: Preliminarmente, à unanimidade, negou-se provimento ao agravo interposto no auto do processo, e *de meritis*, deu-se provimento em parte ao recurso das exequêntes, vencido o Senhor Ministro Revisor, que o provia com maior extensão; e tomando-se conhecimento do recurso *ex officio*, negou-se-lhe provimento, à unanimidade; e declarou-se sem objeto o Agravo de Instrumento nº 30.085, anexado ao processo, indiscrepantemente (em 9-4-74 — 1ª Turma).

Impedido o Sr. Min. Henrique d'Ávila. O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães votou *in totum* com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.425 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis
Revisor — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Recorrente — Juízo Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelante — Conselho Regional de Técnicos de Administração — 8ª Região
Apelado — Edson Saldanha Linhares

EMENTA

Técnico de Contabilidade. Registro no Conselho Regional como Técnico de Administração. Lei nº 4.769, de 1965. Dito diploma legal, dispondo quanto à regulamentação da profissão de Técnico de Administração, admitiu pudessem se inscrever nos Conselhos Regionais e assim exercer referida profissão, detentores de curso de grau médio que houvessem desempenhado, pelo prazo de cinco (5) anos, à data da lei, tarefas concernentes ao campo profissional de Técnico de Administração. Preenchidas as exigências legais, impõe-se a procedência da ação.

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

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

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

Brasília 11 de abril de 1973. — Márcio Ribeiro, Presidente; Henoch Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Henoeh Reis* (Relator): Edson Saldanha Linhares propôs ação ordinária Contra o Conselho Regional de Técnicos de Administração, alegando ser formado técnico de contabilidade pela Escola Técnica de Comércio Álvares Penteado, e que a par de suas atividades sempre exerceu a função de técnico de administração, tendo sido gerente, chefe de escritório e diretor administrativo de diversas firmas sediadas na capital de São Paulo, por lapso de tempo superior a dez anos.

Alegou, ainda, que, com o advento da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, regulamentada pelo Decreto nº 61.934/65, o exercício de técnico de administração tornou-se profissão liberal privativa dos profissionais registrados no Conselho Regional de Técnicos de Administração. Adiantou ainda que a lei ressalvou o direito adquirido daqueles que por cinco anos ou mais, anteriormente à vigência da lei, já executassem de fato atividades que passaram a ser privilégios dos profissionais registrados no Conselho Regional acima referido.

Conclui, pedindo a procedência da ação, para o fim de, comprovado o exercício da profissão de Técnico de Administração, pelo período superior a cinco anos, antes da promulgação da Lei nº 4.769, seja-lhe reconhecido o direito de inscrever-se no referido Conselho, com a condenação do suplicado no pagamento das custas e cominações legais.

A ação foi contestada às fls. 27/28.

Por sentença de fls. 37/42, o MM. Doutor Juiz julgou procedente a ação, para o fim de determinar a inscrição do autor, como Técnico de Administração, no Conselho Regional de Técnicos de Administração.

Além do recurso oficial, apelou o réu com as razões de fls. 45/54.

Subindo os autos a esta superior instância, neles oficiou a doutra Subprocuradoria-Geral da República, pedindo a reforma da sentença apelada. É o relatório.

Voto

O Sr. *Min. Henoeh Reis* (Relator): Desacolho, *data venia*, a preliminar de incompetência do Poder Judiciário para examinar a matéria objeto dos presentes autos. Vedado lhe é a apreciação do mérito do ato administrativo; de sua conveniência e oportunidade, em se tratando de ato discricionário.

Cogita-se, aqui, de saber se o suplicante exerce aquelas atividades profissionais exigidas por lei, para fazer jus ao registro como Técnico de Administração.

A Lei nº 4.769, de 1965, que dispôs sobre o exercício da profissão de Técnico de Administração, define de modo claro as atividades dessa profissão, *verbis*:

«Art. 2º A atividade profissional de Técnico de Administração será exercida, como profissão liberal ou não (vetado) mediante: a) pareceres, relatórios, planos, projetos, arbitragens, laudos, assessoria em geral, chefia intermediária, direção superior; b) pesquisas, estudos, análises, interpretação, planejamento, implantação, coordenação, controle dos trabalhos nos campos da administração (vetado), como administração e seleção de pessoal, organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos.»

E o exercício dessa profissão, segundo a regra do art. 3º, letra c, do mesmo diploma legal, é privativo:

«c) dos que, embora não diplomados nos termos das alíneas anteriores, ou diplomados em outros cursos superiores e de ensino médio, contem (vetado) cinco anos ou mais, de atividades próprias no campo profissional de Técnico de Administração definido no art. 2º.»

Os documentos com que o suplicante instruiu a inicial informam que ele é diplomado pela Escola Técnica de Comércio Álvares Penteado, equivalente ao curso médio, de que fala a lei (doc. de fls. 9); exerceu, por mais de cinco anos, as seguintes funções:

a) assessoria e execução nos trabalhos de seleção de pessoal empregado desta empresa;

b) administração em nível de gerência, de todos os empregados da Companhia, quer de contabilidade, quer dos demais setores componentes de nossa organização;

c) organização, implantação e controle do sistema de administração de materiais e estoque em geral;

d) elaboração dos orçamentos financeiros e seu controle, providenciando os reajustes periódicos quando necessários;

e) execução, coordenação e controle de todos os serviços pertinentes às rotinas de importação de materiais;

f) demais serviços referentes ao seu cargo de Gerente-Geral Administrativo» (doc. de folhas 13, da empresa COREMA S.A. — Máquinas Operatrizes).

No mesmo sentido, os documentos de fls. 12 e 14, atestando as atividades do Suplicante.

Tais documentos têm valor probante, e só podiam ser invalidados mediante provas positivas, o que não ocorreu na espécie *sub examine*.

Com estas considerações, nego provimento a ambos os recursos, para confirmar a sentença.

É meu voto.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Revisor): Senhor Presidente. A Lei nº 4.769, que entrou em vigor a 13 de setembro de 1965, dispôs quanto à regulamentação da profissão de Técnico de Administração, admitindo pudessem se inscrever nos Conselhos Regionais, e, assim, exercitar dita profissão detentores de curso de grau médio que houvessem desempenhado, pelo prazo de cinco anos à data da lei, tarefas concernentes ao campo profissional do Técnico de Administração, assim definido no art. 2º do diploma em foco.

No caso concreto, o autor, que é Técnico de Contabilidade, diplomado pela Escola Técnica de Comércio «Álvares Penteado», de São Paulo, atende ao primeiro requisito. Concernentemente ao segundo, referente ao desempenho por um quinquênio de atividade própria de Técnico de Administração, a propósito do qual se instaurou o dissídio nos autos, compreendo que a prova carreada ao processo demonstra que o autor também preenche essa exigência da lei, quer no período de 1 de outubro de 1963 a 24 de setembro de 1965, em que atuou como contador e gerente-geral da firma COREMA, Máquinas Operatrizes, bem assim, na quadra anterior, como contador e gerente da firma Arazhão Al-Assal, no período de 1953 a 1956 e, depois, em

Telas Metálicas Gantex S.A., de 2 de maio de 1957 a 30 de abril de 1960.

As atividades funcionais do autor estiveram sempre no plano de contador e chefe do escritório.

Os documentos vindos aos autos, quer com a inicial, quer ao longo da instrução, destacando-se os de fls. 12 a 14, tornam claro que exerceu ele atividades de direção superior nas firmas, de supervisão e seleção de pessoal; emitiu pareceres; fez relatórios; desempenhou tarefas também de chefia intermediária, todas elas funções previstas no art. 2º da Lei nº 4.769, como próprias de Técnico de Administração.

Assim sendo, em que pesem as judiciosas ponderações desenvolvidas no esplêndido arrazoado de apelação, de que foi signatário o ilustre Advogado João Leão de Faria Júnior, Procurador do Conselho de Técnicos de Administração da 8ª Região, com sede em São

Paulo (fls. 46/54), estou em que a ação deve ser julgada procedente, como concluiu a ilustrada sentença recorrida, às fls. 41/42: lê.

Nego provimento aos recursos. Confirmo a decisão apelada.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 29.425 — SP. Rel.: Senhor Min. Henocho Reis. Rev. Sr. Min. José Néri da Silveira. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Conselho Regional de Técnicos de Administração da 8ª Região. Apdo.: Edson Saldanha Linhares.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento aos recursos (em 11-4-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. José Néri da Silveira e Márcio Ribeiro votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.526 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Recorrente — Juízo Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelante — Indústrias Químicas Imperador Ltda.
Apelada — A mesma e União Federal

EMENTA

IPI. Lançamento por estimativa. Improcedência da dívida arbitrada.

Para o cálculo do IPI diversos dados podem ser levados em consideração, nos termos do regulamento.

Tomar-se, entretanto como base do tributo, exclusivamente, o estoque de embalagens, não é indicação segura, nem razoável.

Além disso, havendo exame pericial demonstrado que a empresa não tinha condições de produzir mais do que foi declarado, torna-se evidente a improcedência da dívida apurada.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provi-

mento ao recurso necessário e prover o apelo da autora, à unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte

integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1973. —
Amarílio Benjamin, Presidente e Re-
lator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Re-
lator): Registra com clareza a sentença
recorrida os pormenores da demanda
(fls. 141/142):

«Indústrias Químicas Impe-
rador Ltda., devidamente quali-
ficada na inicial, ingressou em
juízo contra a União Federal,
com a presente ação anulatória
de débito fiscal, a fim de não pa-
gar o débito proveniente do auto
de infração de fls. 12, concreti-
zado na intimação de fls. 13, exi-
gindo da autora as quantias de
Cr\$ 4.556,40, de Imposto sobre
Produtos Industrializados,
Cr\$ 845,64 de adicional e
Cr\$ 570,47 de correção monetá-
ria, mais a multa de Cr\$ 8.958,76,
correspondente a 150% do tribu-
to corrigido, ou com a redução de
50%, de acordo com o § 1º do
art. 9º do Decreto-lei nº 34/66,
instruindo, para tanto, o seu pe-
dido com os documentos de fo-
lhas 12/31.

Citada a União Federal, a
mesma, através do Doutor Pro-
curador da República, contestou
a ação às fls. 33/37, quando sus-
tentou a improcedência da ação,
fundada, para tanto, no argumen-
to de que a autora fabricou e
consumiu produtos classificados
na posição 34.01.4, da Lei núme-
ro 4.502/64, sem emissão de no-
tas fiscais e conseqüente omis-
são do lançamento do Imposto
sobre Produtos Industrializados,

incidentes nos anos de 1965 e
1966.

Na impugnação de fls. 41/
45, a autora refutou os termos da
contestação da ré e terminou por
afirmar que a acusação do fisco
se prende a um fato único, ou
seja, amparou-se, unicamente, no
uso da embalagem, como elemen-
to utilizável para as conclusões
do auto de fls. 12, prova indiciá-
ria que por si só não pode se
opor a outros elementos da es-
crita da autora, em sentido con-
trário daquela presunção, con-
cluindo a impugnação por reque-
rer uma perícia para demonstrar
que efetivamente não produziu a
quantidade do produto alegado
pelo fisco, para concluir pela
evasão do tributo.

Deferida a perícia, as partes
fizeram as indicações de fls. 47,
48 e 49, que, uma vez compro-
missados, ofereceram os laudos
de fls. 70/72 e 115/123, dos
quais as partes tiveram vista e
fizeram as apreciações de fls. 78,
131/135 e 136.

Finalmente, saneado o proces-
so e designado dia e hora para
audiência de instrução e julga-
mento, foi a mesma realizada,
com a presença das partes, que
travaram os debates orais constan-
tes do termo de fls. 138/139,
sendo certo que a autora pediu
pela procedência da ação, en-
quanto que a ré pediu pela sua
improcedência.»

Proferiu o Doutor Juiz, em seguida,
a sua decisão, julgando procedente o
pedido e condenando a União no paga-
mento de Cr\$ 800,00 de honorários de
advogado e de Cr\$ 300,00 para cada
perito. Recorreu de ofício. De sua vez,

a autora apelou, pleiteando melhores honorários de advogado.

Nesta Superior Instância falou o Doutor Subprocurador-Geral, folhas 162/165, pela reforma do julgado.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator):

Negamos provimento ao recurso de ofício, confirmando a sentença recorrida, que julgou a ação procedente. Também achamos que assim seja, considerando infundada a atribuição, pelo Fisco, à autora, de vendagens durante os exercícios de 1965 e 1966, sem as notas fiscais correspondentes, para o fim do pagamento do imposto exigível e apurado na diligência levada a efeito. Baseou-se a Fazenda tão-só no registro das embalagens adquiridas, usadas e encontradas em estoque, enquanto a autora impugna essa orientação, dadas a infidelidade de sua escrita a respeito e a exigência indispensável de levar-se em conta, na verificação da produção, os elementos indicados pelo art. 151 do Regulamento do Imposto do Consumo — Dec. nº 56.791/65, que disciplinava o assunto, como fossem a matéria-prima adquirida e empregada, as despesas gerais, a mão de obra e as variações dos estoques de matéria-prima, ignoradas pela Fiscalização.

Realmente, o dado resultante do lançamento do estoque de embalagens é o mais falho: tais acessórios não foram contados ou apurados efetivamente, e podem ter-se estragado ou extraviado. Enquanto isso, a perícia positivada em três laudos, indiscrepantes por assim dizer nos pontos fundamentais, demonstram que a promovente, em verdade, não produziu nem tinha condições de produzir mais do que

ficou registrado nos exercícios aludidos. Quanto ao apelo da suplicante, damos provimento, para conceder-lhe 20% de honorários de advogado. O trabalho do profissional que a assistiu exigiu constante atenção e possui qualidade superior, merece melhor remuneração que a concedida pelo Doutor Juiz.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Revisor): A sentença, baseada na prova pericial, concluiu favoravelmente à autora.

No principal, merece confirmação, pelos seus próprios fundamentos, a que me reporto.

Foi, porém, excessivamente restritiva no tocante aos honorários de advogado da autora, que fixou em apenas Cr\$ 800,00, quando o valor da causa, despido dos encargos subseqüentes, era de Cr\$ 14.931,27.

Dou provimento à apelação da autora para condenar a União Federal em honorários de 20% sobre o valor da causa expressa na petição inicial.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 29.526 — MG. Rel.: Senhor Min. Amarílio Benjamin. Rev.: Sr. Min. Decio Miranda. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Indústrias Químicas Imperador Ltda. Apdas.: A mesma e União Federal.

Decisão: Por decisão unânime, negou-se provimento ao recurso necessário e proveu-se o apelo da autora, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (em 26-9-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Decio Miranda e Jarbas Nobre votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.632 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara, *ex officio*
Apelante — Rede Ferroviária Federal S.A.
Apelado — João Batista Sobrinho

EMENTA

Ação ordinária de indenização. Recursos *ex officio* e voluntário. Desconhece-se o recurso necessário por incabível na espécie. Conhecido este último, nega-se-lhe provimento, face haver ficado perfeitamente caracterizado nos autos que, embora o inquérito policial houvesse sido arquivado, restou o ilícito civil sofrido pelo menor, por culpa decorrente da ré.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, negar provimento ao agravo no auto do processo, e não tomar conhecimento do recurso *ex officio*, por incabível; e, *de meritis*, negar provimento ao apelo voluntário da ré, vencido o Sr. Ministro Revisor, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 1º de junho de 1973. —
Henrique d'Ávila, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): A espécie foi assim exposta e decidida pelo MM. Julgador *a quo*:

«João Batista Sobrinho, qualificado no incluso instrumento de procuração, na qualidade de tutor nato e representante legal do menor Celso Mascari Batista, brasileiro, com 14 anos de idade, move a presente ação Ordinária de Indenização contra a Rede Ferroviária Federal S.A., com fundamento no art. 1.521, inciso III do Código Civil, pela comarca de Lo-

rena; que diz respeito a responsabilidade da ré para efeitos de compeli-la a indenizá-lo em virtude do seu filho menor, que no dia 11 de setembro de 1964, por volta das 16 horas, transitava pelo caminho que margeia a linha férrea do Ramal de Piquete, da referida Rede, nas imediações das chaves do desvio de reversão de máquinas, ao lado do muro da Subsistência do Exército, na cidade de Lorena, deste Estado, quando foi colhido pelo trem de prefixo «N.P.3», o que resultou ferimentos de natureza grave, conforme consta do Laudo de Corpo de Delito; que o Foro competente é o da comarca de Lorena; que o autor é pobre na acepção legal do termo, motivo pelo qual conforme atestado incluso requer a Assistência Judiciária; que a ação seja julgada procedente.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 6 *usque* 13; e face ao r. despacho de fls. 17 foi indeferido o benefício da assistência judiciária ao mesmo.

Consoante precatória inclusa às fls. 22 a 44, foi regularmente citada a ré (certidão de fls. 30v) que levantou a exceção de incom-

petência *rationae materiae* às fls. 33 a 36, e sobre a mesma falou o autor às fls. 39. Às fls. 40 a 40v. por r. sentença do MM. Juízo foi a mesma julgada procedente com a determinação para que os autos fossem encaminhados para uma das Varas da Fazenda Nacional na Capital do Estado, baseado no parecer da douta Procuradoria da República de fls. 32.

O Feito foi saneado às folhas 61v., em que o MM. Juiz rejeitou a preliminar de inépcia da ação, por improcedente, e prejudicada a relativa relação de parentesco, face a certidão de fls. 60. Rejeitou também a preliminar de carência da ação, porque o fato de ter sido o inquérito policial instaurado contra o preposto da ré arquivado, não implica no trancamento da ação civil, cujo mérito será apreciado a final. Foi pelo MM. Juízo de fls. 61v. deferida a perícia com a aprovação dos peritos indicados pelas partes.

Às fls. 66 a ré agravou no auto do processo, sendo o mesmo tomado por termo às fls. 67.

Face aos elementos e provas carreados para os autos, principalmente as provas das testemunhas de fls. 125 a 127 são vozes unísonas em afirmar: a) que o «Vedo» em que é visto nas fotografias de fls. 9 a 11, foi o mesmo, colocado após o acidente em tela; b) que jamais houve guardas, cancelas, ou mesmo qualquer aviso proibindo o trânsito naquele local de pessoas a pé ou de bicicleta; c) que era grande a afluência de pessoas, pois o local demanda ao armazém de Subsistência do Exército, e as pessoas que para lá se dirigem forçosamente transitam à margem da via férrea Lorena a Piquete; d) que o referido trânsito

de pessoas é normalmente feito a pé ou de bicicleta para vilas adjacentes; e) que no mesmo local já houve outros acidentes.

Quanto aos laudos periciais dos ilustres Vistores Drs. Sebastião Batista Torres e Ives de Oliveira Ribeiro, são concordes em responder todos os quesitos apresentados pelo autor e pela ré, não deixando nenhuma dúvida que a vítima do desastre narrado na inicial e o proponente da ação são as mesmíssimas pessoas; que a vítima teve o braço esquerdo amputado, o antebraço esquerdo amputado ao nível do terço médio, e os quatro primeiros dedos do pé esquerdo também amputados. E podendo afirmar com segurança que essas lesões apresentadas pelo menor foram originárias exclusivamente de ferimentos recebidos no acidente ocorrido nas linhas da ré. Que está o paciente impossibilitado de exercer ofício, profissão ou qualquer outra atividade lucrativa, destinada ao seu próprio sustento, pois esta lesão trouxe-lhe incapacidade laborativa ficando o paciente portador de lesão permanente.

Entretanto, alega a ré em síntese: que o inquérito policial instaurado paralelamente ao ilícito Civil, sendo o mesmo arquivado a pedido do Dr. Promotor Público, que não encontrou elemento seguro pela responsabilidade penal de seu preposto. E, consoante r. despacho do MM. Juiz de Direito, foi o mesmo arquivado (certidão de fls. 54).

É do entendimento deste Juízo que o arquivamento do inquérito policial não é propriamente uma absolvição, apesar do douto parecer do Dr. Promotor Público e do respeitável despacho do MM. Juiz

supracitado. Assim, como é manso e pacífico, a absolvição da instância criminal nem sempre resulta na inaplicação de outras penalidades, por isso as cominações Cíveis, Penais e Disciplinares, poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as Instâncias Civil, Penal, e também Administrativa.

Por conseguinte, verifica-se que a jurisdição Civil não se confunde com a Criminal. As suas decisões jamais se colidem, porque elas se apresentam independentes por ser autônomas sem quebra do respeito devido à extensibilidade dos respectivos efeitos. Apesar da isenção da pena no Direito Criminal, não inibe o Direito Civil de aplicar sanções reclamadas a seu critério, pela ordem e pela importância de sua independência.

Estamos, pois, entre aqueles que entendem não se admitir confusão entre as duas sanções, quer por sua natureza, quer por forma de julgamento, pela sua finalidade e consequência.

Esta matéria é pacífica e consagrada nos Tribunais, e também é remansosa sobre o aspecto doutrinário.

Quanto às provas claras anexadas no bojo dos autos, jamais poderia excluir a autoria do preposto da ré no acidente onde foi vítima o menor Celso Mascari Batista.

Está, pois, caracterizado o ilícito civil, sendo portanto, a ré, no caso vertente, responsável e obrigada por lei a reparar o dano causado a terceiro por omissão voluntária e negligência da mesma.

Pelo exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, e à vista dos laudos periciais e

demais elementos e provas do processo, julgo procedente a presente ação ordinária de indenização, para condenar a ré, Rede Ferroviária Federal S.A., a indenizar o autor pelos danos causados ao seu filho menor Celso Mascari Batista, e ainda nas despesas com aparelhos ortopédicos, medicamentos, custas processuais e honorários advocatícios que arbitro na base de 10% sobre o que for apurado».

Desta decisão, recorreu de ofício seu ilustrado prolator.

E, irresignada, apelou a Rede Ferroviária Federal S.A. com as razões constantes de fls. 168 a 174: (lê).

O apelo foi contra-arrazoado de fls. 179 a 185.

Os autos vieram ter a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 195, opina pelo provimento ao recurso a fim de ser julgada improcedente a ação.

Preliminarmente, cumpre-nos apreciar o agravo no auto do processo, tomado a termo a fls. 67, interposto pela Rede Ferroviária Federal, que não se conformou com o despacho saneador que refutou as preliminares de inépcia e carência da ação.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Em primeiro lugar, cumpre cuidar do agravo interposto pela ré no auto do processo, às fls. 66. Afigura-se-me que o mesmo não merece prosperar, dado que o saneador, a meu ver, repeliu com toda propriedade e segurança as prejudiciais de inépcia da denúncia e carência da ação, consoante ficou consignado pelo MM. Julgador a quo às fls. 61v.

Assim sendo, nego provimento ao agravo interposto no auto do processo.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: De *meritis*, meu voto é no sentido de, igualmente, à guisa de preliminar, não conhecer do recurso *ex officio*, por incabível na espécie, visto tratar-se de ação contra a Rede Ferroviária Federal S.A. E, conhecendo do apelo voluntário desta, estou em que o mesmo não merece ser provido. Ficou perfeitamente caracterizado nos autos que, embora o inquérito policial houvesse sido arquivado, restou o ilícito civil sofrido pelo menor, por culpa decorrente da ré. Este ficou perfeitamente elucidado, a meu ver, na sentença *sub censura*, que, em meu entender, deve subsistir por seus fundamentos, que são acertados e jurídicos.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Min. Moacir Catunda: Nego provimento ao recurso de agravo no auto do processo, interposto do despacho saneador que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de carência de ação, adotando, como motivos de julgar, os do próprio despacho agravado.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Min. Moacir Catunda: No mérito, dou provimento ao recurso, para julgar a ação improcedente, porque o lamentável fato resultou da culpa exclusiva da vítima.

Argumenta a apelante, com apoio na escoreita prova:

«O acidentado, inegavelmente, foi a causa próxima e eficiente do evento, que só ocorreu devido a sua própria culpa, que se pôs no caminho da composição ferroviária, que tem livre e preferencial trânsito em suas linhas, que nada de útil o fez para evitar de ser colhido pela locomotiva, cuja

aproximação, pelo barulho ensurdecedor que produz, é percebida a longa distância».

E mais adiante:

«A verdade é que não se produziu, nem poderia ser produzida qualquer prova incriminando a estrada ou seus prepostos pelo lamentável acidente, ocorrido por culpa da própria vítima.

O ilustre e experimentado Promotor Público da Comarca de Lorena, localidade onde ocorreu o acidente, não encontrou no inquérito policial em torno da ocorrência quaisquer elementos para denunciar o maquinista da Estrada de Ferro Central do Brasil, pedindo, desde logo, o arquivamento do mesmo, porque, no seu entender, «inexiste responsabilidade penal a ser apurada, pois o maquinista do trem não se houve com qualquer parcela de culpa» (folhas 54).

O Juiz de Direito da aludida Comarca, Magistrado de carreira, com longa folha de magníficos serviços prestados à justiça de nossa terra, não pode deixar de atender a promoção do Ministério Público, decidindo que:

«Não há culpa penal a ser apurada, como bem disse o Doutor Promotor Público. Lamentavelmente, é verdade, mas devido à imprudência da vítima em procurar andar de bicicleta por um local tão perigoso, como bem demonstram as fotografias juntadas pela autoridade policial. Ao exposto, determino o arquivamento do presente inquérito. D. supra. a) Carlos Osório Calvacanti (fls. 54).

Em face do pronunciamento judicial acima, a presente demanda jamais poderia obter acolhi-

mento, pois ali já fora decidido que o acidente originou-se da culpa única e exclusiva da própria vítima que transitava, imprudentemente de bicicleta, ao longo do leito ferroviário e que o preposto da ré, ou seja o maquinista da composição que colhera o menor Celso Mascari Batista não tivera a menor responsabilidade pelo lamentável evento.

Portanto, se a vítima agiu culposamente não tem o direito de ser indenizada, pois:

«A culpa da vítima pulveriza a obrigação determinante do dano, tal como sucede na legítima defesa ou no crime cometido sob violenta emoção, se causado pela própria vítima», como ensina Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*)».

Ademais,

«Não provada a culpa do preposto, não se pode concluir pela do preponente, segundo a corrente hoje vencedora na doutrina e na jurisprudência» (*Rev. Trib.* 235/176).

«Sem prova de culpa não há obrigação de reparar o dano» (*Rev. Trib.* 246/426; 221/200; 207/229; 198/267; 152/610 etc.).

«Nos expressos termos do art. 1.523 do C. Civil, responsabilidade indireta dos patrões, assim como dos pais, tutores e curadores, deve ser objetivamente provada por quem os acusa. Só serão responsáveis, diz o Código, provando-se que eles concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte» (*Rev. Trib.* 218/280).

As próprias testemunhas do autor, embora não tivessem assistido o acidente, prestaram depoi-

mento no sentido de ressaltar a culpabilidade da própria vítima.

Assim, a primeira testemunha do autor, Sr. José Antero dos Santos, declara que:

«Não assistiu ao acidente, só tomando conhecimento do mesmo poucos instantes depois, quando tomou a iniciativa de chamar o SAMDU; que o acidente ocorreu quando Celso transitava pela linha, de bicicleta, sendo prensado pela locomotiva e o muro ali existente; que a distância que existe entre o muro e a linha no local é mais ou menos de oitenta centímetros a um metro; que os pedestres costumam transitar pela linha, com o intuito de diminuir o caminho; que o armazém de subsistência do Exército tem entrada própria de outro lado da linha» — fls. 125.

A 2ª testemunha do autor, Sr. José Molinari Sobrinho, por sua vez esclarece que:

«Não assistiu ao acidente, tendo-se dirigido ao local logo após o mesmo ter ocorrido; que se sabe que Celso ia fazer compras no armazém, porque o dependente ali trabalha; que para o menor Celso dirigir-se de sua casa ao armazém de subsistência, tinha outro caminho pelas ruas da cidade; que, todavia, para encurtar caminho, caminhou ao longo da linha, o que é comum outras pessoas fazerem que, como o espaço existente entre a linha e o muro do armazém de subsistência é pequeno, a locomotiva colheu o menor, pressionando-o sobre o muro; que os armazéns da Subsistência do Exército estão localizados além de uma passagem de nível,

tendo entrada própria por um pátio (fls. 126)».

A 3ª testemunha do autor, Sr. Mário Norberto da Silva, afirma que:

«Não assistiu ao acidente, mas por trabalhar no SAMDU, ficou sabendo do mesmo, pois foi a ambulância que dirigia que transportou o acidentado para o Hospital; que o menor Celso foi colhido pela composição, quando de bicicleta, da Subsistência Militar retornava para sua casa, pela linha; que para economizar caminho geralmente usa-se a linha da Estrada de Ferro Central do Brasil; que o menor Celso foi projetado pela locomotiva com a bicicleta, contra o muro existente junto à linha, dos armazéns da Subsistência; que os armazéns da Subsistência têm acesso próprio, por rua que atravessa as linhas da Central» (fls. 126v.).

O próprio autor se encarregou de carrear para os autos as provas que demonstram a sua culpabilidade, sendo que as fotografias do local do acidente demonstram à saciedade que ali não existe nem pode existir caminho público, pois se trata de leito ferroviário intensamente usado, cercado de ambos os lados, e que a vítima transitava imprudentemente pela linha, de bicicleta, em sentido contrário ao do trem quando bateu no tender da locomotiva, ficando prensado entre esta e o muro de alvenaria do edifício em que se encontra instalado o Serviço de Subsistência do Exército, em Lorena.

Verifica-se, assim, que o acidente teve lugar em razão de comportamento imprudente da vítima».

Considerando que, pela prova dos autos, a culpa do sinistro cabe toda ela à vítima, dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins: Senhor Presidente, pelo que ouvi do voto do eminente Revisor, entre a linha de trilhos e a cerca havia um caminho. Neste caminho andavam pessoas, inclusive o menino vitimado. Tenho para mim que o maquinista, sabendo que por ali transitavam pedestres, deveria ser mais prudente no dirigir o seu veículo. Se ele rodasse com cautela, principalmente naquela passagem em que transeuntes tinham o costume de passar, não teria ocorrido o desastre, que aconteceu por imprudência e desatenção do maquinista.

No caso dos autos, presumida é a culpa da ré, que, para eximir-se, precisaria ter demonstrado caso fortuito, força maior, culpa de terceiro ou mesmo da própria vítima. Nada entretanto, provou, salvo a absolvição do maquinista na órbita criminal, que não decide do «estado de espírito que gera a atenção, o cuidado e a exação no cumprimento do dever».

Isto posto, nego provimento ao recurso para confirmar, pelos seus próprios fundamentos, a sentença recorrida.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 29.632 — SP. Rel.: Sr. Ministro Henrique d'Ávila. Rev.: Sr. Ministro Moacir Catunda. Recte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte.: Rede Ferroviária Federal S.A. (EFEB). Apelado: João Batista Sobrinho.

Decisão: Preliminarmente, negou-se provimento ao agravo no auto do processo, e não se tomou conhecimento do recurso *ex officio*, por incabível; e, *de meritis*, negou-se provimento ao apelo voluntário da ré, vencido o Sr. Ministro Revisor (em 1-6-73 — 1ª Turma).

O Sr. Min. Peçanha Martins votou *Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.*
in totum com o Sr. Ministro Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 29.808 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Apelantes — Jair de Oliveira Rosa, s/mulher e outros
Apelada — Iracema Teixeira Rogich

EMENTA

Ações judiciais correlacionadas. Solução para o incidente. Quando uma ação depende da outra, diz-se que esta constitui prejudicial daquela. Encaminhado o assunto como litispendência, o incidente deve ser apreciado à falta de providência legal correspondente. Apurando-se, porém, em segunda instância, que a ação principal já se acha julgada, o melhor caminho é mandar prosseguir a demanda que ficou suspensa.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer da apelação; não apreciar o agravo no auto do processo pela sua inoportunidade e dar provimento parcial ao recurso para que o MM. Doutor Juiz *a quo* prossiga a ação declaratória e decida como de direito, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de maio de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Assim relata e decide a espécie o Dr. Juiz (fls. 94/97):

Vistos, etc.

Iracema Teixeira Rogich, citada para responder aos termos de ação declaratória que, neste Juízo, lhe movem e à União Federal, Jair de Oliveira Rosa, sua mulher

e outros, opõe exceções de litispendência e de coisa julgada, alegando, em síntese, o seguinte: que os excetos pleiteiam, por via da mencionada ação declaratória, a decretação de nulidade do Decreto nº 58.205, de 18 de abril de 1966, pela qual foi a excipiente autorizada a lavar calcário em gleba que os ditos excetos reivindicam como de sua legítima propriedade; que, todavia, está em curso, na comarca de Sorocaba, ação reivindicatória, em que os excetos pleiteiam o reconhecimento de seu domínio e devolução da posse da gleba em questão; que, assim, há, no caso, litispendência; que ocorre, também, exceção de coisa julgada, pelas razões que expende. Os excetos impugnaram às fls. 64 a 69. Às fls. 86 a 92 opina a Procuradoria da República.

Isto posto,

Na ação declaratória intentada neste Juízo pretendem os excetos haver a anulação do Decreto nº 58.205, de 18 de abril de 1966, sob a alegação de que são

legítimos proprietários da gleba nele mencionada e em cujo subso-lo se encontra a jazida de calcário objeto da autorização presidencial, assistindo-lhes, portanto, o direito de preferência para a exploração da mesma, nos termos do art. 153, § 1º, da Constituição Federal de 1946.

Na ação reivindicatória que, na comarca de Sorocaba, movem contra a excipiente e seu marido, pleiteiam o reconhecimento de seu domínio e a devolução da posse sobre a gleba em tela.

Ora, a proteção jurídica está condicionada à existência de um legítimo interesse, econômico ou moral, que, em se tratando do autor, poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou à declaração de autenticidade ou falsidade de documento.

In casu, o interesse dos excetos em anular o decreto de lavra promana de alegado direito de propriedade sobre a área objeto da reivindicatória em tramitação no Juízo de Sorocaba.

Assim, é evidente a identidade de fundamento de ambas as ações, isto é, a mesma controvérsia, a mesma relação de direito em discussão: na reivindicatória, está em jogo a retomada do domínio; na declaratória, o reconhecimento desse domínio informa o pedido de anulação do ato administrativo e, em conseqüência, o alegado direito de preferência dos excetos.

Para declarar a nulidade do ato concessivo da lavra, tem-se de reconhecer, antes, que a excipiente não tem direito de propriedade e, conseqüentemente, reconhecer que esse direito cabe aos excetos, posto

que só assim assiste a estes últimos legítimo interesse em agir em Juízo.

Logo, parece indubitável, em que pese as brilhantes e bem postas considerações do eminente advogado dos excetos, que uma decisão proferida na presente ação, embora desprovida de execução compulsória, afetará o julgamento da reivindicatória, por envolver a discussão do domínio fundamento desta última.

Destarte, há no tocante à natureza da relação jurídica uma afinidade entre os objetos das ações mencionadas, que não pode ser desprezada. Soma-se a isso a identidade de pessoas, sendo os excetos e excipientes autores e réus, respectivamente, em ambas as ações.

Acrescente-se que irrelevante é a alegação da divergência dos Juízos em que se processam esses feitos.

No que tange à exceção de coisa julgada, improcedem as alegações da excipiente.

Com efeito.

O acórdão proferido nos embargos de declaração opostos à decisão da Instância Superior nos autos da ação rescisória de contrato de compromisso de compra e venda supedâneo da assertiva, deixou claro que «em outra ação, mais adequada, terão os autores oportunidade de reivindicar os direitos que acaso lhes compitam sobre a mencionada área».

Afinal, no que concerne a matéria em foco, registro a objetiva e clara manifestação da douta Procuradoria da República às folhas 86 a 92, à qual me reporto, na oportunidade.

Ex positis, julgo improcedente a exceção de coisa julgada e procedente a exceção de litispendência, determinando se suspenda o curso da ação declaratória, para evitar tumulto processual e possíveis decisões contraditórias.

Custas pelos excetos».

Inconformados, agravam Jair de Oliveira Rosa, sua mulher e outros, às fls. 99/116.

Iracema Teixeira Rogich agrava no auto do processo da decisão que rejeitou a exceção de coisa julgada (folhas 117).

Às fls. 118, o Dr. Juiz recebeu o recurso de fls. 99/116, como apelação, e determinou que se tomasse por termo o agravo de fls. 117.

Jair de Oliveira Rosa e outros, às fls. 121, solicitaram reconsideração do despacho que recebeu o recurso como de apelação, argüindo ser cabível na espécie o agravo de petição, consoante o art. 846 do Código de Processo Civil.

O magistrado, às fls. 226, manteve o despacho de fls. 118.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 227/244.

Nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral, com as razões de fls. 254, manifesta-se no sentido da confirmação do despacho que acolheu a litispendência devendo as duas questões ficarem sob a direção de um único Juiz e não de dois, um da comarca da Capital e outro, da de Sorocaba, devendo decidir-se ainda a questão da competência, pois não se tem conhecimento se a União é também parte interessada na questão de Sorocaba, e mesmo que não o seja, passou a participar na ação, das exceções.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator): Examinei os autos e os encaminhei ao Revisor habitual, o Sr. Ministro Decio Miranda, que, no entanto, se declarou impedido.

Foi assim o processo ao Sr. Ministro Jarbas Nobre, que, na qualidade de Revisor, os viu e pediu dia para o julgamento. Devo acrescentar que, em apenso, constam dois requerimentos, acompanhados de documentação, relativos à controvérsia. O primeiro apenso é de Iracema Teixeira Rogich, apresentando certidão da sentença que, em Sorocaba, julgou improcedente a ação reivindicatória proposta por Alfredo de Oliveira Rosa, Jair de Oliveira Rosa e outros contra Brasilico Rogich e sua mulher; o segundo é um requerimento de Jair de Oliveira Rosa e outros, com a certidão do acórdão, que reformou a sentença que julgou improcedente a ação. Pelo que consta do documento, a Segunda Instância deu provimento à apelação para julgar a ação procedente.

Providenciei para que as partes tivessem notícia dessas certidões, como também para que o Sr. Min. Revisor ficasse inteirado do que ocorria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator):

A vida do Direito é sempre fascinante. Está aqui nos autos a presente questão, que mereceu as considerações do Dr. Advogado e do Dr. Subprocurador da República. S. Ex^{as} salientaram diversos aspectos da divergência, nos detalhes principais, inclusive no seu mérito.

De qualquer modo, no entanto, pelo estudo que fiz, a posição que vou tomar é um pouco diversa. Em primeiro lugar,

temos a situação dos recursos. O nosso Código, a propósito dos recursos, no tema de exceções, dá orientação diferente, conforme o tipo do incidente. No art. 851, o Código de Processo estabelece no item II, o seguinte:

«Caberá agravo no auto do processo das decisões que julgam improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada».

Já em relação à exceção de incompetência, o agravo é de instrumento, nos termos do art. 842, II. O Código, porém, não diz expressamente qual o recurso adequado para a decisão que julga procedente a exceção de litispendência. Prescreve, todavia, no art. 846, *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 resolverem o mérito».

Assim, o recurso para a exceção de litispendência julgada procedente é o agravo de petição. A parte, na realidade, interpôs esse agravo. O Juiz, entretanto, é que o recebeu como apelação, não obstante as ponderações que o recorrente lhe dirigiu.

Nessas condições, estamos nós com a presente apelação para ser examinada, de referência à exceção de litispendência, julgada procedente na causa.

Existe ainda um agravo no auto do processo relativo à exceção de coisa julgada, que foi interposto na conformidade do art. 815 do Código de Processo Civil a que já me referi.

Forçado pelas circunstâncias, o meu voto, inicialmente, é para que se conheça da apelação. A parte interpôs o recurso adequado, mas foi o Juiz que o recebeu como apelação e não se recon-

siderou. Não há, portanto, como se recusar o recurso que está sob exame. Convém destacar que a parte, na petição que dirigiu ao Juiz, salientou que, devido às dúvidas, apresentava o recurso dentro do quinquídio. Conheço, pois, da apelação.

Quanto ao agravo no auto do processo, o meu voto é no sentido de que esse agravo, contra o julgamento da exceção de coisa julgada, não está sob consideração, porquanto somente deverá ser conhecido ao julgar-se o recurso da ação principal. Aqui, esse agravo no auto do processo entrou e foi mencionado devido à circunstância de as exceções haverem sido julgadas conjuntamente. Mas, na verdade, trata-se de matéria que está ligada ao processo principal e somente deverá ser apreciada quando, julgada a ação a que o mesmo se refere, houver recurso e a Segunda Instância tiver de julgá-lo.

Circunscrevo-me, portanto, ao incidente de litispendência.

A exceção de litispendência, dentro da sua normalidade, implica no reconhecimento de que duas ações são idênticas no seu fundamento, objeto e pessoas disputantes. Por isso mesmo, a exceção de litispendência, julgada procedente, implica tão-só em suspensão da causa proposta em segundo lugar; implica também na junção dos dois processos para que, sendo idênticos, haja uma só decisão. No caso, tal não se deu. Por que? Porque, na hipótese, o que há é uma falsa litispendência. Possivelmente, a parte não encontrou — nem existe realmente providência autônoma na lei processual para remediar a ocorrência: uma ação em Sorocaba, de caráter reivindicatório, e outra ação na Justiça Federal, visando anular decreto de concessão de lavra, baseado mais ou menos na propriedade da gleba onde está situada a jazida mineral e é objeto da reivindicatória aludida. Vê-se logo que

as ações, a que acabo de me referir não são idênticas, seja no fundamento, seja no objeto. Contudo, há entre elas manifesta interdependência. A ação de anulação do decreto de concessão de lavra de algum modo fica na dependência da solução da reivindicatória. Processualmente, pois, que existe no caso? A meu ver, o que existe é uma prejudicial: o Dr. Juiz Federal não poderá julgar a ação anulatória, que se baseia na preferência decorrente da propriedade das terras, sem estar decidida a ação reivindicatória. Foi essa a razão pela qual o Dr. Juiz pura e simplesmente suspendeu o curso da ação declaratória, dizendo: (fls. 97)

«*Ex positis*, julgo improcedente a exceção de coisa julgada e procedente a exceção de litispendência, determinando se suspenda o curso da ação declaratória, para evitar tumulto processual e possíveis decisões contraditórias».

Como o nosso Direito não indica a medida específica para remediar o incidente de prejudicialidade, aceito que a solução houvesse sido encaminhada, como foi, pela exceção de litispendência.

Quanto ao recurso propriamente, assentada essa consideração, tenho que se podia confirmar a sentença apelada, desde que, no meu modo de ver, existe interdependência entre as duas ações, e a reivindicatória é uma prejudicial da ação anulatória. Entretanto, não podemos deixar de considerar, a essa altura, o que está comprovado nos autos. A ação reivindicatória foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante disso, inclino-me a dar a solução que, se não está no Código, a meu ver, resolve as dificuldades que possam surgir. Decidida a ação de reivindicação, desaparece o motivo da suspensão da ação anulatória. Daí achar

que se deve dar provimento em parte ao recurso para, mantendo, com os esclarecimentos que desenvolvi, a orientação do Dr. Juiz, à falta de providência expressa para a prejudicialidade, determinar, não obstante, que, diante do julgamento da reivindicatória pelo Tribunal de Justiça prossiga na ação anulatória, nos seus ulteriores termos, decidindo-a como entender de direito.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): A interdependência existente entre uma ação e outra é evidente, a toda luz.

Com a solução dada à ação reivindicatória, visto que foi ela julgada pelo Tribunal de Justiça competente, a razão de ser da paralisação da ação declaratória em curso na Justiça Federal, passou a inexistir.

Isto posto, entendo que a solução proposta pelo eminente Ministro Relator é a única possível nesta altura.

Eu o acompanho em seu voto.

EXTRATO DA ATA

AC nº 29.808 — SP — Rel.: Ministro Amarílio Benjamin — Rev. Sr. Ministro Jarbas Nobre — Aptes.: Jair de Oliveira Rosa, s/mulher e outros — Apda.: Iracema Teixeira Rogich.

Decisão: Conheceram da apelação; não se apreciou o agravo no auto do processo, pela sua inoportunidade, e deu-se provimento parcial ao recurso, para que o MM. Dr. Juiz a quo prossiga a ação declaratória e decida como de direito (em 25-5-73 — 2ª Turma).

Impedido o Sr. Min. Decio Miranda. Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Godoy Ilha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.665 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelante — Instituto Nacional de Previdência Social
Apelados — Haroldo Rodrigues Nunes e outros

EMENTA

Previdência Social.

Motorista de táxi (art. 1º do Decreto nº 54.208-64).

Inocorrência de cessão de uso, gozo ou fruição de automóvel mediante contraprestação, mas caracterizado o objetivo de lucro na exploração do veículo entregue sob a capa de locação.

Motoristas que se vinculam a contrato desse tipo não exercem com habitualidade, e por conta própria, uma atividade remunerada. Não são trabalhadores autônomos, mas exercem uma atividade profissional com indistigável vínculo empregatício.

Sentença reformada.

Recursos providos.

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 aos recursos 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, 8 de agosto de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Os autores movem ação ordinária contra o IAPETC, para se eximirem do pagamento da contribuição previdenciária, sob a alegação de que os automóveis de sua propriedade são explorados por motoristas profissionais, sob locação.

A ação foi julgada procedente porque, como se vê da Sentença: o Decreto nº 54.208, complementador do de nº 48.959-A/60, não se presta a definir o que se deva entender como trabalhador autônomo, conceito este não encontrado na LOPS; este Decreto nº 48.959-A não pode emprestar a qualidade de empregador àquele que a CLT assim não define; condutor autônomo de veículo rodoviário, como autônomo, responde diretamente pela sua contribuição (art. 79, III, da LOPS).

Há recurso *ex officio* e apelação do Instituto.

A Subprocuradoria-Geral da República pede a reforma do decisório.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Causa-me estranheza que, muito embora se procure provar relação

locatícia entre os autores e motoristas de táxi, nenhum exemplar do contrato esteja a instruir estes autos.

É pena porque por ele, certamente, pelos seus próprios termos, de logo ficaria demonstrado que aqui, como em numerosos casos por mim decididos em São Paulo, quando Juiz Federal, as partes agiram com simulação, com o evidente intuito de prejudicar o INPS.

Mas, mesmo sem o contrato escrito, ante a legislação que rege a matéria, de logo se verifica que na hipótese dos autos não se oferece nítida a pretendida figura do contrato de locação de coisa.

Em verdade, o «condutor do veículo rodoviário», como definido no artigo 1º do Decreto nº 54.208, de 26 de agosto de 1964,

«é o que exerce atividade profissional sem vínculo empregatício, quando proprietário, co-proprietário ou promitente comprador de um só veículo.»

O art. 4º, letra *d*, da Lei nº 3.807/60, conceitua o «trabalhador autônomo».

No caso presente, pretende-se que proprietário de automóveis de aluguel os teria dado em locação, por prazo indeterminado, estipulado o pagamento de uma diária calculada sobre quilômetro rodado, reajustável em ocorrendo alteração de tarifa. Despesas de gasolina, óleos, lubrificantes, consertos de pneus por conta do locatário, que suportaria, também, os tributos incidentes sobre a atividade.

Aparentemente, a avença se ostenta como de locação de coisa, regulada pelo art. 1.188 do Código Civil.

Ocorre, entretanto, que atentando-se para o objetivo pretendido pelas partes, de logo ressaltará que o caso não é de cessão de uso, gozo ou frui-

ção de automóvel mediante a contra-prestação ajustada, mas o lucro na exploração do veículo entregue sob a capa de locação, resultado este que cabe à autora, proprietária da viatura.

Nada vejo de exorbitante na regra do art. 1º do Decreto nº 54.208/64, que conceitua o «condutor de veículo rodoviário». E se eventualmente na relação entre o dono do veículo e o motorista é ausente na aparência o elemento «vínculo empregatício», pressuposto da definição regulamentar, isto se deve, sem dúvida, à implícita intenção das partes, e de modo especial, da autora, de deturparem a conceituação, e, deste modo, fugirem à obrigação legal de contribuírem para o órgão previdenciário.

Não há negar que os motoristas que se vinculam a contratos desse tipo não exercem com habitualidade, e por conta própria, uma atividade remunerada. Não são trabalhadores autônomos. Exercem, isto sim, uma atividade profissional com indisfarçável vínculo empregatício, que se tenta esconder sob a capa de contratos de arrendamento. Não são trabalhadores autônomos nos termos da Lei nº 3.807/60, e nem tampouco condutores de veículos rodoviários (art. 1º do Decreto nº 54.208/64).

São empregados dos donos dos automóveis que se pretende simplesmente locados.

Dou provimento aos recursos.

Voto
(Vencido)

O Sr. Min. Godoy Ilha (Revisor):
Data venia do eminente Relator, mantenho a sentença de primeira instância pelos seus jurídicos fundamentos, atendendo ainda à decisão proferida pelo Egrégio Tribunal do Trabalho, constante de fls. 21/22, que, em caso

idêntico, negou a existência de vínculo empregatício e reconheceu a relação jurídica de locação.

E, no mesmo sentido, já decidiu esta Turma, em caso também procedente da Guanabara e de que fui Relator.

Nego provimento aos recursos.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: *Data venia*, na controvérsia sob exame, fico com o voto do Sr. Ministro Relator, uma vez que, conforme preendi de sua justificação, não há prova nos autos dos contratos de locação alegados.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 30.665 — GB. Rel.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Rev.: Senhor Min. Godoy Ilha. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: INPS. Apdo.: Haroldo Rodrigues Nunes e outros.

Decisão: Contra o voto do Sr. Ministro Revisor, que mantinha a sentença recorrida, deu-se provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (em 8-8-73 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Amarílio Benjamin votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.916 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Recorrente — Juiz Federal da 4ª Vara, *ex officio*
Apelante — Rede Ferroviária Federal S.A. (Regional Centro-Sul — 9ª Divisão Santos—Jundiaí)
Apelados — Espólio de Pompeu Augusto dos Santos e Outros

EMENTA

Competência. A da Justiça Federal, nas duas instâncias, no caso concreto, deflui da manifestação do interesse da União Federal, que subscreveu a contestação da ré e acompanhou a ação cuja causa primeira reside no compromisso assumido pela União Federal com os autores, quando a Estrada de Ferro Santos—Jundiaí ainda integrava o patrimônio da União Federal.

Prescrição. Quando o prazo não é iniciado, em seu curso, descabe a alegação de prescrição da ação.

Doação onerosa. Obrigação aparentemente sem prazo. Interpretação de cláusula contratual.

O Código Civil prevê um prazo tácito, cuja fixação compete ao Juiz na hipótese de obrigação que exige tempo dilatado, para ser cumprida.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos prossequin-

do no julgamento, *de meritis*, negar provimento a ambos os recursos, por unanimidade de votos, tudo na forma das notas taquigráficas retro. Custas de lei.

Brasília, 11 de maio de 1973. —
Henrique d'Ávila, Presidente; *Moacir
Catunda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Moacir Catunda* (Relator): O Dr. Juiz a quo expôs e solucionou a matéria dos autos nos seguintes termos:

«Ementa: Prazo ilimitado, conceituação da cláusula como prazo inexistente ou indeterminado.»

«Os autores, qualificados na inicial, promovem a presente ação contra a Rede Ferroviária Federal S.A., dizendo que lhes outorgaram doação de uma faixa de terra, com 50 metros de largura, ao longo de sua propriedade, na Alemoa, em Santos, a fim de que a ré transferisse para lá as linhas férreas que atualmente se situam paralelamente à estrada de rodagem, insulando a gleba dos autores, que se comprime entre a estrada de ferro e o canal do Valongo (Estuário de Santos).

Os autores já estavam promovendo, àquela altura, o loteamento denominado Parque Industrial Alemoa, cujo acesso é vital; daí porque doaram aquela faixa de terra com 113.100 m² para o afastamento da linha férrea. Como duas outras partes do terreno doado eram integradas por terrenos de marinha, os autores renunciaram, em favor da ré, o domínio útil sobre as duas áreas com 76.000 m², descritas às fls. 5, e assinaladas na planta em cor sépia. Obrigaram-se mais os autores a cederem à ré os direitos que exerciam sobre a área de forma irregular, assinalada na planta em cor amarela, com 9.300 m².

Pela cláusula 13^a da escritura, a ré reconheceu a propriedade dos autores sobre a área delimitada na planta em cor verde, com 33.200 m², pela qual corriam as linhas principais da ré. Cederam em favor da ré o uso, gozo e posse dessa área, por prazo ilimitado, até que fosse possível transferir as linhas férreas da posição atual para a faixa de 50 metros de largura, quando a ré devolveria a área desocupada, menos a parte de 6.800 m² delimitada por linhas verdes e azuis, na planta.

Pela cláusula 14^a da escritura, os autores cederam à ré os direitos sobre a área delimitada na planta, em cor azul, com 35.800 m². Direitos esses que deverão ser restituídos quando a ré puser em tráfego definitivo o novo traçado de suas linhas.

O motivo determinante dessas avenças foi permitir aos autores o aproveitamento da gleba de sua propriedade loteada com o título de Parque Industrial Alemoa. A doação não foi, pois, ato de liberalidade pura e simples, como se vê das cláusulas 6^a e 7^a da escritura, transcritas na inicial.

O problema do insulamento foi resolvido, mas a transferência das linhas não, porque o prazo é ilimitado. Mais de 15 anos, porém, são passados sem que a ré tome providência para a transferência das linhas. Havia razões para a ilimitação do prazo, mas agora é preciso que se fixe algum prazo, sob pena de se negar a existência da própria obrigação. À primeira vista, parece que os autores poderiam interpelar a ré, nos termos dos arts. 952 e 960 para o cumprimento imediato da

obrigação, sob pena de mora. Mas, a obrigação, por sua própria natureza, demanda tempo para a realização, não permitindo o cumprimento por parte de terceiros (art. 881, C.C.).

Não tendo sido fixado o prazo para o cumprimento da obrigação pela ré, os autores têm o direito de pleitear a fixação de um prazo, tanto para o início das obras, como para o término, com base no artigo 291, C.C. É o que pedem os autores, consignando-se na sentença prazo para o início das obras, execução das diversas etapas e conclusão, além de condenação da ré nas custas e honorários.

Com a inicial, os documentos de fls. 23/53.

Citada a ré contestou às folhas 50/52.

Saneado o processo, foi deferido exame pericial (fls. 90). Os autores esclarecem, às folhas 102/103, os motivos da perícia. Às fls. 113, o perito Mário Carmelo Cimino apresentou o seu laudo de fls. 114/133. Às fls. 137, manifestou-se a Procuradoria da República. Às fls. 138/190, o laudo do perito Thomaz Amaranthe. Às fls. 197/205, o laudo do perito Carlos Edgard Corrêa.

Realizada a audiência, as partes debateram a causa através dos memoriais de fls. 214/221 e 222/227.

É o relatório.

Vistos e examinados, decido.

Pela escritura de doação e outras avenças a que se refere a inicial, realizaram-se vários atos negociais onerosos, subordinando uma contraprestação por parte

da ré. Essa recebeu uma faixa de de terras de 50 metros de largura, mais a renúncia do domínio útil do terreno de marinha, mais direitos sobre as áreas descritas na inicial e assinaladas na planta, com a obrigação de dar aos autores as seguintes prestações: a) manter as porteiras existentes próximas ao km-3 da ferrovia para passagem de pedestres e veículos; b) transferir, em seis meses, as porteiras para os pontos indicados no item 4º da inicial; c) transferir as linhas férreas para a faixa doada, por prazo ilimitado, conforme dispõe a cláusula 13ª da escritura.

As duas prestações constantes das alíneas a e b já foram satisfeitas. Falta a última, ou seja, a transferência das linhas férreas para a faixa doada à ré pelos autores. Apesar de a doação ter sido realizada há mais de quinze anos, a ré não providenciou a transferência das suas linhas férreas.

Alega a ré que o prazo ilimitado que lhe foi concedido equivale a prazo ilimitável porque não se limita o ilimitável por forma alguma. Em consequência, os autores não têm ação alguma. O que eles pretendem é anular parcialmente a escritura, quanto à cláusula 13ª, ou, então, modificar a cláusula para marcar prazo, o que é impossível. O ato, no entender da ré, não pode ser desconstituído sem prazo marcado, cláusula resolutiva ou final.

É de ver, no entanto, que a ré está forçando demais o raciocínio porque a sua conclusão esbarraria no absurdo de transformar a doação onerosa em doação gratuita. Se os autores já esperaram quinze anos e a ré não cumpriu a sua

obrigação, escudada no prazo ilimitado, é preciso estabelecer o fim desse prazo por manifestação de vontade que impeça a transformação do prazo ilimitado em prazo infinito ou eterno.

Os autores fizeram uma doação e adquiriram o direito de ver um dia a transferência da linha férrea para a faixa que deram à ré. Não marcaram prazo e o consideraram ilimitado, é certo. Mas, evidentemente, essa ilimitação de tempo pressupõe a prestação material da obrigação em prazo realizável. Não se concebe que a ilimitação do tempo para o cumprimento da obrigação signifique o inadimplemento e o enriquecimento, à custa alheia, puro e simples, pelo decurso do prazo eterno que não chega ao fim. Nem é crível a estipulação de prazo ilimitado equiparável a prazo infinito para o cumprimento da obrigação. É hipótese que conduz ao nada ou a obrigação natimorta, absurdo que o raciocínio repugna.

De sorte que, a melhor orientação, a mais lógica e a mais compatível com o bom senso, é considerar o prazo ilimitado como inexistente ou indeterminado. Não existindo prazo, os atos entre vivos são equivalentes, digo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução depende de tempo (artigo 127, C. Civil).

Na espécie em discussão, os próprios autores reconhecem que a execução da obrigação, por parte da ré, demandaria anos. Agora não estão mais dispostos a esperar porque a ré já teve tempo suficiente para a execução das obras de transferência da linha férrea.

É um direito seu. O C. Civil estabelece que o prazo para o

cumprimento da obrigação começa com a interpelação ou intimação, se não há prazo assinado (artigo 960). Os autores não interpelaram, mas, citaram a ré, para esta ação. Na citação está incluída a interpelação porque quem cita interpela.

De sorte que, o requisito da lei está satisfeito. Mas, a ré denuncia a impropriedade da ação, com base no art. 75, C. Civil. Entretanto, não me parece procedente a crítica porque os autores têm um direito indiscutível, qual seja o de verem transferida a linha férrea por parte da ré. Esse direito não é contestado. Apenas o momento da execução da obrigação é o que se discute. Sendo assim os autores têm ação para discutir o momento da execução de um ato jurídico que venha a materializar o seu direito. A ação é a ordinária, vala comum para se discutir o direito que não se enquadra em ação especial.

Apenas houve mudança de orientação por parte dos autores, para o exercício do seu direito, pelo caminho mais favorável à ré. Aos invés da interpelação para marcar o início do cumprimento da obrigação, eles preferiram a via ordinária, reconhecendo que a obrigação a ser cumprida é complexa, demorada e cara.

Não poderiam, por outro lado, pedir de plano, um prazo para o início das obras e para a conclusão porque isso dependeria de exame técnico. Foi o que fizeram. Requereram a perícia e os três expertos elaboraram o seu trabalho, do qual se destaca o do desempataador que compara os dois primeiros para tirar a sua conclusão.

O perito dos autores, Thomaz Amarante, ao responder o quesito quanto ao prazo razoável, do ponto de vista técnico, para a transferência da linha férrea (fls. 139), desenvolveu uma série de considerações preliminares no tocante ao projeto do pátio de intercâmbio com a Cia. Docas triagem, recepção e expedição. A Cia. Docas executou a sua parte. Resta à Estrada de Ferro executar a sua, como se vê da planta de fls. 157. A planta de fls. 132 mostra o projeto do pátio ferroviário da ré, já implantado na faixa doada, mas nada executado. Todavia, o objeto da ação é a mudança das duas linhas férreas para a faixa doada, a qual interessa, também, ao Plano Diretor da Cidade, elaborado pelo engenheiro Prestes Maia, conforme anexos de fls. 158 em diante. Terminadas as suas considerações, o perito concluiu que as obras poderão ser começadas desde logo porque os estudos estão prontos. Admitindo-se, porém, a necessidade de revisão do projeto, o prazo de seis meses seria o suficiente (fls. 145). Para a conclusão das obras, o perito faz uma análise de todos os serviços demonstrados por planta e fotografias e conclui que as obras poderão ter fim em dois anos, se for mantida a ponte sobre o rio Casqueiro (fls. 150). Para o traçado definitivo, mediante a construção da ponte nova, o prazo razoável para a conclusão das obras seria de quatro anos.

O perito da ré, Mário Carmelo Cimino, não quis responder os quesitos quanto a prazo para início e para conclusão das obras dizendo que isso é assunto dos órgãos técnicos da ré, dependendo

de diretrizes emanadas do Ministério dos Transportes (fls. 115).

O perito desempatador, Carlos Edgard Corrêa, depois de consultar firmas especializadas em obras do gênero, conclui que o projeto já está pronto e pode ser começado imediatamente. A conclusão do traçado provisório com a manutenção da ponte velha sobre o rio Casqueiro pode se dar em quatro anos. Para o traçado definitivo, com a construção da ponte nova, o prazo para a conclusão é de cinco anos, em condições normais (fls. 204).

Diante dos estudos técnicos dos peritos, principalmente dos autores e do Juízo, as obras de mudança das linhas férreas para o terreno doado poderão começar imediatamente porque o projeto está pronto. Ocorre que o perito dos autores lembra a hipótese de uma revisão dos estudos que poderia levar seis meses.

Quanto ao término do traçado provisório, com a permanência da ponte sobre o rio Casqueiro, ambos os peritos estão de acordo em que se dê no prazo de dois anos. Já quanto à conclusão do traçado definitivo, com a construção da nova ponte sobre o rio Casqueiro, o perito dos autores indica quatro anos; ao passo que o perito desempatador calcula em cinco anos, em condições normais.

Os autores pedem, na inicial, que o prazo para o início das obras seja contado a partir da citação. E, para a conclusão, os prazos deverão ser os mínimos estabelecidos pelos peritos.

Entretanto, não me parece ser essa a melhor solução, principalmente no caso em que os

próprios autores reconhecem que a execução do projeto é demorada, complexa e cara. Por isso, a contagem do prazo a partir da citação é injusta e impossível na espécie, porque a ação começou em 2 de fevereiro de 1968. O prazo mínimo estimado em perícia já acabou.

De sorte que, o prazo deve ser contado a partir da data em que a decisão tiver transitado em julgado. Por outro lado, os prazos devem ser os máximos e não os mínimos estimados pela perícia, pelas razões de complexidade da execução das obras reconhecidas pelos próprios autores.

Daí porque o início das obras deverá ser a data em que a decisão transitar em julgado. A conclusão do traçado provisório deverá se dar em dois anos e a do traçado definitivo em cinco anos, em condições normais, na forma sugerida pelo perito oficial.

Pelo exposto, julgo procedente a ação e marco os seguintes prazos: seis (6) meses para início das obras, a contar da data em que a decisão transitar em julgado; dois (2) anos para a conclusão das obras relativas ao traçado provisório, a contar da data marcada para o início das obras; cinco (5) anos para a conclusão do traçado definitivo, a contar também da data marcada para o início das obras, sempre em condições normais. Condene a ré a pagar as custas, os honorários do advogado dos autores, na base de 10% sobre o valor da ação indicado na inicial, e os honorários dos peritos Mário Carmelo Ciminno, Thomaz Amarante e Carlos

Edgard Corrêa (fls. 113, 138 e 197), que arbitro em Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) para cada um.

A Rede Ferroviária Federal, informada com a respeitável decisão proferida, apelou às fls. 237-46, invocando a decretação da prescrição ou a carência de ação e finalmente a improcedência da ação, com condenação em honorários e custas.

Contra-razões da promovente às folhas 249/56.

A União Federal subscreveu as razões da apelante.

Nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

(Preliminar de Prescrição)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): Sr. Presidente. Argumentando com a decorrência de mais de quinze anos, do dia da assinatura da escritura de doação, feita à União Federal, em 8-10-1952 — fls. 28 — ao do ajuizamento da ação, em 7-2-1968 — folhas 2 — a apelante invoca prescrição, sem fundamento, porém, visto que o direito demandado nasceu precisamente da extraordinária indecisão dela em executar as obras da transferência das linhas férreas, para o novo leito, a ser implantado na faixa de terra que lhe foi doada pelos autores, como reza a escritura.

Ora, se o prazo, à falta de determinação do termo inicial, sequer inicia o seu curso, não pode, obviamente, ser considerado como vencido.

E porque não corre a prescrição, quando o prazo não é vencido, consoante a regra do item II, do art. 170, do Código Civil, entendo que a preliminar de prescrição não tem nenhuma procedência.

VOTO

(Preliminar de Ilegitimidade da Parte)

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. O despacho saneador irrecorrido, tendo declarado os autores e assistentes partes legítimas para postular a fixação do prazo em que a ré deve fazer a transferência de suas linhas férreas, para a faixa de 50 metros de largura, equivalente a 113,100 m², no sítio Alemoa, conforme avença celebrada em instrumento formalmente válido, constitui séria dificuldade ao reconhecimento da procedência da alegação de ilegitimidade dos mesmos, por carência de ação, feita pela ré, na apelação.

Além dessa dificuldade existe a decorrente da qualidade de proprietários — que os autores detêm, como sucessores dos doadores da faixa de terreno, na região de Alemoa, compreendida entre o canal do Valongo, no estuário de Santos, as linhas férreas e a cerca da ré, o que é suficiente a demonstrar o interesse dos mesmos, na propositura da ação, cujo objetivo primordial consiste na obtenção de livre acesso aos ditos terrenos que em sua maior extensão continuam bloqueados pela ferrovia.

E a assistente, à sua vez, é titular dos direitos à compra dos terrenos dos autores, de modo que a legitimidade do interesse da mesma no deslinde da questão é assunto de primeiríssima evidência.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade.

VOTO

(Preliminar de Incompetência da Justiça Federal)

O Sr. *Min. Moacir Catunda* (Relator): Sr. Presidente. *Data venia*, desacolho a preliminar de nulidade da sentença, por incompetência da Justiça Federal, suscitada pelo eminente revisor, nesta assentada, porque o princípio econômico do processo, conjugado ao silêncio das partes e da própria União Federal, através do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, aconselham a aplicação da construção jurisprudencial com temperamento.

A escritura de doação, sobre que versa o litígio, foi assinada em 28 de outubro de 1952, pelo Administrador da Estrada de Ferro Santos-Jundiá, patrimônio da União Federal, como representante do Sr. Ministro de Viação e Obras Públicas, de sorte que ao cabo de contas a questão versa sobre compromisso assumido pela União Federal, posto que transferido à Rede Ferroviária Federal S.A., após a constituição desta, autorizada pela Lei nº 3.115, de 1967. No fundo da questão está palpável o interesse da União Federal.

A ação foi proposta perante a Justiça Federal, em 1968, quando numerosos julgados decidiam pela competência da mesma para julgar as causas do interesse da Rede Ferroviária Federal S.A.

A instrução da causa foi feita pela Justiça Federal e da lavra de Juiz Federal é a sentença recorrida.

Atendendo às particularidades do caso concreto, entendo que a inutilização, de ofício, com uma penada, do trabalho realizado durante anos, pela própria Justiça Federal, não consulta o interesse das partes, nem o da Justiça.

Data venia, rejeito a preliminar.

Voto

(Preliminar — Vencido)

O Sr. Min. Peçanha Martins (Revisor): Sr. Presidente, tenho que ser coerente com pronunciamentos anteriores em casos semelhantes.

A ação foi proposta em janeiro de 1968 pelo Espólio de Pompeu Augusto dos Santos e outros contra a Rede Ferroviária Federal S.A. Não podia, pois, ser aforada perante a Justiça Federal. Neste sentido são inúmeros os julgados do Supremo Tribunal substanciados nos enunciados de números 251 e 517 da Súmula. Note-se que o Procurador da República apareceu no processo apenas para dizer isto: «A União Federal... (lê)... a ação.»

Foi isto o que disse a Procuradoria da República. E não havendo, por parte da União, demonstração de real interesse na causa, meu voto preliminar é pela anulação da sentença e remessa do processo à Egrêgia Justiça Estadual de São Paulo. É o meu voto preliminar.

Voto

(Preliminar)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, meu voto, na preliminar, é acompanhando o do eminente Sr. Ministro Relator. Já tenho votado nesta Turma no mesmo sentido. Entendo que, bem ou mal, a União teve intervenção como assistente: declarou que subscrevia a contestação, passou a acompanhar o processo, compareceu à audiência. Pode não haver demonstrado interesse concreto, mas o Juiz aceitou a assistência. Não posso, agora, rever essa admissão, contra a qual não houve impugnação tempestiva. Passou a União a ser assistente, e assim a competência era realmente do Dr. Juiz Federal. Recor-

do-me de assim ter votado em dois casos.

Quanto ao mérito, Sr. Presidente, peço vista.

Voto

(Mérito)

O Sr. Min. Moacir Catunda (Relator): No mérito, a apelação cifra-se ao argumento da inexistência de direito à fixação de um prazo para a execução dos trabalhos de transferência das linhas férreas para o novo leito, no terreno doado, por isso que se trata de doação pura e simples, sem nenhum encargo.

Convencionado pelas partes prazo indeterminado, para a execução das obras, inexistiria direito a qualquer uma de alterar o contrato, através da intervenção do Juiz, para tornar determinado o prazo que elas próprias convencionaram fosse indeterminado.

Essas alegações a sentença recorrida examina com segurança, concluindo porque o negócio realizado entre os sucessores das partes traduz a doação da propriedade de um terreno de 50 metros de largura; dos direitos sobre outras áreas descritas na inicial, acrescidos das vantagens decorrentes da renúncia do domínio útil do terreno de marinha, doação essa onerosa, sujeita a contraprestação de encargos diversos, aceitos pela ré, que já cumpriu os atinentes:

a) manutenção das porteiças existentes próximas ao km-3 da ferrovia, para passagem de pedestres e veículos;

b) à transferência, em seis meses, das porteiças para os pontos indicados na inicial, faltando-lhe cumprir o encargo c, respeitante ao uso, gozo e posse, por prazo ilimitado, das áreas de propriedade dos autores, delimitadas nas plantas, pela qual correm atualmente as linhas férreas principais

da ré, «até que possa a outorgada transferir suas linhas da posição atual para a faixa de 50 metros de largura a que se referem os itens anteriores», registrado na cláusula 12ª, da escritura de doação.

A propósito da estipulação do prazo, na obrigação aparentemente sem prazo, assumida pela ré, a sentença faz as considerações seguintes:

«Fls. 231. Os autores fizeram uma doação e adquiriram o direito de ver um dia a transferência da linha férrea para a faixa que deram à ré. Não marcaram prazo e o consideraram ilimitado, é certo. Mas, evidentemente, essa ilimitação de tempo pressupõe a prestação material da obrigação em prazo realizável. Não se concebe que a ilimitação do tempo para o cumprimento da obrigação signifique o inadimplemento e o enriquecimento, à custa alheia, puro e simples, pelo decurso do prazo eterno que não chega ao fim. Nem é crível a estipulação de prazo ilimitado equiparável a prazo infinito para o cumprimento da obrigação. É hipótese que conduz ao nada ou à obrigação nati-morta, absurdo que o raciocínio repugna».

Escrevi obrigação aparentemente sem prazo porque a locução «até que possa a outorgada transferir suas linhas da posição atual», intercalada na cláusula 13ª da escritura de doação, está a autorizar a verificação de fatos e circunstâncias, pelos autores, com vistas a saber onde termina a razão da demora no cumprimento de obrigação assumida, e começa o abuso.

Por aí se apura que a cláusula em alusão contém, ela mesma, disposição autorizativa da fixação do termo inicial de prazo, de sorte que os autores, apoiados no contrato de doação, só é

isoladamente, poderiam pleitear a determinação do prazo, por meio de sentença.

Como, no entanto, o fizeram à invocação das normas dos arts. 952 e 127, do Código Civil, há que proclamar a adequação delas ao caso, mesmo porque o cumprimento da obrigação demanda tempo.

«Salvo disposição especial deste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente» diz o art. 952 do Código Civil.»

Reza o artigo 127, *ejusdem codice*:

«Os atos entre vivos, sem prazos, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.»

«A expressão imediatamente, porém, deva ser entendida em termos hábeis. É preciso atender precipuamente à natureza da prestação, como sempre praticaram os romanos. Ainda no processo moderno é da natureza da intimação para pagar conceder-se um prazo ... Circunstâncias ou fatos variados podem impor «o lançamento de um prazo para a prestação. A fixação deste em casos tais será feita improrrogavelmente pelo Juiz a requerimento do devedor, se o credor que tiver direito a isso se recusar. Esses casos podem se dar... quando é um trabalho que demanda tempo» — leciona M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Práticas das Obrigações*, volume I, página 462; no mesmo sentido é a lição do mestre Vicente Rau:

O Código prevê um prazo tácito na hipótese de se ter de fazer o adimplemento em lugar diferente e ainda na hipótese em que a execução necessite de espaço de tempo mais dilatado, elu-

cida Carvalho Santos, in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, volume 1º, página 111; idem Clóvis Bevilacqua, *C. Civil Comentado*, vol. 1º, pág. 315; idem Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*, páginas 120 e 121.

É de jurisprudência tranqüila que nos casos de assunção de obrigação sem prazo, estas, por sua natureza, são exequíveis imediatamente nos termos do art. 952 do Código Civil. Mas que se entenda essa disposição com um certo temperamento que lhe dão os artigos 127, do Código Civil, e 137 do Código Comercial subordinando o pagamento a uma condição de tempo, «essa mitigação não poderá jamais ultrapassar os 10 dias de que trata a última dessas disposições legais», decidiu o TJ do antigo DF, *Revista Forense*, vol. 180, pág. 169.

A propósito dos estudos necessários à fixação do prazo mitigado, escreve o ilustre juiz, autor da sentença apelada:

«O Código Civil estabelece que o prazo para o cumprimento da obrigação começa com a interpelação ou intimação, se não há prazo assinado (art. 960). Os autores não interpelaram, mas, citaram a ré para esta ação. Na citação está incluída a interpelação porque quem cita interpela.

De sorte que, o requisito da lei está satisfeito. Mas, a ré denuncia a impropriedade da ação, com base no art. 75, Código Civil, entretanto, não me parece procedente a crítica porque os autores têm um direito indiscutível, qual seja o de verem transferida a linha férrea por parte da ré. Esse direito não é contestado. Apenas o momento da execução da obrigação é o que se discute. Sendo assim, os autores têm ação para

discutir o momento da execução de um ato jurídico que venha a materializar o seu direito. A ação é a ordinária, vala comum para se discutir o direito que não se enquadra em ação especial.

Apenas houve mudança de orientação por parte dos autores, para o exercício do seu direito, pelo caminho mais favorável à ré. Ao invés da interpelação para marcar o início do cumprimento da obrigação, eles preferiram a via ordinária, reconhecendo que a obrigação a ser cumprida é complexa, demorada e cara.

Não poderiam por outro lado, pedir de plano, um prazo para o início das obras e para a conclusão porque isso dependeria de exame técnico. Foi o que fizeram. Requereram a perícia e os três expertos elaboraram o seu trabalho, do qual se destaca o do desempataador que compara os dois primeiros para tirar a sua conclusão.

O perito dos autores, Thomaz Amarante, ao responder o quesito quanto ao prazo razoável, do ponto de vista técnico, para a transferência da linha férrea (fls. 139), desenvolveu uma série de considerações preliminares no tocante ao projeto do pátio de intercâmbio com a Cia. Docas, triagem, recepção e expedição. A Cia. Docas executou a sua parte. Resta à Estrada de Ferro executar a sua, como se vê da planta de fls. 157. A planta de fls. 132 mostra o projeto do pátio ferroviário da ré já implantado na faixa doada, mas nada executado. Todavia, o objeto da ação é a mudança das duas linhas férreas para a faixa doada, a qual interessa, também, ao Plano Diretor da Cidade, elaborado

pelo engenheiro Prestes Maia, conforme anexos de fls. 158 em diante. Terminadas as suas considerações, o perito conclui que as obras poderão ser começadas desde logo, porque os estudos estão prontos. Admitindo-se, porém, a necessidade de revisão do projeto, o prazo de seis meses seria o suficiente (fls. 145). Para a conclusão das obras, o perito faz uma análise de todos os serviços demonstrados por planta e fotografias e conclui que as obras poderão ter fim em dois anos, se for mantida a ponte sobre o rio Casqueiro (fls. 150). Para o traçado definitivo, mediante a construção da ponte nova, o prazo razoável para a conclusão das obras seria de quatro anos.

O perito da ré, Mário Carmelo Cimino, não quis responder os quesitos quanto ao prazo para início e para conclusão das obras dizendo que isso é assunto dos órgãos técnicos da ré, dependendo de diretrizes emanadas do Ministério dos Transportes (fls. 115).

O perito desempatador, Carlos Edgar Corrêa, depois de consultar firmas especializadas em obras do gênero, conclui que o projeto já está pronto e pode ser começado imediatamente. A conclusão do traçado provisório com a manutenção da ponte velha sobre o rio Casqueiro, pode se dar em quatro anos. Para o traçado definitivo, com a construção da ponte nova, o prazo para a conclusão é de cinco anos, em condições normais (fls. 204).

Diante dos estudos técnicos dos peritos, principalmente dos autores e do Juízo, as obras de mudança das linhas férreas para o terreno doado poderão começar

imediatamente porque o projeto está pronto. Ocorre que o perito dos autores lembra a hipótese de uma revisão dos estudos que poderia levar seis meses.

Quanto ao término do traçado provisório, com a permanência da ponte sobre o rio Casqueiro, ambos os peritos estão de acordo em que se dê no prazo de dois anos. Já quanto à conclusão do traçado definitivo, com a construção da nova ponte sobre o rio Casqueiro, o perito dos autores indica quatro anos; ao passo que o perito desempatador calcula em cinco anos, em condições normais.

Os autores pedem, na inicial, que o prazo para o início das obras seja contado a partir da citação. E, para a conclusão, os prazos deverão ser os mínimos estabelecidos pelos peritos.

Entretanto, não me parece ser essa a melhor solução, principalmente no caso em que os próprios autores reconhecem que a execução do projeto é demorada, complexa e cara. Por isso, a contagem do prazo a partir da citação é injusta e impossível na espécie, porque a ação começou em 2-2-1968. O prazo mínimo estimado em perícia, já acabou.

De sorte que, o prazo deve ser contado a partir da data em que a decisão tiver transitado em julgado. Por outro lado, os prazos devem ser os máximos e não os mínimos estimados pela perícia, pelas razões de complexidade da execução das obras reconhecida pelos próprios autores.

Daí por que o início das obras deverá ser a data em que a decisão transitar em julgado. A conclusão do traçado provisório de-

verá se dar em dois anos e a do traçado definitivo em cinco anos, em condições normais, na forma sugerida pelo perito oficial.

Pelo exposto, julgo procedente a ação e marco os seguintes prazos: seis (6) meses para início das obras, a contar da data em que a decisão transitar em julgado; dois (2) anos para a conclusão das obras relativas ao traçado provisório, a contar da data marcada para o início das obras; cinco (5) anos para a conclusão do traçado definitivo, a contar também da data marcada para o início das obras, sempre em condições normais.»

Por essas razões todas e considerando a seriedade dos estudos técnicos necessários à fixação do prazo de cinco anos, para a mudança das linhas, a partir do trânsito em julgado do acordo, o qual prazo guarda compatibilidade com o princípio do orçamento programa plurianual, a que estão sujeitas as entidades da administração direta e indireta, o meu voto é negando provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 30.916 — SP — Rel.: Senhor Min. Moacir Catunda. Rev.: Senhor Min. Peçanha Martins. Recte.: Juiz Federal da 4ª Vara. Apte.: Rede Ferroviária Federal S.A. (Reg. Centro-Sul — 9ª Divisão Santos-Jundiá). — Apelados: Espólio de Pompeu Augusto dos Santos e outros.

Decisão: Preliminarmente, à unanimidade, foram rejeitadas as prejudiciais de ilegitimidade dos autores, e de prescrição; e ainda a de nulidade da sentença, por incompetência da Justiça Federal, vencido o Sr. Ministro Revisor; e *de meritis*, após os votos dos Se-

nhores Ministros Relator e Peçanha Martins, negando provimento. pediu vista o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (em 4-5-73 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Henrique d'Ávila.

VOTO

(Vista)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Para julgar procedente a ação, e marcar prazos sucessivos à ré, para início das obras, para a sua conclusão quanto ao traçado provisório e também no tocante ao traçado definitivo, a sentença apelada do ilustre Juiz Federal Dr. José Américo de Souza, em sua fundamentação, afirmou (fls. 231/232):

«Os autores fizeram uma doação e adquiriram o direito de ver um dia a transferência da linha férrea para a faixa que deram à ré. Não marcaram prazo e o consideraram ilimitado, é certo. Mas, evidentemente, essa ilimitação de tempo pressupõe a prestação material da obrigação em prazo realizável. Não se concebe que a ilimitação do tempo para o cumprimento da obrigação signifique o inadimplemento e o enriquecimento, à custa alheia, puro e simples, pelo decurso do prazo eterno que não chega ao fim. Nem é crível a estipulação de prazo ilimitado equiparável a prazo infinito para o cumprimento da obrigação. É hipótese que conduz ao nada ou à obrigação nati-morta, absurdo que o raciocínio repugna. De sorte que, a melhor orientação, a mais lógica e a mais compatível com o bom senso, é considerar o prazo ilimitado como inexistente ou indeterminado. Não existindo prazo, os atos entre vi-

vos são exequíveis desde logo, salvo se a execução depende de tempo (art. 127, C. Civil)».

Pedi vista por entender inadmissível a fixação de prazo pelo Juiz, para o cumprimento de obrigação estipulada com «prazo ilimitado».

Se é certo que o próprio conceito de obrigação não se coaduna com a existência de uma prestação cuja efetivação fique ao arbítrio do devedor, pareceu-me que o teor da cláusula poderia conduzir a outras soluções, nulidade da estipulação, ou mesmo invalidade da doação, da qual dita obrigação constituía um encargo, mas nunca a transformação do prazo ilimitado em um prazo determinado pelo Juiz através sentença.

Do exame dos autos, porém, verifiquei que a hipótese comporta realmente a solução dada.

Estando em causa as cláusulas 2ª e 13ª da escritura de doação, de fls. 29 e seguintes, nelas se declara:

«... que os outorgantes dividiram a gleba acima descrita em lotes industriais e, atendendo às conveniências dos compradores desses lotes a fim de que tivessem facilidade em obter desvios ferroviários particulares concedidos pela outorgada, e a regularização da situação dos mesmos lotes em face dos serviços ferroviários da outorgada, com esta ajustaram e contrataram tudo o que se substancia nos itens que se seguem e reservaram, para ser doada à mesma outorgada uma faixa de terra, com a largura de 50 (cinquenta) metros em toda a extensão longitudinal da gleba referida, para que, de futuro, possam por ali passar as linhas férreas da

outorgada, e construir-se de mais instalações que se fizerem necessárias».

.....

«... que sendo de propriedade e ocupação, dos outorgantes, a área delimitada e determinada pelas letras Ay — By — Cy — Dy — Ey — Fy — Gy — Hy — Iy — Ay e colorida a tinta verde, incluindo uma parte hachuriada em listras verdes e azuis nessa mesma planta, medindo 33.200 (trinta e três mil e duzentos) metros quadrados, aproximadamente, e pela qual correm atualmente as linhas principais da outorgada, propriedade aqui expressamente reconhecida pela Estrada de Ferro Santos a Jundiaí, os outorgantes, pela escritura e na melhor forma de direito, cedem e confirmam, em favor da outorgada, o uso, o gozo e a posse dessa área, por prazo ilimitado, até que possa a outorgada transferir suas linhas principais da posição atual para a faixa de 50 (cinquenta) metros de largura a que se referem os itens anteriores, momento em que a outorgada devolverá aos outorgantes o uso, o gozo e a posse que têm sobre aquela área menos a área determinada pelas letras By — Cy — Dy — Ey — Fy — Gy — By, hachuriadas em listras verdes e azuis, medindo 6.800 (seis mil e oitocentos) metros quadrados, aproximadamente, que integrará a área a que se refere o item seguinte. Desejando os outorgantes reservar para uso industrial ou outros fins, os lotes números 73, 76, 79, 82, 85 e 86 situados em parte nas áreas de que trata este item, obriga-se a outorgada a não usar a propriedade dos outorgantes naquele local, senão

para fins propriamente ferroviários»;

Por conseguinte, foi doada a faixa de terreno «para que de futuro, possam por ali passar as linhas férreas da outorgada, e construir-se demais instalações que se fizerem necessárias», sendo cedido à Estrada de Ferro o uso, o gozo e a posse da faixa atualmente ocupada, pertencente aos doadores, até que possa a outorgada transferir suas linhas principais da posição atual para a faixa de 50 (cinqüenta) metros de largura a que se referem os itens anteriores, momento em que a outorgada devolverá aos outorgantes o uso, o gozo e a posse que têm».

Assim sendo, não se trata, na verdade, de uma prestação assumida por prazo ilimitado, mas está configurada, ao que parece, a situação prevista no art. 778, do Código Civil Português, n.º 1, *verbis*:

«Se tiver sido estipulado que o devedor cumprirá quando puder, a prestação só é exigível tendo este a possibilidade de cumprir»;

Disposição semelhante continha o artigo 742, parágrafo único, do Código Português de 1867, e entre nós Lacerda de Almeida (*Obrigações*, § 33, nota 14, pág. 153) ensina que

«O termo «quando puder» não torna inútil a convenção; apenas impõe ao credor o ônus de provar que o devedor está em condições de satisfazer. Dias Ferreira, ao art. 730, do Cód. Civil Port.» (havendo engano da referência, pois a referência deve ser ao art. 739).

Por outro lado, por sua natureza, o cumprimento da prestação convencional, no caso, demanda tempo, pelo que é de se admitir a fixação de um prazo pelo Juiz, segundo reconhece a doutrina invocada pelos apelados às fls. 256 (Cunha Gonçalves, *Princípios de Direito Civil*, vol. 2, pág. 553; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Obrigações*, vol. I, pág. 285; Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, pág. 120 e Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, vol. 16, páginas 432/433) e muitos outros autores poderiam ser citados, no mesmo sentido, donde, também, a admissibilidade de vir o credor a Juízo, não para exigir desde logo o cumprimento da prestação, mas para obter o reconhecimento de estar o devedor obrigado a cumpri-la num prazo fixado pelo Juiz.

Em conseqüência, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

Ac. n.º 30.916 — SP — Rel.: Senhor Min. Moacir Catunda. Rev.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rec.: Juiz Federal da 4ª Vara. Apte.: Rede Ferroviária Federal S.A. (Reg. Centro-Sul — 9ª Divisão Santos-Jundiaí). Apdos.: Espólio de Pompeu Augusto dos Santos e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, *de meritis*, negou-se provimento a ambos os recursos. Decisão unânime (em 11-5-73 — 1ª Turma).

No mérito os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 31.036 — GB

Relator	— O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Relator designado	— O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor	— O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha
Embargante	— Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro
Embargada	— Cia. Seguradora Brasileira

EMENTA

Ação de reembolso. Prova do dano ou extravio.

Prova suficientemente o dano ou extravio ocorrido nas mercadorias, o certificado da descarga. De outra parte, o memorando do transportador, confirmando a comunicação do extravio, sem nenhuma reserva, confirma amplamente a circunstância.

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos rejeitar os embargos contra o voto do Sr. Min. Jarbas Nobre, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1973. — *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator (art. 81 R.I.).

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Cuida-se de ação de reembolso por extravio e perda da carga durante o transporte em navio da Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro, do porto de Nova Iorque para o de Santos. O prejuízo no montante de Cr\$ 973,00 veio a ser indenizado pela seguradora que, por isso, sub-rogou-se nos direitos e obrigações contra o transportador.

Contestando a ação alegou a ré que os documentos com os quais a autora visa a provar o extravio reclamado não convencem da sua responsabilidade.

E o MM. Julgador *a quo*, afinal, reputou procedente a lide para condenar a ré ao pagamento da quantia pe-

didada na inicial, acrescida de juros da mora, custas e honorários de advogado na base de 20%.

Houve recurso de ofício e apelo voluntário da ré, deduzido de fls. 37 a 38: (lê).

Os autos vieram ter à egrégia 2ª Turma deste Tribunal, que negou provimento a ambos os apelos, pelo aresto constante de fls. 62, de que foi Relator o eminente Min. Amarílio Benjamin, e cuja ementa é a seguinte:

«Ação de reembolso. Prova do dano ou extravio. Prova suficientemente o dano ou extravio ocorrido nas mercadorias, o «certificado da descarga». De outra parte, o memorando do transportador, confirmando a comunicação do extravio, sem nenhuma reserva, confirma amplamente a circunstância.»

O provento Revisor, Sr. Min. Decio Miranda, endossou o pronunciamento do Relator. E o eminente Sr. Ministro Jarbas Nobre houve por bem discrepar de ambos, por entender que o malsinado extravio, embora denunciado pela Cia. Docas de Santos, a armazenadora, no caso tornava-se indispensável vistoria, visto que só através da mesma seria lícito caracterizar a responsabilidade do transportador ou do

armazenador em casos que tais. Arri-
mando as considerações acima aludidas
é que a ré, Cia. de Navegação Lloyd
Brasileiro, aventurou-se a oferecer os
presentes embargos de nulidade e in-
fringentes do julgado articulados de
fls. 64 a 65: (lê).

Admitido o aludido recurso, a segu-
radora o impugnou de fls. 69 a 70,
nestes termos: (lê).

E a União Federal, por derradeiro,
como assistente da ré, limitou-se às
folhas 72 a aguardar o conhecimento e
a acolhida dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Re-
lator): O nobre patrono da embarga-
da salientou, a meu ver, com a maior
segurança e precisão, que, na espécie,
não seria de exigir a vistoria pretendida
pela Companhia Docas de Santos no
tocante ao extravio da mercadoria
transportada. O nobre e eminente Re-
lator do aresto embargado, devidamen-
te elucidado e esclarecido, salientou que
restara nos autos, da documentação
oferecida, a desnecessidade e despi-
ciência daquela providência. Em seu
voto o provector Min. Amarílio Ben-
jamin acentuou, às fls. 57, que nega-
va provimento ao recurso para manter
a sentença, porque lhe servira de refe-
rência o ato da descarga, conforme o
memorando de fls. 9 e o certificado de
fls. 10, não valendo a argumentação
da apelante e do seu agente, que, posto
a par do ocorrido na época, não opôs
restrições (fls. 8). Por isso, afigu-
ra-se-me como inteiramente inócua,
como evidenciada, a pretendida vistoria.
Tal expediente constituiria medida ex-
cessivamente rigorosa, só praticável
quando vigia excepcionalmente as nor-
mas recomendadas no vetusto Código
Comercial de 1950. Assim sendo, meu
voto é no sentido de, com a devida

vênia do Sr. Min. Jarbas Nobre, re-
jeitar os embargos.

VOTO

O Sr. Min. Godcy Ilha: Senhor
Presidente, também acompanho o voto
do Ministro Relator, pedindo vênia ao
eminente Min. Jarbas Nobre para di-
vergir do voto vencido que emitiu na
assentada do julgamento das apelações,
atendendo aos argumentos expendidos
tanto pelo Relator, Sr. Min. Amarílio
Benjamin, como pelo Revisor, Senhor
Min. Decio Miranda.

Rejeito os embargos.

VOTO (Vencido)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Senhor
Presidente, no caso não se discute se
houve ou não extravio, pois este em
verdade ocorreu.

O que meu voto assinalou foi se a
culpabilidade desse extravio seria atri-
buída ao navio ou ao armazém.

O documento que instrui o processo
é uma prova unilateral, visto que pas-
sado pelo armazenador. Por ele se de-
clara que quando recebera o volume,
este já se encontrava com falta.

Aqui não se cuida de aplicar o velho
Código Comercial nem o Código de
Processo Civil. Sim, de atender uma
disposição regulamentar para apurar a
responsabilidade.

Há um decreto que regula a matéria.

A carga é da responsabilidade do
navio até a descarga, e da responsa-
bilidade do armazém, até a sua entre-
ga. Os autos não provam se o extravio
se deu no navio ou se no armazém.

Ratificando o voto proferido por oca-
sião do julgamento da apelação na
Turma, recebo os embargos.

EXTRATO DA ATA

EAC. nº 31.036 — GB. Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila. Rev.: Sr. Min. Godoy Ilha. Embte.: Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro. Embda.: Cia. Seguradora Brasileira.

Decisão: Foram rejeitados os embargos, contra o voto do Sr. Min. Jarbas Nobre (em 7-8-73 — T. Pleno).

Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda. Usou da palavra o Dr. Marcos Heusi Netto, pela embargada. Os Srs. Mins. Godoy Ilha, Amárico Benjamin, Armando Rollemberg, Esdras Gueiros, Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.442 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henoch Reis
Revisor — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Apelante — Nicolau José Seixas
Apelada — União Federal

EMENTA

Agravo no auto do processo. Desprovisão. Apartamento em Brasília. Reintegração *instituto litis*. É de ser mantida quando não provada a legitimidade da ocupação.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24-9-1973. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *Henoch Reis*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henoch Reis* (Relator): Trata-se de ação de reintegração de posse, proposta pela União Federal contra o Coronel Nicolau José de Seixas, Oficial da Reserva, e José Carlos Vidal, funcionário público federal, para se reintegrar na posse do apartamento 28, do bloco 5, da superquadra 103, nesta capital.

Alegou, em síntese que, nos termos dos Decs. nºs 44.767/58 e 1.455/62, a autora obteve, na forma do contrato de que dá notícia o documento 5, junto aos autos, a propriedade e a posse do referido imóvel, a fim de que fosse dado em ocupação aos funcionários com função em Brasília junto aos Poderes da República, mediante «Termo de Ocupação», assinado perante o GTB. O apartamento em foco, da quota do Departamento Federal de Segurança Pública, vinha sendo ocupado regularmente pelo primeiro suplicado, que, à época, exercia função nesse Órgão.

O réu, tendo sido dispensado da função, perdeu o direito a continuar ocupando o referido apartamento, mas não devolveu, como lhe cumpria, passando, assim e desde então, a possuí-lo indevidamente, sem nenhum título, há menos de ano e dia. Adianta que «o fato espoliativo da posse da suplicante decorre da ocupação do apartamento por pessoa que não aquela a quem se

destina o imóvel, em cumprimento das determinações da Administração Pública.»

Requeru a expedição de mandado de reintegração de posse *initio litis*, contra os réus, sem audiência destes, nos termos do art. 71 do D.L. nº 979/46.

Deferido o pedido, foi a autora reintegrada na posse do imóvel, segundo consta de fls. 14v.

O feito, que se processava perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública, passou a correr na Primeira Vara Federal, da Seção do Distrito Federal, logo que foram empossados os respectivos Juízes.

A 30 de novembro de 1967, o Doutor Juiz Substituto Federal proferiu nos autos o seguinte despacho:

«Dado o lapso de tempo decorrido, archive-se (fls. 19v e 20);

o que motivou o requerimento de folhas 20/23, em que o primeiro suplicado pediu reconsideração desse despacho, para prosseguimento da ação, o que lhe foi deferido.

Veio, então, a contestação, em que o réu alegou que já ocupava o apartamento, que lhe fora destinado, há mais de ano e dia, pelo que não cabia a reintegração *initio litis*, adiantando que, quando se efetivou a reintegração, isto é, no dia 1 de setembro de 1964, já vigorava a Lei nº 4.380, de 21 de agosto do mesmo ano, cujo art. 65, § 8º, lhe assegurava o direito de preferência para a respectiva aquisição, tendo o contestante manifestado em tempo hábil a opção a que se refere o dispositivo supramencionado.

Por petição de fls. 36, o réu reconveio à autora, para que lhe fosse garantido o direito de retenção do apartamento em tela, sendo-lhe indeferido o pedido, por impertinente.

Desse despacho, agravou de Instrumento o reconvinente. O Doutor Juiz manteve o despacho agravado, e recebeu o recurso como agravado no auto do processo, lavrando-se o respectivo Termo às fls. 54.

Réplica, fls. 45/47, e, às fls. 48, o despacho saneador, irrecorrido.

Por petição de fls. datada de 20 de abril de 1968, o suplicante argüiu de falsidade os documentos de fls. 2 a 5 e 8 dos autos, requerendo fosse sustado o andamento do feito até realização das diligências que requereu nessa oportunidade.

Por despacho de fls. 66/67, determinou o Doutor Juiz que corresse o incidente de falsidade em autos apartados e suspendeu a instância por 60 dias.

Verificando que o segundo réu ainda não fora citado, o Doutor Juiz tomou providências nesse sentido. E, como não mais residia no apartamento em litígio, a autora pediu desistência de sua citação, o que foi deferido por despacho de fls. 88v.

Às fls. 90 e v., foi exarado o seguinte:

«Despacho saneador. Partes legítimas e bem representadas. Concorre interesse lícito. O despacho de fls. 78 implicitamente anulou os atos praticados a partir do despacho de fls. 48, tendo em vista a ocorrência de falta de citação de um dos réus, motivo específico de nulidade absoluta, por isto que a diligência foi expressamente determinada, defiro a ratificação da prova oral já produzida. Designo a audiência de instrução e julgamento para o dia 25 de março p. fluente, às 16 horas.»

Por sentença de fls. 92 e v., a ação foi julgada procedente, condenado o

rêu nas custas e honorários de advogado, na base de 20% sobre o valor indicado na inicial.

Inconformado, apelou o réu, com as razões de fls. 94 a 102, respondidas às fls. 104/105.

Oficiando nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela confirmação da decisão apelada.

Examinados os autos, remeti-os a meu digno Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henoch Reis (Relator): Agravo no auto do processo. Negou-lhe provimento. A ocupação irregular do imóvel era menos de ano e dia.

Sem fundamento, *data venia*, a preliminar argüida pelo apelante, de nulidade da audiência, pelo não comparecimento de seu advogado. O atestado médico de fls. 74, segundo o qual aquele ilustre causídico estava sob cuidados médicos, é de 26 de junho de 1970, e a mencionada audiência ocor-

reu no dia 25 de março do ano seguinte.

A ilustre Dra. Yeda de Lourdes Pereira, culta Procuradora da República, numa síntese digna de elogios, pela concisão e clareza de linguagem, examinou todos os ângulos da controvérsia, nestes termos: lê, fls. 104/105.

Adotando esses argumentos, nego provimento à apelação, para confirmar a douta sentença apelada.

É meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 31.442 — DF — Rel.: Senhor Min. Henoch Reis. — Rev.: Senhor Min. José Néri da Silveira — Apte.: Nicolau José de Seixas — Apdo.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade negou-se provimento ao agravo no auto do processo e a apelação (em 24-9-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Néri da Silveira e Armando Rollemberg votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.707 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelantes — Light Serviços de Eletricidade S.A. e Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Responsabilidade civil. Colisão de veículos. A culpa da colisão entre dois veículos carrega-se ao que estiver avançando contra a mão de direção, que caracteriza manobra perigosa, violadora das normas do trânsito. Ressarcimento de dano, pelo segurador. Sub-rogação. Recursos providos.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimen-

to ao recurso *ex officio* e ao apelo do Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE; e reputar prejudicado o apelo da ré, por unanimidade de votos, na forma do rela-

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

Brasília, 17 de agosto de 1973. — Henrique d'Ávila, Presidente; Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): A espécie foi assim exposta e decidida pelo MM. Julgador *a quo*:

«Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE — propõe esta ação ordinária contra a Light S.A. — Serviços de Eletricidade, para ressarcimento de danos resultantes de avarias provocadas em automóvel de segurado seu.

O segurado é Francisco Ribas, proprietário do automóvel sinistrado no dia 22-3-69, e o evento ocorreu na Rua Ministro Viveiros de Castro, nesta Cidade, às 24 horas.

Os danos foram provocados por veículo de propriedade da ré, dirigido por preposto seu, que trafegava em excesso de velocidade, cruzando a preferencial em contramão da Rua Belford Roxo, conforme prova junta.

O autor, como segurador, pagou os reparos, que estão relacionados nos orçamentos e no laudo de inspeção, de modo que ficou sub-rogado no direito de exigir ressarcimento no valor de Cr\$ 644,43.

Não conseguiu solução amigável, advindo daí a presente ação, ajuizada com fundamento nos arts. 159, 1.521, III, do Código Civil, e cuja procedência pede com os consectários legais.

Tudo visto e examinado, decidido:

Trata-se de ação regressiva do segurador contra o causador do dano, para reaver o que pagou no reparo de avarias causadas ao veículo do segurado, cabível por via de sub-rogação. A ré se opõe a essa pretensão. Para ela a sub-rogação é injusta e mesmo contrária aos princípios de direito, pois importaria em submetê-la a obrigação única e exclusiva do segurador.

Não se pretende com a sub-rogação vincular o terceiro ao contrato de seguro, mas tão-só propiciar ao segurador, que indenizou o segurado, o direito de pleitear ressarcimento. Surge uma nova relação de direito, que se apóia na convenção e na lei. Na lei, quando edita o instituto e a sua aplicação (arts. 985 e 988, CC); na convenção, quando o ressarcimento é previsto.

No caso dos autos, o sinistro admite ressarcimento *ex vi* do disposto na Cláusula 7ª do contrato, mediante sub-rogação expressa, obrigando-se o mutuário-segurado a prestar auxílio à outra parte.

O Supremo Tribunal Federal já placitou a orientação da doutrina moderna. Está nas Súmulas que o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.

O Segurador, por outro lado, quando postula o ressarcimento dos danos causados à coisa segurada, fica obrigado a provar a responsabilidade do terceiro, para tanto valendo-se, inclusive, dos

elementos que lhe sejam fornecidos pelo seu segurado.

A prova que fez, no caso, limita-se ao doc. de fls. 8, certidão do registro da ocorrência, mediante parte do Comissário da 13ª Delegacia de Polícia, que viajava no automóvel segurado. Diz-se, daí, que o automóvel pertencente à ré, trafegando em alta velocidade e na contramão, abalroou o veículo de Francisco Ribas, com quem ele, Comissário, viajava. Diz-se, mais, que o motorista do auto pertencente à ré havia declarado, espontaneamente, que era o único responsável pela colisão, também testemunhada por Edvaldo Mendonça Souza. Essa prova não se completou. Arrolados como testemunhas Oscar Soares de Oliveira, Francisco Ribas, Edvaldo Mendonça Souza, e também o motorista do veículo da ré, somente este último compareceu. E fê-lo para negar a confissão alegada. Os demais, apesar de reiteradamente intimados, não vieram depor, sendo a prova finalmente desistida pela autora, na oportunidade da audiência, por várias vezes adiada no interesse da instrução.

Edvaldo Mendonça de Souza, referido pelo Comissário Oscar Soares de Oliveira, seria a testemunha capaz de completar as informações da parte. Intimado da primeira vez, não compareceu. E procurado pelo Oficial, não foi encontrado, embora no mesmo endereço. As informações do Senhor Oscar Soares de Oliveira, em que pese a sua qualidade de policial, encontram-se isoladas nos autos, ademais de ser ele companheiro do motorista do veículo segurado. A sua afirmação

de que teria o carro em que viajava sido abalroado pelo da ré choca-se com a evidência da prova de fls. 9, laudo do próprio Inspetor da autora, por onde se vê que os danos do automóvel de Francisco Ribas se localizaram na sua parte dianteira. E os da ré na parte traseira, conforme declaração de fls. 30, sem contra-prova.

Em matéria de abalroamento, a prova dos autos é insuficiente. O registro da ocorrência não fornece elementos para a determinação da culpabilidade do condutor do veículo, indigitado como único responsável pelo dano. Por outro lado, não trouxe a ré aos autos prova que excluísse a responsabilidade do seu preposto, cujo prontuário não é limpo, mas agravado por vários casos de colisão. Não comprovou, sequer, haver obrado com a cautela necessária para evitar o choque quando penetrou na preferencial, por onde trafegava o veículo segurado.

Em circunstância dessa ordem, há um risco permitido no tocante à atuação de cada motorista, pois que a ambos impende a *obligatio ad diligentiam*.

Não há culpa por simples imprudência quando esta não age como causa, mas como simples circunstância concorrente, de ambos os lados, limitando-se o julgador à mensuração da responsabilidade de cada um, adequadamente.

Tenho para mim que houve concorrência de culpa do preposto da ré e do motorista do automóvel segurado, de modo que é de repartirem-se os prejuízos sofridos pelo segundo e pagos pela autora.

Nestes termos, julgo procedente, em parte, a ação, para que a indenização devida pela ré seja calculada pela metade. Custas *pro rata*.

Dessa decisão recorreu de ofício seu ilustrado prolator. Inconformados, apelaram a ré e o autor, juntando as respectivas razões às fls. 119 a 125 e 128 a 132: (lê).

Os apelos foram contra-arrazoados às fls. 135/139 e 142/149.

Os autos vieram ter a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 156, opina pelo provimento do recurso do SASSE, a fim de ser julgado integralmente procedente o pedido inicial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Do estudo a que submeti o caso e das próprias considerações aduzidas na sentença recorrida, verifica-se que, em verdade, a culpa deve imputar-se exclusiva à ré. Dos depoimentos produzidos em Juízo e demais elementos de prova coligidos, não transparece qual-

quer dúvida sobre dita responsabilidade. Não se aponta qualquer negligência ou falta praticada da parte do motorista do segurado. Assim sendo, impõe-se o provimento do recurso de ofício e ao voluntário do SASSE, para que se repute inteiramente procedente a ação, excluindo a concorrência de culpa, admitida, sem qualquer procedência, pelo MM. Julgador *a quo*. E, por outro lado, é de se considerar prejudicado, conseqüentemente, o apelo da ré.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Revisor): Senhor Presidente.

Dou provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 31.707 — GB. Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila. Rev.: Sr. Min. Moacir Catunda. Rec.: Juiz Federal da 1ª Vara. Aptes.: Light — Serviços de Eletricidade S.A. e SASSE. Apdos.: os mesmos.

Decisão: Deu-se provimento ao recurso *ex officio* e ao apelo do Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE — e reputou-se prejudicado o apelo da ré. Decisão unânime (em 17-8-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.941 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Apelante — Caixa Econômica Federal
Apelada — Odalea Cambraia de Azevedo

EMENTA

Ação de consignação em pagamento, cumulada com depósito judicial das chaves de imóvel. Recurso. Sua improcedência para manter a decisão «sub censura» por considerá-la acertada e harmônica com a prova dos autos, dada a ausência de notificação da ré e insuficiência do numerário para cobertura do pagamento dos aluguéis devidos.

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

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

Brasília, 9 de abril de 1973. — *Henrique d'Ávila*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Relator): A espécie foi assim exposta e decidida pelo MM. Julgador a *quc*:

«A Caixa Econômica Federal de Minas Gerais, propõe, contra Odalea Cambraia de Azevedo, a presente ação de consignação em pagamento, cumulada com depósito judicial das chaves de um imóvel, sustentando, que, conforme contrato incluso, a suppte. alugou da supda. o imóvel situado na Rua Santana, 178, na cidade de Lavras, neste Estado, a partir de 1 de novembro de 1966;

Que, como ajustado, o aluguel inicial foi fixado em Cr\$ 200,00, sujeito a correção monetária semestral segundo in-

dices específicos, destinando-se o imóvel locado às instalações de sua filial naquela cidade;

Que, todavia, a suppte. transferiu sua filial para outro imóvel e procurou a supda. a fim de restituir-lhe as chaves, sendo que a supda se recusou a recebê-las; impossibilitada, assim, a providência amigável, a CEF promoveu a notificação judicial da locadora para que esta viesse a receber as chaves e os aluguéis devidos, sob penas de desonerar-se a locatária das obrigações contratuais;

Que a notificação restou desatendida e, assim, vinha a CEF com a presente, pedindo a citação da supda. para, em dia e hora a serem consignados, vir receber as chaves do imóvel e os aluguéis vencidos até 16 de dezembro de 1969, no total de Cr\$ 878,00, ficando citada, ainda, para a contestação do pedido, na forma da Lei.

Com a inicial são oferecidos documentos, inclusive os autos da notificação judicial.

Expedida a citatória, a suplicada não foi citada, cf. certidão de fls. 35 verso. Requer a CEF,

a seguir, a citação por editais; é atendida, efetivando-se o depósito requerido em razão do não comparecimento da R.

Nomeado curador, este contesta a ação, sustentando, em resumo:

Preliminarmente, que nula era a citação nos autos da notificação, feita com hora certa, porque a notificada já residia, àquela tempo, no Rio de Janeiro e porque aquela notificação não foi precedida das formalidades legais;

Que, nula a notificação, é a autora carecedora de ação;

Que a via eleita pela A. é imprópria, pois há um contrato de locação em pleno vigor e, antes da ação de consignação, necessária seria a rescisão do contrato, reafirmando-se, também, a carência de ação;

No mérito, que a importância consignada é insuficiente, pois as chaves foram depositadas a 15-12-70 e somente foram oferecidos aluguéis até 16-12-69;

Que, não foi depositado o valor da multa contratual;

Que, além de insuficiente, o depósito não foi feito no prazo contratual e nem no lugar pactuado;

Que, assim, pedia e esperava fosse a A. julgada carecedora de ação; ou absolvida a r. de instância; ou, finalmente, fosse a ação julgada improcedente, sempre com as cominações legais.

Tudo bem examinado, vai a presente sentença, no prazo legal.

Preliminarmente:

Como se vê dos autos da notificação, a R. foi citada com hora certa.

E, como é da contestação de fls., tal citação é argüida de nulidade, porque a R. fora procurada em endereço que não o seu.

Verificando-se as certidões lançadas pelos Oficiais de Justiça de fls., ressalta que desatendidas restaram as disposições legais pertinentes. Primeiro, porque não é lícito ao oficial de justiça, logo na diligência primeira, lançar a suspeita de ocultação, já que a lei processual exige que o réu seja procurado em horas diferentes do mesmo dia; segundo, porque a suspeita de ocultação resulta do insucesso das diligências reiteradas e não da convicção pessoal do oficial de justiça; terceiro, porque, não encontrado o réu, o oficial deve cientificar uma das pessoas de sua família, ou vizinho, indicando, na certidão, quem foi a pessoa cientificada, sobre a diligência a ser renovada no dia imediato; quarto, porque é necessário, ao ultimar a citação com hora certa, que o oficial diligencie em apurar as razões da ausência, bem como onde se encontra o réu.

E nada disso foi feito...

Aliás, *in concreto*, como posteriormente provado, a citanda já não tinha residência no endereço indicado no mandado, ao tempo da citação. A omissão do oficial quanto às diligências complementares que lhe competiam, assim ganha maior importância.

Nula, pois, de pleno direito, e nulidade não sanada pelo com-

parecimento da citada a Juízo, a citação havida nos autos da notificação premonitória.

É de se assinalar, ainda, que, efetivamente, não cumpriu o Senhor Escrivão o preceito do artigo 173, do CPC, e nem certificou sobre as razões da omissão.

O debate sobre o tema, especialmente se a omissão gera, ou não, nulidades, perde sua oportunidade, em razão exatamente da nulidade já reconhecida.

Ressalte-se, todavia, que a Jurisprudência, embora registrado pronunciamentos em contrário e devidos à ressalva «se possível», predomina no sentido de que a omissão, por meramente cautelar e não integrante a comunicação em referência da citação com hora certa, constitui mera irregularidade.

Não há e nem foi argüida, nem implicitamente nulidades na citação por editais, nos autos da ação principal, isto é, nos autos da consignação.

Porque a certidão do Oficial de Justiça, fls. 35v apenas noticia estar a R. com nova residência, no Rio de Janeiro, sem maiores detalhes.

Como de tranqüila Jurisprudência, o lá certificado equivale à certidão de «achar-se a citanda em lugar incerto e não sabido».

É certo que a autora, em benefício mesmo da regularidade e garantia de seus interesses, poderia, ou deveria diligenciar, na precisa localização da R., ainda mais que a citação, nos autos da notificação, fora havida como efetivada em circunstâncias excepcionais.

Não estava obrigado a tanto a autora, porém.

Sustenta o Doutor Curador, mais, a impropriedade da ação de consignação de aluguéis cumulada com o depósito das chaves do imóvel, porque vigente, então o contrato de locação.

Quanto à consignação de aluguéis vencidos, *data venia*, improcede a preliminar; porque ao locatário é sempre permitida a consignação em pagamento, fundada na recusa ou *mora accipiendi*, por parte do locador.

Claro é que o exame da procedência da alegação de recusa da mora, pertinente ao mérito, só poderá ser feito a final; e pouco importa que haja um contrato de locação em plena vigência, porque ainda assim poderá haver recusa ou mora em receber, o locador, os aluguéis.

No tocante ao depósito das chaves, pedido cumulado, evidentemente preparatório ou cautelar, também não tem razão a R.; porque, se recebidas as chaves pelo locador, a locação, à evidência, estará finda; e, se recusadas, outras serão as conseqüências jurídico-processuais...

Note-se que não há, aqui, uma ação de depósito, aliás absolutamente imprópria (cf. artigo 366, do CPC); a medida requerida é, então, preparatória ou cautelar...

Mérito:

Sustenta a R., no mérito, que, nula a citação na notificação premonitória, não houve recusa sua, ou mora, em receber os aluguéis e as chaves oferecidas.

E, *data venia*, com inteira razão.

Aliás, a A., na inicial, em seu articulado 3º, faz alusões a recusas anteriores à notificação; nada prova, contudo. Nem com respeito aos aluguéis; nem com relação às chaves depositadas.

Interessante será anotar que, ao tempo da notificação, ajuizada a 10-11-69, era devido apenas o aluguel de outubro findo, não esclarecido, naquela peça, se a mora teria sido *solvendi ou accipiendi*. Do exame da cláusula segunda do contrato oferecido (fls. 12), resulta certo que a mora era da locatária...

Da nulidade da citação inicial nos autos da notificação, e *ipso facto*, da nulidade de todo o processo, resulta inevitável, que o valor consignado é insuficiente para a cobertura dos aluguéis devidos até a data da consignação, e depósito das chaves.

Porque a notificação nula não produz e nem poderia produzir os efeitos liberatórios lá pretendidos.

Significativo, ainda, que, na notificação, é pedida a citação da locadora para «receber o imóvel e os aluguéis que forem devidos até 5 dias da notificação»; o pedido, sem dúvida, conflita com o disposto na cláusula primeira, parágrafo único, do contrato de fls. (lá fixado o prazo de 30 dias).

Ademais, a rescisão contratual lá prevista teria fundamentos específicos, cuja ocorrência a A. não alegou e nem provou. Cairia no vazio, pois, o depósito das chaves.

Por mais este motivo, pois, insuficiente o valor consignado, por não contemplada a multa contratual.

Em um ponto, todavia, não tem razão a R.: porque não é verdadeiro que a ação tenha sido proposta em «lugar outro que não o do pagamento; está, no contrato, eleito o foro de Belo Horizonte; e, ainda que não estivesse, a CEF, hoje, goza do privilégio do foro federal..

Por todas estas razões, improcedente é a presente ação de consignação em pagamento, cumulada com pedido de depósito judicial de chaves do imóvel.

Pagará a A., em conseqüência, honorários advocatícios, arbitrados em dez por cento (10%) do valor dado à causa; pagará a A., ainda, as custas do processo.

Pelo exposto, e pelo mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente ação de consignação em pagamento, condenando a A. nas custas e honorários.»

Desta decisão, inconformada, apelou a Caixa Econômica Federal com as razões constantes de fls. 103 a 110 (lê).

O apelo foi contra-arrazoado de folhas 112 a 114 (lê).

Os autos vieram ter a esta Superior Instância onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 123, opina pela reforma da sentença recorrida.

Preliminarmente, temos que apreciar o agravo no auto do processo, tomado a termo às fls. 77, interposto pela ré que não viu acatada pelo Doutor Juiz

a *quo* as preliminares levantadas na contestação de absolvição de instância e carência da ação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Relator): Como salientei no relatório, cumpre à Turma perquirir, de início, do agravo interposto no auto de processo, às fls. 77.

Irrimina-se a ré, através do aludido apelo, contra a circunstância de não haver o Doutor Juiz *a quo*, no despacho saneador, cuidado das prejudiciais por ela invocadas, ou sejam, a de absolvição de instância e carência da demanda. Delas não se ocupou o despacho saneador porque as mesmas dizem, de certo modo, respeito ao mérito da demanda e, por isso, o MM. Julgador *a quo* as relegou para a decisão final.

Parece-me que andou acertadamente S. Ex^a, razão porque meu voto preliminar é pelo não provimento ao apelo.

Quanto ao mérito do pedido, meu entendimento é no sentido de que subsista a decisão recorrida.

É certo que se faz alusão no processo à recusa a notificações anteriores para o despejo e ao propósito da autora consignante em depositar as chaves do prédio. Nada disso, a meu ver, ficou perfeitamente elucidado no decorrer do processo, que denuncia não ter havido providências preliminares e indispensáveis para a promoção, por parte da autora consignante, do despejo pretendido. Além da ausência nos autos

de notificação, é de reconhecer-se que o valor consignado era insuficiente para cobertura do pagamento dos aluguéis devidos, como salientou o MM. Julgador *a quo*.

Assim sendo, parece-me que não resta senão considerar-se como acertada e harmônica com a prova dos autos a decisão «sub censura». Por tudo isso, meu voto é no sentido de mantê-la, negando provimento ao apelo.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Revisor): Senhor Presidente. As razões da sentença, concluindo pela improcedência da ação, em decorrência da nulidade da citação da ré, absorvendo a matéria ensejadora do agravo no auto do processo, conduzem a declaração de falta de objeto do mesmo. E como as razões da sentença às quais me reporto, mostram-se conformes à lei, e à prova, o meu voto é negando provimento aos recursos, para confirmá-la.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 31.941 — MG — Rel.: Senhor Min. Henrique d'Ávila — Rev. Sr. Min. Moacir Catunda — Apte.: Caixa Econômica Federal — Apda.: Odalea Cambraia de Azevedo.

Decisão: Negou-se provimento. Decisão unânime (em 9-4-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Peçanha Martins votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 31.944 — MG

Relator Originário — O Exmo. Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor e Relator designado — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Carpintaria Anair Ltda.

Apelados — Departamento Nacional de Estradas de Ferro e outra

EMENTA

Ação de esbulho. DNEF *versus* Carpintaria Anair Ltda. Ação julgada procedente na primeira instância. Desprezada por maioria a preliminar de carência de ação, levantada pelo Senhor Ministro Relator, no mérito, à unanimidade, negou-se provimento ao apelo da ré, para confirmação da sentença, pelos seus jurídicos fundamentos.

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, vencido, em parte, o Senhor Ministro Relator, que julgava o autor carecedor da ação proposta, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 18 de junho de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro* (Relator): Ação de esbulho, ajuizada pelo Departamento Nacional de Estradas de Ferro contra a «Carpintaria Anair Ltda.», ocupante, sem contrato escrito, de imóvel abrangido «pela faixa de locação de via de acesso à Estação de Cargas de Belo Horizonte.»

O Departamento esclarece ter adquirido «em nome da União Federal, por desapropriação», o imóvel, incorporado a seu patrimônio *ex vi* da Lei nº 4.481-65, art. 1º.

Classificando, em sua inicial de 8 de janeiro de 1969, a situação concedida à ré como de «permissão de uso, com

a taxa de Cr\$ 62,56, paga até julho próximo findo», tem como injustificável o desatendimento à notificação epistolar, que lhe foi feita para desocupar o imóvel, urgentemente, a fim de proseguirem as obras de abertura da «avenida de acesso ao Matadouro.»

Pelo prejuízo e obstáculo à obra pública tem como configurado «o esbulho censurado pelas regras de direito.»

Pediu reintegração liminar, e, afinal, a improcedência da ação.

O Juiz concedeu, mas, em seguida, suspendeu a execução da medida liminar.

Citada, a ré apresentou a contestação de fls. 21/25, procurando demonstrar que não ocorrem, no caso, nenhum dos pressupostos da ação. A locação existe, desde 1955, disciplinada pela legislação própria. A aquisição do imóvel, aliás, data de 12 anos. E conclui:

«11. A ré acha-se instalada no local há longos anos e tem ali realizado benfeitorias de considerável valor. Não foi indenizada, mas apenas o proprietário do terreno, e nem foram levadas em consideração as obras e benfeitorias que ali realizou. Assim sendo, pela própria lei das desapropriações (arts. 25 e 26), estes

fatos e a pretensão da ré deverão ser, afinal, considerados e indenizados. Outrossim, pela lei do inquilinato (art. 11, § 5º, da Lei nº 4.494) e dos prédios não residenciais (D.L. nº 4/66) o locatário terá prazo a ser fixado pelo Juiz para desocupação e será indenizado, uma vez titular de fundo de comércio, como no caso presente. 12. Para que o MM. Juiz possa bem aquilatar o que mantém a ré no imóvel basta acentuar que tem ela 45 empregados e 36 máquinas diversas, instaladas no imóvel, algumas de difícil colocação e adaptação.»

Devido à inexistência de notificação judicial e deficiência de prazo da administrativa, pede, preliminarmente, absolvição de instância, e, afinal, a carência ou improcedência da ação.

Do despacho saneador ela interpôs o agravo no auto de processo de fls. 47.

A pedido do autor foi convidada para integrar a lide a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, a quem, pelo termo de fls. 69/70, havia sido entregue o imóvel para a construção da via de acesso aludida na inicial.

A citada compareceu, apresentando a contestação de fls. 85/86, em que sustenta a pretensão da autora: (lê).

Afinal, após instrução regular, com realização de perícia e prova testemunhal, o Juiz proferiu a sentença de folhas 134/142, dispondo:

Ex positis, julgo procedente a ação, pelo que determino a expedição, em favor do autor, de mandado de reintegração de posse, condenada a ré, outrossim, nas perdas e danos que se apurarem em execução de sentença. Pagará a vencida, ainda, os honorários do advogado do autor, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, as

custas do processo, nestas incluídos os honorários dos peritos, arbitrados em Cr\$ 400,00 (quatrocentos cruzeiros) para cada um. Esta será lida e publicada na audiência do dia 3-6-71, às 15:00 horas. P.R.I. Belo Horizonte, 29 de maio de 1970. — *Carlos Mário da Silva Velloso*, Juiz Federal Titular da 3ª Vara.»

Apela a ré, «Carpintaria Anair Ltda.», com as razões de fls. 144/147, respondidas às fls. 153/155 pelo autor.

A Procuradoria da República manifestou-se às fls. 36v., 65 e 74, e esteve presente às audiências de instrução e julgamento da causa.

A Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 162, manifesta-se pela confirmação da sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Márcio Ribeiro* (Relator): A espécie diverge frontalmente da que decidimos no Ag. 1.905-MG.

Não se trata de desapropriação.

O título de propriedade do autor sobre o imóvel é que proveio de desapropriação, por convenção amigável concluída pela União com a Firma Lunardi Filhos Ltda.

Segundo o depoimento de Antonio Lunardi, às fls. 29, da locação entabulada por essa firma, proprietária anterior do prédio, derivou a que se estabeleceu com o ré, que tem instalada no local o seu estabelecimento industrial.

Não consta do processo contrato escrito da atual locação, e nem mesmo qualquer consentimento, por escrito, do proprietário para o traspasse da locação ou sublocação do imóvel.

Entretanto, havendo o autor recebido, durante anos, como reconhece a

sentença, o pagamento de Cr\$ 62,56, deve-se concluir, como solução mais adaptada à seqüência dos fatos, que ele consentiu na continuação da locação, regulada esta não pelo D.L. nº 9.760, que exigiria contrato ou ato escrito, mas pelas leis do inquilinato.

Em completa divergência com a sentença concluo, pois, que estabeleceu-se entre o autor e a ré um contrato verbal de locação a prazo indeterminado, regido, primeiro, pela lei do inquilinato e, depois, pelo D.L. nº 4/66.

Segundo esse decreto, que permite o despejo ao nuto do locador, o cabimento da ação, com fundamento em uso próprio, continuava, porém, condicionado à notificação com o prazo de 3 meses, o que não ocorreu na espécie.

Quanto à falta de pagamento, a própria inicial confessa que estava supurada.

A deficiência da notificação não autoriza o uso do art. 276 do CPC.

Preliminarmente, pois, dou provimento à apelação para julgar o autor carecedor da ação proposta, e condená-lo nas custas e em honorários advocatícios de 20% sobre o valor dado à causa pela inicial.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Min. Márcio Ribeiro (Relator): Vencido, que estou, na preliminar de impropriedade da ação, nego provimento aos recursos, mantendo a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Reconheço que, no caso, houve indevida sublocação ou transferência de locação, sendo, pois, aplicável à espécie o disposto no art. 89, § 1º do D.L. nº 7.960/46.

A prévia notificação, porém, colocou a ré na situação de verdadeira esbuhadora.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Revisor): Senhor Presidente.

Na revisão que fiz destes autos cheguei à conclusão de que é incensurável a respeitável sentença de folhas 134/142, da lavra do douto Juiz Federal Carlos Mário da Silva Velloso.

A controvérsia foi meticulosamente examinada pelo digno Juiz em todos os seus aspectos, não deixando dúvidas quanto à procedência da ação intentada pelo Departamento Nacional de Estradas de Ferro (DNEF) contra a «Carpintaria Anair Ltda.»

Não conseguiu a ré, com as suas razões de fls. 144/147, desfazer, de nenhum modo, os argumentos jurídicos expostos na respeitável sentença recorrida. A invocação que faz a apelante de decisão desta Turma, da qual foi Relator o eminente Min. Márcio Ribeiro, no Agravo de Petição nº 29.005, também de Minas Gerais, nenhuma aplicação pode ter à questão versada no presente processo, pois não há a identidade de causa alegada pela ré, ora recorrente.

Nego, assim, provimento ao apelo da ré para confirmar a judiciosa sentença de fls. 134/142.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 31.944 — MG. Rel.: Senhor Min. Márcio Ribeiro. Rev. Senhor Min. Esdras Gueiros. Apte.: Carpintaria Anair Ltda. Apdos.: Departamento Nacional de Estradas de Ferro e outra.

Decisão: Negaram provimento à apelação, vencido, em parte, o Senhor Ministro Relator, que julgava o autor carecedor da ação proposta. Lavrará o acórdão o Sr. Min. Esdras Gueiros (em 18-6-73 — 3ª Turma).

O Sr. Min. Henoch Reis votou com o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.070 — MG

Relator -- O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Revisor -- O Exmo. Sr. Min. Henocho Reis
Recorrente — Juiz Federal da 2ª Vara, *ex officio*
Apelante — INPS
Apelada — Cecília Pereira Tôres

EMENTA

Pensão Previdenciária Cecília Pereira Torres *versus* INPS. Faz jus à pensão pretendida a viúva presuntiva de segurado que contribuiu regularmente para o Instituto, e que veio a ser judicialmente declarado desaparecido. Imprescritibilidade do direito à pensão, apenas prescrevendo as prestações não reclamadas no prazo de cinco anos (V. art. 15 do Dec.-lei nº 7.526, de 7-5-45 e art. 57 da Lei nº 3.807, de 1960). Ação julgada procedente na primeira instância. Desprovemento aos 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, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1973.
— Armando Rollemberg, Presidente;
Esdras Gueiros, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Esdras Gueiros (Relator): Apela o INPS da respeitável sentença de fls. 46/52, que julgou procedente ação ordinária, via da qual a autora, ora apelada, Cecília Pereira Torres, objetivou, com fundamento no art. 42 da Lei nº 3.807/60, lhe fosse concedida pensão a que se julga com direito, em consequência da morte presumida de seu esposo José Torres, presunção essa declarada em sentença judicial de outubro de 1964. Pediu fossem os efeitos contados desde 26-8-60, pagando-se-lhe as prestações vencidas,

com juros moratórios, condenando-se, ainda, o Instituto-réu em honorários de advogado de 20% sobre o *quantum* da liquidação.

O Instituto-apelante sustenta, em síntese, estar prescrito o direito da autora, visto que a presunção da morte do segurado data de 1943, mas só declarada judicialmente vinte anos depois. A apelada não ofereceu contra-razões.

Nesta instância opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da respeitável sentença, para que se declare a carência do direito de ação, ou então a improcedência desta, com as cominações de direito.

Estudados os autos, encaminhei-os ao eminente Sr. Min. Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Do estudo que fiz dos autos cheguei à conclusão de que merece integral confirmação a respeitável sentença de fls. 46/52, proferida pelo digno Juiz

Federal Dr. João Peixoto de Toledo, pelos seus jurídicos fundamentos.

A autora pleiteou lhe fosse assegurado direito à pensão a que fazia jus pela morte presumida de seu marido José Torres, antigo empregado da Mineração Morro Velho S.A. e segurado do ex-IAPTEC, para o qual contribuíra regularmente até a data de seu desaparecimento, desde setembro de 1943. Teve ela, daquele consórcio, sete filhos, quando ocorreu o misterioso desaparecimento. Após vários anos de espera, obteve a declaração judicial da morte presumida do esposo, conforme tudo devidamente comprovado nos autos.

Pleiteou, em seguida, a pensão a que se julgava com direito, na via administrativa, o que lhe foi negado sob o falso pressuposto de que não era aplicável ao caso o disposto no artigo 42 da LOPS e ainda sob a infundada arguição de estar prescrito o seu direito, quando, ao contrário, tal direito é imprescritível, segundo o art. 15 do Dec.-lei nº 7.526, de 1945 e art. 57 da Lei nº 3.807, de 1960, apenas prescrevendo as prestações que não fossem reclamadas no prazo de cinco anos.

Após regularmente processado o feito, concluiu o douto Juiz a quo por julgar procedente a ação, encimando sua sentença com a seguinte ementa:

«Previdência Social. Pensão por morte presumida. A presunção de morte, resultante de ausência efeito de óbito e, com a sucessão provisória no dia em que se completa o prazo da lei, autoriza a pensão previdenciária aos dependentes do segurado ausente, salvo as prestações já incursas na prescrição».

Importa ler, para perfeito conhecimento dos eminentes colegas, a parte dispositiva da respeitável sentença, que a meu ver bem apreciou a prova dos

autos, aplicando à hipótese a legislação pertinente. Eis as conclusões do douto Juiz:

(lê, fls. 50 a 52).

Quanto à alegação do INPS, feita desde o processo administrativo que se encontra apenso, de que o desaparecido marido da autora não era ex-contribuinte do IAPTEC, restou suficientemente comprovado o contrário.

No que respeita à arguição de prescrição do direito à pensão, também é fora de dúvida não ter corrido tal prescrição, eis que na época do desaparecimento do segurado, ocorrido em setembro de 1943, época de sua última contribuição, estava em vigor o Decreto nº 20.465, que já àquela época estabelecia a prescrição bienal dos benefícios. E, em seguida, antes de consumar-se a referida prescrição bienal, que ocorreria em setembro de 1945, adveio o Dec.-lei nº 7.526, de 7 de maio de 1945, estabelecendo a imprescritibilidade dos benefícios previdenciários, segundo se lê do seu art. 15, *in verbis*:

«Não prescreverão quaisquer direitos ao recebimento de benefícios, prescrevendo apenas, e no período de um ano da data em que se tornar devido, o direito ao recebimento das importâncias respectivas».

Esse princípio da imprescritibilidade dos benefícios previdenciário, com a prescrição apenas das parcelas não reclamadas, foi gradativamente mantido na legislação posterior, a saber: Decreto nº 26.778, de 14-6-49, art. 59; LOPS, de 1960, art. 57; Reg. Geral da Previdência Social, Dec. nº 48.959, art. 495, § único; e o atual Reg. Geral da mesma Previdência, Dec. nº 60.501, de 1967, art. 352, § 1º. O art. 57 da LOPS está assim redigido:

«Não prescreverá direito ao benefício, mas prescreverão as

prestações respectivas não reclamadas no prazo de cinco ano, a contar da data em que forem devidas».

A respeitável sentença, obediente a esse princípio, ressaltou o não pagamento das prestações atrasadas incursas na prescrição quinzenal.

Não encontro razões para modificar em nenhum passo a douta sentença apelada, que decidiu a causa com inteiro acerto.

Nego, assim, provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 32.070 — MG — Rel.: Senhor Min. Esdras Gueiros. — Rev.: Sr. Min. Henoch Reis. — Recte.: Juiz Federal da 2ª Vara. Apte.: INPS Apdo.: Cecília Pereira Tôrres.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento aos recursos (em 24-9-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Henoch Reis e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.142 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Apelantes — Mobil Oil do Brasil (Indústria e Comércio Ltda.) e União Federal
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Imposto de renda. Lucro tributável. Pretensão de deduzir diferenças de câmbio e retiradas de sócios. Procedência das imposições fiscais, salvo quanto ao imposto na «fonte» sobre supostas remessas. Devolução proporcional dos depósitos.

Não podem influir no lançamento do imposto de renda da pessoa jurídica, para o cálculo do lucro tributável: possíveis diferenças de câmbio com relação a financiamentos obtidos no exterior, sem a prova escrita e idônea dos respectivos contratos, não valendo a simples invocação do registro contábil da antiga lei do selo, sem a demonstração de que a formalidade foi cumprida na oportunidade própria; e as retiradas *pro labore*, dos sócios, além dos limites regulamentares.

Todavia, não podem ser tributadas na fonte as possíveis diferenças de câmbio, como remessas para o estrangeiro, sem o esclarecimento de que não foram levadas em conta nas remessas efetivamente já realizadas.

Procedente em parte a ação, o depósito correspondente deve ser devolvido, na conformidade do que prescreve a Lei nº 4.357-64.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, nos termos do voto médio do Sr. Ministro Relator,

dar provimento parcial ao apelo da autora, vencidos, o Sr. Ministro Revisor que o provia integralmente, negando ambos provimento do recurso da ré e o Sr. Ministro Jarbas Nobre que negava provimento ao recurso da au-

tora e provia o da União Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Relator): Mobil Oil do Brasil Indústria e Comércio Ltda.) moveu ação anulatória do débito fiscal contra a Fazenda Nacional, visando tornar sem efeito a decisão proferida pelo Sr. Ministro da Fazenda, no processo nº 117.627, referente ao lançamento de pessoa jurídica para o exercício fiscal de 1961, ano-base de 1960, bem como os correspondentes aos exercícios de 1959 e 1960, anos-base de 1958 e 1959, respectivamente. Discute-se nos autos a pretensão do Fisco de considerar lucro tributável na pessoa jurídica da autora, com os conseqüentes reflexos na tributação de fonte, as diferenças de câmbio verificadas na liquidação de empréstimos em moeda estrangeira, contraídos pela suplicante. A autora procura demonstrar que o procedimento fiscal no relacionado com as diferenças de câmbio, é inconsistente, pelo fato de se haver baseado tão-só, na ausência de comprovação contratual, tese que entende não encontrar amparo na legislação específica, nem na jurisprudência firmada para a matéria. Quanto ao excesso de retiradas, apontado pelo auto de infração, afirma que não só o considerou expressamente em sua declaração de rendimento, como o seu total foi inteiramente absorvido pelo prejuízo advindo pelas perdas de câmbio, não havendo, assim, imposto de renda a pagar sobre o mesmo. Dessa forma, não existe qualquer fundamento para a autuação fiscal que resultou dos lan-

çamentos impugnados, não podendo esta subsistir, seja no que concerne ao imposto de renda pretensamente devido, seja no que tange à multa aplicada. Solicitou, por conseguinte, a procedência do pedido, para o fim de serem anulados os supostos débitos fiscais e condenada a ré nas custas e demais cominações, com a restituição das importâncias depositadas em garantia, atualizadas monetariamente, no termos dos §§ 3º e 5º, do art. 7º, da Lei nº 4.357, de 16-6-64.

Contestando: às fls. 84/89, (2 volume), a ré alegou que a autora não apresentou, quando exigidos pela fiscalização do imposto de renda, os contratos de empréstimos, que, em decorrência do pagamento de prestações respectivas, deram lugar às diferenças de câmbio deduzidas a título de despesas, limitando-se a esclarecimentos; no que se refere à multa, a cominação é perfeitamente cabível, desde que houve infração; em referência à devolução do depósito com correção monetária, também dessassiste razão à suplicante, nos termos do disposto nos §§ 4º e 5º, do art. 7º, da Lei nº 4.357-64.

As partes se manifestaram sobre o despacho de fls. 103. O feito foi saneado às fls. 107, (2 vol.), sem ter havido recurso.

A sentença de fls. 128-135 julgou a ação improcedente, condenando a autora nas custas, com a seguinte justificação:

«No caso, a autora não apresentou, quando exigidos pela Fiscalização do Imposto de Renda, os contratos de empréstimos em decorrência do pagamento de cujas prestações foram verificadas as diferenças de câmbio deduzidas pela mesma, a título de despesas, limitando-se a esclarecimentos, que, como fartamente demonstra-

do pela autoridade de Primeira Instância, pelo Sr. Representante da Fazenda junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes e parecer do Sr. Diretor-Geral da Fazenda, não são satisfatórios.

Admitir-se a tese da autora, que tenta, absurdamente, provar a existência de contratos tão-somente com comprovantes bancários de recebimento e de remessas de numerário, inteiramente inoperante se tornaria o art. 74 do Regulamento do Imposto de Renda anteriormente transcrito (art. 334 do atual), e, conseqüência, as empresas passariam a reduzir seus lucros como bem entendessem, mediante a dedução de despesas, aparentemente legais, sem que o Fisco qualquer providência pudesse tomar para evitar semelhante sanção aos cofres públicos.

Dessa maneira, agiu acertadamente a fiscalização ao glosar a dedução em tela, e, também, o excesso de retiradas *pro labore*, já que neste caso, não foram respeitados os limites fixados no art. 5º, § 6º, do Regulamento então em vigor.

Quanto à multa contestada, é perfeitamente cabível, pois, como bem salientaram os Agentes Fiscais que procederam ao exame de escrita em causa, «embora evidentes as diferenças de câmbio em seu balanço, como aliás são todas as demais verbas, somente através de perícia efetuada foi que se constatou a irregularidade do procedimento adotado pela interessada». Relativamente à jurisprudência invocada pela autora, não é aplicável à espécie, como demonstrou o Sr. Representante da Fazenda junto ao Primeiro Conselho de Contribuintes, em seu parecer.

No concernente à devolução do depósito com correção monetária, convém esclarecer que, nos termos do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 7º da Lei n. 4.357, de 16-7-64, e observadas as disposições regulamentares e administrativas cabíveis na espécie, somente ficará sujeito a atualização monetária se não devolvido no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data da decisão administrativa, ou judicial, que houver reconhecido a improcedência parcial ou total da exigência fiscal, circunstância que não ocorrerá na hipótese, porque inteiramente procedente a cobrança».

Apelam a Mobil Oil do Brasil (Indústria e Comércio Ltda.) às fls. 137/150, e a União Federal, às fls. 159/160., esta insurgindo-se contra a não condenação na verba de honorários de advogado.

Nesta superior instância, manifestase a douta Subprocuradoria-Geral pelo provimento da apelação da União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Amarilio Benjamin (Relator):

Temos dito muitas vezes que não dispomos de condições para julgar todas as matérias que são atribuídas à nossa competência. Ora o assunto é por demais especializado e só, de quando em quando, nos vem à apreciação; ora sentimos necessidade de dar ordem de importância, os dados certos da controvérsia. Todavia, não dispomos de tempo para demorar um pouco o estudo dos problemas, tal o número de processos e a variedade das teses que nos são distribuídas; não temos à mão um serviço organizado de informações, que nos dê, com precisão, para cada divergência, a referência legisla-

tiva própria, a contribuição doutrinária e os precedentes judiciais e administrativos correspondentes, não contamos com assessores técnicos que possam, rapidamente, levantar nos autos os elementos certos da controvérsia, e conferir cálculos, que ocorram, de acordo com as indicações legais. Apesar das modificações e exigências da vida moderna, trabalhamos como há cem anos.

Sem desconhecer, pois, as nossas deficiências, é que vamos examinar o presente pleito. Tomamos como base, para formar convicção, os pontos que nos pareceram incontroversos, não obstante as dúvidas e restrições que as partes levantaram.

Dentro disso, eis o nosso voto:

1) Achamos perfeitamente cabível a exigência, pelo Fisco, da prova de contratos escritos de empréstimos ou financiamentos obtidos no exterior, para que possam prevalecer as diferenças de câmbio deduzidas pela autora. As anotações e lançamentos, ressaltados como indicativas do negócio, não bastam. Podem disfarçar outras operações ou mesmo significar um artifício com o objetivo de criar deduções. Por outro lado, não se explica que empréstimos seguidos e de certo vulto não tenham observado a forma escrita, para melhor clareza ou fixação dos encargos respectivos. Finalmente a exigência do instrumento formal não representa novidade nas entradas do capital estrangeiro. O registro, que as nossas leis de muito tempo instituíram, sempre dependeu de documento, para comprovação do ato e fiscalização do movimento que se estabelece. De qualquer sorte, escrito ou não escrito, o contrato, para ter validade perante o Fisco, necessita de registro nos órgãos de controle do capital estrangeiro.

2) O excesso de retiradas *pro labore* é matéria de fato facilmente cons-

tatável, desde que o Regulamento do Imposto de Renda estabelece limites. Assim, a promovente também não tem razão quando impugna a recusa do Fisco a respeito, se as retiradas efetivamente foram além do permitido.

3) Quanto à tributação na fonte das diferenças de câmbio impugnadas, como remessas para o estrangeiro, na situação de simples decorrência, o nosso modo de ver não abona o procedimento fiscal. Se não houve remessa efetiva, imposto não há a ser cobrado. Temos julgado que nas remessas de numerário, para o estrangeiro o cálculo do imposto abrange todo o seu valor, inclusive o câmbio do dia, com os ágios cambiais que existam. Na hipótese, para cobrar-se o tributo nas diferenças registradas, seria necessário prova de que, realmente na remessa básica, as diferenças aludidas não entraram no cálculo do imposto que teria sido pago. Tal demonstração, entretanto, não foi feita. Dessa forma, nos parece não ser legítima a tributação por simples decorrência.

Em consequência a conclusão do nosso voto é para julgar a ação improcedente quanto à dedução de diferenças cambiais e às retiradas *pro labore* fora do limite regulamentar; e julgá-la procedente de referência ao imposto de renda na fonte sobre as diferenças de câmbio escrituradas, conforme se apurar em execução, para o efeito de levantamento proporcional dos depósitos em garantia de instância, efetuados. A União pagará custas proporcionais a 10% de honorários sobre o valor do imposto que seria exigido na fonte nos termos mencionados, e ficará sujeita à correção monetária se, dentro de 60 dias, após o trânsito em julgado da presente decisão o depósito na parte autorizada a levantar, não for devolvido.

Sobre o tema da correção monetária nos reportamos ao voto que proferimos

no Recurso de Revista nº 1.466 e segue anexo.

Prejudicado o apelo da União.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Relator):

Devo ainda declarar que recebi memorial do Ilustre Advogado que assiste aos interesses da empresa apelante nesta Segunda Instância. Li devidamente esse trabalho, mas não me convenci da invocação que é feita para o sistema da Lei do Selo vigente à época em que se deu o negócio. De fato, a Lei do Selo admitia que o tributo fosse pago no instrumento formal ou nas fichas de contabilidade da respectiva escrita. Acho que não vem ao caso o exemplo, sem a demonstração correspondente de que, além da observância do sistema legal a que se fez remissão, os empréstimos discutidos foram registrados, assim como a Lei do Selo determinava.

Recurso de Revista nº 1.466 — SP
(Na Apelação Cível nº 29.864)

VOTO-MÉRITO (VENCIDO)

O Sr. *Min. Amarílio Benjamin* (Relator): Passando ao mérito, devo dizer aos Eminentes Colegas que, a esta altura, também como S. Ex^{as}, estudei a matéria e tenho voto básico. Contudo, vou compor o meu pronunciamento, aqui, nesta assentada, tendo em vista as peculiaridades da controvérsia, independentemente das observações que já produzi.

No Tribunal, até o momento, a respeito de correção monetária, estão delineadas nitidamente três tendências. Ministros há que concedem a correção monetária, a partir do depósito, uma vez que a parte seja vencedora na questão. Há também votos no sentido de que a correção somente deve ser dada quando, decidida a espécie, a parte requerer administrativamente o levanta-

mento do depósito, para daí correr o prazo de 60 dias a que a lei se refere. Isto para cumprirem-se exatamente as recomendações da Lei nº 4.862, que determina, no particular, que o assunto fique devidamente registrado. O Ministério da Fazenda chegou a baixar, anteriormente, instruções a respeito (Portaria GB nº 27 de 28-1-66). Esta é a opinião, salvo engano, do Sr. Ministro Jarbas Nobre.

O outro ponto de vista é o que defende o Sr. Ministro Jorge Lafayette, ou, pelo menos, o que encontrei em manifestações de S. Ex^a. A correção monetária incide a partir do depósito. Proferida a decisão, susta-se a sua fluência, para atender-se ao prazo de 60 dias que a lei estatui. Se a restituição não se dá, a correção monetária começa a fluir a partir do último dia do prazo.

Estão aí três opiniões. Existe outra, que é a minha, e que não reputo lealmente a mais autorizada. Todavia, pretendo justificar o meu entendimento de acordo com as prescrições legais. Segundo propugno, a correção monetária deve ser dada após o trânsito em julgado da decisão, que julgou o litígio favoravelmente ao contribuinte, desde que o Fisco, 60 dias depois, não tenha promovido a respectiva devolução.

Aparentemente, o processo pode ficar um tanto complexo. Não obstante, acho que, estando devidamente a União representada nos autos, quer em Primeira, quer em Segunda Instância, incumbe ao seu representante, desde que a decisão favorável à parte transitou em julgado, comunicar o fato à repartição administrativa para os fins que a Lei consigna.

A Lei nº 4.357, nos trechos que versam o assunto, é da maior clareza:

«Art. 7º — Os débitos fiscais, decorrentes de não-recolhimento, na data devida, de tributos, adicionais ou penalidades, que não

forem efetivamente liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos, terão o seu valor atualizado monetariamente, em função das variações no poder aquisitivo da moeda nacional.

.....

§ 2º — A correção prevista neste artigo aplica-se inclusive aos débitos cuja cobrança seja suspensa por medida administrativa ou judicial, salvo se o contribuinte tiver depositado em moeda a importância questionada».

Vêm agora as disposições que de mais perto dizem respeito ao problema e que merecem a nossa mais detida atenção:

«§ 3º — No caso do parágrafo anterior, a importância do depósito que tiver de ser devolvida, por ter sido julgado procedente o recurso, reclamação ou medida judicial, será atualizada monetariamente, nos termos deste artigo e seus parágrafos».

Concordo, pois, que essa norma, em princípio, instituiu a correção monetária dos depósitos nas respectivas devoluções. Como, porém, deve-se dar a aplicação do acréscimo? A lei então é que esclarece a indagação do intérprete, assentando:

«§ 4º — As importâncias depositadas pelos contribuintes em garantia da instância administrativa ou judicial deverão ser devolvidas obrigatoriamente no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data da decisão que houver reconhecido a improcedência parcial ou total da exigência fiscal».

Tenho, pois, que a lei autoriza a correção monetária e determina que somente incida após 60 dias do trânsito

em julgado da decisão que resolveu a contenda em favor do contribuinte. O § 5º não perturba essa interpretação. Acho que o § 5º completa e acresce algo mais ao intento do legislador:

«§ 5º — Se as importâncias depositadas, na forma do parágrafo anterior, não forem devolvidas no prazo nele previsto, ficarão sujeitas à permanente correção monetária, até a data da efetiva devolução, podendo ser utilizadas pelo contribuinte, como compensação, no pagamento de tributos federais».

O § 5º, portanto, diz que, não devolvida aquela importância no prazo de 60 dias ou a repartição demorando, sem prazo certo, para devolvê-la, a correção monetária continuará fluindo. Aliás, sobre o tema discutido, quando examinamos a atualização nas ações desapropriatórias, proclamamos que a correção flui até o efetivo pagamento. Trata-se mais ou menos, pois, da mesma idéia. O § 5º, além disso, permitiu que o contribuinte utilizasse o depósito corrigido, como compensação no pagamento de tributos federais.

Em conclusão, o meu voto é no sentido de, *data venia* das opiniões divergentes, que respeito, receber ou deferir, em parte a revista, para mandar que, na cobrança da correção monetária, se observem as disposições da Lei nº 4.357, contidas nos parágrafos que acabo de ler, isto é: que a correção monetária incida no valor do depósito após 60 dias do trânsito em julgado da sentença que decidiu favoravelmente à parte a divergência examinada.

Acho, *data venia*, ainda uma vez, que não se pode mandar pagar da data real do depósito, porque essa orientação, na verdade, antecipa julgamento desfavorável à Fazenda. A Fazenda, pela lei, somente fica sujeita à correção monetária quando perde a questão. Há, a propósito, decisão recente, do Minis-

tério da Fazenda, que se não corresponde rigorosamente, ao ponto de vista que sustento (Portaria GB nº 358, de 26-10-71) vai ao encontro da aplicação da correção monetária após a data do depósito, embora institua critérios que a compensam melhor.

A Portaria GB nº 358, de 26 de outubro de 1971, prescreve, como norma geral, que os depósitos, para o efeito de garantia de instância, sejam transferidos, desde logo, para as Caixas Econômicas. Cumprida a transferência, tais depósitos passarão a gozar de correção monetária a partir do 1º dia do segundo trimestre civil, posterior à data do depósito.

Decidida a ação, o levantamento se dá em favor da parte, se foi vencedora, ou se dá a transferência para os cofres públicos, se o contribuinte perdeu.

Invoco esse critério com dois objetivos: o primeiro já foi ressaltado, isto é, a própria administração reconhece que a correção monetária incide na devolução dos depósitos; o segundo é o que vou mencionar: de qualquer maneira, a correção monetária pela interpretação oficial, baseada nas leis que regem a espécie, não é contada a partir da data do depósito. Todavia, o sistema exige providências complementares e não pode ser aplicado ao caso, que é de data muito anterior.

Este é o meu voto, deferindo em parte a revista.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. *Min. Decio Miranda* (Revisor): À autora foram impugnados os lançamentos que fez a título de «prejuízos de câmbio» na compra de moeda estrangeira para pagamento de empréstimo que lhe concedera empresa coligada do Exterior.

A fiscalização não pôs em dúvida nem a existência do empréstimo (cuja en-

trada no Brasil e conseqüente venda de cambiais a Fiscalização Bancária oportunamente registrara) nem a efetividade das remessas em pagamento (também autorizadas pelas autoridades do controle de Câmbio).

Simplesmente, não se admitiu a dedução do prejuízo da operação cambial (dinheiro estrangeiro recebido e vendido no Brasil por «x» e anos mais tarde comprado por «x + y»), porque o contrato de empréstimo não estava documentado por instrumento escrito.

Ora, jamais se considerou indispensável, para prova do empréstimo e, logicamente, para aceitação de suas conseqüências, o instrumento formalizado.

Tanto no Direito Comercial, quanto no Direito Tributário, sempre se considerou suficiente a prova do registro da operação na escrita do devedor.

Nos anais judiciais deste Tribunal, uma das teses freqüentes, nos primeiros dois ou três lustros de sua existência, era a pretensão do Fisco de cobrar imposto de selo nos empréstimos em que não havia contrato formalizado, mas apenas o lançamento na escrita do devedor ou do credor, não obstante prevista a incidência, no Decreto-lei número 4.655, de 3-9-42, apenas sobre «contratos» com o sentido documental então observado na legislação do imposto de selo.

Para cortar a controvérsia, a Lei nº 1.747, de 28-11-52, modificou a redação das «notas» do art. 49 da Tabela, de modo a ficar explícito que também os empréstimos não documentados por contrato estariam sujeitos ao pagamento do imposto.

Dizia a nova redação da nota 1ª que, na falta do contrato ou de títulos representativos da dívida, o imposto seria pago «em ficha de contabilidade ou no fôlio do Diário em que a operação foi registrada na escrita do devedor, ou,

ainda, na do credor quando o devedor não tiver escrita comercial».

A aceitação da prova do empréstimo decorrente de simples lançamento na escrita comercial passou, daí por diante, a ser uma constante, para efeito do imposto do selo, a despeito do princípio documental do tributo.

Para outros efeitos, sempre bastou o lançamento na escrita, independentemente de contrato formalizado.

Mas, no caso dos autos, além do lançamento na escrita, outros elementos se vieram acrescentar à demonstração da efetividade do empréstimo, especialmente a venda das cambiais no mercado bancário nacional, de que teve conhecimento a Fiscalização Bancária.

De resto, nem a existência do empréstimo nem a efetividade das remessas, de ingresso da moeda estrangeira no País (empréstimo), e de saída da moeda estrangeira (pagamento), são contestadas pelos peritos fiscais, que, ao contrário, explicitamente as admitem.

Conseqüentemente, teriam de admitir também o lançamento do prejuízo da operação cambial, representado pela diferença de preço da venda inicial das cambiais, no momento do ingresso, em relação à compra da moeda estrangeira, por ocasião do pagamento.

Para aceitar o lançamento de tal prejuízo somente na hipótese de haver contrato escrito, e rejeitá-lo na hipótese de estar documentado o empréstimo apenas pela escrita comercial, necessário seria que houvesse disposição nesse sentido na lei do imposto de renda, o que não ocorre.

Dizem, porém, os agentes fiscais, na representação que veio a ser encampada pela decisão anulada, que o pagamento de um empréstimo, a uma empresa coligada do Exterior, se fazia com recursos provenientes de novo empréstimo, oriundo de outra empresa também coligada.

Essa circunstância, porém, é irrelevante, pois o fato de haver o devedor obtido novo empréstimo não oblitera o prejuízo cambial ocorrido na liquidação do empréstimo anterior.

O novo empréstimo é operação autônoma. Na sua liquidação ou amortização é que se poderá verificar, em relação só a ele, isoladamente, se se vai repetir um prejuízo cambial na compra de cambiais, ou, quiçá, um lucro, caso a inflação brasileira venha a ser menor do que a do país de origem do empréstimo, o que, de resto, não é eventualidade fora de cogitação, hoje que a inflação passou a ser fenômeno universal.

A autora obteve solução favorável no Conselho de Contribuintes, o que constitui circunstância digna de realce a seu favor, conhecidas a correção de critérios e a especialização desse órgão.

Houve por bem o Ministro da Fazenda, baseado em informações de autoridades subordinadas, reformar a decisão. Mas, significativamente, nem essas informações, nem a decisão ministerial, fazem referência a qualquer dispositivo da legislação do imposto de renda que desqualifiquem, para efeito de apuração de prejuízo na operação cambial na sua liquidação, o empréstimo simplesmente registrado na escrita do devedor, não documentado em instrumento formalizado (ver fls. 98/102 do indevidamente chamado 2º volume dos autos principais).

É possível imaginar que o prejuízo cambial admitido num caso como o dos autos possa ter tido correspondência ou contrapartida em um lucro no ativo da empresa. As cambiais vendidas serviram, digamos, para a compra de imóveis ou de instalações que, paralelamente com a desvalorização da moeda estrangeira, se valorizaram na moeda nacional. Mas essa valorização do ativo tem sido considerada isoladamente pela

legislação do imposto de renda, para efeito de tributação.

Não seria criticável a disposição legal que relacionasse uma coisa com a outra, para efeito de compensar o prejuízo verificado de um lado, com o lucro apurado no outro. Mas, nesse caso, seria indiferente estivesse o empréstimo documentado por contrato escrito ou não.

Os funcionários fiscais tiveram, no presente caso, certamente, a boa intenção de construir um novo sistema legal sobre a contabilização de prejuízos advindos de operações cambiais.

O procedimento fiscal intentado não tinha então, como não tem ainda hoje, fundamento na legislação em vigor.

Esta admite, tanto para efeitos comerciais quanto tributários, o contrato de empréstimo não escrito em instrumento formalizado.

No caso dos autos, tanto o ingresso da moeda estrangeira quanto a saída foram noticiados oportunamente aos órgãos de controle cambial.

O prejuízo das operações, que foi lançado na escrita e desconsiderado pela decisão anulada, era mera consequência de tais operações, de cuja regularidade, em si mesma, não se duvida fundando-se a impugnação em circunstância accidental a que não dá importância a legislação aplicável, isto é, simplesmente o fato, irrelevante, de não constar o empréstimo de instrumento escrito formalizado.

Isto posto, dou provimento à apelação da autora, para julgar procedente as três ações ordinárias enfeixadas nesta apelação, respectivamente, pela ordem de ajuizamento. Processos números 206/69, 205/69 e 385/69, da 7ª Vara Federal, estando a sentença impropriamente localizada no processo mais antigo, aqui no Tribunal também impropriamente designado como 2º volume (ver fls. 139).

Condeno a União Federal à devolução das quantias depositadas, com correção monetária calculada a partir da data dos depósitos que são posteriores à data de vigência da Lei nº 4.357, de 16-7-64, ao pagamento das custas despendidas pela autora, e, ainda, de honorários de advogado, que, atendendo ao valor da causa e ao trabalho desenvolvido pelos patronos da autora, arbitro em 3% (três por cento) do valor integral da devolução calculada pela forma que acabo de enunciar.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Sr. Presidente, nos presentes autos não se focaliza um aspecto somente. Assim, o intrincado das matérias deixa o Vogal em dificuldade para votar.

Ao que me parece, são três os pontos tratados no processo.

Peço aos eminentes Ministros Relator e Revisor que me corrijam, se por acaso eu estiver enganado.

Ao que ouvi, as ações objetivam anulação de débito de imposto de renda que fora feito lançamento em razão: 1º) de impugnação de despesas tidas com o pagamento de empréstimos tomados no exterior, sob a alegação de que os mútuos não estão documentados; 2º) que a empresa pagara *pro labore* a seus diretores, além dos limites admitidos; 3º) glosa de alegados prejuízos decorrentes de diferenças de taxa cambial apuradas entre o que foi parte quando do recebimento da quantia no Brasil e quando de sua remessa para o exterior.

Em consequência, pede a devolução do que foi depositado em garantia da instância, com correção monetária.

Quanto ao primeiro aspecto, tenho que assiste inteira razão ao eminente Ministro Relator quando julga improcedente a ação pela ausência de contrato formal de mútuo. Não me parece

acertado que se debite uma despesa ou se credite uma receita, sem que exista documento a comprová-las.

A contabilidade de uma empresa, ao que tenho, nada mais é do que a inserção de um documento que comprove uma receita ou uma despesa.

No caso, portanto, a ausência do contrato torna indiscutível a sem-razão da autora.

Fez-se um paralelo entre o Imposto de Renda com o Imposto do Selo para justificar a despesa, mesmo ausente o documento formal do contrato.

Ao que entendo, a autora labora em evidente equívoco.

De recordar-se que na sistemática da Lei do Selo, tributava-se o empréstimo documentado e, também, o não instrumentado.

Se o empréstimo era tomado no exterior, compensava-se, levava-se em conta o selo devido pelo empréstimo, com o que tivesse sido pago no contrato de câmbio.

O mesmo tratamento não pode e, por impossível, não se aplica ao imposto de renda.

Em se tratando de conta passiva, o que naturalmente compromete o lucro tributável, tenho como indispensável a presença do contrato formal de mútuo.

Como, no caso, ele inexistente, nesta parte fico inteiramente de acordo com o voto do eminente Ministro Relator.

A retirada excessiva de *pro labore*, é fato que se reflete na contabilidade.

A Lei do Imposto de Renda estabelece um limite a essa despesa, prevenindo, assim, um possível aguçamento do lucro.

A impugnação feita pelo Fisco, assim, tem assento legal.

Examinemos o último problema, ou seja, o prejuízo na compra da moeda

estrangeira, pela elevação da taxa de câmbio.

Embora, à primeira vista, os argumentos usados pelo Ministro Amarílio Benjamin me tenham impressionado, dela discordo, *data venia*.

Parece-me, antes de tudo, que teremos que ser lógicos.

Se aceitarmos a tese defendida pelo Fisco de que os empréstimos acima referidos não podem ser entendidos como passivo exigível, porque não documentados, o mesmo raciocínio terá que ser admitido com referência à sua solução.

Desprezados os empréstimos quando contraídos, o seu resgate, em toda a sua extensão, inclusive no que toca ao argüido prejuízo, terá que seguir a mesma sorte.

O que não há negar é que remessas de numerário foram feitas para o Exterior.

Logo, há imposto de renda a reter.

Fala-se em prejuízo.

Não o vejo caracterizado.

O Decreto nº 58.400/66 só aceita o abatimento da renda bruta, quando ocorrem perdas extraordinárias. Aquelas que decorrem exclusivamente de casos fortuitos ou de força maior como incêndio, tempestade, naufrágio etc. Mesmo assim, até o teto de 50%.

Ao que me recorde, a lei só admite a perda de câmbio, quando a dívida em moeda estrangeira é extinta com a sua aplicação em aumento do capital da empresa devedora.

Nestes casos, há efetivamente um prejuízo que é representado pela diferença entre a taxa aplicada na venda de cambial e aquela vigorante à época da conversão da moeda estrangeira nos cruzeiros que são capitalizados.

Isto não ocorreu na espécie dos autos.

A autora recebeu dinheiro do exterior, não se sabe a que título.

Ao devolvê-lo, gastou maior quantia na compra da moeda.

Ao remeter fundos para o exterior, devia reter o imposto na fonte.

A diferença na taxa cambial não pode ser levada como prejuízo.

Assim, com a devida permissão dos eminentes colegas, divergindo, como dirijo, parcialmente do Ministro Relator, e totalmente do Ministro Revisor, confirmo a sentença para julgar a ação improcedente.

Fica prejudicada a última parte do pedido, que é a devolução do depósito com correção monetária, uma vez que, com o meu voto, nada há a repetir.

Com relação ao apelo da União, a ele dou provimento para condenar a

autora no pagamento de honorários de advogado de três por cento, os mesmos a que a União fora carregada.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 32.142 — SP — Relator: Sr. Min. Amarílio Benjamin — Revisor: Sr. Min. Decio Miranda — Apelantes.: Mobil Oil do Brasil (Ind. Com.) Ltda. e União Federal — Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Nos termos do voto mérito do Sr. Ministro Relator, deu-se provimento parcial ao apelo da autora, vencido o Sr. Ministro Revisor, que o provia integralmente; ambos negaram provimento ao recurso da ré, e o Sr. Ministro Jarbas Nobre, que negava provimento ao recurso da autora, provia o da União (em 12-9-73 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro *Godoy Ilha*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.526 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Apelante — Horácio Alves
Apelado — Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

Aposentadoria previdenciária. Proventos na base do salário integral na conformidade das contribuições, por isso que inexistente fraude ou simulação.

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, 4 de setembro de 1972.
— *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Peçanha Martins* (Relator): O Dr. Juiz assim relatou a matéria em debate:

Horácio Alves, devidamente qualificado nestes autos, intenta a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social, alegando: que em 24-11-67 o autor requereu junto à entidade ré o abono de permanência, sendo que o benefício lhe foi concedido com base na relação de salários apresentada; fora sócio da

firma Cramer & Cia. Ltda. e na qualidade de sócio contribuía sobre a quantia de Cr\$ 110,00 mensalmente; que passara à condição de sócio, de vez que o titular da firma o estimava; agravando-se o estado de saúde de Alberto Otto Cramer, o autor desligou-se da sociedade, mas permaneceu, atendendo a pedido, como empregado; depois de quatro meses de sua condição de empregado, quando percebia o salário mensal de ... Cr\$ 500,00; tendo trabalhado mais de 40 anos, a seguir, pleiteou sua aposentadoria e seu desligamento foi autorizado no dia 30-9-68; depois, o INPS formalizou novas exigências, em desrespeito à lei e criando condições difíceis para o segurado; finalmente, o benefício foi deferido e o autor foi contemplado com benefício no valor de Cr\$ 122,00; que o INPS recebeu contribuições sobre salários de Cr\$ 500,00, sem contestar; quando da concessão do abono, a autarquia aceitou as contribuições sobre os Cr\$ 500,00; para o benefício provisório foi concedida e considerada uma base, outra para a aposentadoria; recorreu administrativamente, nada conseguindo; impetrou mandado de segurança, foi-lhe indeferido; refere aos documentos que apresenta e pede a citação do réu, querendo, a final seja compelido o INPS a pagar a justa aposentadoria, com reajuste desde a época da concessão.

Com a inicial, foram apresentados os documentos de fls. 6/25.

Regularmente citado (fls. 27), o réu, no prazo legal, contestou a ação, aduzindo as seguintes considerações, em síntese: o autor, que foi empregado da firma Alberto Otto Cramer, em 1961 passou à condição de sócio da mesma

firma, com retirada mensal de ... Cr\$ 110,00; em junho de 1967, o autor, que já fora empregado e patrão, retira-se da sociedade e permanece a seu serviço na qualidade de gerente, recebendo o salário de Cr\$ 500,00; que tudo foi feito para beneficiar o autor, que, treze meses da aposentadoria passou a ter ordenado cinco vezes maior: reporta-se à documentação que anexa com sua defesa (folhas 31/49); ressalta que o autor passou a ganhar Cr\$ 500,00, quando quem ocupava o cargo que o autor passou a ocupar percebia apenas Cr\$ 120,00; pede a improcedência da ação. Manifestou-se o autor tendo em vista os documentos apresentados, e, por sua vez, traz aos autos novos documentos (fls. 54/57).

Abriu-se vista à Procuradoria da União, que se manifestou às fls. 54.

Saneador irrecorrido às fls. 61 e, na audiência designada, ouvidas duas testemunhas do autor, encerrada a instrução, as partes apresentaram suas derradeiras alegações, conforme constante do termo de fls. 66».

Sentenciando, o Dr. Juiz julgou improcedente a ação, condenando o autor em custas e em honorários de advogado fixados em 20% sobre o valor dado à causa.

Inconformado apelou o autor às fls. 80/84.

Contra-arrazoou o Instituto Nacional de Previdência Social às fls. 86/87.

Nesta Instância pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República às fls. 94 para que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): O autor e ora apelante, que era empregado, passou, em 1961, a sócio da firma Otto Cramer & Cia. Ltda. Decorridos seis anos da sociedade, esta foi alterada com a entrada de Emílio Cramer, filho do sócio principal e a retirada dos demais, inclusive do Autor. Mas, por isso que o novo sócio, um jovem de vinte e um anos, não tinha bastante experiência para os negócios, o Autor continuou na firma na condição de empregado e percebendo, mensalmente, a importância de quinhentos cruzeiros.

Data venia do ilustre prolator da sentença recorrida, não vejo, por mais que procure nos autos, simulação ou fraude. Os depoimentos das testemunhas de fls. 67 e 68 positivam os fatos que aconteceram normalmente, fatos que são de todos os dias.

Com efeito, o Autor deixou de integrar a sociedade a pedido do sócio principal, seu amigo, que desejava que a sua firma ficasse constituída pelas pessoas da família, inclusive pelo filho que acabava de completar vinte e um anos. É por isso que indispensável, dada a sua prática, eram os seus serviços, continuou como empregado percebendo, a título de salário, quinhentos cruzeiros mensais, o que não pode causar espanto, nem presunção de favoritismo. É que o autor, quando sócio, além da sua retirada, auferia, anualmente, os lucros obtidos pela firma.

Assim, dou provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida e julgar procedente a ação, condenado o INPS a retificar a aposentadoria, tendo em vista o valor das contribuições recebidas, diferenças atrasadas, custas e honorários de advogado à razão de dez por cento sobre o valor da condenação.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Não encontro, *data venia*, prova da invocada fraude ou simulação, determinante do ato praticado pelo INPS, impugnado através da presente ação, pelo qual na fixação dos proventos da aposentadoria do autor, não foram computados os salários percebidos como empregado, quando, retirando-se de sócio da firma Cramer & Cia. Ltda., passou a trabalhar para a mesma, na aludida qualidade, durante um ano e três meses, segundo anotado na sua carteira profissional.

Se, efetivamente, pode causar estranheza que o autor, sendo sócio da firma mencionada, com o *pro labore* de Cr\$ 110,00, dela se retirando, em junho de 1967, haja passado a seu «empregado», com o salário de Cr\$ 500,00, vindo a se afastar do emprego em setembro de 1968, em virtude do pedido de aposentadoria, não bastam tais fatos para justificar o ato do INPS, e a improcedência da ação.

Em decorrência da requisição de diligência de fls. 31, o Fiscal do INPS significativamente esclareceu, na sua informação de fls. 32, que:

«houve efetiva prestação de serviço por parte do segurado no período de 7-67 a 9-68, levando-se em conta o exame do LRE número 3.306, de 25-3-68, ficha nº 42, folhas de pagamento e relação de 2/3».

Ainda mais, consta de fls. 34 outra informação segundo a qual o ordenado do Chefe de Escritório que antecedeu ao autor era de Cr\$ 300,00 e o do que lhe sucedeu era de Cr\$ 400,00.

Ora, embora inferiores à remuneração paga ao autor como «empregado», não há grande desproporção, sendo ainda de notar que este era pessoa que vinha prestando serviços à firma há

longos anos, inicialmente como empregado (fls. 71), passando a sócio em 1961, e voltando a empregado (fls. 72), quando se retirou da sociedade; compreensível que seus vencimentos fossem superiores ao do seu antecessor, e ao do seu sucessor.

Também não se pode desconhecer que perde sua significação a elevação da remuneração, do *pro labore* de ... Cr\$ 110,00, como sócio, para o ordenado de Cr\$ 500,00, como empregado, pois na primeira qualidade, evidentemente, tinha o autor outros interesses, além do mencionado *pro labore*.

Afirma, por outro lado, a sentença que a prova testemunhal produzida reforça a convicção da existência de simulação, pelo descompasso verificado entre o depoimento de Emílio Cramer (fls. 67) e de Nilo Prado (fls. 68), havendo assim se manifestado sobre tal prova (fls. 77/78):

«Emílio Cramer (fls. 67), que hoje é um dos sócios da firma Cramer & Cia. Ltda., disse que «fez pressão» a fim de que Horácio Alves deixasse a condição de sócio. Esse testemunho demonstrou em audiência que a razão da saída de Horácio decorreu de sua iniciativa, porque surgiam atritos entre Emílio (filho do primeiro dono da empresa) e o autor. Confirmando as suspeitas de que a coisa não se deu assim, a testemunha seguinte, Nilo Prado (fls. 68), informa ter conhecimento dos fatos, já que era uma espécie de conselheiro de Alberto Otto Cramer, revela que este, quando doente, pretendeu que a sociedade fosse constituída de apenas sua mulher e o filho, retirando-se os sócios remanescentes, que não eram parentes: o autor e Pedro Spinelli. E mais, que essa providência resultou de «uma mania sua».

Data venia, não vejo o invocado «descompasso».

Da leitura e confronto dos dois depoimentos verifica-se que sem dúvida houve a «pressão», mencionada por Emílio Cramer, para que o autor deixasse a sociedade, havendo Nilo Prado declarado (fls. 68):

«Assim, tem conhecimento que como Alberto estava muito doente, ele quis que a firma Cramer & Cia. Ltda. fosse constituída apenas de sua mulher e filho, retirando-se os sócios Horácio Alves e Pedro Spinelli, que eram parentes.

.....
«Assim, satisfazendo a vontade de Alberto, Horácio e Pedro se desligaram da firma, embora nela continuassem na condição de empregados».

A contradição estaria em que segundo Emílio Cramer a «pressão» foi sua, ao passo que para Nilo Prado Diz, proveio de Alberto Cramer, pai de Emílio, antigo titular de firma individual, que se transformou em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não figurando como sócio Alberto Cramer, apesar de exercer, segundo parece, de fato, o controle da sociedade, que cabia nominalmente — 90 quotas sobre o total de 150 (fls. 20) — à sua mulher.

Estando Alberto doente, desejou, conforme a testemunha Nilo Prado Diz, passasse, a sociedade a ser constituída somente de seus parentes, e assim aconteceu, com a saída dos sócios Pedro Spinelle e Horácio Alves, o autor, e o ingresso de Emílio Cramer, filho de Alberto.

A contradição apontada pela sentença é, assim, apenas aparente, pois na realidade os dois depoimentos se ajustam.

Falta, em conseqüência, base à impugnação, por fraude ou simulação, à passagem do autor, de sócio a empregado, com a percepção de ordenado superior ao *pro labore* antes auferido.

Em conseqüência, o meu voto é dando provimento à apelação do autor, para, reformando a sentença, julgar procedente a ação, acompanhando o ilustre Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 32.526 — SP. Rel.: Sr. Ministro Peçanha Martins. Rev.: Sr. Mi-

nistro Jorge Lafayette Guimarães. Apelante: Horácio Alves. Apdo.: INPS.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 4-9-72 — 1ª Turma).

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 Nº 32.552 — DF

Relator — O Ex^{mo} Sr. Min. Márcio Ribeiro

Revisor — O Ex^{mo} Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Walkyria Lobo

Apelado — União Federal

EMENTA

Funcionário público. Reintegração. Servidora com direito a estabilidade, por força de disposições da lei ordinária e do art. 177, § 2º da CF/67, não poderia ser validamente destituída, após mais de dez anos de serviço, salvo a hipótese de falta grave apurada em processo administrativo regular. Ação de reintegração no serviço público julgada procedente contra a União Federal.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso, para julgar contra a União Federal procedente a ação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, excluída da lide a FUNAI, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, de lei.

Brasília, 30 de maio de 1973. — *Márcio Ribeiro*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Márcio Ribeiro*: A ação ordinária, ajuizada por Walkyria Lobo que, alegando ter sido admitida no Serviço de Proteção aos Índios a 1º de janeiro de 1957, insurge-se contra sua dispensa do serviço público, ocorrido a 12 de setembro de 1968, em obediência ao Decreto nº 61.555, de 17 de outubro de 1967. Então a autora exercia suas funções na Inspeção de Defesa Sanitária Vegetal do Ministério da Agricultura e já sobrepassara 10 anos de serviço, havendo, assim, adqui-

rido estabilidade, por força da Lei nº 3.483-58, art. 1º, CF/67, art. 177, § 2º, e do próprio art. 19 da Lei nº 3.780-60.

A inicial diz ainda: que Moema Veloso, servidora dispensada nas mesmas condições que a autora, fora reintegrada por decisão proferida em mandado de segurança.

A União Federal, na contestação de fls. 23/27, retruca que ela havia sido, com outros servidores, destituída, pelo aludido Decreto nº 61.555, porque seu enquadramento se dera em conseqüência de fraude. E explica:

«Essa fraude consistiu na alteração e rasura de papéis públicos com a finalidade de conferir à Autora, falsamente, tempo de serviço que seria necessário à incidência dos favores legais. Aliás, em decorrência dessa falsificação, já existe em curso nesta Justiça, processo criminal instaurado contra os seus autores. A inclusão da Autora no enquadramento, aprovado pelo Decreto nº 51.633, de 1962, só foi possível, em face da mencionada falsificação de dados ocorrida. Sendo assim, apoiado que foi em elementos falsos, esse enquadramento tornou-se de nenhum valor jurídico, por ser nulo, dele não decorrendo qualquer direito, posto que ato nulo não gera direito. A rescisão do contrato de locação de serviços da Autora pela Portaria Ministerial nº 299, de 19-10-67, foi conseqüência dessa nulidade».

Citada para integrar a lide, a requerimento da ré, a FUNAI, ofereceu as alegações de fls. 82/83, na qual manifesta o seu desinteresse pela causa, atribuindo sua convocação a um engano da inicial (lê).

Afinal o Juiz proferiu a sentença de fls. 153/167, dispondo:

«Julgo improcedente a presente ação ordinária e condeno a autora em 20% (vinte por cento) de honorários de advogado, sobre o valor dado à causa e nas custas. P.R.I. — Brasília, DF, 7 de outubro de 1971 (a.) João Garcia Vieira — Juiz Federal Substituto da 2ª Vara».

Apela a autora com as razões de fls. 170/175, respondidas às folhas 178/181 pela Procuradoria da República.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro (Relator): A sindicância levada a efeito no Serviço de Proteção aos Índios em 30-5-63, da qual as cópias de fls. 102 a 143 dão notícia, nada provou de concludente contra a autora. Não consta, também, que a esta tenha sido garantida sua defesa.

A prova de que, pelo menos substancialmente, não houve fraude está na afirmativa da Fundação Nacional do Índio, sucessora desse Serviço, que, convocada a comparecer no processo, esclareceu às fls. 82:

«De fato, a autora foi admitida no extinto Serviço de Proteção aos Índios, em 1º de janeiro de 1957 (nosso grifo), com base na letra b do art. 5º do Decreto nº 2.583 de 19-9-40, à conta da dotação constante da verba 3».

E, quando foi afastada, a autora não só contava, mais de 10 anos de serviço

público, como exerceu várias funções de responsabilidade, como demonstram os documentos de fls. 68 a 74.

Quando realmente destituída ela já havia sido enquadrada como funcionária do Ministério da Agricultura, e prestava serviços na Inspetoria da Defesa Sanitária Vegetal.

Daí o haver a União desistido da inclusão da FUNAI na lide (fls. 90)).

Evidente, portanto, que se aplicam à situação da autora os argumentos e as conclusões do voto do Min. Moacir Catunda, no MS 61.419-DF:

«A sua dispensa sumária, sem processo administrativo, sob a alegação de que se constatara alteração em sua ficha funcional, com o fim de acrescer o tempo de serviço necessário à obtenção do benefício do enquadramento, caracteriza um equívoco, violador do direito líquido e certo dela, gerado da incidência da legislação ordinária supra indicada, mas, se assim não fora, restar-lhe-ia o amparo maior, que flui do art. 177, da Constituição Federal de 1967, *verbis*: «Art. 177: Fica assegurada a vitaliciedade dos professores catedráticos e titulares de ofício de justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior». O corpo do art. 177 promete garantias a várias classes de funcionários, dentre as quais a daqueles estabilizados pela legislação anterior, é dizer, no caso

concreto, pelo parágrafo único, do art. 23, da Lei nº 4.069/62, cujos efeitos foram aprovados pelo constituinte, de sorte que, de fora parte a outorga excepcional contida no preceito do § 2º, editado para atender a servidores que contem pelo menos cinco anos de serviço público, à data da promulgação da Constituição, a situação funcional da impetrante, de servidora estável, se me afigura transparente, líquida e certa».

Acolho as razões do recurso. Realmente, não obstante o brilho invulgar dos fundamentos da sentença, eles não se adaptam à espécie.

Dou provimento ao recurso, para julgar contra a União Federal procedente a ação, nos termos do pedido inicial, honorários advocatícios a razão de 20% sobre as prestações vencidas e 12 prestações vincendas.

Excluo da lide a Fundação Nacional do Índio, atendendo aos pedidos de fls. 82/83 e 90.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 32.552 — DF. Rel.: Sr. Ministro Márcio Ribeiro. Rev.: Sr. Ministro Esdras Gueiros. Aptes.: Walkyria Lobo. Apda.: União Federal.

Decisão: À unanimidade, deram provimento ao recurso para julgar contra a União Federal procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, excluída da lide a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) (em 30-5-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Min. *Márcio Ribeiro*.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.774 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Relator Designado — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Recorrente — Juiz Federal da 7ª Vara, *ex officio*
Apelantes — União Federal e Bril S.A. Indústria e Comércio
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Imposto de renda.

Instalações em prédio alheio.

Glosa que se despreza por se entender a despesa necessária à finalidade da empresa.

Distribuição disfarçada de lucros (art. 72, II, da Lei nº 4.506/64).

Créditos em favor de acionista pela venda de ações cujo preço o Fisco entendeu notoriamente superior ao do mercado.

Ações anteriormente negociadas em Bolsa por preço aproximado ao referido nesses créditos.

Não caracterização da figura da distribuição disfarçada de lucro.

Ademais, os créditos são anteriores ao advento da Lei nº 4.506. Dai a impossibilidade de, com fulcro nela, o imposto ser cobrado.

Inaplicabilidade, no caso, do princípio do ano-base, pela ocorrência de fato gerador instantâneo.

Natureza penal do ato ilícito.

Evasão fiscal que se reconhece.

Verba honorária que se eleva a 5%.

Sentença parcialmente reformada.

Recurso provido em parte.

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, negar provimento aos recursos de ofício e da rê, e dar provimento ao apelo da autora, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1973.
Godoy Ilha, Presidente; *Jarbas Nobre*, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Bril S.A. Indústria e Comércio move ação anulatória de decisão do 1º Conselho de Contribuintes que confirmou exigência de imposto de renda e multa no montante total de Cr\$ 1.310.377,50, sendo Cr\$ 873.585,00 de imposto e Cr\$ 436.792,50 de multa, no exercício de 1965, base 1964.

A glosa fiscal corresponde a: 1) despesas de instalação em prédio de terceiros, deduzidas no próprio exer-

cício de sua realização, e não com observância do art. 58, § 3º, letra *d*, da Lei nº 4.506, de 30-11-64, que estabelece a amortização no prazo mínimo de 5 anos, a partir do momento em que iniciada a operação ou atingida a plena utilização das instalações; 2) distribuição disfarçada de lucros, na operação pela qual a autora adquiriu de diretores seus, e incorporou ao capital 500.000 ações da empresa Ferrojo S.A. Indústria e Comércio, pelo valor de Cr\$ 2.100.000,00, considerado notoriamente superior ao de mercado, e, por isso, tributado o excesso de Cr\$ 1.600.000 nos termos do art. 72, II, c/c art. 73 da citada Lei nº 4.506, de 30-11-64.

Alegou a autora, quanto ao primeiro ponto, que as benfeitorias introduzidas em prédio de terceiro se incorporaram desde logo ao patrimônio do locador, constituindo despesas, e não investimento a amortizar, do locatário.

Quanto ao segundo, sustentou: a) não se ter efetuado por valor notoriamente superior ao de mercado a venda das ações da Ferrojo S.A., visto terem sido elas negociadas em bolsa, em data aproximada à da incorporação, por Cr\$ 4,10 cada uma; b) a incidência tributária reclamada decorre de norma excepcional, de caráter punitivo e não de caráter meramente fiscal, que não funciona segundo o princípio do ano-base, dessa consideração decorrendo que, instituída para vigorar a partir de 1º de janeiro de 1965, não se aplicava ao fato produzido no ano de 1964.

Para forrar-se à execução da dívida fiscal reclamada, depositou a autora, em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, a quantia de Cr\$ 1.310.420,16.

Contestando, a União Federal reportou-se aos fundamentos do acórdão do 1º Conselho de Contribuintes; aduziu, mais, que Robfer Indústria e Comércio

Ltda., locadora, Ferrojo S.A. Indústria e Comércio, emitente das ações, e Bril S.A. Indústria e Comércio, locatária e adquirente das ações, constituem um «grupo industrial», a implicar na responsabilidade solidária das empresas que o integram; e argüiu que, na venda de ações, a palavra «mercado», segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, significa a situação geral de mútua dependência das transações, efetuadas em grande escala, supondo negociações, devidamente registradas no interesse da cotação das ações.

Juntou-se, às fls. 39/56, o acórdão do 1º Conselho de Contribuintes, proferido no Recurso nº 68.273, subordinado a ementa que dá notícia do seu conteúdo; a) somente quando atendidas as condições expressamente previstas em lei, é admissível a amortização, e pela forma nela indicada, de benfeitorias realizadas em imóvel de terceiro; b) a compra pela empresa, de ações de seus dirigentes, caracteriza distribuição disfarçada de lucro quando não comprovada, de modo irrefutável, que a operação não fora por valor notoriamente superior ao de mercado; c) tem aplicação ao ano de 1964 as hipóteses previstas no art. 72, da Lei nº 4.506, de 30-11-64, face ao princípio do ano-base e visto não constituírem ato ilícito, fraude ou sonegação dolosa; d) cabível a multa de 50% sobre o suplemento do imposto a pagar, quando apurado em procedimento *ex officio*.

Posteriormente à contestação, trouxe a autora aos autos, entre outros documentos, cópia do acórdão da Colenda Primeira Turma deste Tribunal, no AMS nº 60.549, Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda; cópia do acórdão da Primeira Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 50.575, Relator o Sr. Min. Aliomar Baleeiro, confirmatório de despacho denegatório de recurso extraordinário no caso anterior-

mente referido; e parecer do Prof. Gilberto de Ulhoa Canto sobre a espécie discutida nos autos.

O parecer, que se lê às fls. 80/149, após focalizar a matéria da consulta, afirma, em resumo: a) examinada a natureza do imposto previsto no art. 73, da Lei nº 4.506, de 1964, pode-se concluir que se insere na categoria dos tributos incidentes sobre o lucro distribuído, e não sobre o lucro produzido, pela pessoa jurídica; b) do ponto de vista de enquadramento nas categorias do processo cognitivo, as regras de tributação de distribuição disfarçada de lucros, do art. 72, da Lei nº 4.506, constituem presunções legais absolutas ou ficções jurídicas, parecendo que, no caso concreto da consulta, a espécie mais se aproxima da presunção; c) do ponto de vista do objetivo colimado pelo legislador, o imposto de 50% do art. 73, da Lei nº 4.506, se apresenta como imposição de natureza sancionatória, a punir o modo sub-reptício como foi tentada a ocultação do lucro e do rendimento, constituindo sanção para o lícito da sonegação dos impostos devidos, e não como imposição puramente tributária ou extra-fiscal; d) como consequência prática dessa última conclusão, e tendo-se em conta, ainda, que o fato gerador da sanção fiscal é de índole instantânea, e não complexa ou complexiva, escapa às regras da tributação segundo o princípio do ano-base, e, portanto, no caso focalizado, não pode ser apanhado pela lei superveniente ao exercício em que ocorreu, pelo que a indigitada distribuição disfarçada de lucros no ano de 1964 não é alcançada pela lei destinada a reger o imposto de renda do ano de 1965, ou seja, a Lei nº 4.506, de 30-11-64, com vigência a partir de 1-1-65; e) ainda que se pudesse aplicar a Lei nº 4.506 ao caso sob exame, não se justifica dizer que as ações adquiridas pela empresa aos seus diretores houvessem sido compradas por valor notoriamente

acima do de mercado, como quer o art. 72.

A sentença, do Juiz Federal Dr. João Gomes Martins Filho, julgou procedente a ação e condenou a União nas custas do processo e em honorários de advogado, estes arbitrados em 1% sobre o valor da causa.

No ponto alusivo às despesas de instalação em prédio de terceiro, considerou a sentença: a) preenchem os requisitos da lei; b) foram feitas em prédio alugado por contrato epistolar formalizado nos termos da lei comercial e civil; c) referido contrato não atribuía ao locatário reembolso ou indenização pelos gastos feitos, pelo que se presume a agregação automática das benfeitorias ao imóvel, no momento em que são feitas, do que decorre ser desse ano-base a despesa; d) as benfeitorias não aumentavam o patrimônio da autora, mas sim o da locadora; e) a amortização após a efetiva utilização dos bens só se aplica na hipótese de bens integrantes do ativo imobilizado da própria pessoa jurídica que realiza as despesas.

Relativamente ao problema da distribuição disfarçada de lucros, teve a sentença por inadmissível a exigência fiscal, seja por não caracterizada a figura imponible prevista no art. 72, da Lei nº 4.506, seja porque a operação não se realizou sob o império dessa lei. Ou havia valor de mercado substancializado na operação de bolsa noticiada nos autos, ou não havia valor de mercado, porque a operação isolada era insuficiente para caracterizar dito valor. Em ambas as hipóteses, não se pode falar em venda por valor notoriamente superior ao de mercado. De qualquer forma, realizada a compra das ações em 31-7-64, não é apanhada pela Lei nº 4.506, que somente entrou em vigor em 1-1-65. Inaplicável o princípio do ano-base, por se tratar de fato instantâneo, e não de fato complexo

ou complexo, nem de fato pendente. Além disso, não é alcançável a operação pelo princípio do ano-base por se tratar de norma fiscal de caráter punitivo, reservada aos fatos posteriores (lê fls. 181/193).

Apelou a autora, por entender irrisória a percentagem de 1% para honorários de advogado, e pedindo seja ela fixada com melhor critério pelos juizes da apelação (lê fls. 196/8).

Apela, de sua vez, a União Federal, pedindo a improcedência da ação (lê fls. 201/4).

A Subprocuradoria-Geral da República oficia pelo provimento (lê folhas 218/222).

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Decio Miranda* (Relator): A autora, nos exercícios de 1964 a 1966, deduziu dos rendimentos, como despesas, quantias no total, indicado às fls. 41, de Cr\$ 258.014,80, por ela aplicado em obras nos armazéns ou galpões construídos na via Anchieta, km 13, pela Robfer Indústria e Comércio Ltda., e desde a construção «destinados a instalação da fábrica dessa Empresa (a autora) a título de locação», como referido no documento de fls. 12.

Diz-se que esse documento consubstancia um contrato de locação, e, nele expresso que as instalações da fábrica deveriam ser feitas sem nenhum ônus para a Robfer «e sem direito a qualquer indenização ou reembolso», desde logo se incorporavam ao patrimônio da Robfer, e, assim, os gastos seriam despesas da autora, e não investimentos a amortizar.

Em verdade, porém, a carta de folhas 12 não expressa um contrato de locação, senão, quando muito, uma promessa de locação, pois o aluguel,

essencial ao contrato, não é determinado, nele apenas se dizendo que «pelo uso dos referidos galpões ou armazéns, poderemos cobrar um aluguel a ser determinado em época própria».

Assim, o referido ajuste é um contrato inominado, em que a comutatividade não é perfeita. Seu caráter mais distintivo é a revelação de uma íntima comunhão de interesses entre a suposta locatária e a suposta locadora.

Robfer e a autora são empresas do mesmo grupo industrial, empresas integradas, bastando ver que o diretor da primeira, Roberto Sampaio Ferreira, signatário da procuração outorgada para esta ação, fls. 8, é o mesmo Diretor da Robfer que enuncia o ajuste da desnaturada locação, fls. 12, bem como do seu complemento, fls. 13.

As obras empreendidas no prédio não expressavam, em essência, uma comutatividade de obrigações ou aluguel não expresso em dinheiro, de vez que em verdade não estipuladas como contraprestação do uso dos galpões ou armazéns, mas efetuadas no só interesse da produção industrial da autora, residindo o interesse da proprietária não propriamente na incorporação das instalações a seu patrimônio, mas nos reflexos daquela produção, e conseqüente rendimento, na prosperidade comum, de vez que Robfer e Bom Bril (hoje simplesmente Bril) são empresas intimamente integradas.

Não há, pois, como aplicar em sua pureza a consideração de que obras realizadas em prédio alheio, que a ele se incorporem, constituem mera despesa de quem as efetua, não podendo ser escrituradas como ativo recuperável.

Na verdade, nas condições em que foi feita, a despesa era investimento de capital, em modalidade que a lei tributária permite recuperar por via de amortização, como estabelecido no ar-

tigo 128 do Decreto nº 55.866, de 25 de março de 1965.

Dispõe, com efeito, esse artigo, em primeiro lugar, sobre recuperação de capital aplicado na aquisição de direitos ou bens cujo exercício ou utilização tenha duração limitada, e nesse caso o prazo de amortização será o prazo do exercício ou utilização. E, a seguir, para a recuperação de capital investido sem prazo limitado, concede o prazo mínimo de cinco anos, nas condições que menciona, a significar que o vertido de uma só vez ou concentradamente, será recuperado em forma diluída, na presumida proporção do rendimento por ele produzido.

Nesta última modalidade se inseria o capital investido pela autora para instalar uma fábrica no imóvel da outra empresa integrada no grupo.

E para a hipótese dispunha o citado art. 128, no § 3º:

«Art. 128.»

§ 3º Poderão ser também amortizados, no prazo mínimo de 5 (cinco) anos (Lei nº 4.506, art. 58, § 3º):

.....
d) a partir do momento em que é iniciada a operação ou atingida a plena utilização das instalações, a parte dos custos, encargos e despesas operacionais registrados como ativo durante o período em que a empresa, na fase inicial de operação, utilizou apenas parcialmente o seu equipamento ou as suas instalações.»

Em substância, não há diferença alguma entre os investimentos assim realizados em prédio próprio e os realizados em prédio alheio, quando, neste último caso, pela natureza das relações entre o investidor e o proprietário do prédio, esse último está jungido a cláu-

sula implícita de não retomar o imóvel antes da amortização dos investimentos por quem os fez.

Isto posto, tenho como de todo procedente a atuação fiscal, nessa parte.

Passo a examinar o ponto atinente à distribuição disfarçada de lucros, atribuída à autora.

Em verdade, não conseguiu demonstrar a autora que a aquisição de ... 500.000 ações da Ferrojo S.A. Indústria e Comércio, do valor nominal de Cr\$ 1,00, que efetuou a diretores seus pelo valor unitário de Cr\$ 4,20, não tenha sido realizada por preço notoriamente superior ao seu verdadeiro valor.

O histórico desse valor foi sintetizado pelos agentes fiscais, e, em substância, não foi desmentido pela autora, que se limitou a introduzir fatores de correção nos valores colacionados.

Desse histórico, fls. 48, vê-se que máquinas apropriadas ao fabrico dos artigos da autora foram importadas ao custo de NCr\$ 19.308,31, nos anos de 1954 e 1960; foram em 1961 vendidas ao Diretor-Presidente da autora pelo preço de NCr\$ 42.704,00; em 1963, entraram como bens constitutivos de quase todo o capital da Ferrojo Indústria e Comércio Ltda., pelo valor de NCr\$ 513.950,00; em 1964, sete meses depois da anterior operação, 500.000 ações da Ferrojo, aparentemente a maior parte de seu capital, são vendidas à autora, também aparentemente em sua maior parte pelo mesmo seu Diretor-Presidente, pelo preço de NCr\$ 2.100.000,00, sendo, ao depois, o crédito resultante dessa venda, feito aos Diretores vendedores, incorporado ao capital da autora.

Esse simples histórico, em sua essência não desmentido senão apenas tentado minimizar com a introdução de fatores de reavaliação nos valores men-

cionados, mostra, à evidência, que à autora cumpriria alargar os meios de prova no tocante ao valor real das ações que adquiriu de Diretores seus, ao mesmo tempo Diretores da empresa emitente.

Mas a única demonstração que se apresentou, do que seria o valor de mercado, foi a sumária e deficiente certidão da Bolsa de Valores de São Paulo, vista por cópia nestes autos à fls. 14, fazendo menção a que ações da Ferrojo, do valor nominal de Cr\$ 1,00, foram negociadas, em 26 de junho de 1964, ao preço de Cr\$ 4,11 cada uma.

Esclareceu-se, porém, no processo fiscal, que essa certidão expressava tão-somente a venda de 44 ações, ainda pelo mesmo Diretor Presidente da autora, sem se ter conseguido demonstrar a quem foram vendidas. Ainda mais, em se tratando de venda de ações até então não admitidas à cotação na bolsa, o registro da operação fora feito mediante simples comunicação do Corretor ao Presidente da Bolsa, figurando a operação como leilão (fls. 50).

Objeta-se, porém, que, em não havendo valor de mercado, não há o padrão sobre o qual aferir se a operação de venda das 500.000 ações foi feita por preço acima do valor normal ou se pelo preço correto.

Ora, em se tratando de operação entre pessoas e empresas, vendedores e compradores, ligados por íntimas relações do grupo industrial que formaram e dirigem, corria-lhes o dever de afastar por meios convincentes toda eiva de suspeição.

É operação corrente, no mercado de capitais e no mundo dos negócios antes que aquele se desenvolvesse até a forma atual, a apuração do valor de ações pela simples divisão do patrimônio líquido pelo número das quotas,

partes, ou ações representativas da totalidade do capital.

Dessa demonstração simples não cuidaram os interessados, como seria de elementar cautela e expediente, nem no ato da aquisição das ações, nem na defesa do processo administrativo fiscal nas duas instâncias em que se desenvolveu, nem na instrução da presente ação ordinária, onde uma perícia de índole contábil-financeira se impunha.

Pela inexistência de valor demonstrado no mercado financeiro de capitais, não se segue possam os interessados erigir como insuscetível de correção o valor que bem lhes aprouver, máxime estando ausente, no caso, a comutatividade normal dos negócios, aqui descaracterizada pela comunhão, convergência e intimidade de interesses entre empresas e pessoas:

De todo procedente, assim, a arguição do Fisco, de se tratar de venda por valor notoriamente superior ao de mercado (aqui usada a palavra em sentido amplo, como valor normal do bem, em atenção ao seu real conteúdo financeiro).

Diz-se, porém, e esta foi a ênfase principal do doutíssimo parecer de Gilberto de Ulhôa Canto, que a tributação da espécie como distribuição disfarçada de lucros não podia alcançar operação realizada no ano de 1964, quando a lei, que prevê de forma sancionária ou punitiva uma tributação exacerbada para essa modalidade de distribuição de lucros, não pode ser aplicada segundo o princípio da consideração dos rendimentos do ano anterior ao da declaração, ou seja, segundo o princípio do ano-base.

Uma das demonstrações que faz o eminente tributarista é o de que, tanto se trata de imposto sancionário ou punitivo, que a taxa é de 50%, quan-

do a normal, do lucro produzido e distribuído, é de 30% (eu encontraria 28% segundo o art. 37, da Lei número 4.506) mais 7% pela distribuição do lucro em espécie (art. 38 da mesma Lei). E, assim, como imposição sancionária ou punitiva, e não como imposição meramente tributária ou extra fiscal, não há de reger o lucro distribuído antes de sua vigência.

Ocorre, no entanto, que certas modalidades tributadas, a partir da Lei nº 4.506, como distribuição disfarçada de lucros, já eram punitivamente sancionadas pela legislação anterior, de forma genérica, como sonegação de rendimentos, figura elementar de toda lei tributária.

É curial que a sonegação de lucros, qualquer que fosse a modalidade praticada, tinha corretivo na legislação anterior, mediante a glosa das importâncias indevidamente debitadas ou inclusão das indevidamente omitidas.

A legislação anterior, consubstanciada por último no Decreto nº 51.900, de 10-4-63, continha todo um mecanismo de apuração da limpeza financeira das operações da empresa em relação às imposições tributárias (artigos 32 a 43) e, em seguida, regras de revisão (art. 74), tornados efetivos, em falta de atendimento, pelo lançamento *ex officio*.

Neste desaguardariam as sonegações de lucros, de modo genérico considerados como omissão de rendimentos.

Estabelecia o art. 77 do citado Decreto nº 51.900:

«Art. 77. O lançamento *ex officio* terá lugar quando o contribuinte:

a) não apresentar declaração de rendimentos;

b) deixar de atender ao pedido de esclarecimentos que lhe for dirigido, recusar-se a prestá-

-los ou não os prestar satisfatoriamente;

c) fizer declaração inexata, considerando-se como tal não só a que omitir rendimentos, como também a que contiver dedução de despesas não efetuadas ou abatimentos indevidos.»

Nessa cláusula, «omitir rendimentos», entravam muitos dos expedientes que na lei subsequente, nº 4.506, vieram a ser sancionados como formas de distribuição disfarçada de lucros, entre eles, sem dúvida, o que é visto nestes autos, de compra de ações por preço superior ao verdadeiro valor.

Não fosse assim, e qualquer empresa poderia anular todo seu rendimento e nenhum imposto pagar.

Quanto piores as ações, tanto mais desvaliosas, tanto mais desconhecido, por infimo ou irreal, o verdadeiro valor, tanto mais eficiente seria o expediente sonegatório.

E, apurada a sonegação de lucros, a sanção do lançamento *ex officio* compreendia a exigência do imposto e mais a multa de 50%, ou, em casos como o dos autos, a de 300%, por comprovado o «evidente intuito de fraude», art. 145, letras c ou d, do Decreto nº 51.900, citado.

Vê-se, assim, que a inserção da sonegação de rendimentos, vista nestes autos, como modalidade de «distribuição disfarçada de lucros», longe de constituir exacerbação punitiva, constituiu suavização da lei tributária.

Ouso, mesmo, dizer que a imposição perdeu o caráter sancionário ou punitivo e passou a ter natureza meramente tributária, apenas exacerbada a taxa do imposto para desestimular (sem proibir) a prática, antes considerada delitual sob o ponto de vista tributário, hoje não desejada mas de

certo modo vista sem exageros de intolerância.

A imposição não é essencialmente nova, mas apenas suavizante da que antes já sancionava tal modalidade de sonegação de lucros, e, por sinal, contemporânea da tendência da apropriação, e, ainda na hipótese de ser conção fiscal pela lei penal comum, tendência que veio a concretizar-se na Lei nº 4.729, de 7-1-66, o que, possivelmente, já revelava o propósito do legislador de retirar do campo da sonegação as figuras mais toleráveis.

Como figura nova, meramente tributária e não sancionária ou extrafiscal, podia reger-se pelo princípio do ano-base, não só por esse mesmo caráter não punitivo, como por haver deixado de definir o fato como infração, e, ainda na hipótese de ser considerada punitiva a taxa exacerbada de 50%, por ser essa sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato, ou seja, o imposto de 28% mais 7%, mais a multa de 300%.

Dispõe, a esse respeito, claramente o art. 106 do Código Tributário Nacional, com o estabelecer a retroatividade da «*lex mitior*»:

«Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II — tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a pre-

vista na lei vigente ao tempo da sua prática.»

Em suma: aplicada a lei anterior, Decreto nº 51.900, de 1963, a autora teria o seu procedimento capitulado como omissão fraudulenta ou sonegação de rendimentos, sujeita ao imposto de 23% mais 2% de adicional, mais a multa de 300%; aplicada a lei nova que trata o fato como objeto de mera incidência de imposto sujeitar-se-ia apenas ao tributo à taxa de 50% (caso o tivesse declarado).

Vê-se, pois, que a lei nova, tratando o fato com maior suavidade, como hipótese de sujeição a imposto e não como fraude, deixando de defini-lo como infração, ensejaria até mesmo aplicação retroativa, e, com maioria de razão, aplicação ao fato do ano-base, modalidade de incidência retroativa normal no sistema do imposto de renda, graças ao princípio do fato gerador complexo ou complexivo.

É bem verdade que o acórdão da Colenda Primeira Turma deste Tribunal no AMS Nº 60.549, Relator o Sr. Min. Moacir Catunda, afirmou, em caso apreciado à luz dos mesmos dispositivos, que, cotejada a época das autuações (e também da operação de venda de ações), em fins de 1964, com o dia do início da vigência da Lei número 4.506, de 1964, ou seja, 1º de janeiro de 1965, verificar-se-ia a infração, pelo Fisco, do princípio da legalidade, no que tange ao fato gerador da imposição fiscal, por distribuição disfarçada de lucros, que não era previsto pelo direito fiscal, vigente na época da venda das ações (fls. 66).

Mas o acórdão enunciou esse princípio como argumento a maior, talvez sem atentar para a ressalva do artigo 106 do Código Tributário Nacional, pois, em verdade, a ênfase principal do julgado residiu na negativa de re-

conhecimento, na espécie, da ocorrência de venda por preço superior ao mercado, visto que as ações, do valor nominal de Cr\$ 1,00, não tendo embora cotação em bolsa, foram adquiridas a Cr\$ 2,00, preço que se revelava inferior ao de Cr\$ 2,795, demonstrado pelo valor do patrimônio líquido da sociedade, segundo o último balanço (folhas 63 *fine* e 64 *princ.*).

Tanto foi essa a consideração principal e decisiva do acórdão, que, ao ser apreciado no Egrégio Supremo Tribunal Federal o agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário da União (Agravo de Instrumento Nº 50.575), o voto do Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, sublinhou que o acórdão objeto do recurso extraordinário decidira apenas questão de fato, ou seja, o valor efetivo das ações adquiridas em certa data dos fins de 1964.

E é ainda desse acórdão o ensinamento preciso, aproveitável para reforço das considerações que fazemos neste voto sobre a imprestabilidade da prova de valor de bolsa apresentada pela autora, de que «a palavra mercado, nas Leis 4.506-64 — art. 72 — e 3.470-56 — art. 86, parágrafo único, significa a situação geral de mútua dependência das transações, efetuadas em grande escala, mesmo porque «os casos de troca, isoladamente, não constituem mercado (W. Heller, Dicionário de Economia, *apud* A. Lopes de Sá, Mercado de Capitais, p. 22).»

Isto posto, e em conclusão final, encontro não demonstrada a pretensão da autora de anular a decisão fiscal administrativa, quer no ponto atinente à dedução como despesas de investimentos amortizáveis a partir da data do seu aproveitamento produtivo e no prazo mínimo de cinco anos, quer, ainda, no tocante à aquisição das 500.000 ações da Ferrojo S.A., que

considero efetuada por valor notoriamente superior ao de mercado, assim constituindo distribuição disfarçada de lucros aos vendedores, Diretores da empresa adquirente e, aparentemente, também da empresa emitente, sujeita a tributação no exercício de 1965 e segundo a lei posta em vigor para esse exercício, pelo princípio de abrangência dos fatos geradores complexivos iniciados no ano-base, alcançados pela incidência meramente tributária, substitutiva da conceituação mais severa do fato como infração fiscal.

Dou provimento à apelação e ao recurso *ex officio* para julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas e em honorários de advogado, estes arbitrados em 1% sobre o valor da causa, os mesmos que a sentença carregava à União Federal, prejudicada a apelação da autora.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre: A autora aplicou certa quantia em instalações em prédio alheio.

Escriturou tais despesas, na mesma conta em que contabilizava os gastos com a conservação dos seus próprios prédios («Despesas de Fabricação» — «Manutenção e Limpeza de Prédios e Terrenos»).

No caso, o imóvel de terceiro consiste em um armazém de 300.000 m², de início graciosamente cedido. Depois (de 1965 a 1968), pelo seu uso era pago o aluguel mensal de NCr\$... 1.500,00, a partir de 1-3-68, majorado para NCr\$ 20.000,00, sob a condição de as instalações ficarem incorporadas ao imóvel, sem qualquer reembolso, compensação ou indenização.

A sentença é no sentido de que im-procede a glosa, porque a despesa, no caso, teria atendido aos requisitos do art. 172, do Regulamento do Im-

posto de Renda, por ter sido feita para a realização de operações próprias da atividade da autora, decorrer de contrato escrito e as benfeitorias não terem aumentado o patrimônio da autora.

Em verdade, na espécie dos autos, há contrato entre as partes no que toca ao mencionado armazém (fls. 12 e 13).

De acordo com esse ajuste, à proprietária do imóvel cabia «construir somente os referidos galpões, mas todas as construções ou instalações industriais necessárias ao funcionamento da fábrica deverão ser feitas por V. Sas. às suas expensas, sem nenhum ônus para nós e sem direito a qualquer indenização ou reembolso» (fls. 13).

Ora, como disposto no art. 162, do Decreto nº 58.400, são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, assim entendidas

«as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa» (§ 2º).

No que se deve entender por «despesa necessária», adverte Bulhões Pedreira (*Imposto de Renda*, § 6.34(13), que

«a lei distingue entre pessoas jurídicas e empresas individuais para inverter, em relação a estas, o ônus da prova da necessidade de determinadas despesas do seu titular: «a autoridade lançadora poderá impugnar as despesas do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas, se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa. Nas empresas com personalidade jurídica as despesas que não contrariem dispositivos legais

têm a seu favor a presunção de serem necessárias e normais. Se a empresa as registra e elas são impugnadas pela administração, a esta cabe demonstrar que não são necessárias ou normais».

Frente ao que reza o art. 170, do Regulamento,

«Serão admitidas como custos ou despesas operacionais as despesas com reparos e conservação de bens e instalações destinadas a mantê-los em condições eficientes de operação».

A propósito, escreve o mesmo autor (ob. cit., § 6.34(42) que:

«No caso de bens e instalações locados, ou de bens de terceiros, em geral a despesa de conservação ou reparo será corrente, e dedutível do lucro operacional, de vez que a ela não corresponde aumento do ativo da empresa que suporta a despesa».

Embora se deva fazer distinção entre despesa de reparo e conservação e despesa de benfeitorias ou melhoria do bem, em última análise, os princípios a estas atinentes são os mesmos. Neste particular, o que se leva em boa conta é o prazo da sua vida útil, pois, se for superior a um exercício, a despesa com elas feitas deve ser capitalizada para sofrer depreciação ou amortização, regra esta aplicável, inclusive nas benfeitorias realizadas em bens de terceiros.

No caso dos autos, não se trata de amortização, mas de glosa de despesa com imóvel de terceiro que o Fisco, como lhe cabia, não provou ser ela desnecessária ou inútil.

Ao contrário, ficou demonstrado que ela é útil e necessária à finalidade da empresa, e não redundou no aumento

do seu patrimônio. Sim, no da locadora do bem.

Improcede, assim, por inteiro, a glosa.

A Lei nº 4.506, de 30-11-64, criou a figura da «distribuição disfarçada de lucros».

Entre as formas dessa distribuição, previu no art. 72, II:

«a aquisição, de qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notoriamente superior ao do mercado».

As pessoas aludidas no texto são as seguintes: acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros de pessoas jurídicas, ou aos respectivos parentes ou dependentes de bem ou direito (artigo 72).

Sobre tal distribuição disfarçada incide o imposto de 50%, sem prejuízo do que couber à pessoa física beneficiada (art. 73).

O Decreto nº 58.400-66 trata da matéria em seus arts. 251 e 252.

Assim dispõem os dispositivos invocados:

«Art. 251. Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:

.....
b) a aquisição, de qualquer das pessoas referidas na letra anterior, de bem ou direito, por valor notoriamente superior ao de mercado.

.....
§ 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, serão classificados como dividendos ou lucros distribuídos:

a) nos casos das letras a e b, a diferença entre o valor de mer-

cado e o da alienação, ou aquisição, respectivamente».

«Art. 252. Sobre os lucros ou dividendos disfarçadamente distribuídos, nos casos previstos no artigo anterior, incidirá o imposto, de 50%, sem prejuízo do que couber à pessoa física beneficiada.

Parágrafo único. No cálculo do imposto de que trata este artigo, serão consideradas as quantias já exigidas de acordo com os arts. 248 e 249».

Entende-se por lucro real, está no Decreto nº 58.400, o

«lucro operacional das atividades normais da empresa com personalidade jurídica de direito privado, seja qual for a sua forma ou objeto...»

(art. 154, do RIR),

«... formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operacionais, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por este Regulamento» (art. 156).

Bulhões Pedreira (*Imposto de Renda*, § 6.10(14)), lembra que

«Somente constitui lucro operacional o resultado da atividade «normal» da empresa. A noção de normalidade, no caso, corresponde à de atividade que é própria da empresa, ou que constitui o seu objeto precípua, além do resultado.»

No que diz respeito ao imposto de renda, propriamente dito, nada se discute nestes autos.

O que se pretende onerar é a figura da distribuição disfarçada de lucro, com fulcro no art. 72, II, da Lei número 4.506.

Quer o Fisco que essa partilha esteja representada nos créditos de . . . NCr\$ 1.890.000,00, NCr\$ 105.000,00 e NCr\$ 105.000,00 contidos nas contas correntes dos Diretores da empresa, pela venda de 500.000 ações da «Ferrojo S.A.», créditos esses que foram posteriormente capitalizados no aumento de capital realizado em 10-8-64.

A União defende a tese de que a venda das ações se fizera por preço notoriamente superior ao do mercado, donde ser devido o imposto à alíquota de 50%.

No caso das ações da «Ferrojo», dizem os autos que elas foram anteriormente negociadas na Bolsa de Valores, pelo preço unitário de NCr\$ 4,10. Isto em 23-6-64.

Na operação objeto dos autos essas ações foram vendidas, um mês depois (31-7-64), por preço um pouco superior (NCr\$ 4,20).

Do simples confronto entre os dois valores bem se vê que, ao contrário do que sustenta o Fisco, a venda em causa não se fez por preço notoriamente superior.

Ademais, o negócio feito, como apontado, data de 31-7-64, momento em que ainda não existia a Lei nº 4.506, que data de 30-11-64.

Esta lei, ao criar a figura da distribuição disfarçada de lucro, tomou como fato gerador do imposto, a distribuição.

Neste sentido, parecer de Rubens Gomes de Souza, publicado na «Revista Tributária» de 1971 — Vol. I, p. 292.

Se isto é indubitável, segue-se que, no caso, o fato gerador é do tipo chamado simples ou instantâneo, em oposição ao denominado complexo ou complexo.

Com a distribuição do lucro, caracterizada pelos créditos feitos nas contas

dos vendedores dos títulos, estes adquiriram a disponibilidade econômica dos seus valores, fato gerador do tributo.

Ora, nessa ocasião, como já focalizado, ainda não vigorava a Lei número 4.506, donde a impossibilidade de, com base nela, se cobrar o imposto, como o pretente a apelante.

Nada há a argüir, na espécie, a aplicação do ano-base que constitui exemplo de fato gerador complexo, isto é, de ocorrência de conjunto de fatos.

No caso sob exame, o fato gerador é do tipo instantâneo, em que o importante e decisivo é a «realização» do rendimento, e não o seu pagamento («separação»).

O simples creditamento do seu valor, por si só, constitui o fato gerador do imposto, visto como nesse momento, o vendedor das ações, adquiriu a disponibilidade econômica e jurídica sobre o produto da operação.

Não confundir esta realidade com o imposto devido pelas pessoas jurídicas, que é devido e calculado de acordo com os dados do balanço. Aqui, o lucro do exercício é devido no próprio exercício, porém sua apuração se faz em momento posterior. Isto, por uma simples ficção porque, em rigor, só se poderá saber se uma empresa obteve lucro ou prejuízo, quando de sua liquidação, e não em períodos certos e estanques.

Inaplicável, na espécie, pois, o princípio do «ano-base», mesmo porque a tributação do lucro disfarçadamente distribuído, não é feita pelo balanço, pelo resultado do exercício, mas pelo exame de fato ou ato isolado, como no caso, pela venda das ações da «Forjaço».

Relevante, ainda, ao deslinde da causa sob julgamento, destacar a natureza jurídica da incidência prevista no art. 72, da Lei nº 4.506.

Estou em que ela tem natureza punitiva de ato ilícito. É tipicamente uma sanção que objetiva, como diz Alfredo Augusto Becker, «impedir ou desestimular, «diretamente», um fato ou ato que a ordem jurídica «proíbe» (*Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 556).

Norma de caráter penal, não pode ela ser aplicada com respeito ao princípio do «ano-base», mas a lei vigente quando da ocorrência do fato gerador.

Ora, já ficou apontado, o negócio realizado com as ações da «Forjaço» data de 23-6-64. A Lei nº 4.506 é de 30-11-64. A figura da distribuição disfarçada de lucros foi nesse momento criada.

Logo, não pode ela ser aplicada a fato já definitivamente constituído quando de sua edição.

Por derradeiro, de assinalar-se que as ações negociadas, foram cotadas em Bolsa, à razão de Cr\$ 4,10 por unidade. Vendidas que foram a Cr\$ 4,20, o fato jamais poderá ser entendido como aquisição por valor superior ao de mercado, e muito menos, notoriamente superior.

O Min. Décio Miranda, em seu voto, sustenta que na espécie dos autos teria ocorrido a figura da sonegação fiscal, cuja penalização fora até abrandada pela lei que criou o instituto da distribuição disfarçada do lucro.

Com sua permissão, discordo de seu ponto de vista.

Conhecidos são os estudos doutrinários em torno da diferença entre «evasão fiscal» e «fraude fiscal».

Rubens Gomes de Souza em seu *Compêndio de Legislação Tributária* — 2ª edição, p. 99, alerta o modo para distinguir uma figura da outra.

O critério que recomenda

«é verificar se os atos praticados pelo contribuinte, para evitar, re-

tardar ou reduzir o pagamento de um tributo, foram praticados antes ou depois da ocorrência do respectivo fato gerador: na primeira hipótese, trata-se de evasão; na segunda, trata-se de fraude fiscal. É fácil compreender a razão: se o contribuinte agiu antes de ocorrer o fato gerador, a obrigação tributária específica ainda não tinha surgido e o direito do fisco ainda se encontrava em sua fase abstrata, não concretizada nem individualizada em relação a um fato e a um contribuinte determinado: por conseguinte o fisco nada poderá objetar se um determinado contribuinte consegue, por meios lícitos, evitar a ocorrência de fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou ao tempo que lhe sejam mais favoráveis. Ao contrário, se o contribuinte agiu depois da ocorrência do fato gerador, já tendo, portanto, surgido a obrigação tributária específica, qualquer atividade desenvolvida pelo contribuinte, ainda que por meios lícitos, só poderá visar à modificação ou ocultação de uma situação jurídica já concretizada a favor do fisco, que poderá então legitimamente objetar contra essa violação de seu direito adquirido, mesmo que a obrigação ainda não esteja individualizada contra o contribuinte pelo lançamento, de vez que este é meramente declaratório».

Alfredo Augusto Becker (ob. cit., p. 123), após assinalar que para o contribuinte seja obrigado a adotar o caminho tributariamente mais oneroso, é necessário que exista regra jurídica que o obrigue a tal escolha, lembra Albert Mensil quando afirmou: que

«o comando — tu deves pagar o imposto — está sempre condi-

cionado à frase: se tu realizas a hipótese de incidência (não: se tu visas um determinado efeito econômico»).

E traduz o pensamento do tributarista alemão, nestas palavras:

«regra jurídica tributária incidirá sobre a hipótese de incidência somente quando esta se realize. Ora, se determinado efeito econômico, não é elemento componente ou integrante da hipótese de incidência daquela regra jurídica, de modo que o indivíduo poderá, sem violar regra jurídica ou eficácia jurídica, atingir aquele efeito econômico, escolhendo um outro caminho (outros atos, fatos ou estados de fato) que não seja elemento integrante da hipótese de incidência de regra jurídica tributária, ou, então, que seja elemento integrante de hipótese de incidência de outra regra jurídica mas favorável (menor tributo)».

Se, para atingir esse resultado econômico, o contribuinte fere regra de Direito ou sua eficácia, terá praticado fraude fiscal. Caso contrário, se para conseguir tal efeito de ordem econômica, não viola regra jurídica, então terá praticado evasão fiscal.

À pág. 125 da obra citada, escreve Becker:

«Nada altera a circunstância de estes efeitos econômicos serem análogos ou idênticos aos efeitos econômicos que seriam irradiados pelo outro negócio jurídico que foi evitado a fim de se evadir (eludir) o tributo. A evasão é perfeitamente lícita, pois não foi violada nenhuma regra jurídica ou eficácia jurídica e, por conseguinte, a estrutura jurídica dos atos e

contratos deve ser respeitada pelo intérprete da lei tributária. Se o intérprete abstrai a estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica, quem pratica ato ilícito é o intérprete (e não o contribuinte que evadiu o tributo), pois não existe regra jurídica autorizando tal abstração. A fraude, porém, é ilícita, porque o contribuinte ergueu a estrutura jurídica de seus negócios, violando regra jurídica ou desprezando a eficácia jurídica (efeitos) resultante da incidência de regra jurídica sobre sua hipótese de incidência.

Havendo fraude, o que o intérprete deverá observar é que, em virtude daquela violação de regra jurídica ou daquele desprezo da eficácia jurídica, a estrutura erguida pelo contribuinte resultou: ou inexistente ou nula ou anulável ou ineficaz. Portanto, a incidência da regra jurídica tributária (que o intérprete está a constatar) está condicionada ou à inexistência ou à nulidade ou à anulabilidade ou à ineficácia da estrutura fraudulenta. Em cada um destes casos, o intérprete não deverá, simples e empiricamente, abstrair a estrutura jurídica e se fixar na realidade econômica. Deve o intérprete verificar de que maneira influiu para a incidência ou a não incidência da regra jurídica tributária, aquela inexistência, ou nulidade ou anulabilidade ou ineficácia da estrutura (fato jurídico: atos, fatos ou estados de fatos)».

Mantenho a sentença, de modo parcial, pois dou provimento ao apelo da autora para majorar a verba honorária a 5%.

Quanto aos demais, nego provimento aos recursos.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 32.774 — SP. Rel.: Sr. Ministro Décio Miranda. Rev.: Sr. Ministro Jarbas Nobre. Recte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Aptes.: União Federal e Bril S.A. Indústria e Comércio. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Após os votos do Sr. Ministro Relator, dando provimento aos recursos de ofício e da União Federal, para julgar improcedente a ação e considerar prejudicada a apelação da autora, e do Sr. Ministro Revisor, negando provimento aos recursos voluntário da União Federal e necessário, e provendo o recurso da autora, adiou-se o julgamento por ter pedido vista o Sr. Min. Godoy Ilha (em 24-11-72 — Segunda Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

Voto
(Vista)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Em que pese o magnífico voto do eminente Relator, estou em que os fundamentos da douta decisão de primeira instância restaram inatacáveis inobstante a sólida e brilhante argumentação do pronunciamento do Sr. Min. Décio Miranda, a quem peço *venia* para adotar o voto do eminente Revisor, Min. Jarbas Nobre.

Duas são as questões suscitadas na causa e enfrentadas pelo ilustrado Julgador *a quo*.

A primeira diz respeito com as despesas de instalação, girando a controvérsia em saber-se se as despesas realizadas pela Autora com as benfeitorias no prédio alugado, da Via Anchieta, constituem ou não despesas dedutíveis do seu lucro tributável, no ano-base em que foram feitas e a legitimidade

dessas deduções, foi assim proclamada pela sentença:

«No caso *sub judice*, as despesas de instalação são legitimamente dedutíveis porque:

a) são despesas que preenchem os requisitos do art. 172 do atual Regulamento do Imposto de Renda (Dec. nº 58.400/66) pois foram pagas ou incorridas para realização de operações exigidas pela atividade da autora, e são usuais ou comuns ao tipo de atividade da Autora.

b) é certo que foram feitas em prédio simplesmente alugado, de terceiros, mas o foram por força de contrato escrito (epistolar) devidamente formalizado nos termos dos arts. 127 do Código Comercial e 129 do Código Civil (docs. nºs 4 e 5).

c) referido contrato epistolar previu expressamente que a locatária não tinha direito ao reembolso ou indenização pelos gastos feitos, e, como o contrato não tinha prazo certo, presume-se a agregação automática das instalações ou benfeitorias ao imóvel, no momento em que são feitas; então, a despesa é desse ano-base;

d) as instalações ou benfeitorias não aumentaram o patrimônio da A., mas sim o da locadora;

e) o fisco, segundo se apura dos autos, não contestou, de modo absoluto, o direito da A., ao abatimento da despesa em seu lucro fiscal, porém, entendeu apenas que as despesas somente poderiam ser amortizadas após a efetiva utilização dos bens. Mas, isso não é exigido pela legislação do Imposto de Renda, a não ser na hipótese de bens integrantes do ativo imobilizado da própria pessoa jurídica que realiza as despesas (art. 57, § 8º, da Lei nº 4.506);

f) os próprios órgãos fazendários (ver acórdão 59.154, do 1º Conselho de Contribuintes citado nos autos) têm entendido que «devem ser levadas a débito da conta de lucros e perdas, por sua totalidade, no exercício em que são efetivadas, as despesas com construção realizadas em imóvel de terceiros, quando o melhoramento, por disposição contratual, se transfere imediatamente à propriedade locada» (D.O.U., SIV, de 24-6-68).

Essas despesas, cuja duração era expressamente autorizada pelas disposições e regulamentos então vigentes, não representavam e nem enriqueciam o patrimônio da Autora, eis que, em virtude de convenção expressa, ficavam incorporadas ao imóvel locado e para atenderem à realização das operações próprias da sua atividade precípua.

A locação foi estipulada nos termos das cartas de fls. 12 e 13, que o Código Comercial, nos seus arts. 122, inciso 4º, e 127 confere à correspondência epistolar as galas de obrigação contratual.

Irrelevante, *data venia*, o argumento de que locadora e locatária eram empresas coligadas, com direção comum. Todavia, em face do direito positivo brasileiro, posto que, mesmo interligadas por um interesse econômico comum, conservam a sua personalidade jurídica própria, distinta uma da outra.

Existindo contrato de locação a prazo indeterminado, com a condição expressa de que as benfeitorias se agregavam automaticamente ao prédio locado, sem que fossem indenizadas pela locadora, elas integravam o patrimônio desta e não podiam ser escrituradas no ativo imobilizado daquela. E a dedução, impugnada pelo Fisco, tinha no apoio no art. 57, § 8º, da Lei número 4.506/64 e 188, § 3º, do vigente

Regulamento do Imposto de Renda — Dec. nº 58.400/66 — e, como dispõe o art. 162 desse diploma regulamentar, são operacionais as despesas não computadas nos custos, indispensáveis à atividade da empresa e à manutenção da sua fonte produtora, assim entendidas, nos termos do texto regulamentar: «As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa» (art. 47, § 2º, da Lei nº 4.506).

E, neste sentido, decidiu o Acórdão nº 59.154 do 1º Conselho de Contribuintes, invocado pela apelada, e onde se declara, expressamente:

«Devem ser levadas a débito da conta de lucros e perdas, por sua totalidade, no exercício em que são efetivadas, as despesas com construções realizadas em imóvel de terceiros, quando o melhoramento, por disposição contratual, se transfere imediatamente à propriedade locada».

No que tange ao segundo ponto da controvérsia, a suposta distribuição disfarçada de lucros, tais como assim previstas no art. 72, inciso II, da citada Lei nº 4.506/64: «a aquisição por qualquer das pessoas referidas no artigo anterior, de bem ou direito por valor notoriamente superior ao do mercado». Não menos procedentes são os fundamentos da sentença ao repelir a impugnação fiscal.

Acolho, a respeito, a douta fundamentação, apoiada nos mais autorizados fiscalistas pátrios, tendo presente o texto legal em causa.

As pessoas referidas no inciso I são o acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros das pessoas jurídicas, e os respectivos parentes ou dependentes, de bem ou direito, por valor notoriamente inferior ao do mercado.

E os arts. 251 e 252 do Decreto 58.400 tratam especificamente da matéria, e é de salientar-se, como o fizeram a sentença e o voto do eminente Revisor, a inaplicabilidade das disposições punitivas, de caráter penal, que sobrevieram à venda das ações da «Forjaço».

Sustenta a sentença que essas disposições não poderiam ter efeito retrooperante, como se colhe do que foi expresso às fls. 189 a 190:

«A transação foi realizada em 31 de julho de 1964, e a Lei nº 4.506, por força de seu art. 90, somente entrou em vigor em 1º de janeiro de 1965, não podendo, retroagir os seus efeitos àquela data.

É certo que o fisco pretende aplicar, ao caso, o princípio de ano-base, segundo o qual todos os atos ou fatos ocorridos no ano em que os lucros são produzidos e apurados (ano-base) são regulados pela lei fiscal vigorante no primeiro dia do exercício financeiro seguinte. Mas, essa regra não se aplica ao caso da A., tendo em vista as características da operação, e a natureza jurídica da norma consubstanciada no art. 72 em causa. A transação realizada pela A., é compra e venda de ações, ou um negócio jurídico, que se completa com o acordo de vontades e o pagamento do preço e a entrega da coisa. É daqueles atos que Baleeiro (*Direito Tributário Brasileiro*, pág. 404) chama de fatos simples, isolado, único, instantâneo, em contraste com os fatos complexos, continuados ou periódicos. Gilberto Ulhoa Canto, também (no parecer anexo aos autos), invocando, entre outros, Amílcar Falcão, classificando tais atos como instantâneos (e não complexivos), observa, que, nesse

caso, considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação tributária no momento em que a situação jurídica ou, no caso, o negócio jurídico, se acha definitivamente constituído. Assim, não se pode aplicar, ao caso, o princípio do ano-base, aplicável somente aos atos ou fatos complexos, complexivos ou periódicos, como é o da produção de renda anual objeto da declaração de rendimentos, e nem aplicar-se a regra dos fatos geradores pendentes (art. 105, do CTN), porque, na espécie, a operação estava completa e acabada. Assim, a transação em causa deve ser, forçosamente regida pela Lei vigente em 31-7-64, que não evidentemente a Lei nº 4.506/64 vigorante a partir de 1º-1-1965. Aliás, nesse sentido foram muito claros e categóricos o Egrégio Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos citados, sobretudo no AMS número 60.549, de M. Gerais e Agravo de Instrumento nº 50.575, de 13 de outubro de 1970 quando decidem:

«Do cotejo da época das autuações, em fins de 1964, com o início de vigência da Lei nº 4.506, de 1964, 1º de janeiro de 1965, art. 90, verifica-se, outrossim, a infringência pelo fisco do princípio da legalidade, no que tange ao fato gerador da imposição fiscal, por distribuição disfarçada de lucro, que não era prevista pelo direito fiscal vigente na época da venda das ações».

No mesmo sentido decidiu o MM. Juiz da Vara da Justiça Federal em São Paulo, Dr. Jarbas dos Santos Nobre, em 23-3-68, no MS. nº 3.182/67 de São Paulo, quando concede a segurança relativa à matéria *sub judice*, porque

o fato gerador da obrigação tributária ocorreu em época anterior à Lei nº 4.506/64 (ver *Resenha Tributária Jurisprudência* — 1969, pág. 55/65).

Aliás, o próprio fisco federal, melhor dizendo, a própria Delegacia da Receita Federal em São Paulo e a Superintendência Regional da Receita Federal em São Paulo, que julgaram o processo administrativo da A., assim também têm entendido, conforme decisões anexas a estes autos, sendo uma delas publicada, na *Resenha Tributária* — Legislação — I. Renda — nº 232/70, p. 771 (documentos de fls. 74/77).

Mas, não é somente por isso que a Lei nº 4.506 não se aplica à operação *sub judice*. Indiscutível que a norma dos arts. 72 e 73 daquela Lei é de caráter punitivo, penal, pois constitui verdadeira sanção contra ato que a lei reputa ilícito: distribuição disfarçada de lucros (art. 251 do Regulamento) — em contraste com a distribuição normal» (art. 249 do mesmo Regulamento).

E acrescenta o ilustrado Julgador que a natureza penal dessa norma infere-se não somente da letra da lei, como dos princípios do direito tributário e da doutrina pacífica sobre a matéria, sendo certo que a Lei número 4.506 só entrou em vigor a 1º de janeiro de 1965.

O princípio da legalidade tributária inscrita no art. 153, § 29, da Constituição vigente e do art. 90, incisos I e II, impossibilita «cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda» (CTN, art. 9º, inc. III). A obrigação tributária é rigorosamente *ex lege*, dela decorre exclusivamente e nos casos por

ela previstos. E, com razão, afirmou o voto do Revisor, o preceito do artigo 72 da Lei nº 4.506, de 31-11-64, constitui norma de caráter penal, não podendo ser aplicado com relação ao ano-base, mas a lei vigorante à época da ocorrência do fato gerador, quando é indubitado que a venda das ações da «Forjaço» operou-se em 23 de junho de 1964, que foi o fato gerador do tributo e nele não pode incidir a lei nova.

É, ainda, de assinalar-se que, segundo a certidão da Bolsa de Valores de São Paulo (doc. de fls. 14), a cotação das ações da «Forjaço» de valor nominal de NCr\$ 1,00 era, em 26 de junho de 1964, de NCr\$ 4,11, por unidade, e foram vendidas a NCr\$ 4,20, o que desautoriza a suposição de que tenham sido negociadas por valor superior ao mercado e sequer notoriamente superior.

E como acentua a sentença, depois, de aludir ao parecer do Prof. Rubens Gomes de Souza:

«Indiscutível que uma das conseqüências jurídicas referidas pelo aludido parecer é a de que, como norma de direito tributário penal, ou norma excepcional da lei tributária, não está sujeita ao princípio do ano-base (privativo da norma tributária impositiva), não podendo ser aplicada retroativamente a fatos geradores ocorridos antes de sua vigência, como prescreve o art. 106 do CTN. Em outras palavras, e em harmonia com o que decidiram, também o E. Tribunal Federal de Recursos e o Supremo Tribunal Federal, a norma prevista nos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.506/64, regulamentados pelo Dec. nº 55.866/65 (artigo 192) e, depois, pelo Decreto nº 58.400/66 (art. 251) não pode ser aplicada a fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de

1965, sob pena de infringência da legalidade, pois se trata de aplicação retroativa de norma Penal a fatos pretéritos.»

Sem procedência, a alegação de que a operação já era taxada desde a legislação anterior à Lei nº 4.506, que criou uma figura nova, do ilícito tributário, quando é certo e não foi contraditado, que na legislação anterior inexistia qualquer dispositivo tributando essa maior valia. Só a partir de 1º de janeiro de 1965 é que se tornou possível a sua tributação, que era e continua sendo com base no lucro real, o lucro operacional acrescido ou diminuído dos resultados líquidos das transações normais, como definido no artigo 153 do RIR e entre as transações eventuais (art. 191) e outros acréscimos permissíveis na lei, previstos no art. 243 do mesmo Regulamento, não incidem nem nunca incidiram nas operações incriminadas pelo fisco.

Invocando os doutos suplementos do voto do eminente Revisor, nego provimento aos recursos necessário e voluntário e dou provimento parcial ao apelo da Autora para elevar a verba honorária a 5% sobre o valor da causa, que a sentença, com excessiva parcimônia, fixou em 1%.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 32.774 — SP. Rel.: Senhor Min. Décio Miranda. Rev.: Senhor Min. Jarbas Nobre. Recte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Aptes.: União Federal e Bril S.A. Indústria e Comércio. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, vencido o Sr. Ministro Relator, negou-se provimento aos recursos de ofício e da ré, e deu-se provimento ao apelo da autora.

O Sr. Min. Godoy Ilha votou com o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 33.140 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Recorrente — Juiz Federal da 1ª Vara, *ex officio*
Apelantes — Rede Ferroviária Federal S.A. (EFSJ), Abigail Silva e outros
Apelados — Os mesmos

EMENTA

Funcionários cedidos à Rede Ferroviária Federal S.A.

Admitiu-se, por maioria, a assistência da União, negou-se provimento, por unanimidade, ao agravo no auto do processo e não se conheceu, por incabível, o recurso *ex officio*. Relativamente ao mérito, considerando-se legal a Portaria nº 3/66, deu-se provimento ao apelo da ré para julgar improcedente a ação e teve-se como prejudicado o recurso dos autores, unanimemente.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminar-

mente, admitir a assistência da União Federal; e negar provimento ao agravo interposto no auto do processo; e prosseguir, *de meritis*, dando-se provimento ao recurso voluntário da ré, para julgar

improcedente a ação, não conhecendo o apelo necessário por descabido, prejudicando o dos autores. Decisão unânime, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 6 de abril de 1973. — *Henrique d'Ávila*, Presidente; *Peçanha Martins*, Relator.

RELATÓRIO

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

«Abigail Silva e outros autores cujos nomes estão mencionados na inicial, de número 107, todos qualificados na inicial, propuseram esta ação contra a Rede Ferroviária Federal S.A. alegando que foram admitidos na Estrada de Ferro Santos a Jundiá na qualidade de funcionários públicos e que a Lei nº 3.115/57 garantiu-lhes todos os direitos, prerrogativas e vantagens asseguradas pela Legislação então vigente. Esclarecem que desde suas admissões sempre exerceram funções burocráticas e que sendo assim, na forma do art. VI do Decreto Federal nº 26.299, de 31 de janeiro de 1949, estavam apenas obrigados a prestar 33 horas semanais de serviço, com direito, exceto aos sábados, a meia hora para lanche. Acentuam que em 14 de março de 1966 foram atribuídas aos autores seis horas e meia de trabalho e que a meia hora consistia na compensação pela eliminação do trabalho aos sábados. Dizem, também, que a Lei nº 4.863/65 concedeu aos funcionários da Rede Ferroviária aumento que, entretanto, não foi

aplicado pela ré em favor dos autores, a não ser que estes passassem a trabalhar oito horas diárias e não seis horas e meia como eram obrigados por força de lei, esclarecendo que aqueles que não se conformaram em trabalhar oito horas não tiveram o aumento total concedido pela referida Lei. Ressaltam que João Alcalar e outros, em vista disto, propuseram contra a ré ação trabalhista e viram suas pretensões atendidas pela Justiça, inclusive com sentença transitada em julgado. Acrescentam, também, que não é possível confundir as relações de trabalho dos autores, que é estatutária, com a relação de trabalho daqueles regidos pela CLT, que é contratual. Por tais razões, considerando que quatorze dos autores a partir de 1966 ou melhor, a partir de 14 de março de 1966, fizeram oito horas e os restantes 93 apenas seis horas e meia, mas sem o aumento da Lei nº 4.863/65, pediram que a presente ação fosse julgada procedente a fim de que a ré seja condenada a pagar a diferença entre o aumento que concedeu aos 93 autores e o aumento estabelecido pela Lei nº 4.863/65, a partir de 14-3-66, conforme foi apurado em execução, condenando-se-a, também, ao pagamento da gratificação por serviço extraordinário que os outros referidos 14 autores prestaram e relativo ao excedente de seis horas e meia a oito horas diárias, a partir da aludida data de 14-3-66, com a condenação, ainda, da ré, ao pagamento das custas e dos honorários de advogado. A ré foi citada e apresentou a contestação de fls. 132/138, para alegar, em preliminar, a carência da ação e sua prescrição e, no mérito, para

dizer que a lei invocada pelos autores não lhes favorece e que, muito pelo contrário o art. 31 da Lei nº 4.863/65 preceituou que o aumento só poderia ser concedido desde que respeitadas as normas fixadas na lei e que além disto o § 3º do art. 33, que se reporta ao art. 31, estatuiu que os aumentos só poderiam ser atribuídos da maneira como o foram e de acordo como o parágrafo quinto do referido artigo, no qual ficou explícito que em nenhuma hipótese o acréscimo percentual sob os vencimentos das diversas categorias poderia exceder o atribuído às categorias equivalentes da administração centralizada e que assim logicamente na expressão «em nenhuma hipótese» está o princípio da equidade que a ré aplica aos seus empregados regidos pela CLT. Acentua que as situações desiguais devem ser tratadas de maneira desigual e que a cautela da contestante foi exatamente no sentido de não violentar os interesses e os direitos dos autores, os quais só poderiam beneficiar-se do aumento na forma da Lei e dos dispositivos citados. Diz, também, a contestante que o Colendo Tribunal Regional do Trabalho decidiu pela licitude o pagamento do salário proporcional, respeitado o salário mínimo e horário, quando, o horário reduzido, foi condição expressa do contrato de trabalho livremente estipulada pelas partes. Diz mais que não há nenhuma razão para dar acréscimo de vencimento na mesma proporção aos empregados que trabalham seis horas e meia por dia e aos empregados que trabalham oito horas e que ademais a regra da igualdade não consiste em se não quinhoar desigualmente aos

desiguais na medida em que se desigualam. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desigualdade com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Ressalta finalmente que os autores optaram livremente pelo horário de trabalho cada um e que assim não há nenhuma razão para que eles sejam beneficiados com horas extras inexistentes, razões estas pelas quais pede a ré que a ação seja julgada improcedente, condenados os autores a pagar as custas e os honorários de advogado. O processo foi saneado às fls. 151 e na oportunidade foram rejeitadas as preliminares suscitadas pela ré. Inconformada com isto, a ré interpôs o agravo no auto do processo de fls. 152, tomado por termo às fls. 154. Nesta audiência as partes, por seus E. advogados, debateram oralmente as suas alegações, conforme resumos constantes do termo respectivo.»

O Doutor Juiz Federal julgou procedente a ação e condenou a ré ao pagamento de honorários na base de 7,5% sobre o valor da causa, tudo a ser apurado em execução.

Os autores apelaram da parte da sentença que apenas condenou a ré ao pagamento de honorários naquela base, pedindo a sua elevação para 20%.

Também apelou a ré pela reforma da sentença, que deve ser julgada improcedente.

Apelantes e apelados contra-arrazoaram.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, após argüir a prescrição, pugna pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): Cento e sete servidores da Rede Ferroviária S.A. propuseram contra esta, em março de 1971, a presente ação ordinária.

A União não foi citada, nem simplesmente notificada do pedido. Foi o Doutor Juiz que, através do despacho de fls. 149v., determinou vista ao Doutor Procurador da República, que, em seguida, escreveu nos autos:

«MM. Juiz:

A União Federal intervém no feito na qualidade de assistente, subscrevendo o mérito da contestação de fls. 131/144.» (folhas 150).

O processo prosseguiu e o Doutor Procurador da República ainda escreveu isto:

«MM. Juiz:

Subscrevo o recurso de folhas 172 e contra-razões de folhas 194/195.» (fls. 196).

Ora, além da ação não haver sido proposta contra a União, mas exclusivamente contra a Rede Ferroviária, que é uma sociedade anônima, a intervenção teria que operar-se provando-se o interesse real no desfecho da demanda, como repetidas vezes vem decidindo este Tribunal, inclusive esta Primeira Turma, não obstante por maioria de votos.

Não caracterizada a figura da assistência, nem da oposição, consistindo esta no pedido de exclusão do autor e do réu, preliminarmente, Senhor Presidente, voto pela anulação parcial do processo, a começar pela sentença, em face da manifesta incompetência da Justiça Federal para o seu deslinde e

remessa dos autos à egrégia Justiça do Trabalho da Região do Estado de São Paulo, por isso que se trata de questão iminentemente trabalhista.

VOTO-MÉRITO

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): A Portaria nº 3/66 não violou direito dos autores, que são antigos funcionários cedidos à ré. Tendo em vista esta condição é que estabeleceu isto:

«Os servidores públicos cedidos à Rede Ferroviária Federal S.A. que optarem pela jornada de trabalho de 8,00 horas, terão seus salários complementados segundo os padrões estabelecidos para os empregados no regime CLT. Se os mesmos, no entanto, optarem pela jornada de trabalho de 11,30 às 18,00 horas perceberão a partir de 1-1-66 os seus vencimentos pelos valores constantes da Lei nº 4.863/65.» (sic).

Prescrevendo a opção, a Portaria preservou o direito dos servidores que não tivessem optado. E preservou garantindo os vencimentos decorrentes da Lei.

Por estes motivos, dou provimento ao apelo da Rede Ferroviária Federal S.A. para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso dos autores, e não conhecendo o necessário, por incabível.

VOTO

PRELIMINAR (ADITAMENTO)

O *Sr. Min. Peçanha Martins* (Relator): Improcede o agravo no auto do processo. Além de considerada a União, pela maioria desta Turma, como interveniente real, a ação não

está prescrita. É que os efeitos da Portaria de nº 3/66, contra a qual reclamam os autores, começaram a incidir em 14 de março de 1966. E a petição inicial foi entregue ao distribuidor da Justiça Federal em 12 de março de 1971, como se vê do carimbo de fls. 2, dentro do prazo legal, portanto.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Senhor Presidente, o Doutor Procurador da República, segundo mencionou o ilustre Relator, afirmou nos autos que a União intervinha como assistente e subscrevia a contestação da Rede. Essa assistência não foi impugnada por ninguém. Não é possível agora, na Segunda Instância, excluir dita assistência, que foi admitida e produziu seus efeitos.

Uma coisa é exigir a prova do interesse concreto para admitir a assistência; outra, é reconhecer a assistência já admitida, embora irregularmente.

Para mim, a União foi admitida como assistente, embora tacitamente, e a competência, por consequência, era da Justiça Federal. Não podemos, no momento, na apelação, rever a decisão que admitiu a União como assistente, decisão que ninguém impugnou.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Nego provimento ao agravo no auto do processo de folhas 152/153 e 154.

Pleiteando os autores complementação de salário a ser paga pela Rede

Ferrovária Federal S.A., à qual servem como funcionários federais à mesma cedidos, nos termos da Lei nº 3.115, de 1957, não procede a ilegitimidade passiva argüida na contestação, nem cabe à União Federal a posição de ré.

Quanto à prescrição, se o novo horário do qual dependeria o aumento integral de salário, que seria menor para os que optassem pelo regime de 6 horas e meia de trabalho, entrou em vigor em 14 de março de 1966 (folhas 140), ajuizada como foi a ação em 12 de março de 1971, quando entregue ao Serviço de Distribuição (carimbo de fls. 2), não se consumou a prescrição, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não podendo ser imputada à parte a demora na distribuição, despacho de inicial e efetivação da citação.

Não conheço do recurso de ofício, por ter sido vencida uma sociedade de economia mista, não abrangida pela norma do art. 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 237, de 1967.

Sendo os autores funcionários federais cedidos à Rede o ato impugnado através a presente ação — Circular nº 3/66 — assegurou-lhes o aumento concedido pela Lei nº 4.863, de 1966, *verbis* (fls. 140):

«Os servidores desta estrada, no regime da CLT, sujeitos à jornada de trabalho acima citada, terão seus vencimentos aumentados até 35% (de 1-1-1966 a 30-6-1966) mais 5% (de 1-7-1966 a 30-9-1966) mais 6% (de 1 de

outubro de 1966 em diante). Estes empregados poderão optar pela jornada de trabalho de 11,30 às 18 horas, caso em que só farão jus ao aumento de vencimentos correspondentes até 15% (1 de janeiro de 1966 a 30 de junho de 1966) mais 5% (de 1 de julho de 1966 a 30 de setembro de 1966) mais 6% (de 1 de outubro de 1966 em diante).»

Por conseguinte, a percepção integral do aumento da lei foi garantida, mantida a jornada que lhes era própria, e no caso de concordarem os funcionários com uma jornada de trabalho maior, de 8 horas, gozariam de outras vantagens, isto é, além do aumento, o seu salário seria de acordo com os padrões estabelecidos para os empregados da CLT.

Somente para estes empregados é que estabeleceu a Rede um aumento percentual menor, caso não aceitassem a jornada de 8 horas, declarando dita Circular:

«Os servidores públicos cedidos à RFFSA que optarem pela jornada de trabalho de 8 horas, terão seus salários complementados segundo os padrões estabelecidos para os empregados no regime da CLT. Se os mesmos, no entanto, optarem pela jornada de trabalho de 11,30 às 18 horas, perceberão a partir de 1-1-1966 os seus vencimentos pelos valores constantes da Lei nº 4.863/65.»

Nessas condições, não encontro ilegalidade, na Circular nº 3/66, quanto aos funcionários cedidos, situação diversa da verificada a propósito dos empregados da CLT, que não está em causa.

Assim sendo, dou provimento à apelação da ré, para o fim de, reformando a sentença, julgar improcedente a ação, condenados os autores nas custas e honorários de advogado, que arbitro em Cr\$ 10,00 por autor, atendendo ao número destes, prejudicada a apelação dos autores.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 33.140 — SP — Rel.: Senhor Min. Peçanha Martins. Rev. Senhor Min. Jorge Lafayette Guimarães. Rec.: Juiz Federal da 1ª Vara. Aptes.: Rede Ferroviária Federal S.A. (EFSJ) e Abigail Silva e outros. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: Preliminarmente, admitiu-se a assistência da União Federal; e negou-se provimento ao agravo interposto no auto do processo; e prosseguindo-se, *de meritis*, deu-se provimento ao recurso voluntário da ré, para julgar improcedente a ação, não conhecido o apelo necessário por descabido; e prejudicado o dos autores. Decisão unânime (em 6-4-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 33.690 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Recorrente — Juiz Federal da 3ª Vara, *ex officio*
Apelante — União Federal
Apelado — João Baptista de Moraes

EMENTA

Funcionalismo. Pretensão de contar o funcionário público federal, anteriormente servidor estadual, tempo de serviço prestado a instituição de caráter privado, transformada em estabelecimento de serviço público do Estado-membro. Improcedência: a) por não demonstrado o tempo preciso, de data a data; b) porque prestado o serviço como sócio da sociedade civil, e não como empregado do estabelecimento por ela mantido; c) porque a jurisprudência repele a contagem do tempo de serviço gratuito, salvo quando expressamente considerado por lei como de caráter relevante.

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

Brasília, 8 de junho de 1973. —
Godoy Ilha, Presidente; *Décio Miranda*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): João Baptista de Moraes, cirurgião-dentista do Ministério da Aeronáutica, move ação ordinária para convencer a União Federal a averbar no seu tempo de serviço o que prestou à sociedade civil Assistência Dentária Infantil Zeferino de Oliveira, depois transformada em estabelecimento de serviço público do Estado da Guanabara.

Juntou justificação judicial, ao fito de provar que prestou serviços, naquela

entidade, de 1936 a 1940, e que outros servidores em igual situação tiveram seu tempo contado pelo Estado da Guanabara.

No curso da ação, produziu, de novo, prova testemunhal nesse sentido.

A sentença, do Juiz Federal, Dr. Euclides Reis Aguiar, julgou a ação procedente, porque a lei estadual, a lei federal e a jurisprudência mandam contar o tempo de serviço prestado a instituição de caráter privado que tiver sido transformada em estabelecimento de serviço público; porque o tempo de serviço estadual deve ser contado ao funcionário federal; porque indubitosa a oficialização, pelo Estado, da entidade denominada Assistência Dentária Infantil Zeferino de Oliveira.

Apela a União Federal, reiterando a contestação, na qual sustentara não se ter transformado em estabelecimento de serviço público a instituição de caráter privado, que apenas vira aceita pelo Estado da Guanabara a doação do imóvel em que funcionava e das respectivas instalações, doação que foi aproveitada pelo Governo estadual mediante a criação de um serviço público

de mesma finalidade, para neles funcionar.

A Subprocuradoria-Geral da República encampa essa argumentação, declarando que o pedido assenta numa falsa premissa, a de que a referida entidade, de caráter privado, teria sido transformada em estabelecimento de serviço público, o que não ocorreu.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Aceite-se, para argumentar, que a Assistência Dentária Infantil Zeferino de Oliveira tenha sido transformada em serviço público estadual, e não apenas instituído um serviço público com aproveitamento dos bens doados. À falta de dados mais completos, algumas circunstâncias deixam entrever que isso se deu. O Estado aceitou a doação do imóvel e das instalações, manteve a denominação e, ao que parece, aproveitou como funcionários os servidores da entidade, nominalmente indicados na ata societária que autorizara a doação, segundo se vê da ata de fls. 9/10, correspondida pelo Decreto Estadual nº 6.820, de 18-10-40, fls. 11.

Ainda assim, não me convenço da procedência do pedido do autor.

Em primeiro lugar, tanto a justificação de fls. 18 e verso, como os depoimentos de fls. 41/42 não indicam com precisão o tempo trabalhado pelo autor, referindo apenas que trabalhou de 1936 a 1940. Entre que datas desses anos?

Por outro lado, referem as testemunhas que a elas foi contado o serviço prestado à entidade particular. Mas, nesse passo, os depoimentos são imprecisos. Ora, a prova testemunhal há de ser recebida, em casos do gênero, quando há impossibilidade de demonstrar o fato por prova documental. No caso, seria fácil juntar certidões do

Governo Estadual no sentido de que, objetivamente, foi considerado o tempo de serviço gratuito aos depoentes, em situação similar à do autor. De resto, uma das testemunhas que o afirmou tinha situação diferente da do autor. Silvino Gregorio da Silveira, fls. 42-v, prestava serviços remunerados à Assistência Dentária, como Administrador, tendo sido condicionada a doação ao Estado ao seu aproveitamento como funcionário, ao passo que o autor prestava serviços gratuitos como Membro da Congregação Técnica da Assistência Dentária, fls. 10.

Da ata de fls. 10 se tiram duas observações: primeiro, o autor não empregado da Assistência Dentária, mas sócio da sociedade civil (e por isso assinou a ata de doação); segundo, prestava serviços gratuitos de dentista.

Se, pois, o Estado aceitou a doação com a condição de aproveitar os funcionários da entidade privada (o que parece ter ocorrido), não envolvia essa condição o aproveitamento dos sócios da sociedade civil, que a ela prestavam serviços gratuitos nessa qualidade, e não como empregados.

Ademais, é reiterada a jurisprudência no sentido de não se poder contar como tempo de serviço público o da prestação de serviços gratuitos.

Conquanto se possa ver no serviço gratuito prestado a entidades assistenciais uma percepção de salário indireto, pela prática e aperfeiçoamento que ensinam e, ainda, pela projeção que conferem ao profissional, os abusos que a contagem poderia suscitar têm obscurecido essa consideração de ordem doutrinária, e tanto a Administração como o Judiciário adotam orientação restritiva nesse particular.

Consultem-se, a propósito, entre outros, os Acórdão do Supremo Tribunal Federal do RMS 16.924, Relator o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro,

RTJ 51/406, e no RMS 19.141, Relator o Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira, RTJ 48/225, que, mesmo na área estadual, só admitem a contagem quando por lei definido o serviço gratuito como de caráter relevante.

Isto posto, meu voto é no sentido de reformar a douta sentença: a) porque não indicado, nos depoimentos tomados no processo, o tempo preciso do serviço prestado: b) porque os serviços não eram de servidor, empregado do estabelecimento privado, mas de sócio da sociedade civil que o mantinha; c) porque eram serviços gratuitos, cuja contagem é repelida pela jurisprudência, salvo quando expressamente considerados por lei como de caráter relevante.

Dou provimento à apelação e ao recurso *ex officio* para julgar improce-

dente a ação e condenar o autor nas custas e em honorários de Cr\$ 100,00, os mesmos que a sentença carregava à União.

EXTRATO DA ATA

Ac. nº 33.690 — GB. Rel.: Sr. Ministro Decio Miranda. Rev.: Sr. Ministro Jarbas Nobre. Recte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: João Baptista de Moraes.

Decisão: À unanimidade de votos, deu-se provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (em 8-6-73 — 2ª Turma).

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 34.476 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg
Recorrente — Juiz de Direito de Laranjal Paulista, *ex officio*
Apelado — Orlando Luiz Ruberti

EMENTA

Previdência. Aposentadoria. É legítima a concessão do benefício a segurado que comprovar seu tempo de serviço através de justificação judicial. Sentença que se confirma.

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

Brasília, 3 de setembro de 1973. — Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Orlando Luiz Ruberti propôs ação ordinária contra o INPS para vê-lo condenado a pagar-lhe os benefícios de aposentadoria por tempo de serviço a partir da citação, desde que, alegava, iniciara suas atividades em 1930, efetuando transporte de lenha às cerâmicas locais. De 1938 a 1948 fora sócio da Sociedade Gardenal e Berti, e desde o último ano citado passara a exercer atividade em nome individual,

perfazendo, na data da propositura da ação, em 1970, mais de 31 anos de serviço.

A ação foi julgada procedente, mas a sentença veio a ser anulada por esta Egrégia Terceira Turma, pelos fundamentos assim expostos no voto do Relator, Ministro Márcio Ribeiro:

«Na espécie, por ter ficado a ré indefesa, prefiro aderir à jurisprudência da E. Segunda Turma, mencionada no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, e considerar o processo nulo, por falta de convocação do representante da União para se manifestar sobre a causa.

«Assim voto, preliminarmente».

Os autos baixaram à Vara de origem, e após citação da União e apresentação de contestação pela autarquia-ré o MM. Juiz julgou-a procedente, com as seguintes razões de decidir:

«A ação é procedente. Com efeito, pelos documentos de folhas 8/9, representados por duas certidões, uma do Posto de Fiscalização Estadual local, firmada pelo Sr. Exator, e outra da Prefeitura Municipal deste município, verifica-se que no ano de 1938 a firma Adamo Gardenal passou a girar sob a razão social de Gardenal & Berti, dedicada ao ramo de feccularia e confecção de colchões. Dita sociedade, que encerrou a atividade de feccularia no segundo trimestre de 1947, foi dissolvida em dezembro do ano seguinte (1948). A prova testemunhal produzida na justificação judicial, e neste feito evidenciou, sem resquícios de dúvida, que o autor cujo sócio era Adamo Gardenal figurava na sociedade com a alcunha de «Berti», como sempre foi mais conhecido nesta cidade e co-

marca. Em sua atividade comercial posterior à dissolução da sociedade em questão, exerceu atividade mercantil, contribuindo, ininterruptamente, com o imposto municipal de indústria e profissões, bem como taxa de licença, até 15 de julho de 1968 (fls. 22). Demais disso, a guia de recolhimento de fls. 24 espelha a contribuição para o sistema previdenciário, na atividade industrial, até o mês de março do ano de 1970. Por tal documento, ainda se vê que seu certificado de matrícula no sistema geral da previdência social tem o número cadastral básico de 21-265-00175-16, o que comprova a sua condição de segurado. É mister, porém, que se registre o fato de que não ficou demonstrada de forma cabal e indubitosa a data exata ou, mais precisamente, o mês do ano de 1938 em que o autor passou a integrar a firma Gardenal & Berti. Nos termos do art. 52 do Regulamento-Geral da Previdência Social (Decreto nº 60.501/67), na comprovação do tempo de serviço, o lapso de tempo transcorrido deve ser demonstrado «de data a data», desde o início até o término da atividade vinculada à previdência social. No caso dos autos, bem de ver, tal não se deu, pois os elementos de convicção carreados ao feito somente indicam que o autor formou a sociedade Gardenal & Berti, juntamente com Adamo Gardenal, no ano de 1938, sem o registro preciso do mês em que a referida firma assim se constituiu. Em tal conformidade, de acordo com o dispositivo mencionado, a data do início da atividade do autor, relacionada ao sistema previdenciário, deve ter como marco inicial janeiro de 1939. Como demonstrou ele que

contribuiu para a previdência social no mês de março de 1970 (fis. 24), sem embargo, está provado que fez 31 anos e três meses de serviço. Faz, dessarte, jus à aposentadoria por tempo de serviço a que se refere o art. 51 do Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967, nos exatos termos do disposto no art. 53, item II, letra b, e III, letra a, do mesmo Decreto. Assim, não procede a contestação oposta pelo réu, no sentido da inexistência de documento escrito, a servir de começo de prova, certo que tais documentos encontram-se nos autos às fls. 19/25 e fls. 29. Em face do exposto, e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação ordinária, para o fim de condenar o Instituto Nacional de Previdência Social a pagar, mensalmente, ao autor Orlando Luiz Ruberti, o benefício da prestação da aposentadoria, por tempo de serviço, a partir da data da citação, na forma preceituada no art. 32 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960), com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968. Pagará ainda, o réu, as custas processuais, para desembolso das dispendidas necessariamente pelo autor, e, diante da sucumbência experimentada, os honorários advocatícios do patrono deste, fixados em face do trabalho profissional desenvolvido, no percentual de 20% sobre o valor atribuído à causa. Recorro, de ofício, ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos».

Os autos vieram ter ao Tribunal em atenção ao recurso de ofício apenas, e a Subprocuradoria, em seu parecer, opinou pela reforma da sentença, ale-

gando que não havendo sido trazido aos autos qualquer documento que constituísse começo de prova, não se poderia acolher justificação administrativa na forma da jurisprudência desta Corte.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): A ação foi instruída com justificação judicial para a qual foram apresentadas certidões da Prefeitura Municipal de Laranjal Paulista e da Coletoria Estadual do mesmo município, onde se atesta a existência da firma Gardenal & Berti, de 1938 a 1948. A prova testemunhal, de sua vez, confirmou tal existência e a participação do apelado na mesma.

Nenhuma prova havendo sido produzida em contrário pelo Instituto réu a sentença teria que concluir pela procedência da ação.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 34.476 — SP. Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Revisor: Sr. Min. Esdras Gueiros. Recte.: Juiz de Direito de Laranjal Paulista. Apelado: Orlando Luiz Ruberti.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (em 3-9-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 35.365 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins.
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães.
Recorrente — Juiz Federal da 5ª Vara, *ex officio*.
Apelante — União Federal.
Apelado — Reginaldo Cruz Pires Ribeiro.

EMENTA

Militar. Terceiro-Sargento desligado por incapacidade para o serviço. Reintegração e reforma no posto de Subtenente, em face da prova de incapacidade total e permanente para qualquer trabalho. Recursos unanimemente improvidos.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, rejeitar a alegação de nulidade do exame médico feito no Juízo de Juiz de Fora; e, *de meritis*, negar provimento aos recursos de ofício e voluntário, unanimemente, para confirmar a sentença, 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, 16 de novembro de 1971.
— Moacir Catunda, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Peçanha Martins (Relator): Trata-se de ação ordinária, proposta por Reginaldo Cruz Pires Ribeiro contra a União Federal, a fim de obter reintegração na função militar que possuía e da qual foi desligado por incapacidade para o serviço militar, sem ter tido sequer o amparo da reforma.

Contestado o pedido e processado regularmente o feito, sentenciou o Dr. Juiz às fls. 152-162, assim finalizando:

«Pelo exposto, julgo a ação procedente para que seja conde-

nada a União a conceder a reforma do A. no posto de Subtenente, com efeitos a partir do seu desligamento, devendo, em consequência, ser-lhe pagos os proventos atrasados, correspondentes àquela graduação e à sua situação, com acréscimo de juros de mora. Cabe, igualmente, à União, o pagamento dos honorários de advogado, os quais, à vista do elevado montante que deverá atingir a importância total a ser apurada na execução, fixo em 5% do que vier afinal a ser pago de atrasados, tendo ainda em conta a regra moderadora inserta no § 1º, do art. 64, do CPC.»

Houve recurso de ofício.

Apelou a União Federal às fls. 164-166.

Intempestivamente apelou o autor e seu recurso encontra-se junto por linha.

Contra-razões às fls. 176-177.

Nesta Instância, pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República às fls. 186, pelo provimento do apelo da União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): Repilo a preliminar de prescrição, *ex vi* do art. 169, I, do Código Civil. O autor, em virtude do seu estado mental, está representado por seu pai, o Sr. Geraldo Magela Pires Ribeiro.

Ingressando no Exército em 1956, o autor foi promovido a Cabo e em seguida a 3º Sargento, logo no ano seguinte, sendo tão eficientes os seus serviços, que exercia as funções de 2º Sargento. Várias vezes hospitalizado, a começar de 1961, a respectiva Junta Médica ofereceu este diagnóstico:

«Personalidade ciclóide.

Parecer: incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Pode prover os meios de subsistência. Não é alienado nem paralítico. Pode exercer atividade no meio civil (fls. 111)».

Com base neste parecer, ou laudo, foi definitivamente excluído. Nunca mais, entretanto, conseguiu reabilitar-se da gravíssima enfermidade, como constatou o laudo levado a efeito perante a Justiça de Juiz de Fora. E, assim tendo ocorrido, cabe-lhe, sem dúvida, o direito de reforma proclamado pela sentença, por isso que incapaz permanentemente para qualquer trabalho. A personalidade ciclóide constatada pelo Hospital do Exército evoluiu, apontando os peritos de Juiz de Fora que, «difícilmente o examinado poderá exercer qualquer atividade,

no meio civil» (fls. 70), acrescentando: «É verdade que o Hipomaniaco pode atravessar intervalos lúcidos, mas as recidivas são freqüentes e no seu otimismo exagerado, pode praticar operações financeiras desregradadas e se conduzir inconvenientemente, isto é, com atitudes anti-sociais».

Ora, adaptando-se a lei à realidade, o certo é que ninguém, por mais piedoso, quer contratar serviços com um doente mental, um maniaco que, inesperadamente, pode cometer desatinos.

Por estes motivos, nego provimento aos recursos para confirmar, pelos seus próprios fundamentos, a sentença recorrida.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): Preliminarmente, rejeito a alegação de nulidade do exame médico procedido no Juízo de Juiz de Fora. É que não se trata de ato decisório, mas de simples prova.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. *Min. Jorge Lafayette Guimarães* (Revisor): Alega o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral que o exame médico realizado em Juiz de Fora, perante a 1ª Vara Cível, que serviu de fundamento para a sentença apelada, não tem valor jurídico, eis que foi promovido perante Juízo incompetente para os feitos de interesse da União Federal.

Cabe, porém, notar que trata-se de simples exame médico, nada decidin-

do o Juízo da 1ª Vara de Juiz de Fora, e a incompetência não anula atos probatórios, máxime se deles participou a parte interessada, como no caso, pois verifica-se às fls. 67 que o Procurador da República, na forma da lei, delegou atribuição ao Promotor de Justiça, para a representação da União, no referido exame, e nada foi objetado, em primeira instância pela ré (fls. 139), quanto à validade e eficácia do respectivo laudo, diante do qual houve a desistência do pedido de perícia formulado pelo Curador à lide (fls. 47, 52 e 158), nomeado pelo Juiz em face da natureza da doença alegada (fls. 46).

Rejeito, assim, a preliminar.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): Embora não tenha o autor produzido uma prova completa e insuscetível de dúvida, quanto à data em que ocorreu sua incapacidade, de modo a ser considerado um alienado, pois o laudo de fls. 67-70 é impreciso a respeito, sou, no caso, levado a acompanhar o ilustre Dr. Juiz e confirmar a sentença, admitindo como existente dita alienação, quando do licenciamento do autor do serviço ativo.

Os antecedentes do autor, com várias irregularidades em serviço, e prisões (fls. 98-100), duas baixas ao Serviço de Neurologia e Psiquiatria, do Hospital Central do Exército (fls. 110-111) com diagnóstico de «síndrome paranóide», conduzem a admitir que realmente o distúrbio mental do ora apelado antecedeu seu licenciamento.

Esta conclusão, por sua vez, implica na rejeição da argüida prescrição, em face do disposto pelo art. 169, I, do Código Civil.

Ressalto a irregularidade da propositura da ação através de procurador constituído pelo pai do autor (fls. 12), sem que comprove a qualidade de Curador; todavia, a nomeação de Curador à lide, na forma do art. 80, § 1º, a, do Código de Processo Civil, sana o vício decorrente.

Em conseqüência, nego provimento ao recurso de ofício e à apelação da União Federal.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 35.365 — GB — Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rev.: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Recte: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte: União Federal — Apdo: Reginaldo Cruz Pires Ribeiro.

Decisão: Preliminarmente, rejeitou-se a alegação de nulidade do exame médico feito no Juízo de Juiz de Fora; e, *de meritis*, negou-se provimento aos recursos de ofício e voluntário, unanimemente, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 16-11-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Jorge Lafayette Guimarães e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 35.568 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Decio Miranda.
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre.
Recorrente — Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Governador Valadares.
Apelante — Prefeitura Municipal de Governador Valadares.
Apelado — Instituto Nacional de Previdência Social.

EMENTA

Cota de previdência social. Regras fundamentais de incidência, vindas dos arts. 8º e 10 do Dec. nº 20.465, de 1-10-31, e do art. 9º da Lei nº 593, de 24-12-48, aos quais faz remissão o art. 71, I, da Lei nº 3.807, de 26-8-60. São exigíveis a arrecadação ao público e o recolhimento pelo Município quando explore serviço remunerado por «preço público» e não quando remunerado pela «taxa», imposição compulsória de natureza tributária. Improcedência da cobrança intentada pelo INPS contra o Município de Governador Valadares, de «cota de previdência» sobre diversas taxas tributárias, desde a de «conservação de estradas» até a de «cemitério».

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

Brasília, 22 de agosto de 1973.
— *Amarílio Benjamin*, Presidente;
Decio Miranda, Relator.

RELATÓRIO (ADITAMENTO)

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Conhecido o recurso como apelação, fls. 76, reporto-me ao relatório já lançado nos autos, fls. 74.

É o relatório, em aditamento.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda (Relator): Ao que se vê do documento de fls. 32 e dos levantamentos minu-

ciosos que o acompanham, de fls. 33 a 41, o INPS fez incidir a cota de previdência sobre as seguintes taxas cobradas pelo Município: Conservação de Estradas, Assistência Pública, Assistência Escolar, Extinção de Formigas, Iluminação Pública, Aferição de Pesos e Medidas, Sanitária, Calçamento, Conservação de Calçamento, Colocação de Meios-Fios, Fiscalização e Vistoria de Obras; e ainda sobre as seguintes Rendas: de Merenda, de Matadouro, de Cemitério, e Taxas de cobrança de Dívida Ativa.

Vejamos se a lei autoriza tais incidências.

A chamada «cota de previdência» foi estabelecida inicialmente pelo Dec. nº 20.465, de 1-10-31, que instituiu as Caixas de Aposentadoria e Pensões, a dizer:

«Art. 1º Os serviços públicos de transporte, de luz, força, telégrafos, telefones, portos, água, esgotos ou outros que venham a ser considerados como tais, quando explorados diretamente pela

União, pelos Estados, Municípios ou por empresas, agrupamento de empresas ou particulares, terão, obrigatoriamente, para os empregados de diferentes classes ou categorias, Caixas de Aposentadoria e Pensões, com personalidade jurídica, regidas pelas disposições desta lei e diretamente subordinadas ao Conselho Nacional do Trabalho.

.....
«Art. 8º As receitas das Caixas serão constituídas:

.....
e) de uma contribuição do Estado, proveniente de aumento de tarifas, taxas ou preços dos serviços explorados pela empresa, e cujo produto não será inferior à contribuição desta;

.....
«Art. 10. A taxa prevista na letra e do art. 8º será cobrada com denominação de «quota de previdência» e recairá sobre os elementos de receita da empresa suscetíveis deste aumento, excluídas as rendas que, por sua natureza, não possam ou não devam ser oneradas, a critério do Governo.

Parágrafo único. Ficam isentas do referido aumento as tarifas de passagens nos trens de subúrbios e pequeno percurso em que os preços respectivos sejam fixos e independentes das distâncias.

Mais tarde, a Lei nº 593, de 24-12-48, alterando o art. 8º acima transcrito, dispôs:

«Art. 9º A receita das Caixas de Aposentadoria e Pensões é constituída de:

.....
c) contribuição do público, de 4% a 10% sobre as tarifas

de estradas de ferro, contas de luz, gás, telefone e demais serviços explorados pela empresa sujeita ao regime desta lei;

.....

E a Lei nº 3.807, de 26-8-60, Lei Orgânica da Previdência Social, dispondo sobre a contribuição da União, declarou que seria ela constituída, entre outros elementos, pelo produto das taxas cobradas diretamente do público, sob a denominação genérica de cota de previdência, na forma da legislação vigente (art. 71, I).

À luz desses textos, cabe examinar a defesa do Município.

No caso de serviços públicos prestados diretamente pela União, Estados, Territórios e Municípios (administração direta), incide a cota de previdência sobre os réditos dos serviços públicos remunerados pela modalidade de tributo chamada «taxa», ou somente sobre aqueles cuja contraprestação é medida pelo «preço público», pela «tarifa»?

Certo, o art. 8º do Dec. nº 20.465, acima transcrito, aludiu a «taxa» ao lado de tarifas ou preços dos serviços, mas essa referência não é decisiva, pois a palavra foi aí aplicada sem rigor técnico.

A solução do aspecto ora examinado será encontrada no exame conjunto do sistema instituído pelo Dec. nº 20.465 e ratificado pela Lei nº 593. Ambos os diplomas se dirigem exclusivamente a «empresas», quer para o fim de definir o pessoal sujeito à contribuição e ao conseqüente regime previdenciário, quer para o efeito de qualificar o agente arrecadador da «cota de previdência».

«Tarifas, taxas ou preços dos serviços explorados pela empresa», diz o art. 8º, e, do Dec. nº 20.465. «Serviços explorados pela empresa sujeita

ao regime desta lei», enuncia o art. 9º da Lei nº 593.

Não há contradição da lei em restringir o campo de sua aplicação a «empresas» e ao mesmo tempo nele compreender a «União, Estado, Territórios e Municípios, suas autarquias».

Assim procedendo, a lei adotou o conceito de empresa como órgão de certa atividade econômica organizada, que pode existir com sua estrutura completa, a personalidade jurídica, ou como simples destaque operacional de entidade mais complexa.

É empresa de serviços públicos, no regime da lei, tanto a pessoa física ou jurídica de direito privado, concessionária ou permissionária, como o ramo da administração pública, autarquizado ou não, que com relativa autonomia de meios se especializa na prestação daqueles serviços.

Num caso ou noutro, remunerados os serviços com «tarifas» ou «preços públicos», identifica-se a existência da empresa (no conceito amplo acima declarado), e a esta cabe cobrar do público a cota de previdência e subsequentemente efetuar o recolhimento ao Fundo da Previdência Social.

Diversa é a solução quando o serviço público seja remunerado pela «taxa», com o caráter de imposição tributária.

Aí, não se pode vislumbrar a existência de «empresa», pois admiti-la no seu conceito ampliado importaria em aceitá-la, para esse fim, também no seu conceito tradicional, de entidade privada. Mas esta não pode exigir taxas tributárias. Taxa é tributo e, como tal, de cobrança indelegável.

Aliomar Baleeiro, estudando a distinção entre «taxa» e «preço público» compendiada pela Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal, ensina:

«Mas a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Pri-

vado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este» (*Direito Tributário Brasileiro*, 2ª ed., pág. 292).

Se a cobrança de taxa, no seu sentido próprio, não pode ser exercida por entidade privada, ou por «empresa», no seu conceito restrito, bem é de ver que dessa modalidade tributária não cuida a legislação instituidora da cota de previdência, que por princípio se dirige a réditos de serviços públicos cobrados por «empresas».

É certo que a lei abrange também a administração direta, mas somente quando esta opera com o mesmo caráter de empresa, remunerando-se de serviços pela modalidade da «tarifa» ou do «preço público».

Quando a administração presta o serviço sem assumir o caráter de empresa, o que se distingue pela natureza da contraprestação exigida, que nesse caso é a «taxa», não cabe exigir do contribuinte a denominada «cota de previdência», que não acede a imposições de natureza tributária, de caráter compulsório, mas apenas aquelas que se revestem de aspectos comutativos identificáveis no contrato de adesão.

A esse propósito, recorro, mais uma vez, à autoridade de Aliomar Baleeiro:

«Só os preços, em geral, podem ser equiparados às prestações vinculadas aos contratos de adesão» (Loc. cit., pág. 293).

Examinada, à luz das considerações que precedem, a defesa do Município de Governador Valadares, vê-se

que tem toda procedência a tese da impossibilidade de fazer recair a imposição sobre contraprestação de serviços remunerados ao Governo Municipal sob a modalidade de «taxas», de caráter tributário.

De resto, parece ser esta a orientação do antigo órgão superior da previdência social, o DNPS, que, segundo a Resolução nº 354-70, publicada no Boletim de Serviço do INPS nº 156, de 18-8-70, e reproduzida às fls. 12-13 destes autos, esclarece que a cota da previdência incide sobre o preço de serviço público sujeito a tarifa, executado diretamente ou mediante concessão, mas não sobre tributos, instituídos sob a denominação de imposto, taxa, emolumentos, contribuição de melhoria ou outros.

Isto posto, dou provimento ao recurso *ex officio*, que no caso favorece o Município, e ao recurso voluntário deste, para julgar improcedente a ação, e condenar o INPS nas custas

e em honorários de advogado, estes por mim arbitrados, em atenção ao valor da causa e ao trabalho produzido, em 5% do valor expresso na petição inicial.

EXTRATO DA ATA

AC. nº 35.568 — MG — Rel.: Sr. Min. Decio Miranda. Rev.: Sr. Min. Jarbas Nobre — Recte.: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Governador Valadares — Apte.: Prefeitura Municipal de Governador Valadares — Apdo.: INPS.

Decisão: Deu-se provimento aos recursos para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. Decisão unânime (em 22-8-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Amarílio Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Godoy Ilha. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Amarílio Benjamin.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2.114 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins.

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Henrique d'Ávila.

Apelantes — Roberto Velasco Kopp, União Federal e outros.

Apelados — Os mesmos.

EMENTA

Crime de concussão. Pena de reclusão imposta a um dos réus e de detenção aos outros em virtude de desclassificação (art. 319 do Código Penal). Recursos unanimemente improvidos.

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 aos recursos, na forma do relatório e notas taqui-

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

Brasília, 30 de março de 1973. — Henrique d'Ávila, Presidente; Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

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

«O Ministério Público ofereceu denúncia contra Roberto Velasco Kopp e João José de Ribamar Rêgo, porque no dia 5 de agosto de 1969 se dirigiram ao estabelecimento comercial de Tobias Aisemberg, na Rua Miguel Lemos, 67-A, e, na qualidade de fiscais do imposto aduaneiro, deram início a uma diligência de conferência da mercadoria estrangeira, e tendo encontrado irregularidades, exigiram-lhe a quantia de NCr\$ 1.000,00 para negligenciar as faltas. Não dispondo da quantia, no momento, o comerciante ajustou sua entrega para o dia imediato, e denunciou os acusados à fiscalização, munindo-se da quantia que retirou do Banco Bordalo Brenha Sociedade Anônima, ao qual pediu uma relação identificadora das cédulas. À ocasião da entrega do dinheiro ao primeiro acusado, ocorrida em um café próximo da loja comercial da vítima, encontravam-se, já alertados, os agentes fiscais Fernando Pereira Afonso e Antonio Augusto Chagas Rêgo, que o presenciaram, segundo o primeiro acusado, que se dirigiu ao encontro do segundo em outro café, em frente à repartição em que trabalham. Quando presos, algumas horas depois, parte do dinheiro marcado foi encontrado em poder de João José de Ribamar Rêgo (NCr\$ 500,00). Foi lavrada o flagrante (fls. 3 a 8) e iniciado o inquérito. Roberto Velasco Kopp, vida pregressa às fls. 18, antecedentes às fls. 24, interrogatório às fls. 72. João José de Ribamar Rêgo, vida pregressa às fls. 19, antecedentes às

fls. 22, interrogatório às fls. 71. Arroladas pela acusação, depuseram 4 testemunhas (fls. 85-7v e 89-95). Pelo despacho de folhas 114 anulei o flagrante pelos motivos ali expressados. Da defesa depuseram as testemunhas de folhas 139 a 143v. (8). Em diligência, o Ministério Público requereu se solicitasse ao Ministério da Fazenda as conclusões do inquérito lá instaurado contra os acusados. Não havendo, ainda, decisão naquele processo, foi encaminhada ao Juízo uma cópia do relatório da comissão encarregada da apuração do ilícito administrativo (folhas 154-68). Também a requerimento do Doutor Procurador foram obtidos os esclarecimentos constantes do ofício 171, sobre a fiscalização levada a efeito no estabelecimento da vítima. Em alegações finais, o Ministério Público pediu a condenação de Roberto Velasco Kopp, mas reconheceu insegurança da prova contra João José de Ribamar Rêgo, para o qual limitou-se a pedir justiça (fls. 175-7). Ambos os réus propuseram sua absolvição (o primeiro com as razões de fls. 179-89 e o segundo com as de fls. 190-8), instruída esta petição com os documentos de fls. 199-205.»

O ilustre Doutor Juiz Federal, após considerações fundamentadas, julgou procedente a denúncia contra Roberto Velasco Kopp para condená-lo à pena de reclusão de dois anos e quatro meses, multa de vinte cruzeiros e perda da função pública. E, relativamente ao outro denunciado, João José de Ribamar Rêgo, desclassificou a denúncia e o condenou à pena de seis meses de detenção e multa de dois cruzeiros, escudado no art. 319 do Código Penal, e suspendeu condicionalmente a pena por dois anos mediante condições que estabeleceu.

Roberto Velasco Porto, João José de Ribamar Rêgo e o Ministério Público apelaram. Este último, como se vê de fls. 262v., não ofereceu razões de apelação «por estar de acordo com a sentença condenatória».

O Ministério Público contra-arrazoou pedindo a manutenção da sentença.

De fls. 295 e 296 o apelante João José de Ribamar Rêgo, em face do indulto concedido a Roberto Velasco Kopp, e cumprimento integral das condições do *sursis* que lhe foram impostas, pediu o trancamento dos recursos que reputou sem objeto.

O Ministério Público pronunciou-se de acordo com este pedido (fls. 297, *usque* fls. 298), e o Doutor Juiz, por evidente lapso, ao invés de determinar o pronunciamento do defensor de Roberto Velasco Kopp, determinou o do próprio requerente.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls., considerando interpostos os recursos, inclusive o do Ministério Público, e opinando pelo improvinimento de todos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): O Ministério Público manifestou apelo, como se lê de fls. 233, não apresentando, entretanto, as suas razões, conformando-se, posteriormente, com a sentença, como em seguida declarou através do pronunciamento de fls. 262. Sem dúvida que o Ministério Público não pôde desistir do recurso, como salienta a douta Subprocuradoria, com apoio no art. 576 do Código de Processo Penal. E, muito embora faltando o principal, os motivos e razões que ensejariam o oferecimento das contra-razões, conheço do recurso do Ministério Público.

A douta Subprocuradoria-Geral da República salienta em o seu parecer:

«A prova colhida contra o primeiro acusado, Roberto Velasco Kopp, é robusta e incontestável: a vítima, tanto na Polícia como em Juízo (fls. 85-87), descreve com precisão a «exigência» de vantagem indevida por parte deste acusado.

Seus próprios colegas de trabalho declaram em Juízo, às folhas 89-91 e 92-93, que viram a entrega do pacote de dinheiro a este acusado, fato ocorrido em um bar.

E esse dinheiro, apreendido em poder do segundo acusado, que o recebera do primeiro, é exatamente aquele que fora previamente anotado por um insuspeito estabelecimento bancário, no documento de fls. 31-34, como tendo sido fornecido anteriormente à vítima (laudo de fls. 28-30)» (sic).

A prova dos delitos cometidos está nos autos, sendo imponderável a arguição de flagrante preparado. Nesta parte, escudado em decisões deste Tribunal, como também do Supremo, o parecer demonstra a inaplicação à espécie do enunciado de nº 145 da Súmula. É que o flagrante não constituiu elemento de consumação do crime, que já se encontrava consumado pela combinação ilícita. Apenas o flagrante do recebimento do dinheiro, que se daria, conforme acerto, no dia seguinte, como efetivamente se deu, foi preparado como prova do crime de concussão cometido por Roberto Velasco Kopp, que exigira o dinheiro para descumprir com o seu dever de funcionário público, verificando-se, assim, a prática do crime «que se configura desde o momento em que o funcionário exige direta ou indiretamente, para si ou para outrem, indevida vantagem».

E, relativamente ao outro réu apelante, José de Ribamar Rêgo, que, além de indicar o estabelecimento da vítima, acompanhou Roberto Kopp na sua tarefa criminosa, basta ressaltar a leitura desta parte da sentença:

«No que concerne ao acusado João José de Ribamar Rêgo, é evidente que não se pode considerar provado o crime definido no art. 316 do Código Penal. A própria vítima reconhece que da parte do mesmo não houve qualquer exigência direta ou indireta de qualquer vantagem. O detalhe das mercadorias compradas a crédito também não é bastante para caracterizar concussão, uma vez que é o comerciante o primeiro a reconhecer que o fiscal manifestou a intenção de pagar em cheque, preferindo ele dar-lhe crédito. Isso, entretanto, se é bastante para destipificar a figura penal em que o enquadrado a denúncia, não basta para inocentá-lo da prática delituosa.

Mesmo que para argumentar se acolhesse a absurda versão do acusado, não se poderia recusar que entre o suposto empréstimo concedido por Kopp e a indicação a ele fornecida sobre as irregularidades existentes no estabelecimento de Tobias, há uma conotação evidente. Embora incrível, se acolhida, a explicação de Ribamar é inelutável, que se beneficiou ele «mediatamente da denúncia e do convite feito ao colega para proceder a uma diligência no estabelecimento comercial.

Como compensação é que teria recebido o empréstimo, ou, mais provavelmente, um adiantamento de sua cota-parte na possível multa, ou, o que mais parece ser verdade, o seu quinhão do produto extorquido a Tobias.

Disso resulta claro que para satisfazer interesse pessoal foi que Ribamar levou Kopp ao estabelecimento fiscalizando, e o fez infringindo disposições expressas de chefia a que está subordinado. Nunca poderia ele levar a cabo a diligência sem autorização prévia, e, confessadamente, o fez, quando se disse convencido pelo argumento do colega de que era prática constante descumprir a norma. Ocasão em que teria usado da expressão: «não será esta a primeira nem a última vez» (*sic*).

Mesmo que não tenha sido praticado contra disposição expressa de lei, como acentuam as razões do recorrente, para a caracterização do delito do art. 319, basta a prova da existência do dolo ao deixar o funcionário de praticar ato de ofício para satisfazer interesse pessoal.

Por estes motivos, nego provimento aos recursos para confirmar, pelos seus próprios fundamentos, a sentença recorrida.

EXTRATO DA ATA

Acr. nº 2.114 — GB. Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rev.: Sr. Min. Henrique d'Ávila. Aptes.: Roberto Velasco Kopp e outro e União Federal. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: À unanimidade, negou-se provimento aos recursos (em 30-3-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Moacir Catunda e Esdras Gueiros votaram com o Senhor Ministro Relator. Impedido o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. O Sr. Min. Esdras Gueiros compôs *quorum* regimental. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2.211 — MG RECURSO CRIMINAL N.º 251 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre.
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Godoy Ilha.
Apelante — Manoel José Mariano.
Apelada — Justiça Pública.

EMENTA

Sentença transitada em julgado para a acusação.
Prescrição.

Regula-se pela pena abstrata quando não há trânsito em julgado da sentença final (art. 109 do Código Penal), caso em que ela é regulada pelo máximo da pena cominada ao crime.

Réu condenado pelos crimes dos arts. 312 e 171, o primeiro punido com 16 anos e o segundo com 12 anos.

Pela ausência de recurso da acusação e, assim, ocorrida pena concretizada, a prescrição é por ela regulada (art. 110 do Código Penal), visto como, no caso, é impossível uma *reformatio in pejus*.

A prescrição (Súmula 146) deve ser declarada se entre o momento da última causa interruptiva e a sentença condenatória, de que não apelou o M.P., decorreu tempo suficiente, tendo-se em vista a pena concretizada.

Denúncia. Seu recebimento interrompe o prazo prescricional (art. 117, I, do Código Penal).

No caso, o recebimento data de 8-10-69, e a sentença é de 26-10-72.

Inocorrência de prescrição.

Crime fartamente comprovado.

Sentença que se confirma.

Apelo e recurso criminal que se denegam.

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 apelo e ao Recurso Criminal nº 251, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1973.
— Godoy Ilha, Presidente; Jarbas Nobre, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Manoel José Mariano, à época Servente do INPS, visto que já demitido, em colaboração com Geralda Ataíde Pereira, Altamiro Souto Costa e Aldemar Aguiar dos Santos, estranhos ao quadro da autarquia, foram denunciados como incurso nas penas dos arts. 297 e 312 do Código Penal, pelo fato de, mediante expediente fraudulento, terem recebido benefícios previdenciários em nome de segurados, falsos e verdadeiros, inclusive em trans-

ferências de benefícios para outras Estados (Guanabara, São Paulo e Paraná).

O Doutor Juiz, pela Sentença de folhas 431-434, após ter desclassificado o delito do art. 312 para o do art. 171, § 3º, combinado com o art. 25 do Código Penal, absolveu os dois últimos denunciados, sob o fundamento que se segue:

«Tal exclusão de responsabilidade desses denunciados tanto mais se impõe que, quanto a Geralda, no seu único depoimento prestado perante a polícia (folhas 269 a 260), assim mesmo depõe, dizendo que fora iludida por Manoel José Mariano que dela assim se serviu para a prática do ilícito penal, enquanto estava ela certa de estar recebendo benefício para um segurado enfermo impossibilitado de fazê-lo pessoalmente, benefício cujo valor entregava àquele para a destinação própria enquanto que, em relação aos dois outros denunciados, Altamiro e Aldemar, até mesmo a existência real desses é passível de dúvida no processo. Ademais, fora a procura exercida por esses denunciados, cujos mandatos se verificarem falsos, nenhuma outra prova se fez contra os mesmos, em qualquer sentido, a não ser a de que ignoravam as conseqüências dos atos de que participaram.»

Quanto a Manoel José Mariano, foi ele condenado à pena de reclusão de 1 ano, acrescido de 1/3, por se tratar de lesão a entidade de direito público, no total de 16 meses.

O réu, argüindo que no caso ocorrera prescrição, porque entre a data do fato e a denúncia transcorreram prazo superior a cinco anos, pediu a sua decretação.

O pedido foi indeferido (folhas 457-457-v).

Lê-se no despacho:

«Trata-se de crime cometido no ano de 1964, com denúncia oferecida em outro de 1969, e recebida no dia 8-10-69 (folhas 316-317).

O crime, inicialmente, do requerente foi capitulado no art. 312 do C. Penal, cuja pena vai de dois a 12 anos.

Logo, se o crime ocorreu em 1964, e a denúncia foi recebida em 1969, não operou a prescrição, ficando esta interrompida com aquele recebimento.

Conta-se, daí, o novo prazo para o cálculo da prescrição, que agora, após pena aplicada, rege-se por esta e não pela pena *in abstracto*.

Daí, *data venia*, o pedido não procede, pois para a pena de um ano e quatro meses, a prescrição é a referida no n° V, do art. 109, do Código Penal.

Trata-se, é certo, de matéria sempre momentosa e de muita polêmica.

No entanto, do texto de lei revelado pelo art. 109 do Código Penal, em combinação com os fatos dos autos e porque só o réu tenha apelado, não vislumbro outra decisão.»

É interposto recurso em sentido estrito e também apelação, como faz certo os autos em apenso.

Subiram os autos.

Aqui, a Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer em que opina pelo improvinimento do recurso.

Argumenta ela:

«O art. 109 cuida da prescrição da ação penal, ou seja da pretensão punitiva do Estado adotando como critério «o máximo da

pena privativa de liberdade», ou a pena cominada *in abstracto*.

Assim sendo, em qualquer das duas hipóteses, quer tivesse o réu sido denunciado como incurso nas sanções do art. 312 como no art. 171 do C.P. a prescrição se interromperia com o despacho de recebimento da denúncia.

O lapso prescricional do artigo 312 é de 16 anos e o do art. 171 de 12 anos. Não se perca de vista que se cuida de prescrição da ação.

Assim, transcorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia pouco mais de quatro anos, à data desta, interrompeu-se o prazo que corria em favor do recorrente *quanto à extinção da pretensão punitiva do Estado*.

Para que o réu se beneficiasse da prescrição da ação seria necessário que entre a data do fato e o recebimento da denúncia transcorresse pelo menos 12 anos, considerando-se *in abstracto* a pena cominada ao delito cuja desclassificação foi operada pela r. sentença. Recebida a denúncia, interrompido o lapso prescricional, novo prazo começou a fluir em favor do acusado, já aí *em relação à pena que, concretizada e transitada* em julgado para o Ministério Público, regula o tempo dentro do qual ocorreria a prescrição.

Daí não se infere, porém, que tenha o condão de retroagir à data do fato uma vez que a interrupção operada com o recebimento da denúncia assegurou o direito de punir do Estado. O prazo de prescrição voltou à «estaca-zero» como bem asseverou o nobre Procurador da República.

In casu a pena imposta foi de um ano e quatro meses de re-

clusão o que, de conformidade com o art. 109 c/c art. 110, parágrafo único do C.P., passaria a regular o lapso prescricional depois da primeira interrupção.

Aí sim teria aplicação o artigo 109, V, do C.P., ou seja, a prescrição ocorreria em quatro anos. Mas, como se vê dos autos entre o despacho de recebimento da denúncia (8-10-69) e a sentença (26-10-72) não permeou o lapso de quatro anos.

O assunto já mereceu Súmula do Supremo Tribunal Federal que recebeu o nº 146. Recentemente a egrégia Suprema Corte decidiu no Recurso Criminal nº 75.389-SP, Rel. Min. Antonio Neder, que:

«O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o verbete 146 da Súmula é de ser interpretado restritamente, isto é, a prescrição, no caso de tal ementa, somente se configura quando transcorre o prazo prescricional entre a última causa interruptora e a sentença condenatória de que não apelou o acusador».

Não procede a irresignação do apelante pelos motivos laconicamente invocados nas razões de fls. 469.

O réu, ao prestar declarações na fase do inquérito administrativo e judicial assumiu total responsabilidade dos atos por ele praticados (fls. 74-75 e 755-756), como bem observou o nobre julgador *a quo* (fls. 433).

Confesso quanto à autoria de ato lesivo foi demitido através da Portaria nº 84.460, de 7-1-65 como incurso no art. 207, inciso VII, da Lei nº 1.711-52, por lesão aos cofres públicos.

A revelia imposta ao réu vem confirmar a sua responsabilidade.

O art. 158 não sofreu violação uma vez que o denunciado reconheceu expressamente haver falsificado documentos constantes dos autos.

As declarações do denunciado estão em perfeita consonância com o testemunho de Carlos Pereira Coelho às fls. 60-79 e 382v a 383v.».

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): O Ministério Público não recorreu da sentença que condenou o recorrente a 16 meses de reclusão (um ano e quatro meses).

Isto equivale em que, para a acusação, o decisório transitou em julgado.

As regras da prescrição em matéria penal estão insertas nos artigos 109 a 118 do Código Penal.

Regula-se ela pela pena abstrata, quando não há trânsito em julgado da sentença final (art. 109).

Nestes casos, regula-se ela pelo máximo da pena cominada ao crime. No caso, porque o recorrente foi denunciado pelos crimes dos arts. 312 e 171, o primeiro punido com 16 anos e o segundo, com 12 anos, a prescrição não teria ocorrido.

Se há pena concretizada, e não há recurso da acusação, a prescrição, nos termos do art. 110 do Código, por ela é regulada, visto que, no caso, é impossível um *reformatio in pejus*.

Deve, assim, ser ela declarada se, entre o recebimento da denúncia e a Sentença condenatória, já decorreu tempo suficiente.

Este é o entendimento do Ministro Nelson Hungria, exposto no *Habeas Corpus* nº 38.186 (Jardel Noronha e Odaléia Martins — «Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal» — Vol. 9, p. 44).

O Supremo após julgar repetidamente a hipótese, condensou sua jurisprudência na Súmula 146, *verbis*:

«Prescrição, deve ser declarada se entre o momento da última causa interruptiva e a Sentença condenatória, de que não apelou o M.P., decorreu tempo suficiente, tendo-se em vista a pena concretizada.»

Tal entendimento, que é o vigente, coincide com o defendido por José Frederico Marques, no vol. 3º, p. 414, do seu *Curso de Direito Penal*:

«Se ainda não há sentença condenatória passada em julgado, toma-se por base, na fixação do prazo «o máximo da pena privativa de liberdade cominada do crime».

Proferida sentença condenatória, o que vai regular, daí por diante, em alguns casos, o prazo da prescrição, é a pena fixada em concreto, na decisão jurisdicional. A Sentença condenatória, mesmo antes de passar em julgado, produz efeitos. É por isso que o art. 109, fazendo remissão expressa ao art. 110, parágrafo único, estabelece um segundo momento para a contagem do prazo prescricional, mesmo antes de passar em julgado a Sentença condenatória.»

O recebimento da denúncia interrompe o prazo prescricional (art. 117, I, do Código Penal).

No caso, esse recebimento se deu no dia 8 de outubro de 1969 (fls. 317).

A Sentença condenatória é de 26 de outubro de 1972 (fls. 434).

Entre as duas datas, não há transcorrido o prazo de quatro anos a que se refere o art. 109, V, do Código Penal.

Inocorreu, assim, a pretendida prescrição.

O crime pelo qual o apelante foi condenado ficou fartamente comprovado, e a apelação interposta se oferece incapaz de infirmá-lo.

Confirmo a sentença.

Nego provimento ao apelo e ao recurso em sentido estrito.

EXTRATO DA ATA

Acr. nº 2.211 e Recurso Criminal nº 251 — MG. Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre e Rev. Sr. Min. Godoy Ilha. Apte.: Manoel José Mariano. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: Negou-se provimento ao apelo e ao Recurso Criminal nº 251, por decisão unânime (em 12-9-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Godoy Ilha, Amárilio Benjamin e Decio Miranda votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2.264 — PR

Relator Originário — O Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins
Relator Designado — O Exmo. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães
Apelante — Oswaldo Severino da Silva
Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Desclassificação. Cerceamento de Defesa. Indeferimento de Rogatória.

Não há nulidade na sentença que desclassificou o crime de contrabando ou descaminho consumado, para tentativa, sem observância das formalidades do art. 384 do CPP, se na denúncia se afirmou haver o acusado tentado entrar no território nacional; o que prevalece, para tal fim não é a classificação dada ao crime na denúncia, mas o fato nela descrito.

O indeferimento de inquirição de testemunhas, mediante carta rogatória, constitui cerceamento de defesa, com a consequente anulação do processo.

Não está a defesa obrigada a justificar os motivos pelos quais pretende os depoimentos, nem a esclarecer os fatos a provar com as testemunhas arroladas.

Também não pode ser indeferida a carta rogatória por não indicar a parte o Tratado que permite o seu cumprimento, nem justifica o indeferimento, o retardamento na ulatimação do processo, diante do estabelecido aos §§ 1º e 2º, do art. 222, do CPP, que impedem a suspensão da instrução criminal e asseguram o julgamento, sem a devolução da rogatória, no caso de ser excedido o prazo fixado pelo Juiz.

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 de votos, vencido o Senhor Ministro Relator, em dar provimento ao Recurso, para anular o processo, nos termos do voto do Senhor Ministro Revisor, na forma do

relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado. Custas de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1973.
— *Moacir Catunda*, Presidente; *Jorge Lafayette Pinto Guimarães*, Relator.

RELATÓRIO

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

«Oswaldo (ou Osvaldo) Severino da Silva, qualificado nos autos, pelo agente do *parquet*, nos termos da preambular proposição acusatória (fls. 2 e verso), como incurso nas sanções penais do artigo 334, do Cód. Penal, está denunciado, em suma, porque:

«...dirigindo veículo de sua propriedade, tentou ingressar no território nacional pela ponte internacional, que liga o Brasil ao Paraguai, transportando no interior do veículo caixas de uísque, de procedência estrangeira. Negou-se a permitir que o veículo fosse vistoriado, tentando retornar bruscamente em direção do Paraguai, ocasião em que foram efetuados diversos disparos pelo soldado de serviço no local, logrando fugir em desabalada carreira para o lado do Paraguai... O acusado foi reconhecido pelos soldados em serviço na ponte...»

A ação-crime tem a sua acusação exordial firmada em inquérito policial, constituído pelos procedimentos consequentes à coleta dos elementos indiciários. O boletim de vida progressa está às fls. 6, encontrando-se o auto de apreensão às fls. 15, com o exame pericial e avaliação às folhas 17. Foi procedido um auto de reconhecimento (fls. 18 a 19).

A denúncia foi oferecida e recebida (fls. 2 e verso e fls. 28), Citado e intimado o réu, foi interrogado (fls. 30 e verso), seguindo-se a defesa prévia de fls. 39 a 40. Incidentalmente, foi requerida e indeferida a restituição do veículo apreendido (fls. 41 a 42 e fls. 43).

Durante a instrução, com a desistência de uma, foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação (fls. 56 a 57), também, ouvindo-se aquelas nomeadas pela defesa (fls. 85 e verso e fls. 91 e verso), pelos fundamentos expendidos, indeferindo-se a oitiva por rogatória de duas outras residentes no Paraguai (fls. 91 verso e 92). No prazo do art. 499, CPP, em atenção aos pedidos formulados pelas partes, foram efetivadas as providências retratadas às fls. 93, 95, 96 e 99.

Em alegações finais, o inclito representante do Ministério Público Federal, em súmula, entendendo provada a acusação, ressaltando o auto de reconhecimento e os depoimentos testemunhais contestando a versão sobre o empréstimo do veículo apreendido, pediu a condenação do réu na forma tentada do crime imputado (fls. 97 e 98).

A defesa, em síntese, preliminarmente, insurgiu-se contra o indeferimento para as inquirições das testemunhas residentes no Paraguai, procurando demonstrar a utilidade de seus depoimentos. No mérito, examinando e transcrevendo depoimentos prestados, reiterou a negativa de autoria e salientando a vida progressa do acusado, concluiu pedindo a absolvição do réu (fls. 101 a 104).

Os autos estão conclusos para a decisão.»

E, após considerações diversas, o ilustre Doutor Juiz Federal julgou procedente a denúncia para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 334, *caput*, c/c o art. 12, II, do Código Penal, acrescentando:

«Isso decidido, atendendo que a ação delituosa revelou, de parte do agente ativo, plena inteligência de vontade e dirigida ao fim incriminado demonstrando relativa intensidade dolosa; atendendo que as conseqüências do fato típico não chegaram a alarmar socialmente, porque as mercadorias foram apreendidas e não chegaram, pelo acusado, a ser introduzidas em território brasileiro; atendendo às circunstâncias do evento, verificada a vida progressa do réu (fls. 5 e 6), nesse aspecto servindo-lhe como alavanca favorável à prova testemunhal; atendendo que é primário, com domicílio e profissão certos, com condições de pronta readaptação social; tudo apreciado (art. 42, Cód. Penal). aplicando a pena compatível, como pena base, condeno-a a 2 (dois anos) de reclusão, a qual, por ausência de atenuantes ou agravantes (arts. 44 e 48, Cód. Penal), tratando-se de crime tentado, *in concreto*, reduzindo-a de um terço (art. 12, II, e seu parágrafo único, Código Penal), como definitiva, estabeleço-a em 16 (dezesseis) meses de reclusão. Outrossim, em conseqüência da condenação imposta, em favor da União Federal decreto o confisco das mercadorias mencionadas nos autos de fls. 15 e 17 (art. 100, Código Penal). Quanto ao veículo apreendido, a repartição fis-

cal, administrativamente, decidirá como de direito. Oficie-se.»

O réu apelou e o Ministério Público ofereceu contra-razões.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, através do parecer de fls. 150 e seguintes, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. *Min. Peçanha Martins* (Relator): «Não será declarada a nulidade do ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.» É o que prescreve o art. 566 do Código de Processo Penal e o que aconteceu nestes autos relativamente ao indeferimento de expedição de rogatória para inquirição de duas testemunhas no Paraguai, cujos depoimentos, como dito no despacho indeferitório de fls. 91 e 92, em nada poderiam influir no julgado. As informações do Dr. Galdino Espinoza e Manoel Gonzales, este ferido a bala e socorrido por aquele, segundo se alega, não teriam força de desfazer a prova de que o acusado, pela parte que liga o Paraguai ao Brasil, conduzia o seu veículo carregado de uísque. Este fato está positivado pelo auto de reconhecimento de fls. 18 e pelo doc. de fls. 19. E, desclassificando o crime consumado para o simplesmente tentado, o Doutor Juiz não teria que ordenar o reclamado aditamento da denúncia, nem baixar o processo para defesa e produção de novas provas, uma vez que a desclassificação não implicou em delito de natureza diversa, não acarretando, assim, prejuízo para o acusado.

No Sumário foram ouvidas duas testemunhas de acusação — o soldado José Francisco Apolinário e o funcionário público Euzébio Villalva. A primeira disse que,

«...no dia relatado na denúncia, por volta das seis (6) e

trinta horas, quando o depoente se encontrava de serviço na ponte internacional que liga o Brasil ao Paraguai junto com seu companheiro de farda, Domingos Machado, ali chegara, procedente do Paraguai, um veículo Kombi dirigido pelo denunciado; que logo de início o depoente e o soldado Domingos viram que o veículo estava carregado com caixas de uísque; que o denunciado pedira ao depoente e ao outro soldado que o deixassem passar, obtendo uma negativa como resposta; que o denunciado dizia que trazia apenas no carro três ou quatro calças de marca *Lee*, nada mais; que o depoente e Domingos não permitiram ao denunciado que adentrasse em território brasileiro, tendo em seguida, enquanto o depoente guardava o denunciado e o carro, Domingos se dirigia ao posto de fiscalização para trazer ao local funcionários encarregados da fiscalização; que nesse exato momento o denunciado deu uma ré no veículo querendo retornar ao Paraguai, pela ponte; que como o depoente visse que o denunciado iria fugir, detonou alguns tiros contra os pneus do carro, furando um deles, obrigando o denunciado a deixar o veículo e correr a pé, de volta ao Paraguai.»

E a segunda, o funcionário público, informou:

«...que no dia descrito na denúncia, por volta das seis horas e trinta minutos, o depoente encontrava-se de serviço na ponte internacional que liga o Brasil ao Paraguai, quando ouviu gritos e tiros, sendo informado pelo soldado José Francisco Apolinário que a Kombi que tentara voltar e que fora atingida com um tiro era de

propriedade do denunciado Osvaldo Severino da Silva; que conhece, pessoalmente, o denunciado Osvaldo Severino da Silva mas que não o viu correndo e que o vulto que enxergou a distância não pôde identificar como sendo Osvaldo ou não; que conhece o denunciado, que é seu vizinho, e sabe ser um homem trabalhador, nada tendo a alegar contra o mesmo e nunca soube de nada que o desabonasse.»

Depreende-se pois, do depoimento do soldado Apolinário, que o Apelante não ingressou, com o seu veículo, no território nacional. Apenas pediu para passar pela divisa, permissão que lhe não foi dada, pois o depoente e o seu companheiro

«não permitiram ao denunciado que adentrasse em território nacional.»

E, não entrando com a mercadoria em território nacional, não seria possível falar-se, como apontou a denúncia, em crime de contrabando, que só se caracteriza, na forma da lei, «quando a mercadoria proibida já penetrou no território nacional.»

Mas, em verdade, o acusado tentou praticar o crime pretendendo iludir os guardas, inclusive os da fiscalização tributária. Obstado no seu intento é que fugiu para o lado do Paraguai.

Entretanto, embora caracterizado o crime tentado, tenho como excessiva a condenação. A pena da tentativa, diz Magalhães Noronha, «é a do crime consumado, diminuída de um a dois terços. Sendo ela objetivamente menos que o crime consumado, natural que sua pena seja menor que a deste. A lei atende à gravidade objetiva do fato. Em uma há lesão efetiva do bem jurídico, no outro houve perigo, houve ameaça somente» (*in Direito Penal*, Vol. I, pág. 123).

Por estes motivos e tendo em vista que o acusado e ora Apelante é um primário de bons antecedentes, dou provimento parcial ao seu apelo para fixar a pena no grau mínimo, um ano, reduzida de um terço.

VOTO

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (Revisor): A argüida nulidade da sentença, por haver desclassificado o crime, de contrabando ou descaminho consumado (art. 334, do Código Penal) para a tentativa, sem observância da formalidade do art. 384 do CPP, procede.

Muito embora a denúncia haja classificado o crime no *caput* do art. 334, do Código Penal, nela se menciona que o acusado «tentou ingressar no território nacional pela ponte internacional...» (fls. 2), o que conduz à descrição de crime de descaminho tentado.

Por sua vez, o que prevalece, para a aplicação do art. 384, do CPP, não é a classificação dada ao crime na denúncia, mas o fato nela descrito.

Assim é que para a nova definição jurídica do fato descrito na denúncia, não está o julgador adstrito à observância da norma do art. 384, do CPP, como afirmou o Supremo Tribunal Federal, no Recurso de *Habeas Corpus* nº 47.800 (Rel. Min. Aducto Lúcio Cardoso, *D.J.* de 7-8-70, pág. 3.370), e desenvolvendo o princípio, no Recurso de *Habeas Corpus* nº 49.690 (Rel. Min. Antônio Neder, *D.J.* 14-4-72, pág. 2.173), proclamou o Pretório Excelso que a acusação se forma com o fato descrito na denúncia, e não com a classificação ao mesmo dada, pelo que, condenado o acusado pelo crime descrito, não há necessidade de ser adotada a aludida providência prevista na lei processual penal.

Acolho, porém, a segunda preliminar, reconhecendo cerceamento de defesa.

Não podia o Juiz indeferir a inquirição, mediante carta rogatória, de testemunhas arroladas pela defesa, como o fez, sob o triplice fundamento, de não provar o acusado a existência de tratado com o Paraguai, para cumprimento de rogatórias em matéria criminal, e em especial, para inquirição de testemunhas; de nada haver nos autos indicando que as testemunhas arroladas, domiciliadas no Paraguai, tenham informações decisivas sobre os fatos; e de importar dita inquirição em retardamento do processo, além de que o julgamento ocorreria sem a devolução da mesma, diante da norma do art. 222, § 1º, do CPP, que seria de aplicar.

Na verdade, não é exigível da parte que arrola as testemunhas prova da existência de tratado, para cumprimento da rogatória, mas no caso específico do Paraguai há o Acordo firmado em 5 de novembro de 1879, promulgado pelo Decreto nº 7.789, de 1880, mencionado nos *Atos Internacionais Vigentes no Brasil*, coligidos por Hildebrando Accioly, edição de 1937, vol. II, página 45, e relacionado por Roberto Paraíso Rocha (*Tratados e Convenções Internacionais sobre Direito Penal*, in *Revista Forense*, vol. 157, página 522); mas, além disso, em alguns países, pode a carta rogatória ser cumprida independentemente da existência de Tratado, como entre nós sucede, por força do disposto nos artigos 784 a 786, do Código de Processo Penal.

De qualquer forma, porém, não podia o Juiz indeferir-lá, salvo certeza do não cumprimento, devendo, nos demais casos, expedir-lá e aguardar seu cumprimento ou sua devolução, pela impossibilidade de ser cumprida.

Também não cabe ao Juiz apreciar da conveniência ou utilidade do depoi-

mento da testemunha arrolada pela defesa, não sendo esta obrigada a justificar os motivos pelos quais pretende os depoimentos nem esclarecer previamente quais os fatos que pretende provar com as testemunhas domiciliadas no exterior.

Ocorre que em relação a uma das testemunhas consta dos autos (fls. 21) haver sido, no dia do crime, ferido a bala, pretendendo o acusado tratar-se de pessoa que dirigia o veículo e fugiu ao ser este detido.

Por último, no tocante ao invocado retardamento no processo, que decorreria do deferimento da carta rogatória, jamais poderia justificar o seu indeferimento.

Na realidade, sendo aplicada às rogatórias, como bem reconhece o despacho de fls. 91v., o art. 222 do CPP em tais casos, cumpre ao Juiz fixar prazo para o cumprimento da rogatória, sem a suspensão da instrução criminal (§ 1º), findo o qual será o processo julgado, sem a sua devolução.

Daí, todavia, não resulta a inutilidade da rogatória, ainda que venha a ser provavelmente excedido o prazo, porque poderá a parte juntá-la aos

autos, posteriormente, até o julgamento final na instância superior, como dispõe o art. 215, do CPC, aplicável por analogia, expressamente admitida esta pelo art. 3º, do Código de Processo Penal.

Assim sendo, dou provimento à apelação, para anular o processo a partir de fls. 92, diante do cerceamento de defesa.

EXTRATO DA ATA

ACr. nº 2.264 — PR — Rel.: Senhor Min. Peçanha Martins. Rev. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. — Apte.: Oswaldo Severino da Silva. — Apda.: Justiça Pública.

Decisão: Por maioria de votos, vencido o Senhor Ministro Relator, deu-se provimento ao recurso, para anular o processo, nos termos do voto do Senhor Ministro Revisor. Lavrará o Acórdão o Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães (em 11-9-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Otto Rocha e Moacir Catunda votaram com o Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2.310 — PA

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Revisor — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros

Apelante — Francisco Ramalho Alves

Apelada — Justiça Pública

EMENTA

Apelação Criminal. Infração do art. 331 do Código Penal. Hipótese em que se concede ao apelante a suspensão condicional da pena a que foi condenado.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por una-

nimidade, dar provimento parcial à apelação para reformar a sentença e reduzir a pena a 6 meses de detenção, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado.
Custas de lei.

Brasília, 28 de novembro de 1973.
— Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Eis como a sentença recorrida resumiu os fatos do processo até o momento em que foi prolatada:

«O representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, denunciou Francisco Ramalho Alves, brasileiro, então funcionário público federal, residente e domiciliado nesta Cidade, dando-o como incurso nas sanções punitivas do art. 331 do Código Penal. Referiu S. Ex^a que, comparecendo à sala de audiências do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal desta Seção Judiciária a fim de ser ouvido como testemunha em autos de determinada ação penal, «recebeu o denunciado uma censura pelo fato de se apresentar em trajés inadequados para o ato solene que se desenrolava na ação já identificada, declarando o Magistrado que ainda nessa ocasião toleraria se apresentasse a testemunha em mangas de camisa, mas que outra vez que viesse à audiência, na Justiça Federal, usasse vestuário mais compatível com a austeridade dos trabalhos, inclusive pela sua condição de servidor de um importante departamento do Governo Federal». Aduziu S. Ex^a que, «ante as ponderações do Magistrado, feitas com energia mas com cortesia, rebelou-se o denunciado, levantando-se em postura insolente da cadeira em que estava sentado, replicando em altas vozes, quase

aos gritos, que tal traje era o que usava em seu trabalho, e que se a autoridade judiciária desejava que comparecesse com outro vestuário, deveria ter feito prévia comunicação disso», sendo que «ante a atitude insolente do denunciado, traduzida mais em gestos e pelo tom de voz em que replicara, lhe fez o Doutor Juiz advertência de que tinha obrigação de respeitar a pessoa do Juiz Federal, a ele se dirigir em tom e atitudes respeitosos, sob pena de praticar crime de desacato, ficando, pela prática de tal infração penal, sujeito a prisão» e que «novamente replicando ao que lhe declarara a autoridade judiciária, insistiu o denunciado nas atitudes desrespeitosas já descritas, acrescentando a elas um tom de deboche, afirmando que não temia prisão, nem mesmo em flagrante, sendo isso a única coisa que poderia contra a sua pessoa o Juízo fazer». Arrematou o representante do Ministério Público que, «desacatado na sua autoridade, inclusive após haver feito uma tentativa para obstar que isso sucedesse, efetuou o Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal José Anselmo de Figueiredo Santiago a prisão em flagrante delito do denunciado, fazendo do mesmo encaminhamento, após as formalidades legais, para o Presídio São José», enfatizando, ainda, o fiscal da lei que «desacatar funcionário público no exercício de sua função é crime previsto no Código Penal, art. 331», requerendo, então, o processamento do feito em seus trâmites regulares.

A promoção veio instruída com os respectivos autos de prisão em flagrante lavrada pela própria

autoridade judiciária (art. 307, do Código de Processo Penal), dos quais, entre outros, consta o fato de ter o denunciado prestado fiança para se ver processar em liberdade (fls. 71), pelo que foi logo solto (fls. 73).

Recebida a denúncia, foi o réu devidamente citado, qualificado e interrogado, tendo tempestivamente oferecido alegações preliminares e arrolado testemunhas.

A instrução criminal decorreu normalmente, sendo inquiridas oito testemunhas, «após o que chamei o processo à ordem para mandar adotar o rito sumário dos crimes, previstos no artigo 539, do CPP, eis que ao delicto de desacato não é cominada pena de reclusão.

À audiência de julgamento compareceram o representante do Ministério Público e o advogado do réu, tendo ambos produzido as razões orais que vão transcritas na cópia da ata (fls. 260/261v.)»

Após a análise da prova o MM. Juiz Substituto da Seção Judiciária do Pará assim concluiu a sentença:

«No caso *sub judice* estão perfeitamente caracterizadas todas as circunstâncias do crime de desacato, tipificado no art. 331, do Código Penal, e isso, louve-se, é reconhecido pelo próprio defensor do réu, que na audiência disse estar patrocinando os interesses daquele por simples dever de ofício, sentindo-se S. Ex^a constrangido «de defender o réu que teve a infelicidade de usar palavreado menos cortês com a pessoa do conspícuo Juiz Federal» (fls. 260v), não obstante ao final pedir àquele causídico ilustre a

absolvição de seu constituinte sob a invocação de ausência de dolo.

A intenção do acusado, na verdade, foi a de desacatar o Magistrado, pois as admoestações que lhe fizera Sua Excelência não justificavam a atitude arrogante e grosseira, de quem, como policial, tinha o dever maior de acatar a manifestação da autoridade judiciária, quando menos por cortesia, sendo certo, por outro lado, e como afirmou com toda a propriedade o culto representante do Ministério Público, que «uma autoridade judicial, como qualquer outra, tem o direito de ser tratada com respeito e urbanidade, ainda quando possa quem com ela tratar entender existir injustiça em seus pronunciamentos (fls. 260v).

Ante todo o exposto, é fora de dúvida que o denunciado praticou o crime de desacato contra a pessoa e a autoridade do Meritíssimo Juiz Federal, pelo que deverá responder penalmente:

Ex positis,

Julgo procedente a denúncia, para sujeitar o réu Francisco Ramalho Alves às conseqüências de seus atos, e ora o condeno como incurso nos termos do art. 331, do Código Penal.

Levando em conta: a) os antecedentes do réu, que até agora é primário, mas que tem contra si todas as imputações a que alude o relatório de fls. 177/181, estando, ainda, presentemente sendo processado perante este mesmo Juízo Federal Substituto sob a acusação de prática dos crimes tipificados nos arts. 317 e 318, da lei penal substantiva (Processos n^{os} 4.390 e 5.016), e tendo

sido já demitido de seu cargo com fundamento no § 1º, do art. 6º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (D.O. da União, de 23-8-72, Seção I, Parte I, pág. 7.459); b) sua personalidade, caracterizada por atitudes de predisposição à prática de ilícitos; c) a intensidade do dolo, que, embora de ímpeto, foi direto; d) os motivos, por dizer inexistentes; e) as circunstâncias dos atos, na presença de várias pessoas, sem qualquer recato; f) as conseqüências, como desprestígio a um Magistrado e a não realização da audiência, com atraso na marcha processual, adoto como aflição cabível a restrição de liberdade, desprezada a pena de multa por sua inocuidade ante a crescente desvalorização do poder aquisitivo da moeda, sabido que a máxima (no triplo) é de tão-somente Cr\$ 45,00 — e fixo a pena-base no grau médio, ou seja, em 1 ano e 3 meses de detenção, que é a pena definitiva corporal a que fica condenado o réu Francisco Ramalho Alves, já que não há agravantes ou atenuantes e nem causas de aumento ou diminuição, pena essa a ser cumprida no Presídio São José, desta capital, e enquanto a União Federal não possuir estabelecimento penitenciário (art. 85 da Lei número 5.010, de 30-5-66).

«Na forma do que estabelecem o art. 67, inciso II; art. 69, *caput*, inciso V, e parágrafo único, tudo do Código Penal, e tendo, também, em consideração o contido no art. 39, da Lei nº 818, de 18-9-49, e no § 2º, alínea c, do art. 149 da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, aplico, ainda, ao réu Francisco Ramalho Alves a pena acessória

de suspensão dos direitos políticos enquanto dure a execução da pena principal e seus efeitos.

Lance-se-lhe o nome no rol dos culpados.

Transitada em julgado esta sentença condenatória, ou declarada quebrada a fiança, expeça-se o competente Mandado de Prisão.»

Dessa decisão o réu interpôs apelação alegando:

a) nulidade do processo por repousar em inquérito nulo por terem sido o flagrante e o inquérito propriamente dito presididos pela vítima;

b) também nulidade do processo porque configurado evidente cerceamento de defesa com o indeferimento pelo MM. Juiz que o presidiu de todas as perguntas formuladas às testemunhas de defesa pelo advogado dele apelante;

c) ainda nulidade do processo por lhe haver sido emprestado o rito sumário, inadequado quando instaurado em razão de acusação de prática do delito previsto no art. 331 do Código Penal, e, também, porque mesmo admitindo-se tal rito como correto perduraria a nulidade por inobservância do disposto no art. 538 e seus parágrafos, porque não intimado o réu para a audiência de julgamento que se realizou com sua ausência;

d) nulidade da sentença por ter aplicado pena acima do mínimo legal sem justificar as razões que o levaram a assim proceder;

e) que, no mérito, a prova contida nos autos não autorizava a conclusão pela procedência da ação, porque não caracterizada a intenção ultrajante que, na opinião de Nelson Hungria, é o elemento subjetivo do crime de desacato.

Contra-arrazoado o recurso os autos vieram ao Tribunal, onde a Subprocuradoria opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): 1. Defeito formal porventura existente em inquérito policial não constitui causa de nulidade de ação penal, salvo quando se tratar de processo por contravenção. A propósito vale invocar a lição sempre atual do Florêncio de Abreu ao escrever:

«Como já o ensinava Galdino Siqueira, o inquérito «não é um ato judicial, um processo regular pelo qual possa haver condenação ou absolvição, mas é um ato extrajudicial, da competência da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervem a autoridade judiciária competente, ou, em síntese, uma peça de instrução ou instrumento, para servir de base à denúncia, à queixa ou ao procedimento *ex officio*.» E, invocando a lição de Galdino Siqueira, observa Espínola Filho que daí resulta «a certeza da desnecessidade do inquérito se, sem ele, se obteve já o fim a que se destina — apurar a existência de uma infração penal, apontar os que participaram de sua execução... E, por isso, não importa na consequência de invalidar, anulando-o, o processo criminal, a circunstância de se terem realizado, no inquérito, diligências ou quaisquer atos, sem respeito às formalidades legais, ou mesmo contrariando expressas determinações de lei. O fato só terá o resultado de retirar o valor probante do ato ou diligência

assim viciados, que, entretanto, o juiz mandará, por sanar-lhe a falta, repetir sempre que isso for realizável. Somente na hipótese de tratar-se de peça legalmente declarada indispensável ao processo, e cuja falta não há meio de suprir, a nulidade desse poderá ser pronunciada.»

Inaceitável é, assim, a primeira arguição de nulidade formulada pelo apelante.

2. Também o é a segunda, firmada na alegação de cerceamento de defesa porque indeferidas pelo MM. Juiz que presidiu a instrução criminal as reperguntas feitas pelo advogado do acusado.

Em tais perguntas, como se verifica de fls. 213/215, indagava-se se havia determinação do Juízo Federal à Delegacia Regional da Polícia Federal no sentido de os servidores desta, quando chamados a depor, apresentarem-se de paletó e gravata, se os agentes de Polícia Federal, quando em serviço, trajam jaleco próprio, se o réu se portara alguma vez inconvenientemente com os seus superiores e se estes conheciam fato que desabonasse a sua conduta. Não eram realmente impertinentes aos fatos discutidos nos autos, mas, sem dúvida, do indeferimento não resultou real prejuízo para a defesa desde que a acusação a que respondia o acusado era a de haver desacatado a autoridade judiciária, ato que independia, para sua ocorrência, dos fatos inquiridos pelo seu advogado.

À hipótese, portanto, tem plena aplicação, no particular, a Súmula nº 523, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que estatui:

«No processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.»

3. Ainda improcedente é a alegação de nulidade do processo porque adotado nele o rito sumário com arrimo no art. 539, do Código de Processo Penal, que reza:

«Nos processos por crime a que não for, ainda que alternativamente, cominada a pena de recusão, recebida a queixa ou denúncia, observando o disposto no art. 395, feita a intimação a que se refere o art. 534, e ouvidas as testemunhas arroladas pelo querelante ou pelo Ministério Público, até o máximo de cinco, prosseguir-se-á na forma do disposto nos arts. 538 e seguintes:

Dispõe o art. 331, do Código Penal:

«desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de cinquenta centavos a quinze cruzeiros.»

Não sendo cominada a tal delito pena de reclusão, à hipótese tinha aplicação a regra do estatuto processual anteriormente transcrita.

Quanto à nulidade conseqüente do fato de o réu não haver sido intimado para a audiência de julgamento, é ela relativa e não tendo sido argüida no decorrer da mesma audiência ficou sanada (art. 572, do Cód. de Proc. Penal, c/c o art. 517, III, do mesmo Código).

Finalmente é inaceitável a argüição de nulidade da sentença porque não fundamentada a aplicação da pena, o que se verifica da simples leitura do dispositivo da mesma:

«Levando em conta: a) os antecedentes do réu, que até

agora é primário, mas que tem contra si todas as imputações a que aiude o relatório de folhas 177/181, estando, ainda, presentemente sendo processado perante este mesmo juízo Federal Substituto sob a acusação de prática dos crimes tipificados nos artigos 317 e 318 da lei penal substantiva (processos n^{os} 4.390 e 5.016), e tendo sido já demitido de seu cargo com fundamento no § 1^o, do art. 6^o, do Ato Institucional n^o 5, de 13-12-68 (D.O. da União de 23-8-72), Seção I, Parte I, página 7.459; b) sua personalidade, caracterizada por atitudes de predisposição à prática de ilícitos; c) a intensidade do dolo, que, embora de ímpeto, foi direto; d) os motivos, por dizer inexistentes; e) as circunstâncias dos atos, na presença de várias pessoas, sem qualquer recato; f) as conseqüências, com desprestígio a um Magistrado e a não realização da audiência, com atraso na marcha processual, adoto como aflição cabível a restrição de liberdade, desprezada a pena de multa por sua inocuidade ante à crescente desvalorização do poder aquisitivo da moeda, sabido que a máxima (no triplo) é de somente Cr\$ 45,00, e fixo a pena-base no grau médio, ou seja, em 1 ano e 3 meses de detenção, que é a pena definitiva corporal a que fica condenado o réu Francisco Rammalho Alves, já que não há agravantes ou atenuantes e nem causas de aumento ou diminuição, pena essa a ser cumprida no Presídio São José, desta Capital, e enquanto a União Federal não possuir estabelecimento penitenciário (art. 85 da Lei n^o 5.010, de 30-5-66).

Na forma do que estabelecem o art. 67, inciso II, art. 69, *caput*, inciso V, e parágrafo único, tudo do Código Penal, e tendo, também, em consideração o contido no art. 39, da Lei nº 818, de 18-9-49, e no § 2º, alínea c, do art. 149, da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, aplico, ainda, ao réu Francisco Ramalho Alves a pena acessória de suspensão dos direitos políticos enquanto dure a execução de pena principal e seus efeitos.

Lance-se-lhe o nome no rol dos culpados.

Transitada em julgado esta sentença condenatória, ou declarada quebrada a fiança, expeça-se o competente Mandado de Prisão.»

No mérito, contudo, tenho que a apelação deve ser provida para diminuir-se a pena imposta.

As testemunhas de defesa nada esclareceram porque ausentes todas ao ato durante o qual se verificaram os fatos apresentados no libelo.

Do exame dos depoimentos das testemunhas de acusação, porém, verifica-se que se realmente o procedimento do apelante caracterizou desrespeito à autoridade, passível de configurar o crime de desacato, a intensidade do dolo não foi de molde a autorizar a aplicação de pena superior ao mínimo, tratando-se de réu primário.

Eis como decorreram os fatos:

«Walmir Santana Bandeira de Souza, auxiliar judiciário que servia de escrivão:

«Que a testemunha Francisco Ramalho Alves, naquela oportunidade trajava calça e um blusão de mangas curtas;

que o MM. Juiz fez ver à mesma que aquela era a primeira vez que um servidor da Polícia Federal comparecia a uma audiência por si presidida em mangas curtas; que, a testemunha respondeu que aquele era o seu uniforme de trabalho em sua repartição; que, então, o Magistrado informou que deveria comparecer às audiências trajando paletó e gravata; que a testemunha retrucou que se o MM. Juiz quisesse que ela comparecesse com aquele traje deveria, anteriormente, oficiar ao seu superior (dela, testemunha); que essa resposta da testemunha não foi dada em tom de grosseria, mas deixava entrever uma certa arrogância; que o depoente não se recorda muito bem do que aconteceu em seguida, dado o tempo já decorrido, mas parece que a testemunha, ora acusado, estava se tornando inconveniente, tendo S. Ex^ª mandado que se calasse sob pena de prendê-lo em flagrante por desacato; que o acusado respondeu que isso era a única coisa que o magistrado poderia fazer, ou, se não lhe falha a memória teria dito o acusado que não tinha medo de ser preso.»

«Nelson Alves da Cunha, defensor dativo dos réus no processo no qual o acusado fora depor como testemunha:

«Que, em seguida, o MM. Juiz fez ver ao acusado presente que aquela era a primeira vez em que um servidor da Polícia Federal comparecia à audiência por si presidida trajando a indumentária que ele no momento apresentava, isto é, calça e camisa de mangas

curtas (bata); que, então, o acusado presente respondeu que aquele traje era o regulamentar em seu serviço, adiantando mais que estava chegando do serviço, portanto, deveria estar trajado com o seu uniforme regulamentar; que o Juiz disse, então, que exigia que a testemunha comparecesse trajando paletó e gravata; que o acusado respondeu que nesse caso ele e sua repartição deveriam ser previamente avisados do traje exigido para a audiência; que essa resposta do réu foi dada em tom normal e não desrespeitoso; que o MM. Juiz disse então na audiência quem mandava era ele e que exigia o uso de paletó e gravata pela testemunha, e que o réu presente, digo, é que exigia o uso de paletó e gravata pela testemunha; que, na mesma ocasião, o MM. Juiz fez uma advertência, da qual o depoente não está muito bem lembrado, mas que parece ter sido dito pelo Juiz que o réu se portasse direito ou se comportasse bem sob pena de S. Ex^a prendê-lo por desacato à autoridade; que, ora perguntado pelo MM. Juiz a este preside se a testemunha, ora acusado, estava desrespeitando o MM. Juiz Federal, responde o depoente que não considera que estivesse algum desrespeito; que, na ocasião em que o Juiz Federal disse que prenderia o acusado presente fez S. Ex^a tal afirmação alterando a voz; que, então, o acusado respondeu ao MM. Juiz que isso ele poderia fazer e que seria a única

ocisão; que esta afirmação do acusado presente foi feita em voz alterada, tendo, inclusive, ele se levantado da cadeira em que estava sentado sem que ninguém o tivesse mandado levantar; que o MM. Juiz também não havia se levantado; que, ora perguntado pelo Magistrado a que este preside em que tom foi dada esta última resposta pelo acusado presente ao MM. Juiz Federal, responde o depoente que foi em tom desrespeitoso.»

Vê-se que a pena-base fixada pela sentença, e tornada definitiva, de um ano e três meses de detenção, foi excessiva, e, assim, dou provimento parcial à apelação para reduzir a mesma pena a 6 meses de detenção.

EXTRATO DA ATA

ACr. nº 2.310 — PA — Rel.: Senhor Min. Armando Rollemberg — Rev.: Sr. Min. Esdras Gueiros — Apte.: Francisco Ramalho Alves. — Apda.: Justiça Pública.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento parcial à apelação para reformar a sentença e reduzir a pena a 6 meses de detenção (em 28-11-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros, Henoch Reis e José Néri da Silveira votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

CONFLITO POSITIVO DE JURISDIÇÃO N.º 1.101 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Suscitante — Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula
Suscitado — Juiz Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar
Parte — Oreste Inácio de Souza

EMENTA

Competência.

Soldado da Polícia Militar que comete, simultaneamente, crime militar e crime comum, não se encontrando em atividade de policiamento civil.

Inaplicabilidade da Súmula nº 297, do Supremo Tribunal Federal.

Hipótese em que é de reconhecer-se a competência da Justiça Militar do Estado para o processo e julgamento das duas ações penais. Incondibilidade dos fatos.

Conflito Positivo de Jurisdição improcedente.

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, julgar competente o Juiz Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar e determinar que o Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula remeta os autos para aquela autoridade, a fim de julgar todos os crimes, 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; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Trata-se de conflito positivo de jurisdição em que são suscitante e suscitado, respectivamente, o Dr. Juiz de Direito da comarca de São Francisco de Paula e o Dr. Juiz Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar estadual, ambos do Rio Grande do Sul.

Sumariou a espécie a douta Subprocuradoria-Geral da República, às folhas 31/38, *verbis*:

«Os fatos que deram lugar à instauração de dois processos contra Orestes Inácio de Souza, soldado da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, um perante o Dr. Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula, o outro perante o Conselho de Justiça da Brigada Militar do Estado, foram assim descritos na denúncia oferecida perante o primeiro, *verbis*:

«1º — O denunciado estava desconfiado que sua esposa Marlene o estava traindo com o apenado Antão Faria, ora em liberdade condicional. 2º — No dia 22 de novembro do ano transato, após concluir seu período de guarda no presídio local, dirigiu-se para sua casa, pois momentos antes vira o referido apenado parar frente à sua casa e manter curto diálogo com sua mulher. Tendo chegado em casa, o denunciado indagou de sua mulher o que se pas-

sava, e esta negou tivesse mantido qualquer conversa com o mencionado apenado. Não acreditando em sua mulher, o denunciado resolveu agir. 3º — Tomando de um facão, o denunciado, que conduzira sua mulher para o fundo da casa, começou a agredi-la a facão. Marlene começou a gritar, atraindo a atenção de um colega de farda do denunciado, o PM Modesto, diligente, educado e correto, que correu para defender Marlene. Tentando de todos os modos, entretanto, Modesto não conseguiu que Marlene deixasse de ser agredida por Orestes, que estava firmemente decidido a prosseguir na sua ação delituo- sa. Usando de energia, Modesto conseguiu livrar Marlene, que correu para a casa deste segundo PM, tendo o denunciado seguido atrás. 4º — Na casa de Modesto, o denunciado arrombou uma porta, encontrou-se «cara a cara» com Marlene, e deu-lhe um tiro à queima-roupa na cabeça, produzindo-lhe os ferimentos descritos no auto de exame de corpo de delito de fls. e fls. Retirando-se da casa de Modesto, após alvejar Marlene, o denunciado se encontrou com o mesmo, e desferiu-lhe quatro tiros à queima-roupa, com a firme intenção de matá-lo, conforme se vê do auto de exame de corpo de delito de fls. e fls. com a descrição dos ferimentos causados em Modesto. Um tiro dado, e que não atingiu Modesto, foi atingir, à distância, a pessoa de dona Tereza Anacleto Boff, vizinha do denunciado e de Modesto» (fls. 7 e verso).

«2. Tendo o Dr. Auditor da Justiça Militar do Estado deter-

minado a expedição de carta precatória para serem inquiridas testemunhas na comarca de São Francisco de Paula, o Dr. Juiz de Direito titular desta comarca teve conhecimento da instauração do processo perante aquela Justiça contra o soldado Orestes Inácio de Souza, pelo mesmo fato pelo qual estava perante ele sendo t a m b é m processado. Suscitou, então, o presente conflito positivo de jurisdição».

Determinada a suspensão de ambos os processos, vieram informações que requisitei ao Dr. Juiz suscitado, as quais se encontram às fls. 24/29: (lê).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 38/42, no sentido da competência da Justiça Militar do Estado «para o processo e julgamento de todos os crimes cometidos pelo acusado, soldado Orestes Inácio de Souza».

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Do fato descrito no relatório, verifica-se que o denunciado feriu três pessoas: um militar e dois civis. Não se encontrava em serviço de policiamento civil na ocasião.

Pois bem, rezava o art. 6º, do Código Penal Militar (Decreto-lei número 6.227/1944), *verbis*:

«Art. 6º — Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I — os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II — os crimes previstos neste Código, embora também o sejam

com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra militar na mesma situação, ou assemelhado;

b) por militar, em situação de atividade, ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício no campo, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

III — os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais, não só os compreendidos na alínea I, como os da alínea II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar, contra militar em situação de atividade, ou assemelhado;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de exercício, ou manobras no campo;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar».

O Decreto-lei nº 1.001, de 21-10 de 1969 — novo Código Penal Militar, mantém as hipóteses acima descritas, ampliando a enumeração dos crimes militares em tempo de paz, em seu art. 9º, incisos e alíneas. Nesse sentido, *ad exemplum*, introduz, no inciso II, de sistemática idêntica à supra descrita, a alínea *f*, *verbis*:

«*f*) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal».

De outra parte, a Constituição de 1967, e a Emenda Constitucional número 1, de 1969, na trilha de nossa tradição constitucional neste particular, não possui conceito de crime militar, remetendo-se à legislação ordinária definí-lo. Não há amparo legal, ademais, para se não considerar crime militar o que for assim definido em lei, tão-somente a partir da invocação dos motivos determinantes do mesmo. Se, *de lege ferenda*, parece nenhuma razão existir para submeter à jurisdição militar, *ut art. 129, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969*, crime praticado na rua, após discussão sobre assuntos de família ou mesmo desportivos, entre dois militares em atividade, estou em que, diante da legislação em vigor e da omissão constitucional, quanto ao conceito de crime militar, não é possível deixar de enquadrar a espécie no art. 6º, II, alínea *a*, do anterior CPM, ou art. 9º, II, *a*) do novo Código Penal Militar. Nesse sentido observou Pontes de Miranda, em seus *Comentários* (ao art. 122, da Constituição de 1967), t. IV, pág. 230: «quando o crime é praticado por alguma questão inteiramente particular, estranha a qualquer consideração de classe, ou do serviço, ou da ordem, ou da disciplina militar,

como seja pura questão de família o legislador ordinário não pode reputar militar o crime, incluindo-o na lei penal militar, porque dilatária, indevidamente, isto é, sem razão, o conceito de crime militar». Se se adota, porém, na legislação militar critério de caracterização do delito militar, a partir dos sujeitos, ativo e passivo, do crime, conforme sucede, em princípio, em nosso sistema, não vejo como não se ter, qual dessa natureza, crime perpetrado por militar em atividade contra militar em atividade, malgrado as causas concludentes à conduta criminosas.

É certo que o egrégio Supremo Tribunal Federal, anteriormente ao Decreto-lei nº 317, de 1967, firmou na Súmula nº 297, *verbis*:

«Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles».

Estou em que assiste, assim, inteira razão à douta Subprocuradoria-Geral da República, *in casu*, quando sustenta que a Súmula nº 297, do egrégio Supremo Tribunal Federal, constitui uma exceção posta na jurisprudência do Pretório Exelso.

Na espécie, não se trata de invocar a aludida Súmula nº 297, diante das circunstâncias em que os fatos se deram.

Há configurados, inequivocamente, crime militar e crime comum, nos fatos antes descritos.

Cumpra ver crime militar, *ut* art. 9º, item II, alínea a, do Código Penal Militar, no ato do PM Orestes Inácio de Souza, ao ferir o PM Modesto Martins Rodrigues, ambos do serviço ativo, não se encontrando, ao ensejo, o indiciado em função de policiamento

civil. O fato, *in casu*, decorreu de motivo pessoal, em virtude de dúvida do PM Orestes quanto à conduta de sua esposa. A ação penal seria assim, inequivocamente, por isso, da competência da Justiça Militar do Estado.

Acontece, porém, que surge a dificuldade, em razão de existirem outras vítimas, estes civis. Pergunta-se, então: o crime praticado pelo mesmo PM contra civil iria à jurisdição militar? Seria conexo com o crime militar antes referido?

A douta Subprocuradoria-Geral da República sustenta que existe incindibilidade dos fatos, que não seria possível um processo tramitar no juízo suscitante e outro no juízo suscitado. Invoca o art. 79, do CPP: (lê).

No caso, teríamos precisamente definido o concurso: uma ação perante o Dr. Juiz de Direito e outra perante o Dr. Auditor Militar Estadual.

Em Sessão de 3-6-1971, este Tribunal apreciou situação desta ordem no Conflito Negativo de Jurisdição número 1.055, no qual sargentos da Aeronáutica deixaram-se corromper, recebendo indevida vantagem para cometer contrabando. O primeiro crime era, sem dúvida, militar, e o segundo, crime comum. A conexão fazia-se evidente. A douta Subprocuradoria-Geral da República anota, quanto a esse precedente:

«Não foi admitida a separação dos processos, atribuindo-se à Justiça Militar o processo e julgamento de ambos os crimes».

Parece-me que também esta situação de incindibilidade conduziria, na espécie, ao reconhecimento da competência da Justiça Militar para o julgamento dos dois processos. Sem dúvida, é desaconselhável que dois juízes apreciem isoladamente as duas ações, concernentes aos mesmos fatos. O juiz de São Francisco de Paula, ao sentenciar, poderia entrar em conflito com o deci-

sório que o Dr. Auditor emprestasse à ação proposta perante o seu juízo. Dando-se, pois, essa concorrência, estou em que a jurisdição especial há de atrair a comum. Ao invés de se manterem as duas ações em foros separados, é melhor a junção dos processos, ficando os mesmos sob jurisdição especial.

Parece-me que, no Conflito Positivo de Jurisdição, proposto pelo Dr. Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula, onde S. Ex^a entende que seria o juiz competente para julgar também o indiciado PM Orestes, pelo crime praticado na pessoa de seu colega, essa pretensão de exclusividade da jurisdição comum não deve ser acolhida no caso concreto.

Examinados, como assinalai, os fatos, cada um de per si, configuram-se dois crimes: um militar e outro comum.

Dessa maneira, meu voto é no sentido de reputar improcedente o conflito positivo de jurisdição, suscitado pelo Dr. Juiz de Direito, e reconhecer a competência do Dr. Auditor Militar Estadual para o processo e julgamento das duas ações, determinando que o Dr. Juiz de Direito remeta ao Juízo Militar Estadual os autos referentes à ação penal, que foi propulsada naquela comarca, pela Justiça Pública, a propósito dos fatos acima mencionados.

Reporto-me, ainda, aos fundamentos do parecer do ilustre Dr. 4º Subprocurador-Geral da República, às folhas 38/42, que acolho, assim deduzidos:

«4. A solução da controvérsia sobre a competência para o processo e julgamento do acusado há de residir sobre a condição que se atribua ao mesmo e, consequentemente, a uma das vítimas, o soldado Modesto Martins Rodrigues.

«5. Temos sustentado, pelas razões longamente expostas no

parecer que vai anexo por cópia, que, a partir do Decreto-lei número 317, de 13 de março de 1967, que reorganizou as Polícias Militares dos Estados, os integrantes destas adquiriram a condição de militares. Apenas com relação aos crimes que cometerem ou deles sejam vítimas, quando no exercício de função de policiamento civil, abriu a jurisprudência do Excelso Pretório uma exceção, mantendo a Súmula nº 297, muito mais, como se vê de seus arestos, por uma questão de conveniência da Justiça.

«6. No caso, não ocorreu tal circunstância. Não se achava o acusado, soldado da Brigada Militar, em função de policiamento civil, como não estava uma das vítimas, seu colega Modesto Martins Rodrigues. Mas, ambos, se achavam em situação de atividade que, como já examinamos no parecer em anexo, não significa em exercício, mas, simplesmente, militar da ativa, em oposição a militar reformado ou da reserva, o que decorre, desenganadamente, do disposto no art. 12, do Código Penal Militar, *verbis*:

«Art. 12 — O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para o efeito da aplicação da lei penal militar» (Decreto-lei nº 1.001, de 21-10-69).

«7. Ora, o mesmo Código define como crime militar, *verbis*:

«Art. 9º — Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I —

II — Os crimes previstos neste Código, embora também

o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

«a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

.....

«8. Temos, portanto, na espécie, crime definido tanto pelo Código Penal comum, como pelo Código Penal Militar, praticado por militar em situação de atividade, ou seja, da ativa, contra militar também em situação de atividade. Em consequência, indisputável a configuração de crime militar em tempo de paz, cuja competência, no caso, para o processo e julgamento é da Justiça Militar do Estado, em relação aos ferimentos produzidos pelo acusado em seu referido colega.

«9. Já com relação ao crime de lesões corporais ou tentativa de morte praticados pelo acusado na pessoa de sua mulher, e, por *aberratio ictus*, na pessoa de Tereza Anacleto Boff, a competência para o processo e julgamento seria, em princípio, da Justiça comum, ainda que em conexão ou continência com o cometido contra o soldado Modesto, isto porque, segundo dispõe o art. 79, do Código de Processo Penal, «a conexão ou a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I — no concurso entre a jurisdição comum e a militar; II —»

«10. Acontece, porém, que no caso são incindíveis os fatos, e, em casos tais, proclamou o Excelso Pretório a unidade de julgamento, com prevalência da Justiça Militar. Realmente, a lei prevê a separação dos processos, mas, logicamente, quando isso é possível. Não quando se trata de fato único, e,

como tal, incindível na sua apreciação.

«11. Esse, aliás, é o entendimento esposado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão assim ementado, *verbis*:

«Conflito de Jurisdição, Desaconselhável o desmembramento do processo, pelo princípio da economia processual, recomenda-se, todavia, o julgamento dos crimes capitulados em leis diversas, pelo juízo cuja competência seja preponderante, no caso, a Justiça castrense» (CJ 3.147. Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ vol. 39, pág. 455).

«12. Nesse julgamento, levando inclusive ao eminente Ministro Aliomar Baleeiro, Relator, a se reconsiderar, disse com inteiro acerto o eminente Ministro Evandro Lins, *verbis*:

«Havendo concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta, na conformidade da regra estatuída no art. 78, IV, do C. Pr. Penal. «O processo pode ser separado, em casos excepcionais previstos na lei, mas isso não importa na fragmentação do fato, que é incindível. Na espécie, pela narrativa da denúncia, o fato foi praticado em conjunto e inspirado pelos mesmos motivos.

«Não vejo como destacar uma das infrações, contra a regra dominante da unidade do processo, para fazê-la julgar em foro diverso do competente para julgar os acusados, pelo princípio da especialidade» (RTJ, vol. 39, pág. 457).

«13. Se, no caso, o acusado alvejara o soldado Modesto, ao qual atingiu, e, por *aberratio ictus*, alcançou e feriu também Tereza

Anacleto, como se poderia cindir o fato para processar o acusado perante a Justiça Militar, pelas lesões ocasionadas no seu colega militar, e perante a Justiça Comum pelos ferimentos causados em Tereza?

«14. Diz ainda o eminente Ministro Evandro Lins, em seu voto, no referido julgamento: «A pluralidade de resultados, no caso, está intimamente vinculada à ação que se propunha o autor. Não é possível dissociar esses resultados, para efeito de julgamento, sob pena de se poder criar, até, um conflito de decisões no futuro» (RTJ, vol. 39, pág. 457 e v.).

«15. Aqui, também, cindir o julgamento, pode levar a decisão contraditória, o que deve a todo custo ser evitado. No caso, a cena, na realidade, é uma só: o soldado Modesto consegue, no primeiro momento, evitar que o acusado continue a agredir sua mulher. Esta se aproveita e foge para a casa de Modesto. Aí vai ter, ato contínuo, o acusado. Arromba a porta e alveja sua mulher. Sai e atira em Modesto, alcançando e ferindo a este e a uma mulher que nada tinha com o fato. Como cindir-se o processo e o julgamento de tais fatos?

«16. Em caso semelhante, mas não expressivo como o presente, em matéria de incindibilidade, sustentamos a mesma posição, que mereceu a acolhida do egrégio Tribunal Pleno. Tratava-se de sargentos da Aeronáutica que se deixaram corromper, recebendo indevida vantagem, para cometer contrabando. O primeiro crime era, sem dúvida, militar, e o segundo crime comum. A conexão era evidente. Não foi admitida a separação dos proces-

sos, atribuindo-se à Justiça Militar o processo e julgamento de ambos os crimes (Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.055, sessão de 3-6-71)».

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Sr. Presidente, ouvi com toda a atenção o parecer do Dr. Henrique Fonseca de Araújo, bem como o brilhante voto do Ministro José Néri da Silveira.

Peço permissão, entretanto, para discordar da conclusão de ambos.

Se admitirmos que todo crime praticado por militar contra militar, por motivo extramilitar, venha a constituir crime militar, nós estaríamos criando uma verdadeira justiça de casta, e isto me repugna.

No caso, para concluir de modo diferente, apego-me às expressões «Militar da Ativa» e «Militar em atividade» contidas na Lei, e tenho que o militar em atividade é aquele que está no exercício da função militar, e só nestes casos o crime praticado deve ser julgado pela justiça especializada.

Julgo competente para julgar o caso o Dr. Juiz Estadual.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, no conflito de jurisdição que foi citado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, manifestei meu entendimento, embora houvesse ficado vencido, no sentido de que, impondo o art. 70, nº I, do Código de Processo Penal, a regra de que no concurso entre a jurisdição militar e a comum, não ocorre a unidade de julgamento; ainda admitindo o abrandamento introduzido pela jurisprudência do Supremo, através de voto do Ministro Evandro Lins, que

atendeu à incindibilidade dos fatos; não é possível ampliar essa extensão para alcançar qualquer caso de conexão. Se assim fosse, estaríamos diante, não de um abrandamento da norma legal, e sim de sua verdadeira supressão. O fato é que o Código de Processo Penal diz expressamente: «No concurso entre a jurisdição militar e a comum, não há unidade de processo e julgamento». Não é possível dar uma interpretação que leve todos os crimes conexos para a Justiça Militar, o que anularia essa regra. Assim, aceito a extensão da jurisdição militar quando o fato for verdadeiramente incindível.

No caso, em relação ao crime praticado contra um colega de farda, e que por *aberratio ictus* atingiu uma outra senhora, a incindibilidade é manifesta. Já em relação ao crime praticado contra a sua esposa, não encontro essa incindibilidade. É um fato antecedente, pode ter dado causa ao segundo crime, mas há mera conexão entre ambos. O meu voto, mantendo o entendimento, que então expus, é assim no sentido de que, quanto ao primeiro crime do acusado contra a sua esposa, a competência é do Juiz Estadual. Já no referente ao crime contra o soldado da brigada policial, com o *aberratio ictus*, atingida que foi uma senhora, a competência será da Justiça Militar do Estado.

É o meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Sr. Presidente, peço vênia ao Relator para acompanhar o voto do Sr. Ministro Jarbas Nobre, com as limitações do voto do Sr. Ministro Jorge Lafayette. Entendo que com relação ao crime per-

petrado contra a esposa do réu, não há nenhuma inconveniência em se cindir o processo.

Estou de acordo com o Sr. Ministro Jorge Lafayette, dando pela competência da justiça comum para o processo de julgamento de delito praticado contra a esposa.

VOTO

O Sr. Min. Decio Miranda: Reservo-me para melhor estudo no futuro. Embora não esteja na lei, está insito na índole do sistema que a Justiça Militar é aquela que lida com fatos que dizem respeito ao serviço militar, em sentido amplo. No primeiro conflito julgado hoje, o de nº 1.198, a mesma dúvida me assaltou.

EXTRATO DA ATA

CPJ. nº 1.101. RS. Rel.: Sr. Ministro José Néri da Silveira. Susct.: Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula. Susctdo.: Juiz Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar.

Decisão: Por unanimidade, conheceu-se do conflito e, por maioria, julgou-se competente o Juiz Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar e determinou-se que o Juiz de Direito da Comarca de São Francisco de Paula remeta os autos para aquela autoridade, a fim de julgar todos os crimes, vencidos os Srs. Mins. Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Godoy Ilha (em 24-6-71 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros, Henoch Reis, Peçanha Martins e Decio Miranda votaram *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 36 — DF

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.

Excipiente — União Federal.

Excepto — Min. Esdras Gueiros.

EMENTA

Apelação Criminal. Exceção de suspeição de Juiz. É intempestiva a apresentada após iniciado o julgamento e proferidos três votos pela confirmação da sentença absolutória. A nulidade do processo, mesmo quando insanável, somente pode ser argüida no momento próprio, que, no caso de Juiz de Tribunal, é antes de ser por ele proferido voto, ou, concluído o julgamento, por via de recurso destinado a anulá-lo. Hipótese de não conhecimento da exceção.

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

Brasília, 21 de novembro de 1972.
— Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Em sessão de 29 de maio do corrente ano, foi chamada a julgamento na Egrégia Terceira Turma a Apelação Criminal nº 1.603, em que era apelante a Justiça Pública e apelados João Chammas e outros. Depois de terem votado os Srs. Ministros Márcio Ribeiro, Esdras Gueiros e Henoch Reis, todos negando provimento à apelação, pediu vista dos autos o Ministro José Néri da Silveira, com o que foi o julgamento interrompido.

Dias depois, o 4º Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fonseca de Araújo, procurou, em seu Gabinete, o Ministro Esdras Gueiros, para comunicar-lhe que, alertado por

um dos advogados do Banco do Brasil, assistente do Ministério Público na ação penal, verificara haver sido publicada no *Diário da Justiça* de 12 de junho, na Seção destinada aos atos da Justiça Federal, notificação relativa a ação cível promovida por Indústrias Reunidas São Jorge S.A. contra a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), na qual funcionava como advogado da autora o Dr. Nehemias Gueiros, fato que, lhe parecia, importava em tornar o Ministro Esdras Gueiros impedido para julgar a ação penal, porque irmão do Procurador referido.

Decorreria o impedimento, afirmou, da circunstância de ser o réu da ação penal, ao tempo dos fatos delituosos que lhe eram imputados, diretor da sociedade que, na ação cível, tinha como Procurador o Prof. Nehemias Gueiros, havendo possibilidade de repercutir no resultado desta última a decisão proferida no processo-crime.

Esse convencimento do 4º Subprocurador-Geral da República foi confirmado em carta enviada ao Sr. Ministro Esdras Gueiros em 26 de julho, o qual levou o problema à consideração da Turma, como questão de ordem, oportunidade em que esclareceu as razões por que não se julgava impedido.

Em 18 de setembro, quando se deveria concluir o julgamento com a apresentação de voto pelo Sr. Ministro José Néri da Silveira, o Ministério Público formalizou a argüição de impedimento, com pedido de interrupção do julgamento, que não foi atendida, vindo a ser proferido o voto que faltava, cuja conclusão foi contrária aos demais.

Autuada a exceção de suspeição teve vista dos autos o excepto, que a repeliu reiterando as razões aduzidas perante a Turma.

Posteriormente, a Subprocuradoria-Geral pediu a anexação de documentos e produziu alegações.

Novamente teve vista dos autos o Sr. Ministro Esdras Gueiros.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Dou por feito o relatório, esclarecendo aos meus ilustres pares, entretanto, que o elaborei de forma resúmda, por existir preliminar que, se aceita, impedirá o exame do mérito. Se tal preliminar for ultrapassada, farei então a leitura de peças outras do processo para perfeito conhecimento da controvérsia.

Passo a proferir o meu voto preliminar.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator):

1 — Preliminarmente este Tribunal há de apreciar a tempestividade da argüição de suspeição feita quando o julgamento não só já se iniciara, mas ainda quando, pelos votos proferidos, a sentença absolutória de primeira instância seria confirmada mesmo que divergente fosse o pronunciamento que faltava.

Sustenta-a o excipiente com as alegações seguintes:

«Apesar de já iniciado o julgamento, e de só após o mesmo ter sido conhecido o impedimento do ilustre Ministro Esdras Gueiros, inclusive por S. Ex^a, segundo nos afirmou, tempestiva é a argüição nesta oportunidade.

Embora tratada como suspeição pelo Regimento Interno e pelo Código de Processo, na verdade se trata de impedimento a proibição imposta ao juiz de funcionar em processo em que a parte ou seu procurador seja seu parente até o 3º grau.

Ensina Tourinho Filho que o motivo previsto no art. 185, I, do Código de Processo Civil, igual ao definido no art. 213 do Regimento Interno, é verdadeiro impedimento, equiparado, quanto aos seus efeitos, à suspeição absoluta, *verbis*:

«A primeira (a suspeição relativa) constitui vício que pode ser sanado pela preclusão. Se a parte não na alega no momento oportuno, não mais poderá fazê-lo. A segunda (suspeição absoluta) poderá ser alegada em qualquer momento ou instância: Torna-se sanável, apenas pela preclusão da pretensão à rescisão» (C. Civil, art. 178, § 1º, VIII) (*Processo Penal*, vol. II, pág. 902).

Invocando Borges da Rosa, esclarece o mesmo autor que «impedimento significa obstáculo ou proibição para funcionar no processo ou intervir em ato judiciário em virtude da existência ou ocorrência de determinado motivo», para adiante acrescentar, *verbis*:

«E os atos praticados por juiz impedido, ensina Tornaghi,

não são apenas nulos, mas juridicamente inexistentes. A respeito deles não há que pensar em sanabilidade» (Cfr. *Comentários* II/314). No mesmo sentido Frederico Marques (*Elementos*, vol. II/467) (Ob. citada, págs. 904-905).

Portanto, não concluído o julgamento, e somente sendo conhecido o impedimento depois de iniciado aquele, tempestiva é sua arguição, nesta oportunidade.»

2 — É inegavelmente correta a lição de Tourinho Filho invocada pelo Ministério Público. O Código de Processo Penal, no seu art. 96, dispõe que a exceção de suspeição deverá ser argüida antes de qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente, do que decorre que se a defesa ou acusação produzirem alegação na causa sem averbá-la não mais a poderão alegar porque se opera a preclusão do direito a fazê-lo.

Das incompatibilidades e impedimentos, porém, o legislador cuidou no art. 112 e não estabeleceu momento limitativo para a respectiva arguição, do que decorre que em relação a tais vícios não se dá preclusão.

Conclui o excipiente, porém, e aqui começa a nossa discordância, que se não há preclusão do direito de argüir incompatibilidade ou impedimento, a averbação de tais vícios poderá ser feita a qualquer momento, inclusive em meio ao julgamento.

Não lhe assiste razão, contudo. As nulidades do processo, mesmo quando insanáveis, somente podem ser argüidas em momentos próprios, e a diferença que existe entre as hipóteses em que se dá a preclusão do direito de alegá-las e aquelas em que tal não ocorre, está em que, no primeiro caso, ultrapassada a oportunidade estabelecida na lei, não mais é possível à parte

fazê-lo, enquanto no último conservam acusação e defesa o direito de argüí-las, sempre que se oferecer o momento adequado, que, no caso de impedimento ou incompatibilidade de Juiz de Tribunal é antes de proferir voto ou, concluído o julgamento, por via de recurso destinado a anulá-lo.

Admitir o contrário seria possibilitar o tumultuamento do processo, e, no caso concreto de que nos ocupamos, a anulação, por este Tribunal, de decisão cujo reexame escapa à sua competência.

Como se viu do relatório, a exceção de suspeição foi apresentada quando já haviam sido proferidos três votos confirmando a sentença absolutória de primeiro grau, e portanto, quando, mesmo afastado o voto do Ministro Esdras Gueiros, não se alteraria o resultado do julgamento em favor dos réus (art. 615, do Código de Processo Penal). Se o Tribunal julgasse procedente a exceção teria que declarar nulo tal julgamento, já agora concluído, com o que estaria revendo decisão que não poderia apreciar por via de recurso, porque incabível para esta Corte, e, portanto, excedendo da sua competência.

Tenho, assim, que a arguição do Ministério Público foi apresentada intempestivamente, e, por isso, dela não conheço.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Min. Henrique d'Ávila: Também eu, Sr. Presidente, reputo inoportuno o oferecimento da arguição nos precisos termos do voto que acaba de proferir V. Ex^ª.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. Estamos apreciando

questão preliminar. Nada tem a ver com o mérito da exceção. Entendo, *data venia*, que outro enquadramento cumpre dar a essa matéria preliminar.

O art. 112, do Código de Processo Penal, estabelece, na sua parte final, que na arguição de impedimentos e incompatibilidades segue-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

No art. 103, § 3º, o Código de Processo Penal, de outra parte, determina que se observem os preceitos gerais sobre suspeição do juiz singular, em se tratando de arguição de suspeição de membro de órgãos judiciários colegiados.

Parece-me, dessa maneira, que a mesma regra que autoriza o conhecimento de exceção de suspeição contra juiz singular, fundada em motivo superveniente, possibilita que, se proposta a questão relativamente a membro de tribunal, com base em fato alegado pela parte como superveniente, haja possibilidade de a Corte conhecer da exceção.

No caso concreto, o eminente Relator destacou que o julgamento já se encontrava com o resultado favorável aos réus, uma vez que, quando de sua suspensão, haviam sido proferidos três votos pela confirmação da sentença absolutória. É certo, entretanto, que o julgamento não estava encerrado; fora suspenso. Este incidente, pois, instaurou-se no curso do julgamento. Se o voto a ser colhido estaria em conformidade com os anteriores, ou em divergência com estes, parece-me ser questão irrelevante para o presente juízo preliminar de conhecimento. É exato que, enquanto não concluído o julgamento, o fato de existirem votos em um sentido, ou noutro, não obstava que o resultado final, em princípio, pudesse ser modificado. Daí, a meu sentir, não prevalecer o argumento de

que o simples conhecimento, pelo Tribunal, da exceção, implicaria em desfavorecer aos réus, eis que tiveram, por último, decisão favorável, com o término do julgamento procedido, após a arguição do impedimento.

Compreendo, dessarte, que a arguição era ainda viável quando feita antes de finalizado o julgamento. Não entro sequer no juízo de prelibação ou juízo de relevância para o conhecimento, que seria uma segunda questão processual a aqui destacar-se.

De outra parte, registro que, argüida a suspeição de um dos membros da Turma, propus, na oportunidade, como integrante da mesma, questão segundo a qual o julgamento do processo principal não deveria prosseguir. Entendi que o processo deveria aguardar fosse decidida esta exceção de suspeição, porque, recusada a suspeição ou o impedimento pelo próprio Juiz, como é a da lei, as peças são arquivadas em apartado, e a competência para julgá-la não é da Turma, e sim do Tribunal Pleno (CPP, art. 103 e § 4º). Ora, se o Tribunal Pleno tivesse por procedente a exceção, consequência seria ficarem nulos todos os atos do processo principal, *ut* art. 101, do CPP. Não se trata, aí, de o Tribunal Pleno cassar decisão de Turma. Julgada, porém, procedente a suspeição ou impedimento, *ex vi legis*, se não de ter por nulos atos praticados com intervenção do juiz excepto. Daí por que não acolho o argumento invocado, no voto do ilustre Relator, de que se daria cassação do ato da Turma, pelo Tribunal Pleno. Vejo, de qualquer forma, porém, como, em verdade, precedia meu entendimento de que a Turma cumpria, por razão de conveniência, aguardar a apreciação pelo Tribunal Pleno da exceção em foco. Tanto é assim que a maioria, nesta assentada, vem também emprestando relevo ao fato da conclusão do julgamento, para não conhecer da ex-

ção oposta, no curso do mesmo, perante a Turma.

Do exposto, reiterando que não formulo, a esta altura, sequer, juízo de relevância para o conhecimento, o que constituiria, eventualmente, como disse, uma segunda questão processual a ser, aqui, destacada, nem à evidência me volto ao exame do mérito, mas apenas cogito da viabilidade, ou não, de o Tribunal conhecer da arguição de impedimento, estou em que, de acordo com nosso sistema, é possível, em virtude de estar ela fundada em motivo superveniente (art. 96, 2ª parte, do CPP), dela o Tribunal Pleno conhecer, para apreciar-lhe o mérito. Não há na espécie, assim, falar em intempetividade da arguição em foco.

O Sr. Min. Godoy Ilha: Fato superveniente não é conhecimento da parte, e o fato superveniente seria o que criou a incompatibilidade ou a suspeição, após o julgamento. O fato de a acusação afirmar que só agora dele teve conhecimento, isso não constitui fato superveniente previsto na lei processual penal. Fato superveniente é aquele fato que criou o impedimento ou a suspeição do julgador, após a distribuição do feito. O conhecimento superveniente por parte do excipiente não legitima a oposição de exceção de suspeição.

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Do que entendi do relatório, o fato da notificação ocorreu posteriormente à suspensão do julgamento do processo principal. Tanto que a parte trouxe de imediato a arguição do impedimento, à vista da ocorrência referida. Assim, segundo a observação do eminente Min. Godoy Ilha, me parece que não careceria a exceção do pressuposto referido, consignado no art. 96, do CPP.

O Sr. Min. Godoy Ilha: O que foi superveniente foi o conhecimento que teve o digno e honrado Dr. 4º Subprocurador-Geral da República, através de informações que lhe foram ministradas pelos advogados do Banco do Brasil. Isso é que foi superveniente. Portanto, *data venia* de V. Exª, tenho como irrepreensível o voto que acabou de proferir o eminente Ministro Presidente desta Casa, rejeitando a exceção como argüida intempestivamente.

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Sr. Presidente. Do sucintamente exposto, *permissa venia*, afasto esse primeiro óbice que se propõe ao conhecimento da arguição de impedimento, *in hoc casu*.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o voto que V. Exª proferiu. Parto da distinção de que, quando se argui um impedimento, por via de exceção, semelhante no rito à de suspeição, é com uma finalidade: impedir que o Juiz profira julgamento, ou seja, afastar o juiz antes de proferida a decisão. Se não for argüida antes da decisão, evidentemente o impedimento poderá vir a ser alegado posteriormente, porque sobrevive à decisão, viciando-a e tornando-a nula. Mas aí terá a parte que usar dos recursos para anular a decisão que foi proferida. No caso concreto, o Ministro argüido de impedido já havia, inclusive, proferido o seu voto. Não cabia mais a exceção de impedimento, para obstar o julgamento por esse Ministro, porquanto já fora proferido o voto. Se realmente estivesse, ou estiver, impedido, a consequência será uma decisão nula da Turma, a ser atacada

pelos recursos cabíveis; como exceção, teria que preceder a arguição à manifestação do Juiz.

O Sr. Min. José Néri da Silveira: A regra é expressa no Código de Processo Penal. Fui voto vencido quando essa questão se propôs na Turma: entendi que o julgamento deveria prosseguir suspenso. Deu-se a arguição precisamente no dia, na sessão em que eu anunciei o meu voto-vista. Pedi preferência ao Presidente para proferir o voto relativamente à apelação criminal. Surgiu então essa questão de ordem na Turma...

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Com a devida vênia do Sr. Min. Néri da Silveira, não me parece que assim seja.

O que prevê o Código é que, não tendo a exceção efeito suspensivo, prosseguindo o processo, se a execução for acolhida, tudo o que se decidiu ficará nulo. Mas deve a exceção ser oferecida antes do julgamento, porque a sua finalidade justamente é a de impedir ou obstar a participação de Juiz impedido, no julgamento a ser proferido.

Após o julgamento, ou o voto, todavia, se impedido o Juiz, haverá uma decisão eivada de nulidade, a ser atacada por via de recurso, sem que caiba a arguição de impedimento por meio de exceção.

Não haverá o efeito cessatório, próprios dos recursos, na primeira hipótese, embora do julgamento de exceção decorra anulação da decisão que

foi proferida, e estou de inteiro acordo, no particular, com o Sr. Min. Néri da Silveira; mas na segunda hipótese, quando o Ministro já votou, a alegação do impedimento terá como finalidade esse efeito cessatório, visando a anular o seu voto. E isto, a meu ver, só por meio de recurso será possível.

Assim, Sr. Presidente, com a devida vênia, acompanho inteiramente o voto por V. Ex^a proferido.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Sr. Presidente, pela ordem.

Estando eu em causa nesta exceção de suspeição, peço permissão para ausentar-me do Plenário, como é da praxe.

EXTRATO DA ATA

ES. nº 36 — DF. Rel.: Sr. Min. Pres. Armando Rollemberg. Excpte.: União Federal. Excto.: Min. Esdras Gueiros.

Decisão: Por maioria de votos, vencido o Sr. Min. José Néri da Silveira, não se conheceu da exceção (em 21-11-72 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Décio Miranda, Jarbas Nobre e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Esdras Gueiros.

HABEAS CORPUS N.º 3.009 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Paciente — Sidônio Rodrigues
Impetrante — Ivair Nogueira Itagiba

EMENTA

Habeas corpus.

Prescrição. Pena em abstrato. Inocorrência.

A publicação da sentença criminal, que interrompe o prazo prescricional, sucede no momento em que, no cartório, ela é recebida, e não quando se intíam as partes.

Existindo apelação do Ministério Público, pendente de julgamento, não há falar em aplicação da Súmula nº 146, do STF.

Não cabe, outrossim, em *habeas corpus*, ajuizar do mérito do recurso interposto pelo órgão da acusação. Nenhum abuso de direito existe, quando o Ministério Público apela da sentença condenatória, a fim de proporcionar à Superior Instância ensejo de eventual exacerbação da pena imposta em primeiro grau, por considerá-la benigna.

Habeas corpus denegado.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, denegar a ordem do *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 28 de maio de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): O bacharel Ivair Nogueira Itagiba impetra novo *habeas corpus*, em favor de Sidônio Rodrigues, condenado a 3 anos e 9 meses de reclusão, por sentença do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Santos, de cujo ato entende-lhe estar decorrendo constrangimento ilegal.

Denunciado a 25-11-1964, juntamente com outros, foi condenado a 24-11-1972.

São fundamentos do pedido: a) extinção da punibilidade pela prescrição, quer considerada a pena em abstrato, quer nos termos da Súmula nº 146, do Pretório Excelso, por inoperante, apelação do M.P. do decisório em foco, dado que ocorreu ilegitimidade do órgão de acusação que apelou e à vista dos termos da súplica recursal; e b) erro material na aplicação da pena tornou nula a sentença.

Desenvolve os fundamentos da impetração o requerente às fls. 1/5, nestes termos: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido, de fls. 109/113, reportando-se, ainda, ao parecer emitido no *Habeas corpus* nº 3.015, impetrado pelo Dr. Célio Silva, em favor de Antônio Joaquim de Brito Pereira e outros.

Deixei de julgar o presente *Habeas Corpus* nas duas sessões seguintes à conclusão dos autos, em face da conveniência de aguardar a ultimação do julgamento do *Habeas Corpus* núme-

ro 3.015, conforme despachei, às folhas 121.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Incorre a invocada prescrição da ação penal, em face da pena em abstrato, como pretendido na inicial.

Argumentou, nesse sentido, com inteiro acerto, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 110, *verbis*:

«9. Igualmente, em relação à pena em abstrato, posto de lado o acréscimo do crime continuado, o prazo também é de 8 anos, e, conseqüentemente, recebida a denúncia a 26 de novembro de 1964, quando publicada e registrada a sentença condenatória, 24 de novembro de 1972, ainda não se consumara a prescrição».

No parecer emitido no HC nº 3.015, mais pormenorizadamente, aduz (folhas 117/119), *verbis*:

«19. Na verdade, sustenta a Impetração que a denúncia foi recebida em 26 de novembro de 1964, tendo a r. sentença condenatória sido publicada a 29 de novembro de 1972. Teria assim decorrido tempo superior a 8 anos, suficiente para a prescrição da ação, com base no máximo da pena cominada para o crime pelo qual foram os Pacientes denunciados e condenados: receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CP), punida com pena de reclusão de 1 a 4 anos.

«20. Logo, se exata juridicamente a conta feita pelo Impetrante, ter-se-ia verificado a prescrição da ação, considerando o máximo de pena em abstrato, eis

que nas penas superiores a 2 anos e não excedentes de 4 anos, o prazo prescricional é de 8 anos (CP, art. 109, IV).

«21. Acontece, porém, que que a data da publicação da sentença não é a de 29 de novembro de 1972, mas, sim, a de 24 de novembro de 1972.

«22. Realmente, nesta última data foi não só recebida a sentença pelo Escrivão, conforme se vê do respectivo Termo (folhas 50), o que seria suficiente, mas também foi ela publicada e registrada na mesma data, como se vê do «Termo de Registro e Publicação» (fls. 50).

«23. Ainda que não coincidissem a data do recebimento com a da publicação, prevaleceria a primeira, como já decidiu, por duas vezes, o Excelso Pretório, *verbis*:

«*Habeas Corpus*. Dá-se a publicação da sentença criminal, que interrompe o prazo de prescrição, no momento em que, no cartório, ela é recebida. Não se confunde, com a publicação, a intimação da sentença. Indeferimento do pedido» (HC número 150-SP, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ — vol. 51, página 658).

Não importa que o Escrivão tivesse certificado às fls. 116, que ela havia sido publicada em 25 de novembro daquele ano, uma vez que a publicação, que não se confunde com intimação, se considera como feita, na data em que a recebe o escrivão, e não quando este, arbitrariamente, certificar a sua publicação (HC nº 44.509, RTJ, vol. 44, pág. 142).

«24. No caso, porém, a própria publicação e conseqüente

registro ocorreram no dia 24 de novembro de 1972, e, portanto, ainda não havia decorrido o prazo de 8 anos, necessário à ocorrência da prescrição com base na pena em abstrato».

«25. Não tem qualquer relevância o fato de terem sido interpostos embargos de declaração, por parte de um co-réu, que não qualquer dos Pacientes cujo nome não constava de *decisum*.

«26. Já proclamou também o colendo Supremo Tribunal que os embargos de declaração somente suspendem o prazo em relação ao embargante, salvo, é lógico, que pela retirada dos autos do cartório, não possa outro co-réu consultá-los, para interposição de recurso. Eis o v. acórdão, *verbis*:

«Intempestividade de recurso extraordinário. Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, em princípio, em relação, apenas, ao embargante. Aplicação do art. 862, § 5º, do CPC. Recurso extraordinário não conhecido» (RE nº 68.398 — MG. Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ, vol. 63, pág. 95).

«27. Mas, de qualquer forma, trata-se de suspensão de prazo para recurso, que nenhum reflexo tem sobre a data da publicação. Se se suspende o prazo é porque já havia iniciado seu curso, e, portanto, porque já estava publicada a sentença».

No que atine à extinção da punibilidade pela prescrição, em face da pena concretizada na sentença, cumpre considerar os dois aspectos de sua formulação.

Em primeiro lugar, parte ilegítima teria sido o representante do MP, para interpor o recurso.

Às fls. 111/113, demonstrou o Dr. 4º Subprocurador-Geral da República a desvalia do fundamento, com razões que, por inteiro, adoto, aqui, nestes termos:

«14. Por fim, se possível menos precedente, ainda, o último fundamento do pedido: a ilegitimidade do Promotor que manifestou apelação, eis que, segundo o douto Impetrante o substituto legal do Dr. 2º Promotor era o Promotor Substituto, e não o 3º Promotor, que interpôs a apelação.

«15. Não só informa o MM. Juiz exatamente o oposto, ou seja, que o primeiro substituto do 2º Promotor é o 3º Promotor, que apelou, como, de qualquer forma, o princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público permitiria a substituição por qualquer representante da Instituição, ainda que de instância superior.

«16. Nesse sentido é a lição dos processualistas, aqui e no estrangeiro, como faz certo José Frederico Marques, *verbis*:

«2º O Ministério Público é uno e indivisível. Pelo princípio da unidade, todos os funcionários da instituição, disseminados por juizados e comarcas, constituem um só órgão sob uma só direção, enquanto que, pelo princípio da indivisibilidade, todas as pessoas que compõem o Ministério Público podem ser substituídas umas pelas outras.

«O Ministério Público, como diz Roux, forma um corpo hierarquizado. Hauss, por seu turno, afirma que os funcionários da instituição constituem uma pessoa moral, um corpo de que eles são os membros e os

órgãos. Cada um desses membros, quando exerce suas funções não é funcionário que requer ou que fala em seu nome pessoal, mas a instituição encarregada da *persecutio criminis*, que procede por intermédio de seus agentes para cumprir essa missão. Daí resulta que os componentes do ofício podem substituir-se uns aos outros, no exercício do ministério comum» (*Elementos de Direito Processual Penal* — Vol. 2º, nº 250, pág. 46).

«17. Não é outra a lição de Bouzat e Pinatel, em seu recente «*Traité de Droit Penal et de Criminologie*», *verbis*:

«1113. *L'indivisibilité du ministère public. Les magistrats du ministère public, tout au moins ceux que font partie du même parquet, sont juridiquement considérés comme ne formant qu'une seule et même personne. Il en découle que celui d'entre eux qui agit ou parle est considéré comme agissant ou parlant au nom du parquet tout entier, en sorte que plusieurs magistrats peuvent se succéder, au cours de la même affaire, au banc du ministère public; les juges au contraire, ne peuvent pas se faire remplacer par d'autres juges, au cours des débats; ils doivent y assister personnellement, du début à la fin*». (Pierre Bouzat et Jean Pinatel, ob. cit., ed. 1970, 2º vol., páginas 1.062/1.063);

«18. Igualmente, ensina Giovanni Leone, *verbis*:

«*Naturalmente, las actividades ejercitadas por el oficio del ministerio público, aun por medio de varios funcionarios,*

deben reconducirse a la unitaria expresión del oficio. El principio de unidad e indivisibilidad del ministerio público, nacido en Francis, que podría incluso definirse como impersonalidad del ministerio público, sólo tiene valor en este sentido, a saber, dentro del ámbito del oficio. Sirve para significar que «todos los magistrados que forman parte del mismo oficio del ministerio público, tienen todos y cada uno de ellos, en su unidad personificada por el jefe del oficio, igual competencia para tratar el asunto penal encomendado a cada uno por el jefe del oficio», y que, por consiguiente, en la «acción individual se da siempre la acción impersonal del oficio» (Tratado de Derecho Procesal Penal tradução de Santiago Sentis Helendo, vol. I, pág. 426).

«19. Assim, ainda que não fosse o Dr. 3º Promotor Público, que apelou, o substituto do 2º Promotor, que vinha funcionando no processo, nenhuma nulidade daí decorreria, não havendo que falar em ilegitimidade do representante do Ministério Público, em face do princípio da unidade e indivisibilidade que informa e preside a Instituição».

Também o Dr. Juiz de Direito, às fls. 101/103, informa que o representante do MP, *in casu*, era precisamente o substituto, na comarca, do titular.

No que atine ao que se denominou, no HC nº 3.015, de «inépcia da apelação», não estando, pois, obstada a incidência da Súmula nº 146, ao ensejo do julgamento do pedido em foco, assim me pronunciei:

«O fundamento constante do presente pedido, qual seja, a

«inépcia da apelação» interposta pelo MP, para impedir a invocação à Súmula nº 146, do STF, foi, a rigor, já apreciado, por esta colenda Turma, a 18-12-1972, quando julgou o *Habeas Corpus* número 2.943, de São Paulo, impedido pelo bel. Kleber Amâncio Costa, em favor de Mário Daltro Dantas, co-réu no mesmo processo-crime e condenado, juntamente com os pacientes, na sentença que, aqui, se ataca, como causa de constrangimento ilegal.

«Ao ensejo do Relatório que então fiz, assim sumariei o argumento posto na referida impetração: «Esclarece o impetrante que o Dr. Promotor de Justiça apelou da sentença. Mesmo assim sustenta a aplicabilidade da Súmula nº 146, do STF, «pouco importando haja a Justiça Pública interposto seu natimorto apelo, de vez que, longe de pretender da Instância Superior prestação jurisdicional impossível, colimou tão-só sufocar a prescrição sumulária» (sic). Admite, porém, o impetrante que «opiniões e julgados há que não alentam a tese ora sustentada» (sic). Invoca, porém, em «seu procl. aresto da colenda 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo».

Em meu voto, na oportunidade, com o apoio unânime da Turma, rejeitei essa motivação, nos seguintes termos:

«Outro fundamento da impetração não tem melhor fundamento *juris*. É o referente à extinção da punibilidade pela prescrição, à vista da pena concretizada na sentença. A invocação da Súmula nº 146, do STF, *in hoc casu*, não é possível, em face do fato de o MP

haver recorrido da sentença, pedindo aumento da pena imposta. Requisito previsto na Súmula nº 146 é somente a defesa ter recorrido, ou ao menos não existir recurso do Ministério Público, eis que, transitado em julgado para este o decisório, a pena não mais poderá ser exacerbada. Na espécie, porém, tal aumento, em princípio, pode acontecer. Se o recurso do MP possui consistência jurídica, ou não, é matéria aqui insuscetível de exame. A peça recursal não veio aos autos. Não se procedeu a um reexame, por incabível, dos elementos do processo-crime, em ordem a ver se o Dr. Juiz foi demasiado benevolente, ou não, ao fixar a pena em termos inaceitos pelo Doutor Promotor de Justiça. Quanto aos aspectos de fato, acerca do recurso, não comporta, aqui, à evidência, analisá-los».

«Consoante deflui das informações, o apelo do MP foi interposto tempestivamente (fls. 71). Às fls. 57, consta a petição de sua interposição: (lê). Foi recebido pelo Dr. Juiz (fls. 57). Ofereceu o órgão do Ministério Público, outrossim, no prazo de lei, razões, que estão por cópia, de fls. 58/65: (lê).

«O argumento da impetração segundo o qual pretendeu o Doutor Promotor de Justiça obstar a aplicação da Súmula nº 146, do S.T.F., em recorrendo do decisório, não merece, *data venia*, maior relevo, em prol do pedido. Com efeito, nenhum abuso de direito pode existir, quando o MP apela da sentença condenatória, a fim de permitir à Superior Instância eventual exacerbção das penas impostas aos já condena-

dos. A preocupação de impedir que se decreta extinção de punibilidade de quem já foi tido por responsável criminalmente, em decisão de primeiro grau, antes de constituir abuso do Ministério Público, significa louvável esforço de fazer com que a lei penal se aplique e os culpados, efetiva e concretamente, cumpram a pena que a Justiça lhes impôs, por sua conduta antijurídica. Dessa sorte, não faz imprestável a peça de apelação o fato de o Dr. Promotor de Justiça tornar, desde logo, manifesto que com esse seu procedimento, evitado estava se invocasse a Súmula nº 146, em benefício dos já condenados. Releva notar que de processo antigo, sobre graves fatos, se tratava. O agente do MP, que apelou, não é, à evidência, o responsável pelo retardo na prestação jurisdicional, que então se dera. Tanto assim que o digno representante da Justiça Pública, ao término de suas razões de apelo, anotou: «Em vista de todo o exposto, observamos que o caso *«sub judice»*, inobstante o grande lapso de tempo decorrido, ingressou para os anais da história forense, no rol dos casos de que a justiça, às vezes, tarda, mas não falha».

«Ora, não poderia deixar o Dr. Promotor de Justiça que, após atingido esse *desideratum* de fazer-se Justiça aos que delinquiram, tranqüilamente, os então condenados viessem a acobertar-se pelo manto da prescrição como, no seu próprio dizer, era almejado pela quase totalidade dos apela-dos (fls. 58). Cumpriu seu dever de apelar para que isso não se desse e a pena se cumprisse. Não há, aí, à evidência, só por só, ver abuso do direito de recorrer.

«Ademais, o órgão do Ministério Público anotou claramente em suas razões, que desejava, através do recurso, exasperação das penas impostas aos réus condenados».

«Certo está que o apelo não ataca a sentença, quanto aos que absolvidos foram, pois, quanto a esses, não faz a peça recursal referência.

«De outra parte, se é verdade que não discrimina, um a um, os réus, pedindo, nominalmente, quanto a cada qual, nova pena, exato é que, genericamente, pleiteia, no recurso, a exasperação das penas impostas. Invoca, nesse sentido, para que a Superior Instância atenda seu pedido, como compreendo da leitura do recurso, a regra do art. 42, do CP, onde se encontram critérios a serem utilizados pelo julgador, de ambos os graus, em ordem à correta e justa dosagem da pena.

«Nesse particular, bem anotou o ilustre Dr. 4º Subprocurador-Geral da República, às fls. 76, *verbis*:

«15. Por fim, não está obrigado o órgão da acusação a indicar a pena que entenda devida, podendo, e é o que comumente ocorre, limitar-se a pedir a sua exasperação».

«Releva, nesse sentido, registrar, que, no Tribunal Federal de Recursos, ao ensejo do exame das apelações criminais, a douta Subprocuradoria-Geral da República, que, em tais processos, é órgão de segunda instância do MPF, de ordinário, empresta às peças recursais sua definitiva fisionomia, não só pela modificação ou complementação de seus fundamentos, quando por vez por deles discordar no seu mérito. Ora, isso so-

mente entretanto pode acontecer, quando do julgamento da apelação; nunca, porém, em *habeas corpus*, longe das provas que levaram o julgador a sentenciar e o órgão do MP a recorrer, pedindo exacerbação das penas impostas.

«É evidente, no caso *sub judice*, que a apelação impugnada não é peça imprestável ao reexame da pena imposta aos condenados, na sentença. Não pediu o Dr. Promotor de Justiça senão a exasperação das penas. Logo, é evidente, conformou-se com a absolvição dos que foram tidos como inocentes, ou contra os quais provas bastantes não se produziram corporificando-lhes responsabilidade criminal. Enquanto apelo, em relação aos que foram condenados, para que se lhes aumente a pena imposta, reexaminando o Tribunal a dosagem cabível, *ut* art. 42, do CP, inequivocamente, isso está posto e pedido na peça recursal. Eis aí o *tantum devolutum quantum appellatum*. O que bastante é para que, em *habeas corpus*, não se possa ter como imprestável e insuscetível de conhecimento pela Corte de apelo o recurso em alusão.

«Se, entretanto, o que assim se devolve ao conhecimento do TFR será modificado, ou não, é matéria insuscetível de deslinde nesta via heróica. Somente ao reexame das provas e dos autos poder-se-á concluir se merecem a exasperação pleiteada no apelo do MP as penas impostas, ou não, *ut* art. 42, do CP. Nem se diga, outrossim, que os apenados não têm como redarguir o apelo em foco, por falta de explicitude. Está nele inequívoco que é pleiteada a exasperação de pena. À defesa, *data venia*, cumprirá, na

resposta ao recurso, contraditar a pretensão acusatória quanto a majorar as penas impostas. Não vejo, assim, a inépcia argüida, nem a formal imprestabilidade do apelo, *sub examine*, ao menos, com a ostensividade que cabia ocorrer para que tal se decretasse na via eleita.

«Ainda contra o aspecto formal do recurso, alega o impetrante que não esclareceu o MP qual o vício da sentença que pretende seja corrigido.

«Ora, *permissa venia*, mais não necessitava dizer, neste passo, o Dr. Promotor de Justiça, eis que, de expresso, colima a exasperação das penas impostas aos sentenciados, invocando, a tanto, o art. 42, do CP, vale dizer, porque isso é de fácil apreensão, que ao Tribunal pede, no reexame das provas, sejam sopesados os pressupostos do art. 42, do CP, em ordem a agravar-se, quanto a todos, as penas impostas. Já referi, a apelação, à evidência, não se dirige contra a parte absolutória da sentença, mas, tão-só, como implícito está em seus termos, contra as penas impostas, que quer o Dr. Promotor de Justiça se exasperem.

«Ademais disso, as longas considerações do ilustre impetrante, acerca de ter o recurso atacado a sentença quanto a todos os réus, ou apenas quanto a alguns deles, é evidentemente matéria a ser considerada pela Turma julgadora, quando, conhecendo do apelo, tempestivamente interposto, lhe der o âmbito de abrangência que entender de direito. Não é possível, em *habeas corpus*, nem apreciar o mérito, nem a extensão dos termos da apelação, formal e tempestivamente, oferecida. À Turma

caberá, com a plena devolução das provas apuradas e das alegações deduzidas nos autos, verificar, uma a uma, as penas impostas a cada qual dos sentenciados, para concluir se quanto a todos, ou a alguns, ou a nenhum, cumprirá modificar a sentença, exasperando a condenação.

«De outro lado, se não se faz ostensivamente inequívoco que o apelo não mereça ser conhecido pela Turma, como sucederia se fosse ele interposto comprovadamente a destempo, não é possível, em *habeas corpus*, considerá-lo nenhum, máxime para os efeitos pretendido na presente impetração. Em verdade, a Súmula número 146 do STF é o ponto de apoio do pedido, que pretende remover o obstáculo à sua incidência, sustentando o não-ser do recurso do Ministério Público.

«Não só não tem razão o impetrante, como demonstrado quanto ao apelo do MP, mas ainda, em circunstâncias como as dos autos, não se poderia deixar de ponderar acerca do julgado do Pretório Excelso, no Recurso de Habeas Corpus nº 49.539 — GB, quando decidiu, em sessão plenária de 15 de dezembro de 1971, em aresto da lavra do eminente Ministro Carlos Thompson Flores, assim ementado:

«Crime de sedução. Prescrição. Contagem do prazo. Inaplicação da Súmula nº 146. Interpretação restritiva de suas afirmações.

II — Se da sentença condenatória não recorreu a defesa, embora também não o tenha feito a acusação, o prazo para prescrição não se regula pela pena nela concretizada. Motivação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recurso não provido.»

Este o voto, outrossim, do ilustre Ministro Thompson Flores:

«Nego provimento ao recurso.

2. Adotado o princípio insculpido na Súmula nº 146, justificar-se-ia a ocorrência da prescrição.

3. Todavia, a orientação do Plenário tem sido no sentido de aplicar-se aquele enunciado, em vias de ser revisto, restritivamente, tal como se acha ele escrito, nos limites referidos no art. 110, parágrafo único, do Cód. Penal.

E, como exigem ambos que ocorra da sentença condenatória recurso apenas da defesa, o que insucedeu, não se aplica, para o efeito da prescrição da ação, a pena concretizada na sentença.

Neste sentido, os julgados proferidos no RHC nº 47.529 e nos em que se manifestou o Plenário em 17 do p.p. e 9 do corrente: HC nº 49.214, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, e RHC nº 49.467, do qual fui Relator. No mesmo rumo os julgados cuja publicação segue indicada» (RTJ, 43, 835; 53, 420; 54, 403).

«É certo que esta colenda 3ª Turma, no julgamento dos Habeas Corpus nºs 2.787 e 2.785, de que fui Relator, em situações em que já haviam transitado em julgado as sentenças para o MPF, embora não houvessem ainda recorrido os réus, aplicou a Súmula nº 146, embora trazido à colação

o RHC nº 49.539, do egrégio Supremo Tribunal Federal, pelas especiais situações de fato que se punham nos autos. Aqui, entretanto, não vejo como deixar também de ter presente a mencionada orientação jurisprudencial da Alta Corte, porquanto, a par do fato de não existir recurso dos pacientes, há tempestiva e formalmente, interposto apelo do MPF, cuja apreciação de mérito à Turma julgadora da apelação respectiva caberá dizer. Não vejo como aplicar, na espécie, assim, a Súmula nº 146, do STF, único fundamento do *habeas corpus*, consoante ainda, de expresso, o reitera o nobre advogado impetrante no bem elaborado memorial que a esta Turma ofereceu, à oportunidade do presente julgamento.

«Indefiro o *habeas corpus*.

Nesta assentada, a Turma, à unanimidade, concluiu o julgamento do citado HC nº 3.015, indeferindo-se a ordem requerida.

Por último, também não procede o fundamento da nulidade da sentença, por erro material na aplicação da pena.

Refutou-o, com inteira razão, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 110/111:

«11. Manifestamente improcedente, por igual, a pretendida nulidade da sentença por erro material na aplicação da pena.

«12. Em primeiro lugar, inexistente o pretendido erro, pois fixada a pena-base em 2 anos e 6 meses, devidamente justificada, razoável o acréscimo de metade, eis que esta se situa entre o mínimo (1/6) e o máximo (2/3), previstos pela lei penal, como limites para o aumento obrigatório da

pena, no caso de crime continuado.

«Mas, se erro material existisse, esse sim, não constituiria nulidade e poderia ser corrigido através de *habeas corpus*.

«13. O que não é possível, dentro do rito sumário deste, é verificar se a pena base e o respectivo acréscimo foram, ou não, bem dosados, o que só se torna admissível no âmbito da apelação».

De outra parte, no julgamento do HC nº 2.943, quanto a argumento similar, em favor do co-réu Mário Daltro Dantas, tive ensejo de sinalar:

«Outro fundamento do pedido aponta nulidade da sentença, porque não se atendeu ao art. 42, do CP, dosando-se a pena de forma injustamente exacerbada.

«Ora, cominam-se ao crime do art. 318, do CP, as penas mínima e máxima de dois e cinco anos, respectivamente.

«Estabeleceu o Dr. Juiz em dois anos e seis meses a pena-base. Fê-lo, com invocação do art. 42, do CP, assim justificando seu proceder, às fls. 117/118:

«Considerando os antecedentes (primário) e a personalidade do réu Mário Daltro Dantas, a intensidade do dolo (acentuada), os motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, fixo a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão e multa de Cr\$ 2,00, tendo em vista o preceito sancionador do art. 318 do Código Penal, considerando que sua posição de Inspetor da Alfândega exigia que impedisse os acontecimentos que permitiu que ocorressem e dos quais tinha conheci-

mento, sendo que, nos termos do art. 51, § 2º, do mesmo Estatuto, aumento a pena corporal de um terço, para que faça um total de três anos e nove meses de reclusão, persistindo a multa de Cr\$ 2,00, pena esta que converto em definitiva, por não encontrar nenhuma circunstância modificadora aplicável».

«Ora, o Dr. Juiz, amplamente, analisara a prova dos autos, ao chegar ao juízo de responsabilidade criminal do paciente, não havendo, desde logo, dissonância que possa, de plano, impressionar sequer, neste âmbito de *habeas corpus*, no sentido de indicar nulidade manifesta da dosagem da pena.

«Entre os limites de dois a cinco anos, pelas razões que alinhou, a autoridade coatora estabeleceu como pena-base dois anos e seis meses, pouco acima do mínimo. Se deveria permanecer, só no mínimo, ou não, é matéria que, no estreito âmbito do *habeas corpus*, não cabe deslindada. Certo é que o Dr. Juiz sopesou os ele-

mentos do art. 42, do CP. Se fez com inteiro acerto, ou não, é questão que somente ao juízo colegiado de segundo grau caberá aquilatar, em reexame amplo da prova dos autos, interditado nesta via. No mesmo sentido, merece afastar, aqui, a impugnação do impetrante ao critério do julgador, em acrescentando de 1/3 e não apenas de 1/6 a pena pelo reconhecimento do crime continuado.

«De qualquer maneira, não vejo como reparar esses critérios, ao presente ensejo».

Do exposto, denego o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC nº 3.009 — SP. Rel.: Sr. Ministro José Néri da Silveira. Impte.: Ivair Nogueira Itagiba. Pacte.: Sidônio Rodrigues.

Decisão: À unanimidade, denegaram a ordem de *Habeas Corpus*.

Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro. Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

HABEAS CORPUS N.º 3.040 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Amarílio Benjamin.
Pacientes — Álvaro Bresciani Lopes e outros.
Impetrantes — José Yunes e outro.

EMENTA

Habeas Corpus. Desistência. Manifestada regularmente, merece homologação, ainda que iniciado o julgamento.

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, homologar o pedido de de-

sistência do *Habeas Corpus*, 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, 25 de setembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Presidente; *Amarílio Benjamin*, Relator.

ENCAMINHAMENTO AO PLENO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator):

Trago ao conhecimento da Turma que sou relator dos *Habeas Corpus* ns. 3.040 e 3.041, de São Paulo, em que os Drs. José Yunes e Antônio Baracchini Jr. requerem ordem de *habeas corpus* em favor de Álvaro Bresciani Lopes e outro e de Amadeu de Almeida Lopes e outros.

Discute-se no processo, sob diversos aspectos, o cabimento da ação penal proposta, inclusive a constitucionalidade do Decreto-lei nº 326. A Subprocuradoria sugeriu que a matéria fosse levada ao exame do Tribunal Pleno. Estando de acordo com essa sugestão da Subprocuradoria e reconhecendo a relevância do assunto, bem como o fato de haver o pleno examinado matéria correlata no *Habeas Corpus* nº 2.012, submeto o meu ponto de vista à apreciação dos eminentes colegas. Ao mesmo tempo informo que matéria idêntica, da Primeira Turma, sendo Relator o Sr. Ministro Jorge Lafayette, já foi encaminhada, na última sessão, ao Plenário.

Os Srs. Ministros estão de acordo?

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.040 — SP — Rel.: Sr. Min. *Amarílio Benjamin*. Impte.: José Yunes e outro. Pacte.: Álvaro Bresciani Lopes e outros.

Decisão: Por indicação do Sr. Ministro Relator, a matéria deverá ser submetida à consideração do Egrégio Tribunal Pleno. Decisão unânime (em 22-8-73 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Decio Miranda e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por

motivo justificado, o Sr. Min. Godoy Ilha. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Amarílio Benjamin*.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Os Drs. José Yunes e Antônio Baracchini Júnior requerem *habeas corpus* em favor de Álvaro Bresciani Lopes e Maurício Pierucci contra os quais o Dr. Juiz Federal em São Paulo, 2ª Vara, recebeu a denúncia do Dr. Procurador da República, atribuindo-lhes o pretense crime de apropriação indébita de que trata o art. 2º do Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967.

Alegam e expõem os impetrantes o seguinte:

1) Encontram-se os pacientes impedidos de se defenderem normalmente, pelos meios de execução fiscal no que se refere à dívida da empresa de que eram diretores, em consequência do processo criminal instaurado, por incoerente e errônea interpretação da lei e da doutrina.

2) Não existe, no caso, o crime de apropriação indébita que a denúncia relata, faltando-lhe critério de aplicabilidade, consenso legal e jurisprudencial.

3) A representação da Superintendência da Receita Federal, que movimentou o procedimento, traduz displicência e comodidade na defesa dos interesses fiscais e não teve a audiência, que seria de relevância, da Procuradoria-Geral do Ministério da Fazenda.

4) A representação foi feita ao arrepio da lei, sem que estivesse comprovada existência de crime, «logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa» (parágrafo único do art. 2º do Decreto-lei nº 326, de 1967). Não existe decisão final. A decisão a que se atribui esse caráter sofreu recurso em tempo hábil. De

acordo com o art. 2º do Decreto-lei nº 326-67 invocado, para a propositura da ação penal, na forma do seu parágrafo único, far-se-ia preciso que a empresa possuísse, por norma legal expressa, a qualidade de arrecadadora do IPI; que confluíssem os pressupostos do art. 168 do Código Penal, de posse de coisa alheia e negativa de entregá-la ou o manifesto intento de subtraí-la ao seu legítimo dono; que os responsáveis legais da firma não se utilizassem da excludente do pagamento e que o processo fiscal chegasse ao seu termo, para se ter como formado definitivamente o crédito tributário.

5) Todavia, não se perfez nenhuma das condições essenciais, desde quando o fabricante não é arrecadador da Fazenda, nem tem a posse de coisa alheia; não se provou utilização do numerário, para fim diverso, continuando os valores à disposição da Fazenda; a excludente admitida não caducou e os processos não se achavam encerrados quando foi feita a representação.

6) Há de se ter em conta na conceituação da apropriação indébita a lição dos juristas e a orientação da jurisprudência (Galdino de Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, 1924, pág. 723; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, vol. 2º, pág. 418, e Acórdão do Supremo Tribunal Federal, 30-11-55 — *Revista Trimestral* vol. 259/600). Em face das características apontadas, o art. 2º do Decreto-lei nº 326 não pode aplicar-se ao contribuinte do IPI, que não cobra, nem arrecada imposto, especificamente na situação da indústria cigareira. Essa tarefa incumbe aos Bancos autorizados. No caso do contribuinte, não existe a hipótese de retenção criminosa; ninguém retém débito próprio, apenas deixa de cumprir o pagamento.

7) Não incide o imposto de produtos industrializados sobre o imposto de circulação de mercadorias, cabendo ao contribuinte legal repeti-lo. Por

isso, lançaram por estorno, a crédito, na escrita da empresa, o *quantum* calculado sobre a referida parcela, fazendo a propósito consulta à Repartição. Sem a solução do caso ou a devida resposta, não se poderia levar avante qualquer repressão. Mesmo conflitante o Código Tributário e o Regulamento do IPI, seria de aplicar-se tão-só a multa por falta de recolhimento oportuno. No caso de a consulta ser havida como sem efeito, auto de infração somente poderia ser lavrado após o trânsito em julgado da decisão.

8) No IPI, como ficou proclamado no *Habeas Corpus* nº 2.012, através dos votos dos Ministros Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg e Márcio Ribeiro, a lei deixou de considerar o fabricante depositário do tributo e não mais fez remissão ao primeiro comprador, como responsável pelo pagamento, segundo entendia a antiga legislação.

9) O Decreto-lei nº 326, com o incluir o art. 2º, infringiu o art. 58 da Constituição — itens 57/61.

Depois dessa explanação, voltam os impetrantes ao estudo dos elementos constitutivos da apropriação indébita, à idéia de não existir crime no IPI, à definição do contribuinte, à repulsa à prisão por dívida e crime inexistente e ao esclarecimento do destino do imposto estornado, concluindo por manifestarem a expectativa da concessão do *habeas corpus*, para que os pacientes fiquem livres do processo a que estão submetidos e que reputam ilegal por falta de justa causa e ausência de tipicidade penal do fato descrito na denúncia.

Acompanham a inicial fotocópia da denúncia e de várias peças relativas ao assunto, além dos pareceres dos Professores José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Arnold Wald e Nelson Hungria, versando, respectivamente, sobre a ilegalidade da prisão

administrativa na hipótese de não recolhimento do tributo; pela inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-lei nº 326, ao criar mais um caso de prisão por dívida; em favor da possibilidade de não incidir o IPI sobre a parcela do ICM exigível no produto, e do descabimento de processo fiscal ou penal, na pendência de consulta; e da não computabilidade da parcela do ICM no cálculo do IPI.

Prestou o Dr. Juiz as informações que lhe foram solicitadas, acompanhadas de cópias da representação, para abertura do inquérito policial, e da denúncia.

O Dr. Subprocurador-Geral opinou pela denegação da ordem apoiando-se no parecer oferecido no *Habeas Corpus* nº 3.041, semelhante em tudo ao presente, anexando cópia do substancial trabalho, com a seguinte conclusão (fls. 214/216):

«.....

.....

131 — Resumindo, em conclusão, não pode, *data venia*, ser concedida a ordem, porque:

a) é perfeitamente constitucional o art. 2º do Decreto-lei nº 326/67, uma vez que versa sobre finanças públicas, nas quais se inclui o direito penal financeiro, assim como na segurança pública se incluem os crimes contra ela praticados;

b) ainda que assim não se entendesse, a aprovação do Decreto-lei nº 326/67 pelo Congresso, convalceria a inconstitucionalidade, tal como a sanção convalida a falta de iniciativa do Presidente da República, quando a Constituição a exige (Súmula nº 5);

c) o citado art. 2º não configura crime impossível, pois que nele se define nova figura penal,

diversa da apropriação indébita prevista no art. 168 do Código Penal, a esta equiparada tão-somente quanto à pena;

d) ainda que nele se quisesse ver o próprio crime de apropriação indébita, impossibilidade inexistiria de sua configuração, em face da autonomia do Direito Penal, segundo a qual a recepção dos conceitos civilísticos, embora utilizada a mesma terminologia, se faz através de conceituação própria, feita pelo legislador penal;

e) efetivamente, mesmo reconhecida a condição de contribuinte do IPI ao fabricante ou produtor, no caso do fumo, sua posição, em relação à parcela do tributo por ele recebida, está previamente fixada na lei e deve ser recolhida em prazo certo, importando verdadeira apropriação sua utilização em fim diverso do recolhimento;

f) não impede a configuração do crime ser a coisa — o dinheiro — entregue ao contribuinte pelo varejista, pois o sujeito passivo não é este, mas a União, isto é, a Fazenda Nacional, à que deveria ser recolhido em prazo certo;

g) para os efeitos penais, o recebimento do valor do tributo, previamente fixado em lei, com finalidade específica de recolhimento em prazo certo, dá lugar, em caso de utilização em fim diverso, a verdadeira apropriação indébita, passível de ser praticada pelo proprietário;

h) o trânsito em julgado da decisão condenatória na instância administrativa não é condição de procedibilidade, mas, mesmo que o fosse, está documentalmente comprovada, pela inscrição da dí-

vida, a existência de decisão definitiva na esfera administrativa».

Juntou prova de trânsito em julgado de processos administrativos e de consideração de devedora remissa, da Fabrica de Cigarros Caruso. Pediu fosse a matéria submetida ao Tribunal Pleno, no que a Turma assentiu.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Amarílio Benjamin (Relator):

O presente *habeas corpus* representa, de fato, matéria de importância a que não só a impetração, como o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, pelas observações que desenvolveram e invocação de autores e de pareceres, em torno dos temas discutidos, deram brilho e relevo especiais.

Era meu desejo reduzir a escrito o meu voto, mas, não tendo sido possível, vou elaborá-lo na base das notas que tomei, sem qualquer despreço aos impetrantes. Ao contrário, na minha função de juiz, rendo aos eminentes colegas de advocacia, à qual servi com entusiasmo durante alguns anos de minha vida, permanente consideração.

Examinei os diversos aspectos dos problemas suscitados e cheguei à conclusão, que irei externar, para a avaliação dos meus Doutos Colegas.

Tenho, inicialmente, que, de algum modo, a ação penal que está sendo impugnada já foi ressalvada por este Tribunal. Quando examinamos, em 1968, a aplicação da prisão administrativa, nos termos do Decreto-lei nº 3.415, de 1941, aos casos do Decreto-lei nº 326, este Tribunal, por maioria, constituída pelos Srs. Ministros Armando Rollemberg, voto vencedor, Márcio Ribeiro, Henoch Reis, Moreira Rabello e Godoy Ilha, fixou-se sobre-

tudo em que, como dispõe a ementa do *Habeas Corpus* nº 2.012, que sumulou a discussão:

«Prisão administrativa. Inaplicabilidade da providência a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados. *Habeas Corpus* deferido.»

Nos votos, porém, de três dos Ministros que compuseram a maioria, o Sr. Ministro Armando Rollemberg, o Sr. Ministro Godoy Ilha e o Sr. Ministro Moreira Rabello, a ação penal ficou perfeitamente ressalvada.

O assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal e, lá, constituiu o Recurso Extraordinário nº 67.668, de que foi relator designado o nosso Eminentíssimo Colega, Ministro Peçanha Martins, que, com os Srs. Ministros Néri da Silveira e Antônio Neder, foi compor o *quorum* necessário no Pretório Excelso, para o exame dos problemas suscitados, inclusive, a constitucionalidade do referido Decreto-lei nº 326.

Na ementa do acórdão, dispôs-se assim:

«Prisão administrativa. Inaplicável a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados. *Habeas Corpus* concedido pelo Tribunal Federal de Recursos. Questão constitucional superada. Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido.»

Não é fácil, nos diversos pronunciamentos dos juizes que tomaram parte no julgamento, situar exatamente o pensamento predominante e definitivo do Supremo Tribunal Federal a respeito das teses que se debateram.

Pode-se afirmar, entretanto, que somente do voto do Sr. Ministro Peçanha Martins é que decorre a inconstitucionalidade total, completa e absoluta do Decreto-lei nº 326.

De qualquer sorte, porém, há um dado importante, através do qual se chega à determinação do entendimento que prevaleceu naquela oportunidade. Trata-se da minuta, onde consta o seguinte:

«Conheceu-se do recurso, contra o voto do Ministro Amaral Santos. Negou-se provimento, contra os votos dos Ministros Adalício Nogueira, Presidente, Néri da Silveira e Antônio Nêder, que lhe davam provimento, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal, ficando, assim, mantido o acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que concedeu o *habeas corpus*. Superada a questão constitucional, suscitada às fls. 536-539, e prejudicada a questão de ordem, foi designado o Sr. Ministro Peçanha Martins para lavrar o acórdão» (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 59, págs. 727-770).

Diante desses pormenores é que iniciei o meu pronunciamento dizendo que a ação penal, por decorrência do Decreto-lei nº 326, ficou perfeitamente ressalvada, desde quando o Tribunal, pela primeira vez, considerou o assunto. Não obstante, não só porque são outros os interessados, como também porque a matéria se apresenta sob fundamentação mais ampla, não poderemos nos furtar ao exame das considerações que a *inicial* submete ao nosso julgamento.

Estou de acordo com o Sr. Subprocurador-Geral, quando sustenta em seu parecer a constitucionalidade do decreto-lei mencionado, e, ao mesmo tempo, a sua conformação com os fundamentos do Direito Penal. O Decreto-lei nº 326 no art. 2º, assim dispõe:

«A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim

diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Tal Decreto-lei foi baixado pelo Sr. Presidente da República, usando das atribuições conferidas pelo art. 58, da Constituição de 1967:

«O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional;

II — finanças públicas.

Parágrafo único. Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.»

Diante disso, pode-se dizer, na realidade, que o Decreto-lei nº 326, no art. 2º, que ora se discute, está perfeitamente assentado na Constituição, de cuja autorização proveio. Decreto-lei, promulgado nos termos cons-

tucionais, vale lei; não é inferior à lei. Por outro lado, em termos de finanças públicas, a lei não sofre nenhuma restrição, quando dispõe sobre matérias próprias de finanças públicas ou de direito tributário e ainda chega ao terreno penal, seja no terreno penal administrativo, seja no aspecto penal propriamente dito de direito criminal. Não há nenhuma restrição. Como não há nenhuma restrição em relação à lei, não pode haver relativamente ao decreto-lei, que nos próprios termos da autorização constitucional tem força de lei. O argumento contrário talvez tivesse alguma procedência se a matéria penal ficasse circunscrita a uma lei própria e exclusiva, isto é, no sistema brasileiro somente se pudesse dispor sobre matéria penal no Código Penal. Mas não é este o princípio que nos rege. Leis esparsas modificam o Código Penal e lhe acrescentam outras determinações. Poderia enumerar um sem número de disposições dessa ordem. Entretanto, louvo-me no reconhecido entendimento e experiência dos Srs. Ministros. É problema tranqüilo. Tanto se legisla através de Código, em matéria penal, como de leis ordinárias ou decreto-lei. A Subprocuradoria citou até o exemplo de decretos-leis que editaram figuras delituosas próprias, específicas do Direito Penal.

Relativamente à conceituação do crime de apropriação indébita, ainda aqui acho que a douta Subprocuradoria-Geral da República tem razão.

O preceito impugnado vale como uma equiparação. Não teve propósito, nem podia ter, de estabelecer a nova figura delituosa na base de igualação conceitual, como determina o Código Penal no art. 168. Trata-se de recurso comum ao processo legislativo. Não há por que se estranhar. No entanto, se quisermos descer à essência da situação que o legislador incriminou, será possível, sem violência técnica ou léxica,

admitir que, de fato, coincide com a determinação do Decreto-lei nº 326, art. 2º, parágrafo único, a figura da apropriação indébita. Basta considerar que o contribuinte, fixado o débito, é obrigado a recolhê-lo. Esgotados os prazos legais, essa quantia deixa de lhe pertencer. É do Tesouro Nacional; está em seu poder precariamente. Ao utilizar-se dela, para fim diverso, comete o crime de apropriação indébita, a que se refere o art. 168 do Código Penal, de acordo com o art. 2º do Decreto-lei nº 326.

Peço, ainda, licença, aos meus eminentes colegas para, em torno do assunto, reivindicar à minha modesta autoria os primeiros comentários que se fizeram sobre as restrições opostas e que valem como uma antecipação de voto. No *Habeas Corpus* nº 2.012, a que me referi, disse o seguinte:

«.....
.....

Entretanto, em relação à hipótese, sobressai importante dado. O Decreto-lei nº 326, de 2 de maio de 1967 estabeleceu o seguinte:

«Art. 2º A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância».

Esse decreto-lei tem seu apoio na Constituição Federal, art. 58, nº II, que investe o chefe do Poder Executivo na faculdade de expedir ato semelhante sobre finanças públicas. Também o diploma obedece a processo tradicional de elaboração do direito

positivo. O legislador toma em consideração determinado fato e lhe atribui conseqüências jurídicas ou estabelece sanções para assegurar determinados efeitos ou propósitos. Pode formular conceitos novos ou usar equiparações, presunções e ficções. Por outro lado, encadeia-se na linha tradicional de resguardo dos interesses da Fazenda Pública. O Código Penal, há muito, considera crime o fabrico de moeda (art. 289), a apropriação ou o desvio de dinheiro (art. 312), a importação ou exportação de mercadoria proibida ou a falta maliciosa de pagamento de direito pela entrada, saída ou consumo de mercadoria (art. 334). Entre as leis especiais, que visam a mesma salvaguarda, a mais importante encontra-se na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, que define o crime de sonegação fiscal, integrando-o em determinados atos, que, antes, quando muito, não passavam de irregularidades, salvo as falsificações. Portanto, desde que se respeite a garantia do princípio clássico da anterioridade da lei penal (Constituição, art. 150, § 16 e Código Penal, art. 1º) não há por que se contestar a validade da norma que o Decreto-lei nº 326 instituiu.

Como o imposto de produtos industrializados possui sistema especial de controle e tempo certo de recolhimento, à medida que o fato gerador vai se realizando, ficando de logo indicada a quantia a que corresponde, sem interferência da ação fazendária, há de se compreender que o crime se verifique com o não recolhimento do tributo no prazo legal, e sua aplicação noutros fins. Pode, é verdade, o contribuinte ou o responsável legal das firmas eximir-

se da infração ou de suas conseqüências se paga espontaneamente ou, se instaurado processo, antes da decisão administrativa de primeira instância.

.....
.....

Entretanto, não quero deixar passar sem uma referência o memorial que ontem foi distribuído pelo eminente advogado impetrante. Não me foi possível escrever as observações que, em torno da matéria, irei desenvolver, embora com brevidade. No entanto, irei fazê-lo, sobretudo por que o eminente advogado dos impetrantes trouxe ao nosso exame um parecer do não menos eminente professor Magalhães Noronha, ilustre jurista de São Paulo, a quem todos nós rendemos nossa consideração e com o qual temos, nas dificuldades habituais do foro, muitas vezes, procurado encontrar com proveito a solução adequada. O eminente mestre paulista, no seu parecer, impugna a prisão administrativa, sob dois aspectos: primeiro, a falta de pressuposto da apropriação indébita na espécie sob consideração. Em segundo lugar, a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 326, por isso que, dentro de seu ponto-de-vista, ofende a Constituição Federal no art. 150, § 17, quando proíbe a prisão por dívidas, multas e custas. *Data venia*, o ilustre jurista releve-me a divergência. A Constituição de 1934 trouxe, pela primeira vez no nosso direito, o dispositivo de que se origina o atual mandamento constitucional. Dizia aquele estatuto, art. 113, nº 30:

«Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas».

Na época, tenho bem lembrança, providências foram logo

tomadas, sobretudo em relação à conversão da pena de multa em prisão, a que, tradicionalmente sempre se procedia no foro. Em face do novo dispositivo, entendeu-se que a conversão não teria mais lugar.

Houve, também, e essa notícia colhi em Carvalho Santos, cujo *Código Civil Interpretado* é, até hoje, apesar de sua simplicidade, um dos melhores mananciais do nosso Direito Privado, ponto interessante que se discutiu no Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal. Isto é, se em face do art. 113, n° 30, da Constituição, seria possível prevalecer a prisão do depositário infiel. O Tribunal editou dois acórdãos, sustentando tese opostas: um, que a Constituição extinguiu a prisão do depositário infiel, e outro, demonstrando que a nova Carta Magna não atingia a tradicional sanção do Direito. Está no *Código Civil Interpretado*, de Carvalho Santos, Vol. 18, edição de 1937, o acórdão que firmou a boa interpretação, da lavra do então Desembargador Cândido Lobo, que por tantos anos honrou e ilustrou uma das cátedras desta Corte, com a sua sabedoria. Nesse acórdão, S. Ex^a esclarece que a prisão do depositário infiel não estava atingida pelo dispositivo constitucional sobretudo porque o artigo tinha em vista prisão decorrente, puramente, de dívida, quando, em relação ao depositário, o que se contava era o dever jurídico de devolver a coisa recebida para guardar. A sanção não passava de um meio coercitivo para se obter a devolução da coisa.

Não obstante, mesmo em 1934, não se chegou a pensar que conseqüências penais, originadas ou

relacionadas a dívidas, como nas hipóteses dos arts. 331, n° 2 ou 338, ns. 3 e 4 do Código Penal de 1890, em vigor na época, e seguido pelo atual, art. 168, itens I e II; e 171, § 2º, estivessem abolidos.

Sobreveio a Constituição de 1937, que não tratou da matéria.

Antes de 1946, porém, tivemos o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções. Essas leis trouxeram a orientação ainda hoje preponderante e que vale como prova de que certas conseqüências penais das dívidas não podem deixar de ser aceitas e admitidas. É primeiro exemplo disso a multa resultante de sentença condenatória. O Código abandonou o critério rigoroso da tradição jurídica e trouxe o princípio do art. 38, equânime e individualizador:

«Art. 38: A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança».

O Código de Processo segue também esta diretiva, art. 689.

Igual critério é o da Lei de Contravenções, art. 9º.

Tal sistema prevaleceu sob o regímen da Constituição de 1946, que é o mesmo da Constituição de 1967.

Quero salientar ainda que, com relação ao Estatuto de 1934, o de 46 e o de 1967, no ponto ora focalizado, apresentam diferença que não é pequena, como sabem os Eminentes Colegas.

A Constituição de 1934 dizia, no seu art. 113, § 30:

«Não haverá prisão por dívida, multa ou custas».

Já a Constituição de 1946 proclamou no seu art. 141, § 32:

«Não haverá prisão civil por dívidas, multa ou custas, salvo caso de depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.»

A Constituição de 1967, art. 150, § 17, repete a de 1946. Vê-se que as duas últimas Constituições têm o objetivo de deixar claro o pensamento do legislador. Pelos textos mais novos, independentemente da garantia constitucional, é possível, sem debate, a prisão do depositário infiel e a prisão por descumprimento de obrigação alimentar. As duas Constituições, além disso, restringiram o pensamento do constituinte de 34; enquanto este o generalizou, dizendo «prisão», o de 46 e o atual se referem expressamente à «prisão civil». Há, portanto, conclusão a tirar. Sempre que, em alguma dívida, se puder extrair consequência penal, ou isso resultar dos fatos e circunstâncias que a envolveram, o juízo não está proibido, nem há qualquer ofensa ao dispositivo constitucional.

Pelo texto da Lei Maior, há de se concluir assim, que, além da prisão administrativa, que é a prisão para forçar pagamento de dívida e não prisão consequente à dívida, pode haver prisão penal relacionada a dívidas, desde que a lei estabeleça.

E é por essa simples razão que não aceito o pensamento do Professor Magalhães Noronha, quando pretende confrontar o Decreto-lei nº 326 com o dispositivo da Constituição, que proíbe a prisão civil. Sem relação alguma, os dois textos são incomparáveis. Também não concordo, *data venia*,

quando o eminente mestre pretende subjugar o Decreto-lei nº 326 ao conceito de apropriação indébita. O legislador usou da técnica tradicional do Direito. Há muitos anos, na legislação penal, usa-se assemelhação, equiparação ou igualação de determinado fato a uma figura típica de delito, sem que haja necessidade de coincidir, a rigor, o pressuposto básico.

Foi assim que o legislador procedeu no Decreto-lei nº 326. Os elementos da nova figura delituosa estão contidos na própria definição que lhe dá o Decreto-lei nº 326. Isto é, o contribuinte do imposto sobre produtos industrializados ao invés de recolhê-lo nos prazos rigorosos e na forma que a lei estabelece, deixa de fazê-lo e o desvia para outras finalidades. Tenho que o legislador, embora os defeitos de má redação, como é proverbial no sistema brasileiro, não cometeu nenhum deslize; sob o ponto-de-vista técnico.»

Tenho, portanto, que, sob tais aspectos, a impetração seja, na verdade, improcedente, *data venia*. É certo que outras arguições constam da inicial e nos pedem o pronunciamento.

Impugnam os ilustres impetrantes a ação penal, na base de que os processos administrativos, dos quais se origina, não são processos findos. Em primeiro lugar, não há, nos autos, prova clara e direta dessa situação. Os impetrantes pretendem fazer essa prova através de juntada, sem certa concisão, de petições que dão conta da interposição de recurso. Em segundo lugar, o problema demandaria uma apuração mais completa, que o *habeas corpus* não comporta.

Em terceiro, os autos, através de certidões, dão notícia de que alguns processos administrativos foram julga-

dos, havendo até chegado à declaração de devedor remisso. Não há prova mais evidente de que, em verdade, o argumento lavra em terreno falso. Por fim, não podemos deixar de considerar que no *Habeas Corpus* nº 3.041, sobre o mesmo assunto, e dos mesmos impetrantes, o Dr. Juiz nos dá notícia, em suas informações, de que um dos processos de executivo fiscal, relacionado com a discussão, se encontra julgado. Não há, assim, como se aceitar o argumento de que a ação penal carece de apoio porque os processos administrativos não chegaram ao fim.

Dentro do meu ponto-de-vista, a propósito desse detalhe, os impetrantes, além de simplificarem as divergências, deveriam fazer prova de que a ação penal em curso resultou de tal e qual processo administrativo e que esse processo administrativo, conforme indicação adequada, ainda se achava em andamento.

Outro argumento apresentado pela impetração é o de que se refere à impossibilidade de atuação fiscal, pendente processo de consulta.

Segundo o sistema vigente, é verdade, a consulta impõe uma espécie de suspensão do processo administrativo até que haja decisão ou resposta. Pergunta-se: Tal situação definiu-se no processo? A meu ver, não. Realmente, não existe consulta, sem resposta.

Encontrei no exame do processo o seguinte:

Consulta de 11-12-67, fls. 58-61.

Decisão, 18-6-68, fls. 73-75.

Tudo indica que a decisão de fls. 78 tenha considerado o recurso contra a resposta da consulta (Departamento de Rendas Internas, 11-9-68). Não obstante, dentro do meu modo de ver,

data venia dos Eminentíssimos impetrantes, a consulta feita pelos pacientes não teve o sentido de consulta, nos termos regulamentares, isto é, solicitação à autoridade fiscal para dirimir estado de dúvida razoável. Na hipótese, a consulta carece de boa-fé. Os pacientes, até a data da consulta, pagaram o imposto, como era exigido, sem nenhuma dificuldade. No *Habeas Corpus* nº 3.041, no depoimento dos diretores, cujas cópias estão nos autos, vem esclarecido o móvel da consulta. É que a fiscalização alterara o sistema de pagamento do tributo e, ao invés de se dar o recolhimento por meio de duas guias ao mês, passou-se a exigir o recolhimento simultâneo de três guias. Como faltasse numerário, os diretores da Fábrica Caruso imaginaram a consulta, para poder dispor de dinheiro a atender à nova forma de pagamento, que é como se conclui. Tal consulta, pois, não é a que o Regulamento se refere. Não passou de um expediente. Devo dizer que, mesmo que assim não seja, a consulta perdeu o sentido. Na espécie, não se verificou suspensão da ação fiscal. Mesmo que se pudesse admitir como regular, foi desprezada em termos práticos pela repartição que, de acordo com o Regulamento (Decreto nº 61.514-67), a consulta, como foi feita, não tinha nenhum valor, não podia produzir consequência. Por que? Porque o processo de consulta, no caso dos autos, está ligado a notas fiscais perfeitamente definidas com os seus lançamentos. E tanto isso é verdade que, ao dar saída aos seus produtos, a Fábrica recolhia o tributo cobrado pela totalidade. Não havia, portanto, fundamento para que a consulta se fizesse. A impetração acha que nesse ponto o regulamento conflita com o Código Tributário. Não há conflito, porém, o Código não podia descer a esses detalhes. O Regulamento, sim, é que tinha de disciplinar a consulta na sua apresentação e oportunidade.

Vejam os que diz o Regulamento:

«Art. 249. A apresentação de consulta sobre incidência do imposto suspende o curso do prazo previsto para o seu pagamento e, se já expirado, o dos prazos previstos no art. 157, os quais recomencem a correr a partir do término do prazo estabelecido para cumprimento da decisão final, contado o tempo anterior à suspensão.

§ 1º Durante o curso do processo de consulta e até o término do prazo fixado para o cumprimento da decisão final, mas, exclusivamente, quando obedecidas a tramitação e as formalidades previstas no art. 241 e parágrafos, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consultante, com relação à espécie consultada.

§ 2º O disposto neste artigo e § 1º não se aplica:

I — aos casos de infração punida com perda da mercadoria;

II — ao imposto lançado na nota fiscal, antes ou depois de formulada a consulta, caso em que o contribuinte recolherá o tributo no prazo previsto, sob pena de multa por falta de recolhimento.»

A meu ver, portanto, a consulta era inoportuna e absolutamente descabida, diante do § 2º, nº II, transcrito.

Cabe ressaltar que, ainda agora, as quantias relativas ao tributo em discussão continuam em poder dos pacientes. Se os pacientes, na verdade, tivessem intenção real e verdadeira de discutir o problema em termos jurídicos, a orientação a seguir não seria essa. Mesmo depois de arrecadado o tributo e mesmo depois de expedidas as notas fiscais, o caminho seria a via judicial, mediante o prévio depósito das importâncias. Não posso aceitar que os pa-

cientes digam para nós que a quantia relativa a esses tributos está à disposição do Tesouro Nacional, embora em sua posse há tantos anos.

Há, ainda, a última alegação dos impetrantes, baseada em pareceres de juristas respeitáveis, inclusive do saudoso Ministro Nelson Hungria.

Trata-se do problema relativo à incidência do IPI sobre a parcela do ICM devida pela mercadoria.

Data venia, apesar da argumentação desenvolvida e dos esteios a que se abrigou a inicial, também não aceito essa arguição.

No sistema do Código Tributário, ao definir-se o fato gerador, ao fixar-se o valor sobre o qual deverá incidir o percentual ou alíquota, a lei não manda deduzir ICM. Os arts. 46 e 47 que disciplinam o sistema do IPI, não trazem uma só palavra sobre a dedução pretendida.

A dedução do ICM é, na verdade, uma construção inteligente dos juristas, mas não corresponde à determinação do Código, nem tampouco se inclui entre as parcelas que, no pagamento do IPI, são normalmente indicadas à dedução ou compensação. Veja-se o Regulamento — arts. 30 a 34.

Por outro lado, ainda que tivesse alguma substância, essa argumentação, a meu ver, não seria a instância do *habeas corpus* e do próprio processo penal a via idônea para sua discussão e debate. Parece que o problema deveria ficar perfeitamente situado na via do processo cível adequado, para que o Juiz competente o decidisse e, então, munidos de sentença, transitada em julgado, os pacientes procurassem obter os devidos efeitos no processo penal. Entendo, portanto, que no processo penal a controvérsia da inclusão do ICM, ou não, para o cálculo do IPI,

não pode ser apreciada, além de, na verdade, não possuir fundamento jurídico.

São estas as razões, Sr. Presidente, que desenvolvi, em justificativa de meu voto, e por cuja demora peço desculpas ao Tribunal.

Denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.040 — SP — Rel.: Sr. Min. Amarílio Benjamin. Imptes.: José Yunes e outro. Pactes.: Álvaro Bresciani Lopes e outro (Maurício Pierucci).

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, adiou-se o julgamento em virtude de pedido de vista do Sr. Ministro Armando Rollemberg, aguardando os Srs. Ministros Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Godoy Ilha e Otto Rocha. Usaram da palavra os Srs. Drs. Luiz Carlos Bettiol pelos pacientes e Henrique Fonseca de Araújo, Subprocurador-Geral da República (em 13-9-73 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

VOTO (PEDIDO DE DESISTÊNCIA)

O Sr. Min. *Amarílio Benjamin* (Relator): Sr. Presidente, Srs. Ministros, na Sessão de 13 de setembro corrente iniciamos o exame do *Habeas Corpus* nº 3.040. Proferido o meu

voto, denegando o pedido, pediu vista o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Estavam os autos com S. Ex^ª, para estudo, quando os impetrantes me dirigiram a petição de fls. 225 a 226, pela qual, protestando discutir, no corpo do processo, as questões aventadas, desistem da impetração. Não seria demais pôr em dúvida o direito de desistência, já iniciado o julgamento. Entretanto, tenho que a matéria, de qualquer sorte, deva ser recebida, uma vez que o julgamento não se concluiu, pelo que, considerando-a, meu voto é no sentido de homologar a desistência, para que produza os efeitos legais e, ao mesmo tempo, considerar prejudicado o meu pronunciamento anterior, denegando a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.040 — SP — Rel.: Sr. Min. Amarílio Benjamin. Imptes.: José Yunes e outro. Pactes.: Álvaro Bresciani Lopes e outro (Maurício Pierucci).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, à unanimidade, foi homologado o pedido de desistência do *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 25-9-73 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

HABEAS CORPUS N.º 3.068 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre
Impetrante — José Aranha
Paciente — Álvaro Augusto de Campos

EMENTA

Habeas corpus.

Paciente que entabulou, em Nova York, a compra de um automóvel Chevrolet de pessoa que lhe fora ali apresentada como importador.

Posterior verificação de que na Alfândega de Santos, despachantes e funcionários liberavam veículos em trânsito para a Bolívia, mediante simulação.

Ação penal movida contra tais pessoas, como incursas no art. 334, do CP, na qual foi incluído o paciente, em denúncia que se tem como inépta por não atender aos pressupostos do art. 41, do Código de Processo Penal.

Cerceamento de defesa que se evidencia face a que entre indiciados passou a existir conflito que envolvia a posição do paciente no procedimento.

Dosimetria da pena que não levou em consideração os antecedentes e personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos e as circunstâncias e conseqüências do delito.

Exacerbação da pena que não foi convenientemente justificada.

Nulidade que se reconhece.

Ordem concedida.

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, rejeitar a preliminar de prevenção da Egrégia Terceira Turma, para apreciação deste *writ*, e, no mérito, por empate na votação, conceder a ordem para anular o processo com relação ao paciente, pela inépcia da denúncia, cerceamento da defesa e nulidade da sentença, determinando a soltura do paciente, se por al não estiver preso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1973. —
Godcy Ilha, Presidente; Jarbas Nobre,
Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Em favor de Álvaro Augusto de Campos o advogado José Aranha impetra ordem de *habeas corpus*, alegando constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, por força de sentença condenatória prolatada pelo Doutor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Santos. São Paulo.

Lê-se, no pedido: que o paciente, juntamente com outros réus, foi denunciado pela prática do crime do art. 334, do Código Penal, tendo sido condenado a cumprir a pena de 2 anos e 1 mês de reclusão, por ter adquirido em Nova York, um automóvel Chevrolet do Importador José Francelino de Souza Filho, a quem fora apresentado por A. Levy, negociante estabelecido

naquela cidade; que pago parte do preço do veículo, retornou ao Brasil com o compromisso assumido pelo vendedor de, em Santos, fazer a sua entrega; que o automóvel lhe foi entregue nessa cidade de São Paulo, acompanhado da 4ª via fornecida pela Alfândega; que posteriormente, face a irregularidades apuradas pela repartição, o automóvel assim adquirido foi apreendido, e o paciente se viu processado e condenado; que a ação criminal contém nulidades, quais sejam, a denúncia foi feita em desacordo com o artigo 41, do Código de Processo Penal; houve cerceamento de defesa por inquirição de testemunhas sem defensor e arroladas por co-réus em posições conflitantes, assentadas em desacordo com a realidade do comparecimento das partes e seus respectivos advogados; sentença nula e apenação destituída de fundamentação.

Com referência à denúncia, alega que os fatos imputados ao paciente não tipificam o delito do art. 334, eis que não argüiu contra ele a condição de «importador de mercadoria proibida, ilidindo o pagamento de direitos ou imposto devido à Fazenda Pública»; que o relatado na peça inicial da ação penal, foi o fato do paciente ter adquirido de José Francelino, um automóvel colocado em Santos.

Enfatiza, às fls. 6:

«Importar automóvel não é crime, desde que pagos todos os impostos. É muito menos se poderá admiti-lo quando a própria ação penal reconhece que não foi o paciente quem importou, mas sim José Francelino. E, foi além. Quem desembarçou o veículo, também, não foi o acusado, Senhor Álvaro A. de Campos, mas sim, Sidônio que nos autos figura como despachante aduaneiro.»

Em reforço da tese que espousa, o impetrante assinala às fls. 6/7, que é

«Tão despida ... a aludida peça dos requisitos reclamados imperativamente ... que o Doutor Representante do Ministério Público na manifestação derradeira já não manteve mais a capitulação originária, pleiteando a desclassificação infracional para delito de receptação — art. 180 —, como se reproduz nesta passagem:

«Álvaro Augusto de Campos diz-se adquirente de boa fé. Admite que conheceu Francelino nos Estados Unidos, mas nega que tenha com ele combinado a entrada ilegal e posterior compra do carro. Na realidade, sua posição assemelha-se mais à do receptor que, antes do crime, já se compromete a comprar os frutos do delito. Pela sua condenação, mas por delito de receptação dolosa (está explícita na denúncia a presente capitulação, não havendo necessidade de aditamento)».

Asseverando que da manifestação acusatória decorreu cerceamento de defesa, pois, que, não tendo havido aditamento à denúncia, como exigido pelo art. 384, parágrafo único, do CPP, o paciente foi colhido de surpresa.

Explica às fls. 8:

«É que estampando a denúncia o crime de contrabando, sem, na realidade, se situar em versão alguma pela qual se inferisse modalidade criminosa ..., ainda no final, optando o Doutor Representante do Ministério Público por diversa tipicidade penal ... que, também, não está contida

implícita ou explicitamente na citada denúncia, deixou a defesa perplexa, incapaz de defender por contrabando ou receptação.

E com outro gravame. É que sem a possibilidade de debater aditamento expresso ... oferecendo nova prova em suporte à inocência do paciente, a defesa ficou desequilibrada, sem poder enfrentar o delito inicial porque repellido pelo próprio responsável pela ação penal, também não pôde invalidar o segundo porque cerceado na sua oportunidade probatória, desacolhida, ainda, por omissão do MM. Juiz *a quo*.

Prosseguindo na sua exposição, o impetrante, às fls. 10, destaca que pagou o tributo e multa alfandegários referentes à importação do veículo adquirido, e que recebeu o veículo já liberado e com a 4ª via, e, ainda, licenciado.

Diz:

«Se fraude houve ou irregularidade esta se faz por funcionários ligados à Alfândega com que o vendedor José Francelino de Souza teve contato, Sidônio Rodrigues, para a retirada do Chevrolet, o paciente esteve alheio a essa etapa, não participou direta ou indiretamente da mesma, como reconheceu a denúncia.»

Na parte do argüido cerceamento de defesa por inquirição de testemunhas sem defensor ao paciente, diz o impetrante às fls. 14, que

«no decorrer da apuração de todos os fatos e, em especial, da atividade dos principais responsáveis pela generalidade da imputação e venda dos veículos, houve momentos em que se atribuíram (entre os indiciados), responsa-

bilidades e acusações recíprocas, principalmente entre os co-réus José Francelino de Souza Filho, Washington Noschese, ajudante do despachante, e, Abelardo Santos Horta, este funcionário aduaneiro.

Com Abelardo Horta e o paciente, também, ficou profunda colidência. Aquele alegara em seu interrogatório judicial ... que recebera para liberação do Chevrolet destinado ao paciente, o passaporte deste, encaminhando-o ao despachante Washington Noschese. O paciente contestou-o veementemente.

E com Washington Noschese que teria sido indicado por Abelardo Horta para a extração dos papéis, inclusive, as vias destinadas ao desembarço do veículo, tomou vulto a divergência com Abelardo, referentemente à pessoa do paciente, porque Noschese contestou haver recebido o passaporte do paciente para proceder a liberação.

Dentro desse clima processual lançaram-se os co-réus em flagrante choque de posições e atitudes, encaminhando-se a porfia pela fase probatória e com destaque ao arrolamento e inquirição de testemunhas de cada opositor.

A disputa acirrada, como não há negar, impunha às partes conflitantes atuações fiscalizadoras extremas, não podendo deixar de comparecer a parte e seu advogado a cada ato relacionado à inquirição das testemunhas.

Pois bem, dentro desse quadro, foram inquiridas as testemunhas arroladas pelos co-réus Abelardo Horta e Washington Noschese, sem a presença do paciente e de seu advogado.

Resultado: Abelardo Horta foi absolvido: o paciente condenado a dois anos e um mês de reclusão».

Quer o impetrante que a Sentença condenatória seja nula, pois a pena nela imposta ao paciente ultrapassa o mínimo e está destituída de fundamentação.

Argumenta às fls. 22:

«A pena segundo o art. 42, do citado estatuto, é fixada através dos «antecedentes e personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime».

.....

Na tela processual extraiu-se da denúncia ... e da R. decisão ... a ausência de circunstâncias agravantes, sendo o paciente primário ..., homem de conduta ilibada, hoteleiro, constituindo-se este processo o primeiro e único em sua existência.

.....

Ora, a apenação traz o mínimo e o máximo e, para sua dosagem, impõe ao Magistrado, as regras já reproduzidas, principalmente quando inexisterem circunstâncias agravantes e reincidência como se verifica nos autos, circunstâncias reconhecidas pelo MM. Juiz inclusive a primariedade.

.....

É que a elevação da pena não pode ficar adstrita à vontade do Julgador, uma vez que a liberdade é bem juridicamente protegido ou mais precisamente a fortuna que possui todo cidadão, de valor paralelo à própria vida.

Na fixação do prazo para a tradução da perda desse bem tutelado por todas as leis, mister se faz que o Juiz proceda conforme o mandamento legal, refletido pelo art. 42, justificando-a sempre para não a dispor como sua fosse».

Pedi informações ao Doutor Juiz impetrado, que as prestou às folhas 145/149.

Falou a Subprocuradoria-Geral da República às fls. 151/152.

Alega-se nesse parecer: que o paciente, por ocasião das razões finais (art. 500, do CPP), não argüiu as nulidades agora feitas no pedido; que a desclassificação por parte do Ministério Público não foi acolhida pelo Juiz, legitimamente, tendo sido o réu condenado exatamente pelo delito e classificado no libelo, donde, na espécie, não ter se verificado cerceamento de defesa; que, no referente à dosimetria da pena, pode o defeito ser consertado em revisão, como previsto nos arts. 621, I, e 626, do CPP.

Novos documentos foram trazidos aos autos pelo impetrante (fls. 162, 163 e 173), sobre os quais falou a Subprocuradoria-Geral às fls. 165 e 175.

É o relatório.

QUESTÃO DE ORDEM

PRELIMINAR (VENCIDO)

O Sr. Min. Decio Miranda: Senhor Presidente, peço a palavra pela ordem para submeter à Turma a seguinte questão de ordem: fui designado Relator de um dos *habeas corpus* mencionados no parecer e, verificando que tinha sido julgado anteriormente outro *habeas corpus* sobre caso idêntico pela Terceira Turma, achei que aquele caso a ela estava vinculado. Em face disso,

sugeri que o processo fosse redistribuído àquela Turma, e assim foi feito.

Tenho a impressão de que os *habeas corpus* que lidam com uma determinada sentença devem ser julgados pela mesma Turma, a fim de evitar eventuais pronunciamentos contraditórios, a não ser que razões específicas militem em contrário.

Esta a questão de ordem que submeto à Turma, antecipando-me ao voto do eminente Relator e pedindo vênua a S. Ex^ª para esta manifestação aparentemente intempestiva, mas que se justifica pela natureza do problema ora posta ao exame da Turma.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): *Data venia* do Sr. Min. Decio Miranda, rejeito a preliminar argüida por S. Ex^ª, tendo em vista a posição especial do paciente no presente caso.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Reconheço que é de toda conveniência o exame, pela mesma Turma, de *habeas corpus*, versando o mesmo processo ou a mesma sentença.

No presente caso, o Ministro Decio Miranda informa, na base do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que outra Turma da Casa apreciou *habeas corpus* de co-réus e os denegou, salvo um, que concedeu.

Não examinei os autos, mas, de qualquer sorte, acho que, a esta altura, é inconveniente a sua remessa à Turma que considerou os demais, porque, para tanto, uma vez que não se observou a regra na ocasião da distribuição, não vejo sentido prático. Tenho, também, em conta para o meu pronunciamento a manifestação do Senhor Ministro Relator, que nos disse apresentar o caso

condições peculiaríssimas, ou melhor, que o paciente possui situação toda particular e pessoal.

Deste modo, meu voto é no sentido de que a Turma fixe sua competência e examine o processo.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Min. Godoy Ilha: *Data venia* do Min. Decio Miranda, por mais razoáveis que sejam as objeções de S. Ex^ª, participo da mesma opinião de que não se deve suspender o julgamento para devolver o processo à Terceira Turma.

VOTO

O Sr. Min. Jarbas Nobre (Relator): Narra a denúncia que o despachante aduaneiro Sidônio Rodrigues, da Alfândega de Santos, em detrimento dos interesses da Fazenda Nacional,

«Imaginou o trânsito simulado de automóveis para a Bolívia, enviados dos Estados Unidos, com trânsito por Santos. Aqui os carros seriam desembarcados e sob a alegação de que tornava-se impossível a ida dos carros até a Bolívia, por falta de numerário dos consignatários para garantir o trânsito, como exigem as leis do nosso País, seria pedida a nacionalização dos veículos. Os pedidos seriam feitos com base nas Leis n^{ºs} 43.028, de 1958, e 3.244, de 14-8-1957, que não se aplicavam ao caso, mas que iriam servir para o deferimento do pedido, com a conivência de funcionários e altas autoridades alfandegárias de Santos.

Como imaginou, Sidônio Rodrigues colocou em prática o seu plano, partindo no segundo semestre de 1959 para os Estados Unidos, em companhia de seu sócio em negócios imobiliários Ja-

cobo Mathor e de José Francellino de Souza Filho, seu «contac-to» antigo com firmas vendedoras de automóveis naquele país. Lá acertaram a aquisição de sete automóveis, para serem embarcados «rumo à Bolívia via porto de Santos» e para testar o plano contrataram um boliviano, de nome José Dueri, a quem conheceram por intermédio de Rosa Dueri, já conhecida de Sidônio, embarcando em seu nome um Chevrolet, motor nº B54T033745. Na mesma ocasião embarcaram mais seis automóveis também endereçados à Bolívia, em nome de Jacobo Mathor, mas todos comprados por Sidônio Rodrigues, conforme se poderá verificar da escrituração da Comissária e Mercantil Iris S.A., de Santos, que servia de fachada para seus negócios escusos, figurando como acionistas seu amigo Roberto Gaspar Paulo e Silva, como diretor-superintendente, sua mulher (dele, Sidônio) Dilce de Oliveira Rodrigues, como diretora-presidente e mais como acionistas os parentes dos prepostos seus. Esses lançamentos estão comprovados nos autos às fls. 395 e seguintes do 3º volume.

Chegados a Santos os sete veículos, iniciou-se a fase mais importante do plano: Sidônio Rodrigues, agindo como despachante fez petições à Inspetoria da Alfândega, em nome dos consignatários, dizendo que não possuíam meios de garantir o trânsito, nem mesmo possibilidades de obter fiança, não havendo outra solução senão nacionalizar os automóveis, pagando os requerentes os impostos devidos. O plano era inteligente: os carros vinham com fatura comercial a baixo preço,

com os pesos dos veículos inferiores aos reais e mesmo que tivessem de pagar o imposto devido ainda dariam lucro. Mas, nem isso faziam, pedindo apenas que ao caso fosse cominada a multa do art. 60 da Lei nº 3.244, de 1957, que na verdade não se aplicava ao caso, pois não serve ela para liberar mercadoria estrangeira destinada a outro país e apenas em trânsito regular pelo território nacional. Agindo dessa forma imenso era o lucro da quadrilha liderada por Sidônio e grande o prejuízo da Fazenda Nacional.»

«Tão grosseiras fraudes às leis aduaneiras somente se tornaram possíveis com a conivência de funcionários da Alfândega de Santos, inclusive seu Inspetor na ocasião. Sidônio Rodrigues fazia a petição em nome do consignatário, pedindo o desembaraço do automóvel ou de vários automóveis na mesma petição, dando entrada no protocolo geral. Ali era feito o primeiro despacho, mandando que um conferente informasse o que se fazia com a informação de que o peticionário apresentou a documentação completa, inclusive fatura comercial e prova de propriedade. Com a informação o Chefe da 1ª Seção determinava a volta do processo ao Gabinete do Inspetor, mas sem que isso fosse cumprido, ia o processo, em mãos, ao Armazém de Bagagem, onde era designado um conferente para conferência e que opinava desde logo pelo deferimento do pedido inicial, concordando fraudulentamente com a alegação de que os automóveis eram bagagens, concordando com os pesos falsos dados — sempre para que fossem inferiores a

1.600 quilos e também com os valores falsos dados, para que ficassem abaixo de 2.300 dólares e para lesar o fisco na hora do pagamento do imposto. O Chefe do Armazém de Bagagem concordava com a conferência irregular e fazia novo encaminhamento ao Gabinete, onde um funcionário já escrevia o despacho deferindo o pedido inicial, liberando os automóveis na forma pedida, despacho esse sempre feito a mão por Roberto Carlos Magno e que era levado ao Inspetor para assinatura. Estava pronta a lesão ao fisco e com a liberação dos carros iludia-se o pagamento dos direitos e impostos devidos, em parte.

Liberados os 7 (sete) primeiros automóveis, gerado precedente e para procurar fingir uma legalidade e dividir responsabilidades, foi elaborada uma consulta ao Procurador Fiscal da Fazenda Nacional em São Paulo, encaminhada pelo Inspetor Mário Daltro Dantas. A resposta veio favorável ao desembaraço de um automóvel «como bagagem» (folhas 576), pois a consulta fora feita maliciosamente, falando em bagagem, quando é sabido que no caso não havia isso, mas sim trânsito de veículos pelo nosso País, em direção a outro, que era o seu destino. Com tal parecer, que não se aplicava ao caso, procurou o Inspetor Dantas se cobrir, mesmo já tendo desembaraçado antes os sete veículos consignados a José Dueri e Jacobo Mathor. O referido parecer foi interpretado maliciosamente, pois enquanto o mesmo dizia que se no caso não se tratasse de bagagem, se o peso fosse superior a 1.600 quilos e se o valor FOB fosse su-

perior a 2.300 dólares, haveria fraude no pedido e que então se deveria proceder de acordo com os arts. 547 a 556 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas, sob pena de apreensão, isso não se fez. Dizia que nesse caso o passageiro deveria despachar o automóvel e que não poderia ser considerado bagagem, inclusive dizendo que se não for bagagem, deveria ser aplicado no caso o Dec. nº 43.028, de 9 de janeiro de 1958, o que não se fez, mas ao contrário, constou de todas as guias que a importação estava isenta do imposto constante do referido Decreto (vide fls. 154 e seguintes); esses primeiros sete carros, em que funcionou a Comissária e Mercantil Iris S.A., de Sidônio e Roberto Gaspar Paulo e Silva, após serem liberados, foram vendidos ao mesmo Roberto Gaspar (licença 4.667); a Roberto Xavier Nery (licença 4.668) fiscal aduaneiro; a Haroldo Lopes Franco (licença nº 4.669) irmão do despachante aduaneiro Edmundo Lopes Franco, companheiro de Sidônio; a Odemar Fernandes Aguiar (licença 4.670) por Sidônio, como esse comprador confessa; a Potiguara Moura (licença 4.672), fiscal aduaneiro de Santos e dois a desconhecidos. Esses carros tiveram seus certificados de propriedade tirados em São Paulo, por intermédio dos despachantes Michel Karaoglan e Flávio de Jesus Magalhães, em processo rumoroso, em que está envolvido inclusive o Tabelião José Cirilo, conforme processo em andamento na Capital do Estado;

Sidônio Rodrigues, José Francelino de Souza Filho, Jacobo Mathor, Edson de Souza, filho de

José Francelino e Roberto Gaspar Paulo e Silva, os mentores da trama escusa, ficaram satisfeitos com a experiência e com o resultado obtido, resolvendo ampliar os lucros. Para tal passaram a procurar novos pretensos passageiros dos Estados Unidos à Bolívia, vulgarmente conhecidos como «andorinhas», aos quais pagavam a passagem de ida e volta de avião, estada no Brasil por alguns dias e certa percentagem por carro desembarçado. Bastava que a «andorinha» tivesse um passaporte! Em Nova York encontraram alguém disposto ao negócio: era Juan Francesco Izquierdo Cardenas, cubano, cozinheiro de um restaurante. Cardenas veio ao Brasil, após serem embarcados nos Estados Unidos mais sete carros em seu nome, todos com «destino à Bolívia, via Santos», ficando hospedado vinte dias em casa de José Francelino, assinando vários papéis em branco, como conta Edson de Souza (fls. 217 do IPM), voltando para os Estados Unidos em seguida, muito antes do desembarço dos carros que foram feitos nos meses de setembro e outubro de 1960. Mesmo tendo voltado aos Estados Unidos em setembro, dois meses após, Cardenas «assinou» o pedido de desembarço de um automóvel (fls. 279 do IPM). Um dos carros liberados em nome de Cardenas foi, em seguida, requerido certificado de propriedade em nome de Edna de Souza, irmã de Edson, que tinha na ocasião apenas 16 anos. Os recibos em nome de Cardenas foram assinados por várias pessoas, inclusive Edson de Souza, para sua venda.

Resolvido o desembarço e vendidos os novos sete automóveis, com lucro fabuloso e sempre com o mesmo expediente, Sidônio e Francelino fizeram entrar ilegalmente no País mais três carros: um em nome de Osmar Milani, outro em nome de Renato Simões do Carmo e o terceiro em nome de Ivete Lourenço, todos liberados por Sidônio, em 13 de setembro de 1960, conforme licenças nºs 50.272, 50.273 e 50.270, sendo que essas três pessoas estiveram nos Estados Unidos, embarcando os carros com destino à Bolívia, por instrução de Francelino. Em Santos os carros foram desembarçados por intermédio da Comissária e Mercantil Iris S.A., de Sidônio e Roberto Gaspar, como contam os consignatários às fls. 650 e 651. Confessam, também, que não moravam na Bolívia, nunca ali estiveram e nunca pretenderam ali morar, fazendo tal embarque por ardem de Francelino».

Referentemente ao paciente, a denúncia, às fls. 35, expõe:

«Surgiu novo interessado, Álvaro Augusto de Campos, que estava nos Estados Unidos e que entrou em entendimentos com Francelino, que lhe ofereceu um Chevrolet colocado em Santos, mediante certa importância. Álvaro concordou e entregou a Francelino parte do dinheiro — cerca de 2.880 dólares — nos Estados Unidos e recebendo no Brasil o carro desembarçado por Sidônio, figurando como consignatário do carro um tal Giuseppe Cocco que Álvaro não conhece, conforme ele conta às fls. 652.»

Foi ele denunciado como incurso nas penas do art. 334 c/c com o art. 25, do Código Penal.

Lê-se às fls. 44:

«Álvaro Augusto de Campos, qualificado às fls. 214 do IPM, que combinou em Nova York com José Francelino o envio de um automóvel para a Bolívia, via Santos, onde seria desembarçado. O carro foi embarcado em nome de Giuseppe Coccaro, sendo um Chevrolet motor 01837T259309, desembarcado por Washington Noschese, que assinou o nome do despachante Epitácio Ramos Cavalcanti de Souza, tudo em conluio com Abelardo dos Santos Horta, que a ele pagou cinqüenta mil cruzeiros pelo serviço».

Pela Sentença de fls. 52/89, o paciente foi condenado à pena de dois anos e um mês de reclusão, dos artigos 334, *caput*, e 25, do Código Penal.

No pedido, argúi o impetrante que a denúncia não individualiza nem descreve um fato criminoso imputável ao paciente, donde não ter sido atendido o que dispõe o art. 41 do Código Penal.

Reza esse dispositivo legal:

«A denúncia ... conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas».

No tocante ao paciente, a peça inicial diz que este «entrou em entendimentos com Francelino, que lhe ofereceu um Chevrolet colocado em Santos mediante certa importância. Álvaro

entregou a Francelino parte do dinheiro — cerca de 2.880 *dollars* — nos Estados Unidos e recebendo no Brasil o carro desembarçado por Sidônio, figurando como consignatário um tal Giuseppe Coccaro que Álvaro não conhece»; que Álvaro combinara em Nova York «com José Francelino o envio de um automóvel para a Bolívia, via Santos, onde seria desembarcado. O carro foi embarcado em nome de Giuseppe Coccaro ... desembarcado por Washington Noschese, que assinou o nome de Epitácio Ramos Cavalcanti de Souza, tudo em conluio com Abelardo dos Santos Horta, que a ele pagou cinqüenta mil cruzeiros pelo serviço».

O crime do art. 334, do Código Penal, é assim definido:

«Importar ou exportar mercadoria proibida ou ilidir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria».

Pela denúncia, o ato praticado pelo paciente, foi comprar, em Nova York, de Francelino, um Chevrolet, carro que, no Brasil, recebeu, já desembarçado.

Isto em tese, não constitui delito.

No pedido de *Habeas Corpus* número 42.697, do Supremo Tribunal Federal, o Relator, Ministro Victor Nunes Leal, em seu voto, deixou claro que a denúncia deve descrever a conduta que cada co-réu teve na urdidura geral da ação delituosa. (Helena Cláudio Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, Editor Borsoi, Vol. I, pág. 200) :

«Discriminar a participação de cada co-réu é de todo necessário, porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito *per se*, na maioria deles a natureza determina a sua responsabilidade porque

alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevantes, ou nenhum. Aliás, a necessidade de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende da pessoa do delinqüente (art. 141, § 30). É preciso, portanto, que se comprove que alguém concorreu com ato seu para o crime. Além disso, também é essencial essa especificação, para que possa haver defesa adequada, para que alguém, denunciado com outros, possa saber como orientar sua defesa, evitando-se inclusive a constituição ou nomeação de um só defensor para mais de um acusado, cujas defesas devessem divergir em algum ponto».

A mesma tese está exposta no HC nº 45.456, Relator, Ministro Barros Monteiro:

«Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstancialmente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente» (aut. e ob. cit. pág. 203).

Segundo os termos da denúncia, a participação do paciente no crime praticado na Alfândega de Santos, se restringiu em comprar de Francelino, nos Estados Unidos, um automóvel, para recebê-lo no Brasil.

Ora, tal conduta não tipifica contrabando ou descaminho.

E tanto isto é certo que o próprio representante do Ministério Público, nas razões finais, titubeou quanto à classificação do delito, tanto que ensaiou alterá-la para crime de receptação.

A denúncia, pelo que se viu, não atendeu aos pressupostos do art. 41, do CPP.

Nela são ausentes dois elementos indispensáveis que, na lição de José Frederico Marques, são os seguintes: 1) os destinados a identificar a ação penal proposta e, 2) os que dizem respeito à constituição da relação processual (*Elementos de Direito Processual Penal* — Vol. 2º, pág. 147).

Adverte o eminente penalista, à mesma página:

«O art. 41, do Código de Processo Penal, especificou os dados pertinentes à acusação, dizendo que a denúncia conterà «a exposição do fato criminoso, com com todas as circunstâncias» e, ainda, «a classificação do crime». Com isto, fez menção apenas aos elementos causais da acusação, que se formalizam no que os canonistas denominavam de *narratio* e *medium concludenti* e que têm, como equivalente, na ação civil, o «fato e os fundamentos jurídicos do pedido» (Cód. Proc. Civil, art. 158, nº III)».

O que identifica precipuamente a ação penal, escreve o autor citado, à pág. 148 de sua obra,

«é a imputação, ou seja, a atribuição do fato delituoso ao acusado. E isto se contém na denúncia, uma vez que ali se expõe um fato criminoso e se qualifica o acusado, *id est*, a pessoa a quem atribui a prática daquele fato».

«Dessa forma, ficam perfeitamente individualizadas, na denúncia, a ação penal e a acusação que nela se contém».

É como ensina Tourinho Filho (*Processo Penal*, Vol. I, pág. 274):

«A denúncia, na técnica jurídica, significa a peça inicial da

ação penal, quando oferecida pelo Ministério Público. É com a denúncia que o Estado, através do Ministério Público, dá conhecimento ao Juiz de um fato que reveste os caracteres de infração penal... É a petição inicial, quando se tratar de crime de ação penal pública, a petição que corresponde àquela petição inicial do processo civil.

.....

Com a denúncia, o Estado, através do órgão do Ministério Público, dá ao Juiz conhecimento de um fato que reveste os caracteres de infração penal e pede a aplicação do direito penal objetivo. Denúncia, pois, é o ato processual pelo qual o Ministério Público se dirige ao Juiz, dando-lhe conhecimento de um fato que reveste os caracteres de infração penal e manifesta a vontade do Estado no sentido de ser aplicado o direito penal objetivo.

.....

O órgão do Ministério Público, na petição dirigida ao Juiz competente, descreve o fato com todas as circunstâncias. Não há necessidade de minúcias, não devendo, contudo, ser sucinta demais. A exposição deve limitar-se às circunstâncias necessárias à configuração do crime e às indicações das demais circunstâncias que circunvolveram o fato e que possam influir na sua caracterização. Exigindo a lei a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, haverá necessidade de, quando possível, fazer-se referência à hora, dia, mês, ano e local em que o crime foi cometido. Além da indicação do tempo e do lugar, deve ser feita referência ao modo como foi perpetrado e aos instrumentos usados. Tal exposição circunstanciada torna-se

necessária a fim de que o acusado possa ficar habilitado a defender-se, conhecendo o fato que se lhe imputa».

O paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime do art. 334. do Código Penal.

Por quê?

Diz a denúncia que o foi pelo fato de nos Estados Unidos, ter contratado com José Francelino de Souza Filho, a compra de um automóvel que lhe foi entregue, no Brasil, já liberado, após ter satisfeito o saldo do seu preço e os impostos incidentes.

Vale repetir a denúncia para melhor caracterizar o que foi dito a respeito do Paciente:

«Surgiu novo interessado, Álvaro Augusto de Campos, que estava nos Estados Unidos e que entrou em entendimentos com Francelino, que lhe ofereceu um Chevrolet colocado em Santos, mediante certa importância. Álvaro concordou e entregou a Francelino parte do dinheiro — cerca de 2.880 dólares — nos Estados Unidos e recebendo no Brasil o carro desembaraçado por Sidônio, figurando como consignatário do carro um tal Giuseppe Coccaro que Álvaro não conhece, conforme ele conta às fls. 652».

«Álvaro Augusto de Campos, qualificado às fls. 214 do IPM, que combinou em Nova York com José Francelino o envio de um automóvel para a Bolívia, via Santos, onde seria desembaraçado. O carro foi embarcado em nome de Giuseppe Coccaro, sendo um Chevrolet motor 01837T259309, desembaraçado por Washington Noschese, que assinou o nome do despachante Epitácio Ramos Cavalcanti de Souza, tudo em conluio

com Abeiardo dos Santos Horta, que a ele pagou cinqüenta mil cruzeiros pelo serviço. Está incurso no art. 334 c/c o art. 25 do Código Penal».

A exposição contida na peça inicial, não tipifica o delito do art. 334, do Código Penal, visto como aí não se diz que o paciente importou mercadoria proibida, ou ilidiu o pagamento de impostos devidos pela entrada de mercadoria.

Acima ficou assinalado que a denúncia, no processo penal, equivale à petição inicial no processo civil.

Escrevendo sobre a matéria, Frederico Marques (ob. cit. pág. 146):

«Por ser ato instrumental da ação penal pública, a denúncia deve conter todos os elementos desta. A pretensão punitiva que se condensa na acusação será exposta com clareza, indicando-se o seu objeto (*res petitum*) e os seus fundamentos (ou *causa petendi*), e ainda os dados subjetivos que a integram: o sujeito ativo que acusa (o órgão do Ministério Público) e o sujeito passivo que é o acusado (o réu). O promotor de justiça faz o seu pedido, dá-lhe os devidos fundamentos e diz contra quem se dirige a acusação.

O art. 158, do Código de Processo Civil, discrimina as formalidades da petição inicial no processo civil, e lhe aponta o respectivo conteúdo. A mesma coisa fez, embora de maneira um pouco incompleta, o art. 41, do Código de Processo Penal, em relação à denúncia».

A petição inicial, na ação civil, que não preenche os requisitos do art. 158 do CPC, é inepta.

A propósito, escreve Pedro Batista Martins (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, pág. 131):

«é de incontestável conveniência que, na petição inicial, além da exposição do fato, mencione ele (refere-se ao advogado) o direito objetivo que rege a espécie para facilitar a tarefa do réu e a do Juiz, proporcionando-lhes um roteiro para o exame das questões jurídicas.

A consequência da omissão de qualquer dos requisitos essenciais da petição inicial será a nulidade, porque ela se tornará inepta, não devendo, portanto, o Juiz referi-la».

A denúncia, no caso presente, acusa o paciente de ter combinado com José Francelino, a aquisição de um automóvel marca «Chevrolet».

De contrabando, aqui não se cuida, pois que automóvel não é mercadoria proibida.

De descaminho, também, eis que na importação desse carro, os impostos devidos foram pagos, tanto que há 4ª via da nota de importação, foi ele licenciado e foram recolhidos os impostos de importação e de consumo.

O paciente, segundo a própria denúncia esclarece, não cuidou do desembaraço do automóvel, visto como disse se incumbiu o despachante aduaneiro Sidônio Rodrigues, ou Washington Noschese, que assinou o nome do despachante Epitácio Ramos Cavalcanti de Souza.

De enfatizar-se, ainda, que figurou como consignatário do veículo, não o paciente, mas «um tal Giuseppe Coccaro que Álvaro não conhece».

Isto, porém, está explicitado na peça inicial da ação.

Do que se vê, pela denúncia, o paciente não cometeu o delito de contrabando ou descaminho.

Não importou mercadoria proibida, e não ilidiu o pagamento de impostos na sua entrada no Brasil.

Na Alfândega de Santos, ao que dizem os autos, existia «uma quadri-lha de espertalhões que conseguiam a entrada em nosso país de automóveis de fabricação dos Estados Unidos da América do Norte, especialmente Chevrolet, marca «Impala», sem a necessária licença de importação e sem a cobertura cambial» (fls. 28).

A denúncia, entretanto, não afirma que o paciente fosse componente dessa gang.

Diz, tão-somente, ter sido ele um interessado na compra de um carro, negócio que entabulou em Nova Iorque.

O carro foi remetido a Giuseppe Coccaro que pediu o seu desembaraço (fls. 100).

Os documentos de fls. 101 e 102 esclarecem que o imposto de consumo e os direitos aduaneiros foram pagos (Cr\$ 120.903,80 e Cr\$ 811.528,00, respectivamente).

O recibo de fls. 103 dá conta de que o paciente pagou a Giuseppe Coccaro o preço do carro (Cr\$ 500.000,00).

A denúncia não tipifica o crime do art. 334, do Código Penal.

É, indubitavelmente, inepta.

E tanto isto é certo que no Colendo Supremo Tribunal Federal, onde em favor de um co-réu, Álvaro Fontes, foi impetrada ordem de *habeas corpus* que tomou o n° 43.758, Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, foi proclamado que «a denúncia padece de defeitos graves» (fls. 98-v).

Lê-se no voto do Ministro Relator.

«A fraude ocorreu, diz a denúncia, por obra de funcionários, a começar pelo Inspetor da Alfândega. Não se pode exigir que um comprador de um carro adivinha o que ocorre no interior da repartição em manobras burocráticas escusas, que, para êxito, são secretas. Por aí, não se pode inferir a ciência do paciente, e falta à denúncia, nesse ponto, o mínimo de convicção ou razoável presunção exigidas pela lei».

Conclui por admitir que, no caso,

«teria havido o crime não do art. 180, mas do § 1°, desse dispositivo: «Adquirir ou receber coisa que pela sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso».

Pelo art. 384, parágrafo único, do CPP, a denúncia deve ser aditada, abrindo-se prazo para nova defesa, «se houver possibilidade de nova definição que importe aplicação de pena mais grave». No caso, ocorreu essa possibilidade, tanto que o representante do Ministério Público, em suas razões (fls. 94), sustentou que, «na realidade», sua posição (alude ao paciente),

«assemelha-se mais a de receptor que, antes do crime, já se corrompeme a comprar os frutos do delito. Pela sua condenação, mas pelo delito de receptação dolosa (está explícita na denúncia a presente classificação, não havendo necessidade de aditamento)».

Que na espécie houve a possibilidade de nova classificação, é fato indubitoso.

Aditamento à denúncia, no entanto, não foi feito, daí decorrendo a perplexidade e o cerceamento de defesa argüidos no pedido.

Tenho que a denúncia, em verdade, padece de defeitos graves, com assinalou o Ministro Aliomar Baleeiro.

Não tipifica ela qualquer dos dois crimes: descaminho ou receptação.

De notar-se que, quanto ao último delito, enquanto o Promotor Público de Santos quer que a denúncia tenha descrito com perfeição a receptação dolosa (art. 180), o Supremo, pelo voto do Ministro Baleeiro, nela viu a receptação culposa, do § 1º desse dispositivo.

Tantas são as incertezas contidas na peça inicial, que a defesa ficou sem saber como agir.

Aqui repito o que foi dito no Supremo Tribunal Federal: a denúncia é ausente o mínimo de convicção ou razoável presunção.

Ela é, inquestionavelmente, inepta. Cerceamento de defesa.

Alega o impetrante que entre três co-réus (José Francelino de Souza Filho, Washington Noschese e Abelardo Santos Horta e o próprio paciente) houve acusações recíprocas.

Assim é que Abelardo, em seu interrogatório, dissera ter recebido do paciente o seu passaporte para liberar o automóvel, documento que entregara ao despachante Washington (folhas 117-v).

Este, a seu turno (fls. 14-v), ao ser interrogado, afirma que o paciente «não estava presente no momento em que Francelino entregou ao interrogando os documentos e passaporte, sendo que a única pessoa que estava presente ao ato era Abelardo dos Santos Horta; que posteriormente, quando da instauração do IPM, veio a conhecer Álvaro e ficou sabendo que o mesmo adquirira um dos veículos».

Do exposto bem se vê que entre esses indiciados passou a existir con-

flito que envolvia a posição do paciente, na ação.

No entanto, como argüido pelo impetrante e está comprovado nos autos, as testemunhas de Abelardo Horta e de Washington Noschese foram ouvidas sem a presença do paciente e do seu defensor.

Argüi que não foi atendido o mandamento do art. 261, do CPP, que não admite que o acusado seja processado sem defensor, donde ter ocorrido nulidade insanável.

Por derradeiro, de examinar-se o último argumento da impetração, no sentido de que a sentença é nula.

Pelo delito do art. 334, do Código Penal, a pena vai de 1 a 4 anos.

O paciente foi condenado a 2 anos e 1 mês de reclusão.

Na medida da pena, o art. 42 do Código manda que se leve em consideração os antecedentes e personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos e as circunstâncias e conseqüências do crime.

Na espécie, no que se relaciona com o paciente, não ocorreram agravantes, pois ele é primário, sua conduta é ilibada e responde a um único processo, este em que foi condenado.

A Sentença condenatória anota tais circunstâncias ao considerar

«os antecedentes (primário) e a personalidade do réu Álvaro Augusto de Campos».

A exacerbação da pena, como se observa, não ficou justificada, e não podia ser feita visto como não há circunstância especial a recomendá-la.

Sua nulidade é evidente.

No meu entender a razão está com o paciente. A denúncia é inepta, o paciente teve cerceada a sua defesa e a sentença é nula.

Deiro a ordem.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. Godoy Ilha: Além dos argumentos que V. Ex^a invoca para conceder a ordem, estou plenamente convencido de que não se verificou o crime de contrabando. Talvez o representante do Ministério Público tivesse razão, quando propôs, no curso da instrução, a desclassificação do crime para o art. 180, do Código Penal, que prevê a receptação dolosa ou culposa.

Por estas razões, também acompanho o voto de V. Ex^a para conceder a ordem, considerando nula a sentença.

VOTO (MÉRITO — VENCIDO)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: Tenho na mais alta conta o meu eminente colega, Sr. Min. Jarbas Nobre. Ainda uma vez, rendo as homenagens que seu esforço, caráter e inteligência merecem.

No presente caso, como acabamos de ouvir, o voto de S. Ex^a é o mais percuciente possível, no sentido de demonstrar as irregularidades existentes. Não obstante e apesar de estar impressionado com argumentos tão bem desenvolvidos, o meu voto é no sentido de indeferir o *habeas corpus*.

Os fatos são tão complexos que, na verdade, para chegarmos às conclusões da absolvição, seria necessário que estivéssemos, no recurso ordinário, examinando o processo e pesando devidamente todas as circunstâncias.

É verdade que a inicial argúi inépcia, da denúncia, cerceamento de defesa, nulidade da sentença e irregularidades outras.

Li o memorial distribuído e na vizinhança em que estou com o eminente Ministro Relator, consultei rapidamente o processo. Não firmei juízo no sentido de aceitar as arguições da impetração. A esta altura, como tenho dito noutras oportunidades, a inépcia da denúncia está superada, uma vez que houve a

formação de culpa, e o acusado se defendeu, sem restrições. Mas, de qualquer sorte, considerando a denúncia como foi oferecida, independentemente do que já se fez, não há dúvida de que o paciente, desde o início, foi informado de que estava acusado por crime de contrabando, vez que participara de trama complexa que se organizara para introduzir irregularmente carros no País. A participação do acusado não estaria somente no fato de ser o comprador. Aparente e concretamente, foi o comprador, mas era também participante de todas as providências irregulares que se tomavam, para que os carros chegassem ao Brasil. Se não está expresso, está implícito.

Quanto ao cerceamento de defesa, a minha posição é conhecida. Tenho exigido sempre que se notifique o advogado e o réu para as diligências da formação da culpa. Mas, do que apreendi, no caso não se trata propriamente disso. A duas diligências, pelo desencontro na marcação das datas ou falta de notificação a todos os advogados (inquirição de testemunhas de defesa, salvo engano), nem todos os interessados estiveram presentes.

O argumento pode ser relevante, mas entendo que, nas peculiaridades da hipótese, há de ser testado diretamente com o exame da ação penal, para verificar-se se realmente a defesa ficou prejudicada e se havia o alegado choque entre os co-réus nas suas posições. Quanto à nulidade da sentença, temos dito que, não havendo razões de aumento, o juiz deve aplicar a pena no grau mínimo. Aqui, o juiz não procedeu assim. Mas nas informações, que li rapidamente, o Dr. Juiz salienta que justificou suficientemente a orientação tomada. Para não se aceitar esse esclarecimento, é preciso examinar os autos.

Por outro lado, mesmo que se chegasse à conclusão de que a sentença

cometera grave erro da técnica da aplicação da lei penal, a fórmula não seria anulá-la. Não se observaria o que tenho recomendado na minha pouca autoridade, mas, de algum modo, se daria atendimento à arguição, consertando a sentença através do *habeas corpus*, para aplicar-se o mínimo legal da pena dada a inexistência manifesta de motivo de exasperação.

Acho tão complexo o caso dos autos, que, apesar de ser reconhecidamente um dos juizes liberais da Casa, o meu voto é no sentido de denegar a ordem, *data venia* dos Srs. Ministros Relator e Godoy Ilha, que já o concederam.

VOTO (MÉRITO — VENCIDO)

O Sr. Min. Decio Miranda: Sr. Presidente, fiquei vencido na questão de ordem que inicialmente propus, no sentido de caber o julgamento do presente *habeas corpus*, por prevenção, à Colenda Terceira Turma, que já apreciou outros *habeas corpus* alusivos à mesma sentença condenatória. Num desses *habeas corpus* eu fora designado Relator, e, verificando a anterioridade de pronunciamento da Colenda Terceira Turma sobre outro pedido, propus a remessa daquele que me tocara àquela Turma, o que se fez. A minha proposta de hoje tinha, portanto, coerência com esse anterior precedente.

De resto, estou convencido de que os *habeas corpus* que se dirigem ao ataque de uma determinada sentença ou oriundos de uma determinada ação penal devem todos ser apreciados pela mesma Turma, para se evitar a ocorrência de julgamentos contraditórios que desmerecem a coerência que se deve esperar de um modo geral da Justiça e muito especialmente da Justiça em matéria penal.

Passo ao mérito. O eminente impetrante requereu o *habeas corpus* sob fundamentos que se podem resumir em quatro itens:

1) falta de justa causa por inexistente descrição de fato típico penal na denúncia;

2º) cerceamento de defesa, por não observadas as garantias da hipótese de nova classificação do delito;

3º) ainda cerceamento de defesa, por não intimado o paciente e seu defensor para certos atos probatórios;

4º) excesso na aplicação da pena, uma vez que o Juiz não anunciou nenhuma condição que justificasse imposição acima da pena mínima.

Relativamente ao primeiro fundamento, vejo que a denúncia atribuiu ao paciente concerto ou conluio com outro acusado para «o envio de um automóvel para a Bolívia, via Santos, onde seria desembaraçado».

Nessas poucas palavras, ligadas às demais que se referem à atuação do paciente e às que se referem ao conjunto dos indiciados no inquérito, está caracterizada uma atribuição de contrabando. Por ser de peso e valor superiores aos de importação permitida ou por outra circunstância que no exame dos autos de *habeas corpus* não se apura, o automóvel era de importação proibida, e o expediente que se imaginou para ilidir esta proibição seria o despacho para a Bolívia, via Santos, no que teria assentido e colaborado o paciente.

Evidente que essa passagem da denúncia não se isola. Ela há de ser examinada em conjunto com os demais fatos descritos na atuação dos demais co-réus.

Assim, a meu ver e com a devida vênia aos eminentes colegas que atenderam a esse ponto da impetração, estava presente na denúncia a indicação de fato criminoso típico.

O segundo fundamento, do cerceamento de defesa, por não adotadas medidas em caso de desclassificação da denúncia, ficou em verdade prejudicado,

porquanto o Juiz aceitou na sentença a versão original da denúncia.

O terceiro fundamento, da falta de intimação do paciente e seu defensor para ouvida de testemunhas, era nulidade que devia ter sido apontada na oportunidade processual própria, reservada à defesa, anteriormente à sentença.

Finalmente, no último fundamento, exasperação não justificada da pena, também não procede, *data venia*, a alegação do douto impetrante, uma vez que o Juiz, ao fixar a pena acima do mínimo, declarou ter em conta «a intensidade do dolo (acentuados os motivos, as circunstâncias e conseqüências do delito)». Estava, aí, *quantum satis*, justificada a pena acima do mínimo. Pelo menos, justificada em tese. Se, na verdade, a intensidade do dolo apontada não se verificava, se os motivos não eram realmente detrimentes em relação à conduta do réu, isto é matéria a ser examinada no recurso de apelação.

Por estas considerações, que modestamente procuro enunciar neste

momento, depois de tão substanciosos pronunciamentos como os daqueles eminentes colegas que me precederam na votação, também denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.068. SP. Rel.: Sr. Ministro Jarbas Nobre. Impte.: José Aranha. Pacte.: Álvaro Augusto de Campos.

Decisão: Rejeitada a preliminar argüida pelo Sr. Min. Decio Miranda, de prevenção da Egrégia Terceira Turma, para apreciação deste *writ*; de *meritis*, por empate na votação, concedeu-se a ordem para anular o processo com relação ao paciente, pela inépcia da denúncia, cerceamento da defesa e nulidade da sentença, vencidos os Srs. Mins. Amarílio Benjamin e Decio Miranda, determinando-se a soltura do paciente, se por ali não estiver preso (em 29-8-73 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Godoy Ilha votou *in totum* com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Godoy Ilha.

HABEAS CORPUS N.º 3.096 — RS

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira
Paciente — Jardini Tombesi
Impetrante — Altair de Lemos

EMENTA

Habeas corpus.

Inépcia da denúncia insuscetível de acolhida, à vista do art. 41 do CPP, diante dos termos em que está a mesma vazada. A acusação ao paciente é explícita, não sendo de molde a surpreender ou prejudicar sua defesa. Os fatos estão descritos de maneira precisa.

Alegação de falta de justa causa para a ação penal contra o paciente inaceitável, tendo em conta os termos da denúncia e a inviabilidade de discutir em *habeas corpus*, desde logo, complexa matéria de fato relativa à responsabilidade criminal, ou não, do paciente.

Habeas Corpus indeferido.

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 indeferir a ordem, na forma

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

Brasília, 8 de outubro de 1973. — *Armando Rollemberg*, Presidente; *José Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. *José Néri da Silveira* (Relator): O Dr. Altair de Lemos, advogado, domiciliado em Porto Alegre, impetrou *habeas corpus*, em favor do Coronel Jardini Tombesi, oficial reformado da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, residente em Santa Maria, no mesmo Estado, que foi denunciado, juntamente com outros, perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado referido, como incurso no art. 299, *caput* combinado com o art. 171, *caput*, na forma dos arts. 25 e 51, § 2º, todos do Código Penal, sendo os fatos e fundamentos do pedido postos na inicial, de fls. 1/14, nestes termos: (lê).

Às fls. 24/30, vê-se cópia do inteiro teor do voto do eminente Ministro Jarbas Nobre, relativo ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 3.028 — RS, ocorrido a 18-5-1973, tendo como paciente o co-réu, na mesma ação penal, Doutor João Figueiredo Ferreira, também Diretor da FICREI S.A., deferindo-se o *writ*, por empate na votação, em conformidade com as seguintes conclusões do ilustre relator aludido, constantes de fls. 30, *verbis*:

«Em conclusão e resumindo:

1) É competente para apreciar e julgar a ação criminal a Justiça Federal, porque trata ela de crime praticado em detrimento de serviços e interesses do Banco Nacional da Habitação que, por definição legal, é uma empresa pública (art. 125, IV, da Constituição).

2) A denúncia não é inépta, em sua forma.

Com a juntada da escritura firmada pelo paciente, como diretor da FICREI S.A., e a descrição pormenorizada do delito, ela preencheu os requisitos exigidos pelo art. 41, do Código de Processo Penal.

3) Se a denúncia não é formalmente inépta, o é, porém, em sua essência.

Pelo fato de, com referência à única escritura subscrita pelo paciente, a trama delituosa se faz impossível pelos motivos expostos, entre os quais avultam a sua legitimidade, a não efetivação de prejuízo ao BNH e a não presença, no ato, dos elementos que integram o crime de estelionato, entre eles, o ardil e o prejuízo do BNH — defiro o pedido, por falta de justa causa para a ação penal.»

As informações da autoridade coatora estão de fls. 58/61: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, de fls. 90/92, opina no sentido do indeferimento do *habeas corpus*. Destaca a interposição de recurso extraordinário do acórdão da colenda Segunda Turma, cujas razões anexas (fls. 93/100), anotando não ser exatamente igual a situação do paciente à da anterior impetração.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Min. *José Néri da Silveira* (Relator): Não encerra a inicial pedido de extensão dos efeitos do venerando acórdão da colenda Segunda Turma, de 18-5-1973, cujo voto do relator consta de fls. 24/30, no *Habeas Cor-*

pus nº 3.028 — RS, em que figurava como paciente o co-réu no mesmo processo-crime, Dr. João Figueiredo Ferreira.

De outra parte, inobstante a presente impetração faça referência a fundamentos do julgado aludido, desde logo, cumpre ter em conta que, em sua conclusão, o ilustre relator, conforme está às fls. 30, assim resumiu seu entendimento:

«2) A denúncia não é inépta, em sua forma. Com a juntada da escritura firmada pelo paciente, como diretor da FICREI S.A., e a descrição pormenorizada do delito, ela preencheu os requisitos exigidos pelo art. 41, do Código de Processo Penal;

3) Se a denúncia não é formalmente inépta, o é, porém, em sua essência.

Pelo fato de, com referência a uma única escritura subscrita pelo paciente, a trama delituosa se faz impossível pelos motivos expostos, entre os quais avultam a sua legitimidade, a não efetivação de prejuízo ao BNH e a não presença, no ato, dos elementos que integram o crime de estelionato, entre eles, o ardil e o prejuízo do BNH — defiro o pedido, por falta de justa causa para a ação penal.»

Vê-se, pois, que, ao dar pela inépcia da denúncia, «em sua essência» (*sic*), quanto a João Figueiredo Ferreira, o aresto considerou o fato de haver o paciente participado, como diretor, de uma única transação, cuja escritura respectiva veio aos autos e foi examinada, em seu conteúdo, observando, então, o voto vencedor que a «trama delituosa», na espécie focalizada, se fazia impossível.

Estou, assim, em que, diante desses termos e da inocorrência da mesma circunstância, em relação ao paciente, no pedido de *habeas corpus, sub examine*, inexistente motivo para a Turma deixar de conhecer da súplica, remetendo a questão ao juízo da colenda Segunda Turma.

Julgado como está o *Habeas Corpus* nº 3.028 — RS, havendo da decisão, tomada por empate, inclusive, a douta Subprocuradoria-Geral da República interposto recurso extraordinário, conforme razões, por cópia, às fls. 93/100, não há falar em competência por prevenção da colenda Segunda Turma. Não se cogita, outrossim, como acima referido, de pleito expresso de extensão de efeitos de decisório anterior.

Em face disso, conheço do pedido.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): No mérito, às fls. 90, a douta Subprocuradoria-Geral da República bem sintetizou os fundamentos do pedido, *verbis*:

«1. Em favor de Jardini Tombesi, denunciado juntamente com outros perante a Justiça Federal de Porto Alegre por falsificação documental (art. 299) e estelionato (art. 171), impetra-se ordem de *habeas corpus* sob os seguintes fundamentos:

a) inépcia da denúncia, por defeito de forma;

b) inépcia de denúncia, «em sua essência», conforme, aliás, já decidiu a Eg. Segunda Turma, no HC nº 3.028 concedido em favor de um co-réu;

c) falta de justa causa.»

No que concerne à inépcia da denúncia, por vício de forma, compreendo que a mesma atendeu ao disposto no art. 41, do CPP. Inexistente dúvida quan-

to aos fatos tidos por criminosos na peça vestibular, os quais se descreveram, de maneira precisa. Está, por cópia, às fls. 15/21, nestes termos:

«O Agente do Ministério Público Federal, em exercício neste Juízo, vem perante V. Exa. apresentar Denúncia contra (a) Jardini Tombesi, filho de Luiz Tombesi e Catarina Tombesi, brasileiro, casado, coronel reformado da Brigada Militar, residente na Rua Saturnino de Brito, 16, em Santa Maria, neste Estado; contra (b) Alberto Terhorst, filho de Alberto Terhorst e de Apolônia Zimmer, brasileiro, solteiro, do comércio, residente na Rua Anita Garibaldi, 77, nesta Capital; contra (c) João Figueiredo Ferreira, brasileiro, casado, advogado, residente na Rua Duque de Caxias, 830, ap. 124, nesta Capital; contra (d) Victor Müller Lambert, filho de Luiz Lambert e de Guilhaermina Müller Lambert, brasileiro, casado, corretor de valores, residente na Rua Germano Hasslocher, 206, nesta Capital; contra (e) Renato Cezar Dias Lenz, filho de Caio Augusto Sampaio Lenz e de Suzana Dias Lenz, brasileiro, casado, economista, residente na Rua Venâncio Aires, 1.639, nesta Capital; contra (f) Cyro Farias da Rocha, filho de Cyrineu José da Rocha e de Áurea Farias da Rocha, residente em Santa Maria, neste Estado, pelas razões a seguir deduzidas:

Tempo — lugar e fato.

Entre 12 de setembro de 1967 e 10 de julho de 1969, os denunciados foram, respectivamente, diretores (a-b-c), assessor de diretoria (d), gerente (e) e contador (f) da Companhia Ficrei de Crédito Imobiliário S.A.

Na época, a aludida empresa era Agente Financeiro do Banco Nacional da Habitação e, nessas condições, os recursos que dele recebia dependiam do vulto de suas operações ativas (financiamentos) e passivas (captações de depósitos de terceiros).

Para aparentar uma boa atividade em um e outro setor, a empresa, sob o comando dos denunciados, criou uma dupla contabilidade, a modo que seus registros verdadeiros tivessem um uso interno e aqueles simulados fossem utilizados externamente.

Todo artifício partia da concessão dos financiamentos, em cujas escrituras constava ser a quantia mutuada entregue de uma só vez e pela sua totalidade.

Não obstante, a liberação do empréstimo obedecia na prática ao andamento das obras, nos termos dos cronogramas aprovados previamente pela mutuante.

Enquanto controlava, através de uma escrituração paralela, as quantias efetivamente liberadas, a Companhia Ficrei de Crédito Imobiliário S.A. simulava na sua contabilidade um desembolso total, na forma do contrato de financiamento.

Em contrapartida, forjava um depósito do saldo não-liberado no departamento de poupança livre, em nome dos mutuários — sem a assinatura destes — cujo regime era totalmente estranho às características da aludida conta.

Porque não havia livre movimentação, nem eram creditados aos mutuários os juros de 6% (seis por cento) ao ano e a correção monetária trimestral, conforme norma do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo.

Assim agindo, os denunciados fizeram crer ao Banco Nacional da Habitação tivessem um grande vulto de operações ativas e passivas, mediante respectivamente fictícios desembolsos de empréstimos e conseqüentes depósitos em nome dos mutuários.

Quanto às operações ativas, a irregularidade — como se viu — está em que a liberação não se realizava assim como contabilizada, mas parceladamente.

Já as operações passivas têm seu vício em que não se constituíram de recursos de terceiros, mas de meros desdobramentos de operações ativas, cujos valores eram apenas nominalmente repassados a terceiros.

Tal expediente foi utilizado em relação aos financiamentos concedidos a pessoas e empresas abaixo arroladas, cujos contratos foram celebrados por escritura pública no Cartório Distrital de Camobi, município de Santa Maria:

«1) a Maurício Poyastro — Cr\$ 273.401,60 (duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e um cruzeiro e sessenta centavos);

2) a Santos Albernaz Engenharia Ltda. — Cr\$ 251.172,00 (duzentos e cinqüenta e um mil, cento e setenta e dois cruzeiros);

3) a Construções Sogisa Ltda. Cr\$ 3.191.000,00 (três milhões, cento e noventa e um mil cruzeiros);

4) a Altair Celestino Alves — Cr\$ 1.509.101,70 (um milhão, quinhentos e nove mil, cento e um cruzeiros e setenta centavos);

5) a Antônio Presta — Cr\$ 65.419,13 (sessenta e cinco mil, quatrocentos e dezenove cruzeiros e treze centavos);

6) à Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB — Cr\$ 1.724.136,90 (um milhão, setecentos e vinte e quatro mil, cento e trinta e seis cruzeiros e noventa centavos);

7) a Ayrton Schneider — Cr\$ 78.419,00 (setenta e oito mil, quatrocentos e dezanove cruzeiros);

8) à Sociedade Meridional de Educação — Cr\$ 1.521.881,64 (um milhão, quinhentos e vinte e um mil, oitocentos e oitenta e um cruzeiros e sessenta e quatro centavos);

9) a INCOREL — Instalações, Construções e Representações Ltda. — Cr\$ 541.500,00 (quinhentos e quarenta e um mil e quinhentos cruzeiros);

10) a Gerson Souza Oliveira & Cia. Ltda. — Cr\$ 805.006,00 (oitocentos e cinco mil e seis cruzeiros);

11) a Hélio Cezar Alvarez — Cr\$ 785.500,00 (setecentos e oitenta e cinco mil e quinhentos cruzeiros);

12) a Kalil Zachia — .. Cr\$ 456.800,00 (quatrocentos e cinqüenta e seis mil e oitocentos cruzeiros);

13) a Luiz Victorino do Prado Barcellos — Cr\$ 114.453,00 (cento e quatorze mil, quatrocentos e cinqüenta e três cruzeiros);

14) a Pilla, Porto Alegre & Cia. Ltda. — Cr\$ 150.586,00 (cento e cinquenta mil, quinhentos e oitenta e seis cruzeiros);

15) a Regis Ribeiro Balduino — Cr\$ 922.563,32 (novecentos e vinte e dois mil quinhentos e sessenta e três cruzeiros e trinta e dois centavos).»

Tipo penal:

«Os fatos acima descritos preenchem o tipo penal previsto no art. 299, *caput*, combinado com o art. 171, *caput*, na forma dos arts. 25 e 51, § 2º, do Código Penal Brasileiro.

Pedido:

Ante o exposto, requer a V. Ex^a se digne instaurar o competente processo-crime, mandando citar os denunciados para todos os seus termos, pena de revelia, e intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para deporem sobre os fatos.

Testemunhas:

Ione Azambuja — Av. Farrapos, 3.465, ap. 4, Porto Alegre.

Antônio Carlos Ramos, Av. Pátria, 1.138, ap. 13, Porto Alegre.

Victor Hugo Lampert, Rua Santana, 536, ap. 302, Porto Alegre.

Luiz Gonzaga Isaia, Rua Mal. Floriano, 1.161, Porto Alegre.

Antônio Presta, Av. Berlim, 582, Porto Alegre.

Mariza de Ávila Cervo, Avenida Assis Brasil, 3.565, Porto Alegre.

Hélvio Nicoloso Cecchin, Av. Farrapos, 160, Santa Maria.

José Orlando Ritter, Rua Conde de Porto Alegre, 958, Santa Maria.»

Acerca do art. 41, do CPP, observou o eminente Espínola Filho:

«Mas, como narração, a peça inicial deve ser sucinta, limitando-se a apontar as circunstâncias que são necessárias à configuração do delito com a referência apenas a fatos acessórios, que possam influir nessa caracterização. E não é na denúncia, nem na queixa, que se devem fazer as demonstrações da responsabilidade do réu, o que deve reservar-se para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação.»

(*apud* Código de Processo Penal Brasileiro Anotado v.1, pág. 418).

Noutro passo, anota o ilustre jurista:

«O novo Código de Processo Penal nenhuma prescrição de forma faz a ser observada pelo promotor ou pelo queixoso, e, na plena coerência da sua orientação eminentemente antiformalista, consigna, invés, a seguinte autorização: «As omissões da denúncia ou da queixa... poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final» (art. 569) (*op. cit.*, pág. 426).

Nesse particular, o que bem importa é não seja a defesa surpreendida e prejudicada. Se o réu tem ciência completa da acusação, que lhe é feita, e pode defender-se eficientemente, querendo, não há, à evidência, por que invalidar a peça de acusação, em nome de um formalismo exagerado e obsoleto.

Nem ganha melhor expressão, *in casu*, a alegada inépcia da denúncia, porque muitos sejam os acusados. O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República sinalou, com inteiro acerto, às fls. 90/91:

«2. A denúncia, exibida por cópia às fls. 15/21, descreve, *data venia*, com clareza os fatos criminosos imputados ao paciente. E se os atribuiu globalmente aos denunciados, isso se deve evidentemente à circunstância peculiar de terem sido praticados em conjunto por aqueles que integravam a diretoria de uma entidade financeira. E que o paciente Jardini Tombesi participava diretamente dos fatos, provam-no seus próprios depoimentos, na Polícia e em Juízo, exibidos às fls. 83/84 e 85/88, onde se confessa Diretor-Administrativo da Companhia e reconhece como suas as assinaturas apostas em documentos questionados nos autos, ou tidos como inautênticos.»

Não vejo, dessarte, *in hac specie*, inépcia da denúncia, sob o ponto de vista formal, máxime, em *habeas corpus*, com o objetivo de trancar a ação penal contra o paciente.

Por igual, não tenho como possível acolher, nesta oportunidade, em *habeas corpus*, a alegação de falta de justa causa para a ação penal, em referência ao paciente.

O ilustre Juiz Federal José Sperb Sanseverino, em suas informações, de

fls. 59/60, observou, com lucidez, *verbis*:

«4. Ante a clareza da denúncia e dos elementos que a instruíram, entendi de não excluir qualquer dos denunciados, pois, pareceu-me que todos estavam ligados, de uma ou de outra forma, aos fatos delituosos.

«A carta dirigida, pelo Banco Nacional da Habitação, através do Sr. Francisco de Assis G. Moreira, gerente da SAF, em 9 de janeiro de 1969, denuncia uma série de ilícitos operacionais, para os quais pedia urgentes providências regularizadoras e anunciava a aplicação à Empresa, de que era Diretor o paciente, das sanções previstas nas letras a e b do item 17, da Circular SAF — 54/4.441/67 (Documento nº 5). Ora, entre os ilícitos operacionais ali mencionados, como pode se verificar na alínea 9, estão os casos que vieram a oferecer os fundamentos fácticos para a denúncia. É de sinalar que, entre a data desse documento e aquela em que a Empresa entrou em regime de liquidação extrajudicial (19-8-1969), como informa o Documento nº 1, medeiaram mais de sete meses, sem que os autos dêem conta de qualquer providência regularizadora. Tal situação vem comprovada pelo fato de, em 27 de maio de 1970, o Senhor Liquidante encontrar ainda sem solução as apontadas irregularidades.

O paciente tinha inteiro conhecimento dos fatos, tanto é assim que assinou, na qualidade de Diretor, ora diretamente, ora representado pelos Srs. Renato Cezar Dias Lenz, Themístocles Menezes, Arnaldo Requia e Victor Müller Lambert, inúmeros contratos de financiamentos imobiliários, juntados por cópia autenticada aos autos do inquérito. Deve, no entanto, ser notado que, como afirma, em seus depoimentos perante a Polícia Federal e este Juízo (documentos 6 e 7), todos os seus atos eram praticados de conformidade com os prévios pareceres técnicos, elaborados pelo Consultor Jurídico, Dr. João Figueiredo Ferreira, pelo contador, Sr. Cyro Farias da Rocha, e pelo responsável pelo Departamento Financeiro, Senhor José Orlando Ritter.

Também, tinha ciência o paciente das determinações do Banco Nacional da Habitação, que eram colhidas no Rio de Janeiro ou em Porto Alegre, pelos Senhores Alberto Terhorst, João Figueiredo Ferreira e João Amado Requia, e pelos mesmos a ele transmitidas.

Assim, somente a instrução do processo evidenciará a falta de justa causa, capaz de fundamentar a sua absolvição.»

Refletindo, *data venia*, a boa doutrina, a propósito dos limites do exame da justa causa para o procedimento

criminal, em *habeas corpus*, anotou o ilustre Ministro Amarílio Benjamin, no julgamento do *Habeas Corpus* número 3.028 — RS, *verbis*:

«A concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa importa, necessariamente, na exclusão de qualquer criminalidade contra o paciente.

Segundo a minha orientação, em *habeas corpus* somente se deve chegar a esse extremo, quando na verdade está provado, ao primeiro exame, que o paciente não cometeu a ação que lhe é atribuída pelo Ministério Público, ou a descrição dos fatos não constitui ação criminosa.

Do que ouvi, do memorial que li e da consulta que fiz aos autos, na vizinhança em que encontro com o Senhor Ministro Relator, não cheguei à conclusão de que se possa, de plano, dizer que nos ilícitos verificados na financeira, que estão sendo cogitados nos autos, o paciente não tenha responsabilidade. Também tenho sustentado que não é possível transformar-se a instância do *habeas corpus* numa apuração profunda de prova para, daí, chegar-se a conclusões. Pensando assim, meu voto indefere o *habeas corpus* por falta de justa causa.»

Em igual linha, observou, na mesma oportunidade, o eminente Ministro Decio Miranda:

«Verdadeiros ou não os fatos descritos na denúncia, ou a

participação neles, na primeira hipótese, do paciente, são matérias profundamente entrosadas na prova, que não poderiam ser deslindadas em *habeas corpus*, seja para reconhecer-se a inépcia da denúncia, seja para atender ao paciente pela falta de justa causa no ajuizamento da ação penal.

A denúncia descreve, de modo não de todo insatisfatório, o crime de um grupo de pessoas que, pela sua íntima solidariedade na direção de uma empresa, podem, razoavelmente, ser considerados co-autores de fatos que dificilmente não teriam a participação de qualquer deles.

«Só a instrução criminal poderá, realmente, inocentar o paciente.»

Não cabe, aqui, em *habeas corpus*, outrossim, acolher o que sustenta o impetrante, às fls. 9/10, quanto à impossibilidade de haver o paciente cometido os ilícitos que lhe são imputados, juntamente com outros co-réus.

Argumentou, *data venia*, com inteira razão, nesse particular, a douta Subprocuradoria-Geral da República, nas razões por cópia às fls. 97/99, nestes termos:

«3. De resto, mesmo no tocante ao delito de estelionato reputado inexistente no douto voto prevalecente, fácil será de ver, pela própria divergência surgida no seio da Eg. Segunda

Turma, acusando empate na votação, que, para decidir como decidiu («denúncia... inépta em sua essência»), estabeleceu-se controversia a respeito de fatos ou a respeito da mera possibilidade da existência de fatos comprovados no inquérito, antecipando-se, dessarte, o julgamento de mérito, antes mesmo de iniciada a fase probatória, de que poderiam resultar espancadas as dúvidas manifestadas pelo ilustre Ministro Relator.

«Com isso, as controvertidas conclusões do v. acórdão recorrido estabeleceram flagrante divergência com a orientação jurisprudencial da Suprema Corte, a saber:

«1ª) Quanto à desconsideração para com um dos delitos descrito e capitulado na denúncia:

a) «Ementa: Denúncia. Trancamento do Processo. Se há um mínimo de elementos para a presunção da existência do crime e de sua autoria, não é possível o trancamento *in limine* da ação penal» (RHC nº 50.784 — Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ de 1-6-73, pág. 3.817).

b) «Ementa: *Habeas corpus*. Denúncia. Justa causa.

Contendo a denúncia, como peça inicial, elementos descritos de crime em tese, não se pode negar a existência de

justa causa à instauração do processo» (RHC nº 50.106 — RS, Rel.: Min. Bilac Pinto, DJ de 13-4-73, pág. 2.390).

2º) Quanto à antecipação do julgamento do delito de estelionato:

a) A existência ou inexistência de justa causa para a acusação, não pode ser versada em processo de *habeas corpus* quando envolve exame profundo de prova (RHC nº 49.442 — MG, Rel. Min. Antonio Neder, RTJ nº 60, pág. 402).

b) «Ementa: Crime de estelionato (C.P. art. 171, *caput*). Co-autoria.

Trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

II. Se o fato típico descrito na denúncia constitui crime, em tese, do qual teria o recorrente participado como co-autor, e, se todavia, é ele inocente, e para sua apuração impõe-se exame aprofundado da prova, inidôneo é o *writ*, segundo jurisprudência assente nos tribunais.

Recurso não provido» (RHC nº 50.428 — SP, Rel.: Min. Thompson Flores, DJ de 20-11-72, pág. 7.668).

«4. Esclareça-se, finalmente, que a denúncia fala em falsidade ideológica (art. 299), enquanto que o parecer desta Subprocura-

doria-Geral entendeu que, *in casu*, ocorreu falsidade material.

Essa pequena divergência não infirma as teses retro sustentadas, visto como, segundo pacífica jurisprudência, poderia o Juiz, na sentença final, dar a classificação correta do delito, desclassificando-o da figura do art. 299 para a do art. 297 do Código Penal.

O que não nos parece, *data venia*, possível é, em conclusão, o seguinte:

«1º) trancar-se um processo por dois delitos, reputando-se inexistente apenas um deles;

2º) decidir-se em *habeas corpus* a respeito de falta de justa causa, quando a denúncia é reconhecidamente apta, descreve crimes, em tese, e, conforme se demonstrou no parecer, a própria documentação exibida com a inicial revela a existência material desses mesmos crimes.»

De todo o exposto, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Min. Hensch Reis: Senhor Presidente, a denúncia, segundo demonstrou o eminente Ministro Relator, descreve fatos que são considerados crime em tese e, depois, esclarece perfeitamente as circunstâncias, senão em detalhes, porém, proporciona meios de defesa.

Quando a lei exige que a denúncia seja clara, precisa, é para que o denun-

ciado esteja apto a defender-se daquela acusação que lhe é atribuída.

Com o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.096 — RS. Rel.: Senhor Min. José Néri da Silveira. Impte.: Altair de Lemos. Pacte.: Jardini Tombesi.

Decisão: Por unanimidade, indeferiu-se a ordem (em 8-10-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Armando Rollemberg*.

HABEAS CORPUS N.º 3.113 — SP

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

Relator Designado — O Exmo. Min. Esdras Gueiros

Paciente — José João Abdalla

EMENTA

Habeas corpus. Paciente: José João Abdalla. Impetrante: Min. Gonçalves de Oliveira. Réu incurso nas sanções do art. 344 do Código Penal, por sentença do Juízo Federal em S. Paulo. Alegação de três fundamentos visando à obtenção do *writ*: 1) falta de justa causa para o processo; 2) prescrição da ação penal pelo decurso do prazo previsto em lei, tomada por base a pena *in concreto* imposta na sentença; e 3) incompetência do Juízo Federal para apreciação do delito, eis que no caso não se tratava de crime praticado « em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas » (art. 125, inciso IV da Constituição). Desprezados os dois primeiros fundamentos, concedeu-se todavia a ordem pelo terceiro (incompetência da Justiça Federal para apreciação da matéria objeto da denúncia), eis que o crime atribuído ao paciente consistira em alegada coação a empregados seus, da indústria de cimento «Perus», no Município de Barueri, S. Paulo, por terem tais empregados formulado reclamações trabalhistas contra aquela empresa particular, perante o Dr. Juiz de Direito local, como Juiz trabalhista, segundo informações prestadas pelo Dr. Juiz Federal *a quo* (fls. 47 dos autos), valendo notar que o crime imputado ao paciente teria sido o de determinar o corte de energia elétrica das casas dos reclamantes, para com isso possivelmente conduzi-los a renunciar ao pleito trabalhista. Na espécie, reconheceu-se a incompetência da Justiça Federal, sendo beneficiado o réu, em decorrência de empate na votação, mas sem prejuízo da ação penal passar a correr perante a Justiça comum local, na Comarca de Barueri.

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recurso, por empate

na votação, conceder o *habeas corpus* para anular o processo desde o momento em que foi remetido à Justiça Federal, e determinar o retorno dos autos à Justiça Estadual, vencidos os

Srs. Mins. Relator e Armando Rollemberg, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1973. — Armando Rollemberg, Presidente; Esdras Gueiros, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): O Dr. Antônio Gonçalves de Oliveira, brasileiro, casado, advogado, domiciliado nesta Capital, impetra ordem de *habeas corpus* em favor do Dr. José João Abdalla, brasileiro, casado, médico e industrial, domiciliado em São Paulo, ora preso e recolhido à Custódia da Polícia Federal de São Paulo, em virtude de sentença do MM. Juiz Federal da 2ª Vara, da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, que o condenou a um (1) ano de reclusão, como incurso nas penas do art. 344, do Código Penal, «por ter praticado os fatos delituosos descritos na denúncia, que consistiram em determinar o corte do fornecimento de energia elétrica para as residências dos empregados que intentaram reclamação trabalhista contra a empresa, com o fito de com esta ameaça forçá-los a desistirem da ação referida, satisfazendo, assim, seus interesses» (*sic*) (fls. 4).

Três são os fundamentos do pedido, consoante a ordem posta na peça vestibular, de fls. 1/8: a) falta de justa causa; b) prescrição pela pena *in concreto*, e c) incompetência da Justiça Federal.

Quanto ao primeiro, alega o ilustre impetrante, citando Nelson Hungria, que o art. 344 «tem em vista agressão, tentativa de agressão, doestos, impróprios, ameaças para que juiz, serventúrios e partes não cumpram com imparcialidade e isenção suas funções no processo», «mas jamais se aplicando ao caso dos autos em que o paciente foi

condenado porque alguns operários sofreram cortes de luz nas suas residências». Prossegue, às fls. 3: «Tratava-se, em verdade, de empregados em greve que não recebiam salários, sem condições para pagar as taxas devidas à empresa fornecedora. Não se pode ligar esses fatos à «coação no curso do processo», crime contra a administração da justiça. A seguir, aduz: «A lei de economia popular previa esse fato, como contravenção, é importante assinalar, para os locadores de imóveis que assim agiam para despejar inquilinos, porém, jamais os locadores foram levados à barra dos tribunais como incursos nesse malsinado art. 344, mas, no art. 9º, nº VIII, da Lei de Economia Popular, Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951». Argumenta, ainda, neste particular, o douto impetrante: «Pois, no caso, sem qualquer alegação ou prova de que esse fato tenha favorecido o paciente», «pois nenhum trabalhador desistira da reclamação trabalhista — o paciente não obstante foi condenado».

No que concerne à prescrição pela pena *in concreto*, anota a inicial que o fato de que resultou a condenação teria se dado em 2 de outubro de 1965. A denúncia foi recebida em 26 de janeiro de 1971, decorridos, portanto, já, mais de cinco (5) anos desde o fato. Daí a conclusão do impetrante: «condenado o paciente à pena de um (1) ano de reclusão, a ação penal está prescrita pela pena *in concreto*». Afirma o impetrante que transmitiu em julgado a sentença para o MPF. Invoca o art. 109, item V, do Código Penal, segundo o qual «a prescrição se realiza em quatro anos se o máximo da pena é igual a um ano». Após referir o art. 110, do diploma repressivo, traz o requerente à colação a Súmula n 146, do Pretório Excelso, asseverando, às fls. 6, em face dos mesmos, «que o marco inicial da con-

tagem para a prescrição pela pena em concreto de que só o réu tenha apelado, é a data do fato delituoso até o recebimento da denúncia».

No que respeita, por último, a incompetência da Justiça Federal, sustenta o peticionário, após transcreever o art. 125, incisos IV, V e VI, da Constituição, que «o fato delituoso atribuído ao paciente é crime onde só há mandante, não há mandatário!» (sic). E aduz, *verbis*: «De qualquer forma, esse delito — corte de luz elétrica — contravenção da Lei de Economia Popular (art. 3º, nº VIII), está previsto no Código Penal, Título XI, «Dos crimes contra a Administração Pública», Capítulo III, «Dos crimes contra a Administração da Justiça», subtítulo «Da coação no curso do processo», nada tendo que ver com quaisquer dos itens constitucionais transcritos».

Solicitadas informações, prestou-as o Dr. Juiz Federal, de fls. 46/51. Torna expresso às fls. 48 que o paciente já apelou da decisão condenatória, bem assim haver sido denegado o pedido do réu de decretação da extinção da punibilidade, em primeira instância, à vista da pena concretizada na sentença. Vieram com as informações cópias da denúncia (fls. 52), sentença (fls. 54/65), do ofício do Dr. Juiz de Direito de Barueri encaminhando ao Juízo Federal, por entender-se incompetente para o processo e julgamento do crime do art. 344, do CP, *in hoc casu*, peças informativas de inquérito realizado a propósito dos fatos (certidões de fls. 67/128).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 130/140, rebateu os fundamentos da impetração, opinando, a final, pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Já conclusos os autos, requereu o ilustrado impetrante se requisitassem os autos do processo-crime, «para maior

garantia de defesa» (sic), o que indeferi, pelo despacho de fls. 145, nestes termos:

«Indefiro o pedido de requisição dos autos da ação penal de que resultou a condenação do paciente.

«À vista dos fundamentos do pedido de *habeas corpus* (falta de justa causa, prescrição pela pena *in concreto* e incompetência do Juízo Federal); tendo em conta a documentação acostada à peça vestibular (fls. 9/40) e ainda as informações da autoridade indigitada coatora (fls. 46/51), com os documentos de fls. 52/128, entendo suficientemente instruído o processo, em ordem ao julgamento pela Turma.

«Releva, ademais, conotar que a requisição dos autos, a esta altura, poderia retardar o processamento de apelação eventualmente interposta pelo paciente, que se encontra preso.

«Intime-se.»

É o relatório.

VOTO
(VENCIDO)

O Sr. Min. José Néri da Silveira: Segundo nosso sistema jurídico, o *habeas corpus* não é meio idôneo para fazer, de logo, cessar os efeitos de sentença condenatória, ainda não transitada em julgado, salvo se houver ocorrido nulidade manifesta do *decisum* ou patente for a nulidade do processo, oriunda de vício insanável. Se sucedeu erro do julgador de primeiro grau na estimação da prova, de que resultou injustiça da sentença condenatória, não é matéria a apreciar em *habeas corpus*, mas através da apelação, onde se envolve à instância de recurso o pleno

conhecimento das *questiones juris et facti*.

In hoc casu, alega-se precisamente nulidade absoluta do feito, eis que processado e julgado por juiz incompetente, *ratione materiae*, bem assim o impetrante invoca extinção da punibilidade pela prescrição, à vista da pena concretizada na sentença, matéria também comportável de exame no âmbito do remédio heróico.

2. Rejeito a incompetência argüida do Juiz Federal, *in casu*, por entender que o crime imputado ao paciente se enquadra na área de incidência do inciso IV, do art. 119, da Carta Política de 1967, e no inciso IV, do art. 125, da Emenda Constitucional nº 1, *in verbis*:

«Art. 125 — Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I a III — *omissis*;

IV — os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.»

Em verdade, foi o paciente condenado por cometer o crime contra a Administração da Justiça, sob epígrafe «Coação no Curso do Processo», assim descrito no art. 344, do Código Penal:

«Art. 344 — Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.»

Na espécie, a denúncia e a sentença dão o paciente como incurso no artigo 344, do Código Penal, por ter usado

de violência contra parte em processo judicial, eis que mandou cortar a ligação elétrica das residências de operários de sua empresa que, contra a mesma, haviam movido reclamatória trabalhista, isto é, processo judicial de âmbito de competência do Poder Judiciário da União. Logo, atentou o paciente contra a Administração de Justiça que à União Federal incumbe prover.

Com efeito, é de indeclinável aceitação que entre os serviços públicos próprios do Estado, prestados, pois, privativamente, por ele, à coletividade, sem delegar a particulares, estão os serviços da Justiça, a prestação jurisdicional. Na administração da Justiça há serviço público *stricto sensu*. De sinalar é, ademais, que, segundo a sistemática do Código Penal, os Crimes contra a Administração da Justiça constituem Capítulo do Título geral a respeito dos «Crimes contra a Administração Pública».

Indagando, precisamente, acerca do bem que o Código resguarda no Capítulo em foco, ensina Magalhães Noronha:

«São os delitos aqui considerados fatos que não atentam apenas contra a instituição da justiça, mas também contra a função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis.

O legislador, ao definir e agrupar os diversos fatos integrantes do presente capítulo, dá-lhes o relevo devido e necessário. Com efeito, se o fim primacial da justiça é a tutela dos direitos individuais e coletivos, porfiando, assim, pela estabilidade e harmonia da vida em sociedade, compreende-se perfeitamente o vulto da ofensa que compromete a realização dessa finalidade, por atentar

diretamente contra a estrutura da instituição da justiça e contra a sua atividade ou dinamismo.»

(*apud Direito Penal*, vol. 4º, 3ª ed., pág. 420).

Heleno Fragoso, nesse mesmo sentido, observa:

«Administração da justiça significa aqui tudo o que se refere à atuação da justiça na consecução de seus fins.»

(*in Lições de Direito Penal*, ed. 1959, 4º vol., pág. 997).

E, especificamente, sobre o crime de «Coação no Curso do Processo», ensina o mesmo prestigiado Prof. Heleno Fragoso, *verbis*:

«Objeto da tutela jurídica é, ainda aqui, a administração da justiça, enquanto é perturbada, pela violência, a atividade judiciária e a normalidade da função jurisdicional.» (op. cit., página 1.028).

Ora, no caso presente, no curso do processo trabalhista, isto é, quando se dava prestação de serviço público de natureza federal, perpetrou o paciente o delito por que veio a ser condenado. Não há, pois, deixar de ver, aí, crime contra serviço público federal, contra serviço de justiça da União. Não possui, outrossim, nenhum relevo a circunstância de a jurisdição trabalhista, ao ensejo do fato, objeto da denúncia, estar sendo exercida pelo Dr. Juiz de Direito da Comarca de Barueri, com apoio no art. 122, § 3º, da Constituição de 1946, então em vigor, porquanto, nessas condições, o magistrado estadual está, por força da Constituição e da lei, no desempenho de jurisdição federal, de serviço público da União. Também, não logra qualquer porte, *data venia*, o argumento de se ter processado, primeiro, inquérito policial local.

Reveste-se assim de inteira procedência o entendimento do ilustre Professor Henrique Fonseca de Araújo, culto 4º Subprocurador-Geral da República, quando anotou, às fls. 133/134, *verbis*:

«10. Portanto, se o crime de «coação no curso do processo» é crime contra a Justiça, é evidente que, onde o Poder Judiciário se compõe de órgãos ou ramos diversos, com base nos princípios federativos, ou seja, órgãos judiciários federais e órgãos judiciários estaduais, a competência para o julgamento dos crimes contra a Administração da Justiça há de levar em conta, necessariamente, a natureza federal ou estadual do órgão do Poder Judiciário contra o qual se atentou.

«11. Se qualquer dos crimes definidos no Capítulo «Dos Crimes contra a Administração da Justiça» for praticado contra um dos órgãos que compõem a Justiça Federal, em sentido lato, compreendendo a Justiça Federal em sentido estrito, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, inegável que o é em detrimento de interesse, e, especificamente, de serviço da União.

«12. O que se procura resguardar com a incriminação prevista no citado art. 344 do Código Penal é a reta atividade ou a atuação da Justiça, ou seja, dos órgãos que a compõem, e, portanto, se a coação se pratica visando a impedir que um órgão de Justiça da União faça a exata distribuição da Justiça, comprometendo seus fins e objetivos, no caso a Junta de Conciliação e Julgamento ou o Juiz de Direito no exercício da jurisdição trabalhista — é evidente que ela se faz em detrimento de um serviço da União, pois indis-

cutivamente o é a Justiça, representada pelos órgãos de seu Poder Judiciário, incluída expressamente entre os órgãos da Administração Pública (Código Penal, Título XI, Capítulo III).

«13. Não teria sentido, tanto no caso dos autos — «coação no curso do processo» — como num caso de falso testemunho prestado perante um órgão do Poder Judiciário da União, fosse o respectivo processo da competência da Justiça dos Estados, quando existe a Justiça Federal, à qual a Constituição atribuiu o processo e julgamento dos crimes praticados em detrimento de interesse ou serviço da União.»

Correto, por isso mesmo, o despacho do ilustre Juiz de Direito Luiz Arthur de Godoy, da comarca de Barueri, quando deixou de receber a denúncia do Dr. Promotor de Justiça, contra o ora paciente, quanto aos fatos tipificadores do delito definido no art. 344, do Código Penal, remetendo à Justiça Federal de São Paulo as peças necessárias a seu conhecimento da matéria. Fê-lo nestes termos, por cópia, às fls. 70/72:

«Vistos, etc. 1. — Como questão antecedente ao Juízo da admissibilidade da acusação, no caso, cumpre, primeiramente, definir a competência para o conhecimento da imputação posta na denúncia oferecida, sob a qualificação jurídica do art. 344, do Código Penal, já que os fatos deduzidos, nesse particular, dizem com constrangimento exercido no curso de processo afeto à Justiça do Trabalho, de organização federal, e, de outra parte, a objetividade jurídica, da figura penal da incriminação, se dirige à tutela da atividade judiciária, prevenindo-a de

ofensa em atenção às suas funções e fins (cf. E. Magalhães Noronha — *Direito Penal*, vol. 4, págs. 416 e 446). E é competente, diante do teor desses imputados fatos, a Justiça Federal, em decorrência do disposto no artigo 119, inciso IV, da Carta Constitucional de 1967, que reservou, àquela jurisdição penal, o conhecimento dos crimes «praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, estabelecendo campo de competência indisputável, a que não podem fugir os processos dos crimes dessa natureza, ainda que se refiram a fatos anteriores, neste caso em consonância com o princípio de normal aplicação imediata das novas disposições constitucionais (cf. Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal*, pág. 325), e, em particular, das normas sobre competência, matéria em que a imediata incidência da nova previsão constitucional, de regra, não afronta qualquer das garantias ligadas à sucessão das leis (cf. decisão do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no Recurso de *habeas corpus* nº 42.953, «in» *Revista Forense* nº 217/263). — 2. A Justiça do Trabalho é, com efeito, um serviço da União, que tem a seu cargo as despesas com sua atividade e que cria os cargos com que se constitui. A lição, por outro lado, que vem legada da Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, desde o tempo da vigência da Constituição de 1891, como assinalou o Ministro Luiz Gallotti em voto proferido (*Revista Forense*, vol. 157, página 376), diz sempre reconhecível a competência da Justiça Federal «onde quer que houvesse um desvio da função federal, um crime

atingindo interesse da Administração Federal, fosse esse interesse da Administração Federal, fosse esse interesse direto ou indireto, imediato ou mediato». Ao comentar o art. 104, da Constituição Federal de 1946, que dispunha sobre a competência recursal do Tribunal Federal de Recursos, fixada sobre a mesma matéria penal atribuída pela Lei Maior em vigor à Justiça Federal (art. 104, II, a, da Constituição Federal de 46), anotou, ainda, o eminente Themístocles B. Cavalcanti (*Comentário à Constituição Federal*, II/348), que «a aplicação só pode ser feita em espécie e se justifica toda vez que estiver em jogo o patrimônio da União, a organização e o funcionamento de um serviço ou interesse da União, na vida de seus poderes políticos e da sua administração. E, por fim, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao definir competência para o Tribunal Federal de Recursos, com base no precitado art. 104, II, a, da Constituição de 1946, no caso de crime de falso testemunho, também inserido no capítulo dos delitos contra a administração da justiça, por fato ocorrido em processo em curso frente à Justiça do Trabalho, afirmou: «A Justiça do Trabalho é um serviço da União, que a estipendia e cria os respectivos cargos. Assim, os crimes praticados contra a sua administração devem ser julgados, em segunda instância, pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos» (*Revista dos Tribunais*, 316/54-55). 3. Pondo, assim, ao lado de imputação concernente com delito contra o patrimônio, atingindo particulares, de competência do juízo estadual, atribuição de crime que fere ser-

viço da União, afeito à Justiça Federal, a denúncia de fls. 2, em consequência, sob uma mesma acusação, matéria que pertence ao conhecimento de duas jurisdições penais diversas, estribando-se, de resto, em fatos distintos e que, no rigor dos conceitos dos artigos 76 e 77, do Código de Processo Penal, não guardam, entre si, conexão ou continência. Como sejam, dessa forma, distintos os fatos da incriminação, e incorrendo motivo determinante de prorrogação para competência prevalente, sob necessária unidade do processo (art. 79, do Código de Processo Penal), a solução jurídica que resta é a da separação das matérias segundo as jurisdições penais a que devem ser submetidas. E, para que isto seja possível, há que se rejeitar, neste juízo, a denúncia, na parte em que formula imputação condizente com o artigo 344, do Código Penal, trasladando-se, para que sejam encaminhadas à Justiça Federal, tendo em conta as razões que ditaram rejeição, de todas as peças informativas do inquérito procedido, relativamente àquela imputação, a saber as de fls. 6/19, 41, 43/45, 47/53v., 55/56, 60/64, 68/72, 74/75, 79/83, 85/86, 98, 100, 117, 130/134, além do parecer de fls. 140, de denúncia de fls. 2/4 e desta decisão. — 4. A imputação classificada sob a regra do art. 171, parágrafo 2º, inciso II do Código Penal, descreve fatos em tese adequáveis a esta figura típica, e tem, nos elementos do inquérito policial, o *fumus boni juris*, inclusivamente quanto a suspeitada autoria. Recebo a denúncia, pois, quanto a este tocante.»

Compreendo, dessarte, que o Doutor Juiz Federal, ao processar e julgar

a ação penal movida pelo Dr. Procurador da República, contra o paciente, com base no art. 344, do Código Penal, era em realidade competente. A nulidade do processo, a esse fundamento, é assim de repelir-se.

3. Não procede, também, a meu juízo, o fundamento do pedido, com base na falta de justa causa.

O ilustrado Procurador da República, Dr. Francisco de Assis Toledo, conforme se vê da denúncia, por cópia, às fls. 52, assim descreveu a conduta delituosa do ora paciente:

«2 — Consta, ainda, que, em outra ocasião, tendo alguns operários da mesma empresa intentado reclamação trabalhista (processo nº PRJT 8.049/65), o acusado, para forçá-los a desistir da ação em foco, mandou cortar a ligação elétrica das respectivas residências, deixando-os a todos sem luz e energia, impossibilitados até mesmo de se abastecerem de água, visto como as casas que habitavam eram servidas por água de poço, bombeada a motor. Tal fato se deu no dia 2-10-1965, em Cajamar (distrito de Gato Preto), Comarca de Barueri, tendo sido a ordem executada pelo empregado eletricitista Moacyr Ami que, ao que tudo indica, desconhecia a ilegalidade de seu ato. Foram atingidos pela violência em foco Joaquim Alves de Castro (fls. 6/v.), Rafael Fernandes (fls. 16/v.), Francisco José Ferreira (fls. 7/v.) e outros (fls. 6/v.).»

Configura-se, aí, pois, em tese, o tipo delituoso definido no art. 344, do Código Penal, que o ilustre Dr. Juiz Federal *a quo* teve por comprovado, em todos os seus requisitos, em face dos elementos probatórios carregados aos autos e concernentes à conduta do réu.

Assim argumentou o Dr. Juiz *a quo*, conforme sentença, por cópia, às folhas 17/19: (lê). Se o Dr. Juiz Federal bem avaliou a prova dos autos, se havia suficiência de provas para a condenação imposta ao paciente é matéria não suscetível de análise em pedido de *habeas corpus*, mas tão-somente quando vierem ao Tribunal os autos do processo-crime, por força da apelação já interposta pelo ora paciente. Em *habeas corpus* não se ajuíza a propósito da correta estimação da prova.

De outra parte, trata-se, na espécie, de crime formal e, na lição de Heleno Fragoso, se consuma com o emprego da violência ou grave ameaça independentemente de qualquer outro resultado» (op. cit., 1.1028). Também Nelson Hungria, na mesma linha, ensina: «O momento consumativo é o do emprego da violência ou ameaça, independentemente do êxito do fim visado pelo agente» (*in Comentários ao Código Penal*, vol. IX, pág. 490). À sua vez, escreveu *Magalhães Noronha*: «Consuma-se o crime com a ação mencionada — violência ou grave ameaça. Sendo empregadas com o intuito de favorecer interesse próprio ou de outrem, é claro que é dispensável seja atingido esse objetivo. O delito consuma-se com o emprego daqueles meios, independentemente do sucesso que consigam» (op. cit., pág. 451).

Não logra, pois, relevo algum, *data venia*, no sentido de afirmar inexistência de justa causa, a alegação de que os empregados prosseguiram com as reclamatórias contra a empresa do paciente. Sobre constituir matéria de fato, não examinável nesta via, mesmo se procedente o fato, não seria, por si só, bastante a afastar o delito, que estaria consumado, embora a violência ou grave ameaça contra a parte não haja surtido, a final, o efeito colimado.

Cumpra, ademais, conotar que, na espécie, saber se todos os elementos

do delito do art. 344, do C.P., restaram suficientemente comprovados nos autos é indagação que pressupõe debate em torno da prova. Ora, como afirmou o Pretório Excelso, «matéria que se envolve em prova a ser analisada e valorizada não pode ser objeto de *habeas corpus*» (in *Habeas Corpus* nº 50.293-BA — R.T.J., vol. 64, pág. 329). De outra parte, do mesmo Augusto Tribunal é o magistério seguinte: «No processo sumaríssimo do *habeas corpus* a falta de justa causa somente será apreciada quando plenamente manifesta a ausência de criminalidade» (Recurso de *Habeas Corpus* nº 48.452 — TM, in R.T.J., vol. 56, pág. 308).

Nem de melhor sorte se reveste o argumento da inicial, para conduzir à conclusão da ausência de justa causa, quando, aí, invocado é o art. 9º, VIII, da Lei de Economia Popular (Lei número 1.521, de 26-12-1951), in *verbis*:

«Art. 9º — Constitui contra-venção penal relativa à economia popular:

I a VII — *omissis*;

VIII — obstar o locador ou o sublocador, por qualquer modo, o uso regular do prédio urbano, locado ou sublocado, ou o fornecimento ao inquilino, periódica ou permanentemente, de água, luz ou gás:

Pena — prisão simples de cinco a seis meses e multa de Cr\$ 1.000,00 (hum mil cruzeiros) a Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) (antigos).»

Cogita-se, aqui, de regra penal especial concernente à relação *ex locato*. À evidência, nada obsta possa constituir o fato violento ou a grave ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica causa da perpetração de outro ilícito penal. Assim, se é assente,

hoje, como bem destaca o Dr. Walter T. Álvares, em seu *Direito da Eletricidade*, vol. I, nº 184, pág. 163, que «a jurisprudência dos tribunais tem admitido a legitimidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica se o consumidor não cumpre exigências técnicas e legais, para adquirir o direito ao recebimento da corrente elétrica», não menos exato é que o Supremo Tribunal Federal também já proclamou que, fora da lei e do contrato, não se pode admitir que a empresa suspenda o fornecimento de energia elétrica ao usuário, inclusive, no Recurso Extraordinário nº 21.411 — MG, pela configuração do crime de exercício arbitrário das próprias razões, *ut* art. 345, do Código Penal, que proíbe «fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão embora legítima, salvo quando a lei o permite», em hipótese de corte de corrente que servia à casa do usuário, sob infundada alegação de fraude no consumo de energia elétrica (*apud* Walter T. Álvares, *op. cit.*, nº 295, pág. 253).

Além de tudo isso, de sinalar é já haver o paciente interposto apelação da sentença condenatória. Assim, poderá o Tribunal, com a devolução do pleno conhecimento das provas e dos fatos, reexaminá-los, em ordem a, em os avaliando, concluir pela efetiva ocorrência do ilícito penal em foco, ou não. Aqui, porém, não ausente, *prima facie*, justa causa para a ação penal, não é possível, à míngua do detido apesar de provas, ofício inoportável na via eleita, acolher o argumento de falta de justa causa para a condenação do paciente à pena mínima cominada no art. 344, do Código Penal.

4. Por derradeiro, cumpre analisar o fundamento do pedido em que o impetrante sustenta extinção da punibilidade pela prescrição, à vista da pena concretizada na sentença.

É certo que período superior a cinco anos, desde o fato tido por delituoso, já fluíra, quando a denúncia mereceu recebimento a 26 de janeiro de 1971.

Acontece, porém, que, antes da propositura da ação penal, conta-se a prescrição pela máxima cominada *in abstracto*, porquanto a interrompe o despacho que recebe a denúncia. Assim, na espécie, diante da regra do artigo 109, IV, do Código Penal, a prescrição só se verificaria se já houvesse decorrido o lapso de oito anos entre o fato e a denúncia, o que não aconteceu, eis que de quatro anos a pena máxima cominada no art. 344, do Código Penal.

Essa a doutrina consagrada na jurisprudência em curso no Pretório Excelso, como bem a referiu o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 137/139, sendo de destacar aresto da lavra do insigne Ministro Luiz Gallotti, publicado no DJD de 30-3-1973, pág. 1.920, assim ementado:

«Prescrição.

A Súmula 146 não deve ser ampliada. Os acórdãos, em que ela se baseia, admitiram a prescrição pela pena concretizada na sentença, se o prazo respectivo decorreu até esta, a partir do recebimento da denúncia. Não se pode levar além a retroatividade, de modo a abranger também o período entre o fato e o recebimento da denúncia, sem atender a que este interrompe a prescrição (Código Penal, art. 117, nº 1) e a que ainda não havia então pena concretizada.»

Mais recentemente ainda proclamou a Corte Excelsa, no julgamento do RHC nº 50.956 — SP, de que foi rela-

tor o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, *verbis*:

«Prescrição. Pena concretizada na sentença (Súmula número 146). Não aproveita ao período compreendido entre a data do crime e a do recebimento da denúncia. Recurso de *habeas corpus* não provido.»

(*in D.J.*, de 4-5-1973, pág. 2.903).

No mesmo sentido, o acórdão no R.E. nº 75.389 — SP, julgado a 26 de fevereiro de 1973, de que foi relator o ilustre Ministro Antônio Neder, com a seguinte ementa:

«O Plenário do Supremo Tribunal firmou o entendimento que o verbete 146 da Súmula é de ser interpretado restritamente, isto é, a prescrição, no caso de tal ementa, somente se configura quando transcorre o prazo prescricional entre a última causa interruptora e a sentença condenatória de que não apelou o acusador.» (*in D.J.*, de 30-3-1973, pág. 1.922).

Guarda igual entendimento este colendo Tribunal, como bem o evidenciou o parecer, de fls. 139/140, em seu item 28, nestes termos:

«28. No mesmo sentido, sem discrepância, é a orientação deste egrégio Tribunal Federal de Recursos, como se constata dos seguintes acórdãos, *verbis*:

«Ementa — *Habeas corpus*. Prescrição. Pena em concreto.

A retroatividade da pena em concreto não pode alcançar fase do processo anterior à denúncia, o que tornaria ineficaz a interrupção já consumada com o recebimento desta.» (HC nº 2.558 — Rel. Min. Jorge Lafayette, «DJ» de 24-9-71, pág. 5.140).

«Ementa — *Habeas corpus*. Da data do crime ao recebimento da denúncia, a prescrição rege-se pela pena abstratamente cominada, segundo prescreve o art. 109 do Cód. Penal. Mas, uma vez recebida aquela, de sua data é que deve correr o prazo prescricional, porque o seu recebimento constitui ato interruptivo da prescrição em curso. Portanto, o decurso do prazo prescricional deve correr, daí em diante, da denúncia à data da sentença condenatória, pela pena concretizada nesta. Ordem indeferida.» (HC nº 2.561-AP, Relator Min. Henrique d'Ávila, DJ de 11-10-71, pág. 5.544).

«Prescrição Criminal.

A prescrição com base na pena concreta, de acordo com a Súmula nº 146, do STF, não retroage ao período anterior ao recebimento da denúncia.

Não houve, em consequência, omissão do acórdão ao deixar de decretar a prescrição, aliás não invocada na apelação, por não estar consumada.» (A. Crim. nº 1.908-SP — Rel. Min. Jorge Lafayette, DJ de 1-8-72, pág. 4.920).

«29. Igualmente, assim já decidiu a egrégia Terceira Turma no HC nº 2.546, Rel. Min. Esdras Gueiros, (DJ de 4-10-71 — pág. 5.353).»

No caso concreto, pois, a invocação da Súmula nº 146, do STF, não beneficia o paciente, porque, entre o recebimento da denúncia a 26 de janeiro de 1971 e a sentença condenatória, que é de 17 de julho de 1973, não decorreu o prazo de quatro (4) anos (Código Penal, art. 109, V), indispensável a que se pudesse reconhecer a extinção da punibilidade, pela prescri-

ção da ação penal, à vista da pena concretizada na sentença.

5. De todo o exposto, não acolhendo nenhum dos fundamentos do pedido, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

(Vencido)

O Sr. Min. Armando Rollemberg: Tenho como irrepreensíveis os fundamentos do voto do Sr. Ministro Relator, e, por isso, lhe dou a minha adesão, negando também o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Min. Esdras Gueiros: Senhor Presidente.

Antes do presente julgamento tive ensejo de apreciar a matéria discutida nos autos através de cópia da petição inicial e de memorial que nos foi distribuído pelo eminente advogado do paciente, Ministro Gonçalves de Oliveira, bem como do Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que o Dr. Henrique Fonseca de Araújo também nos forneceu.

Assim, tive oportunidade de estudar detidamente a matéria objetivada no pedido, em que são alegados três fundamentos para a concessão do *habeas corpus*: 1) falta de justa causa para o processo; 2) prescrição da ação penal sob a alegação de haver decorrido prazo previsto na lei para tal prescrição, tomada por base a pena *in concreto* imposta na sentença, contado tal prazo entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia, com invocação da Súmula nº 146 do Colendo Supremo Tribunal Federal; e 3) incompetência do Juízo Federal para apreciação do delito imputado ao paciente, eis que no caso não se trataria de crime praticado «em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas pú-

blicas» (inciso IV do art. 125 da Constituição), mas apenas de crime contra «a administração da Justiça», com o subtítulo de «coação no curso do processo» (Título XI, capítulo III, do Cód. Penal).

Data venia do eminente advogado do paciente, devo dizer que não me impressionaram os argumentos relativos aos dois primeiros fundamentos de sua impetração, seja o da alegada «falta de justa causa» para o processo, seja o da ocorrência de prescrição da ação penal. A respeito destes dois primeiros fundamentos, estou de inteiro acordo com o Parecer oferecido pela douta Subprocuradoria-Geral da República, pois, em verdade, existe prática de crime em tese, para possibilitar a ação penal, bem como, no tocante à alegação de prescrição da ação, não estaria esta consumada, como pretende o digno impetrante.

Todavia, no que respeita ao terceiro e último fundamento, o da incompetência da Justiça Federal para apreciação da matéria objeto da denúncia, estou em que assiste inteira razão ao eminente patrono do paciente.

Com efeito, diante do estudo que fiz da matéria, não se trata aqui de «crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas», como previsto no inciso IV do art. 125 da Constituição, crime esse que é da competência exclusiva da Justiça Federal.

Na hipótese dos autos, o crime atribuído ao paciente é, evidentemente, da competência da Justiça comum, estadual, eis que se trata do chamado «crime contra a administração da Justiça», tal como previsto no Título XI, capítulo III, do Código Penal, que nada tem que ver com o crime «em detrimento de bens, serviços ou interesses da União».

As hipóteses são totalmente diferentes, como diversa é a competência para ambos os delitos.

Observe-se que o paciente foi inicialmente denunciado perante o Doutor Juiz de Direito da Comarca de Barueri, em conseqüência de inquérito mandado proceder por provocação da Procuradoria Regional do Trabalho, mediante ofício dirigido à Procuradoria-Geral da Justiça do Estado, a fim de serem apurados os fatos imputados ao paciente — corte de energia elétrica que teria determinado contra empregados seus que figuravam como reclamantes em ação trabalhista contra ele movida. Não havia razão, pois, para que o Dr. Juiz de Direito estadual declinasse de sua competência para a Justiça Federal, eis que não estava em causa «crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União», mas apenas crime diferente, tido como atentatório à administração da Justiça, que é previsto em capítulo diferente do Código Penal, e, se atentatório foi, teve por mira perturbar ação particular de reclamantes na esfera trabalhista local, contra empresa privada, como a de que é chefe o paciente.

Como bem o acentuou o digno patrono do paciente em seu Memorial:

«Na hipótese, não se tratava de reclamação trabalhista perante os órgãos acima enumerados (isto é, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho ou qualquer Junta de Conciliação e Julgamento), mas perante o Juiz de Direito, como o permite a Constituição (art. 141, § 2º). O paciente chegou a ser denunciado perante o Juiz de Direito, como se vê da denúncia junta aos autos, por cópia, com as informações prestadas no presente *habeas corpus*.»

E acrescenta:

«Nem se tratava de reclamação processada na Justiça Federal, tendo como parte pessoa jurídica de direito público, nem de violência contra autoridade federal, mas, crime, se houvesse, da competência da justiça comum, perante o Juiz de Direito da Comarca do interior, que processava a reclamação em que os reclamantes, empregados, é que são apontados como vítimas.»

Dai porque assim conclui o Memorial:

«Então, verifica-se dos documentos que instruíram a inicial e a resposta ao pedido de informações, que as Reclamações trabalhistas se processaram:

«a) perante o Juiz de Direito da Comarca de Barueri; b) o inquérito não se fez perante qualquer outro órgão federal, mas perante a Promotoria de Justiça e Delegacia estadual, em face de ofício da Procuradoria Regional, dirigido ao Procurador-Geral do Estado; c) O Promotor da Comarca chegou a oferecer denúncia contra o paciente, em 30-12-67, e somente em 3-2-69 o Juiz de Direito declinou de sua competência, e o paciente só foi denunciado, na Justiça Federal, em 22-1-71; d) se houvesse o inquérito policial e conseqüente processo-crime do art. 344 do Código Penal, necessário seria a provocação, a saber, ofício do Juiz onde teria havido a «ameaça no curso do processo» à autoridade policial competente para proceder ao inquérito, o que não ocorreu, na espécie. O corte de luz, de resto, foi objeto de ação possessória entre os empregados e a

Companhia (fls. 83 dos autos, doc. nº 6).»

De minha parte, não vejo como admitir a competência da Justiça Federal na hipótese versada nos autos, pois estou convencido de que, em se tratando de «crime contra a administração da Justiça», previsto no subtítulo «Da coação no curso do processo», como já antes demonstrado, tal crime teria sido praticado visando-se o «curso do processo» de Reclamação Trabalhista, ajuizado perante Juiz de Direito estadual, competente que é, nas Comarcas do interior, para processo e julgamento de tais Reclamações entre empregados e empregadores de empresas privadas, como é o caso.

Não vislumbro, no alegado fato de «corte de luz» das casas dos empregados reclamantes, praticado pelo paciente como «coação no curso do processo», qualquer atentado que se assemelhe a «detrimento de bens, serviços ou interesses da União», como se pretendeu no processo *sub examine*.

Com estas considerações, é que concedo o *habeas corpus*, tão-somente pela arguição de incompetência da Justiça Federal no caso, sem prejuízo de que a ação penal volte a correr perante a Justiça estadual competente, anulados assim todos os atos praticados na esfera da Justiça Federal.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Min. Henoch Reis: Sr. Presidente, *data venia*, acompanho o eminente Min. Esdras Gueiros, concedendo o *habeas corpus* nesses limites.

EXTRATO DA ATA

HC. nº 3.113 — SP. Rel.: Sr. Ministro José Néri da Silveira. Impte.: Antônio Gonçalves de Oliveira. Paciente: José João Abdalla.

Decisão: Por empate na votação, foi concedido o *habeas corpus* para anular

o processo desde o momento em que foi remetido à Justiça Federal e determinar o retorno dos autos à Justiça Estadual. Vencidos os Srs. Mins. Relator e Armando Rollemberg. Usou da palavra o Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fonseca de

Araújo. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Esdras Gueiros (em 20-8-73 — 3ª Turma).

O Sr. Min. Henoch Reis votou com o Sr. Min. Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

RECURSO ORDINÁRIO N.º 650 — MG

Relator — O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg

Recorrente — Olemar Lacerda de Oliveira

Recorrido — Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado — IPASE.

EMENTA

Reclamação trabalhista. Não há como reconhecer-se estabilidade ou conceder-se indenização a servidor dispensado de funções que exercia ilegalmente.

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

Brasília, 3 de outubro de 1973.
— Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Olemar Lacerda de Oliveira, médico, residente em Belo Horizonte, apresentou reclamação trabalhista contra o IPASE, alegando que, admitido pelo reclamado, como adjudicado, em 1964, viera a ser despedido injustamente, sem inquérito, embora estável, em 14 de março de 1967. Pediu indenização em dobro, aviso-prévio, 13º salário não prescrito, pagamento de salário mensal, desde a demissão, com as alterações havidas, inclusive 13º e férias, correção monetária, juros, honorários de advogado e assinatura da Carteira Profissional.

Contestando a reclamação o reclamado esclareceu que a dispensa decorreria do fato de o reclamante vir exercendo o cargo com infração de norma constitucional proibitiva de acumulação, desde que, já ao ser credenciado por ele, reclamado, ocupava dois cargos de médico em outros órgãos públicos.

A ação, proposta perante a Justiça do Trabalho, foi remetida à Justiça Federal, e nesta veio a ser prolatada sentença acolhendo a arguição de prescrição feita na contestação.

Houve recurso para este Tribunal, que reformou a decisão quanto a tal preliminar e determinou o exame do mérito da lide, o que veio a ser feito pelo MM. Juiz que, em nova sentença, julgou a ação improcedente, ao fundamento de que, celebrado que havia sido o contrato com infringência da Constituição, jamais se consolidara, não podendo, portanto, produzir efeitos.

Inconformado, recorreu o reclamante, invocando jurisprudência no sentido da necessidade de inquérito para manifestação de opção, quando verificada acumulação proibida, e reiterando que, sendo estável, não poderia ter sido despedido sem inquérito.

Nesta Instância, a Subprocuradoria manifestou-se pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Armando Rollemberg (Relator): Prestando depoimento pessoal o reclamante declarou:

«Que, quando admitido no reclamado, já o depoente era médico efetivo da Secretaria de Saúde e contratado do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, circunstâncias que sempre denunciou ao reclamado quando a isto solicitado, sem que da sua informação leal lhe adviesse qualquer alteração no contrato mantido com o reclamado.»

Ao ingressar no serviço do reclamado, portanto, o fez irregularmente, porque vedada a acumulação das funções que passou a exercer com os cargos que já ocupava. De outro lado, na inicial, não pediu reintegração, e

sim indenização, com o que implicitamente optou em desfavor da permanência como médico do IPASE. Além disso, se fora investido no serviço do reclamado ilegalmente o contrato não poderia produzir efeitos, e, entre estes, a aquisição de estabilidade.

Tenho como correta, por isso, a sentença que julgou a ação improcedente, e a confirmo por seus fundamentos.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 650 — MG. Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Recte.: Olemar Lacerda de Oliveira. Recdo.: IPASE.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (em 3-10-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Esdras Gueiros e Néri da Silveira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Min. Henoch Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

RECURSO ORDINÁRIO N.º 872 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.
Recorrente — João Carlos Dornelles Airoso Galvão.
Recorrida — Caixa Econômica Federal.

EMENTA

Reclamação trabalhista.
Inquérito trabalhista.
Não procede a prejudicial de decadência, à vista do prazo do art. 853, da CLT, se não ocorreu suspensão do empregado.
Em hipótese enquadrável no art. 110 da Constituição, não incide a regra do art. 1º, da Lei nº 4.066, de 28-5-62. CLT, art. 482, letra «i».
Inquérito procedente.
Sentença confirmada.

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 negar provimento ao re-

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

Brasília, 30 de abril de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente; José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): Assim sumariou a espécie dos autos o Dr. Juiz Federal a quo, às fls. 42-44, *verbis*:

A Caixa Econômica Federal, qualificada às fls. 2, ajuizou este Inquérito Trabalhista contra o seu empregado estável João Carlos Dornelles Airosa Galvão para apuração de falta grave cometida pelo mesmo, alegando em síntese o seguinte: que o requerido foi admitido ao serviço em data de 2-5-60, sob regime jurídico dos funcionários públicos civis da União, tendo sido, posteriormente, com a alteração do regime jurídico dos servidores da Caixa Econômica Federal, ora requerente, sido enquadrado no cargo de Auxiliar, Ref. 2, Índice 10 a partir de 1-1-69, já então como empregado estável na forma do que estabelece a nossa legislação do trabalho; que o requerido em 29-10-69 (doc. 1) requereu fosse concedida sua exoneração do quadro de servidores da Caixa, a partir de 1-10-69, e em 24-11-69 solicitou a sustação do seu pedido de demissão, indeferida pela Administração da requerente; que, no entanto, desde o seu pedido de exoneração em 1-10-69, vem o requerido faltando ao serviço, o que caracteriza o abandono ao emprego, constituindo justa causa para rescisão do contrato de trabalho pela requerente, nos termos do art. 482, letra *i* da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que vem requerer que se declare instaurado o presente inquérito, autorizando-se a despedida de seu empregado estável, independentemente de indenização e aviso prévio.

Inicial instruída com os docs. de fls. 4-5.

A Procuradoria da República manifestou-se às fls. 6v.

Designada a audiência de Conciliação e Julgamento às fls. 7, e notificadas as partes às fls. 8v. Realizada às fls. 12, foi proposta a Conciliação, sendo pelas partes rejeitada. O suplicado ofereceu contestação escrita, acompanhada de reconvenção em quatro laudas e em síntese disse: com efeito, o requerido pediu a sua exoneração e antes de ser apreciado o seu pedido, em tempo hábil, requereu a sustação do pedido. Assim, o contrato de trabalho perdura entre requerente e requerido. E, sendo assim, deve o presente inquérito ser julgado improcedente, uma vez recebida e provada a presente contestação, sendo a requerente condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Juntamente com sua defesa, o requerido apresentou reconvenção à autora requerendo seja a reconvida condenada a pagar ao requerido, reconvinte: *a*) reintegração do requerido ao emprego, com a readaptação ao cargo de escriturário, pois desde 16 anos de idade, como auxiliar, vem exercendo esta função. Requereu tal readaptação que foi concedida a seus colegas que se encontravam na mesma situação; *b*) diferenças decorrentes de tal readaptação desde os 18 anos de idade, incidente sobre férias e 13º salários; *c*) salários atrasados desde o seu afastamento, com o devido desconto previdenciário; *d*) férias e 13º salários; *e*) gratificações vencidas; *f*) juros e correção monetária sobre o pedido supra, na

forma da lei, acrescido de honorários advocatícios.

O item a do pedido reconvençional pode ser convertido em indenização em dobro se ocorrer a hipótese do art. 496, da CLT; espera a reconvinção, provado o alegado, julgado improcedente o inquérito trabalhista, seja procedente a reconvenção, cujo pedido deve ser apurado em execução de sentença, condenada a reconvinção ao pagamento das custas processuais por ser de Justiça.

A requerente às fls. 19-20 manifestou-se sobre a contestação e a reconvenção salientando que carece de pressuposto legal exigido e ficando prejudicado no mérito o petitório reconvençional, devendo ser indeferida a presente reconvenção com as cominações legais punitivas ao reconvinção como medida de Justiça.

«Reiniciada a audiência de Conciliação e Julgamento em continuação às fls. 25, em separado foram ouvidas, a representante da requerente, o requerido, as testemunhas, Eugenia Biasi e Sergio Coutinho Carvalhal e as três testemunhas do requerido: Vicente de Paula Ramos Testa, Eduardo Cesar Bastos e João de Moraes Camargo, às fls. e fls. Encerrada a instrução do processo, as partes aduziram suas razões finais, por meio de memoriais junto aos autos às fls. 34-35 e 36-40, com a ciência da douta Procuradoria da República às fls. 25. Proposta nova conciliação foi rejeitada pelas partes.»

A sentença, às fls. 44-45, julgou procedente o inquérito nos termos da peça vestibular e, em decorrência, quanto à reconvenção, deu por sua improcedência.

Inconformado, recorreu o requerido às fls. 47-51. Destaco do recurso o seguinte: preliminarmente, sustentou que a recorrida instaurou inquérito por abandono do serviço quase dois anos depois do fato: (lê). «Nos termos do art. 853 da CLT, o prazo para a instauração do inquérito seria de 30 dias. Assim, houve decadência do prazo». Refere, neste particular, jurisprudência trabalhista, para concluir pelo descabimento do inquérito trabalhista.

Quanto aos fatos: «O recorrente, tendo pedido demissão, antes de ser tal pedido apreciado, requereu a sua reconsideração», fato alegado pela própria inicial. O pedido de exoneração não foi publicado em órgão competente, nem apreciada a sua reconsideração.

Durante este tempo, o recorrente compareceu para trabalhar, tendo sido impedido de bater o ponto. Tal ato foi providência do Departamento Pessoal. Tal fato foi fartamente provado na instrução processual.

Há de considerar o fato de não ter a recorrida, já que veio alegar em juízo abandono de emprego, não ter nunca publicado o indeferimento da reconsideração e não ter notificado o recorrente para voltar ao serviço.

Militam contra a alegação de abandono de emprego, assim a inexistência para tal, como não haver a empresa notificado o empregado para voltar ao serviço, nem colocado o emprego à sua disposição na primeira audiência» (Processo TRT-SP nº 3.696-66 — Ac. 2.011-68 — DOE de 6-7-68 — *in Monitor Trabalhista* — Janeiro de 1969 — fls. 1).

O impedimento de o recorrente trabalhar ficou provado pelos esclarecimentos de fls. 30 e 31.

Inexistência de homologação de demissão.

Outro fato importante foi o de não ter sido homologada a demissão do empregado estável, exigência legal, tendo validade seu pedido de reconsideração antes daquela formalidade necessária, ficando em pleno vigor seu contrato de trabalho.

Nosso TRT já tem decidido:

1. «De acordo com o disposto no art. 1º, da Lei nº 4.066, de 28-5-62, o pedido de demissão de empregado, de mais de um ano de casa, só será válido quando feito com a assistência da autoridade pública competente. Logo, até que se dê a homologação, é de se admitir que o empregado se retrate. A retratação, feita nessas condições, é válida e não pode deixar de produzir os seus efeitos jurídicos» (Proc. TRT-SP — 283-66 — Ac. 2.593-67 — DOE de 4-8-67 — *in Monitor Trabalhista* — novembro de 1967 — fls. 15).

2. «Antes da homologação do pedido de demissão perante a autoridade competente, tem o empregado direito de se arrendeper» (Proc. TRT-SP — 1.476-66 — Ac. 5.671-66 — DOE de 24-1-67, *in Monitor Trabalhista* — fevereiro de 1967 — fls. 10).

3. «A demissão não ratificada e homologada em Juízo é de nenhum efeito. O arrendeperimento do empregado, antes da ratificação, implica em imediata readmissão, sob pena de considerar-se o mesmo despedido. Não pode a empregadora furtar-se a colocar o emprego à sua disposição a partir da data em que ficou ciente do arrendeperimento» (Proc. TRT-SP — 2.164-63 — Ac. 394-64

— DOE de 14-3-64 — *in Monitor Trabalhista* — fevereiro de 1964 — fls. 11).

4. «Não sendo homologado o pedido de demissão na forma da Lei nº 4.066, de 28-5-62, cumpre ao empregador notificar o empregado para que reassuma o emprego» (Proc. TRT-SP — 2.652 de 1966 — Ac. 2.776-67 — DOE de 11-8-67 — *in Monitor Trabalhista* — dezembro de 1967 — fls. 10).

5. O empregador que acolhe pedido de demissão de empregado seu, sem a solenidade imposta pela Lei nº 4.066, de 28-5-62, não pode contrariar o direito às indenizações decorrentes da rescisão contratual que, em tais casos, se entende de sua responsabilidade, e ato esse destituído de justa causa» (Proc. TRT-SP 2.148-68 — AC. 5.264 — DOE de 8-1-65 — *in Monitor Trabalhista* — março de 1965 — fls. 95). Sustenta, por fim, a procedência da reconvenção: (lê).

A Caixa Econômica Federal contra-arrazoou o recurso, às fls. 53-55: (lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 64, opina pela integral manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. José Néri da Silveira (Relator): No que concerne à prejudicial de decadência, embora somente argüida ao ensejo do recurso, dela conheço para, entretanto, rejeitá-la.

Em verdade, a norma do art. 853 da CLT dispõe, *in verbis*:

«Para instauração de inquérito, para apuração de falta grave

contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 dias, contados da data da suspensão do empregado.»

Põe-se nesta norma um pressuposto à sua incidência, qual seja, ter ocorrido suspensão do empregado.

Dentro do nosso sistema, a suspensão do empregado que comete falta grave não é obrigatória, mas facultativa, a teor do que estabelecem o art. 494 e seu parágrafo único da CLT: (lê).

In hoc casu, não ocorreu a figura da suspensão. Esta pressupõe o intento do empregado de permanecer, embora a prática de falta grave, no exercício de suas funções. O empregador que pretenda apurar a falta grave, com suas conseqüências de direito, poderá suspendê-lo no curso dessa averiguação, que, segundo o art. 853, há de se instaurar judicialmente dentro no prazo de 30 dias do ato da suspensão. Na espécie, o empregado não foi suspenso; deixou de comparecer ao serviço.

A hipótese, pois, não é de decadência, *ut* art. 853, da CLT.

De outra parte, a vestibular é datada de 10 de setembro de 1971, quase dois anos, é certo, da ocorrência do pedido de demissão do empregado, súplica essa posteriormente retratada. Tal fato aconteceu em outubro de 1969.

Daí concluir que, ao ajuizamento da reclamatória da empregadora, não havia fluído lapso de dois anos do fato pela reclamante alegado como base para a instauração do inquérito e seu pedido de autorização à despedida do empregado estável.

Afastada assim essa prejudicial, passo ao exame do mérito do recurso interposto pelo empregado.

O Dr. Juiz Federal *a quo* decidiu a contenda nestes termos, às fls. 44:

Na espécie, a requerente, em 30-8-71, na conformidade de seu petitório de fls. 2-3, requereu autorização para a despedida do requerido, empregado estável, independentemente de indenização e aviso-prévio, nos termos do art. 482, letra *i*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dos elementos constantes dos autos, se depreende face doc. de fls. 4, que o requerido havia solicitado em 29-10-69 sua exoneração do cargo e em 25-11-69 solicitou este a sustação do mesmo, em carta datada de 24-11-69, consoante documentos de fls. 5. E, desde 1-10-69, anterior ao pedido de exoneração, o requerido faltou ao serviço, e continuou faltando, caracterizando o abandono de emprego.

Consoante as testemunhas arroladas e ouvidas em Juízo não confirmaram as afirmações do requerido, ora reconvinte no que tange à negativa da requerente em permitir que o seu empregado assinasse o ponto mecânico, reafirmando, pelo contrário, que o requerido tão-somente compareceu ao local de trabalho para colher informações quanto a um pedido de readaptação por ele e outros empregados apresentado à Administração da requerente, conformando, antes, com o pedido de sua exoneração.

Apesar do denodado e reconhecido esforço do patrono do requerido e reconvinte, verifica-se que conforme demonstra o documento de fls. 3, o requerido era pouco assíduo ao trabalho, além de ter espontaneamente pedido sua exoneração do quadro de servidores da Caixa Econômica Federal, ficando, assim, caracterizada justa causa para a rescisão do con-

trato de trabalho pela requerente, nos termos do art. 482, letra *i*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

«Pelo exposto e tendo em conta tudo mais que do processo emana, julgo procedente o presente inquérito nos termos da peça vestibular da requerente. E, em decorrência quanto à reconvenção julgo a mesma improcedente, para condenar, como condene, o reconvinente nas custas processuais.»

O exame da prova dos autos, em verdade, não abona a vida funcional do recorrente. Às fls. 5, consta documento oriundo da Divisão do Pessoal, da empregadora, em que se retrata a falta de assiduidade do empregado. Em sua ficha de frequência constam as seguintes ocorrências: (lê).

1961 — 1 falta injustificada;

1963 — 6 faltas injustificadas;

1964 — 13 faltas injustificadas;

1965 — 19 faltas injustificadas; 27 dias de licença para tratamento de saúde;

1966 — 31 faltas injustificadas;

1967 — 46 faltas injustificadas;

1968 — 34 faltas injustificadas; 4 dias de licença para tratamento de saúde;

Vem faltando ao serviço desde a época de seu pedido de exoneração datado de 1-10-69, conforme requerimento datado de 29-10-69, anexado ao processo.

Em carta datada de 24-11-69, solicita seja seu pedido tornado sem efeito (carta anexada ao processo).

Não constam elogios nem penalidades.»

Quanto às alegações do recorrente, insertas na contestação e no recurso, segundo as quais teria sido impedido

de retornar ao emprego, cumpre observar o que dos autos consta. À fls. 4, em verdade, ao pé do requerimento que o empregado apresentou, pedindo sua exoneração do quadro de servidores da Caixa Econômica Federal, a partir de 1º de outubro de 1969, exarou-se o seguinte despacho:

«Visto. O servidor foi colocado à disposição deste Departamento. Autue-se.»

Outra alegação do recorrente, que poderia impressionar no exame do mérito deste recurso, concerne ao fato por ele referido de estar em férias no período que precedeu ao seu pedido de demissão. Às fls. 51, sustenta o empregado o seguinte: (lê).

«Além disso ressaltamos que a absurda alegação de haver o recorrente, antes do pedido, haver faltado 23 dias consecutivos improceda, pois o recorrente voltava de férias quando pediu demissão; a recorrida não produziu esta prova.»

É certo que tal alegação, vinda ao ensejo do recurso, não foi contraditada pela Caixa Econômica Federal, em suas razões de recorrida, de fls. 53 a 55. Não é menos exato, entretanto, que o documento que li à Turma, de fls. 5, atinente aos assentos funcionais do empregado, nenhum registro traz neste particular. Daí compreender eu que, não ministrada a prova pelo recorrente, a propósito da alegação, não se pode, nesta Instância, considerá-la em seu favor.

Ademais, quando o empregado pediu sua demissão, já vinha ele faltando por lapso de tempo de quase trinta dias ininterruptos.

Dir-se-á, noutro passo, que o petitório de demissão não pode ser considerado, pois o empregado veio a retratá-lo antes de decisão definitiva da empregadora, aceitando ou não o

seu pedido de dispensa. Aduz-se, outrossim, no recurso que esse requerimento não pode gerar consequência, pois não foi devidamente homologado por autoridade competente, nem teve o recorrente a assistência de órgão previsto em lei, principalmente em sendo servidor titular de estabilidade funcional.

De outra parte, há entendido a jurisprudência que, até a homologação, é de se admitir que o empregado se retrate. A retratação feita nessas condições é válida e não pode deixar de produzir efeitos jurídicos. Indaga-se, pois: havendo o recorrente retratado tal pedido, antes de sua decisão, poder-se-á considerar como sem consequência o petitório em foco?

Em primeiro lugar, compreendo que o pedido de demissão, quando feito, prescindia da assistência da autoridade pública competente. Assim tem decidido a Turma, entendendo que, em hipótese enquadrável no art. 110, da Constituição, não incide a regra do art. 1º, da Lei nº 4.066, de 28-5-62. No caso, houve manifestação de vontade, espontânea; ao menos, não há prova nos autos de ter ele requerido a sua demissão sob coação da empregadora. Além disso, apresentado o pedido, continuou ele não comparecendo ao serviço.

Releva ainda conotar que, segundo o art. 489, da Consolidação das Leis do Trabalho, dado o aviso-prévio, a rescisão torna-se efetiva, depois de expirado o respectivo prazo. Se a parte notificante reconsiderar o ato antes do seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração. No caso concreto, não houve aceitação por parte da Caixa Econômica Federal, que, de resto, já considerava o empregado como inadimplente da obrigação definida no art. 482, letra *i*, da Consolidação das Leis do Trabalho, configuradora de justa causa para rescisão do contrato de trabalho.

De todo o exposto, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos, julgando procedente o inquérito autorizatório da dispensa do reclamante e improcedente a reconvenção que o mesmo ofereceu.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 872 — SP — Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira. Recte.: João Carlos Dornelles Airosa Galvão. Recda.: Caixa Econômica Federal.

Decisão: À unanimidade, negaram provimento ao recurso (em 30-4-73 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Márcio Ribeiro e Esdras Gueiros votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Márcio Ribeiro*.

RECURSO ORDINÁRIO N.º 883 — GB

Relator — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Recorrente — Orlando Amaro Prado
Recorrida — Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional (Rádio Nacional)

EMENTA

Reclamação trabalhista. Acumulação proibida. Opção. A opção pelo cargo público importou na renúncia ao emprego na entidade paraestatal, sem reparação patrimonial, que a lei não prevê.

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, rejeitar as preliminares argüidas;

de meritis, negar provimento ao recurso, por unanimidade de votos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 25 de junho de 1973. — 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 sentença de fls. 88:

«Vistos, etc.»

Orlando Amaro Prado, devidamente qualificado na peça inicial de fls. 2/4, propôs a seguinte Reclamação Trabalhista contra a Rádio Nacional, alegando, em resumo, que sob o pretexto de acumulação proibida, foi demitido pela Reclamada em 30-12-71. O Reclamante, em 20-8-64, foi admitido, pela Reclamada, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo certo que desde 1948 o Reclamante já era radiador-locutor no Ministério da Educação, Serviço de Radiodifusão Educativa. Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, foi o Reclamante demitido pela Reclamada, face à proibição de acumulação de cargos. Instruiu o pedido com o doc. de fls. 5. Na Audiência, a proposta de conciliação foi recusada pelas partes, procedendo a Reclamada sua contestação, juntando, inclusive, os documentos de fls. 19/43. Em nova audiência o ilustrado representante da Reclamada formulou quesitos ao Reclamante, cujas respostas encontram-se devidamente consignadas às fls. 53. O ilustrado representante do Recla-

mado requereu a juntada dos doc. de fls. 54/57. Concedeu-se às partes prazo para a produção de alegações finais, que se encontram às fls. 77/86. Tudo bem visto e examinado decido: Colhe-se das provas e alegações produzidas no curso da ação, que efetivamente o Reclamante prestou serviços sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho a partir de 28-8-64 até 30-12-71, quando foi despedido. Paralelamente, o Reclamante desde 1948 exercia a função de Radiador-locutor no Ministério de Educação e Cultura, Serviço de Radiodifusão Educativa. Resulta certo que o Reclamante foi despedido pela Reclamada em virtude dos termos constantes em o art. 99, § 2º, da Constituição Federal de 1967, alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69 que ampliou os princípios de acumulação proibida no serviço público federal. Em tais condições face à legislação acima mencionada a Reclamada procedeu a dispensa do Reclamante. Decorrendo a dispensa de disposição de lei, inaplicável torna-se, na espécie, o princípio da justa causa constante do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho. Isto posto, julgo improcedente a presente Reclamação e condeno o Reclamante nas custas do procedimento».

O reclamante, não resignado, recorreu às fls. 96/101, juntando documentos.

A recorrida contra-arrazoou às fls. 118/121.

O Ministério Público ratificou as contra-razões da Rádio Nacional.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O *Sr. Min. Moacir Catunda* (Relator): Conforme se apura dos autos a sentença foi remetida ao advogado em 22-11-1972, não se sabendo, porém, ao certo, a data em que o tenha recebido, eis que não firmou recibo.

Admitindo tenha a entrega ocorrido no dia seguinte, 23, sou porque a interposição do recurso, no dia 1-12-1972, excluindo o dia do início, sucedeu no prazo legal de oito dias.

E porque inexistiu certidão do término do prazo, antes da última data, desprocede a preliminar de intempestividade do recurso.

Outrotanto sucede com a preliminar de deserção, por falta do pagamento das custas, no prazo de cinco dias, visto que remetido o despacho de arbitramento das mesmas ao D.O., em 17-1-1973, não se certificou a data de sua publicação, de modo que o pagamento se me afigura feito em tempo útil, até porque a deserção não fora certificada nos autos.

O meu voto é rejeitando as duas preliminares.

VOTO — MÉRITO

O *Sr. Min. Moacir Catunda* (Relator): No mérito, verifica-se que o recurso visa à reforma da sentença que julgou improcedente a reclamação ajuizada visando à reintegração ou à indenização do reclamante, por injusta dispensa do emprego de Radioator, da Rádio Nacional (desde 1964 a Rádio Nacional é unidade integrante do complexo denominado «Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional».

A reclamada o dispensou em virtude da acumulação proibida com o cargo de Radioator do Serviço de Radiodifusão Educativa do Ministério da Educação, apurada em processo regular.

Em julgamento anterior, feito pelo Tribunal Pleno, do interesse da reclamada, sensibilizado pela concorrência que a mesma faz às empresas particulares, exploradoras do mesmo ramo de atividade comercial, pronunciei-me considerando a Rádio Nacional como entidade de fins privados, sujeita à jurisdição da Justiça Estadual

Atendendo, no entanto, ao entendimento da maioria, de que a reclamada é empresa pública, sujeita à Justiça Federal (Conflito de Jurisdição nº 1.460 — DJ de 19-4-1972, pág. 2.309) e considerando, por outro lado, o disposto no item 5, II, do Decreto nº 60.900, de 26-6-1967, que dispõe, no interesse da execução dos arts. 4º, II, e 154, do Decreto-lei nº 200/67, sobre a vinculação das entidades da Administração Indireta, pelo qual, Decreto nº 60.900 de 1967, a Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional, integra a Administração Indireta, vinculando-se ao Ministério da Fazenda, retifico-me da posição anterior, admitindo a competência do Juiz Federal para julgar a reclamação.

No caso, configurada a acumulação ilícita, de cargo público com emprego em empresa pública, foi o reclamante convidado a optar, e como não o fizesse no prazo regulamentar de cinco dias, a reclamada o dispensou do último, convicta de que o seu silêncio caracterizara renúncia ao mesmo emprego.

À vista do disposto no art. 99, § 2º, da Constituição, pela qual a proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, improcede, por inteiro, o pedido de reintegração, visto que o exercício simultâneo das duas atividades públicas remuneradas afronta, evidentemente, o texto e o conteúdo da norma proibitiva inscrita na lei magna.

No atinente à indenização, com apoio na alegação de direito adquirido, também improcede porque o ato de dispensa foi baixado em obediência à norma de hierarquia máxima, editada pelo Estado no uso do poder de ordenar a estrutura dos serviços públicos.

As leis administrativas, criadoras de restrições, impedimentos e incompatibilidades, têm efeito imediato, prescindindo o legislador da anuência do empregado para editá-las, daí a inaceitabilidade de argumento de que a execução do seu preceito tenha importado infração contratual e dano patrimonial, ressarcível pelo órgão executor.

A opção pelo cargo público importou na renúncia ao emprego na entidade paraestatal, sem reparação patrimonial, que a lei não prevê.

A reclamada limitou-se a cumprir a regra constitucional genérica e impessoal, de cuja elaboração não participou, como é óbvio, de modo que não lhe corre o dever de prestar a indenização pleiteada, mesmo porque inexistente direito

a ela, consoante a pacífica jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, de que «não há direito adquirido contra a Constituição» (*RDA* — vols. 54/215, 100/96) e outros julgados.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

EXTRATO DA ATA

RO. nº 883 — GB. Rel.: Sr. Ministro Moacir Catunda. Recte.: Orlando Amaro Prado. Recda.: Sup. das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional (Rádio Nacional).

Decisão: Preliminarmente, rejeitadas as preliminares argüidas: *de meritis*, negou-se provimento ao recurso. Decisão unânime (em 25-6-73 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Peçanha Martins e Jorge Lafayette Guimarães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

REVISÃO CRIMINAL N.º 264 — SP

Relator — O Exmo. Sr. Min. Esdras Gueiros
Revisor — O Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda
Requerente — Geraldo Matias Severino

EMENTA

Revisão criminal. Geraldo Matias Severino *versus* Justiça Pública. Réu condenado nas sanções do art. 289, § 1º, do Código Penal (falsificação de moeda-papel e sua introdução no meio circulante). Pretensão do réu a ver-se absolvido, quando a prova dos autos lhe é inteiramente contrária. Ausência de quaisquer argumentos novos, que pudessem ilidir a prova colhida na instrução criminal. Reiteração, apenas, dos mesmos argumentos já utilizados desde as razões finais na primeira instância, na Apelação que interpôs e também nos Embargos, onde não obteve melhor êxito, a não ser a redução de sua pena de 5 anos para 3 anos e 6 meses. Revisão indeferida.

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, indeferir a revisão, contra o voto do Sr. Minis-

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

Brasília, 23 de agosto de 1973. —
Márcio Ribeiro, Presidente; *Esdras Gueiros*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. *Min. Esdras Gueiros* (Relator): O réu Geraldo Matias Severino, condenado inicialmente a 5 anos de reclusão como incurso nas sanções do art. 289, § 1º, c/c o art. 25, do Código Penal, por sentença do Doutor Juiz Federal da 2ª Vara de São Paulo, pena essa posteriormente reduzida para 3 anos e 6 meses de reclusão por via da Apelação que interpôs e foi julgada pela Egrégia Segunda Turma deste Tribunal (redução que veio a ser mantida em grau de Embargos pelo Tribunal Pleno) pretende agora, mediante a presente Revisão Criminal, ver declarada sua inocência, o que faz no longo arrazoado de fls. 2 a 14 da inicial. Nessas razões pretende o autor desfazer a prova colhida no processo, invocando a doutrina de vários mestres do Direito Penal no que respeita à «confissão» que teria feito no curso do processo, salientando que outros co-réus foram absolvidos, enquanto que ele veio a ser condenado por meras «conjecturas de culpabilidade», segundo afirma.

Tendo instruído o pedido apenas com uma cópia xerox do julgamento dos Embargos (fls. 15 a 28), solicitou a requisição do processo original, no que foi atendido, estando os respectivos autos, constantes de 7 volumes, devidamente apensados. Às fls. 28 pediu ainda o autor a juntada dos documentos que estão às fls. 40/42.

Ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, ofereceu esta o Parecer de fls. 46 a 54, da lavra do Dr. Francisco de Assis Toledo, pelo

qual, depois de analisar detidamente a pretensão do autor, conclui pelo indeferimento da Revisão, salientando que todos os argumentos agora oferecidos, longe de serem novos, constituem, ao contrário, mera repetição dos já apresentados desde as razões finais na primeira instância, reiterados por ocasião de sua Apelação, esta sem maior êxito, eis que a Egrégia Segunda Turma apenas lhe minorou a pena de 5 anos para 3 anos e 6 meses, e ainda repetidos nos Embargos que interpôs para o Tribunal Pleno, embargos esses rejeitados pela quase totalidade do Tribunal Pleno, eis que houve apenas um voto vencido a favor do ora autor, segundo se lê às fls. 1.808/1.820 do 6º volume dos autos apensados.

Devidamente examinados os autos, encaminhei-os ao eminente Ministro Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. *Min. Esdras Gueiros* (Relator): Sr. Presidente. Conheço, preliminarmente, da Revisão, por tempestivamente oferecida, dado que a última decisão deste Tribunal, proferida nos Embargos julgados em 9 de abril de 1970, foi publicada no *Diário da Justiça* de 30 de junho do mesmo ano.

Quanto ao mérito, confesso que não encontro elementos capazes de me conduzirem ao deferimento do pedido, em que pese tratar-se de pessoa cuja vida pregressa teria sido a de homem trabalhador e tido como honesto, tendo atingido a posição de Gerente do «Banco Mineiro do Oeste» em São Paulo, após ter funcionado como *public relations* do Banco Nacional de Minas Gerais, em Belo Horizonte. É para lamentar, porém, que depois de já ter atingido tais qualificações, se tenha envolvido tão temerariamente num crime em que, segundo a prova cons-

tante dos autos, veio a ser condenado.

A verdade é que a prova carreada para o processo é toda contrária à pretensão de ver-se absolvido, como deseja, nesta última instância de Revisão.

Como bem o salientou a douta Subprocuradoria, através do parecer do ilustrado Procurador, Dr. Francisco de Assis Toledo, nenhum argumento novo traz o requerente desta Revisão que pudesse ilidir a prova contra ele obtida no curso do processo. Assim o demonstra o digno Procurador, nestes termos:

«2. Vejamos o mérito dos argumentos oferecidos, não sem antes frisar, inicialmente, que Geraldo Matias Severino, requerente desta Revisão, já teve essas mesmas alegações, aqui reiteradas, apreciadas no correr do processo condenatório, em três oportunidades, a saber:

«1ª) formulou-as nas alegações finais, às fls. 1.329/1.331 do 5º vol., anexo, e viu-as fundamentalmente rejeitadas na respeitável sentença condenatória de primeira instância (fls. 1.334/1.376, do mesmo volume);

«2ª) reiterou-as sem êxito por ocasião do julgamento da apelação, vendo-as de novo expressamente rejeitadas pela Egr. Segunda Turma, no Ven. Acórdão de fls. 1.749/1.768, do 6º volume, anexo;

«3ª) reiterou-as, de novo, sem êxito nos Embargos infringentes de fls. 1.770 e 1.773/1.780 (memorial) e 1.784/1.789 (razões), vendo-as novamente rejeitadas pelo Egr. Tribunal, em sessão plena, com dissonância de apenas um voto, no Ven. Acórdão de fls. 1.804/1.820, do 6º volume, anexo».

E acrescenta o digno Procurador Francisco A. Toledo:

«Ora, se em tantas oportunidades, tantos eminentes julgadores concluíram de forma tão uniforme a respeito da participação do requerente no delito e de sua culpabilidade, é porque, *data venia*, nos autos devem existir efetivamente elementos de prova e de convicção em prol da conclusão a que chegaram».

Do estudo dos autos evidencia-se, sem sombra de dúvida, a responsabilidade criminal do ora requerente, ficando de todo afastada a possibilidade de declará-lo inocente, como pretende.

Valho-me aqui — do mesmo modo por que o fez a douta Subprocuradoria-Geral — dos detalhes extraídos da prova existente nos autos, nas razões finais apresentadas pelo Ministério Público Federal em São Paulo (folhas 1.134/1.137, 4º volume, em apenso), que bem demonstram a culpabilidade inarredável do réu Geraldo Matias Severino no crime pelo qual veio a ser condenado, e cuja pena já foi minorada por este Tribunal. Ali ficou demonstrado o seguinte:

«25. O derrame de moeda falsa ocorrido em São Paulo, Paraná e até no Paraguai, tem sua história iniciada a partir do momento em que este inescrupuloso Gerente de Banco resolve ganhar polpuda comissão de Cleper para aproximá-lo de Rivetti (criminoso vulgar, com péssima folha de antecedentes), objetivando a venda e compra de dinheiro falso.

«26. Cleper vendeu a Rivetti por NCr\$ 55.000,00 verdadeiros, cerca de NCr\$ 200.000,00 falsos, negócio esse realizado por intermédio do Gerente Geraldo Matias, tendo este, pelo seu efi-

ciente trabalho, recebido a comissão de NCr\$ 5.000,00, por meio de um cheque.

«27. Tal fato foi confessado com requinte de detalhes nos interrogatórios policiais de folhas 109/111, 149/153 e 155/157, por Cleper, Geraldo Matias e Rivetti, merecendo inteira fé os elementos colhidos no inquérito, por estarem perfeitamente confirmados na instrução criminal.

«28. Ora, os principais elementos de prova contra Matias são os seguintes:

1º) ter sido ele quem aproximou Cleper de Rivetti, para o negócio escuso, afinal realizado;

2º) ter sido Matias quem encaminhou os entendimentos entre Cleper e Rivetti, participando pessoalmente desses entendimentos;

3º) ser falso o dinheiro entregue por Cleper a Rivetti, na presença de Matias;

4º) ter Matias auferido, por esse trabalho criminoso de intermediação, cinco milhões, em um cheque.

(*Omissis*)

«Mas, a instrução criminal trouxe, ainda, dois outros preciosos depoimentos contra Matias, prestados perante este respeitável Juízo e por pessoas insuspeitas, porque estranhas ao fato de que participaram Rivetti e Matias.

«Ei-los:

a) Ary Tardelli revela, às fls. 340: «... que Pedrão, ou seja, Rivetti, contou ao depoente que comprou dinheiro falso de Matias; que o «seu» Pedro, ou seja, Pedro Rivetti, disse que comprou dinheiro induzido

por Matias; comprou dinheiro falso»;

b) José Ramalho relata às fls. 365: «... que o interrogado não sabe quem deu os cinco milhões a Geraldo Matias, se foi Cleper ou Rivetti, apenas soube por Pedro que Geraldo Matias recebera cinco milhões por participar do negócio...»

«Com todos esses elementos contra si, será crível que o Gerente Geraldo Matias pretenda fazer supor que recebera cinco milhões apenas para dizer: «Pedro Rivetti, apresento-lhe Cleper Arnoud Mascarenhas». O esforço da defesa de Matias tem sido nesse sentido, o que leva ao mais requintado dos absurdos.»

Uma das alegações do requerente da Revisão é a que se relaciona com o recebimento dos já mencionados cinco mil cruzeiros, pretendendo explicar que os recebera apenas para que fizesse a aproximação entre Cleper e Rivetti, mas ignorando qual a natureza do negócio que pretendiam fazer.

Convém aqui destacar, segundo foi lembrado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral, o que a propósito dessa inconcebível versão disse em seu voto o eminente Min. Armando Rollemberg, às fls. 1.759, 6º volume:

«Geraldo Matias Severino. As alegações do Ministério Público quanto a tal réu (folhas 1.134/1.137) não foram realmente refutadas pela sua defesa, que se limitou a argüir nulidades processuais, bem rejeitadas pela sentença, e que os elementos contra ele apontados provinham de declarações de co-réus (folhas 1.528).

«Estas, porém, se ajustam a declarações do próprio apelante que, em Juízo, confessou ter recebido a comissão de NCr\$ 5.000,00 para apresentar Cleper a Rivetti (fls. 371 v.). Ora, é de todo inaceitável que alguém perceba tal comissão por simples apresentação, sem saber da natureza do negócio pretendido pelo apresentado e que acompanhe a realização do mesmo negócio, deslocando-se, inclusive, para assistir em Osasco a entrega do dinheiro por Cleper a Rivetti.

«Tenho, assim, como correta a decisão a respeito de tal réu».

Em resumo, entendo eu que, apesar do denodado esforço da defesa, nada conseguiu demonstrar ela no sentido da inocência do réu, ora requerente.

Não deixa de ser sensibilizante o desejo do réu, quanto ao aspecto moral e sentimental, no sentido de que, com a pretendida absolvição, poderia legar a seus filhos um nome de que não viessem eles a se envergonhar. Todavia, o instituto da Revisão Criminal não pode acolher tão altruístico sentimento, pois o que nela se tem de decidir é a existência ou não de fundamento legal e jurídico para a condenação imposta ao réu ou sua absolvição. A este respeito assim se expressou, com exatidão, a douta Subprocuradoria, no final de seu parecer:

«A respeito do esclarecimento preambular de que o requerente pretendia uma espécie de reabilitação moral, uma vez que a pena já está cumprida, cabe dizer, com o mesmo autor *retro* citado que

«... segundo a acurada observação de Manzini..., o escopo da Revisão é puramente jurídico, e não moral...»

Assim, à falta de quaisquer elementos que pudessem conduzir à pretendida absolvição do réu, outra alternativa não existe senão indeferir a presente Revisão.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Min. Moacir Catunda (Revisor): Sr. Presidente. O pedido de revisão instrumentado nos autos foi deduzido com apoio no art. 621 do Código de Processo Penal, colimando a anulação das decisões condenatórias e a proclamação da inocência do revisando, no seu interesse e no cumprimento do dever de pai, de utilizar todos os meios do direito para legar a seus filhos um nome isento de qualquer mácula.

O longo e caprichado requerimento não veio instruído com prova nova da inocência do revisando, ou com documentos elucidativos da falsidade dos elementos probatórios em que repousam as decisões anuladas, daí se seguindo, à vista do demorado estudo que faz da prova, que o pedido contido no mesmo radica somente na hipótese autorizativa de revisão de sentença condenatória contra a evidência dos autos, estatuída na parte final do inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal.

Consoante o magistério de Bento de Faria — *Código de Processo Penal* — Vol. 2º — págs. 215/216 — por evidência entende-se «a clareza exclusiva de qualquer dúvida, por forma a demonstrar de modo incontestável a certeza que emerge dos autos».

«Para que haja afronta à evidência dos autos é necessário que a decisão não tenha base em qualquer elemento apurado e esteja em desacordo com outros, justificadores de solução diferente», instrui João Martins de Oliveira, na sua preciosa monografia — *Re-*

visão Criminal — nº 90 — pág. 157, onde cita o ensinamento do douto Espínola Filho, *verbis*:

«Recordemos que, na sistemática do vigente processo penal, não há hierarquia entre os elementos probatórios da ação, cumprindo ao Juiz, segundo a técnica do nosso Código, escolher, com liberdade, com absoluta independência, os fatores do seu íntimo convencimento, por meio do que se chama, com propriedade, a livre apreciação da prova. E a consequência segura, inevitável, é que nunca se poderá dizer contrária à evidência dos autos uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, deles constante, embora se choque com outros elementos, com a maioria destes, com a sua quase totalidade. O Juiz escolheu mal? Por que não apelou o réu? Desprezando o recurso ordinário que a lei lhe faculta para remediar, com a submissão à superior instância, a injustiça daquela avaliação. Provém do Tribunal superior a sentença? Se este confirmou a condenação, vemos prestigiado aquele fator, isolado no conjunto das provas, mas que à imparcialidade de dois julgamentos se mostrou eficiente para imposição da pena; se a absolvição, pronunciada pelo juiz singular, foi substituída pela condenação, imposta pelo tribunal de apelação, o elemento probatório, a que este deu preferência, terá tido a força de impressionar tanto a maioria dos julgadores, que não vacilaram em punir, alterando a situação favorável ao réu, que a primeira sentença estabelecera. Em qualquer caso, há um sustentáculo, para a condenação, na prova dos autos, conservada a mesma, e é o bastante para que se deva respeitar o que, fazendo a livre apreciação da prova, assentou o julgador, no curso normal do processo. E esse só elemento, aberrante dos demais, podia ser preferido, como foi, sem que a condenação seja contrária à evidência dos autos, porque basta

haver ele, no sentido da condenação, para que deixem os demais de apresentar, excludente de qualquer dúvida, a clareza da inocência reclamada para o provimento da revisão» (Livro citado, pp. 34/35).

No caso dos autos a versão do recebimento dos cinco mil cruzeiros, fornecida pelo revisando, no seu interrogatório judicial — fls. 371 do 2º v. dos autos em apenso, de onde emanaria sua inocência, foi examinada e repelida pela minuciosa sentença de primeira instância — item 40 — fls. 1.358 — 5º v., com apoio noutros elementos probatórios, dentre os quais avultam os depoimentos dos co-réus, sentença essa mantida, em grau de apelação, pela Egrégia Segunda Turma, contra um voto, literariamente incensurável, em que seu insigne signatário narra a história da famosa «caixa preta»:

«fls. 1.763 — 6º v. O Senhor Ministro J.J. Moreira Rabello: Sr. Presidente, tenho sempre entendido que a prova inquisitorial tem validade até mesmo para os efeitos da decretação da prisão preventiva. Não lhe dou, todavia, uma validade tal que, quando contrariada frontalmente na prova oferecida no sumário, possa justificar a condenação. No caso em apreço, acompanho V. Exª, nos seus considerandos, em relação à quase totalidade dos acusados, mas faço uma restrição com referência ao réu Geraldo Matias Severino, o Gerente do banco.

A minha vivência de advogado durante longos anos, e advogado de grandes empresas, deu-me o conhecimento de uma prática muito comum nos bancos da Capital da República, então a Cidade do Rio de Janeiro. Quando os bancos não tinham disponibilidade, entrava em funcionamento irregular, evidentemente, o que

se convencionou chamar «A Caixa Preta». Um gerente, conhecedor dos depósitos bancários dos clientes que tinham disponibilidade, sabendo como empregá-los a melhor juro, encaminhava os clientes do banco desejosos de operação para os quais o banco não tinha cobertura a esses respectivos clientes do banco que tinha disponibilidade e que podiam dela dispor.

Do que ouvi dos autos, a confissão desse gerente, no inquérito, não foi declarada no sentido de que tinha encaminhado alguém para um comércio já conhecido de moeda falsa. Disse apenas que realmente encaminhou uma transação não havendo exatamente um vício doloso, um *animus* de cometer um crime. Encaminhou um freguês do Banco, que dizia possuir disponibilidade, a um outro freguês, o Sr. Rivetti, que possuía frigorífico. Apresentou-os e foi embora. Todos nós sabemos que essa «caixa preta» redundava em proventos, mas nada tinha que ver com o crime. O gerente levava apenas uma vantagem no manuseio e na condução desse negócio. De maneira que para mim, em sã consciência, não cheguei a formar um ente de razão que me autorize a condenar esse gerente, já que estou convencido de que esse homem agiu de boa fé. O que estranhei profundamente neste processo é que a Justiça, quando tomou conhecimento de que o Banco do Oeste, sabedor de que havia 30 milhões de cruzeiros falsos nos seus cofres, devolvera os mesmos, não tivesse imediatamente mandado processar os diretores do Banco, porque, esses sim, confessadamente, fizeram reingressar escandalosamente na circulação trinta milhões de cruzeiros falsos. Ora, se os diretores

que fizeram reingressar foram absolvidos e o que é pior a Procuradoria não apelou, esse gerente é que vai ser condenado! Evoco neste momento as palavras dramáticas com que o *batonier* dos advogados de França, na Corte de Cassação, concluiu sua peroração: «É mil vezes preferível absolver 10 criminosos do que condenar um inocente».

Absolvo o gerente».

Os três votos condutores do acórdão da Segunda Turma detiveram-se no estudo da prova contida em volumoso processo, que demonstra o profundo comprometimento do revisando com os falsários, e a total ausência de credibilidade da defesa apresentada por ele, até porque não trouxe para os autos nenhuma prova da efetividade do contrato de empréstimo, entre Cleper e Rivetti, no qual teria funcionado como mediador.

O acórdão do Tribunal Pleno, à sua vez, mostra-se exaustivo no que tange ao estudo da participação do revisando no crime narrado na denúncia, do que sejam exemplos os votos concorrentes do Relator — fls. 1.804 e do vogal, o último dos quais proferido após pedido de vista do processo — fls. 1.809 — bem como o voto vencido, posto que adotando conclusão diversa.

À vista das volumosas e coerentes provas e considerando as indicações da doutrina e da jurisprudência, não é possível, infelizmente, considerar as decisões revistandas como tendo sido proferidas contra a evidência dos autos.

Indefiro a revisão.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Min. Jarbas Nobre: Por ocasião do julgamento dos embargos, eu os recebia por ter ficado impressionado com a desproporção da quantia

entregue ao ora requerente,
Cr\$ 5.000,00, numa transação com
dinheiro falso, que atingia a
Cr\$ 200.000,00.

Recordo-me que, no momento, fiz
outra argumentação que me colocou em
forte dúvida sobre a origem da remuneração então recebida pelo requerente.

Ouvimos aqui — e o Ministro Relator o destacou — que essa importância de Cr\$ 5.000,00 fora paga em cheque, e, ao que me recordo, esse cheque, que era ao portador, não foi recebido pelo requerente na boca do cofre.

Ele o endossou a um parente a quem emprestara a quantia nele expressa.

Além da desproporção que encontrei, observei que, se esse pagamento era de origem delituosa, é evidente que resguardos teriam que ser tomados por parte do ora requerente.

Endossando o cheque, deixou prova evidente de que o pagamento se fizera. Se, por acaso, essa importância tivesse sido entregue em espécie, prova nenhuma restaria da participação do requerente, nos fatos criminosos. Foram os dois fundamentos principais que me deixaram em dúvida sobre a participação efetiva do requerente na trama delituosa. Continuo em dúvida até hoje.

Assim, sendo critério meu como julgador só condenar com prova evidente e inofismável, defiro o pedido.

Voto

O Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, meu voto é no sentido de acompanhar os eminentes Ministros Relator e Revisor, para indeferir a Revisão.

Pelo que ouvi, se aceitas fossem as alegações desenvolvidas pelo recorrente, estaríamos diante de apreciação de provas, e não de uma decisão contra a evidência dos autos, que é o pressuposto da Revisão Criminal.

Não estamos, porém, julgando um recurso ordinário, e nestas condições, repito, ainda que fosse de se aceitar a argumentação — e não é o caso — em revisão criminal não teria cabimento a pretensão.

Indefiro a Revisão.

EXTRATO DA ATA

Revisão Criminal nº 264 — SP. Relator: Sr. Min. Esdras Gueiros. Revisor: Sr. Min. Moacir Catunda. Requerente: Geraldo Matias Severino.

Decisão: Foi indeferida a revisão, contra o voto do Sr. Ministro Jarbas Nobre (em 23-8-73 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda, Henocho Reis, Peçanha Martins, Decio Miranda, Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães, Henrique d'Ávila, Godoy Ilha, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

DESPACHOS DO MINISTRO-PRESIDENTE
DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS



APELAÇÃO CÍVEL N.º 23.246 — GB

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Sociéte Anonyme Lanson Père et Fils e outras

Recorrida — União Federal

Através de ação declaratória, *Sociéte Anonyme Lanson Père et Fils* e outras pleitearam fosse declarada por sentença não poderem os produtores de vinhos espumantes nacionais usar, nos rótulos de seus produtos, em publicidade ou por qualquer outra forma, a denominação «Champagne» e suas variantes «Champanhe», «Champanha» ou outras que vierem a ser criadas.

A sentença de primeiro grau, que julgara a ação improcedente, foi confirmada por decisão de Turma deste Tribunal em acórdão assim ementado:

«Ação declaratória. *Sociéte Anonyme Lanson Père et Fils* (também chamada *Champagne Lanson Père & Fils*) e outras sociedades francesas *versus* União Federal e as sociedades brasileiras Armando Peterlongo & Cia. Ltda. e outras. Pretensão das autoras a que as empresas nacionais produtoras de vinhos espumantes se abstenham de usar nos rótulos de seus produtos, em publicidade ou por outra qualquer forma, a denominação «Champagne» e suas variações «Champanhe» e «Champanha», sob a alegação de que só às autoras, empresas francesas, cabe o direito de uso da questionada expressão. Alega-se que essa denominação indica com exclusividade a origem de vinho espumante da região francesa com esse nome (Champagne), sendo

privilégio das autoras o uso do mesmo. Conceitos de «denominação de origem» e «indicação de procedência», frente à legislação brasileira, sem que ocorra infringência ao «Acordo de Madrid», de 14-4-1891 (e suas posteriores revisões, em Washington, de 26 de junho de 1911, e em Haia, de 6-11-1925), acordo esse adotado no Brasil pelo Decreto nº 19.026, de 31-12-29. Exceção de incompetência de Juízo e questões preliminares levantadas pelas rés e rejeitadas na primeira instância, sem qualquer recurso. Sentença de primeiro grau julgando improcedente a Ação Declaratória. Apelo das autoras, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, com posterior remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos, por competente este para apreciação da matéria, segundo a Emenda Constitucional nº 16. Confirmação da sentença apelada, pelos seus jurídicos fundamentos, eis que, na hipótese, incoorre qualquer infringência ao Tratado de Madrid, invocado pelas autoras, e nem é privativo delas o uso da expressão aporтуguesada «Champanha» ou «Champanhe», para designação do tipo de vinho espumante. Decisão unânime».

Contra essa decisão recorrem extraordinariamente as empresas vinícolas

francesas, com fundamento nas letras *a* e *d* da permissão constitucional, defendendo seu direito ao uso exclusivo da marca, com base no Acordo de Madrid, de 14 de abril de 1891, promulgado no Brasil através do Decreto nº 19.056, de 31-12-1929. Alegam, também, divergência com julgados da Suprema Corte.

O art. 4º do Acordo de Madri preceitua:

«Art. 4º Os Tribunais de cada país terão que decidir quais são as denominações que, em razão de seu caráter genérico, escaparão às disposições do presente Acordo, não estando, entretanto, compreendidas na reserva especificada por este as denominações regionais de procedência dos produtos vinícolas.»

Entre os julgados trazidos a confronto pelos recorrentes figura o Recurso Extraordinário nº 46.886, que trata, exatamente, de ação movida por Órgão do Governo Francês para anular registro de marca de produto vinícola brasileiro designado por nome geográfico da região em que se produz vinho francês de igual denominação. Nesse julgado foi reconhecida a inviabilidade do uso da marca em face do Acordo de Madri, também invocado pelos ora recorrentes.

À vista do exposto, tenho como demonstrado o dissídio jurisprudencial, motivo por que admito o recurso pela letra *d*, o que basta ao seu processamento (Súmula 292).

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 31.851 — DF

(*Recurso Extraordinário*)

Recorrente — Caixa Econômica Federal

Recorridos — José Pedroso e outros

José Pedroso e outros, promitentes compradores de apartamentos adquiridos da Petrobrás pela Caixa Econômica Federal de Brasília, à época ainda autarquia, propuseram ação ordinária com o objetivo de compelir essa atual empresa pública a retificar as cláusulas dos respectivos contratos de promessa de venda, no concernente a preço, prazo e juros, para ajustá-las às mesmas condições, menos onerosas, estabelecidas em contratos celebrados com Membros e Servidores da Câmara dos Deputados, tendo como objeto o mesmo tipo de apartamentos.

A sentença que julgou a ação procedente foi confirmada por Turma Julgadora deste Tribunal, por maioria de

votos, o que ensejou a oposição de embargos de nulidade pela ré, que o Plenário rejeitou, pelos fundamentos sumariados na ementa seguinte:

«Aquisição de apartamentos em Brasília. José Pedroso e outros *versus* Caixa Econômica Federal de Brasília. Condições legais que presidem a aquisição de imóveis residenciais, pelos funcionários públicos lotados em Brasília (Leis nºs 4.380, de 1964, artigo 65, §§ 3º e 4º, e 5.049, de 1966, que determinam a venda de tais imóveis pelas autarquias em geral, sem exclusão de nenhuma delas). Inteligência do Decreto-lei nº 56.792, de 1965, art. 13,

§ 6º. Regulamento baixado para a execução da lei não pode restringir nem ampliar o que nela se contém. Inteligência da Lei número 5.455, de 1968, art. 5º, e do Decreto-lei nº 703, de 1969, artigo 1º. A discriminação de tratamento feita pela Caixa vendedora, entre servidores públicos com igual direito à aquisição da casa própria, contraria o designio legal e ofende o princípio da equidade. Vitória dos autores na primeira e segunda instâncias. Embargos da Caixa Econômica Federal rejeitados.»

Dessa decisão recorre a Caixa, apelante e embargante, com apoio nas letras *a* e *d* do preceito constitucional pertinente, argüindo, além de dissídio com aresto do STF, violação dos artigos 81, III, e 153, § 1º, da C.F., e negativa de vigência do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Improcede, à toda evidência, o fundamento alicerçado na divergência jurisprudencial, por isso que, para configurá-la, não se presta o único julgado trazido à colação, que considerou inconstitucional a inclusão, pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 5.049/66, das sociedades de economia mista, como a Petrobrás e o Banco do Brasil, entre as entidades vinculadas ao plano de alienação aos ocupantes dos apartamentos de Brasília, pois, a partir do momento em que se processou a transferência dos imóveis para a Caixa Econômica, não mais havia que cogitar-se de bens pertencentes à sociedade de economia mista.

Tratava-se, portanto, de apartamentos de propriedade de autarquia e por autarquia vendidos aos seus ocupantes.

Teve como consectário, esse Acórdão da Excelsa Corte, tão-somente tornar

inoperantes as opções manifestadas por alguns dos autores dentro dos 90 dias fixados na Lei nº 5.049/66, fato não controvertido, entretanto, quer na sentença de Primeira Instância, quer nos julgamentos deste Tribunal.

De referência ao outro fundamento do recurso, cinge-se à indagação de haver a decisão atacada, ao interpretar os §§ 3º e 4º do art. 65 da Lei número 4.380/64 e o Decreto regulamentador 56.793/65, ofendida ou não as normas apontadas pela recorrente.

Preceituam os §§ 3º e 4º do art. 65 da Lei nº 4.380, de 1964:

«§ 3º Os órgãos referidos no § 1º (Institutos de Aposentadorias e Pensões), bem como o IPASE, as autarquias em geral e as sociedades de economia mista, excluído o Banco do Brasil, que possuam unidades residenciais...

§ 4º Os órgãos de que trata o parágrafo anterior celebrarão convênio com a Caixa Econômica Federal de Brasília, incumbindo-a da alienação, aos respectivos ocupantes, dos imóveis residenciais que possuírem no Distrito Federal, devendo o produto da operação constituir fundo rotativo ...»

Predominou, na decisão recorrida, o entendimento de que essas disposições, referindo-se às autarquias em geral, alcançaram também os imóveis da Caixa Econômica Federal de Brasília, então autarquia.

O art. 13, § 6º, do Decreto número 56.793/65, prescreve:

«Os bens imóveis e móveis da Caixa Econômica Federal de Brasília não integram o fundo rotativo de que trata este artigo.»

Essa norma regulamentar foi considerada írrita, pela maioria dos eminentes

tes julgadores, por ter extravasado dos limites da lei regulamentada.

Finalmente, julgaram-se aplicáveis à espécie as disposições da Lei nº 5.455, de 1968 e Decreto-lei nº 703/69.

Apontou a recorrente, como tendo sido violados, dois preceitos da Constituição, um deles atribuindo ao Presidente da República poder de expedir decretos para propiciar fiel execução de leis, e o outro, consagrando o princípio de isonomia, e sustentou ter sido negada vigência à regra da Lei de Introdução ao Código Civil, afirmando que «a lei é expressa ao excluir os

bens da Caixa Econômica do fundo rotativo».

Não o demonstrou, porém.

O que fez a decisão recorrida, como se tornou evidente, foi dar interpretação a textos legais, aliás, a melhor, a meu ver, e bastaria que apenas fosse razoável para impedir a admissão do apelo extremo (Súmula 400).

Indefiro-o.

Publique-se.

Brasília, 5 de outubro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.897 — RS

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Ernesto José Annoni, sua mulher e outros

Recorrido — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por proprietários de imóvel rural, que pretendem ver declarada a ilegalidade da desapropriação por interesse social, proposta pelo INCRA, de acordo com o Decreto Presidencial nº 70.232/72, para fins de reforma agrária.

O Egrégio Tribunal Pleno, depois de repelir a preliminar de incompetência argüida pela douta Subprocuradoria-Geral da República, concluiu pela inexistência da liquidez e certeza de direito amparável pelo *writ* em acórdão assim ementado:

«Mandado de segurança. Desapropriação por interesse social de imóvel rural, para fins de reforma agrária. Desapropriação da Fazenda Sarandi, no Rio Grande do Sul, pelo INCRA. A declaração de utilidade pública ou interesse social de imóvel, enquanto ato administrativo, é apenas

instrumento preparatório do procedimento de expropriação. Pretensões e ações do titular da propriedade, declarada de utilidade pública ou interesse social, poder-se-ão manifestar, perante o Poder Judiciário, imediatamente, contra esse ato preliminar, em determinadas situações, de vez que a ameaça de execução se há de ter como existente, enquanto não for o decreto revogado, ou não se consumir o prazo de sua caducidade. Se, *ad exemplum*, se evidenciar a ilegalidade ou impossibilidade jurídica da expropriação, é, desde logo, possível atacar o próprio decreto declaratório da utilidade pública ou interesse social. Ajuizada, entretanto, a ação de desapropriação respectiva por órgão que recebeu delegação a tanto do poder expropriante, se o proprietário pretender, em mandado de segurança, se reconheça a

nulidade do feito, invocando, dentre outros fundamentos, a ilegalidade do próprio decreto declaratório da utilidade pública ou interesse social, cumpre entender que a acusada violência a direito seu resultaria, então, já diretamente, dos atos executórios, e assim competente para o processo e julgamento do mandado de segurança é o Tribunal que tiver jurisdição sobre a autoridade judiciária apontada como coatora e processante da ação expropriatória. Competência, no caso, do Tribunal Federal de Recursos, e não do Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento do mandado de segurança impetrado contra o Juiz Federal e o INCRA. Pretensão a ver decretada a ilegalidade da desapropriação por interesse social, por via de mandado de segurança, sob fundamento de ser o imóvel «empresa rural» e, dessa maneira, não poder constituir objeto desse tipo expropriatório, a teor do art. 19, § 3º, letra b, do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-1964) e artigo 2º, do Decreto-lei nº 554, de 25-4-1969. Em linha de princípio, a «ação direta» de que cogita o art. 20 do Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-41, aplicável também às desapropriações por interesse social, não exclui o mandado de segurança. Não será o mandado de segurança, porém, via adequada para dirimir questões acerca da existência, ou não, de caso de interesse social, máxime se pendente o desate da controvérsia da apreciação de prova. Estabelecido debate em torno da caracterização do imóvel, como «empresa rural» ou como «latifúndio por exploração», e sendo divergentes as provas trazidas pelo proprietário e as

oriundas dos registros oficiais enviadas com as informações, não há ver liquidez e certeza dos fatos, um dos pressupostos ao reconhecimento de certeza e liquidez do direito. Matéria complexa, em que se põem em confronto elementos de prova antagonica, não cabe deslindada nos estreitos limites do mandado de segurança, onde não há o juiz de realizar tarefa de índole nitidamente técnica, computando e valorizando dados e provas, para daí concluir de uma ou de outra maneira. Não constitui motivo de nulidade do processo expropriatório instaurado o só fato de não ser objeto da ação todo o imóvel declarado de interesse social. Enquanto não caducar o decreto de declaração de interesse social, pode ser expropriado o restante da área nele prevista. Ao poder desapropriante assegurar-se, inclusive, desistir de expropriar, no todo ou em parte, o imóvel objeto da declaração formal em apreço. Isso, entretanto, não obstará, no juízo próprio, se discutam questões concernentes à justa indenização ou ao ressarcimento de danos comprovados. Não é, de qualquer forma, fato gerador de nulidade da desapropriação. Mandado de segurança indeferido.»

Desta decisão recorrem extraordinariamente os interessados, alegando negativa de vigência aos arts. 43, III, 53, II e 59, do Código Civil; art. 942, XIII, do Código de Processo Civil e art. 20 do Decreto nº 56.792/65, que regulamenta o Estatuto da Terra.

Como se vê pela leitura da ementa transcrita, não chegou a ser apreciado o mérito da controvérsia, pois a maioria vencedora entendeu não ser própria a via mandamental para deslindar matéria de fato controvertida. Assim sen-

do, a admissão do apelo constitucional acha-se obstada pelo art. 308, III, do Regimento do Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, os recorrentes limitaram-se a transcrever trechos doutrinários sobre o cabimento de mandado de segurança, buscando demonstrar que tais lições seria aplicáveis à hipó-

tese dos autos, para o que trazem à baila discussão sobre matéria de prova, impossível de ser revista no recurso extremo (Súmula 279).

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.910 — DF

(*Recurso Extraordinário*)

Recorrente — Aracaty Marques Ferreira

Recorrido — Instituto Nacional de Previdência Social

Servidor autárquico obteve, através de acórdão deste Tribunal, confirmado na instância extraordinária, inclusive em grau de embargos de divergência, sua reintegração no cargo de Inspetor de Riscos do antigo IAPFESP, hoje integrado ao INPS. Mas, ao pretender concretizar a decisão proferida no mandado de segurança, o Doutor Juiz negou-se a determinar a expedição do ofício executório sob fundamento de que, tendo o interessado aceito o cargo de Tesoureiro-Auxiliar do mesmo Instituto, enquanto aguardava a decisão final do pleito, nada mais haveria a executar.

Esse mesmo entendimento foi adotado pela Egrégia Primeira Turma desta Corte, o que motivou a interposição de recurso extraordinário pelo servidor, que alega negativa de vigência aos artigos 287 e 891 do Código de Processo Civil.

Data venia dos votos que prevaleceram no julgamento impugnado, entendendo ser inexcusável o direito do recorrente de ver-se reintegrado no cargo de que fora ilegalmente afastado, conforme reconhecido judicialmente.

Tenho como improcedente a objeção de que ao aceitar provisoriamente e

sem ressalvas o cargo que lhe foi oferecido, o recorrente teria desistido, de modo implícito, da reintegração nas suas primitivas funções.

A não ser nos casos de preclusão estabelecidos em lei, que não ocorreu na hipótese (haja vista que ambas as partes porfiaram sempre na defesa dos seus interesses), a desistência só produz efeitos quando manifestada de maneira inequívoca e homologada pela autoridade judiciária.

Menos procedente, por outro lado, o argumento de que o cargo de Tesoureiro-Auxiliar seria mais vantajoso ao recorrente do que o de Inspetor de Riscos, ao qual pretende ser reconduzido, pois nem sempre a vantagem pecuniária é a única meta visada ao se propor uma ação judicial.

Por esses motivos, tenho como demonstrada a negativa de vigência aos dispositivos mencionados, motivo por que admito o recurso e mando processá-lo.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 23 de outubro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.913 — GB

(Recurso Extraordinário)

Recorrentes — Maria Celeste Caldeira Rodrigues Pereira e outros
Recorrida — União Federal

Trata-se de segurança requerida por Maria Celeste Caldeira Rodrigues Pereira que, transferida da Faculdade de Direito de S. Carlos para a Faculdade de Direito Cândido Mendes, quando cursava nesta o 2º ano, teve a sua matrícula cancelada, sob argüição de que obtivera a transferência através de documentação falsa.

O MM. Juiz, depois de obter daquela Faculdade a informação de que a impetrante se arrolava entre 62 pessoas que jamais haviam passado pela mesma, julgou a impetrante e o litisconsorte Cid de Souza carecedores de ação do mandado de segurança no tocante ao pretendido restabelecimento de suas matrículas.

Deferiu-lhes, entretanto, em parte, o pedido, para que a Faculdade Cândido Mendes recebesse as provas que tivessem a fazer para demonstrar a regularidade de sua vida escolar, possibilitando, assim, o reexame de sua situação e o restabelecimento das mesmas matrículas, se fosse o caso.

Essa parte da sentença, favorável aos impetrantes, foi cassada por decisão da E. Primeira Turma, a qual determinou, entretanto, a pedido da Subprocuradoria-Geral, que as autoridades policiais federais do Estado da Guanabara abrissem inquérito no sentido de apurar as pretendidas falsidades apontadas nos autos.

Com fundamento no art. 119, III, letras *a* e *d* da CF/69, recorrem extraordinariamente os impetrantes, alegando negativa de vigência dos §§ 2º, 3º, 15, 21 e 35 do art. 153 da mesma Constituição, porque a matrícula cons-

tituiu direito adquirido através de ato administrativo perfeito praticado a seu favor, o qual não poderia ser revogado sumariamente sem prévio inquérito, que lhes assegurasse a defesa.

Todavia, não se caracterizou, na espécie, a negativa de vigência de qualquer das normas constitucionais acima apontadas.

O mandado de segurança foi devidamente apreciado pela Turma.

A ausência de certidão ficou suprida pelo pedido de informações do Juiz à Faculdade de S. Carlos.

Saber se a impetrante e o litisconsorte estavam de boa-fé, tendo sido apenas envolvidos na ação ilícita de terceiros, era matéria de fato que não ficou esclarecida no mandado de segurança, nem autoriza o recurso extraordinário (Súmula 279 do STF).

Em ato ilícito ninguém poderia, aliás, fundar a sua «liberdade de ação» ou invocar situação jurídica legalmente constituída.

A determinação de abertura de inquérito policial, com base no art. 40 do CPP, não representa ofensa ao direito de defesa. Seu intuito é apenas o de promover o melhor esclarecimento dos fatos constatados.

Por outro lado, os acórdãos do Pretório Excelso, que foram apresentados, não configuram o dissídio jurisprudencial por não guardarem identidade com a hipótese dos autos.

Nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 5 de novembro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70.945 — MG

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Instituto Nacional de Previdência Social

Recorrido — Eduíno Vicente da Silva

Dizendo-se apoiado no art. 119, III, letra *a*, da CF/69, o INPS recorre extraordinariamente de decisão de Turma Julgadora deste Tribunal, que reconheceu a servidor inativo da Rede Ferroviária Federal o direito de obter dupla aposentadoria, nos termos da Lei número 2.752/56.

Alega o recorrente ofensa ao artigo 101, II, § 3º, da Constituição de 1967.

O Pretório Excelso, ao julgar o agravo regimental interposto no A.I. nº 57.477, decidiu:

«Dupla aposentadoria. Quando cabe. Aplicação da Lei número

2.752/56, sem ofensa ao artigo 101, II, § 2º, da Constituição, de resto não prequestionado» (DJ de 19-10-73, pág. 7.869).

Com o acórdão acima referido afina-se a decisão impugnada, o que garante a esta última a razoabilidade exigida pela Súmula 400, impeditiva da admissão do recurso com base na letra *a*.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 12 de novembro de 1973.
— *Márcio Ribeiro*, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.021 — SP

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — União Federal

Recorrido — Nelson Palma Travassos

Fazendeiro de São Paulo, autuado e multado por fiscais da Delegacia Regional do Trabalho por suposta infração de preceitos das leis trabalhistas, pretendeu interpor recurso administrativo contra a sanção imposta, no que foi obstado pela autoridade local sob fundamento de que não poderia fazê-lo sem o prévio depósito do valor da pena pecuniária. Por isso impetrou mandado de segurança, alegando que o art. 156 do Estatuto do Trabalhador Rural, a que está subordinado, não prevê tal exigência.

Denegada na primeira instância, a segurança foi, afinal, deferida por

Turma Julgadora deste Tribunal, o que motivou a interposição de recurso extraordinário pela União, em que se alega, apenas, negativa de vigência ao art. 179 da Lei nº 4.214/63, e ao artigo 636, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe:

«O recurso só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa.»

Prima facie, pode parecer que a recorrente tenha razão, especialmente se se considerar que o art. 179 da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalha-

dor Rural) mandou aplicar aos que trabalham no campo os dispositivos da CLT que não contradigam ou restrinjam o disposto no mesmo Estatuto.

Cumpra observar, todavia, que o art. 156 do ETR, estabelece:

«De toda decisão que impuser multa por infração das leis e disposições reguladoras do trabalho rural cabe recurso à autoridade hierarquicamente superior no prazo de dez dias.»

Ora, como esse dispositivo não prevê a exigência de depósito prévio para poder recorrer, a aplicação do citado art. 636, § 1º, da CLT, acima transcrito, importará em restringir o direito da

parte de ver apreciado o seu recurso independente de depósito, e em violação da ressalva do art. 179, *in fine*, da Lei nº 4.214/63, *verbis* «que não contradigam ou restrinjam o disposto nesta lei.»

Não houve, portanto, a meu ver, negativa de vigência mas simples interpretação de leis, a qual, no entender da recorrente, pode não ser a melhor, mas não deixa de ter a razoabilidade que impede a admissão do recurso em face da Súmula 400.

Indefiro.

Publique-se.

Brasília, 21 de setembro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.289 — PR

(*Recurso Extraordinário*)

Recorrente — INPS

Recorrida — Olga Tadra Horatchuk

Ex-comerciário, ao assumir emprego em firma subordinada ao extinto IAPI, passou a contribuir para esta autarquia, mas continuou recolhendo em dobro as contribuições para o antigo IAPC, e, ao aposentar-se, foi-lhe reconhecido o direito à dupla aposentadoria, situação que perdurou até o seu falecimento.

O atual INPS, todavia, mandou reduzir a dupla pensão que vinha sendo paga à viúva a uma única e começou a descontar Cr\$ 64,00, reduzindo-a a Cr\$ 184,00 mensais, por entender que o *de cujus* só tinha direito a uma aposentadoria e, assim, sua viúva teria de repor o que, segundo orientação do Instituto, teriam recebido a mais.

Por isso, a beneficiária impetrou mandado de segurança contra o Delegado Regional da autarquia, o que lhe foi deferido em ambas as instâncias,

pelos motivos resumidos na ementa do acórdão:

«Previdência social. Múltipla vinculação. Pensão dupla, resultante de duplo regime de contribuição, iniciado em 1947, quando autônomos e independentes, não intercomunicantes, os regimes de contribuições e benefícios dos Institutos e Caixas. Comerciário que, perdendo a vinculação a empregador da respectiva área, passou a contribuir em dobro e, posteriormente, vinculando-se ao regime industriário, passou a contribuir neste, mantendo, ao mesmo tempo, aquela outra vinculação, tendo obtido, mais tarde, as correspondentes aposentadorias por velhice, uma no IAPC e outra no IAPI. A

dupla pensão atual, da viúva, não podia ser cancelada, de vez que legítima a múltipla vinculação, e mandada respeitar pelo art. 39 do Decreto-lei nº 72, de 21-11-66, que unificou os Institutos.»

Dessa última decisão recorre extraordinariamente o INPS, alegando, apenas, negativa de vigência ao artigo 10 da LOPS.

O art. 39 do Decreto-lei nº 72/66, em que se apoiou o acórdão da Turma, prescreve:

«Art. 39. 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.»

Os termos desse dispositivo são por demais claros e não permitem outra interpretação diversa da que lhe deu o aresto atacado.

É de observar-se que, antes mesmo de ser editado o referido Decreto-lei nº 72/66, isto é, de 1961, quando se aposentou, até o seu falecimento, já havia sido reconhecido o direito do segurado ao duplo benefício, não sendo, portanto, justo nem jurídico negá-lo à sua viúva fugindo, assim, à finalidade social das autarquias previdenciárias, que é a de amparar os trabalhadores assalariados e suas famílias.

À falta do único pressuposto em que se fundou o recurso, nego-lhe seguimento (Súmula 400).

Publique-se.

Brasília, 7 de novembro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 71.393 — DF

(Recurso Extraordinário)

Recorrente — Hersyl Castello Branco de Pereira Franco
Recorrida — União Federal

Diplomata aposentado compulsoriamente, aos 55 anos de idade, no cargo de Primeiro Secretário, com base na Lei nº 4.415/64, art. 1º, § 1º, impetrou mandado de segurança, objetivando fosse tornado sem efeito o ato do Senhor Ministro das Relações Exteriores que o transferira para a inatividade.

Apreciada a hipótese pelo Plenário desta Casa, foi o *writ* denegado, por entender a maioria persistir vigente a prefalada Lei nº 4.415/64, em face das disposições da atual Carta Magna.

Investe o servidor contra tal decisão, através do presente recurso, que diz apoiado nas letras *a* e *d* da permissão constitucional. Alega haver sido violado o art. 103 da CF/69, pretendendo ver reconhecida a ineficácia do diploma

legal em que se fundou o ato impugnado, após o advento da *lex legum* vigente. Traz, ainda, à colação, aresto do Pretório Excelso.

2 — A *lex legum*, em seus arts. 101 e 103, reza:

«Art. 101 — O funcionário será aposentado:

.....

II — Compulsoriamente, aos setenta anos de idade.

Art. 103 — Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.»

Em face dos dispositivos supra, é de se considerar revogada qualquer lei ordinária que estabeleça limite diferente de 70 anos para aposentadoria compulsória de servidor público, qual ocorre com a Lei nº 4.415/69. A argumentação desenvolvida pelo ilustre Ministro Amarílio Benjamin, em seu voto de fls. 108/111, parece-me incensurável.

Também apóiam a pretensão do recorrente as decisões do Pretório Excelso, quando julgados o R.E. 72.665 e a Representação nº 840.

Isto posto, admito o recurso e mando processá-lo.

Publique-se.

Brasília, 17 de outubro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

HABEAS CORPUS N.º 3.028 — RS

(*Recurso Extraordinário*)

Recorrente — Ministério Público Federal
Recorrido — João Figueiredo Ferreira

Diretor de empresa imobiliária vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação, indiciado em processo criminal pela prática dos delitos capitulados nos arts. 299 e 171, do Código Penal (falsidade ideológica e estelionato, respectivamente), obteve, de Turma Julgadora deste Tribunal, por empate na votação, ordem de *habeas corpus*, adotando-se, como razões de decidir, as resumidas na ementa do acórdão, *verbis*:

«Sociedade financeira que é acusada de possuir dupla contabilidade, uma falsa que, apresentada ao BNH, deste recebia novos financiamentos para operar no Sistema Financeiro de Habitação. Competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a ação penal, pois que, se verdadeiros os fatos, o crime teria sido praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses de empresa pública (art. 125, IV, da Constituição Federal). Diretor de sociedade, agente financeiro do BNH, que é denunciado por ter firmado escritura com falsa declaração de entrega total da quantia financiada. Comprovado que o financiamento não se fez

em dinheiro, mas em letras imobiliárias que, de logo, foram entregues ao mutuário, resulta que o crime imputado ao paciente jamais poderia ter sido cometido, vez que com tal ato não poderia ter sido praticada a simulação denunciada. Denúncia que embora não inepta em sua forma, o é, entretanto, em sua essência. Inexistindo, no caso, os pressupostos do delito de estelionato (ardil e prejuízo), a ação penal se oferece sem justa causa. Pedido de *habeas corpus* que se defere.»

Com fundamento, apenas, na letra *d*, do art. 119, III, da CF/69, recorre extraordinariamente o Ministério Público Federal, trazendo a confronto julgados do STF que consideram justa causa para a instauração de processo-crime a denúncia que contenha um mínimo de elementos para a presunção da existência do crime e de sua autoria. Menciona, ainda, acórdãos que julgaram inidôneo o *writ* para trancar ação penal por falta de justa causa por envolver exame profundo das provas.

Ressalta das razões aduzidas pelo recorrente que o principal motivo da

interposição do apelo extremo foi o fato de a decisão recorrida não haver examinado a denúncia quanto ao crime de falsidade, limitando-se a ter como inexistentes os pressupostos do delito de estelionato, daí concluindo pela falta de justa causa para a ação penal.

Essa omissão, entretanto, deveria ter sido suprida mediante a oposição de

embargos declaratórios, o que não foi feito.

Impossível admitir-se o recurso em face das Súmulas 282 e 356.

Nego seguimento.

Publique-se.

Brasília, 17 de outubro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.

RECURSO CRIMINAL N.º 253 — PB

(*Recurso Extraordinário*)

Recorrente — Ministério Público Federal
Recorrido — Joaquim Moreira da Costa

Sob fundamento de não ter prestado contas da verba recebida através de convênio com o Ministério da Educação, com que deveria ser construído um grupo escolar em município do interior da Paraíba, Joaquim Moreira da Costa foi denunciado pelo Procurador da República como incurso nas sanções do Decreto-lei nº 201/57, art. 1º, §§ 1º e 2º.

O Doutor Juiz Federal deixou de receber a denúncia, declinando de sua competência à consideração de que, tendo deixado o cargo de Prefeito, o denunciado não mais poderia ser enquadrado no referido Decreto-lei número 201/57, que define os crimes de responsabilidade, baseando-se, para assim decidir, em julgados deste e do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Essa decisão foi confirmada por Turma Julgadora deste Tribunal, o que motivou a interposição, pelo Ministério Público Federal, de recurso extraordinário em que alega infringência do art. 125, IV, da Constituição.

Estou em que assiste razão ao recorrente quando afirma que o «Termo de Convênio Especial» é um autêntico contrato bilateral com direitos e obrigações reciprocamente estatuídos. Visando «a melhoria progressiva da rede

nacional de ensino primário», obra específica, as verbas objeto do convênio, de acordo com o plano de aplicação aprovado pelo titular da Pasta, como ocorre no caso presente, não deixa de pertencer à União.

Por outro lado, nos acórdãos que serviram de base às decisões da primeira e desta instância, não se declara a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar ex-prefeitos em casos que tais. Afirma tão-somente que essas autoridades não podem mais responder a processo pelo crime de responsabilidade, previsto no citado diploma legal, «sem prejuízo da instauração de outro comum» (afirma um dos precedentes mencionados), o qual poderá ser processado na Justiça Federal (acrescentamos nós).

Releva notar que, no presente caso, a competência se fixa tendo em vista o bem, o interesse a ser protegido (*ratione materiae*), e não por motivo do privilégio de foro que pudesse ser dispensado aos dirigentes municipais (*ratione personae*).

Admito o recurso.

Prossiga-se.

Publique-se.

Brasília, 18 de setembro de 1973. —
Márcio Ribeiro, Ministro Presidente.