

---

## **JURISPRUDÊNCIA**

---



## AÇÃO RESCISÓRIA Nº 653 — RJ

Relator: Sr. Ministro William Patterson

Autor: Nilo Romero

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

### EMENTA

Civil. Locação. Consignatória e Despejo. Ação Rescisória.

Não incorre em erro de fato a decisão que, reformando a sentença de primeiro grau, julga improcedente a consignatória e procedente a ação de despejo, mesmo porque os processos foram apreciados no mesmo decisório. O resultado de um repercutia, necessariamente, no outro.

Se não houve pedido de purgação da mora na ação de despejo, mas, ao contrário, apenas contestou-se o valor do débito, descabe invocar violação do § 1º, do art. 11, da Lei nº 4.494, de 1964. Demais disso, a matéria fática foi objeto de acurada análise na instância revisora, incorrendo oportunidade para a sua renovação pela via eleita.

Ação improcedente.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Nilo Romero propõe a presente ação contra o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando rescindir

acórdão da Colenda 2ª Turma na AC nº 45.958, que por unanimidade, julgou improcedente a ação de consignação promovida pela Autora e procedente a ação de despejo do réu. Invoca o art. 485, V e IX, do Código de Processo Civil.

Após fazer o histórico da questão, desde as suas origens fáticas, sustenta que o v. aresto violou disposição de lei, assim como incidiu em erro de fato, do que resultou a supressão de uma instância, com relação à ação de despejo. Sustenta que o seu direito na referida ação é assegurado no § 1º, do art. 11, da Lei nº 4.494, de 1964, porquanto os autos não foram ao contador para o cálculo da diferença de aluguéis, conforme requerido.

Diz, ainda, que não podia a decisão rescindenda, face à insuficiência de depósito na consignatória, deixar de oferecer a oportunidade para purgar a mora. Assim, a decretação do despejo, desde logo, violou literal disposição de lei (§ 1º, do art. 11, da Lei nº 4.494, de 1964).

Citado, contestou o IAPAS, com as razões de fls. 66/78, onde refuta os argumentos da inicial.

Encerrada a instrução processual, somente o réu apresentou suas alegações finais (fls. 84/85).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência das ações (fls. 87).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos do art. 33, item IX, do Regimento Interno.

### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O autor moveu ação consignatória contra o extinto IAPC, alegando que este se recusara a receber aluguéis do prédio que lhe fora locado, sito à rua das Laranjeiras nº 148, na cidade do Rio de Janeiro. O procedimen-

to foi impugnado, sustentando o Instituto justa causa para a recusa, uma vez que já notificara o autor para desocupação do imóvel, onde pretendia instalar o Centro de Serviço de Reabilitação Profissional. Processo lento, com vários incidentes, ensejando, no seu curso, o pedido de despejo. O MM. Juiz a quo antecipou o julgamento das lides, por não versar a controversia matéria de prova e, em sentença, julgou procedente a consignatória e sem objeto a ação de despejo.

Nesta instância, a Colenda 2ª Turma, acolhendo voto do Relator, Ministro Décio Miranda, deu provimento à apelação, refletida a decisão na seguinte ementa:

«1) Imóveis das autarquias. Regime legal. Inaplicável o Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46, restrito a dispor sobre os bens imóveis da União, como ente central. Conseqüente improcedência de ação de imissão de posse do Instituto adquirente do imóvel, contra o locatário pré-existente. 2) Ação de consignação de aluguéis. Improcedente a do locatário que, no período de incidência dos reajustamentos pleiteáveis pelo Instituto locador, efetuou depósitos insuficientes, mesmo em relação à base inicial de Cr\$ 1,30 mensais (aluguel de 1963), oferecida pelo autor, insuficiência que mais se caracterizou após citado o locatário para ação de despejo, na qual o locador indicou o aluguel legalmente reajustado, observável pelo menos a partir dessa citação. 3) Ação de despejo por falta de pagamento. Procedência conseqüente à improcedência da consignação.»

A presente rescisória sustenta-se em dois fundamentos, a saber: violação do § 1º, do art. 11, da Lei nº 4.494, de 1964, e erro de fato, posto que foi suprimida uma instância, ao ter julgada a ação de despejo.

Há de ser rechaçado, de pronto, este segundo argumento, pois inexiste a alegada supressão. A ação de despejo estava vinculada ao resultado da consignatória, tanto assim que a r. sentença de primeiro grau, ao julgar procedente esta última, declarou a outra sem objeto. Na verdade, decidiu, igualmente, em relação ao despejo, ensejando que a instância revisora pudesse, sem limitações, conhecer e julgá-lo. E assim o fez, quando, por entender improcedente a consignatória, deu pela procedência do despejo. Julgou os dois processos que os abrangia, já o Juízo a quo também decidira os dois. A competência da Egrégia Turma não sofreria censuras, nesse aspecto, se, ao contrário, confirmasse a sentença. Teria julgado da mesma forma os dois pedidos.

No que tange à violação do § 1º, do art. 11, da Lei nº 4.494, de 1964, não o vislumbro. Diz a regra:

Art. 11 — .....

§ 1º — No caso do inciso I, poderá o devedor evitar a rescisão, requerendo, no prazo da contestação da ação de despejo, seja-lhe admitido o pagamento do aluguel e encargos devidos, as custas e os honorários do advogado do locador, fixados, de plano, pelo juiz. O pagamento deverá ser realizado no prazo que o juiz determinar, não excedente de trinta dias, contados da citação, procedendo-se a depósito, em caso de recusa.»

Os autos dão notícia de que, ao contrário, o Autor não evitou a rescisão nos termos considerados na citada regra, preferindo discutir o assunto, ao contestar o feito, sendo certo, ainda, que na consignatória não depositou a importância devida, relutando em aceitar o reajuste. Esse ponto foi minuciosamente analisado no voto condutor do acórdão, verbis:

«Com a inicial da ação de despejo, porém, de que foi citado o locatário em 16-11-73 (fls. 6, último apenso), o Instituto relacionou os aluguéis reajustados que seriam devidos no período, a partir de março de 1965 até agosto de 1973.

Descartado o período já decorrido, em que por inciência da pretensão do locador, o locatário teria validamente feito os depósitos se sempre utilizada a base de Cr\$ 1,30 mensais, é evidente que, quanto ao período em curso no ano de 1973, havia de servir de base aos depósitos (ou de eficaz contestação do réu da ação de despejo) a quantia de Cr\$ 123,14 mensais para o aluguel e mais Cr\$ 31,83 para taxas, total de Cr\$ 154,97, como indicado na inicial da ação de despejo.

A petição da ação de despejo constituía, sem dúvida, a mais enérgica das formas de pedido de reajustamento, e, após ciência dela, não podia o locatário ignorar a pretensão do aluguel de Cr\$ 154,97 mensais (inclusive taxas) e continuar, como fez, depositando tranquilamente Cr\$ 1,30 por mês, quantia que certamente não cobria, então, sequer o custo do expediente burocrático do recebimento.

Foi, no entanto, como procedeu o locatário, como se pudesse curar eternamente a abulia administrativa e judiciária do INPS no caso.

Com efeito, depois de ciente o locatário pela citação da ação de despejo, de que pelo menos a partir de novembro de 1973 o aluguel devido, segundo o reajustamento permitido em lei, seria de Cr\$ 154,97, os depósitos constantes do apenso da ação de consignação continuavam sendo de Cr\$ 1,30, desde o efetuado em 12-12-73 (fls. 377 do primeiro apenso), até o de 11-8-75 (fls. 410, erroneamente numerada fls. 90, do mesmo apenso), relativo

ao mês de agosto de 1975, os aluguéis se sucedem, pelos meses de outubro de 1975 a maio de 1976, na base de Cr\$ 2,50 por mês, valor também inexplicado e muito longe do que seria o aluguel reajustado nesse ano, que, na pior hipótese, e ainda por falta de nova iniciativa do INPS, seria na base do que pela ação de despejo indicara para o ano de 1973, isto é, Cr\$ 154,97 mensais.

Eis porque, e com a vênua devinda ao seu ilustre prolator, a sentença deveria ter concluído pela improcedência da ação consignatória, não pelas desculpadas falhas dos atrasos nos depósitos, mas pela indesculpável insuficiência deles, quando dois meses de Cr\$ 1,30 passaram a valer Cr\$ 2,54, pela improcedência da ação consignatória, dizíamos, mesmo em relação aos depósitos até o mês de novembro de 1973, feitos na inciência do valor reajustado.

Daí por diante, todos os depósitos, e não apenas alguns, se tornaram legal e processualmente insuficientes, pelo que, nessa parte, mais se acentua a improcedência da ação consignatória.

E, assim improcedente a consignatória, inelutável é a consequência de julgar-se procedente a ação de despejo.

Assim, em conclusão final: a) confirmo a doutra sentença na parte em que julgou sem objeto a ação de imissão de posse (embora propendesse eu pela solução processual de julgar carecedor dela o INPS); b) dou provimento parcial à apelação do INPS para julgar improcedente a ação de consignação e, em consequência, procedente a ação de despejo.»

Como visto, ao invés de requerer a purgação da mora, no processo de

despejo, preferiu o Autor discutir o débito, contestando a demanda, com tal finalidade, circunstância que afasta, sem dúvida, o amparo da norma em que se arrima, para pedir a rescisão do decisório. O réu ilustra sua defesa, no particular, com lições doutrinárias de perfeita adequação à hipótese, valendo repetir, após conferência, por oportunas, as de Roberto Barcelos de Magalhães e Luiz Antônio de Andrade e Marques Filho, respectivamente, verbis:

«A contestação e a purgação da mora constituem atos dentre os quais deve o réu optar, já que não podem coexistir — *electa una via datur regressus ad alterum*».

«Contestada simplesmente a ação, segue esta o rito ordinário, não cabendo qualquer espécie de depósito por parte do locatário contestante.» (v. «A Nova Lei do Inquilinato Comentada», pág. 159).

«Proposta a ação de despejo pelo locador, por falta de pagamento do aluguel, poderá o locatário ou contestar a ação, negando que esteja em mora, ou pedir a purgação desta. Se adotar esta última atitude, reconhece, implicitamente, ser o faltoso. Assim não é lícito fazer um depósito *ad cautelam*, ou purgação condicional, a fim de discutir, com o prosseguimento da ação, a existência ou não de mora. Se há divergência sobre o quantum do débito alegado pelo senhorio, cabe ao inquilino a faculdade de, após purgada a mora e extinta a ação de despejo, por ação própria, pedir a repetição do indébito. Deve o locatário, quando do pedido da purgação, fazer, para mostrar, a ressalva ao seu direito» (v. «Locação Predial Urbana», pág. 322).»

Assim, no mínimo, o que se pretende é discutir matéria fática examinada no juízo apelatório, através da rescisória, o que não é possível.

Inocorrendo o apontado erro de facto, bem assim a infringência de texto expresso de lei, descabe renovar o debate sobre assunto já sepultado com a decisão rescindenda.

Ante o exposto, julgo a ação improcedente, condenando o autor nas custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, determinando a reversão do depósito em favor do réu art. 949, do CPC).

#### EXTRATO DA MINUTA

AR 653-RJ. Rel.: Sr. Ministro William Patterson. Autor: Nilo Romero.

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

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 25-2-82 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva, José Cândido, Aldir Passarinho, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e Otto Rocha votaram de acordo com o Relator. Não tomaram parte no julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### AÇÃO RESCISÓRIA Nº 740 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Autor: João Baptista Rodrigues

Ré: União Federal

#### EMENTA

Administrativo. Dupla Aposentadoria. Ferroviário extranumerário da E. F. Central do Brasil. Rescisória.

A interpretação controvertida de texto legal não enseja a rescisória. (Súmula nº 343-STF). Tratando-se de situação que foi objeto de decisões divergentes, somente pacificando o entendimento com a Súmula nº 8-TFR, através da uniformização jurisprudencial, descabe rescindir acórdão que discutiu a matéria sob o aspecto, inclusive debatendo a situação funcional do Autor que, para a maioria, não oferecia condições para o amparo da legislação.

Ação improcedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente a ação nos ter-

mos do voto do Sr. Min. Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: João Baptista Rodrigues propõe a presente ação contra a União Federal, objetivando rescindir acórdão deste Colendo Plenário, pertinente aos Embargos na Apelação Cível nº 32.355-RJ, que lhe negou o direito à dupla aposentadoria.

Indica como violada a disposição contida no art. 16, da Lei nº 1.163, de 22-7-50, que garantiu o vínculo com a Administração Direta dos admitidos antes do Decreto-Lei nº 3.306, de 1941, mesmo na qualidade de extranumerário. Diz que foi admitido em 10-6-40 na antiga E.F. Central do Brasil, circunstância que lhe garante o status de funcionário público da administração direta. Critica o acórdão rescindendo que aceitou o argumento da Ré sobre a quebra do vínculo. Finaliza, acrescentando que sua situação se enquadra no elenco legislativo que autoriza o direito à dupla aposentadoria.

Contestando, a União Federal invoca a Súmula nº 343 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, para afirmar que a matéria não comporta reexame pela via escolhida (fls. 69/70).

Instadas as partes a produzirem provas, o autor, em petição de fl. 72, salienta que a Súmula nº 8 desta Egrégia Corte solucionou, em definitivo, a questão.

Alegações finais às fls. 75/76 e 78, respectivamente.

Ê o relatório, dispensada a revisão, nos termos do art. 33, item IX, do Regimento Interno.

### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: pretende-se, como visto, rescindir acórdão deste Egrégio Plenário que, por maioria, rejeitou os Embargos Infringentes opostos na Apelação Cível nº 32.335 — RJ, de cuja ementa se lê:

Dupla aposentadoria. Aposentadoria pelo Tesouro Nacional.

Se resulta dos autos que o ferroviário que serviu na ferrovia como funcionário da Administração Centralizada, na condição de cedido foi admitido nos quadros da autarquia (a antiga Estrada de Ferro Central do Brasil) não tem ele direito à aposentadoria pelo Tesouro Nacional, posto que perdeu aquela qualidade de funcionário da Administração Direta.

Nos debates acerca da situação do então Embargante, bem assim do direito aplicável à espécie, resultou claro que esta Corte, na oportunidade, ainda não houvera pacificado o entendimento sobre se a dupla aposentadoria da Lei nº 2.752, de 1956, alcançava os extranumerários admitidos antes da autarquização da E.F. Central do Brasil, matéria hoje superada com o enunciado da Súmula nº 8-TFR. Também questionada foi a condição funcional do Suplicante, já que entendiam alguns ter havido modificação de status.

O voto vencido, da lavra do eminente Ministro Jarbas Nobre, Relator, que recebeu a adesão dos Srs. Ministros Paulo Tavóra, Otto Rocha, Amarílio Benjamin e Márcio Ribeiro, foi proferido nestes termos:

O autor ora embargante foi nomeado Servente da EFCB, em 10-6-40.

Nessa condição, prestou serviços nesse ano, sem solução de continuidade, em 1941 e 1942.

Em 1943, foi elevado à categoria de Auxiliar de Contabilidade.

Esclarece o documento de fl. 39 que a admissão ocorrida em 1-1-43, já em período autárquico, não alterou a situação funcional do servidor, que permaneceu no Quadro de extranumerário da Administração Direta, por força de ter ingressado na Estrada em 1940, anteriormente à publicação do Decreto-Lei nº 3.306, de 24 de maio de 1941.

Diz mais que, na ocasião, era normal a expedição de atos de admissão para a efetivação de alterações de categorias de extranumerários.

O ora embargante era servidor público do Ministério dos Transportes, cedido à Ferrovia.

Isto, antes da autarquização da Estrada.

Seu direito como servidor da União ficou resguardado pela Lei nº 3.115/57, art. 15, quando dispôs que os servidores em tal situação seriam, no Ministério dos Transportes, incluídos em Quadros e Tabelas Suplementares.

Aqueles servidores anteriormente à Lei nº 2.543/55, nessa condição permaneceram e foram considerados cedidos.

O autor, ora embargante, foi admitido antes da autarquização da Estrada de Ferro Central do Brasil.

Ao ser criada a Rede Ferroviária Federal, não perdeu essa qualidade. Conservou-a na condição de cedido.

Assim, porque não ocorreu aqui a hipótese prevista na Lei nº 2.752/56, artigo 1º, isto é, não perdeu a condição de servidor da União ao ser instalado o regime autárquico, merece ver deferido o que pede.

Recebo os embargos.

Dessa orientação discordou o ilustre Ministro Jorge Lafayette Guimarães, Revisor, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, Oscar Corrêa Pina, Armando Rollemberg, Décio Miranda e José Néri da Silveira, em voto assim prolatado:

O autor, ora embargante, era extranumerário da União Federal, servindo na Estrada de Ferro Central do Brasil, quando foi criada a autarquia, pelo Decreto-Lei nº 3.306, de 1941.

Não tinha, em consequência, direito a ser ressalvado ou assegurado, pois não gozava de estabilidade, e podia ser livremente dispensado, segundo a legislação da época.

Ainda mais, como extranumerário não gozava, também, de aposentadoria, e o benefício da dupla aposentadoria pressupõe direito à aposentadoria pelo Tesouro Nacional, que é conservado, ao lado da aposentadoria previdenciária, adquirida com a autarquização da Estrada.

É o que bem demonstrou o voto vencedor do eminente Ministro Néri da Silveira (fls. 78/80), já lido no relatório, e que adoto.

Acresce que, sendo à época servente, passou, já na autarquia, a auxiliar de contabilidade, como ressaltou o voto do Ministro Aldir Passarinho (fl. 82), igualmente já lido, mudando assim de categoria, pelo que, se algum direito tivesse, por força da função antes exercida como servidor da administração direta, não mais subsistiria, diante da nova qualidade adquirida, incidindo a Súmula nº 371, do S.T.F.

Por outro lado, se foi o autor beneficiado pelo art. 23, do A.D.C.T., de 1946, o foi na qualidade de servidor autárquico.

Reporto-me, outrossim, aos votos que tenho proferido, e em especial aos meus pronunciamentos no Recurso de Revista nº 1.504, nos Embargos na Apelação Cível nº 30.602 e Apelação Cível nº 43.327, no sentido de pressupor a dupla aposentadoria a autarquização de quem já possuía direito à aposentadoria pelo Tesouro Nacional, não sendo esta a situação do autor, que não era «funcionário», mas extranumerário da administração direta, bem como nos Embargos na Apelação Cível nº 28.311, na Apelação Cível nº 28.319 e no Agravo em Mandado de Segurança nº 73.081, quando sustentei que sendo aceita pelo servidor nomeação para cargo diverso, após a autarquização, não há direito à dupla aposentadoria, com a concessão deste benefício pelo Tesouro Nacional.

Além disso, em voto no Mandado de Segurança nº 75.733, acentuei ser irrelevante o fato de figurar o servidor no extinto Quadro II, do Ministério dos Transportes, que abrange não só antigos servidores da administração direta, como também servidores autárquicos, em consequência da extinção da autarquia, Estrada de Ferro Central do Brasil, todos cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, nos termos da Lei nº 3.115, de 1957.

Nessas condições, estando de acordo com os votos vencedores, dos eminentes Ministros Néri da Silveira e Aldir Guimarães Passarinho, proferidos no julgamento da apelação, cuja leitura foi feita no relatório, rejeito os embargos, para confirmar o acórdão que julgou improcedente a ação.

O Senhor Ministro Aldir Passarinho fez, ainda, as seguintes considerações:

«Sr. Presidente, confirmo o voto que proferi na Turma. No caso,

verifica-se que houve admissão do postulante na Autarquia, com mudança, inclusive de sua categoria funcional. Data venia, a admitir-se a tese do demandante, ter-se-ia não poder ele, por ser antes servidor, mudar de condição funcional. Era servidor público antes e teria que permanecer assim. Ele não poderia nunca ingressar no quadro da Autarquia. Na verdade, houve uma admissão na Autarquia, inclusive mudando ele de categoria funcional. Não se poderia, sequer, considerar que tivesse, portanto, havido apenas uma reclassificação. Esses são os fundamentos em que quero insistir na oportunidade.

Rejeito os embargos.»

Dois aspectos estão a merecer exame, ou sejam, o direito em tese, dos extranumerários da E.F. Central do Brasil à dupla aposentadoria e a situação funcional do servidor no quadro daquele órgão.

Na verdade, a Súmula nº 8-TFR já consagrou a possibilidade de o extranumerário da E.F. Central do Brasil obter a dupla aposentadoria, quando admitido antes da autarquização e nesta condição a ela cedido pela União Federal,

Não me parece, contudo, que a sumulação de um direito possa repercutir em reivindicação através de ação rescisória, por isso que, exceção feita às súmulas de convergência, vale dizer, que reflitam a orientação uniforme do Tribunal, as demais resultam apenas, de um entendimento predominante. Na espécie, é fora de dúvida que a matéria, de início, dividia as opiniões, ensejando decisões contraditórias. A própria votação relativa aos Embargos que se pretende rescindir demonstra que o assunto era polêmico.

Situações dessa natureza não permitem que reabra a discussão pela

via da rescisória, consoante se extrai do enunciado da Súmula nº 343, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, verbis:

«Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.»

E que a aplicação da legislação invocada aos extranumerários foi amplamente discutida, decorrendo interpretações divergentes, é fato notório. A própria Súmula nº 8 decorreu de incidente de uniformização, o que prova ter havido decisões contraditórias a respeito do assunto.

Mas, ainda que possível fosse admitir a pretensão, com base no direito, agora sumulado, ad argumentandum, a situação funcional do autor apresenta lances sujeitos ao exame de matéria probatória, incompatíveis, também, com a concepção jurídica da ação rescisória. Demais disso, como se viu pelos debates referenciados, na ocasião do julgamento dos embargos, houve flagrante divergência a respeito da continuidade dos serviços, no que se refere ao regime jurídico, concebendo mais que as alterações não tiveram influência na carreira do funcionário, enquanto outros achavam que o Autor foi admitido na Autarquia, ao mudar de categoria, porquanto as alterações funcionais não decorriam de classificação ou sistema promocional.

Advirta-se, ainda, que em recente julgamento neste Plenário, hipótese idêntica foi submetida a exame, em Mandado de Segurança, persistindo os debates e as oposições quanto à regularidade de aproveitamento dessa natureza.

Evidentemente, não será por meio da rescisória que se haverá de analisar a questão, amplamente discutida no julgamento dos embargos.

Inocorre, in casu, a alegada violação literal de disposição legislativa, fundamento da ação (art. 485, V, do CPC), porquanto se cuida de interpretação dada a texto legal, pelo aresto pertinente aos embargos que ora se quer rescindir.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenando o autor nas custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa, determinando a reversão do depósito em favor da União Federal (art. 494, do CPC).

#### EXTRATO DA MINUTA

AR nº 740 — RJ — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Autor: João Baptista Rodrigues. Ré: União Federal.

Decisão: O Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgou improcedente a ação nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 18-11-80 — Plenário).

Os Srs. Mins. Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha e Wilson Gonçalves votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Hermillo Galant, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Aldir G. Passarinho e Gueiros Leite. Ainda, não participou do julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Min. Justino Ribeiro.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 39.104 — SP

Relator: O Exm.º Sr. Ministro Lauro Leitão.

Agravante: Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo.

Agravado: Benedito das Chagas Pinto.

## EMENTA

Agravo de Instrumento. Ação de Desapropriação.

Imissão provisória na posse do imóvel expropriando. Posterior citação de pessoa que seria o atual proprietário daquele bem, sem que tivesse sido feita tal prova, mediante exibição da respectiva escritura.

Anulação do processo ab initio , pelo MM. Dr. Juiz Federal. Todavia, a imissão provisória na posse, em tal caso, não pressupõe, necessariamente, a citação válida.

Agravo conhecido e provido para, modificando-se a r. decisão agravada, manter a expropriante na posse provisória do imóvel em causa e determinar-se, outrossim, que seja citado o expropriado indicado na inicial, bem como renovada a citação do pretenso comprador do imóvel objeto da expropriação, prosseguindo-se como de direito.

## ACORDÃO

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 agravo na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas ex lege.

Brasília, 26 de abril de 1978. — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Lauro Leitão, Relator.

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: O Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo, nos autos da Ação de Desapropriação que move contra Benedito das Chagas Pinto, residente e domiciliado no Município de Natividade da Serra, não se conformando com a r. decisão que anulou o processo ab initio, fls. 65, dele agravou de instrumento para este Egrégio Tribunal, com fundamento no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro.

Naquela ação, o MM. Juiz Federal, inicialmente, proferiu o seguinte despacho:

«Feito o depósito prévio da importância ofertada na CEF, mediante guias, imita-se o expropriante na posse provisória do imóvel por mandado. Nomeio perito Dr. Antônio Carlos da Gama e Silva. Aprovo a indicação do assistente técnico, o engenheiro Dr. Miguel Carlos Fontoura da Silva Kozma. Cite-se o expropriado. Intime-se a Procuradoria da República, SP 27-8-74 — José Américo de Souza.»

Foi, assim, o expropriante imitido na posse provisória do imóvel, conforme auto lavrado em 13-9-1974.

Todavia, o Oficial de Justiça não citou o expropriado designado na petição inicial, mas sim o Sr. José Roberto Cirino que seria o verdadeiro proprietário da gleba exproprianda, conforme certidão de fls. 25, o qual, embora assim citado, aceitando o contra-fé, negou-se a exarar seu ciente no mandado.

Posteriormente, a expropriante acostou aos autos a petição de fls., tecendo consideração em torno da citação do expropriado.

O MM. Juiz Federal, face às dúvidas surgidas em relação ao proprietário do imóvel expropriado, proferiu decisão anulando o processo ab initio.

O Departamento expropriante, porém, requereu ao MM. Dr. Juiz a reconsideração da decisão anulatória do processo, alegando:

I — que a citação não padece de vício, pois que foi feita obedecidas as formalidades legais;

II — tanto é assim que o Decreto-Lei nº 3.365-1941 prescreve em seu art. 16 que a citação se fará por mandado na pessoa do proprietário dos bens;

III — como esclarece a certidão do Sr. Oficial de Justiça de fls. 25,

o Sr. Benedito das Chagas Pinto (contra quem foi proposta a ação) vendeu o imóvel para o Sr. José Roberto Cirino, sendo então este regularmente citado.

Assim, requereu ao Juiz fosse saneado o feito, proseguindo-se como de direito.

O MM. Dr. Juiz manteve a decisão agravada (fls. 30).

O expropriante, inconformado com a decisão, dela agravou de instrumento, pedindo que, se o MM. Juiz não a reconsiderasse, fosse recebido o recurso, para que, processado, fosse encaminhado ao T.F.R.

Formado o instrumento, mandou o MM. Juiz que se manifestasse o agravado, Benedito das Chagas Pinto, nos termos do art. 524 do C.P.C.

Em seguida, proferiu novo despacho:

«Manifeste-se o agravado nos termos do art. 526 do CPC».

Mantida a decisão agravada, subiram os autos.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina nestes termos:

«1 — O Departamento de Águas e Energia, Autarquia Estadual, em convênio com a Eletrobrás, utilizando recursos da Reserva Global de Reversão mencionada na Lei nº 5.655-71, promoveu ação expropriatória contra quem entendia ser o proprietário do imóvel declarado de utilidade pública.

2 — Ao ser concretizada a imissão de posse, o Oficial de Justiça citou José Roberto Cirino, deixando de fazê-lo na pessoa do expropriado Roberto das Chagas Pinto — por este ter vendido àquele o imóvel expropriado.

3 — Conclusos, porém, os autos ao Dr. Juiz, despacha-os decretando a nulidade ab initio do processo.

4 — Inconformada, recorre a expropriante.

5 — A natureza do feito, seu escopo específico e o princípio de economia processual levam-nos ao parecer de que merece ser provido o presente agravo.

6 — Porém, em parte, para que, mantida a imissão de posse, seja citado o expropriado indicado na inicial, além de ser ratificada (e até mesmo renovada) a citação do pseudo comprador.

7 — É que a certidão de fls. 25 informa da venda, entretanto, não se tem notícia da sua forma e condições.

8 — Ora, pergunta-se: houve escritura? Está registrada?

9 — Ante o exposto, confia a Subprocuradoria-Geral da República seja provido o agravo.

Brasília, 2 de junho de 1977 — José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, Procurador da República.

Aprovo. Geraldo Andrade Fonteles, 5º Subprocurador-Geral da República».

É o relatório.

#### VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: O Departamento de Águas e Energia Elétrica, Entidade Autárquica Estadual, sediada na Capital de São Paulo, propôs ação de desapropriação contra Benedito das Chagas Pinto, residente e domiciliado no Município de Natividade da Serra, alegando, em síntese:

«Por força do Decreto Federal nº 69.678, de 3-12-1971, publicado no Diário Oficial da União, de 6-12-1971, retificado no mesmo órgão de imprensa, em 8-12-1971, foram declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, diversas áreas de terras destinadas à bacia de acumulação necessárias à exe-

cução das obras relativas à primeira etapa de regularização do rio Paraíba, naquele Estado, inclusive a que consta pertencer ao expropriado em apreço, ficando autorizado o Departamento de Águas e Energia Elétrica a promover as desapropriações, cuja declaração de urgência atribuiu-se ao Governo do Estado de São Paulo e, ao mesmo tempo, efetuar o pagamento das respectivas indenizações, utilizando, para tanto, recursos, provenientes da Reserva Global de Reversão, referidos no artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a serem fornecidas pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás, conforme Termo de Convênio (doc. anexo).

II — Através do Decreto Estadual nº 2.808, de 13 de novembro de 1973, foi declarada de natureza urgente a desapropriação das áreas abrangidas pelo citado diploma legal, entre as quais se inclui o imóvel, objeto da presente expropriação, cujas características constam da planta que anexou.

III — Por isso, com fundamento no artigo 15, § 1º, alínea c, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-1941, requer a imissão provisória na posse do bem expropriando, independentemente de citação do expropriado, mediante o depósito da importância de Cr\$ 1.933,00, correspondente ao seu valor venal;

Requeru, ainda, que, após a imissão regular na posse, fosse citado o expropriado, para que declare se aceita o preço oferecido ou apresente contestação no prazo legal, prosseguindo-se como de direito».

Assim efetivado o depósito da oferta inicial, pela Guia de Depósito nº 60-74, de 30-8-74, foi o expropriante, em 13-11-1974, imitado na posse provisória do bem expropriando, sendo que a citação, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça, foi feita na

pessoa do Sr. José Roberto Cirino que seria o atual proprietário do referido imóvel.

Ao se manifestar sobre a certidão de citação, o expropriante, por petição, fez ver ao MM. Dr. Juiz que, não obstante da inicial constar como expropriado o Sr. Benedito das Chagas Pinto, deveria passar a figurar no pólo negativo da lide, tendo em vista a fé pública que merece a certidão lançada pelo Sr. Oficial de Justiça, o citado como atual proprietário do bem expropriando, ou seja, o Sr. José Roberto Cirino que, apesar de não ter apresentado resposta no prazo legal, poderia, como pode, nos termos do art. 322 do CPC, intervir no processo no momento em que lhe aprouver.

O expropriante foi intimado a falar sobre a certidão lançada pelo Oficial de Justiça.

Posteriormente, o MM. Dr. Juiz Federal anulou o processo ab initio. Malgrado o pedido de reconsideração do despacho, o expropriante, então, agravou de instrumento daquela decisão. Formando o instrumento, vieram os autos.

Como muito bem pondera a douta Subprocuradoria-Geral da República

em seu lúcido parecer, «a natureza do feito, seu escopo específico e o princípio da economia processual» recomendam o provimento do presente agravo para que, mantida a imissão na posse, seja citado o expropriado indicado na inicial, além de ser ratificada ou renvoada a citação do pseudo comprador.

Muito embora a certidão de fls. 25 diga que houve venda do imóvel expropriando, não se juntou a respectiva escritura, se é que existe.

De outra parte, convém frisar, a imissão provisória de posse, em casos como o de que cuidam estes autos, não pressupõe, necessariamente, a citação válida.

Em face do exposto, conheço do agravo e lhe dou provimento para, modificando a r. decisão agravada, manter a expropriante na posse provisória do imóvel em causa e determinar, outrossim, que seja citado o expropriado indicado na inicial, e renovada a citação do pretense comprador do imóvel expropriando, prosseguindo-se após, como de direito.

É o meu voto.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 39.268 — PR

Relator: O Exmº Sr. Ministro Lauro Leitão.

Agravante: Caixa Econômica Federal.

Agravado: Paulo Rodrigues de Paiva.

### EMENTA

Processo de execução perante o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Maringá, Paraná. Penhora de imóvel que constitui garantia hipotecária da Caixa Econômica Federal.

Embargos de terceiro e exceção de incompetência de Juízo oferecidos pela referida Empresa Pública.

O Dr. Juiz de Direito declinou de sua competência e remeteu os autos à Justiça Federal. Entretanto,

to, o Dr. Juiz Federal, entendendo haver insolvência presumida do Devedor (artigo 99, § único, I, do CPC), devolveu os autos do Juízo da insolvência.

Agravo de Instrumento interposto pela CEF. Inexistência de insolvência real ou presumida. Aplicação do artigo 125, I, da Constituição Federal.

Provimento do agravo, para que o feito prossiga perante o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, da Seção Judiciária do Paraná.

### ACÓRDÃO

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 agravo para determinar que o processamento do julgamento se faça perante o Juiz Federal, nã forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas ex lege.

Brasília, 26 de abril de 1978.

Por motivo de licença, deixa o presente acórdão de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente — Ministro Aldir Guimarães Passarinho, Presidente — Ministro Lauro Leitão, Relator.

### RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: Paulo Rodrigues de Paula propôs processo executivo perante o MM. Juiz de Direito da Comarca de Maringá, no Estado do Paraná, contra Domingos Gonçalves de Paula.

Houve penhora de bem do executado.

A Caixa Econômica Federal, tendo tido conhecimento daquela penhora que recaiu sobre imóvel anteriormente por ela financiado ao executado, mediante empréstimo hipotecário (em 14-2-74), agravou da r. decisão proferida nos autos nº 3.504/77, em que eram discutidos os embargos de terceiros e execução de incompe-

tência por ela mesma argüida. (fls. 7/11).

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná, em sua r. decisão de fls. 24 (xerox), declinou de sua competência, determinando a remessa dos autos ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Maringá para julgamento, como de direito.

Entende a agravante, todavia, ser competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara, porque a Caixa Econômica Federal é Empresa Pública, constituída nos termos do Decreto-Lei nº 759, de 12-8-69 e Decreto nº 66.303, de 6-3-70, desfrutando de «foro privativo».

O agravado apresentou impugnação com as razões de fls. 20/22, pedindo seja negado provimento ao agravo,

Pelo r. despacho de fls. 25 verso, manteve o MM. Juiz Federal a decisão agravada e determinou a subida dos autos a este Egrégio Tribunal.

Aqui, manifestou-se a d. Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso da Caixa Econômica Federal,

É o relatório.

### VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão: Caixa Econômica Federal, tendo sido intimada da decisão proferida nos autos 3.507/77 de Embargos de Terceiro e de Exceção de Incompetência, na qual dirigiu sua pretensão contra Paulo Rodrigues de

Paiva, não se conformando com a referida decisão, dela agravou de Instrumento para este Egrégio Tribunal, com fundamento no artigo 522 e seguintes do CPC.

É que no Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Maringá, Norte do Estado do Paraná, Paulo Rodrigues de Paiva ingressou com processo de execução contra Domingos Gonçalves de Paula, mutuário da Caixa Econômica Federal.

A penhora incidiu sobre o imóvel hipotecado à referida Empresa Pública, ora agravante.

Assim, para defender seu direito, a referida Empresa, com fundamento no art. 1.047, inciso II, do CPC, opôs Embargos de Terceiro e excepcionou o foro, alegando que, sendo Empresa Pública Federal, desfruta de isenções fiscais (Lei Complementar nº 6/1970) e do foro privativo, nos termos do artigo 125, inciso I, da Constituição Federal.

O MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Maringá, acolhendo o pedido, declinou de sua competência, remetendo os Autos à Justiça Federal, tendo sido distribuído à 2ª Vara.

Todavia, o MM. Magistrado Federal entendeu ser competente o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Maringá, por isso que, havendo insolvência presumida de devedor comum, aplica-se ao caso a exceção do art. 99, § único, inciso I, do CPC.

Daí, ter a Caixa Econômica Federal Agravado de Instrumento desta última decisão.

Ora, a Caixa Econômica Federal é Instituição Financeira, sob a forma de Empresa Pública, constituída nos termos do Decreto-Lei nº 759, de 12-8-1969 e Decreto nº 66.303, de 6-3-1970. Como tal, desfruta de foro privativo.

Não assiste razão, destarte, ao Dr. Juiz Federal, quando sustenta estar

caracterizada, no caso, a insolvência presumida.

O processo de declaração judicial de insolvência tem rito próprio e só depois de proferida a respectiva decisão é que ocorre a vis atrativa e se instaura o juízo universal, a teor do art. 762 do Código de Processo Civil.

Assim, não ocorre na espécie sub judice, a exceção prevista no artigo 99, § único, inciso I, do CPC.

Por outro lado, como frisa a agravante, não se trata de insolvência, nem real, nem presumida. Existem Embargos de Terceiro opostos pela Caixa Econômica Federal, ora agravante, contra credor que se apresenta como concorrente, para excluir da constrição judicial bem que lhe está hipotecado e que foi penhorado, a pedido de outrem.

Quanto à incompetência do Juízo de Maringá para apreciar os Embargos de Terceiro, e mesmo todo o feito, tratando-se de incompetência absoluta, poderia ser argüida independentemente de exceção, na forma do art. 113, do CPC.

A embargante, Empresa Pública Federal, assim, como autora, ré, assistente ou oponente, deve demandar ou ser demandada perante a Justiça Federal, nos termos do art. 125, da Constituição Federal.

Aliás, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, frisa que aqui é uma ação executiva entre partes, na qual surge a Caixa Econômica Federal com Embargos de Terceiros, e não se cuida, de maneira alguma, de processo de insolvência, por inexistência de insolvência real ou presumida, motivo por que se aplica o preceito constitucional.

Em face do exposto, conheço do Agravo de Instrumento e lhe dou

provimento para, reformando a r. decisão agravada, determinar que o processo prossiga perante o Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Paraná até final, como de direito. E o meu voto.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.381 — SP

Relator: Exmº Sr. Ministro Justino Ribeiro

Agravante: União Federal

Agravadas: Prefeitura Municipal de Araraquara — Regina Fabro Aufiero

#### EMENTA

Tributário e processual. Preferência do crédito tributário da União. Pleito de má-fé.

1) Ressalvados os de natureza trabalhista, o crédito tributário da União prefere a quaisquer outros (arts. 186 e 187 do CTN), bastando, para aplicação do art. 709, II, do CPC, seu conhecimento inequívoco pelo juízo, independente de manifestação formal de preferência.

2) Reputa-se litigante de má-fé o exeqüente que, não obstante certificada no termo de penhora a existência de penhora anterior por crédito fiscal da União, pleiteia o levantamento de depósito, sem observância do citado art. 709.

#### ACORDÃO

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

Brasília, 7 de novembro de 1979.  
(data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Adoto como relatório o da própria minuta de agravo, em que o ilustre representante da União historia muito bem a questão, nestes termos:

«1. A 26 de dezembro de 1974, a Fazenda Nacional ajuizou execução fiscal contra José Maria Ferreira Dias. Naqueles autos efetuou-se a penhora que recaiu sobre o lote de terreno nº 1 da quadra 9 do Jardim Universal, desta cidade, indicado pelo próprio executado, no dia 17 de janeiro de 1976.

2. Em 18 de março de 1976, Regina Fabro Aufiero ajuizou ação de cobrança que, julgada procedente, redundou na penhora daquele mesmo imóvel, indicado pelo mesmo executado no dia 13 de julho de 1976, de cujo auto o oficial de justiça fez constar o fato mencionado no item 1, anterior, ou seja, que o terreno já havia sido penhorado na execução provida pela Fazenda Nacional contra José Maria Ferreira Dias.

3. Dia 31 de outubro de 1977, o Município de Araraquara protestou

por preferência, nos autos da execução referida no item 1, a pretexto de que executava dívida de Awad Barcha, em cujo nome, embora prometido à venda a José Maria Ferreira Dias, ainda se encontrava registrado o imóvel. No mesmo dia 31 de outubro de 1977, o Município protestou por preferência na execução movida por Regina Fabro Aufiero, que foi aceita pelo MM. Juiz a quo em despacho proferido no dia 28 de junho de 1978, após a arrematação realizada em 14 de fevereiro de 1978.

4. A 20 de outubro protocolou-se petição da Fazenda Nacional, em que, historiados os fatos, pedia-se a reconstituição do numerário da arrematação, indeferida pelo MM. Juiz a quo porque a Fazenda da União não protestara por preferência, além de que o saldo da arrematação já fora entregue à Fazenda do Município». (fls. 3).

2. A agravante invoca a preferência absoluta de seu crédito (arts. 186 e 187 do CTN) e alega que, por constar da penhora feita na execução movida por Regina Fabro Aufiero a penhora anterior em favor da agravante e que o executado não dispunha de outros bens, impunha-se a declaração de insolvência, conforme art. 750, I, do CPC. Ressalta, outrossim, o não cumprimento do disposto no art. 709, II, do mesmo Código que só permite o levantamento do dinheiro se não houver sobre o bem alienado qualquer outro privilégio ou preferência. Acrescenta que nesta falta incorreu o próprio Juiz que não podia ignorar a penhora anterior e a preferência da Fazenda Federal.

3. O Município de Araraquara respondeu a fls. 22/24. Alega que não houve oportuna manifestação de preferência por parte da União e que

não lhe cabe nenhuma culpa pelo fato de o rateio do numerário haver sido feito na execução de D. Regina Fabro Aufiero e não na da Fazenda Federal. D. Regina Fabro não respondeu.

4. O Dr. Juiz sustentou a decisão agravada como segue:

«Até o momento da entrega do numerário ao Município, absolutamente não o havia reclamado a agravante nos autos em que se procedeu a arrematação. Ora, é conhecida a vetusta parêmia, segundo a qual *dormientibus non succurrit jus*. Não estava o procurador do Município obrigado a zelar pelos interesses materiais da União, nem lhe cabia interferir na atuação processual desta. Regular foi a arrematação, como também o foi a entrega do produto obtido. Não há o que devolver. Assim quer a Justiça amparada no mínimo pela regra analógica da segunda alínea do § 1º do art. 24 do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Por isso mantenho a decisão agravada». (fls. 47).

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento (fls. 50).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Iniciada quatro (4) meses depois, a execução promovida por D. Regina Fabro Aufiero andou, todavia, mais rápido do que a da União Federal, levando à praça os únicos bens do executado comum (fls. 12).

Do auto de penhora constava, entretanto, e com toda a clareza (fls. 8), não só a anterior penhora em favor do executivo da Fazenda Federal mas também a inexistência de outros bens.

Ora, a preferência do crédito fiscal da União é absoluta e de lei (arts. 186 e 187 do CTN). Bastava, portanto, o conhecimento dele, independente mesmo de anterior penhora, para que ao Juiz se vedasse, nos estritos termos do art. 709, II, do CPC, a entrega do numerário a outrem. Salva a hipótese de crédito trabalhista, que não vem ao caso. Inaplicável, portanto, data vênia, a parêmia latina com que o Dr. Juiz pretende amparar sua decisão.

2. Mas há outros fatos, não ressaltados no agravo, a demonstrar a forma irregular e por certo açodada como se procedeu à praça e à entrega do numerário.

São eles:

a) a penhora de D. Regina Fabro, como a da União, recaiu sobre os Direitos de Compra, por compromisso particular que o executado possuía sobre o terreno (fls. 8) e, no entanto, procedeu-se à praça do próprio terreno (fls. 12);

b) o Município de Araraquara era credor, dito por ele próprio, de Awad Barcha e, não, do executado José Maria Ferreira (fls. 9) e, no entanto, veio com «preferência» tão prontamente atendida, sem mesmo provar que na execução que dizia haver promovido contra aquele, houvesse feito penhora do imóvel que ainda estaria em seu nome..

3. O tumulto do processo, com a completa nulidade da praça e da entrega do numerário, parte do Município e parte a D. Regina, resulta,

assim, patente, não só porque a penhora não compreendia o domínio, que com base nela não podia ser alienado, mas, sobretudo, porque o Município não era credor do executado, além de que a preferência legal da União constava da penhora.

4. Concluo, em face do exposto, que as agravadas incorreram na sanção do art. 16, combinado com o art. 17, item I, do CPC, eis que não podiam razoavelmente desconhecer a precedência do crédito da União. A presunção do art. 17 independe do dolo. Basta o erro inescusável (Pontes de Miranda: «Comentários ao Código de Processo Civil», I-402). Estão, destarte, na obrigação de restituir o que receberam, nos limites do crédito da União. E, para a condenação do litigante assim responsabilizado por perdas e danos, prescindese de ação autônoma. Os arts. 16 e 18 do CPC autorizam o juiz a exarar a condenação no mesmo processo (Hélio Tornaghi: «Comentários ao Código de Processo Civil», 2ª ed., I-150 e segs.).

5. Pelo exposto, dou provimento ao agravo, para o fim de declarar sem efeito a entrega e liberação do dinheiro arrecadado, inclusive o aplicado em custas e despesas processuais, condenadas as agravadas a restabelecer o depósito para observância da preferência da União ou, não sendo isto possível, a indenizá-la dos prejuízos, bem como pagar-lhe os juros de mora e correção monetária. Responderão ainda as sucumbentes pelas custas acrescidas e pelos honorários de 10%, pro rata.

#### EXTRATO DA ATA

Ag-40.381-SP — Rel.: Sr. Min. Justino Ribeiro. Agte.: União Federal. Agda.: Prefeitura Municipal de Araraquara e Regina Fabro Aufiero.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 7 de novembro de 1979 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Moacir Catunda votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.533 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Agravante: Instituto Nacional de Propriedade Industrial

Agravada: INFIBRA Cimento Amianto S/A

#### EMENTA

Agravo de instrumento. Problema de competência em ação ordinária contra o INPI. Aplicá-se à espécie o critério territorial, aliado ao domicílio do ente jurídico (arts. 35, IV, Cód. Civil; e 100, IV, a, do CPC), correspondente à sede ou mesmo ao local onde exerça, de fato, as suas atividades. O INPI, embora tenha sua sede no DF (Lei nº 5.648/70), funciona na cidade do Rio de Janeiro (AC nº 19.178, DJ de 28-5-74, pág. 3.856; AI nº 38.553/SP, DJ de 1-8-77, pág. 5.156; AI nº 36.069/AL, em 21-6-76). Agravo a que se dá provimento.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao agravo, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 11 de abril de 1980 (data do julgamento) — Ministro Aldir Guimarães Passarinho, Presidente — Ministro Evandro Gueiros Leite, Relator.

#### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Trata-se de agravo de ins-

trumento interposto pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial de decisão proferida pelo Dr. Juiz da 7ª Vara Federal, que declinou da sua competência para o Juízo Federal de Brasília, baseado no art. 1º, da Lei nº 5.648, de 11-12-1970.

O I.N.P.I. sustenta que, embora tenha ele sede e foro no Distrito Federal, mantém todos os seus órgãos em funcionamento no Rio, quando nos outros Estados apenas delegacias sem representação (fls. 3-7).

O processo correu os seus trâmites, normalmente, subindo os autos ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República deu parecer pelo provimento do agravo.

É o relatório.

## VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Aplica-se à hipótese dos autos, como norma de determinação da competência do órgão judicante, o art. 94, do C.P.C., que se refere ao domicílio do réu, parcela do território onde deve ser proposta a ação, desde que cabível no conceito amplo dos direitos ali mencionados.

Observe-se, pois, o critério territorial, aliado ao tipo de ação e ao domicílio da pessoa ou ente jurídico (de direito público, no caso), sendo o domicílio conforme previsto no Código Civil (art. 35, IV) e no Código de Processo Civil (art. 100, IV, a), correspondendo à sede (que a lei prevê) ou mesmo ao local onde exerce, de fato, as suas atividades, isto é, onde funcionam os seus serviços e se situa a sua administração.

Muito embora o I.N.P.I. tenha sede no Distrito Federal (Lei nº 5.648-70), funciona na cidade do Rio de Janeiro, onde mantém os seus diversos órgãos em funcionamento e onde foi praticado o ato impugnado (fls. 36-41).

Sobre o assunto já tem decidido, iterativamente, o Tribunal Federal de Recursos, algumas vezes com a ressalva de possibilidade de aforamento da demanda onde a autarquia ou empresa pública tenha delegacias, mas quando, no local, tenha sido praticado o ato impugnado (A.C. nº 19.178, Ministro Jorge Lafayette, DJ de 28-5-74, pág. 3:856; AI nº 38.553-SP. Ministro Aldir Passarinho, DJ de 1-8-77, pág. 5.165, e AI nº 36.069-AL, Ministro Aldir Guimarães Passarinho, em 21-6-76).

Dou provimento ao agravo.

É o meu voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.880 — SP

Relator Originário: Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Relator Designado para Acórdão: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Agravante: Caixa Econômica Federal

Agravados: Almyr Neubern Basile

## EMENTA

Execução Fiscal — Citação por edital — Ausência de embargos — Curador especial. Não configura revelia a não oposição de embargos à execução pelo devedor solvente citado por edital. Inadmissibilidade, em tal conjuntura, da nomeação de curador especial, com base no art. 9º, II, do CPC. Agravo provido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no

juízo, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1980 (data do julgamento). — **Ministro Carlos Mário Velloso** — Presidente — **Ministro Miguel Jerônimo Ferrante** — Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Romildo Bueno de Souza** — Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal contra a r. decisão de fls. 33 do ilustre Juiz da 9ª Vara Federal de São Paulo que nomeou curador especial a devedor solvente, citado por edital, em processo de execução por quantia certa.

O agravado, intimado nos termos dos artigos 524 e 526 do Código de Processo Civil, deixou de se manifestar.

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo provimento do Agravo (fls. 43-44).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. **Ministro Romildo Bueno de Souza** (Relator). — Sr. Presidente: A matéria é controvertida nesta Casa. Esta Egrégia Turma já entendeu, na conformidade das razões do recurso da Caixa Econômica Federal, que não tem lugar no processo de execução a nomeação de curador de ausentes, uma vez que constitui ônus do executado propor, querendo, a ação de embargos. Os argumentos principais são de que os embargos à execução constituem verdadeira demanda e que o curador não está autorizado por lei a propor tal deman-

da. Depois de bem refletir sobre o tema, lamento não poder subscrever tais razões de decidir. E isto por várias considerações. De fato, no plano puramente doutrinário, é oportuno lembrar que não somente os embargos do devedor constituem demanda. E bem verdade que assim é, mais o argumento prova demais. No processo de conhecimento, ninguém discorda da necessidade de atuação do curador de ausentes, nos casos previstos em lei. No entanto, desde as lições magistrais de Chiovenda, ao aprondar a determinação do conceito de parte no processo civil, tornou-se pacífico que a defesa do réu não constitui direito essencialmente diverso do direito de ação.

Esta respeitada doutrina salientou que parte é quem exerce a demanda, isto é, quem faz pedido. Trata-se de uma conceituação de parte estritamente processual. Em consequência, deixou-se de reconhecer qualquer distinção fundamental ou ontológica entre autor e réu: ambos pedem a prestação jurisdicional, muito embora em sentidos opostos.

Autor é o que pede primeiro. Por isso, deve especificar o pedido, tanto o imediato quanto o mediato. O réu pode ter atuação mais comoda. Basta-lhe pedir sentença desestimatória da demanda do autor. Ambos, no entanto, autor e réu, exercem o mesmo direito: o direito de ação. Portanto, no plano da doutrina, concluímos que tanto exerce ação o executado, ao embargar a execução, quanto o executando que apenas se defende. Seja defendendo-se, simplesmente; seja pedindo uma sentença que desconstitua o título, o executado sempre exerce o direito de ação, porque a defesa não é senão o próprio direito de ação, o que aliás decorre da natureza contraditória do processo. Seria verdadeiramente absurdo, data venia, não somente em

face da doutrina, como dos fundamentos do nosso direito constitucional e de princípios basilares do sistema processual que flui do diploma político fundamental, admitir algum tipo do processo em que o direito de defesa não fosse assegurado. Mas em que consiste esse direito de defesa? No direito de ação. Direito de levar à jurisdição a pretensão da parte, seja como autor, seja com réu.

Por outro ângulo, atentando para o direito brasileiro, o que vemos é que a ação de embargos distingue-se da defesa do executado, tão-somente porque ela é uma ação que se reveste de certa autonomia, que não se encontra na simples defesa do executado. Portanto, estaria de acordo em que realmente o curador à lide não está autorizado, pelo menos não está expressamente autorizado pelos nossos dispositivos legais vigentes a ir ao ponto de propor esta demanda relativamente autônoma. Os que assim entendem têm em prol do seu argumento uma razão de ordem prática que fortalece a proposição, vez que não é de presumir que o curador esteja suficientemente informado a respeito das bases empíricas da demanda de embargos que ele propusesse, a saber, a demanda relativamente autônoma de embargos para destruir o título em que a execução se baseia.

Se assim é em relação à propositura de embargos, isto não quer dizer, contudo, que o executado não possa ter ensejo de se defender no processo de execução.

O entendimento contrário nos remete para muito longe. Supor que o executado é citado somente para pagar ou para embargar, sem nenhuma alternativa, não me parece razoável nem compatível com as normas processuais em vigor.

Assim, feita a avaliação do bem penhorado e apresentado o laudo em juízo, precisaria o executado propor embargos para objetar contra a avaliação? Vejam-se, a propósito, os arts. 683 e 685 do CPC. Não pode o curador de ausentes dispor de elementos suficientes para argumentar que a avaliação do bem discrepa da realidade? E isto, porventura, constitui embargos? Tenho que não, que é mera defesa. Mais ainda: a simples impugnação do cálculo de juros efetuado pelo contador judicial nos autos da execução, acaso é matéria privativa de embargos?

Data venia, não é razoável, penso eu, sequer supor que exista no sistema jurídico brasileiro processo no qual não caiba defesa; que a defesa possa encurralar-se na propositura de outra demanda, unicamente sem mais.

Examinado assim o assunto sumariamente, à luz do direito brasileiro, para não ficar somente na doutrina, permito-me, numa terceira ordem de considerações, apreciá-lo sob o aspecto estritamente prático das exigências da vida,

São muito freqüentes as execuções baseadas em contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, relativos à aquisição do imóvel residencial da família.

A Constituição manda amparar a família. O Legislador tem dado providências neste sentido. O Judiciário também precisa fazer sua parcela, ao aplicar a lei.

Em tais execuções, com muita freqüência o objeto penhorado é a residência da família. Impedir que um curador possa impugnar a avaliação do bem dado em hipoteca e penhorado, e que constitui o teto da família

que a Constituição manda amparar, parece-me verdadeira demasia que não se justifica pelo principio da mera economia processual. O principio da economia, aliás, é principio meramente procedimental, e, portanto, manifestamente menor, cujo atendimento é sem dúvida desejável e se faz sempre que possível. Mas não é principio que possa equiparar-se, muito menos sobrepor-se a principio verdadeiramente fundamental de qualquer processo, como é o principio do contraditório. Ou, por economia processual, não se cita o réu, para que o processo caminhe mais depressa? De modo nenhum. Cita-se o réu, apesar de, muitas vezes, a citação tomar tempo considerável, acarretar despesas de publicação de editais, etc. Não obstante, malgrado tudo, cita-se o réu *audietur et altera pars*).

O principio da economia, meramente procedimental, nada pode contra principios processuais em sentido próprio, que lhe são hierarquicamente muito superiores; principios constitucionais que garantem o exercicio da ação tanto ao autor, que toma a iniciativa de trazer o litígio a juízo, quanto ao réu, a quem o litígio afeta. Dizer, portanto, que em execução não há revelia, parece-me, com todas as vênias, demasia absolutamente insustentável e completamente desnecessária.

Nem se diga que é inútil e protelatória a nomeação de curador, porque este permanece muitas vezes indiferente ao que se passa no feito. O argumento não se sustenta: sua fragilidade é tão chocante que desmerece resposta. Limito-me a contrapor: desde que alguns réus, citados, não se defendem, não mais serão citados os réus...

Entendo, portanto, que a nomeação de curador de ausentes a bem do

executado citado por edital, sempre que este não opõe embargos, constitui imposição inarredável, não somente das concepções doutrinárias que prevalecem hoje no direito estrangeiro e no brasileiro, como também dos preceitos constitucionais de garantia do direito de ação que é exercido, não somente pelo autor, mas também pelo executado. Trata-se também de expressa determinação legal, pois o dispositivo que assim ordena não restringe sua incidência ao processo de conhecimento.

Trata-se, afinal, de norma legal do mais alto sentido político e social, sabido que o processo não mais é concebido como emaranhado de recomendações de feitiço empirico e formalista, mas como sistema de garantia de direitos e de adequada aplicação da lei para decisão do litígio com justiça.

Por isto, muito bem andou o Dr. Juiz a quo, afastando-se de interpretações novidadeiras e nomeando curador ao executado citado por edital. Nego provimento ao agravo e mantenho o despacho impugnado.

#### PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Sr. Presidente: Os ponderáveis argumentos que o illustre Relator vem de expender, em seu brilhante voto, me induzem a um reexame da matéria, em debate, sobre a qual tenho entendimento contrário ao sustentado por Sua Excelência. Assim, data venia, peço vista.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante — O art. 9º do Código de Processo Civil estabelece que o Juiz dará curador especial:

I — ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II — ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa;

No caso em julgamento, cuida-se de nomeação de curador, em execução por quantia certa contra devedor solvente que, citado por edital, não opôs embargos. «Tout court», o digno Juiz a quo dá como razão da nomeação o fato de ter havido citação por edital, considerando, portanto, revel o citando.

Daí, impõe-se, **prima facie**, a indagação: no processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, a ausência de embargos configura revelia?

A resposta leva a perquirir a natureza dos embargos e a posição que, na relação processual neles assumem as partes, embargantes e embargado.

Ora, prevalece o entendimento de que os embargos têm caráter de uma ação incidente de conhecimento, visando o executado, através dela, na lição de Liebman, «anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executiva» («Processo de Execução» — Enrico Tullio Liebman, pág. 318). «Os embargos do executado — ensina o ilustre mestre — são verdaderas ações que competem ao executado para propor ao Juiz as questões que dizem respeito à sua defesa contra a execução, quer por achar que não foram respeitadas as formas legais por pretender que ocorreu extinção de crédito» (*ibidem*, pág. 112).

Na linha dessa orientação se situam, entre outros, José Frederico Marques («Instituições de Direito Processual Civil», 2ª edição, vol. V, pág. 380); Pontes de Miranda («Comentários ao Código de Processo Civil», Tomo XI, pág. 61) e Moacyr

Amaral Santos («Primeiras Linhas de Direito Processual Civil», 2ª edição, vol. III, pág. 354).

A controvérsia que ainda permanece é relativa à natureza dessa ação, mas isso não interessa ao caso.

Destarte, ação incidente que objetiva anular o processo de execução ou desconstituir o título executório, com os embargos espera-se uma inversão na relação processual, passando o devedor (executado) à posição de autor, e o credor (exequente), à de réu. Os embargos, preleciona Moacyr Amaral Santos, «como ação que são, dão lugar a uma nova relação processual, a um novo processo, em que o embargante funciona como autor e o executado, isto é, o embargado, funciona como réu» (obr. cit. vol. III, págs. 354-355). É o citado Liebman: «Os embargos dão lugar a verdadeira relação processual distinta da relação processual executória, mas dela dependente de forma que lhe segue a sorte, extinguindo na hipótese de extinção desta. Por outro lado, o processo incidente pode influir com seu resultado decisivamente sobre o andamento do processo principal, modificando-lhe o âmbito ou até produzindo sua anulação ou sua terminação» (obr. cit. pág. 112).

De fato, o processo de execução se instaura em razão de força executiva que a lei atribui ao título que o fundamenta, enquanto o de embargos, resulta do fato de que aquele título executivo não pode ter sua validade e eficácia impugnadas no processo de execução.

São portanto, processos independentes, embora relacionados entre si, independência que resulta da própria força executiva do título ajuizado. «E justamente por essa força executiva, registra Antônio José de Souza Levenhagem, no seu excelente «Processo de Execução», o processo

que se instaura é um processo de execução e não de cognição. Os atos que se realizam no processo de execução são atos estritamente coercitivos, visando ao cumprimento forçado da obrigação exteriorizada no título e, portanto, não se coaduna com a natureza desse processo, que é puramente coercitivo, e o estabelecimento de litígio, de controvérsia, de contraditório, matéria afeta ao processo de cognição ou de conhecimento». (pág. 137).

Assim, à consideração dessa nova relação processual — que os embargos ensejam, sobressai a conclusão lógica de que na ação executiva não se cita o devedor para que se defenda. Não seria lógico chamar o devedor a juízo para que ele promova uma ação de desfazimento de pretensão executiva. A defesa terá ele de deduzir, se quiser, na ação de embargos que Pontes de Miranda, equiparando-se à reconvenção, denomina de «contra-ação». Vejamos a lição do saudoso patricio: «Na ação executiva de título judicial ou extrajudicial não se cita o devedor para que se defenda. Se se trata de execução de sentença, o devedor já se defendeu e perdeu no processo em que ela foi proferida. Se de execução de título extrajudicial, atribui-se a tal título a executividade e apenas se dá ensejo ao devedor, de na ação de embargos, trazer à discussão o que seria objeto de eficácia executiva e o que concerneria à ação de conhecimento» («Comentários ao Código de Processo Civil», Tomo XI, pág. 61 — Acrescenta o lúcido escólio de Amílcar de Castro: «Deve aqui salientar-se que, na instância da execução o fim imediato da citação não é o de chamar o executado para se defender, mas sim o de confirmar-se o inadimplemento, pois, como assinala Paul Cuche, o credor que acaba de sair do processo de conhecimento, nada mais teria a discutir com o devedor vencido» (v. pág. 383).

E tanto assim é, observa o citado Levenhagem, «que se o devedor se mantiver revel no processo de execução, este se exaure até o fim, sem que haja necessidade de o Juiz, por sentença, proclamar a eficácia do título ou confirmar a sua validade. A sua eficácia e a sua validade constituem-se pela própria natureza do título». (obr. cit. pág. 137).

A esse enfoque — que se ajusta à sistemática do estatuto processual — há de se concluir, creio eu, que não configura revelia a não oposição de embargos à execução pelo devedor solvente, citado por edital. A citação é feita, repise-se, para que ele liquide a obrigação e não para que se defenda. Se razões tiver para anular o processo de execução ou desconstituir o título executório, terá de proceder por meio de ação de embargos, em que assume a posição de autor e, o credor, a de réu.

E, admitida essa premissa, via de conseqüência carece de respaldo legal a nomeação de curador especial, na conjuntura..

É o que penso, registrando que nesse sentido também vem se pacificando a jurisprudência dos Tribunais, inclusive a desta Corte de Justiça.

Em remate, e como homenagem ao culto e digno Relator, acrescento que, na prática perde relevo as implicações sociais que em tal circunstância poderiam advir, principalmente em se tratando de execuções da Caixa Econômica.

Embora louvável e ponderável a preocupação de Sua Excelência com esse aspecto da questão, a verdade é que quando se instaura o processo de execução, na hipótese, já o devedor passou adiante ou abandonou o imóvel que adquirira com a quantia mu-

tuada. O devedor não é encontrado para ser citado, justamente porque já não reside no local. O imóvel está abandonado, ou ocupado, indevidamente, por terceiro,

Com essas breves e singelas considerações, permito-me, com a devida vênia, dissentir do eminente Relator, para dar provimento ao agravo.

E o voto.

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.554 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: IAPAS

Agravado: Gama Industrial Instalações Ltda.

#### EMENTA

**Execução Fiscal. F.G.T.S. Ação do IAPAS em nome do BNH. Individualização dos beneficiados com a cobrança.**

O art. 20 da Lei nº 5.107, de 13-9-1966, determina expressamente que a cobrança judicial, pelo não recolhimento do F.G.T.S., se faá pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social.

A petição inicial reflete, com exatidão, as disposições do mencionado art. 20 e está acompanhada do respectivo título executório.

Deste modo, não é legítimo exigirem-se, além disto, outros requisitos ou formalidades que a lei não autoriza, e que resultam de meras interpretações. Pelo sistema adotado, o crédito é do F.G.T.S. e não dos trabalhadores individualmente considerados.

Provimento do recurso para que tenha prosseguimento a execução.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, em 16 de fevereiro de 1981 (data do julgamento). Ministro José Fernandes Dantas — Presidente — Ministro Wilson Gonçalves — Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves — O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), nos autos da execução fiscal que move contra Gama Industrial Instalações Ltda, interpõe o presente agravo de instrumento, inconformado com o r. despacho que, ao receber a petição de execução, determinou que o exequente individualizasse os empregados beneficiados com a cobrança, verdadeiros titulares dos depósitos do FGTS.

Entende o agravante, todavia, que a individualização dos depósitos não é obrigação do IAPAS, mas, sim, do

empregador, nos termos do art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 5.107-66.

Salienta, ainda, que o FGTS, do qual o BNH é o órgão gestor, é constituído do conjunto das contas vinculadas (contas optantes e conta empresa) existindo, assim, interesses diversificados.

Após a citação de decisões do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal, em conformidade com seu entendimento, pede o provimento do agravo.

Sem contraminuta e, mantido o despacho agravado, subiram os autos.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves — A cobrança do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço está regulada pelo art. 20 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que preceitua.

«Art. 20. Competirá à Previdência Social, por seus órgãos próprios, a verificação de cumprimento do disposto nos artigos 2º e 6º desta lei, procedendo, em nome do Banco Nacional da Habitação, ao levantamento dos débitos porventura existentes e às respectivas cobranças administrativa e judicial, pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social.»

Examinando a matéria, em termos mais amplos, assim me manifestei no voto proferido na Apelação Cível nº 60.939-Pará, de que fui Relator:

«Não podem ser confundidos os depósitos do FGTS, na sua unidade, com depósitos individuais feitos voluntariamente pelos depositantes nos bancos ou instituições financeiras de suas preferências. Estes resultam de contratos, em que a confluência de vontades é o ponto essencial, e são formados por recur-

sos que saem do próprio patrimônio dos depositantes. Aqueles — os do FGTS — são resultantes de verdadeiras contribuições exigidas das empresas privadas. São oriundas de uma imposição legal, como reza o art. 2º, da cit. lei nº 5.107, in verbis:

«Para os fins previstos nesta lei todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT.»

O depósito bancário realizado pelo empregador não desnatura a contribuição para formação do FGTS, pois, de certo tempo a esta parte, o pagamento dos impostos mais tradicionais está sendo feito por intermédio da rede de bancos em todo o país.

O recolhimento dessas contribuições, que são verdadeiras contribuições parafiscais, não só pela sua natureza impositiva, mas pela equiparação conferida pelo texto do art. 20 acima transcrito, constitui receita carreada para a formação de um Fundo Financeiro gerido e administrado pelo BNH, com uma finalidade precipuamente social, não para servir a determinadas pessoas individualizadas e, sim, a toda a grande massa de trabalhadores, vista em conjunto. Ademais, a utilização dos depósitos não depende da vontade do trabalhador, pois só é admissível nos casos previstos na lei. Nessa imensa tarefa atua, com mecanismo próprio, o INPS, hoje IAPAS, no setor relativo à fiscalização e cobrança das contribuições devidas pelas empresas.

O direito ao procedimento executivo não nasce da natureza da dívida, mas da liquidez e certeza do título que a representa. O art. 585 do CPC com seus números é uma comprovação dessa assertiva.

Além disto, o art. 20 acima destacado determina, expressamente, que a cobrança judicial se fará pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social.

A evidência mostra que a petição inicial da execução (fl. 2) reflete, com exatidão, as disposições do mencionado art. 20 e está acompanhada do respectivo título executório. O formalismo excessivo, por mais bem intencionado que seja, não pode nem deve sacrificar a essência do direito.» (AC. unânime da antiga Primeira Turma, datado de 26-5-1980).

Por lei, compete à Previdência Social proceder à cobrança judicial das contribuições do FGTS, pela mesma forma e com os mesmos privilégios dos seus próprios créditos, ou seja, por execução fiscal. Para tanto, o Código de Processo Civil, no seu art. 585, VI, exige, como título executivo extrajudicial, a certidão da dívida ativa.

Ora, na execução a que se refere o agravo, a petição inicial está acompanhada da certidão da dívida ativa re-

ferente ao crédito ajuizado, revestida das formalidades legais.

Deste modo, não é legítimo exigirem-se, além disto, outros requisitos ou formalidades que a lei não autoriza, e que resultam de meras interpretações. Pelo sistema adotado, o crédito é do FGTS, e não dos trabalhadores individualmente considerados, e sua cobrança, como se disse, cabe à Previdência Social.

Demais, como salienta o agravante, não se pode exigir do credor a discriminação dos empregados que, por lei, incumbe às empresas vinculadas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a respeitável decisão, determinar que a execução prossiga o seu curso normal, independentemente da exigência contida na letra A do despacho agravado.

#### EXTRATO DA MINUTA

AI nº 41.554 — RJ — Rel.: Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Agte.: IAPAS. Agdo.: Gama Industrial Instalações Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, em ordem a que se prossiga na execução. (Em 16-2-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.287 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

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

Agravada: TRANSTERRA — Terraplenagem e Obras Ltda.

#### EMENTA

Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução fiscal. CPC, artigo 20, § 4º.

Em processo de execução fiscal, o § 4º, art. 20 do CPC, poderá ser aplicado, quando for vencida tanto a Fazenda Pública, quanto o executado, em obséquio ao princípio da isonomia das partes.

Agravo provido tão-somente para que a verba honorária seja calculada sobre o principal cobrado, acrescido dos acessórios legais.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Em executivo fiscal ajuizado pelo IAPAS, para cobrança de contribuições previdenciárias em valor superior a Cr\$ 1.000.000,00, o Dr. Juiz fixou a verba honorária em 2% sobre o valor do principal, em face de parcelamento concedido à empresa executada, TRANSTERRA — Terraplenagem e Obras Ltda.

Embora tenha concordado com o parcelamento, o IAPAS agravou a fim de ver majorada a verba honorária para o mínimo de 10 ou no máximo de 20% sobre o total da condenação.

A empresa respondeu ao agravo, alegando preliminarmente intempestividade do recurso, e, no mérito, sustentou a razoabilidade da decisão, que teria aplicado o art. 5º da LICC, atendendo aos fins sociais e ao bem comum (sic).

A decisão agravada foi mantida, após o que subiram os autos.

Nesta Instância, dispensou-se a vista da douta SGR.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Na verdade, os honorários advocatícios arbitrados em favor da Fazenda Pública não beneficiam o seu procurador, uma vez que referida verba encaminha-se aos cofres da autarquia agravante, como no caso.

Quando se trata de condenação contra a Fazenda Pública, pode fixar-se a verba honorária em percentual inferior a 10%, por força da aplicação do § 4º, art. 20, do CPC. Sendo assim, e em obséquio ao princípio da isonomia das partes, a verba de 2% arbitrada pelo Dr. Juiz poderia ser a mesma arbitrada em favor da empresa agravada, se a situação fosse inversa. Portanto, os honorários foram fixados de forma equitativa devendo incidir, porém, sobre o valor total do débito.

Nestes termos, dou provimento parcial ao agravo, não para aumentar o percentual dos honorários, mas para que sejam contados sobre o principal acrescido dos acessórios legais.

É o voto.

### EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.287 — SP — Rel.: Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Agte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Agda.: Transterra — Terraplenagem e Obras Ltda.

Decisão: Por unanimidade, deu-se parcial provimento ao recurso. (Em 26-10-81 — 5ª Turma.)

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.976 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Cândido.

Recorrente: Juízo Federal da 3ª Vara.

Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais.

Apelado: Cerâmica São Cristóvão Ltda.

### EMENTA

Processo Civil — Ação de Atentado.

«O atentado, em nosso direito processual, é, na pendência da lide, a violação do mandado judicial coercitivo ou cominatório, ou a prática de qualquer ato que opere ilegal modificação no estado da coisa litigiosa» (Câmara Leal). Se o réu não praticou qualquer inovação ilegal no estado em que se encontra a coisa litigiosa, da qual tem título dominial e posse, não há como se positivar o atentado, pelo simples fato de haver construído benfeitoria que pode perder ou ser indenizada, se procedente a ação principal.

Sentença que se confirma, por haver julgamento improcedente da ação de atentado.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Esdras Gueiros: A controvérsia foi assim sumariada no relatório da respeitável sentença de fls. 28-32 e verso, do digno Juiz Federal Dr. Carlos Mário da Silva Velloso:

«Trata-se de um incidente de atentado requerido pela Universi-

dade Federal de Minas Gerais — UFMG, assistida pela União Federal, contra Cerâmica São Cristóvão, nos autos da ação ordinária nº 263/67-C, que está promovendo, neste Juízo, contra a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e outros, na qual pleiteia a nulidade do loteamento das faixas laterais da av. Antônio Carlos, no trecho em que confinam com os terrenos da Cidade Universitária, com a consequência declaração de nulidade de todas as alienações de terrenos situados nessas faixas, no trecho em que atravessam a Cidade Universitária. Prevalecendo o loteamento e as alienações, que fossem os réus condenados ao pagamento das indenizações pelos prejuízos decorrentes de tais atos para a referida Universidade.»

«2 — Diz a requerente que, para a mencionada ação, foram citados pessoalmente os interessados conhecidos e, por edital, os desconhecidos. E, não obstante tratar-se de

terreno litigioso, a Cerâmica São Cristóvão, estabelecida nesta Capital, declarou haver adquirido de um dos réus, o Sr. Antônio Jacy Carneiro Rios, parte do imóvel, isto é, os lotes 1 e 2 da quadra 339, do loteamento impugnado, e há poucos dias iniciou a construção de um galpão ali, constituindo tal fato uma inovação do estado de fato anterior, na pendência da lide, ou seja, evidente atentado, na forma do art. 713 do C.P.C. A lesão causada à autora, in casu, é de direito material e processual, sendo repetição perfeita de outro atentado praticado por Antônio Resende, no qual o Eg. T.F.R. assim o reconheceu.»

«3 — A inicial foi instruída com os documentos de fls. 5-7.»

«4 — Feita a citação, apresentou o r. a contestação que se vê de fls. 10-12, com os documentos de fls. 13-16, na qual alega, em síntese, que tem domínio e posse direta sobre o imóvel, não cometendo atentado quem está no que é seu, exclusivamente seu. Atentado só pode haver contra o direito, só pode ser praticado na pluralidade de direito, quando a coisa é comum a ambas as partes, e jamais quando o direito, por todos os títulos, é apenas da parte imputada de inovação, que tanto mais em nada poderá dificultar a decisão da causa dita principal que, aliás, em nada interessa à requerida, que da mesma não toma conhecimento e de cuja existência somente agora está sabendo.»

«5 — Impugnou a autora à fl. 19.»

«6 — Na audiência de instrução e julgamento noticiada pela ata de fls. 25-26, tomou-se o depoimento pessoal do r. e as partes participaram do debate oral, sustentando cada uma delas os seus anteriores pontos-de-vista.»

«É o relatório.»

Relatada assim a controvérsia e realizada a audiência de instrução e julgamento, o digno Juiz a quo rechaçou a pretensão da autora, conforme se vê do dispositivo final da respeitável sentença, in verbis:

«9 — Ex positis, julgo improcedente o pedido. Pague a vencida os honorários do advogado do vencedor, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa principal. Das custas, está a a. isenta, na forma da Lei 5.010/66, art. 46. Recorro, ex officio, para o Eg. T.F.R.»

Inconformada, apelou a vencida com as razões de fls. 34-39, sustentando, preliminarmente, ser «adequado o recurso da apelação, de vez que a respeitável sentença recorrida é definitiva, envolvendo questão de mérito». No mérito, pede o provimento da apelação, para, reformada a decisão recorrida, serem julgados procedentes os artigos de atentado, com as cominações pedidas na inicial. A autora não ofereceu contrarrazões (v. certidão às fls. 40, verso).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, subscrevendo as razões de apelação da Universidade, opina pelo provimento do recurso, para ser reformada a sentença apelada, referente aos artigos de atentado.

Peticionando às fls. 47, o ilustre advogado da apelada, Dr. Newton Bernardes Ribeiro da Luz, pede seja julgada prejudicada a apelação, face à homologação de acordo levada a efeito nos autos da ação principal (v. certidão às fls. 48).

Sendo eu o Relator da referida ação principal (Ap. Cível nº 31.646 — MG), vieram-me em redistribuição os presentes autos de atentado, por haver conexão de matéria entre aquele e este processo (v. despacho às fls. 49).

Estudados os autos, encaminhei-os ao eminente Sr. Ministro-Revisor, aguardando dia para julgamento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A r. sentença a quo foi prolatada pelo então Juiz Federal, Carlos Mário da Silva Velloso, hoje eminente Ministro deste Tribunal.

Adotando os fundamentos de decisão semelhante proferida no Proc. nº 574/68-C, em que foram partes a UFMG e Antônio Rezende, diz o ilustre sentenciante verbis:

«Na hipótese, ou na causa principal, pede-se a «nulidade do loteamento das faixas laterais da Avenida Antônio Carlos, no trecho em que confinam com os terrenos da Cidade Universitária», de propriedade da autora. Em decorrência, «sejam também declaradas nulas todas as alienações de terrenos situados nessas faixas, no trecho em que atravessam a Cidade Universitária.» Vindo a prevalecer o loteamento e as alienações, que fossem «os réus condenados ao pagamento das indenizações pelos prejuízos decorrentes de tais atos para a Suplicante.»

Esse o pedido em discussão, correto que a ora autora, UFMG., na sua fala de fl. 31, deixou expresso: «na ação principal que se trava entre a a. e r., não se pretende negar uma evidência, qual seja, a de que os sucessores do finado René Bernardes Carneiro venderam ao r. os lotes referidos neste incidente de atentado. A demanda visa à decretação de nulidade do título dominial do r. por vício de origem, dado que aludida transação recaiu sobre bem público... (fl. 31).

Certo, pois: o ora r. não somente tem o domínio, mas a posse dos lo-

tes objeto da demanda. Sendo assim, e tendo-se em linha de conta o que retro ficou exposto, não vemos em que fosse violado, ou afrontado, ou prejudicado o direito em discussão na causa principal, capaz de levar o juiz a erro, pelo fato de o réu ter construído o prédio no lote que é seu e do qual tem a posse. A conduta do réu, quando muito, pensamos, poderia, em tese, ocasionar a perda da obra, em benefício da autora, ou a não obrigação desta de indenizar, se procedente a ação principal. Mas estorva ela a decisão desta? Pensamos, data venia, de modo negativo. «Vê-se, pois, que os argumentos retro transcritos se aplicam e se enluravam, aqui, à maravilha. Adoto-os, pois.»

E, ao concluir, julgou improcedente o pedido, condenando a suplicante ao pagamento de honorários advocatícios.

A UFMG, na apelação, repisa argumentos da inicial, e avoca subsídios doutrinários, de todo imprestáveis, para justificar a reforma da sentença que confirmo pelos seus próprios fundamentos.

Nego provimento aos recursos de ofício e voluntário.

É o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 30.976 — MG — Rel.: Min. José Cândido. Recte. de Ofício: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: Universidade Federal de Minas Gerais. Apda.: Cerâmica São Cristóvão Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, confirmando a sentença. (Ein 20-2-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 33.294 — DF

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Apelante: Roberto Benedito Gatto.

Apelada: União Federal.

## EMENTA

Direito Administrativo. Militar.

Oficial da reserva remunerada que ingressou nas Forças Armadas em 9 de outubro de 1945, como aluno da Escola Técnica de Aviação, e pretende ser promovido ao posto imediato, nos termos das Leis nºs 616/49 e 1.156/58.

Pretensão repelida, uma vez que, à data acima referida, já havia cessado a conflagração na Europa, sendo irrelevante a continuação da hostilidade com o Japão, de existência meramente simbólica.

A finalidade da legislação sobre o ex-combatente foi proteger ou outorgar vantagens àqueles que participaram efetivamente do conflito ou estiveram expostos mais diretamente aos efeitos de um provável ataque inimigo.

Sentença confirmada.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1980 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: O Dr. Juiz Federal da 1ª Vara do Distrito Federal assim resumiu a controvérsia (fls. 57/58): (lê).

A sentença julgou a ação improcedente e condenou o autor nas custas

e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, considerando que não restara provada a efetiva participação do mesmo em operações de guerra; a sua primeira praça ocorrera em 9-10-45, como aluno da Escola Técnica de Aviação em São Paulo, quando a guerra na Europa havia terminado em 8-5-45; consoante o Decreto-Lei 7.352-45, o estado de beligerância com o Japão, que capitulou em 2-9-45, cessado pelo Decreto 19.955, publicado em 24-11-45, não admitia a conclusão de prestação de serviços e participação do autor em operações de guerra; o Decreto 10.490-A perdera a sua vigência com a Constituição de 1967, art. 178, que fora regulamentado pela Lei 5.315-67, passando a exigir a efetiva participação em operações bélicas e, finalmente, que o Decreto-Lei 628-69 suspendera as aposentadorias concedidas com fundamento na prestação

de serviços em zona de guerra e determinara a reversão dos servidores à atividade (fls. 58/59).

Apelou o autor com as razões de fls. 62/76, repisando as alegações constantes da petição inicial.

Contra-razões às fls. 79/82.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença (fls. 86/87).

Dispensei a remessa do feito ao revisor, nos termos do art. 1º da Resolução nº 20, de 15-5-79, deste Tribunal.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator) Senhor Presidente, o autor é praça de 5 de outubro de 1945, quando ingressou na Escola Técnica de Aviação, com sede na capital de São Paulo, e foi transferido para a reserva remunerada no posto de 2º Tenente.

Através da presente ação, reclama a sua promoção ao posto imediato, — 1º Tenente — nos termos das Leis nºs 616, de 2-2-1949, e 1.156, de 12-7-1958, argumentando que, cessado o conflito na frente ocidental, continuou o Brasil em estado de guerra com o Japão, ex vi do Decreto nº 18.811, de 6-6-1945, suspenso apenas com o Decreto nº 19.955, de 16-11-1945.

A citada Lei nº 616/49 realmente assegurou promoção, quando transferido para a reserva remunerada, ao oficial das Forças Armadas que serviu no teatro de guerra da Itália ou tenha cumprido missões de patrulhamento, vigilância e segurança do

litoral e operações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de operações definidas pelo Ministério respectivo. E a Lei nº 1.156-50 estendeu tal benefício a todos os militares que prestaram serviço na zona definida pelo art. 1º do Decreto nº 10.490-A, de 25-9-1942, na qual está incluída a cidade de São Paulo (art. 1º, letra o).

Entretanto, à época do ingresso do postulante nas Forças Armadas, já não existia estado de beligerância, que cessara de fato com o Decreto-Lei nº 7.552, de 7-5-1945, considerando feriado nacional o dia 8 seguinte em comemoração do término da guerra na Europa.

Não assume relevo, no particular, a continuação da hostilidade bélica com o Japão, porquanto ela teve vigência meramente simbólica, sem qualquer transtorno para a defesa nacional. E a finalidade de toda a legislação editada sobre a matéria foi exatamente proteger ou outorgar vantagens àqueles que participaram efetivamente do conflito ou estiveram expostos mais diretamente aos efeitos de um provável ataque inimigo.

No caso específico do promovente, convém lembrar que o Ministério da Aeronáutica, através do Aviso nº 836Z, de 16-10-1950, fixara o dia 8 de maio de 1945 como termo ad quem da prestação de serviços de guerra, prova de que naquela data haviam terminado definitivamente, para o aludido setor das Forças Armadas, as missões de patrulhamento, vigilância e observações.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 35.653 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha.

Apelante: Ilhantino Monteiro Figueira.

Apelado: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado.

## EMENTA

Funcionário — Dispensa — Advogado especialista temporário.

Advogado contratado como temporário, em função permanente, mesmo regido pelo regime celetista, é abrangido pelo conceito de «servidor» no sentido amplo em que se refere a Lei nº 4.069, de 1962.

Reconhecido como de pleno direito o seu enquadramento com base no art. 23, parágrafo único da mesma lei, impossível admiti-lo por simples ato da Administração, à alegação de interesse de serviço.

Precedentes deste Tribunal.

Repelida a preliminar de coisa julgada.

Apelo provido para julgar a ação procedente.

Custas e honorários de 10% sobre a condenação por conta do réu.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, rejeitar a preliminar de coisa julgada; de meritis, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator). Ilhantino Monteiro Figueira propôs uma ação ordinária contra o Instituto de Previdên-

cia dos Servidores do Estado — IPA-SE, alegando que, admitido em 9 de junho de 1962, para exercer funções de advogado, de acordo com o art. 23, da Lei nº 3.780, de 1960, como «especialista temporário», estava no exercício de suas funções quando em 30 de junho de 1964 foi ilegalmente dispensado, sob a falsa causa de que teria sido inobservado, em sua admissão, o citado art. 26, o que não é exato.

Esclarece que havendo impetrado Mandado de Segurança com outros colegas, veio este a ser denegado pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de alguns votos favoráveis.

Sustenta que sua admissão no serviço público se deu em função de natureza permanente, por necessidade de serviço, e que não poderia ser dispensado ao nuto da administração, garantida que estava sua efetivação,

pelo art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, e pelo art. 50, § 1º, da Lei nº 4.242, de 1963.

Concluiu pedindo a sua reintegração no mesmo cargo, com os atrasados e demais direitos e vantagens, como se apurarem em execução, condenado ainda o IPASE nos juros de mora, custas e honorários de advogado, de 20% sobre o total da condenação.

Ao contestar (fls. 56-64), invocou o IPASE decisões no sentido de não beneficiar o enquadramento do art. 23, parágrafo único, da Lei nº 4.069, de 1962, senão os servidores que exerciam função pública em caráter permanente, não alcançando os admitidos precária e provisoriamente, como sucedeu com o autor, cuja admissão estava fundada no art. 26, da Lei nº 3.780, de 1960, que admitia a contratação para serviços técnico-especializados, por período de um ano; acrescentou que a tolerância, quanto à permanência do autor além deste prazo, não gera direito para o mesmo.

A sentença de fls. 79-88, do Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite, julgou improcedente a ação, condenando o autor nas custas e honorários de advogado, arbitrados em 20% sobre o valor dado à causa — Cr\$ 15.000,00.

Citando decisões anteriores suas, das quais transcreveu trechos, sustentou não beneficiar o art. 23, parágrafo único, da Lei nº 3.780, de 1960, o servidor que desempenha atividade temporária ou transitória, como é o caso do autor, mas apenas aqueles que exercem atividade de caráter permanente.

Apelou o autor (fls. 90-96), desenvolvendo suas alegações, e citando, além do voto do Ministro Hermes Lima, que lhe foi favorável, no Mandado de Segurança impetrado, sentenças da Juíza Dra. Maria Rita Soares

de Andrade e do Juiz Dr. Euclides Reis Aguiar, bem como acórdão desta Turma que anexou por cópia (fls. 97-105), na Apelação Cível nº 30.847, Relator Ministro Moacir Catunda, confirmatório da segunda das referidas sentenças.

O IPASE limitou-se a declarar que reafirmava sua contestação e demais peças dos autos (fls. 111).

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 117-119, argüiu, preliminarmente, coisa julgada, decorrente do acórdão do Supremo Tribunal, denegatório da Segurança impetrada pelo ora autor, juntadamente com outros servidores — Recurso de Mandado de Segurança nº 18.113, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, do qual juntou cópia — matéria que, por ser de ordem pública, pode ser apreciada, apesar de não haver a ré oferecido a respectiva exceção.

Determinada a audiência do apelante, sobre a argüição de coisa julgada, pela petição de fls. 134, foi por este declarado que na inicial já mencionara o acórdão denegatório da Segurança antes impetrada, e que como resulta do voto do Relator, foi nele afirmado faltar aos impetrantes direito líquido e certo, amparável por Mandado de Segurança, pelo que admissível é a via ordinária, e ressaltou o voto vencido do Ministro Evandro Lins e Silva que concedia o writ.

É o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: a preliminar suscitada pela douta Subprocuradoria-Geral da República, a qual seja a de coisa julgada, com a devida vênia, não merece acolhida, uma vez que o voto do sau-

doso Ministro Aliomar Baleeiro, Relator do RMS nº 18.133, diz, expressamente:

«Nego provimento ao recurso, porque aos recorrentes falta direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança»... (fls. 124).

É o que também diz a ementa do respectivo acórdão.

Celso Agrícola Barbi, ao cuidar das «Condições da Ação de Mandado de Segurança», preleciona:

«Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança» (Cfr «Do Mandado de Segurança, 2ª ed., pág. 50).»

Esta, precisamente, a hipótese destes autos.

Demais disso, argüição idêntica, em hipótese também idêntica, foi repelida por esta Turma, nos autos da mencionada AC nº 30.847, Relator Ministro Moacir Catunda, ao entender que, verbis:

«Não é lícito à segunda instância conhecer de exceção não apreciada pela primeira, em decorrência de manifesto desinteresse da parte a quem aproveitaria a declaração da mesma — Advogados Especialistas Temporários — Passageira era a forma de investidura, não, porém, a atividade advocacional desempenhada por eles, a qual exibia atributos de permanência. A Lei 4.069-62, artigo 23, parágrafo único, alterou a situação dos servidores pre-

cários, para efetivos, no aguardo da decorrência do tempo necessário à estabilidade — Funcionário em estado probatório não pode ser dispensado sem inquérito administrativo — Súmula 21.»

Rejeito, assim, a preliminar, para a qual peço destaque.

## VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: O autor foi admitido no antigo Instituto de Previdência e Aposentadoria dos Servidores do Estado (IPASE), pela Portaria de 10 de maio de 1962, do Presidente daquela extinta Autarquia, publicada no D.O.U. de 9-6-62, após autorização do Exmo. Sr. Presidente da República, conforme se vê do doc. nº 1, fls. 5 e dispensado em 30 de junho de 1964 (doc. nº 8, fls. 10).

Estava assim, em exercício, quando sobreveio a Lei nº 4.069, de 11-6-1962, que em seu artigo 23, parágrafo único, determinou, verbis:

«Os servidores que contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de efetivo exercício em atividade de caráter permanente, admitidos até a data da presente lei, qualquer que seja a forma de admissão ou pagamento, ainda que em regime de convênio, ou acordo, serão enquadrados nos termos do art. 19, da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.»

A aplicação do art. 23 da Lei nº 4.069-62 tendo em vista o caráter permanente da atividade, está hoje tranqüilizada neste Tribunal.

Com efeito, assim decidiu esta Primeira Turma, em sua antiga composição, ao julgar as Apelações Cíveis nºs 29.516, Relator, Ministro Jorge Lafayette Guimarães e 30.847, Relator, Ministro Moacir Catunda.

Eis os fundamentos do voto do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, expendidos nos Autos da AC nº 29.516:

«Como, porém, tive oportunidade de sustentar em sentença que proferi na 2ª Vara Federal, datada de 31 de março de 1970, (Ação Ordinária movida por Carlos Frederico Campos Cooper contra o IPASE, Processo nº 2.563), apesar de não alcançado pela norma do art. 50, § 1º, da Lei nº 4.242, de 1963.

«Assegurando o art. 23, parágrafo único da Lei nº 4.069, de 1962, o enquadramento do autor, logo que completasse 5 anos de efetivo exercício, na atividade de caráter permanente por ele exercida, não podia ser dispensado, sob invocação de simples interesse de serviço, o que equivaleria a aceitar a sua demissibilidade ad nutum em fraude do direito que a lei lhe concedeu, sob condição que seria ilidida facilmente por ato da Administração.»

No caso, para justificar o ato da dispensa, alega o IPASE, na apelação, que a permanência do autor na função era irregular, contratado que foi como especialista temporário, regido pela C.L.T. (fls. 52), e que não consta o seu nome da Instrução nº 60, de 1962, entre os enquadrados provisoriamente como procuradores (fls. 51).

Ficou, não obstante, o autor enquadrado nesta qualidade como procurador, com a Lei nº 4.069, de 1962, e os documentos, de fls. 13, 14 e 15, confirmam o fato, neles figurando o ora apelado como Procurador de 3ª Categoria; assim, com o ato de dispensa, na verdade procurou o IPASE anular o enquadramento ou aproveitamento, o que não seria lícito.

Quanto à circunstância de ser o autor, na data da Lei nº 4.069, de

1962, contratado como advogado especialista, regido pela C.L.T., não afastava a incidência da Lei já mencionada que se refere, de forma ampla, a «servidor», conceito que o abrangia, note-se, aliás, que se o autor estava contratado como temporário, a função exercida de advogado da autarquia — era permanente, como exige o referido dispositivo legal, sendo facultada dita contratação, quando não haja funcionário habilitado (art. 26, da Lei 3.780, de 1960). É o que decidi na mesma sentença antes referida.

Ainda mais, se a sua admissão era por um exercício financeiro, não sendo dispensado por ato formal, e continuando a exercer a função, entende-se reconduzido, sendo beneficiado pela norma da citada Lei nº 4.069, de 1962, como decidiu esta Turma, em hipótese semelhante, na Apelação Cível nº 29.516, da qual foi Relator o Ministro Moacir Catunda, cujo voto acompanhei como vogal.»

No mesmo sentido decidiu o Tribunal Pleno, nos autos dos EAC nº 31.672, em acórdão com seguinte ementa:

#### Funcionário Público.

Advogado especialista temporário admitido com base no art. 26, da Lei 3.780, de 1960.

Aplicação da Lei 4.069, de 1962, art. 23, parágrafo único.

Embora não contando ainda o quinquênio a que se refere o art. 23, parágrafo único da Lei 4.069-62, certo é que a dispensa do servidor, amparado pelo dispositivo legal referido, não se poderia dar, sem justa causa.

Extensão da norma do art. 23, parágrafo único, da Lei 4.069, de 1962.

Precedentes do Tribunal Federal de Recursos, a propósito de «advogado especialista temporário» (A. Cíveis 29.516 e 30.847 — GB).

Provimento à apelação da autora para julgar a ação procedente. (Acórdão da Apelação, fls. 238, Rel. Min. José Néri da Silveira).

Trata-se de hipótese idêntica à destes autos, pois ali a embargada, Consuelo Piá de Assis Távora fora admitida pelo mesmo ato que o ora Apelante e dispensada, também, pelo mesmo ato.

Aliás, a sentença de primeiro grau, da lavra do então Juiz Federal Evandro Gueiros, hoje membro ilustre deste Tribunal, ao julgar improcedente a ação, afirmou que já tinha opinião formada a respeito do assunto, já expendida em sentença na ação ordinária em que figurou como Autora Consuelo Piá de Assis Távora, a mesma sentença reformada pela E. Terceira Turma, com o beneplácito do E. Tribunal Pleno, como se viu.

Com estas considerações, sou obrigado a reformar a respeitável sentença recorrida, dando provimento ao apelo do autor para julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial, condenado o réu nas custas despendidas pelo autor e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 35.653 — RJ — Rel.: Min. Otto Rocha. Apte.: Ilhantino Monteiro Figueira. Apdo.: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar de coisa julgada; de mérito, deu provimento ao recurso. (Em 26-9-80 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Peçanha Martins votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 36.176 — SP

Relator: O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho.

Apelante: Manoel Ricardo Davids Ferraz de Souza.

Apelada: União Federal.

#### EMENTA

Relações públicas. Inscrição do profissional na Delegacia Regional do Trabalho.

Da interpretação dos arts. 1º e 3º da Lei 3.377/67, em confronto com o art. 6º do mesmo diploma legal, e em harmonia com o artigo 13 do Decreto regulamentador nº 63.253/69, tem-se que a exigência de o candidato ao registro como profissional em Relações Públicas ser sócio de Associação Brasileira de Relações Públicas não é cumulada com a de prova do exercício, por dois anos, de atividade de relações públicas, mas sim serve apenas para substituir esta.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para julgar a ação procedente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de abril de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho — Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator) — Manoel Ricardo Davids Ferraz de Souza propôs ação ordinária contra a Delegacia Regional do Trabalho, em São Paulo, o que vale dizer, contra a União Federal, que veio a ser citada, com o objetivo de obter o seu registro como profissional de Relações Públicas, nos termos do Dec. nº 63.283, naquela Delegacia. Sustenta o autor que desde 1º de julho de 1964 exerceu as funções de Relações Públicas em diversas firmas, tendo tempo suficiente, assim, para obter o registro pretendido, na conformidade do art. 1º, c, da Lei nº 5.377, de 11 de dezembro de 1967, e do seu art. 6º, em harmonia com o art. 13, do Decreto regulamentador nº 63.283, já referido.

Entende o postulante que não há necessidade de o pretendente ao registro ter o tempo de serviço em trabalho de relações públicas, e também, cumulativamente, comprovar a qualidade de sócio-titular da Associação Brasileira de Relações Públicas, pelo prazo de 2 anos, bastando o atendimento de um desses requisitos. A interpretação de que é necessário que o magistrado possua também aquela qualidade de sócio-titular, não se compadece com o objetivo da

lei, pois esta admite que a prova de experiência seja em substituição ao diploma, e que ela pode ser comprovada pela qualidade de sócio. É isso que a lei pretende.

Na sua contestação, sustenta a União que a Lei nº 5.377-67 exige, a par do exercício da atividade, que seja também comprovado que o candidato é sócio da Associação de Classe, e isso fez o autor, e precisaria ele ter demonstrado o exercício desde 12-12-65, conforme resulta do decreto regulamentador, até 12 de dezembro de 1967, enquanto que sequer comprovou possuir o tempo de exercício necessário.

Após regular processamento do feito, inclusive com inquirição de testemunhas, veio o MM. Juiz da 5ª Vara Federal de São Paulo a julgar a ação improcedente, por entender que, embora tenha o autor exercido a atividade em foco por período superior ao previsto em lei, não era, no mesmo período, ou em qualquer tempo, sócio titular da Associação Brasileira de Relações Públicas, o que se constituía em exigência cumulativa para o registro, sendo irrelevante não possuir a aludida Associação caráter oficial.

Inconformado, apela para esta Corte o demandante, insistindo em que não há necessidade de o interessado comprovar a qualidade de sócio-titular da ABRP, bastando possuir tempo de serviço. Invoca, outrossim, o princípio da isonomia, pois a exigência viria a criar discriminação constitucionalmente proibida, pois se observara, pela leitura dos estatutos da ABRP, ser ela uma sociedade civil, sem fins lucrativos, com foro na cidade de São Paulo, e que para a constituição de uma Seção Regional em Estado ou Território onde não houvesse representação da ABRP, seria necessário que, no mínimo, 15 elementos admissíveis

como sócios titulares se reunissem e solicitassem ao Conselho Nacional sua filiação e o reconhecimento na Seção Regional. A sociedade aludida não tinha caráter nacional, pois existia apenas em São Paulo e no Rio Grande do Sul e, portanto, somente os que trabalhassem naqueles Estados poderiam associar-se. Assim, a exigência não poderia prevalecer com relação a profissionais de outros Estados. Comenta, ainda, a exigência prevista no art. 9º dos estatutos da ABRP, segundo a qual a admissão de sócios faz-se mediante proposta de um sócio titular da Associação, sendo necessário o pronunciamento do Conselho Consultivo, da Seção Regional. Deste modo, não seria possível admitir-se a exigência pretendida pela União.

Nas suas contra-razões, reitera a apelada seus argumentos contrários à pretensão e, subindo os autos, veio a manifestar-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença.

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator) — O art. 1º da Lei nº 5.377-67, assim dispõe:

«Art. 1º — A designação de «profissional de Relações Públicas» passa a ser privativa:

a) dos bacharéis formados nos respectivos cursos de nível superior;

b) dos que houverem concluído curso similar no estrangeiro, em estabelecimento legalmente reconhecido, após a revalidação do respectivo diploma no Brasil.

c) dos que exerçam a profissão, de acordo com o art. 6º do Capítulo IV da presente.

Outrossim, estabelecem os arts. 3º e 6º, da mesma Lei, in verbis:

«Art. 3º — O registro do profissional de Relações Públicas fica instituído com a presente lei, e tornar-se-á obrigatório no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da sua publicação, para aqueles que já se encontram no exercício da profissão.

Parágrafo único. O registro referido neste artigo será feito pelo Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho e Previdência, mediante comprovante ou comprovantes prestados pelos profissionais nas hipóteses a a c do artigo 1º.

Art. 6º — Fica assegurado o registro de que trata o artigo 3º da presente lei às pessoas que já vinham exercendo funções de Relações Públicas, como atividade principal e em caráter permanente, pelo prazo mínimo de 24 meses, conforme declaração do empregador e comprovação de recebimento salarial proveniente dessa atividade, em entidades públicas ou privadas que comprovem a existência do setor especializado, e ainda que sejam sócios titulares da ABRP — Associação Brasileira de Relações Públicas, por idêntico período.»

O Decreto nº 63.283-68, no seu art. 13, ao dispor sobre a designação de profissional de Relações Públicas e o exercício privativo das respectivas atividades, previstas no art. 2º, do mesmo Ato regulamentário, dispõe:

«Art. 13 — O disposto no caput do artigo 2º se aplica, também, aos que comprovarem o exercício de atividade de Relações Públicas, em caráter principal ou permanente, pelo prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses até 12 de dezembro de 1967 e, a qualquer tempo, a qualidade de sócios titulares da Associação Brasileira de Relações Públicas — ABRP por idêntico período.»

Do exame detido dos dispositivos legais e regulamentários supratranscritos, chego à conclusão favorável à pretensão do demandante.

Da leitura isolada do art. 6º, da Lei 5.377-67, sem procurar analisá-la em confrontação com os antes transcritos arts. 1º e 3º do mesmo diploma legal, poder-se-ia entender encontrar-se o impetrante desassistido de razão. Entretanto, adotando-se o método teleológico ou qualquer outro de interpretação, chega-se facilmente à compreensão de que a exigência de um candidato a registro precisar ser sócio-titular da ABRP, pelo período mínimo de 24 meses, não é de ser entendida como cumulada com aquela outra de prova de exercício da atividade em Relações Públicas, mas sim simplesmente em substituição desta. É que a exigência prevista no art. 1º da lei mencionada, nº 53.377-67, para obtenção da designação de «Profissional de Relações Públicas», é também deferida, não só aos que possuam curso superior relativo à profissão, realizado no Brasil, ou similar no estrangeiro, como igualmente àqueles «que exerçam a profissão, de acordo com o art. 6º, do cap. IV, da presente.» Ora, se o que a letra c, do aludido artigo 1º, exige é o exercício da profissão, mencionando «de acordo com o art. 6º do Cap. IV, da presente», o que é realmente de compreender-se é que o mencionado artigo 6º estabelece os requisitos de tempo de exercício da atividade; de sua continuidade ou não; de ser a atividade principal ou secundária, e ainda forma de comprovação de tal exercício. E foi exatamente o que fez o aludido dispositivo legal ao fixar que o registro era assegurado às pessoas que exercessem atividade de Relação Pública pelo prazo mínimo de 24 meses; que ela devia ser principal e remunerada, e que a respectiva comprovação se faria mediante declaração do empregador, e de haver sido

exercida em entidades públicas ou privadas que comprovassem a existência dos setores especializados. E, ainda, segundo a mim parece, que tal declaração poderia ser substituída pela prova de o candidato ser sócio titular da ABRP, pelo prazo mínimo de 24 meses.

Estou em que a interpretação acima, sobre os exatos limites do art. 6º, para a prova do exercício profissional do candidato ao registro, é a que realmente se harmoniza com a letra c, do art. 1º, da mesma lei que somente faz menção como requisito para suprir a falta de curso superior aquela do exercício da profissão.

Igualmente do exame do art. 13, do Decreto Regulamentador nº 63.283-68, tenho que a outro resultado não se há de chegar, pois dele ressaí que a designação de profissional de Relações Públicas passa a ser privativa, além daqueles enumerados nas letras a, b e c, do art. 2º, do Ato Regulamentário, dos que comprovarem o exercício da atividade, pelo prazo e forma figurados «e, a qualquer tempo, a qualidade de sócios titulares da ABRP, por idêntico período.»

Observou o apelante que, entender-se restritivamente os dispositivos legais e regulamentários mencionados, implicaria fazer-se discriminação incompatível com o princípio constitucional da isonomia, pelas razões já mencionadas no relatório. Já soa estranha a interpretação de a União ao exigir, para o registro, seja o candidato sócio da ABRP, que é uma sociedade civil, quando é certo que o Decreto-Lei nº 86, de 11-9-69, criou o Conselho Federal de Profissionais de Relações Públicas, e os Conselhos Regionais respectivos, e cuja regulamentação foi baixada pelo Decreto nº 66.582, de 4 de maio de 1971, e sendo certo que na conformidade da letra b, do art.

9º, do aludido decreto, em conformidade com a letra b, do art. 3º, do Decreto-Lei nº 860-69, compete disciplinar e fiscalizar, no seu âmbito de jurisdição, o exercício da profissão de Relações Públicas, bem como, segundo a letra c, organizar e manter o respectivo registro profissional.

Há mais, ainda.

Da leitura dos Estatutos da ABRP, que se encontra de fls. 60 a 71, dos autos, verifica-se que, além daqueles diplomados em cursos regulares de Relações Públicas, podem ser sócios titulares: os que exerçam comprovadamente, há mais de dois anos, como atividade principal e em caráter permanente, função de Relações Públicas em cargo de chefia, direção, assessoramento, ou em nível reconhecido pela ABRP como compatível com a categoria de titular; ou que tenham exercido a atividade por mais de 5 anos, e com relação aos servidores civis e militares, que tenham exercido as atividades, embora cumulativamente, por um período superior a dois anos, e que atendam às mesmas exigências da letra a, no que concerne aos níveis. Ora, como se vê, e exceto em relação aos possuidores do nível superior e aos professores de cursos de Relações Públicas, com currículos homologados pelo Conselho Federal de Educação, exceção esta prevista na letra b, do § 2º, do art. 8º, do Estatuto, para ser sócio titular era necessário, pelo menos na época, que já possuísse o interessado dois anos na inatividade. E, se admitirmos a interpretação da União, teremos que aquelas exigências formuladas no art. 6º da Lei nº 5.377-67 não se ajustam ao pretendido requisito da parte final do mesmo artigo 6º, pois ao mesmo tempo em que requer um período de exercício de dois anos, exigiria a qualidade de sócio titular da ABRP, por igual período. Entretanto, como para ser sócio titular há a exigência de dois

anos de exercício, segundo as letras a e c, do § 2º, do art. 8º, do Estatuto, já aí se vê que haveria necessidade de quatro anos e não apenas de dois. E é por isso, também, que se há de entender como apenas suprimindo a filiação na ABRP, aquela prova de exercício profissional de dois anos, não havendo outras exigências concomitantes.

Ademais, e como bem observa o apelante, nos Estados em que não houvesse Seção Regional da ABRP, o tratamento seria desigual quanto à possibilidade do registro, em relação aos candidatos dos Estados em que já houvesse a instalação das Seções regionais; sendo certo que o art. 9º, do Estatuto, assim dispõem, *in verbis*:

«A admissão de sócios far-se-á mediante proposta de um sócio Titular da ABRP, sendo necessário o pronunciamento do Conselho Consultivo (C.C) da S.R. que fixará a sua categoria, e posterior homologação e da proposta pela Diretoria da respectiva S.R.»

Por tudo que foi dito, a interpretação do art. 6º, da Lei nº 5.377-67, e do art. 13, do Decreto nº 63.283-68 — para que fique em harmonia com a letra c, do art. 1º, da mesma Lei, e mesmo para que não haja contradição no próprio texto do art. 6º, do diploma legal referido, e considerando ainda a desigualdade flagrante de tratamento que haveria entre os pretendentes ao registro de residentes em Estados que não possuíssem seções regionais da ABRP, em relação àqueles em que já tivessem sido elas instaladas — há de fazer-se no sentido de que a prova de sócio-titular da Associação serve apenas para substituir a do exercício profissional, pelo período de dois anos, dos demais requisitos previstos.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para julgar a ação proce-

dente, com condenação da União, em consequência, no reembolso das custas processuais despendidas pelo apelante e em honorários de advogado na base de 20% do valor atribuído à causa, reconhecendo-se o direito de inscrição do autor na Delegacia Regional do Trabalho, em São Paulo, em Relações Públicas.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 36.176 — SP — Rel.: Sr. Min. Aldir G. Passarinho. Apte.: Manoel

Ricardo Davids Ferraz de Souza. Agda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para julgar a ação procedente, com as cominações previstas no voto do Relator. (Em 3-4-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Aldir G. Passarinho.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.253 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

Revisor: Sr. Ministro Peçanha Martins.

Apelante: PLANAUDI — Planejamento e Auditorias Sociedade Civil Ltda.

Apelada: Superintendência do Desenvolvimento da Pesca.

#### EMENTA

Contrato administrativo. — A invalidade ou nulidade de pleno direito opera ex tunc, impedindo os efeitos jurídicos que, normalmente, deveria produzir o contrato. Não cabe indenização ao particular, se ele concorreu com culpa própria para anulação do contrato. Ação de cobrança julgada improcedente. Confirmação da sentença de 1º grau.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provimento à apelação, contra o voto do Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de abril de 1976 (data do julgamento) — Ministro Márcio Ribeiro, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro (Relator): A firma «PLANAUDI — Planejamento e Auditoria Sociedade Civil Ltda» e a «SUDEPE — Superintendência do Desenvolvimento da Pesca» celebraram, a 12-11-70, contrato de locação de serviços de tombamento e fiscalização físico-contábil das empresas sujeitas a incentivos fiscais dessa entidade.

O contrato veio a ser anulado por despacho ministerial de 31-8-71.

Sem discutir as razões da rescisão, a «PLANAUDI» ajuizou contra a

União e a «SUDEPE» ação ordinária de cobrança das faturas ainda não pagas, bem como dos demais serviços prestados em consequência do contrato, pois, segundo argumenta, constituiria locupletamento não retribuí-los.

A causa foi contestada sob fundamento de que a ilegalidade do contrato e os motivos de sua rescisão levam, de acordo com a lei e a doutrina, à impossibilidade jurídica de atendimento à pretensão da autora.

A União subscreveu os argumentos da SUDEPE (fls. 34).

Final, o Juiz, pela — sentença de fls. 45-48, julgou improcedente a ação, condenando em custas e honorários advocatícios de 10% a autora.

Esta apelou com as razões de fls. 51-56, respondidas às fls. 60-64, pela apelada.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da sentença (fls. 71-72, lê).

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro (Relator): O Juiz assim argumentou (lê às fls. 46-48).

Mantenho essa decisão pelos seus fundamentos.

A invalidade absoluta do contrato foi decretada, não só devido à vulneração de norma que, para ele, exigia prévia licitação (Dec.-Lei 200/67, art. 126), como também porque, à época, a autora ainda não estava re-

gistrada como sociedade e, portanto, juridicamente, não existia (C.C. art. 18).

Ora, essa desconformidade do ato com as normas jurídicas que o disciplinam é o que se entende como invalidade, a qual importa em que o ato não produza os efeitos jurídicos que deveria produzir (conf. Federico Campeo — «Curso di Diritto Amministrativo», 1960, pág. 595).

No mesmo sentido, a lição de Marcelo Caetano («Manual de Direito Administrativo», 7ª edição, pág. 282):

«Pelo contrário, nos casos em que a revogação se funda na ilegalidade do ato, a destituição deste equivale a um reconhecimento da nulidade que o fere desde a origem e atinge, logicamente, os efeitos já produzidos, como na anulação contenciosa. A revogação opera *ex tunc*, é uma revogação anulatória».

O contrato nulo de pleno direito é título inábil para pleitear, em juízo, o inadimplemento das obrigações nele estipuladas. E, a anuência tácita de autoridade superior não o convalidaria. (J. Guimarães Menegale, in R.F., 135º, 47).

Além disso, diante dos termos da contestação e da Exposição de Motivos — base do despacho de rescisão — à qual ela se reporta, a procedência da ação ficou na dependência de prova da prestação de serviços com acréscimo do patrimônio da «SUDEPE», o que o autor deixou de fazer, contrariando o art. 209, § 1º do CPC então em vigor.

Necessária era, ainda, a demonstração da boa-fé do autor, que a citada Exposição de motivos nega, pois, ainda que se possa admitir culpa in

contrahendo da Administração na hipótese de anulação de contrato, o respectivo ressarcimento torna-se inadmissível quando o particular

«Fosse consapevole del vizio inficiante il contratto, giacche in tal caso imputet si bi il danno derivatone» (Renato Alessi «La Responsabilità della Pubblica Amministrazione» — II Parte (Speciale, pág. 44).»

E, se o ressarcimento não cabe quando o particular esteja ciente do vício que contamina o contrato, com maioria de razão não deve caber, também, quando tenha concorrido com culpa própria para a aludida contaminação.

Nego, pois, provimento à apelação.

#### VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Revisor): A autora pretende cobrar-se por serviços que, segundo alega, produziram vantagens patrimoniais a ré — a SUDEPE, serviços que se teriam realizado por força de um contrato posteriormente declarado nulo, porque: 1º) ao tempo da celebração, a autora e ora apelante ainda não existia 2º) A contratação se realizou sem o prévio processo de licitação exigido por lei.

Nego provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida. O serviço ou serviços que a autora pretende cobrar foram executados, como prova o documento de fls. 19, na conformidade do contrato posteriormente considerado nulo, sobretudo porque, ao tempo do pactuado, a autora não existia, pelo menos juridicamente. Do contrato nulo não se originam direitos, na conformidade do enunciado de nº 473 da Súmula, salvo direito de terceiro.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, com a devida vênia, meu voto é divergente; dou provimento à apelação.

Cumpra distinguir duas situações diversas: uma é o problema da validade do contrato administrativo, outra é o da remuneração dos serviços efetivamente prestados, em decorrência desse contrato, embora nulo.

A nulidade do contrato não impede a remuneração destes serviços, nem permite que o Estado ou a Administração Pública, se locuplete à custa de quem realmente prestou serviços, privando-o da correspondente remuneração. A proibição do enriquecimento ilícito, princípio geral de direito, atua no campo do Direito Administrativo ainda com maior intensidade, porque, se a um particular não é lícito se locupletar à custa alheia, com muito maior razão, o Estado não poderá fazê-lo. Desde que auferiu vantagens a Administração Pública, e beneficiou-se com os serviços, nada sendo alegado em relação aos mesmos, sua efetividade e qualidade, terá que pagar o seu custo, sob pena de ocorrer o mencionado locupletamento indevido, à custa de quem os prestou, apenas porque o contrato firmado é nulo.

Contrato nulo, segundo o conhecido princípio, não produz efeito, mas não está em cobrança, no caso, a remuneração no contrato convencionada. O fundamento da ação proposta não é o contrato nulo, mas o fato da prestação de serviços, em proveito da Administração, que não é gratuita, e deverá ser remunerada.

Já sustentei esta tese, quando Juiz Federal, numa ação movida contra a União Federal, pela Conservadora de Imóveis Iguassu, na 2ª Vara da Guanabara, em hipótese que envolvia tese semelhante.

Assinado um contrato para serviços de limpeza de edifício onde funcionava uma Repartição Pública, a contratante, antes de registrado o contrato, pelo Tribunal de Contas, por determinação da Repartição — tratava-se, se não me falha a memória, do Departamento dos Correios e Telégrafos — começou desde logo a efetuar a limpeza do imóvel, diariamente. Decorridos alguns meses, foi negado registro ao contrato que, em consequência, ficou destituído de eficácia, nos termos da lei.

Para se ressarcir pelos serviços que havia prestado, inclusive efetuando despesas com pessoal e material, moveu a Conservadora de Imóveis Iguassu uma ação, que julguei procedente, justamente para evitar o enriquecimento ilícito do Estado, a meu ver de todo inadmissível.

Sustentei, todavia, que não deveria ser pago à autora o preço integral dos serviços, com o lucro esperado, pelos valores vigentes no mercado, mas deveria esta, apenas, se indenizar pelas despesas realizadas, de modo a não sofrer prejuízo; dessa forma, impedir-se-ia, também, que o contratante auferisse lucro, na prestação de serviços decorrentes de contrato inválido ou ineficaz, o que envolveria, em última análise, assegurar os consequentes efeitos, em seu benefício.

Fiquei numa posição intermediária: o Estado ou a Administração não iria se locupletar com os serviços prestados, nem o contratante auferiria lucro, podendo somente reaver o estrito custo da limpeza do edifício ocupado pela Repartição, durante longo período, dispendendo aquele, para a execução dos mencionados serviços, importâncias com material e pessoal.

Fiel a esse entendimento, que ora mantenho, seu levado a reformar a sentença, com a vênia dos eminentes Ministros, Relator e Revisor.

Recebi memorial da apelante, e estou de acordo com as teses nele defendidas que correspondem ao mesmo entendimento esposado na referida sentença, no que diz respeito à admissibilidade de pleitear indenização quem efetivamente prestou serviços, não obstante a nulidade do contrato firmado, em benefício da Administração Pública.

Neste memorial é invocada a doutrina, nacional e estrangeira, sendo transcritas palavras de Hely Lopes Meirelles, verbis:

«A inexistência de ajuste escrito ou o defeito de forma vicia irremediavelmente a manifestação de vontade da Administração e invalida o conteúdo contratual. Poderá em tal caso ocorrer a obrigação de indenizar obras e serviços realizados sem contrato ou com contrato defeituoso, mas já então a causa do pagamento não é o contrato ilegal, mas sim a prestação de um fato ressarcível ao particular, estranho à falta interna da Administração (Direito Administrativo Brasileiro 2ª ed., p. 229)»

Nele também foi invocado o ensinamento de Laubadere (Tratado de Direito Administrativo, 6ª ed., vol. I, pág. 3.611, nº 624), no sentido de que a noção do enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito, aplicável em matéria de obras públicas, mesmo sem texto, o que pode ser ampliado a outros serviços prestados à Administração.

O Sr. Ministro Peçanha Martins: V. Exa. não acha que Hely Lopes Meirelles e outro autor estrangeiro estão se referindo aos terceiros que contratam com as empresas que celebraram contrato com o Estado?

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Menciona Hely Lopes Meirelles «a obrigação de indenizar obras e serviços realizados sem contrato ou com contrato defeituoso», e esclarece, ainda, que então a causa do pagamento não é o contrato ile-

gal, mas a prestação de um fato ressarcível ao particular.

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Citando Hely Lopes Meirelles, no corpo da sentença, está: «se indenizam terceiros». É isso que Hely Lopes Meirelles diz, como referi em meu voto. Está-me parecendo que quem pode ser indenizado é o terceiro que contrata de boa-fé com aquela empresa que contratou com o Estado.

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Não me parece que assim seja, data venia.

Cita ainda o memorial, acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que vão além do princípio que adoto, e admitem se assegurem ao prestador dos serviços, inclusive, os lucros esperados. Não vou tão longe.

Num desses acórdãos, se proclama:

«Reconhecida a nulidade do contrato, certo é que a quem contratou, irregularmente, com a Administração Pública nunca toca o direito de reclamar os esperados lucros, ou cláusula penal, ou perdas e danos pelo inadimplemento, verbas, que, somente se válido o contrato, seriam de pretender. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, para que não haja injusto enriquecimento da Administração. Tal remuneração deverá atender aos preços normais dos serviços, não apenas o reembolso do custo, porque se assim não fosse ainda correria injusto locupletamento, com obtenção de serviço por preço inferior ao normal (Revista de Direito Administrativo, vol. 54, pág. 119).

No outro, por sua vez, ficou afirmado:

«Havendo enriquecimento da Administração com o fornecimento de mercadorias, estas devem ser indenizadas a despeito da irregularidade do contrato». (Revista de Di-

reito Administrativo, vol. 99, pág. 278).

Também acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são referidos no memorial aludido (Rev. de Jurisprudência do TJRGS, vol. 27, pág. 228 e vol. 28, pág. 147).

Já proferi, outrossim, em primeira instância, uma outra decisão que poderia parecer, em contradição com o ora exposto, à primeira vista.

Um funcionário do Colégio Pedro II recebeu adiamento para compra de gêneros destinados ao internato, e, efetuadas as mesmas, os respectivos pagamentos foram considerados irregulares, por resultarem de contratos cujos registros antes foram negados pelo Tribunal de Contas, por falta de concorrência pública; em consequência, na prestação de contas do funcionário, o referido Tribunal apurou o débito e determinou fossem descontadas, dos seus vencimentos, as quantias indevidamente aplicadas.

Insurgindo-se o funcionário contra estes descontos, com a alegação de haverem sido os alunos do internato alimentados com os gêneros adquiridos e por ele pagos, e que não podia ser constrangido a restituir ao Tesouro aquelas importâncias, propôs a mencionada ação.

Julguei-a improcedente, mas diante do obstáculo, que me pareceu inarredável, consistente na decisão proferida pelo Tribunal de Contas, em matéria de sua atribuição específica, ao julgar prestação de contas, quando não aceitou a comprovação apresentada, e determinou a restituição das importâncias dos adiantamentos, reconhecendo em alcance o servidor.

Não podia eu, em consequência, contrariar essa decisão do Tribunal de Contas, nem anulá-la, e daí haver concluído pela improcedência da ação.

Ocorreu, nessas condições, circunstância especial e peculiar, ine-

xistente no caso da Conservadora de Imóveis Iguassu, e também na hipótese dos autos, que é diversa.

Por essas razões, sou levado a dar provimento à apelação, para julgar a ação procedente, com a ressalva que antes fiz, no sentido de que a indenização a ser paga à autora, deverá cobrir somente as despesas, isto é, o custo real dos serviços, sem os lucros; condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas e honorários de advogado, de 10% sobre o que for apurado.

#### EXTRATO DA ATA

AC. 37.253 — RJ. — Rel.: Sr. Min. Márcio Ribeiro. Apte.: PLANAUDI — Planejamento e Auditorias Sociedade Civil Ltda. Apda.: Superintendência do Desenvolvimento da Pesca — SUDEPE.

Decisão: Negado provimento à apelação, contra o voto do Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Falou o Dr. Almiro do Couto e Silva. (Em 26-4-76 — 1ª Turma).

O Sr. Min. Peçanha Martins votou de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Márcio Ribeiro.

#### EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 39.964 — MG

Relator: Exm.º Sr. Ministro Justino Ribeiro

Revisor: Exm.º Sr. Ministro Otto Rocha

Embargante: Fundação Serviços de Saúde Pública

Embargada: Luiza Eliza Ribeiro

#### EMENTA

Processual e Administrativo. Julgamento ultra petita e reformatio in peius. Amplitude dos embargos. Renúncia à prescrição por Administrador Público — Impossibilidade. Vantagem criada por órgão da administração indireta — Impossibilidade de sua incorporação a proventos de funcionário.

1) Tendo o CPC mantido o princípio jura novit curia, não julga ultra petita nem reforma in pejus o acórdão que, na apelação, aplica disposição legal não apreciada na sentença;

2) O campo dos embargos infringentes se delimita pelo decisum, pela parte do pedido ou da defesa que cada voto acolhe ou repele; não pelos fundamentos ou razões de decidir;

3) Não há renúncia à prescrição, no que se relacione com o patrimônio público, senão através da lei em sentido estrito ou formal;

4) Vantagem criada pela Fundação Serviço Social de Saúde Pública. Sua posterior extensão a aposentados pela Resolução nº 442/69. Sustação de seus

efeitos por impugnação do Ministério Público e sua posterior revogação, por ilegal. Inexistência, de qualquer modo, de direito a tal vantagem por servidora que anteriormente renunciara a sua condição de empregada celetista da mesma Fundação, passando aos quadros do Ministério da Saúde, enquadrando-se aí como funcionária (Lei 3.780/60) e depois se aposentando pelo Tesouro, segundo o regime da Lei nº 1.711/52.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, contra os votos dos Srs. Ministros Revisor, Jarbas Nobre, José Dantas, Washington Bolívar de Brito e Carlos Mário Velloso, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 4 de outubro de 1979. (data do julgamento). — Ministro José Néri da Silveira Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Trata-se de Embargos Infringentes opostos pela Fundação Serviços de Saúde Pública a acórdão da E. Terceira Turma que, por maioria, confirmou sentença pela qual fora condenada a restabelecer título de integração de proventos, certa gratificação que a embargada, funcionária aposentada pela União em 1961, vinha recebendo da embargante.

2. O Dr. Juiz de 1º grau, após repetir parcialmente a arguição de prescrição, por entender que esta só atingiria as prestações mensais, julgara procedente a demanda, argumentan-

do que a gratificação, paga pela ré a título de compensação por se sujeitar ali a autora a jornada de trabalho excedente do horário então exigido ao funcionário público, assumia o caráter de «cargo gratificado» e, assim, havia de lhe integrar os proventos, pois sua aposentadoria se fundava no art. 178, item III, do Estatuto dos Funcionários, que manda aposentar com vencimento ou remuneração integral o funcionário acometido de doenças graves, especificadas em lei.

3. No julgamento da Turma, como posteriormente esclarecido através de decisão proferida em embargos declaratórios prevaleceram, compondo os fundamentos do julgado, os votos do Relator, eminente Ministro José Néri da Silveira, e do Vogal, Ministro José Dantas. Aquele, após minucioso estudo da maneira como a autora embargada ingressou no antigo Serviço Especial de Saúde Pública, passando depois ao Ministério da Saúde por força da Lei nº 3.750/60, que transformou o Serviço na atual Fundação e mandou passar ao Ministério os servidores que não optaram pela permanência na nova instituição; e de examinar a Resolução nº 442, de 17-2-69, pela qual a embargante decidira pagar a vantagem reclamada também a seus servidores inativos, assim conclui seu douto voto:

«Penso que a sentença deve ser mantida, em ordem a assegurar-

se à autora, na inatividade, perceber a integralidade do que recebia quando em exercício, dado que a aposentadoria decorreu de moléstia das capituladas em lei como a garantir proventos integrais. A vantagem era integrante do sistema de remuneração vigente na Fundação SESP, à época (fls. 62). Se à União cabe reembolsar a Fundação, constitui questão que se poderá resolver entre as rés (Constituição, art. 205). Certo é que a autora faz jus a perceber o quantitativo reclamado, próprio de sua normal jornada de trabalho, como bem destacou a sentença (fls. 103).

O aresto do STF invocado no apelo (fls. 118-121), no R.E. nº 68.992-MG, é inaplicável à espécie.

Considerando, entretanto, que a pretensão da autora se formulou em decorrência da extensão aos inativos, feita pela Resolução nº 442/1969, da vantagem, da suplementação em referência, certo é que a percepção de tal vantagem deve retroagir, apenas, a fevereiro de 1969, desconsiderando-se, assim, as parcelas anteriores a essa data.

Para tanto, dou parcial provimento aos recursos.» (fls. 162-63).

O eminente Ministro José Dantas votou assim:

«Ao que percebi, na realidade a autora não tinha o que reclamar em termos do Estatuto dos Servidores Civis, desde que, no que competia à União, da qual era funcionária, integralmente lhe foi concedida a aposentadoria. Entretanto, tenho que considerar que se a Fundação, que recebeu serviços dessa funcionária, estabeleceu um adendo à aposentadoria no Serviço Público, como é a linguagem da Resolução 442, de 1969, a eficácia dessa Resolução, para o caso, não pode ser negada.

A posterior revogação não significa que a vigência da Portaria não tenha deixado marca certa da produção de direito no quanto se propôs estender aos servidores aposentados no Serviço Público aquela complementação. Estou, portanto, até este ponto, me alinhando ao voto do Excelentíssimo Sr. Ministro-Relator.

Mas, resta-me certa dificuldade em propor esta adesão em termos integrais, pois, para mim, se a União nada deve à servidora, e se o direito pleiteado se funda em norma de exclusiva responsabilidade da Fundação, parece-me que a Fundação é que deve ser condenada ao pagamento da prestação devida, sem mais qualquer outra cláusula.» (fls. 167).

E a decisão, conforme depois explicitado no julgamento dos embargos declaratórios, foi a seguinte:

«... A Turma, por maioria de votos, vencido o Ministro Revisor, deu provimento parcial às apelações, nos termos do voto do relator».

(Cf. fls. 179, rodapé, 180 e 185).

O voto vencido, do eminente Ministro Aldir G. Passarinho, depois de assinalar que se o direito postulado pela autora tivesse por fundamento o Estatuto dos Funcionários e a Constituição de 1946, não entendera a sentença, estaria irremediavelmente prescrito, pois não se poderia tomar a Resolução nº 442/69 como renúncia à prescrição como argumentara a autora, conclui por este modo:

Data venia, entendo que razão não assiste à ora apelada.

A Resolução nº 442, cuja entrada em vigor foi estabelecida para o dia 17 de dezembro de 1969, não chegou

a produzir quaisquer efeitos, eis que, embora não tenha sido revogada — como alega a ré — foi sustada nos seus efeitos, como assinala a postulante, e resulta do ato publicado no Boletim Interno da Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, de 25 de fevereiro de 1970.

Dita Resolução, sequer tendo chegado a produzir efeitos patrimoniais, não chegou a fazer surgir em favor da demandante direito adquirido. Tratava-se, pelo menos no tocante à ora apelada, de indiscutível liberalidade, pelo que poderia ser revogado o ato, como o foi, até porque, na verdade, pela sua natureza, não poderia ser considerada como gratificação incorporada, por se tratar de pagamento por horas extras.

E de ver que a r. sentença de 1º grau sequer menciona, na sua parte decisória, a Resolução nº 442, e a própria apelada nela se alicerça precipuamente para considerá-la apenas como ato de renúncia à prescrição, posto que igualmente embasa a reivindicação na Lei nº 1.711-52, como o faz o nobre Juiz, e também na constituição de 1946, vigente ao tempo da aposentadoria, mas já não vigorante, em 1969, quando da expedição da aludida Resolução 442.

Pelo exposto, considerando atingido pela prescrição o próprio fundo do direito, se existente, com base na Constituição de 1946 e Lei nº 1.711-52, não tendo a Resolução nº 442 como implicando em renúncia à prescrição, como pretende a autora, e admitindo que possa realmente a Administração sustar os efeitos da Resolução nº 442, como o fez, dou provimento à apelação para julgar a ação improcedente. Em consequência, condeno a autora nas custas e em honorários de advogado, os quais fixo em 10% do valor atribuído à causa, os quais deverão ser recolhidos a

favor da União e do Fundo, metade para cada um.» — (Fls. 165-66).

4 — A embargante argúi, preliminarmente, a nulidade do acórdão, sustentando que houve julgamento extra et ultra petita, reformatio in pejus e apreciação de matéria preclusa. As duas primeiras máculas, o respeitável decisório embargado as teria adquirido, por fundamentar-se na Resolução nº 442-69, na qual não se amparou o pedido inicial. A autora a invocou tão-só para afirmar que ela representaria renúncia à prescrição. Os outros dois vícios do julgados, isto é, a reformatio in pejus e a apreciação de matéria preclusa, resultariam do fato de a sentença não se haver baseado nessa Resolução, que nem chegou a mencionar, mas no Estatuto dos Funcionários e na Constituição. Assim — argumenta a embargante — sua aplicação ou não ao caso constituía matéria preclusa e o acórdão não podia, com apoio nela, decidir o recurso em desfavor do apelo da embargante. Eis como a embargante resume a questão, verbis:

«Houve flagrante inovação na li-de, porque a Resolução nº 442-69, repita-se, não foi objeto do pedido, da sentença, do recurso e das contra-razões. A E. Turma supriu a omissão da parte e do Juiz conhecendo de questão nunca suscitada e, ainda que se admita o contrário, a título de argumentação, estaria preclusa, pela omissão da sentença e das contra-razões à apelação» (fls. 191).

No mérito, argumenta que a referida Resolução nº 442-69 entrou em vigor em dezembro de 1969 e logo foi revogada pela de nº 456/70, não chegando a produzir efeito. Além do mais, não sendo retrooperante, tal norma não podia alcançar a aposentadoria da embargada, verificada

muitos anos antes. O Estatuto dos Funcionários não prevê a gratificação que a embargante paga a seus servidores em atividade e, logo, não podia a mesma ser mandada pagar à servidora inativa com base em seu art. 178, referente tão-só aos vencimentos e vantagens integrais do cargo, que ela já recebe pelo Tesouro. Nenhuma lei obrigá a embargante a estender tal vantagem ao inativo. Por isto, o acórdão não tem respaldo legal e contraria o art. 153, § 2º, da Constituição, pois não sendo a embargante instituição previdenciária, qualquer pagamento a servidores seus inativos teria de ser feito pela Previdência. Cita a embargante, como violados pelo acórdão, vários dispositivos de lei, inclusive os do Código Civil alusivos à prescrição, por cujo reconhecimento volta a insistir, já no final da petição (fls. 187/196).

Os embargos foram impugnados (fls. 201/204).

5. Falou a União como assistente da embargante. Adota as razões desta e invoca a Súmula 359 da jurisprudência do Excelso Pretório, segundo a qual a aposentadoria se rege pela lei vigente à época de sua decretação. A resolução 442/69 não podia alcançar a autora, aposentada muito antes (fls. 207/08).

E o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Como bem assinalou a embargada, a preliminar de nulidade do acórdão por julgamento ultra petita ou reformatio in pejus não tem o menor fundamento. A embargante incide na confusão, hoje muito freqüente até em livros que por aí pululam, entre decisão e razão de decidir. O Código de 1973 manteve o

secular princípio *iura novit curia*, pelo qual o juiz aplica ao caso concreto a lei que incidiu, pouco importando se invocada pela parte ou omitida pela decisão sob recurso. Nem se pense que o art. 128 seria limitação ao princípio. Questão de que este trata, não tem que ver com a lei ou com o direito positivo, mas com o que as partes devam alegar em matéria de fato ou de direito subjetivo.

Os embargos se inspiram — facilmente se vê — na idéia do prequestionamento de que trata a Súmula 282 do Pretório Excelso, aos poucos dilatada a hipóteses em que a decisão submetida ao apelo extremo é omissa a respeito da lei dita incidente na espécie, remetendo-se, destarte, para a rescisória, o que, pelo aludido princípio, caberia no apelo extremo mesmo. Mas a Súmula 282 não tem que ver com a apelação, cuja força devolutiva plena, inscrita nos arts. 515 e segs., só encontra limite na parte do pedido ou da defesa (objetivamente considerados), a respeito da qual o apelante aceitou a decisão do 1º grau.

Portanto, ao se fundamentar na Resolução 442/69, tomando-a como lei para o caso, o venerando acórdão não incorreu em nenhuma das faltas que lhe são irrogadas.

Rejeito a preliminar.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Também aqui se insinua, tanto nos embargos como na impugnação, outra confusão encontradíssima em escritos menos meditados. Pretende-se balizar o campo dos embargos pelos fundamentos do voto vencido. Ora, como na apelação, os embargos se delimitam pelo *decisum*. A divergência de que falta o art. 530 é quan-

to ao **decisum**. Nada tem que ver com os fundamentos, com as razões de decidir. Se o pedido consiste em  $a + b + c$ , há divergência se um voto exclui ao menos uma dessas parcelas. Igualmente, se a defesa consiste em  $c+d$  (como prescrição ou carência de ação e mérito), divergência ocorre se um voto deixa de acolher uma delas. Ao revés, se todos os votos coincidem em atender ao pedido no todo ou em parte, ou em desacolher a ambas as defesas ou a uma delas, divergência não há. Não importa se um Ministro vota por considerar a lei revogada e o outro por entendê-la inaplicável ao caso; ou se um por entender provado certo fato e outro por considerar tal fato sem importância para o caso.

No caso concreto, o voto vencido acolheu totalmente a defesa, isto é, julgou prescrita a ação e, se o não fora, a julgaria improcedente, in verbis:

«Pelo exposto, considerando atingido pela prescrição o próprio fundo do direito, se existente, com base na Constituição de 1946 e Lei nº 1.711/52, não tendo a Resolução nº 442 como implicando em renúncia à prescrição, como pretende a autora, e admitindo que possa realmente a Administração sustar os efeitos da Resolução nº 442, como o fez, dou provimento à apelação para julgar a ação improcedente.» (Fls, 166).

O âmbito dos embargos, é, pois, de abrangência total da prescrição e da total improcedência, como formulados.

2. Isto posto, e sem qualquer desmerecimento aos respeitáveis votos vencedores na Turma, fico com esse voto vencido e recebo integralmente os embargos, isto é, dou pela prescrição da ação e, se vencido nesta parte, julgo-a improcedente quanto ao mérito.

E assim decido porque, quanto à prescrição, não há dúvida de que

atinge aí o chamado fundo do direito, pois não há de cogitar da inexistência de ato denegatório desse direito, como quer a embargada, desde que logicamente está ele no próprio ato de aposentadoria sem a concessão da vantagem que só oito (8) anos depois veio a ser pleiteada. E não há falar em renúncia à prescrição, pois tal fato inexistente em se tratando de administração de qualquer instituição pública. Renunciar é abrir mão de direito e o administrador público não pode fazê-lo, porque não administra patrimônio seu. Somente a lei, feita em nome do povo que é o proprietário dos bens públicos, pode renunciar a prescrição. Resolução não é lei.

Quanto ao mérito do pedido da autora embargada, consta do processo que ela, não tendo optado pela permanência nos quadros da Fundação ré, sujeita ao regime da CLT, passou para o Ministério da Saúde como extranumerária da União, sendo aí enquadrada de acordo com a Lei nº 3.780/60, e, depois, aposentada. Como, então, pretender vantagem que ela, não querendo permanecer na Fundação, obviamente renunciou? Mas, mesmo que ela houvesse permanecido na Fundação, continuaria sem base legal para exigir tal vantagem. É que a tal gratificação, criada pela embargante sem qualquer autorização legislativa, ou sem que para isto dispusessem de poder seus administradores, não tem qualquer condição de sobrevivência jurídica.

Consta, a fls. 22, que a Resolução nº 442 teve sustados seus efeitos — não foi revogada como se vem dizendo — porque foi impugnada pelo Ministério Público, na sua condição de Fiscal das Fundações. É que a Fundação, apesar de reger-se pelo direito privado, é na realidade constituída de patrimônio e bens públicos, por isso que instituída e subvencionada ou mesmo mantida pelo governo.

Em verdade, a Resolução nº 442/69 não foi revogada mas, sim, anulada por ilegal.

É comum aos administradores desses entes descentralizados do serviço público, mormente depois que, ao invés de autarquia, passaram a receber nomes de fundação e empresa pública, entraram a praticar liberalidades como se fossem donos de empresas privadas, lidando com patrimônio próprio. Ainda há pouco se me depararam criações tais, da Caixa Econômica e do SERPRO. Tenhas todas por insustentáveis do ponto de vista jurídico, embora possam até merecer encômios sob outro prisma.

Finalmente, não encontrando a vantagem de 35% aqui considerada meio de convivência com as que o Estatuto dos Funcionários arrola em seus arts. 118 e 145, sua incorporação aos proventos de inatividade só poderia exsurgir, se fora o caso, da citada Resolução nº 442/69. Mas aí, como bem acentua o Dr. Paulo Sollberger, verdadeiro expert na matéria, a própria Súmula 359 fulminaria a pretensão da embargada.

Recebo integralmente os embargos, como dito. Custas e honorários advocatícios pela embargada, estes arbitrados em 20% do valor atribuído à causa.

#### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Revisor): Sr. Presidente: Mantenho o V. acórdão embargado.

Em verdade, segundo destacou o eminente Ministro José Dantas, a autora, ora apelada, nada tinha a reclamar em termos de Estatuto dos Servidores Civis, pois a União Federal a aposentara com vencimentos integrais. Mas, sim, da Fundação, que dela recebera serviços, «estabelecendo um adendo à aposentadoria do Serviço Público, como é a linguagem da Resolução 442, de 1969.»

Tal assertiva, encontra apoio na norma legal, qual seja o disposto no

art. 34, do Dec. 49.464, de 7-12-60, que regulamentou a Lei nº 3.750, de 11-4-60, *in verbis*:

«Além dos seus salários de extranumerários da União, é assegurada aos servidores a que se refere a alínea a do art. 30, a percepção, pelos cofres da Fundação, das vantagens que lhes tenham sido concedidas pelo Serviço Especial de Saúde Pública, até a data da publicação da Lei nº 3.750, e que não forem computados naqueles salários».

Com estas breves considerações, o meu voto é no sentido de rejeitar os embargos.

#### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente: Se bem compreendi a matéria, a autóra teria sido aposentada à conta da União Federal em 1962; e só vários anos depois é que foi baixada a resolução assegurando complementação aos servidores da Fundação que se aposentaram. Entendo que, data venia, não é caso de se falar em prescrição, tendo em vista que a prescrição a ser considerada deveria ser da data dessa resolução em diante, já que, nos anos anteriores, a autora não poderia exercer esse direito porque ele não existia. Então, a meu ver, não há prescrição. Entendo que a União não pode suportar um encargo que não decorra de lei nem de iniciativa sua. Por esses fundamentos, recebo os embargos, para negar à autora o direito a essa complementação.

Aceito a argumentação do eminente Relator, em dois pontos: primeiro, porque essa resolução não tem validade jurídica; segundo, porque a regra é que a aposentadoria é regida pela lei do tempo. Por esses dois motivos, recebo os embargos, rejeitando a parte preliminar quanto à prescrição.

#### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente: O problema da pres-

crição não teria qualquer consequência se a Resolução nº 442, de 1969, fosse considerada válida. Pelo que entendi, este ato normativo não teve a mínima consequência, eis que revogado dois ou três meses após a sua expedição. Atento a esta circunstância, é evidente que há incidência prescricional, uma vez que, aposentada a servidora em 1962, não poderia em 1970, pleitear benefício, sob pena de incorrer no instituto da prescrição. Sendo assim, recebo os embargos com os suprimentos do brilhante voto do eminente Ministro-Relator.

#### EXTRATO DA ATA

EAC 39.964 — MG — Rel.: Sr. Min. Justino Ribeiro. Rev.: Sr. Min. Otto Rocha. Embte.: Fundação Serviços de Saúde Pública — FSESP. Embda.: Luíza Eliza Ribeiro.

Decisão: Contra os votos dos Srs. Ministros Revisor, Jarbas Nobre, José Dantas, Washington Bolívar de Brito e Carlos Mário Velloso, o Tribunal recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Sustentaram oralmente os Drs. Maria Cristina Paixão Côrtes e Geraldo Fonteles, Subprocurador-Geral da República. (Em 4-10-79-T.Pleno).

Os Srs. Ministros Wilson Gonçalves, William Patterson, Armando Rollemberg, Aldir Guimarães Passarinho, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite e Antônio Torreão Braz votaram de acordo com o Relator. Impedido o Sr. Min. Márcio Ribeiro (RI art. 3º). Não participou do julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

#### EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.174 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

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

Embargado: Comercial Futebol Clube

#### EMENTA

Tributário. Contribuições previdenciárias. Prescrição. Natureza tributária.

O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei nº 6.830/80 (art. 2º, § 9º), era de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, ante a natureza tributária das referidas contribuições.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de maio de 1981 (data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Inicialmente, apelou o INPS, atualmente IAPAS, de sentença que, julgando embargos opostos por Comercial Futebol Clube, entendeu ser de cinco (5) anos o prazo prescricio-

nal da ação executiva de contribuições previdenciárias relativas ao período de janeiro de 1966 a outubro de 1968.

A antiga 1ª Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Revisor, considerou realmente prescrita a ação, sujeitando as contribuições previdenciárias às regras do regime tributário.

O IAPAS, porém, sob o pálio do voto vencido, interpôs, em tempo, os presentes embargos infringentes, sustentando ser de trinta, e não de cinco anos, o prazo prescrito, ao fundamento do art. 144 da LOPS, c/c o art. 1º do CTN, que põe a salvo a respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.

Sem impugnação da parte adversa.

Oficiou a Subprocuradoria-Geral da República fls. 67-68 — pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: (Relator): A antiga 1ª Turma, por maioria, entendeu que às contribuições previdenciárias se aplica o prazo decadencial e prescrito quinquenal, próprio do regime tributário (CTN, arts. 173 e 174). Eis a ementa do acórdão:

«Tributário. Contribuições previdenciárias. Prescrição quinquenal.

Equiparada a contribuição previdenciária ao crédito tributário (C.F., art. 21, § 2º, I), está sujeita às regras de decadência dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Na-

cional que revogam o art. 144 da LOPS.

A autarquia em causa é órgão de administração indireta da União (DL 200-67, art. 5º, I; DL 72-66, art. 2º), entende-se que a ela se aplica a expressão «Fazenda Pública» para a obtenção de privilégios, inclusive processuais, devendo, portanto, arcar com os ônus correspondentes.

Provimento parcial do apelo, entretanto, quanto à verba honorária e custas. (Fls. 59)».

O voto do Revisor, E. Ministro Márcio Ribeiro, deu por impossível ter por revogado o art. 144 da LOPS que prescreve prazo maior de trinta anos. Arrimado nesse entendimento adverso, opôs o IAPAS embargos infringentes.

Demonstrado o desacordo, conheço dos embargos.

A tormentosa questão do prazo prescricional das contribuições previdenciárias é por demais conhecida por esta Corte. Filio-me à corrente que as considera tributo e, portanto, sujeitas às regras de decadência e prescrição inscritas no CTN, isto é, quinquenal. Como fundamento de decidir, junto cópia do trabalho elaborado pelo meu ilustre assessor, Dr. Antônio Carlos Fonseca, que analisa todos os ângulos da questão, cuja leitura dispenso.

## O Caso Concreto

Como se vê do processo administrativo apenso, o débito originário compreende o período de competência de janeiro a outubro de 1968. Neste mesmo mês e ano, ou seja, outubro de 1968, deu-se início ao lançamento através do auto de infração. No ano seguinte (junho-69) operou-se a constituição definitiva, com a notificação ao devedor. Cinco anos e oito

meses depois foi ajuizada a execução. distribuída em 6-3-75 e cumprida a diligência de citação em 24 de abril daquele mesmo ano. No interregno que mediou entre a constituição definitiva do crédito e o ajuizamento, não se verificou nenhuma das hipóteses de interrupção da prescrição previstas no § único do art. 174 do CTN..

O devedor, nos seus embargos, invocou a seu prol, a prescrição quinquenal, no que foi atendido pela sentença de 1º grau; esta confirmada pelo acórdão ora infringido.

Conheço dos embargos e nego-lhes provimento, para manter a sentença.

É o voto.

Cópia anexa aos EAC 44.174-SP.

### Das Contribuições Previdenciárias

A. Carlos Fonseca.

#### Sumário:

I. — Natureza jurídica.

II. — Sistema de lançamento

III. — O problema da decadência e da prescrição.

IV. — Considerações sobre os «depósitos» para o FGTS.

V. — Conclusões

VI. — Fontes de pesquisa.

Janeiro-1981

#### I — Natureza jurídica

Analisando as contribuições previdenciárias, à luz do conceito jurídico de tributo (CTN, art. 3º), é de ver que elas revelam uma estrutura de obrigação tributária.

Para Antônio Carlos Nogueira Reis, as contribuições específicas, v.g. as de natureza previdenciária, são exações que coexistem com as demais figuras tributárias in Rev. de Dir. tributário, n. 3, p. 23). No reconhecimento da natureza tributária de ditas contribuições, seguem-se

Aliomar Baleeiro, Fábio Fannuchi, Alfredo Becker, Geraldo Ataliba e outros doutrinadores de escol, sem conta. Também Sérgio Francisco de La Garza, Professor do Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, não nega às contribuições especiais o caráter tributário, reconhecendo nelas «una estructura de obligación tributaria» (la Naturaleza Jurídica de Las Cuotas de Seguridad Social en el Derecho Mexicano — Rev. de Dir. Tributário, n. 3).

Além das teorias fiscal e parafiscal, há outras, no mesmo sentido de classificar as contribuições previdenciárias, como a teoria do salário diferido ou socializado, do salário atual, e da exação sui generis. A esta última se filiam o Prof. Inocêncio Coelho, da Univesidade Nacional de Brasília e Pontes de Miranda. Para Alberto Xavier é um prêmio de seguro de direito público. Já para Otávio Bueno Mangano, trata-se de uma espécie distinta de tributo.

Fannuchi ressalta a sua natureza parafiscal, como Morselli. Este afirma que a «distinção de tributo reside na sua finalidade — traço característico da parafiscalidade:»

Marco Aurélio Greco, bem como Contreiras de Carvalho defendem a natureza tributária das contribuições (Revista Ltr 44/141 — fev., 1980).

Mas ponto a merecer alento é a posição de Geraldo Ataliba sobre o tema, que reforça a natureza jurídica das contribuições previdenciárias.

O Prof. Geraldo Ataliba — a par da autonomia dos ensinamentos contidos na obras «Contribuição de Melhoria», do Prof. Bilac Pinto, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, — conclui que no Direito Tributário brasileiro vigente não existe nenhuma verdadeira contribuição

além da de melhoria, embora teoricamente possa o legislador criar uma contribuição verdadeira.

Isto significa dizer que todas as figuras rotuladas de «contribuição» trazem, subjacentemente a sua estrutura, característica de taxa ou imposto. Não é pois o nome por que se identifica a natureza específica do tributo (CTN, art. 4º) e sim a sua respectiva hipótese de incidência.

E aduz o Prof. Geraldo Ataliba:

«Uma série de considerações sistêmicas conduz inexoravelmente a reconhecer que o termo «contribuição», unido pela constituinte na disposição do art. 21, § 2º, n. I, não está empregado em seu sentido técnico, mas, sim, como sinônimo da designação genérica «imposto».

.....  
«Há quem queira fazer repousar as contribuições no § 2º, n. I, do art. 21 do texto constitucional.

«As três «contribuições» aí referidas correspondem simetricamente aos mandamentos do parágrafo único do art. 163, n. XVI do art. 165 e § 1º do art. 166.

«Tal previsão (art. 21, § 2º, n. I) tem só o sentido e finalidade de submeter as referidas «contribuições» ao regime tributário.

«A Constituição não descreve suas hipóteses de incidência. Limita-se a dispor que a primeira mencionada (para intervenção) é «destinada» ao custeio dos serviços e encargos da intervenção (parágrafo único do art. 163).

«Quanto à segunda (chamada contribuição previdenciária) configura tecnicamente imposto ou taxa, conforme o contribuinte seja empregador ou empregado (V. nosso sistema Constitucional Tributário Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, págs. 184 e segs.).

«Só as terceiras podem ter caráter mais amplo, pelo teor vago e genérico do enunciado constitucional».

(In Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 2 — São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 22 e 23).

A respeito da questionada contribuição, sobre a sua autonomia como figura tributária específica, — e ainda a perscrutar a sua natureza — vale aqui um registro. Pronunciamentos do Eg. Supremo Tribunal Federal conduzem a classificação da contribuição parafiscal (nela incluídas as contribuições previdenciárias) como uma figura distinta de imposto e de taxa. É o que se vê, v.g., no acórdão do RE 80.613:

«Adicional ao frete para renovação da Marinha Mercante.

II — Não constitui taxa, nem imposto, com destinação especial. É ele uma contribuição parafiscal, tendo em vista a intervenção no domínio econômico....».

Vale ressaltar que a parafiscalidade não interfere na natureza específica do tributo, pelo menos no Direito Tributário pátrio. Mas o que é a parafiscalidade? É a capacidade atribuída por lei a pessoas não políticas de arrecadar tributos em «benefício de suas próprias finalidades». Não basta a simples atividade de arrecadar, atribuída a pessoa diversa do estado, para caracterizar a parafiscalidade. É necessário que a mesma pessoa arrecadadora seja titular do tributo. O ITR é lançado e arrecadado pelo INCRA, mas nem por isso é um tributo parafiscal.

Como dito, a parafiscalidade é característica extrínseca à natureza específica do tributo, pois está dissociada da estrutura da hipótese de incidência tributária.

Só queria fazer essa observação, sem pretender ildir a tese de que a contribuição parafiscal constitui um *tertium genus*, negada por Bandeira de Melo, Carvalho Pinto, Alfredo Augusto Becker e outros, segundo afirma Ataliba:

As contribuições previdenciárias comportam várias hipóteses de incidência. Casos em que se apresentam como um tributo não-vinculado, como é o caso das contribuições do empregador, e aí ter-se-ia imposto; mas se identificam como tributo indiretamente vinculado respeitante às contribuições devidas pelo contribuinte-empregado, com característica «sinalagmática comutativa» (cf. Alberto Pinheiro Xavier). Tal classificação, de aceitação pacificada na comunidade jurídica, se assenta no aspecto material da hipótese de incidência. É criação do Prof. Geraldo Ataliba. O critério é eminentemente jurídico, o que afasta os conceitos doutrinários de cunho econômico e financeiro.

As considerações pré-jurídicas, de ressaibos econômicos e financeiros, para efeito de fixar a natureza específica do tributo, baseadas na causa e vinculadas à destinação, inspiradas na doutrina de alguns autores italianos e sobretudo de Giannini, não encontram amparo no Direito Tributário Brasileiro e, tampouco, resistem aos critérios de ordem científica.

A propósito, escreveu Geraldo Ataliba:

«Mesmo entre os autores que são pela autonomia das contribuições diante das demais espécies tributárias, os argumentos usados para sustentar essa posição são, em geral, não jurídicos. Embora todos os verdadeiros juristas (que são poucos) proclamem que o que define os tributos é sua h.i., não se vê na literatura qual é a h. i. genérica das contribuições.

Já tivemos oportunidade de deixar explícito nosso pensamento: a h.i. das contribuições é uma atuação estatal indireta e mediatamente referida ao obrigadô (e referida mediante um elemento ou circunstância intermediária).

O mestre A. D. Giannini escreve que o «tributo especial se vincula à atuação de uma atividade administrativa que, além de redundar em vantagem indistintamente para toda a coletividade, ao mesmo tempo proporciona uma utilidade específica àqueles que se encontram numa situação particular». (I Concetti..., cit., pág. 93), o que dá seu traço financeiro.

E o define juridicamente como «prestação devida: a) por aqueles que por se acharem em uma determinada situação — recebem uma especial vantagem econômica, como efeito do desenvolvimento de uma atividade administrativa, em contraste com todas as outras pessoas a quem a mesma atividade aproveita: ou b) por aqueles que, em consequência de coisas que possuem, ou do exercício de uma indústria ou comércio, ou outra atividade, provocam uma despesa, ou uma despesa maior da pessoa pública» (op. loc. cit.).

E dá como exemplo do primeiro tipo (a) a contribuição de melhoria.

É correta a formulação desse notável tributarista italiano. Mas não é jurídica, é uma explicitação típica e genuinamente financeira. Diz quais as razões pré-jurídicas da instituição dos tributos especiais. Expõe muito bem e com rigor os fundamentos financeiros e políticos dos mesmos.

Na verdade, a tarefa não é fácil. Giannini só conseguiu delimitar o aspecto pessoal dos tributos especiais. Deixou explícito quem a lei

deverá colocar como sujeitos passivos; implícito que sujeito ativo será a pessoa pública que desenvolve a atividade administrativa». (in «Hipótese de Incidência Tributária» — 2ª edição, págs. 194-195).

Portanto, o nexo da casualidade das contribuições parafiscais, qual seja, interesse da previdência social e de categorias profissionais ou intervenção no domínio econômico, bem assim a «destinação» ou o proveito de entradas sob esse título estão dissociados da estrutura da norma tributária.

Reconhecemos, é verdade, o alcance das contribuições previdenciárias; o objetivo de reunir condições de equilíbrio social... Mas são considerações extrajurídicas.

Vale ressaltar que no II Curso de Aperfeiçoamento em Direito Empresarial promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no primeiro semestre de 1975, sob a coordenação do Prof. Eduardo Domingos Bottallo, a conclusão dos debates dos Grupos de trabalho, por vantajosa maioria, foi no sentido de reconhecer a natureza jurídico-tributária das contribuições previdenciárias. Essa natureza jurídica também é reconhecida no seio do Eg. Tribunal Federal de Recursos.

Vale um esclarecimento sobre o ponto de vista de Pontes de Miranda. A juízo do ilustre jurista alagoano, a contribuição é uma forma não pura de tributo especial. Afirma no mesmo diapasão de Geraldo Ataliba, que, a rigor, todo tributo é imposto ou taxa. E continua: o que importa à natureza específica é o «suporte fático da regra jurídica». Não importa a finalidade — diz ele. «A destinação pode ser contrária à Constituição sem que o tenha sido a decretação». E aduz mais: «O contribuinte nada tem com a política financeira que

segue para decretação do imposto; nem com a política e a técnica da destinação»..

Pois bem. Aquele mestre, que tanto enriqueceu as letras jurídicas pátrias, não nega o caráter tritubário da contribuição. Faz, porém, uma distinção das contribuições previstas no art. 21, § 2º, das previstas no art. 163, 165, XVI, e 166 § 1º, da C.F., entendendo que as contribuições previdenciárias não estão abrangidas pela norma contida no art. 21, § 2º, citado, por isso não estão contempladas no sistema tributário. Concessa venia, sou de dissentir dessa posição, pois uma análise das normas em apreço, juntamente com o art. 43, X, não autoriza, a meu ver, a exclusão das contribuições previdenciárias do sistema tributário. Merece acrescentar, de resto, que a organização e manutenção da previdência social me parece uma intervenção do domínio econômico e social. Negar isto é desperceber a evolução do Direito Previdenciário Brasileiro

A posição do festejado mestre Pontes de Miranda se aproxima da de Gin Micheli que, depois de declarar que «a tipologia das prestações tributárias não se esgota no imposto e na taxa»; afirma que «poderão existir taxas e contribuições especiais, assim como contribuições de caráter não tributário, ou correspectivo» (ob. cit., p. 83 e segs.).

Não há uma jurisprudência firmada no Eg. Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, muito embora encontramos valiosos pronunciamentos, dos quais colhemos uma amostragem reveladora de uma tendência.

Sobre os depósitos para o FGTS, os Ministros Cordeiro Guerra e Luiz Gallotti simpatizam com a tese de que são exações de natureza tributária (RE 89.328-SP, RTJ 87.701 e RE 76.700 — SP, RTJ 68-237). Referindo-se à contribuição para o chamado

salário-educação, o Senhor Ministro e Professor Moreira Alves, na senda de parecer da Procuradoria-Geral da República, afirma tratar-se de contribuição parafiscal, de natureza tributária, com feição de imposto, sujeito, portanto, às normas tributárias. E o que se pode colher, insofismavelmente, do RE 82.483 — RJ RJT 76-960. São do Ministro Eloy da Rocha estas palavras: «Se os impostos, quando gerais, incidem sobre os vencimentos do juiz, com tanta maior razão se há de admitir a incidência da contribuição de que se trata», — referindo-se às contribuições previdenciárias — «que participa da natureza de taxa ou contribuição parafiscal, correspondendo a um serviço efetivo ou potencial» (RE 70.009 — RS, RTJ 74.83):

Respeitante à contribuição para o extinto FUNRURAL, o Ministro Xavier de Albuquerque é de parecer que «tal contribuição tem, efetivamente, caráter tributário, ... sujeita à decadência e à prescrição de que tratam os artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional». E acrescenta: «Outra é a questão de saber se as contribuições previdenciárias, de modo geral, notadamente as devidas pelo empregador e pelo segurado, também têm natureza tributária e se, suposto que a tenham, igualmente se sujeitam aos prazos decadencial e prescricional do Código Tributário Nacional ou, ao invés, continuam submetidas à regra do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Esses problemas, suscitados desde o advento do Código Tributário Nacional, parece-me que ainda não chegaram a ser examinados pelo Supremo Tribunal» (RE 86.595 — BA, Tribunal Pleno, RTJ 87-271). Nesse mesmo julgamento, assim se pronunciou o eminente Ministro Moreira Alves: «Do exame a que procedi, concluo que, realmente, sua natureza é tributária. Já o era, aliás, desde o Decreto-Lei 27, que alterou a reda-

ção do art. 217 do Código Tributário Nacional, para ressaltar a incidência e a exigibilidade da contribuição sindical, das quotas de previdência e outras exações para-fiscais, inclusive a devida ao FUNRURAL. Nesse sentido, é incisiva a lição de Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 9ª ed., págs. 69 e 584) Reafirmou-o a Emenda Constitucional nº 1-69», — continua S. Exa., — «que, no capítulo concernente ao sistema tributário (art. 21, § 2º, I), aludiu às contribuições que têm em vista o interesse da previdência social. Por isso mesmo, e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8-77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social», tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43 da Emenda nº 1-69 («Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: ... X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 4º, e 178») o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo art. 43. Portanto», — finaliza —, «de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei 27 à Emenda nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinha natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8.»

Não estou convencido, data maxima venia, de que a Emenda nº 8/77 tenha afastado a natureza tributária das contribuições previdenciárias. O ponto de vista do eminente Ministro Professor Moreira Alves faz lembrar as lições prefessadas por Gian Antonio Micheli («Curso de Direito

Tributário», p. 43), Rubens Gomes de Souza, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho «Comentários ao Código Tributário Nacional», p. 8 e segs.), Alfredo Augusto Becker, N. Bobbio, E. Vanoni, F. Somló, E. Betti, Pontes de Miranda, Kelsen, Santi Romano (estes indicados por Becker, in «Teoria Geral do Direito Tributário, p. 10), todas substancialmente no sentido de que toda norma, inclusive a tributária, uma vez inserida no contexto da ordem jurídica pressiona tal ordem e dela sofre pressões; produz um complexo de ações e reações: adquire um significado, um alcance, em cotejo com todas as outras normas do ordenamento que nem sempre traduz a intenção do legislador ao emaná-la; pode o legislador, com uma lei, pretender fazer uma arma longa e acabar fazendo uma de pequeno alcance; querer combater a inflação, mas, ao revés, acabar incentivando-a, estimulando-a; o significado da lei, ante as reações das outras leis do sistema, pode mudar com maior ou menor amplitude, revelando uma resultante lógica provocada pelo impacto sofrido. Tais lições nos aconselham a adotar um critério sistemático, a fim de encontrar-se o verdadeiro comando da norma interpretada.

Assim, em cotejo com todas as normas do sistema tributário, inclusive as regras insitas no CTN, não vejo como a Emenda nº 8-77 tenha pretendido, como um condão mágico, excepcionar as contribuições, como as previdenciárias — do sistema tributário brasileiro.

Hoje, já não se pode negar a natureza tributária das contribuições parafiscais, no sistema tributário brasileiro.

As chamadas «quotas de previdência», elencadas nos artigos 134 e 135 da CLPS, cobradas dos contribuintes de fato, afastadas as hipóteses previstas no art. 2º, do Dec.-Lei

1.505/76, parece também revestidas da natureza jurídico-tributária. Este particular está a merecer maiores investigações. Evidentemente, não tem conotação tributária o repasse da União, previsto em dotação orçamentária, suficiente para complementar o custeio da previdência social, como incumbência política do Estado.

Portanto, o consenso autoriza a conclusão de que as contribuições especiais ou parafiscais, das quais são espécie as de natureza previdenciária, são tributos e integram o sistema tributário não só «porque a Emenda nº 1-69 as autoriza expressamente nos arts. 163, p. único; 165, XVI, e 166, p. primeiro, mas também porque o Decreto-Lei nº 27, de 1966, acrescentou mais um dispositivo ao CTN, alterando a redação do art. 217 do mesmo para o fim especial de ressalvar a exigibilidade da contribuição sindical, «quotas de previdência» e outras exações parafiscais. Confronte-se o art. 5º com o art. 217 do CTN, citado. E o art. 21, p. segundo, I, da Emenda 1-69, autoriza genericamente as contribuições, embora só à União (hoje na redação da Emenda, nº 8, de 14-4-77)» (cf. Aliomar Baleeiro, in «Direito Tributário Brasileiro» Forense 1977, p. 69).

## II — Sistema de lançamento

As contribuições previdenciárias estão submetidas ao sistema de lançamento por homologação (CTN, art. 150). Quando, porém, neste sistema, o contribuinte não antecipa pagamento do tributo, com recusa, sonegação ou deficiência na apresentação de esclarecimentos e informações, enseja o lançamento ex-officio (LOPS, art. 81, § 2º e CTN, art. 145, III, c/c art. 149, V). Não dissentem deste entendimento juristas como Rubens G. de Souza, Gilberto de Ulhoa Canto, Fábio Fannuchi, Francisco Gonçalves Chaves (Fábio Fannuchi, ob. cit. págs. 140, 150 e 151).

Referindo-se à hipótese supra, afirma o eminente Ministro do TFR, Prof. Carlos Mário Velloso, que a «regra a ser seguida, em tal caso, é a do art. 173 do CTN», para efeito de fixar o termo a quo da contagem do prazo para constituição do crédito. «O mesmo deve-se entender» — continua S. Excelência — «aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do art. 150, CTN, *in fine*: dolo, fraude ou simulação, existente a homologação ficta. Também se aplica, repete-se, a norma do artigo 173, I, CTN, desde que não ocorrente a hipótese do § único do mesmo artigo: notificação do sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, dentro do prazo do art. 150». (in AC 50.134-SP, DJ 26-9-79).

Assim, o prazo decadencial se desloca do § 4º do art. 150 do CTN (data do fato gerador) para o inciso I do art. 175 (primeiro dia do exercício financeiro subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado).

O lançamento por homologação é uma ficção jurídica inspirada na doutrina italiana de Giannini (Prof. Alberto P. Xavier) e somente se dá quando o contribuinte antecipa o pagamento, como obrigação legal, e, depois, em tempo hábil, vem o fisco e reputa-o bom. Se não há a antecipação do pagamento ou se este é feito incorretamente, repetimos, tem lugar o lançamento de ofício. Não quer dizer, porém, que o pagamento e lançamento se interferem. O lançamento é um procedimento do Estado tributário que, verificando a configuração do ato imponible como entidade da figura tridimensional: Norma — Fato — Valor (Ruy Barbosa Nogueira), declara o nascimento da obrigação que emerge de uma situação pré-existente e por meio de apuração, individualização e identificação dos diversos aspectos da hipóte-

se de incidência, conduz ao efeito jurídico-formal, qual seja, o estado de certeza e exigibilidade do crédito tributário, como corolário do princípio da tributação justa — próprio do Estado de direito. O pagamento, porém, satisfaz a obrigação, extingue o crédito tributário; constitui um comportamento humano do contribuinte — «feedback» do comando legal, extrínseco ao lançamento. Diríamos, ainda, que, a par das lições de Miguel Reale, o lançamento representa um «título» do «vínculo de atributividade» da relação jurídica, com força jurídica capaz de emprestar legitimidade à pretensão do sujeito ativo.

### III — O problema da decadência e da prescrição

Posição doutrinária: Em sua tese debatida no 2º Congresso Interamericano de Direito Tributário, realizado em 1975, em São Paulo, inclusive sob os auspícios da Asociación Interamericana de la Tributación, Annibal Fernandes defende a tese de que o CTN revogou a LOPS, no que tange às regras sobre causas extintivas legais (citação de Fábio Fannuchi, in «A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário» — 3ª edição — p. 158).

O CTN substituiu o prazo decadencial e prescricional da LOPS (de 30 anos) passando este prazo a ser de 5 anos a contar de 1-1-67, cf. Rubens Gomes de Souza e Carlos Mário Velloso.

Para Aurélio Pitanga Seixas Filho, o § 4º do art. 150 do CTN permite que o legislador ordinário fixe diferente prazo decadencial, nos casos de tributos que se afirmam através de lançamento por homologação (in «Resenha — Renda — Comentário» n. 18-75 — págs. 209-233 e Revista de Direito Administrativo n. 120, págs. 489 e seguintes).

A propósito das regras de prescrição e decadência, ressalta o Antônio Carlos Nogueira Reis que as disposições do CTN não inibem o legislador, seja federal, estadual ou municipal, de dispor sobre o assunto, desde, porém, que façam dentro dos limites dos arts. 173 e 174 do CTN (ob. cit., pág. 233).

Afirma Fábio Fannuchi que:

«Os termos iniciais de decadência, pela legislação nacional, são marcados:

« .....

Tratando-se de lançamento por homologação: pela data da ocorrência do fato gerador, ressalvada a prática dolosa do sujeito passivo, caso em que o prazo será determinado pela lei do tributo de que se trate ou, na ausência de disciplinação desta, por um dos prazos anteriormente citados.

A decadência, para todos os tributos nacionais, se verificará em cinco anos contados das datas acima enunciadas, salvo se as legislações específicas a cada tributo determinarem prazos extintivos menores, caso que, anteriores ou posteriores ao Código Tributário Nacional, prevalecerão os das leis específicas.

Nenhuma lei específica de tributação poderá conter regras sobre a decadência que importem em aumento do prazo para o exercício da Fazenda Pública, em relação àquelas que constam do Código» (in «A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário» — 3ª edição, pág. 140 e 141).

Na mesma linha de Fábio Fannuchi, Antônio Carlos Nogueira Reis considera o CTN lei complementar à Constituição, por isso o legislador ordinário deve guardar obediência à

lei de ordem superior, ante o princípio da hierarquia das leis (Ob. cit., págs. 229 e segs).

Mais uma vez a lição do Prof. Geraldo Ataliba, que defende o prazo quinquenal para a ação de cobrança e, bem assim, para constituir o crédito tributário.

É que, no entender daquele jurista, interpretando em bloco os artigos 80, 81 e 144 da LOPS, decorridos cinco anos do fato imponible (fato gerador) desapareceram os pressupostos (recusa de prestar esclarecimentos e informações; sonegação de esclarecimentos e informações; e deficiência na apresentação de esclarecimentos e informações) hábeis a ensejar o lançamento de ofício! Por isso a administração fica inibida de lançar ex officio. É o que se vê da transcrição abaixo:

«... ocorrido o fato imponible, surgem concomitantemente: direito de o INPS receber; direito de o INPS cobrar; poder o INPS fiscalizar e lançar ex officio, nos casos indicados; dever de a empresa recolher a contribuição previdenciária; submissão à fiscalização do INPS; compulsão a atender aos deveres acessórios, inclusive manter comprovantes; b) passados cinco anos, desaparecem todas as figuras indicadas supra, com exceção do direito de o INPS receber; (RT 492-43)..»

Em conclusão, o Prof. Ataliba afirma que:

— O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias prescreve em cinco anos, porque o art. 144 da LOPS está, em parte, em manifesta incompatibilidade com o art. 174 do CTN. Este, lei geral e posterior, é que deve prevalecer:

— o prazo para o INPS (hoje IAPAS) constituir o crédito tributário, através do lançamento de ofício, é de cinco anos, com base na própria

LOPS (artigos 80 e 81), que, nesse ponto, não se incompatibiliza com o art. 173 do CTN; por fim conclui que:

— Embora decorrido o quinquênio sem ter havido o lançamento de ofício, permanece o direito de receber, que é de trinta anos, com base no mesmo artigo 144, na parte que contempla o direito de receber. Deduz-se, por conseguinte, que essa situação não se incompatibiliza com o CTN.

Algumas indagações emergem dessa última conclusão, que melhor perquirição está a merecer.

Posição do TFR: No seio do Eg. Tribunal Federal de Recursos, os registros dão conta de que a jurisprudência, sobre o tema, vem se pacificando no sentido de que as contribuições previdenciárias se acomodam às regras de decadência e prescrição inscritas no Código Tributário Nacional (artigos 173 e 174), que é posterior à LOPS. Por isso, o art. 144 da Lei 3.807-60 estaria alcançado pelo fenômeno da revogação. É o que se pode conferir na AACCC n.ºs 50.134, 44.174, 41.990 — SP; 53.838 — RS; 49.059 — DF; 32.692, 37.674 — CE, e REO 53.545 — SP, além de outras referências. Com a composição atual, os novos e não menos preclaros membros vêm reforçar essa jurisprudência (AC 50.062 e 46.111 — SP). Adversamente, destacam-se os eminentes Ministros Carlos Madeira, Aldir G. Passarinho e Evandro Gueiros (AC 55.396 — SP); Armando Rolemberg (AC 50.134 e AC 53.881 — SP); Márcio Ribeiro (AC 44.174-SP); Oscar C. Pina (AC 43.982 — SP); Antônio Torreão Braz e Moacir Catunda (AC 51.748-SP); José Fernandes Dantas (AC 58.003 — MG).

Suas Excelências, embora não neguem as características gerais de tributo de que se revestem as contribuições previdenciárias, emprestam-lhes contudo, o prazo trintenário previsto no artigo da LOPS.

Sustentando a sua posição pessoal, aduz o Ministro Carlos Madeira que:

«É irrecusável que a contribuição previdenciária, embora possa ser havida como receita tributária, não configura um tributo do tipo tradicional, pois que, inspirada nos princípios da solidariedade, insitos ao seguro social, derroga vários princípios que regem a tributação comum.

Essa especialidade da contribuição dá causa a vacilações da doutrina que considera parte do empregador como imposto e a do empregado como taxa, mas não diz qual a natureza jurídica da parte da União. Nela verifica-se, de fato, o que Tangorra, citado por Theodoro Nascimento, aludia como o preço coletivo de grupo em confronto com o consumo coletivo do grupo, o que se pode traduzir como solidariedade do grupo, em torno da seguridade social. Uma das derrogações aos princípios tributários na contribuição previdenciária, é relativa à decadência e prescrição, já que o art. 144 da LOPS estabelece o prazo prescricional de trinta anos para a sua cobrança. Tendo em vista as razões acima aduzidas, dispenso-me de maiores considerações para reputar como constitucional tal dispositivo legal» (In notas do julgamento da AC 55.396-SP).

Desenvolvendo raciocínio semelhante, distingue o Excelentíssimo Senhor Ministro José Dantas:

«... antes da relação tributária que possa qualificar a quota devida pela União, a relação securitária que ressalta da destinação das contribuições previdenciárias, a termo de uma solidariedade social que a Constituição impõe no campo da ordem econômica, sem laço de maior liga-

ção com o poder de intervenção e custeio a que alude o art. 163 e seu parágrafo».

É de ver que sua Excelência não reconhece, na atuação do Estado relativamente ao trato do custeio da previdência social, o caráter intervencionista. E continua o seu raciocínio:

«Em face dessa destinação, à qual se vinculam os contribuintes empregado-empregadores, a favor do associado nominal da previdência se abre a Correspondente contraprestação, assim delineado o caráter securitário que distancia, a meu pensar, a indagada relação tributária, cuja marca de generalidade não se concilia com a nominalidade assistencial passiva daquela contraprestação.

Volto, pois, ao direito positivo consultado.

D. m. v., não vejo como o art. 174 do CTN, presente ao regulamento da prescrição do crédito tributário, à força dos conceitos próprios ali inseridos sobre tributos, e sem outra linha de referência às peculiaridades do seguro social — senão que a ligeira ressalva de seu art. 218, inciso II, limitada unicamente às quotas de previdência», que se destinam à contribuição da União para a Previdência Social (redação do DL 27-66) —, repito, d.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN tenha implicado na revogação do art. 144 da LOPS, hoje na redação do art. 221 da CLPS.

Ademais, convenha-se em que, ao estabelecer «regras de prescrição», o Código Tributário Nacional corre no leito das leis ordinárias, desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar que somente detém para o trato das normas gerais de direito tributário» (CF, art. 78, § 1º), matéria evidentemente estranha à prescri-

ção, ainda mais se pretendida entender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos. (o grifo é do original) (In notas do julgamento da AC 56.631-SP — DJ 20-11-80).

Unicamente, no último ponto, concordo com S. Exa., qual seja, o «status» do CTN (Lei 5.172-66).

No mais, como visto acima, há uma tentativa de tipificar a contribuição previdenciária como preço, mais propriamente preço público, face a aparência de seguro coletivo que detém a previdência social, vista sob determinado ângulo.

Vale ressaltar que, embora os Ministros Aldir G. Passarinho, e José Dantas afirmem ser trintenário o prazo prescricional (para cobrança), defendem que o prazo de decadência não; este é de cinco anos mesmo. Fazem-no sob o argumento de que «para a decadência o balizamento legal do quinquênio está mesmo na lei previdenciária específica, art. 143, parágrafo único, da CLPS. É que, ao liberar-se o contribuinte do dever de apresentar comprovantes após cinco anos, compreende-se que, necessariamente, essa norma legal estabeleceu a decadência ocorível em igual prazo. Deveras, desde quando, no campo do autolancamento próprio à vigência, esteja dispensado de demonstrar o cumprimento da obrigação previdenciária anterior a cinco anos, consoante o diz aquele dispositivo consolidado, conseqüentemente, o contribuinte assim estará liberado de qualquer levantamento de débito transato à desobrigação da referida comprovação. No particular da decadência quinquenal das obrigações para com a Previdência» — continuam — «boa razão há para firmá-la como via de conseqüência do chamado «dever acessório de manter documentos», dispensado pelo citado artigo legal, razão que é do gosto de au-

tores como o Prof. Geraldo Ataliba (RT 492-43) (in Ag. de Petição nº 35.239 — SP — DJ 16-10-80).»

Por último, mais um registro: Fábio Fannuchi dá conta de que no Ag. de Petição nº 36.675, em decisão unânime da antiga 2ª Turma do TFR (mais ou menos o julgamento se deu no ano de 1974), a conclusão ditada foi no sentido de que somente poderão prevalecer os prazos extintivos de 30 (trinta) anos previstos na LOPS em caso de dolo do sujeito passivo, quando da sua participação na elaboração do lançamento por homologação (Resenha Trabalhista nº 107-74).

O conflito do CTN e da LOPS: O desacordo das normas está em que o art. 144 da LOPS (3.807, de 26-8-60), dispendo sobre a regra de decadência e prescrição, reza que:

«O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhe sejam devidas prescreverá para as instituições de previdência social, em 30 (trinta) anos».

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, 25-10-66), porém, em seus artigos 173 e 174 dispõe, de sua vez, que:

«O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, (...)» e

«A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva».

A questão, pois, se desenvolve no sentido de se estabelecer a regra prevalente, no caso em apreço. E em meio a discussão, surge o argumento do órgão previdenciário — também esposado pela douta Subprocuradoria da República — de que o CTN, ao regular as normas gerais de direito tributário, ressalva, no seu art. 1º, que o faz sem prejudicar a respectiva legislação complementar,

supletiva ou regulamentar, sugerindo, dessarte, a co-existência da regra do artigo 144 da LOPS com a do dispositivo da Lei 5.172-66 acima transcrito (Parêcer nº 1.594-LT da Subprocuradoria-Geral da República).

Segundo a dicção do artigo 1º do Código Tributário Nacional:

«Esta Lei regula, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no art. 5º, inciso XV, alínea «b», da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, «sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva, ou regulamentar.»

A parte final do artigo 1º suso transcrito, — a dizer: «Sem prejuízo da respectiva legislação complementar supletiva ou regulamentar» — é hoje disposição «enblanche». É um reflexo do art. 6º da Constituição de 1946, que ressaltava o direito dos Estados-membros de legislar sobre normas gerais de direito financeiro. Corresponderia ao p. único, art. 8º, da Carta em vigência. É de notar que o sistema atual não acomoda legislação tributária complementar nem supletiva estaduais, em termos de normas gerais — CF, art. 18, p. único, hoje p. primeiro. (cf. Rubens Gomes de Souza, in Comentários ao Código Tributário Nacional — Educ. 1975; Aliomar Baleeiro, in «Direito Tributário Brasileiro» — pág. 60, 1ª edição; Paulo de Barros Carvalho, in Revista de Direito Tributário» — n. 3 — Jan/mar/78, p. 151).

A Lei 3.807-60 pode enquadrar-se na expressão «legislação complementar» (idéia integrativa; no sentido de compor o sistema tributário). Essa circunstância, contudo, não tem força de desnaturar a regra de

que lei posterior revoga a anterior, ressalvadas as hipóteses da LICC, art.2º. A mesma lei supletiva não é, pois que essa qualidade é própria das leis estaduais e municipais, destinadas a preencher espaços e que se contém nos limites constitucionais previstos. Muito menos se encaixa (a LOPS) no rol das normas regulamentares, cuja conceituação está no próprio CTN, art. 100.

Assim, não colhe a invocação do art. 1º, *in fine*, do CTN, para o fim de fazer prevalecer, em todo o seu conteúdo, a regra do art. 144 da Lei 3.807-60.

Proseguindo, é de ver que o Ato Complementar nº 36-67 outorgou à Lei 5.172-66 a denominação de Código Tributário Nacional. Entrementes, esse complexo de normas não possui a compostura de lei complementar, por isso que não se adequa ao figurino jurídico-positivo ou se reveste de categoria ontológico-formal. Não obstante, lei complementar é considerada. Essa categoria lhe foi atribuída, embora com resistência de respeitável parcela da comunidade jurídica, em virtude da sua posição singular assumida no plano do regime jurídico tributário brasileiro.

(Nesse sentido, ver Paulo de Barros Carvalhosa, ao tecer «Considerações Críticas sobre o Art. 1º do CTN»).

A lei complementar é admitida somente nos casos expressamente previstos na Constituição, cuja finalidade é regulamentar ou dar maior aplicabilidade a determinados dispositivos, v.g., art. 18, § 1º da CF. Não se incorpora ao texto da Constituição, como as emendas. Encerra maior representatividade que a lei ordinária, por isso que é aprovada por maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional (CF, art. 50). Com efeito, somente pode ser revogada ou modificada por outra norma de igual categoria.

Sobre o tema, vale ressaltar o excelente trabalho do Prof. José Souto Maior Borges, lapidado em critérios científicos, titulado «Lei Complementar Tributária» (Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1975).

É do Prof. Souto Maior a afirmação de que:

«A validade da lei ordinária decorre, em princípio, da sua conformação com a Constituição. Apenas a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da legislação complementar, tal como esta não pode invadir o campo da lei ordinária.»

E acrescenta:

«Não se nega a procedência da afirmação de que a lei ordinária não pode revogar a lei complementar. Todavia, partindo dessa afirmação, não é possível extrair a conclusão pela superioridade formal da lei complementar porque a recíproca é igualmente verdadeira: a lei complementar não pode revogar a lei ordinária. E não pode em virtude basicamente de dois argumentos:

1º) Os campos da lei complementar e da lei ordinária, em princípio, não se interpenetram, numa decorrência de técnica de distribuição *ratione materiae* de competências legislativas:

2º) a superveniência da lei complementar somente suspende ou paralisa a eficácia da lei ordinária em casos excepcionais e que serão oportunamente examinados». (Ob. cit., págs. 21-25).

Embora revele um certo rigor científico, o estudo nos proporciona uma melhor apreensão da posição da lei complementar no ordenamento constitucional, e da sua significação no sistema normativo tributário pátrio.

Dentro da orientação colhida, aceitamos que o conteúdo das normas gerais veiculadas por lei complementar há de ser somente representado por normas que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar e conflitos de competência.

Assim, nem todas as normas inseridas no corpo do Cód. Tributário Nacional trazem a âncora de normas gerais de Direito Tributário. Por isso que a chamam de lei complementar *suu generis*.

Com efeito, as disposições do CTN (Lei 5.172-66) que não veiculam normas gerais de Direito Tributário podem ser derogadas ou revogadas por leis ordinárias. Não fosse assim, ter-se-iam como inoperantes as alterações havidas por via de decretos-leis.

Nem se poderia admitir, por absurdo, uma interpretação do poder tributante «*pro domo sua*», de sorte a considerar o CTN lei complementar casuisticamente, de molde a atender conveniências eventuais.

A LOPS é lei ordinária que contém normas que se inserem no contorno do sistema tributário, à medida que incidem nas relações dos contribuintes e da Administração, e no que for compatível com as disposições gerais da Lei 5.172-66.

As disposições acerca de prescrição e decadência não se identificam como normas gerais de Direito Tributário, sujeitas, portanto a alterações ou revogações por leis ordinárias.

Exame do § 9º, art. 2º, da Lei 6.830-80.

Visando agilizar o processo de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, em 24 de dezembro de 1980 transato, entrou em vigência a Lei nº 6.830, de 22 de setembro daquele mesmo ano.

Dispõe o § 9º, art. 2º, do referido diploma que:

«O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.»

Quero frisar, de logo, que o aludido dispositivo não constava do projeto de lei encaminhado ao Congresso pelo Poder Executivo.

O termo «continua», do verbo continuar, — ao meu ver empregado inadequadamente — não supõe a continuidade de uma situação jurídica imediatamente anterior, pré-existente, como sugere.

O sentido há de ser apreendido, teleologicamente, em favor da restauração ou restabelecimento do prazo prescricional trintenário, previsto no art. 144 da LOPS.

Não abrange, contudo, o prazo para constituição do crédito previdenciário, ligado à figura da decadência, por isso que o legislador se restringiu ao trato do «prazo para cobrança das contribuições previdenciárias».

E lei ordinária pode derogar ou restringir o alcance das disposições do CTN? Pode, desde que não se trate de normas gerais de direito tributário.

Portanto, com boa margem de segurança, podemos afirmar que o prazo prescricional (para cobrança das contribuições previdenciárias) é trintenário, a partir da vigência da Lei nº 6.830-80.

Sem embargo das considerações pré-jurídicas que possivelmente informaram a edição da regra em apreço, a fixação de prazo prescricional de trinta anos quer parecer uma involução da orientação legislativa, no direito positivo brasileiro,

pois «a consequência natural do ritmo do século XX será, no plano jurídico» — como prevê Mozart Victor Russomano — «a redução dos prazos prescricionais». (ob. cit., p. 468).

#### IV — Considerações sobre os depósitos para o FGTS

Também os depósitos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço se revestem de natureza tributária, na situação instaurada pela relação jurídica contribuinte-empregador e Poder Público. Assim opinam Victor Nunes Leal, os Professores Rubens Gomes de Souza e Geraldo Ataliba. Há decisões do STF e TFR que não negam tal natureza, embora tem-se generalizado no TST, firmando jurisprudência, o entendimento de que:

«Por sua natureza previdenciária, incide, sobre os recolhimentos de contribuições do FGTS, a prescrição trintenária, prevista no art. 221 da CLPS (RR-3.037/79, in DJ 24-10-80).

Segundo a Lei 5.107, «todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos artigos 457 e 458 da CLT» (art. 2º).

Como é de ver, é uma prestação pecuniária, compulsória, porque a empresa contribuinte não tem opção e o faz por obrigação *ex lege*; o aspecto material da sua hipótese de incidência é pagar remuneração a empregado, fato a que a lei atribui força jurídica capaz de criar a obrigação, não havendo lugar para se cogitar se se trata de objeto ilícito. A sua

exigibilidade (na relação empresa/Poder Público) depende de uma atividade administrativa (lançamento) plenamente vinculada.

Portanto, os depósitos para o FGTS não fogem à conceituação de tributo (CTN, art. 3º). Tributo não vinculado, como revela a materialidade da sua hipótese de incidência.

Há quem negue essa natureza, sob o argumento de que o FGTS visa a um fim social, qual o de garantir a indenização por tempo de serviço dos empregados.

Mais uma vez o problema da finalidade ou destinação das entradas, bem assim o *nomen juris*, perturbando a classificação dos tributos, o que é tão advertido pelos juristas de escol, até mesmo pelos tribunais.

Já abordamos o aspecto, linhas atrás, quando tentamos demonstrar que a destinação do produto da arrecadação do tributo e a sua denominação (*nomen juris*) não interferem na natureza tributária, tampouco na natureza específica do tributo.

É princípio eleito no CTN:

«A natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I. a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II. a destinação legal do produto da sua arrecadação» (Lei 5.172/66, art. 4º).

A finalidade social, visada pelo legislador, pode ser alcançada por várias formas, por diversos instrumentos, não se confundindo os meios com os fins, como bem o dizem Rubens Gomes de Souza e Geraldo Ataliba.

Não desconhecemos ser o FGTS sucedâneo da indenização, pela natu-

reza da equivalência jurídica dos sistemas (CF, art. 165, XIII), como bem ditam a doutrina e a jurisprudência.

Os depósitos convergem para um fundo criado pela União e por ela gerido, através do BNH. Assim o BNH não é titular do fundo, mas apenas gestor, o que afasta a chamada parafiscalidade, malgrado haja pronunciamento do eg. TFR nesse sentido: A contribuição do FGTS é um tributo, podendo ser conceituada como contribuição parafiscal. (AMS-79.964)

Embora persista a discussão sobre as contribuições parafiscais serem um *tertium genus* ou não, a verdade é que a comissão que elaborou o anteprojeto da EC n. 18, opinou que «as exações parafiscais ou são impostos ou taxas» (Geraldo Ataliba, in «Estudos e Pareceres de Dir. Tributário» — vol. 2).

O que importa, no momento, é demonstrar que os «depósitos» do FGTS constituem tributo, independente do caráter parafiscal ou não, da denominação ou finalidade. E neste propósito, apenas para roborar a tese, frisamos que, com a instituição do FGTS, ficaram extintos o Fundo de Indenizações Trabalhistas, a contribuição para o Fundo de Assistência ao Desemprego, a contribuição para o BNH e a contribuição para a antiga LBA (Lei 5.107, art. 23), em feição de exações tributárias.

Em conclusão, há valiosos implementos jurídico-científicos que conduzem à convicção de que é tributária a natureza da relação jurídica entre o empregador-contribuinte e o Poder Público.

Sendo tributo, a «contribuição» para o FGTS se subsume aos critérios e regras do Direito Tributário, corporificadas no Código Tributário Nacional.

Como afirmou o Prof. Geraldo Ataliba, o problema da natureza dos depósitos para o FGTS é um problema tributário e não trabalhista. O sujeito ativo da obrigação é a União (relação jurídica contribuinte-empregador e o Poder Público), como sujeito ativo. O empregado pode ser parte numa segunda relação, como sujeito ativo, e aí já se tem criada uma relação estranha ao Direito Tributário.

## V — Conclusões

1. A contribuição previdenciária é uma exação de natureza tributária. Entre o contribuinte e a Previdência Social não há uma relação contratualista, mas uma relação juridico-tributária. Por outro lado, não constitui salário socializado, porque corresponde a parcela pecuniária arrecadada para os cofres públicos compulsoriamente. Assim, a sua natureza não compadece com as teorias do prêmio de seguro de direito público e do salário socializado ou retributiva. Melhor resiste o conceito de tributo.

2. Do ponto de vista metodológico ou simplesmente didático, podemos afirmar tratar-se de um tributo parafiscal; não vinculado, relativamente à contribuição do empregador, e indiretamente vinculado, quanto à contribuição do empregado. Não me animo a classificá-la como espécie tributária distinta de imposto ou taxa, senão quanto a contribuição do empregado, pelo aspecto indireto e, de modo geral, mediato da ação estatal. Nunca, porém, uma espécie *sul generis* como querem os eminentes juristas Pontes de Miranda e o Prof. Inocêncio.

3. A classificação em parafiscal, vinculado ou não, e espécie (distinta de imposto ou taxa) do gênero tributo, obviamente não desnatura a natureza de exação tributária, de cuja

conseqüência é a incidência das regras, princípios e critérios adotados pelo sistema de Direito Tributário.

4. Não importa, para configurar tributo, a destinação, finalidade ou o nomen juris da contribuição previdenciária.

5. O recolhimento das contribuições previdenciárias e seus consecutórios se faz mediante o sistema de lançamento por homologação, também chamado de autolancamento. Somente na hipótese de não ter sido antecipado o pagamento do tributo, com recusa, sonegação ou deficiência na apresentação de esclarecimentos e informações, autoriza a autarquia previdenciária competente a efetuar o lançamento *ex officio*.

6. O Código Tributário Nacional contém normas gerais de Direito Tributário e, nesta parte, é lei complementar material. Noutra parte, contém normas desinvestidas daquela categoria, sendo revogáveis por leis ordinárias.

7. A Lei 5.172/66 (CTN) revogou o prazo trintenário para ação de cobrança das contribuições previdenciárias, previsto no art. 144 da Lei 3.807/60, que é incompatível com o artigo 174 do primeiro diploma (CTN). É uma conseqüência do princípio «*lex posterior derogat priori*, de aplicação imprescindível à unidade lógica da ordem jurídica. «Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que se não contradizem» (Kelsen, *ob. cit.*, p. 285).

8. O art. 1º, *in fine* da Lei 5.172/66 não se presta a preservar vigência do art. 144 da LOPS, na parte do trato do prazo prescricional do direito de cobrar.

9. O direito para a autarquia previdenciária constituir o crédito tributário, mediante o lançamento de *oficio*,

decai em cinco anos. Isso é uma regra jurídica criada da resultante lógica pela compreensão em bloco dos arts. 80 e 81 da própria LOPS, que se compatibiliza com a regra inscrita no art. 173 do CTN.

10. O direito de receber as contribuições que sejam devidas à previdência social prescreve em trinta anos. Este é um preceito inserido no art. 144 da LOPS, que, neste particular, não se incompatibiliza com o CTN. Por que? — Porque se trata de um privilégio único e expressamente atribuído às contribuições para as instituições de previdência social e que está resguardado pelo art. 183 da Lei 5.172/66, que proclama: «A enumeração das garantias atribuídas neste capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei em função da natureza ou das características do tributo a que se referam.» Esse direito de receber prescinde da efetivação do lançamento em tempo hábil. Isto quer dizer que se o contribuinte pagar, após o prazo de cinco anos sem lançamento de *oficio*, não tem direito de repetir, se o pagamento ocorreu no prazo de trinta anos, contado do fato impositivo. Nisto constitui efetivamente o privilégio, do qual não gozam as outras espécies tributárias. Enquanto perdura esse direito de receber, continua subsistente o vínculo jurídico obrigacional. Um dever de pagar.

11. A conclusão do item acima nos impele, para melhor clareza da tese, a fazer algumas investigações sobre conceitos e efeitos jurídicos da obrigação tributária e do lançamento, sem pretensão de remover discussões já levadas a efeito por juristas de escol.

12. A obrigação nasce da lei e em função de um fato jurídico. Decorre da concretização da hipótese de incidência descrita pelo legislador; deriva do fato impositivo, que gera o

vínculo jurídico, a relação obrigacional: de um lado passivo, o débito; do pólo ativo, o crédito. Estabelecendo uma relação de devedor e credor. De um lado, uma obrigação; de outro, um direito dentro da acepção *jus et obligatio sunt correlata*. «A obrigação é transitória porque nasce e morre; cria um vínculo e esse vínculo se extingue por um fato jurídico: a *obligatio* liga, a *solutio* desata (Washington de Barros Monteiro). Esse é um conceito um tanto intuitivo, sem compromisso com a teoria dualista.

13. Na teoria dualista, o *debitum* e o objeto da prestação; representa um dever jurídico, podendo ser um *dare*, um *facere* ou um *non facere*. É o «*shuld*» do Direito Alemão, que decorre do fato jurídico e se distingue do crédito. A *obligatio* ou «*haftung*» é o crédito, mas acompanhado do elemento responsabilidade, por isso encerra uma idéia de coação. *Debitum* e *obligatio* podem nascer em momentos diferentes, por isso que não são subordinados, o que autoriza a conclusão de que, ao menos eventualmente, um pode existir sem o outro. A *obligatio* ou «*haftung*» revela, ainda, uma relação de sujeição de uma coisa ou um patrimônio, em garantia de um débito; há um agente que responde pela prestação. (Ver *Obrigação Tributária*,» de Américo Lacombe). «*Shuld*» e «*haftung*» não são apenas aspectos positivo e negativo de um mesmo fenômeno, no dizer de Caio Mário Pereira.

14. O Código Tributário Nacional não adotou a teoria dualista na acepção bem ao gosto de Brinz. É mais prudente afirmar que o CTN comporta temperamentos a essa teoria, que, não obstante o mérito de quantos a defendem, é alvo de acirradas críticas. No Brasil, parece não ter tido forte ressonância, segundo Washington, para quem a verdade se encontra numa posição intermediária entre a teoria clássica e a dualista,

surgindo uma teoria eclética, onde o elemento material ou patrimonial (que corresponde a responsabilidade fortemente ressaltada pela teoria dualista) e o elemento espiritual ou moral (mais ressaltado pela teoria clássica) estão em igual plano. «Ela não faz, como a teoria dualista, abstração dos valores humanos, ideais e espirituais, mas, ao inverso, reconhece-lhes a importância e significação» (Washington de Barros, in «Direito das Obrigações,» 13ª edição, págs. 24/25).

15. Assim, da ocorrência do fato imponible (fato gerador) nasce a obrigação tributária, irradiando uma obrigação ou débito para o sujeito passivo e um direito ou crédito para o sujeito ativo. Podemos dizer que surge um débito e um crédito, não rigorosamente na acepção da teoria dualista, de um mesmo fato jurídico (CTN, arts. 113, § 1º, e 139).

16. De conseguinte, o lançamento tem efeito declaratório da obrigação tributária, se reportando à ocorrência do fato que a gerou (CTN, art. 144). Não cria substancialmente o crédito, apenas o apura e formaliza. Torna o crédito efetivo. Ante a teoria dualista, podemos admitir que o lançamento é constitutivo da *obligatio*, como quer Américo Lacombe (ob. cit., pág. 83).

17. Como vimos, o direito nasce do fato que o gera, *jus oritur ex facto* (Câmara Leal). O lançamento é uma promoção do sujeito ativo, titular de um direito; condição que torna atual e efetivo a obrigação e o crédito, antes existentes em estado latente.

18. Pois bem, num momento sucessivo à obrigação, ocorre o lançamento: título jurídico, para o Prof. Alberto Pinheiro Xavier. O lançamento torna exigível a obrigação; faz nascer uma pretensão do sujeito ativo. Este, não satisfeita a obrigação pelo

sujeito passivo, tem o poder de coação para a solução do seu crédito, através da ação. Não exercitando esse direito dentro do prazo que a lei estabelece, o mesmo direito é alcançado pelo fenômeno da prescrição.

19. Do nascimento da obrigação e do lançamento, pois, emergem diversos efeitos, em sucessivos momentos.

20. Para Alfredo Augusto Becker, a estrutura da regra jurídica de tributação encerra um conteúdo jurídico que poderá ser a) mínimo (direito e dever), b) médio (direito, pretensão e dever e obrigação) ou c) máximo (direito, pretensão, coação e dever, obrigação, sujeição) (Ob. cit. págs. 269/270). Na hipótese a, vislumbramos um primeiro momento, que nasce com a irradiação da norma tributária para simples ocorrência do fato imponible. A hipótese b se dá pelo lançamento, assentando um direito atual e efetivo atribuído ao sujeito ativo e, no pólo passivo, não mais um mero dever, mas uma obrigação também atual e efetiva, por isso exigível. Na última hipótese, o sujeito ativo passa à execução, onde, pela coação, tem lugar a sujeição do patrimônio do devedor (sujeito passivo) para garantia do crédito.

21. Como demonstrado, o lançamento torna efetivo o direito do sujeito ativo pela «constituição do crédito», na dicção do Código.

22. Não efetivado o direito no prazo de cinco anos, mediante o lançamento, o sujeito ativo decai desse direito de constituir e com ele desaparece a obrigação. Quer dizer que, após cinco anos sem lançamento, se o devedor pagar tem direito de repetir, porque já não mais existe o vínculo obrigacional. Operou-se a decadência. Isto é uma construção jurisprudencial, que em relação às contribuições previdenciárias não se aplica, mercê de disposição expressa de lei (LOPS, art. 144).

23. Aqui é importante observar que o legislador, usando da sua atribuição discricionária e política, dispôs que o direito de receber, derivado do vínculo obrigacional, nasce com o fato imponible e morre trinta anos depois, independentemente do lançamento. Ora, e pode? Parece não haver obstáculo, ao revés, autoriza o CTN, pois essa disposição constitui meramente um privilégio unicamente atribuído às contribuições devidas à previdência social, como dissemos acima. Para dissipar dúvidas, não se trata de prazo prescricional e não se confunde com o preceito inscrito no art. 173 do CTN, porque esse dispositivo e a regra do art. 144 da LOPS, na parte que trata do direito de receber não revogado pela Lei 5.172/66, veiculam normas de conteúdo diverso. Direito de efetuar o lançamento não é o mesmo que direito de receber. Este é material; aquele é formal.

24. Assim, tentamos demonstrar a possibilidade jurídica da subsistência do direito de receber, atribuído à instituição de previdência social, no prazo de trinta anos, previsto — repito — na norma contida do art. 144 da LOPS.

25. Os depósitos para o FGTS constituem tributo; em conseqüência, as conclusões sobre prescrição e decadência das contribuições previdenciárias e lançamento também se lhes aplicam. Não colhe o pretexto de que o FGTS visa garantir ou substituir a indenização por tempo de serviço dos empregados. Essa finalidade social não desconhecemos, mas isso não tem o condão de afastar a natureza de exação tributária. Mesmo que tivesse, ad argumentandum, vale frisar que as importâncias judicialmente cobradas pela Previdência Social são diretamente depositadas no FGTS sem individualização. Após o recolhimento, as empresas têm por satisfeita a

sua obrigação e não lhes interessa encaminhar informações sobre a remuneração paga a cada empregado, necessárias à individualização dos depósitos efetuados judicialmente. A administração do BNH não nega este fato. A fiscalização a cargo da previdência social também não faz o necessário levantamento dos salários pagos aos respectivos empregados. Assim, afirmamos que as importâncias recolhidas para o FGTS, por força de execução judicial, não têm de fato (talvez jurídica) a destinação de substituir ou garantir a indenização por tempo de serviço dos empregados. Tal circunstância, embora sem força para caracterizar a natureza tributária dos depósitos para o FGTS — repito — desmerece a tese que ressalta o elemento finalidade para negar essa natureza jurídica aos mencionados «depósitos» para o FGTS.

26. Dissemos que o direito de receber as contribuições previdenciárias devidas, atribuído à Previdência Social, subsiste no prazo de trinta anos, a contar do fato imponível, independente de lançamento ex officio. Este tem lugar presentes que sejam as hipóteses previstas no art. 81, § 2º da Lei 3.807/60, e somente podendo ser efetuado no prazo de cinco anos.

27. Ainda afirmamos que, entre outros efeitos, o lançamento de ofício visa a garantir o direito de ação; este, por sua vez, também prescreve em cinco anos. Este prazo prescricional, porém, foi alterado pela Lei 6.830/80 (art. 2º, § 9º) para trinta anos.

28. A Lei 6.830/80 (art. 2º, § 9º), que prescreve prazo prescricional maior em desfavor do contribuinte, tem aplicação imediata, a partir da sua vigência, respeitado, contudo, o prazo (de cinco anos), que se iniciara antes da vigência da lei nova, resultando em ultra-atividade da norma anterior.

Ao expor nossas conclusões, como produto de um trabalho desenvolvido sem perder de vista o «senso comum teórico dos juristas» (expressão de Luiz Alberto Warat, ob. cit., p. 19 e segs.), não nos comprometemos com os postulados de tendência formalista nem de tendência realista. Antes, nos identificamos com uma tendência eclética, na tentativa final, mais de suscitar novas reflexões sobre o tema, do que de produzir o convencimento de uma verdade exclusiva, cujo privilégio não vindicamos.

### Fontes de Pesquisa

1 — «A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário», Fábio Fannuchi, Ed. Resenha Tributária/IBET, 3ª edição.

2 — «Caderno de Pesquisas Tributárias» (Decadência e Prescrição), vários autores, Ed. Resenha Tributária, S. Paulo, 1976.

3 — «Comentários à Constituição Brasileira», Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, vol. I, S. Paulo, 1972.

4 — «Comentários à Constituição de 1967», Pontes de Miranda, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição.

5 — «Comentários ao Código Tributário Nacional» (Parte Geral), Rubens Gomes de Souza, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho, Ed. Revista dos Tribunais/EDUC, S. Paulo, 1975.

6 — «Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social», Mozart Victor Russomano, José Konfino — Editor, vol. II, 2ª edição.

7 — «Curso de Direito Tributário», Gian Antônio Micheli, tradução de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr., Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1978.

8 — «Curso de Direito Tributário Brasileiro», Fábio Fannuchi, Ed. Resenha Tributária/IBET, 4ª edição, vol. I.

9 — «Da Prescrição e da Decadência», Antonio Luís da Câmara Leal, Ed. Forense, 2ª edição,

10 — «Direito Constitucional», Saïid Maluf, Ed. Sugestões Literárias, 8ª edição.

11 — «Direito das Obrigações», Washington de Barros Monteiro, Ed. Saraiva, 13ª edição.

12 — «Direito Tributário», vários autores (Obra resultante das notas taquigráficas das aulas e debates em assembléia do II Curso de Aperfeiçoamento em Direito Empresarial, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no primeiro semestre de 1975, sob a coordenação do Prof. Eduardo Domingos Botallo). EDUC. e Ed. Resenha Tributária, S. Paulo, 1976.

13 — «Direito Tributário Aplicado», Rui Barbosa Nogueira e Paulo Roberto Cabral Nogueira, Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

14 — «Direito Tributário Brasileiro», Aliomar Baleeiro, Ed. Forense, 9ª edição.

15 — «Estudo e Pareceres de Direito Tributário», Geraldo Ataliba, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1978.

16 — «FGTS e Estabilidade com Indenização/Coexistência e Equivalência Jurídica». Palestra proferida pelo Dr. Edmo Lima de Marca no «Seminário de Exame do Anteprojeto da Nova CLT», promovido pelo IDORT.

17 — «Hermenêutica e Aplicação do Direito», Carlos Maximiliano, Ed. Forense, 9ª edição.

18 — «Hipótese de Incidência Tributária», Geraldo Ataliba, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição.

19 — «Instituições de Direito Civil», Caio Mário da Silva Pereira, Ed. Forense, 5ª edição, vol. II (Teoria Geral das Obrigações).

20 — «Jurisprudência. Sala de Pesquisas «Amarillo Benjamim», do eg. Tribunal Federal de Recursos.

21 — «Lei Complementar Tributária», José Souto Maior Borges, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975.

22 — «Lições Preliminares de Direito», Miguel Reale, Ed. Saraiva, 5ª edição.

23 — «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», Aliomar Baleeiro, Ed. Forense, 5ª edição.

24 — «Mitos e Teorias na Interpretação da Lei», Luís Alberto Warat, Ed. Síntese Ltda., P. Alegre, 1979.

25 — «Obrigação Tributária», Américo Masset Lacombe, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

26 — «Questões Tributárias», vários autores. Notas sobre os debates no Curso de Especialização em Direito Tributário da Universidade Católica de São Paulo. Ed. Resenha Tributária/EDUC. S. Paulo, 1975.

27 — «Revista Brasileira de Direito Processual» 19/39, artigo: «A Prescrição e Decadência no Direito Tributário», Camel Abdala Abrão.

28 — «Revista de Direito Público» 5/129, jul/set 1968, artigo: «Prescrição no Código Tributário Nacional», Arnoldo Wald.

29 — «Revista de Direito Público» 19/385 — jan/mar 1972, artigo: «A Chamada Contribuição Previdenciária», Marco Aurélio Greco.

30 — «Revista de Direito Público» 31/228 — set/out 1974, artigo: «Decadência e Prescrição Contra a Fazenda Pública», Sacha Calmon Navarro Coelho.

31 — «Revista de Direito Público» 32/242 — nov/dez 1974, artigo: «Decadência e Prescrição no Direito Tributário», José Amaral Pimenta.

32 — «Revista de Direito Tributário», jan/mar 1978, artigos: «La Naturaleza Jurídica De Las Cuotas De Seguridad Social En El Derecho Mexicano», Sérgio Francisco de La Garza.

«Contribuição para o FUNRURAL: Decadência e Prescrição», Antônio Carlos Nogueira Reis.

«Considerações Críticas Sobre o Art. 1º do Código Tributário Nacional», Paulo de Barros Carvalho.

33 — «Revista dos Tribunais» 65/43, parecer de Geraldo Ataliba sobre Contribuição Previdenciária.

34 — «Revista LTr» 44/141 — fev/1980, artigo: «Natureza Jurídica das Contribuições de Previdência Social», Antônio Carlos Araújo de Oliveira.

35 — «Revista do TRT 2ª Região» 2/35; artigo: «O Sistema Constitucional de Garantia do Emprego», Juiz Genésio Vivanco Solano Sobrinho.

36 — «Seminário Sobre Aspectos Jurídicos do FGTS», Curitiba, 30-6 a 1-7-77. Edição da Secretaria de Divulgação do BNH.

37 — «Teoria Geral do Direito Tributário», Alfredo Augusto Becker, Ed. Saraiva, 2ª edição.

38 — «Teoria e Prática de Direito Tributário», Rui Barbosa Nogueira e Paulo Roberto Cabral Nogueira, Ed. Resenha Tributária, S. Paulo, 1975.

39 — «Teoria Pura do Direito», Hans Kelsen, Coleção Studium Armênio Amado — Editor, Coimbra, 4ª edição. Tradução de João Batista Machado.

40 — «1º Simpósio Regional Sobre Aspectos Jurídicos do FGTS», Porto Alegre, 19 a 22 de setembro de 1968. Edição da Secretaria de Divulgação do BNH.

#### VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente: Data venia do eminente Ministro-Relator, recebo os embargos pelo fundamento do voto que proferi nos Embargos Infringentes na Remessa Ex Officio nº 63.572, nesta assentada de julgamento, que farei juntar oportunamente.

Mandado juntar por S. Exa., em razão de ser proferido voto no mesmo sentido nos EREO nº 63.572-PR.

#### VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: Dispôs a Lei 3.807/60, no seu art. 156:

«Aplicam-se às instituições de previdência social os prazos de prescrição de que goza a União Federal, ressalvado o disposto nos arts. 57 e 144».

De sua vez estabeleceu o último dos dispositivos referidos:

«O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhe sejam devidas prescreverá, para as instituições da previdência social, em trinta anos».

Ao entrarem em vigor tais disposições não existia regra estabelecendo especificamente o prazo de prescrição dos direitos do Estado em matéria de tributos, aplicando-se, por isso, à hipótese, o art. 177 do Código Civil, onde é previsto o prazo prescricional de 20 anos (Rubens Gomes de Souza, Compêndio de Legislação Tributária, 3ª edição, pág. 103).

Tem-se, assim, que o legislador, quando estabeleceu o prazo de trinta anos para a prescrição do direito de as instituições de previdência social receberem ou cobrarem as importâncias que lhes fossem devidas, deu tratamento especial a tais créditos, em relação aos da União, conseqüentes de tributos.

Essa omissão da legislação a propósito do prazo de prescrição do di-

reito à cobrança, pelo Estado, de créditos oriundos de tributos, foi suprida pelo Código Tributário Nacional, quando, no art. 174, fixou dito prazo em cinco anos.

A regra aí contida, entretanto, pela sua generalidade, não poderia ter o efeito de revogar disposição especial, como a do art. 144 da LOPS, do que resulta que, mesmo se admitindo, como muitos o fazem, que a contribuição previdenciária seja tributo, ainda assim teria permanecido em vigor a norma excepcional.

Que esse entendimento procede, mostra-o o fato de o Dec.-Lei 66, de 21 de novembro de 1966, e, portanto, posterior ao Código Tributário Nacional, promulgado em 25 de outubro do mesmo ano, haver conservado a disposição, como a conservaram diplomas legais posteriores que alteraram a Lei 3.807/60, inclusive a Lei 5.890/73.

A correção dessa interpretação, aliás, veio a ser afirmada já agora, pela Lei 6.830/80, de natureza interpretativa inegável, ao dispor no art. 2º, parágr. 9º:

«O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960».

Ante tais considerações, o meu voto é recebendo os embargos para, afastada a arguição de prescrição da ação, na forma por que o fez o voto vencido, determinar o retorno dos autos à Turma para apreciação das demais questões postas nos autos.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente: Recebo os embargos pelos fundamentos do voto vencido.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Recebo os embargos, nos termos do voto proferido na AC 67.730, 6ª Turma, 4-5-81, e de cuja cópia farei oportuna juntada.

É como voto.

Mandado juntar por S. Exa., em razão de ter proferido voto no mesmo sentido na AC-67.730-MG.

Apelação Cível nº 67.730-MG

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

Apelado: Fausto Junqueira Rebouças.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhores Ministros, volta à baila a questão prescricional das obrigações previdenciárias, de há tempos controvertida sobre a revogação do art. 144 da LOPS com o advento do CTN, art. 174. Volta, porque o incidente de uniformização instaurado com o fim de solver a persistente controvérsia — AC. 58.664, 2ª Seção — findou por se prejudicar, em face da sobrevinda Lei 6.830/80, cujo art. 2º, § 9º, em fazendo remissão àquele dispositivo da LOPS, alterou o estado da divergência jurisprudencial que se houvesse de pacificar com o julgamento do incidente; objetou-se, com razão, a inconveniência de editar-se súmula em matéria da prescrição previdenciária, assentada à luz de norma recente, a respeito da qual as Turmas ainda não lançaram interpretação.

Traçado esse quadro atual da pendência, posto em aguardar interpretação da mencionada regra legal sobrevinda, começo por relembrar o meu conhecido ponto de vista, tocante à plena vigência do art. 144 da LOPS, como segue:

«Faço-o da forma como votei na AC. 40.183, 4ª Turma, 10-10-79, consoante a argumentação que alinho a seguir.

Conheço os escólios doutrinários da chamada corrente tributarista. Dentre nós, releva notar, pela síntese de seu conteúdo, o excelente parecer do Professor Geraldo Ataliba, publicado na Revista dos Tribunais (Vol. 492/43). Ao ver do emérito tributarista, a consulta ao direito positivo pertinente levaria à conclusão de que, desde o seu traço de compulsoriedade e pecuniariedade, amoldado ao Sistema Tributário na forma do art. 21, § 2º, I, da Constituição, defrontando-se a mesma formalística fiscal, distendida do lançamento à cobrança, tudo isso estaria a identificar a natureza tributária da contribuição previdenciária.

A partir daí, seria de ver-se que as regras fiscais da Lei 3.807/60 não teriam subsistido às normas gerais do CTN, senão que nos pontos compatibilizáveis, dentre os quais, certamente, não se comportaria o art. 144 da LOPS, tocante à prescrição trintenária, pois que afrontaria a prescrição quinquenal estabelecida pelo art. 174. do CTN.

Não há negar-se a inteligência dessa construção fiscalista, rica em argumentos.

Ouso, contudo, negar a premissa básica desse duto raciocínio, no que parta do art. 21, § 2º, I, da Constituição. No que essa norma pudesse servir à contribuição para atender diretamente à parte da União o custeio dos encargos da Previdência Social, a sua literalidade, porém não alcançaria as contribuições integrantes das duas outras partes no custeio dos encargos da Previdência Social. Antes de integrarem-se ao Sistema Tributário, tais contribuições mais se autorizam como direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição, num elenco assistencial que se abre com o salário mínimo, salário-família, férias, descansos

remunerados e encargos outros prestados diretamente pelo empregador, e que se inteira com a garantia da Previdência Social, mediante contribuição triplíce: da União, do empregador e do empregado — art. 165, XVI.

Nessa triplicidade, há distinguir-se, antes da relação tributária que possa qualificar a quota devida pela União, a relação securitária que ressalta da destinação das contribuições previdenciárias, a termo de uma solidariedade social que a Constituição impõe no campo da ordem econômica, sem laço de maior ligação com o poder de intervenção e custeio a que alude o art. 163 e seu parágrafo.

Em face dessa destinação, à qual se vinculam os contribuintes empregado-empregador, a favor do associado nominal da previdência se abre a correspondente contraprestação, assim delineado o caráter securitário que distancia, a meu pensar, a indagada relação tributária, cuja marca de generalidade não se concilia com a nominalidade assistencial passiva daquela contraprestação.

Volto, pois, ao direito positivo consultado. D.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN, prestante ao regulamento da prescrição do crédito tributário, à força dos conceitos próprios ali inseridos sobre os tributos, e sem outra linha de referência às peculiaridades do seguro social — senão que a ligeira ressalva de seu art. 218, inciso II, limitada unicamente às «quotas de previdência» que se destinam à contribuição da União para a Previdência Social (redação do DL 27/66) — repito, d.m.v., não vejo como o art. 174 do CTN tenha implicado na revogação do art. 144 da LOPS, hoje na redação do art. 221 da CLPS.

Ademais, convenha-se em que, ao estabelecer regras de prescrição, o Código Tributário Nacional corre no leito das leis ordinárias, desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar que somente detém para o trato das «normas gerais de direito tributário» (CF, art. 78, § 1º); matéria evidentemente estranha à prescrição, ainda mais se pretendido entender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos».

Permaneço nesse entendimento, pois que, apesar do judicioso voto do Ministro Carlos Mário, lido à 2ª Seção, no ensejo das preliminares de julgamento daquele incidente de uniformização de jurisprudência, tenho dificuldade em entender como os aludidos escólios doutrinários, concernentes aos tributos, sirvam, **per se**, à conclusão da derrogação da LOPS, no tocante à prescrição.

É que, em derradeira instância, ad argumentandum, ao possuir pura natureza tributária a contribuição previdenciária, isso não basta à solução da controvérsia, como objetivamente está posta. Os próprios defensores da revogação tácita do art. 144 da LOPS, deveras, admitem a compatibilidade de uma regra de prescrição especial com a disposição geral demarcatória do quinquênio instituído pelo art. 174 do CTN — tanto que afirmam poder a lei ordinária voltar a dispor sobre prescrição trintenária (relembre-se, no ponto, o brilhantíssimo voto do Ministro Carlos Mário, já citado).

Portanto, tenho dificuldade em compreender porque havia de dizer-se necessariamente derrogada a lei ordinária, então vigente no advento do CTN; se compatibilidade há para idêntica disposição da lei nova, com igual razão havia para a disposição especial anterior, sob pena de con-

trariedade ao princípio de que lei posterior generalis nom derogat priori speciali, aforismo segundo o qual a lei especial sucedida por uma lei geral com esta coexiste, salvo revogação expressa.

Seria o caso da plena coexistência da norma geral de Direito Tributário confiada ao CTN, ao lado da norma especial da prescrição trintenária da contribuição previdenciária, previamente confiada à LOPS.

Mas, a inclinar-se para outro lado uma respeitável corrente de opinião, examine-se o subsídio legislativo fornecido pela Lei 6.830/80. Eis o § 9º de seu art. 2º:

«O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.»

Repita-se que, a esta altura, não se nega força à lei ordinária para versar matéria de prescrição, ainda que posta ao lado das normas gerais relativas às obrigações tributárias, para cujo campo se entenda de conduzir as contribuições previdenciárias, na sua atipicidade.

Logo, não há negar-se hierarquia à examinada Lei 6.830 para dispor sobre a prescrição previdenciária, nem há duvidar-se da oportunidade do tratamento dessa matéria, no contexto destinado à regência da cobrança judicial da Dívida Ativa, medida naturalmente compatível com o regramento da ação de execução ali estabelecida, tal como foi incluída, via do substitutivo oferecido pelo Relator do Projeto, na Comissão Mista do Congresso Nacional — Senador José Lins (DCN de 3-9-80, pág. 2.210/11).

A partir dessa afirmativa, o que resta examinar é a qualificação do novo dispositivo, sobre ser de natureza interpretativa o seu mandamen-

to previdenciário, ou se apenas inovadora do direito positivo inerente à prescrição tributária, com a qual veio a ser confrontado.

Mais uma vez se anote, por importante, que a revogação do art. 144 da LOPS nunca fora expressa, senão que fora afirmada à força de elucubrações teóricas, as quais, por serem brilhantes, afinal lastrearam o dissenso jurisprudencial.

Na verdade, dispersaram-se as opiniões, pelos campos de um escorço que assim pode ser traçado: na órbita da Administração, o Poder Executivo posicionou-se em ignorar a versão revocatória, dado que baixou novo regulamento da LOPS, reproduzindo os dizeres do art. 144, como ainda hoje se encontram no art. 420 do Decreto 72.771/73; e mais, em 1976, veio a consolidar a dita regra legal, através do art. 221 da CLPS expedida pelo Decreto 77.077; no âmbito do judiciário, a situação foi de resistência inicial àquela versão, tal como se vê da antiga jurisprudência do TFR, a qual, porém, findou por ceder, após as composições mais recentes de suas Turmas, a ponto de configurar-se a divergência noticiada pelo prefalado incidente de uniformização; enquanto isso, no que lhe compete aplicar a discutida norma, no pormenor da prescrição da contribuição para o FGTS, evidentemente filiada ao gênero das contribuições previdenciárias, o TST persiste na sua invariável orientação sumulada no verbete 95, consoante o seguinte enunciado:

«É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço».

A defrontar essa testilha armada em torno da comentada regra de direito previdenciário, evidentemente que ao legislador assistia interferir

no interesse geral de fazer cessar a instabilidade decorrente de tão densa divergência. Ao que melhor parece, em face das circunstâncias, fê-lo o legislador a modo da interpretação autêntica, inerente às chamadas leis interpretativas.

No tema, é consabido que dentre os diversos requisitos que se prestam a anunciá-lo, o caráter interpretativo de uma lei pode resultar retratado no próprio texto, até mesmo pela referência tácita da nova fonte a uma preexistente situação normativa duvidosa (tomem-se as lições arroladas na Enciclopédia Saraiva, verbete no vol. 49/50). Se assim acontece a uma referência tácita, melhor acontecerá retratada a natureza interpretativa da nova fonte, quando expressa for a referência, na forma de remissão à considerada situação normativa preexistente, objeto de alentada discussão sobre sua vigência.

No caso, foi exatamente isso que fez o legislador, no tocante ao dispositivo legal em causa. No momento em que ganhava vulto o questionamento da revogação tácita do art. 144 da LOPS, o caráter interpretativo do superveniente texto remittente se afigurou nítido, quer pelo expreso corteúdo da referência, quer pela forma da remissão. Ali não se preceituou que a prescrição das contribuições previdenciárias ocorrerá em trinta anos, como se se tratasse de inovar uma situação legislativa presente, ou de dar efeitos de convalidação ao antigo dispositivo (no que, aliás, se cometeria imperdoável impropriedade); não, ao valer-se do significativo verbo continuar, com a precisão com que se valeu, a letra legislativa se inteirou da mais clara alusão a um preceito anterior, acentuando-lhe imperativamente a vigência e a operosidade, no pressuposto das conhecidas dúvidas levantadas pela doutrina e pela jurisprudência desavindas.

Veja-se que o texto não revela qualquer preceito novo, senão que a determinação interpretativa de que a espécie continua regida pela norma remitida pela precisão vernacular do verbo continuar, não se há de entender a continuação de uma regência legal que perdera vigor — a vigência continuada de um dispositivo que já fenecera no seu ciclo vital fechado pela revogação! Carente de preceito autônomo, o novo dispositivo não terá alcance, que não pela evidente ratio legis de espantar as dúvidas sobre a derrogação da LOPS, no particular do seu art. 144, ao qual fez a mais propositada remissão, assinalando, pois, a intocada vigência do preceito ali agasalhado, isto é, o da prescrição trintenária da cobrança das contribuições previdenciárias.

Lógica e sistematicamente interpretada a nova lei, vê-se que lhe faltará função, se lhe for negado o detectado caráter interpretativo, do qual a carga de seus efeitos instantâneos, como a de sua aplicação imediata a todos os casos pendentes.

Em conclusão, com a devida vênia dos que ainda entendam que a LOPS resultou derogada pelo CTN, continuo a lhes fazer respeitosa oposição, agora reforçada pela examinada norma interpretativa — Lei 6.830-80, art. 2º § 9º.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para reformar integralmente a sentença e julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Recebo os embargos nos termos de voto anteriormente proferido sobre a matéria, do qual farei juntar qual farei juntar cópia.

Mandado juntar por S. Exa., em razão de ter proferido voto no mesmo sentido na AC-58.664-SP.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Em sessão passada, após o voto do Relator, eminente Ministro Carlos Mário Velloso, pedi vista destes autos e hoje trago o meu voto.

2. Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência a respeito da questão de saber se as disposições do Código Tributário Nacional, no referente a decadência e prescrição, se aplicam às chamadas contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social.

3. O problema adquiriu certa complexidade e, como se viu pelo minucioso Relatório e pelo tão minucioso quanto erudito voto do Relator, vem suscitando pronunciamentos divergentes neste Tribunal, sobretudo em virtude de tanto a Constituição Federal como o citado Código haverem deixado ao intérprete a tarefa de discernir no grande debate doutrinário a respeito da natureza jurídica de tais encargos.

Ocorrente a divergência, inafastável se torna o conhecimento do incidente, pelo que nesta parte acompanho o eminente Relator.

4. No mérito, entretanto, embora de inteiro acordo e mesmo maravilhado com a brilhante exposição doutrinária feita por S. Exa., quero pedir licença para divergir da conclusão. É que entendo mais adequada à solução da espécie, pelo menos no estado atual de nosso direito, uma atitude mais pragmática.

5. Com efeito, sem embargo de ser hoje quase unânime na doutrina a dicotomia imposto e taxa para designar todas as entradas compulsórias de recursos para os cofres públicos, bem demonstrou o eminente Relator que, na prática e mesmo no direito positivo, ainda se conserva, para algumas delas, a denominação de contribuição, sendo exemplo mais notá-

vel a contribuição de melhoria. A. Carlos Fonseca, ilustre Assessor do eminente Ministro Pedro Acioli, em alentado estudo de que me remeteu um exemplar, também o demonstra com apoio em trabalhos de autores nacionais e estrangeiros.

Não é que as contribuições, assim designadas na prática, não caibam num ou noutro daqueles conceitos. Ao contrário, se atentarmos para a etimologia e até para a origem histórica da palavra contribuição (do latim *contributio*, de *con* + *tribuere*, ação de ajuntar, incorporar, anexar, contribuir), que tem a mesma raiz de *tributum* ou *tributus*, termo originariamente utilizado para designar as coisas e serviços que as tribos vencedoras na guerra exigiam das vencidas, e que depois veio significar idênticos encargos impostos pelos governos aos próprios governados, para atender às despesas do estado, se atendermos para isto, podemos até dizer que os conceitos de imposto e taxa é que se compreendem no de contribuição. Aliás, nos primeiros tempos foi esta palavra utilizada para amenizar a conotação odiosa do vocábulo tributo (cf. «Enciclopédia Mirador Internacional», publicação da «Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda», in verbete tributo, item I, 1.3). Assim, contribuição pode até sinonimizar-se com o gênero tributo, não sendo outra a razão por que a própria lei chama contribuinte ao pagador de tributo.

Não há, portanto, razão de origem teórica para não se chamar imposto ou taxa ao que hoje se chama contribuição, a qual, segundo Pontes de Miranda, ora assume o caráter de imposto, ora o de taxa, dependendo das circunstâncias (ver, desse saudoso jurista, «Comentários à Constituição de 1967», texto primitivo, tomo II, págs. 351 e 361/367, sobretudo no final da página 366, onde ele mostra o erro de Seligman em pretender

distinguir taxa de contribuição de melhoria). Aliás, neste ponto peço vênia para assinalar o que me parece um pequeno equívoco do ilustre autor do trabalho acima referido: como bem frisou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, o insigne jurista não defendeu um *genus tertium*. Ele era pela dicotomia. O que ele quis, por certo, foi assinalar o caráter por assim dizer ambivalente dessas entradas, que, provindas de contribuintes diversos, convergem para certa finalidade, para certo serviço estatal.

6. Em verdade, voltando às contribuições previdenciárias, se as examinarmos de um ponto de vista pragmático, veremos que elas, vistas do lado do contribuinte, tanto podem assumir o caráter de imposto ou de taxa como, até, de preços públicos ou, ainda, de prestação compulsória sem qualquer desses caracteres. Assumem o caráter de taxa para os trabalhadores (empregado, autônomo ou avulso) porque tiram proveito dos serviços ou benefícios prestados pela Previdência e não podem fugir ao pagamento delas; preços públicos, ou, se quiserem, taxas facultativas, para os contribuintes facultativos ou, para os contribuintes em dobro, porque, como é óbvio, podem deixar de pagar, desistindo dos benefícios, quando isto lhes aprouver; ainda preços públicos, para os usuários dos serviços sobre os quais incidiam as chamadas cotas de previdência (luz, telefone, etc.) destinadas a responder pela contribuição da União, não só pelo fato de também poderem dispensar tais serviços, como porque, vindo elas adicionadas ao preço do serviço, era como preço que o contribuinte a sentia; imposto, para os igualmente usuários dos ditos serviços, mas exercentes de atividades lucrativas, e também para os empregadores, porque delas não se beneficiam senão indiretamente e ainda as transferem aos seus fregue-

ses (isto é, os tomadores de seus serviços ou adquirentes de suas mercadorias); finalmente, prestação compulsória sem qualquer desses caracteres, para os tomadores de serviço do trabalhador autônomo, que na forma do art. 64 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 83.081/79 têm de integrar a este 8% de seu salário. E não se diga que estes 8% correspondem ao que o tomador do serviço teria de pagar ao órgão previdenciário, se o trabalhador não fosse autônomo. A correspondência é apenas aritmética, como claramente se vê.

Há ainda o caso do dono da obra, que, pela norma ditatorial do art. 20 do Decreto-Lei nº 66/66, atenta exclusivamente à comodidade da burocracia, tem de pagar pelo construtor e por seus empregados, sem ao menos poder descontar destes a parte que lhes cabe. E, isto, independente de já haver pago tudo ao construtor, que no orçar a empreitada já inclui todos esses encargos. Que nome tem esse encargo extra do dono da obra para com o órgão previdenciário? Imposto, taxa ou confisco? É certo que a lei lhe assegura «ação regressiva» contra o construtor. Mas, de qualquer modo, o Estado transfere ao proprietário, ou ao simples condômino de edifício, incômodos que são seus. Esses incômodos, sem os privilégios e poderes do Estado, têm significação econômica, representam despesa, encargo. Que nome lhes daremos?

7. Como se vê, o problema apresenta particularidades variegadas. E apenas aponte algumas! Daí a dificuldade em reduzi-lo ao âmbito necessariamente generalizante e refratário a aspectos menores como sói ser o das teorias e doutrinas, muitas delas elaboradas com base no direito estrangeiro e, por isto, desconhecidas de nossa legislação multifária, instável e em grande parte improvisada.

8. Talvez por isso mesmo haja o legislador conservado, para esses encargos parafiscais, o nome de contribuição, por ser mais abrangente e menos suscetível a polêmicas. E também porque o Código Tributário Nacional, desde o anteprojeto elaborado pelo que todos têm como maior conhecedor, à época, dessas questões, tenha definido tributos como compreendendo os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria, silenciando sobre as de previdência.

Com efeito, Rubens Gomes de Souza, ao ser convocado em 1953, por iniciativa de Deputados, encampada pelo então Ministro Osvaldo Aranha, para elaborar o anteprojeto, já era tido como o maior conhecedor da matéria no Brasil. Evidentemente não ignorava a existência, já então, das contribuições previdenciárias, à época disseminadas nas várias leis regedoras dos múltiplos institutos e caixas de aposentadoria. Ele não podia ignorar isto. E, no entanto, lá está, no art. 21, apontado e elogiado por outro eminente mestre no assunto, Aliomar Baleeiro, a definição de tributos como sendo impostos, taxas e contribuições de melhoria (cf. Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», 2ª ed., págs. 36/37). E — note-se — este eminente professor, emitindo parecer, como Deputado Federal, sobre o Projeto nº 4.834/54, da Câmara, exarava uma lição, que é, com as qualidades de mestre que não possuo, o que acima afirmei. Disse ele, verbis:

«O projeto, a nosso ver, com acerto, não contemplou especialmente entre as receitas as chamadas «contribuições parafiscais» arrecadadas pelos Institutos e Caixas de Pensões, SESI, SESC, etc. Nesse rol seria de incluir-se também o imposto sindical.

Na melhor doutrina, o neologismo parafiscal, introduzido na linguagem financeira da França pelo

inventário Schuman e cedo copiada pelo Brasil, designa tributos que, às vezes, são taxas e, outras vezes, impostos. Não raro, apresentou formas híbridas de imposto e taxa. Mas de específico tem só a delegação as entidades beneficiadas com a arrecadação.» (Cf. Aliomar Baileiro, ob. cit., pág. 38).

9. Aí está, reconhecido por mestre no assunto, não só o caráter oscilante dessas contribuições entre imposto, taxa e outras figuras, de que falei acima, como também a não abrangência delas pelo CTN. O Código, com efeito, falou de impostos, taxas e contribuições de melhoria, o que leva, segundo conhecidíssimo princípio de lógica jurídica, à exclusão das contribuições previdenciárias, pois, ao se atribuir ao legislador o propósito de as fazer compreender nos dois primeiros conceitos enunciados, ter-se-á de reduzir à inutilidade a referência à de melhoria, também abrangida neles.

10. Não se trata, aqui, de dar prevalência à chamada voluntas legislatoris, que a moderna hermenêutica insere apenas entre os subsídios menos valiosos de interpretação, mas de atentar em que a previdência social, de evolução tão lenta, que levou um século para caminhar das mutualidades de cunho particular, inauguradas com as tontinas do séc. XVII, até a instituição do primeiro seguro social obrigatório por Bismarck em 1883, ainda está, entre nós, outro século depois, praticamente começando a evoluir dos percalços e contratempos iniciais. Consta que em alguns países ela já atingiu o ideal, que é o de o Estado assumir integralmente o amparo dos inválidos de qualquer natureza, saindo os recursos dos próprios impostos gerais, isto é, independente de contribuição específica e bastando a qualidade de súdito e inválido para ter di-

reito subjetivo ao amparo. Mas, entre nós, mais se tem pensado na demagogia das aposentadorias por tempo de serviço ou por outras razões estranhas à incapacidade para o trabalho; e só muito recentemente se pensou no amparo aos anciãos de mais de 70 anos. Dos outros inválidos, se não tiverem o amparo da família, alicerce do Estado liberal, que cuidem as religiões menos fechadas ou outras instituições caritativas.

11. Foi, por certo, pensando neste estado ainda incipiente de nossa instituição previdenciária, que há de caminhar para aquele ideal mas, por enquanto, é a miscelânea de que falei, que o legislador do CTN deixou de trazê-la para o âmbito deste.

12. Estou, assim, com o IAPAS, no excelente memorial apresentado por seu ilustre Procurador, Dr. Paulo Cesar Gontijo. Não há dúvida de que as contribuições previdenciárias, quando compulsórias, como a sua maioria, têm natureza tributária. Seria inútil negá-lo, e, por isto, o IAPAS começa por reconhecê-lo. Porém, menos certo também não é que o Código, que nem saiu do Congresso com esse nome, não foi exauriente. Ele deixou as contribuições de previdência e outras (como as de custeio das autarquias de fiscalização profissional, que são fixadas ou reajustadas pelos respectivos Conselhos) para a legislação específica.

13. Nessa linha de entendimento, o que se pode ter como tumultuário é o Ato Complementar nº 36/67, que se apressou em dar o nome de código ao que saiu do Congresso como sistema; o Decreto-Lei nº 27/66, que lhe acrescentou dispositivo para dizer o óbvio, isto é, que as chamadas cotas de previdência e outras «contribuições» estavam fora de seu alcance; a Emenda Constitucional nº 8, referente a estas mesmas cotas e, agora, a Lei nº 6.830/80, que vem chover no

molhado a respeito de prescrição. São, estas, providências legislativas engendradas às pressas, talvez motivadas pelo descrédito ou pelo medo do trabalho construtivo e seguro, embora lento, da jurisprudência. Normas que ao invés de evitar o mal que temem, quase sempre o aumentam, pelo tumulto e a insegurança que trazem ao próprio julgador.

14. Senhor Presidente, para encerrar este voto que já muito se alongou e — admito — pouco contribuiu para o esclarecimento da matéria, quero lembrar, ainda a propósito dessas chamadas cotas de previdência, que o Decreto-Lei nº 1.505, de 1967, as substituiu por uma parcela sobre o preço ex-refinaria dos combustíveis, equivalente a 6% do preço ex-refinaria da gasolina tipo «A», livrando, assim, do encargo, os consumidores de luz, água, gás, telefone, etc. e os usuários dos transportes coletivos.

Por esta inconstância da legislação, que muda a todo instante a coloração desses encargos, foi que em voto proferido em embargos na AC 36.382-SP, a propósito de discussão semelhante à destes autos, me aventurei a chamar tais cotas de quase-imposto. Pelo menos já não podem ser tratadas como taxa, pois quem compra combustível não utiliza serviço público. Isto mostra que o conjunto de tais contribuições parafiscais ainda evolui e está longe de se ajustar às teorias rígidas, ou de se acomodar a doutrinas inspiradas no direito mais sedimentado de outros povos.

15. Concluo, pelo exposto, que o Código Tributário Nacional não alcança as contribuições em debate. Assim, lamentando não poder acompanhar o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, formo-me na ala deste egrégio Tribunal que, segundo refere A. Carlos Fonseca no trabalho

inicialmente referido, entende que, a respeito de decadência e prescrição, elas obedecem à legislação própria, tendo por base a Lei nº 3.807/60. Dentre os nomes representativos dessa corrente, citam-se os dos eminentes Ministros Carlos Madeira, Aldir Guimarães Passarinho e Evandro Gueiros (AC 55.396-SP); Armando Rollemberg (AC 50.134 e 53.881-SP); Antônio Torreão Braz e Moacir Catunda (AC 51.748-SP) e José Fernandes Dantas (AC 58.003-MG).

E o meu voto.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente: Recebo os embargos na conformidade do meu voto nos Embargos Infringentes na Remessa **Ex Officio** nº 63.572 - PR.

Mandado juntar por S. Exa., em razão de ter proferido voto no mesmo sentido na REO nº 63.572-PR.

#### VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente: As contribuições previdenciárias são contra-prestações cuja realização gera direito subjetivo a benefícios previstos em lei e minuciosamente regulamentados em favor de pessoas perfeitamente individuadas. Estes benefícios são tradicionalmente prestados (e mesmo contemporaneamente) mediante contratos de prestações de serviços tradicionalmente feitos com entidades de Direito Privado.

Só recentemente o Estado passou a intervir na área dessas relações jurídicas e a assumir a responsabilidade pela prestação desses serviços com o escopo específico de tutelar interesses de ordem predominantemente social, a refletir a evolução das idéias predominantes.

O caráter eminentemente sinalagmático da relação jurídica material em cujo contexto emerge o débito por contribuições é por demais manifesto para admitir as controvérsias

tão vivazes que se testemunham ainda hoje, ao se pretender inculcar a tais contribuições a natureza de tributos.

A contraprestação do benefício é concretamente exigível pelo contribuinte ou beneficiário, seja por pretensão direta e imediata perante a própria autarquia previdenciária, seja por pretensão indireta e mediata, através de ação judicial.

Estas características da contribuição previdenciária bastam, a meu ver (e com a devida vênia das doutras opiniões contrárias) para evidenciar que elas não constituem imposto, instituto que repele, de qualquer modo, qualquer traço de sinalagmaticidade.

Taxas, por sua vez, as contribuições previdenciárias não são, porque não há lei que cogite de prestação de serviços e de realização de benefícios mediante esta possibilidade de exigência especificada, individualizada e personalizada de contraprestações, de forma concreta, através de ação judicial. Por isso, sua definição não se comporta no âmbito do art. 77 do Código Tributário.

Acrescente-se que tais contribuições se destinam a custear serviços e benefícios que se prolongam no tempo e não se sujeitam à previsão orçamentária.

Acresce que a dúvida que assaltou ilustres intérpretes do Código Tributário ao ver no seu art. 174 norma revogadora do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social não se compadece com o caráter especial da norma sobre prescrição contida na citada lei orgânica.

De fato, tínhamos já no Código Civil a norma geral de que a prescrição das obrigações pessoais se verificava ao fim de trinta anos.

Não era necessário, portanto, que a Lei Orgânica dispusesse sobre pres-

crição trintenária do crédito por contribuições. Ela o fez, por conseguinte, para instituir norma especial (se cuidasse apenas de referendar norma geral teríamos o legislador a empregar expressões desnecessárias).

Acresce que as dúvidas que emergiram após a promulgação do Código Tributário estão agora afastadas pelo pronunciamento do legislador, ao dizer que a norma do Código Tributário não teve efeito de revogar o art. 144 da Lei Orgânica.

Insisto: a norma do art. 174 do Código Tributário está ali enxertada por uma questão de conveniência e de utilidade, mas não se trata de norma geral de direito tributário, senão de norma versante simplesmente com prescrição, que não constitui tema de direito tributário, mas de disposições genéricas da ordem jurídica como um todo.

São estas as ponderações que me levam a pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Mário Velloso e aos doutos pares que prestigiam a interpretação por S. Exa. defendida e, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator José Dantas, também acolher os embargos para que prevaleça o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, na assentada da apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAC. nº 44.174 — SP. Rel.: Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Embargante: IAPAS. Embargado.: Comercial Futebol Clube.

Decisão: Por maioria, rejeitaram-se os embargos. (Em 26-5-81 — 2ª Seção).

Os Srs. Mins. Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Mário Velloso, Sebastião Alves dos Reis e Miguel J. Ferrante votaram de acordo com o Relator. Vencidos os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir

Catunda, José Dantas, Justino Ribeiro e Romildo Bueno de Souza. Ausente, por se achar licenciado, o Sr.

Ministro Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.841 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro  
 Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social  
 Apelado: Fozi Omar

#### EMENTA

Correção monetária — Imóveis do INPS — Cessão de direitos — Não incidência — Autarquias — Duplo grau de jurisdição — Prazo para recorrer.

I — Consoante a jurisprudência prevalecte no Tribunal Federal de Recursos, as aquisições de imóveis residenciais da autarquia previdenciária, com opções de compra efetivadas antes da vigência do Decreto-Lei nº 19, de 30-8-66, estão livres da incidência da correção monetária, sendo irrelevante perquirir sobre o valor ou área do imóvel ao tempo da opção de compra.

II — A cessão realizada posteriormente, desde já satisfeitas as disposições legais eximidoras da correção monetária, não está sujeita àquela atualização.

III — As autarquias fazem jus ao prazo em dobro para recorrer, nos termos do art. 188 do C.P.C., mas as sentenças contra elas proferidas só estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, se prolatadas em execução fiscal (Súmula nº 34 do T.F.R.).

IV — Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Fozi Omar move ação ordinária contra o Instituto Nacional da Previdência e Assistência Social, objetivando livrar-se da correção monetária, no tocante à aquisição do

apartamento n.º 1.715, situado na Rua São Salvador n.º 59, na cidade do Rio de Janeiro.

Aduz, em síntese, que adquiriu os direitos aquisitivos relativos ao citado imóvel, através de cessão, com interveniência da autarquia previdenciária, dos direitos decorrentes de promessa de compra e venda que aquele Instituto assinara com José Augusto Pereira, conforme se vê na cópia do contrato de fls. 7-13.

Acrescenta ser ilegal aquela exigência, pois a opção de compra feita pelo cessionário (fls. 14) ocorreu em 14-4-66, portanto antes da vigência do Decreto-Lei n.º 19/66.

Contestando a ação, argumentou, em resumo, o réu (fls. 23-24):

«Inegavelmente, o autor, na qualidade de cessionário dos direitos e obrigações do promitente-comprador José Augusto Pereira, cuja opção de compra do sobredito apartamento se dera aos 14-4-66 e a assinatura do Contrato de Promessa de Compra e Venda a 1.º-6-68, investiu-se de todos os direitos e obrigações deste.

Ora, tendo a opção de compra se verificado aos 14-4-66, o autor só se beneficiará da isenção da correção monetária se ele atender ao preceituado na alínea a da Resolução n.º INPS-101.27, de 2-8-74, isto é, haja optado pela compra do imóvel até 3-7-66, possuir este área superior a 100m<sup>2</sup> e, finalmente, ultrapasse o seu valor a 200 vezes o maior salário-mínimo vigente então no País.

Destarte, pois, bastaria o não preenchimento de um daqueles requisitos que são concorrentes, para que se não goze da isenção da correção monetária.

Fato é que, como se pode deduzir da cláusula I do Contrato Particular de Cessão de Promessa de Compra e Venda, onde se dá ao

imóvel transacionado a metragem de 87,67m<sup>2</sup>, tudo está conduzindo a uma situação flagrantemente desfavorável ao que pretende o autor através do presente feito.»

Apreciando a controvérsia, assim concluiu o Dr. Virgílio Gaudie Fleury a sua sentença (fls. 46-47):

«Julgo procedente a ação para excluir a correção monetária das prestações correspondentes à amortização da dívida relativa à aquisição do apartamento n.º 1.715, da rua São Salvador n.º 59, condenando o réu nas custas e em honorários de advogado, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, bem assim devolver ao autor as quantias que a esse título recolheu. Esta decisão não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, em vista da jurisprudência dominante e recente:

EMENTA: Duplo grau de jurisdição. «Não se conhece da remessa *ex officio*, se a decisão foi proferida contra uma autarquia, e não contra a União Federal, CPC. 475, II» (D. Justiça, 12-8-75).»

Inconformado, apelou o réu (fls. 49-55), sustentando, em preliminar, estar a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição e, no mérito, se insurge contra a condenação nas custas e honorários e propugna pela improcedência da ação. Argumenta que o art. 10 do Decreto n.º 56.793, de 1965, prevê a incidência da correção monetária, na hipótese de transferência de contrato e cessão de direitos à aquisição em favor de terceiros, e que essa disposição legal teria sido ratificada na cláusula «G» do contrato padrão.

Contra-arrazoado (fls. 59-62), o autor, após suscitar preliminar de intempestividade do recurso, pediu, no mérito, a confirmação da senten-

ça, salvo quanto aos honorários, que pleiteia sejam fixados no percentual de 20%.

A fls. 63v, a União subscreveu os termos da apelação do réu e, subindo os autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, deixo de apreciar a sentença sob o aspecto do duplo grau de jurisdição, à vista da Súmula nº 34 desta Corte, nestes termos:

«O duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável, quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, só incidindo, em relação às Autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, III) »

### II

Preliminarmente, ainda, rejeito a preliminar de intempestividade da apelação, pois, conforme se acha certificado a fls. 48v, a sentença foi publicada no «Diário da Justiça» de 12-11-75 e a apelação adentrou nos autos em 11-12-75, dentro, pois do prazo de trinta dias a que faz jus a apelante, por se tratar de autarquia federal. Nesse sentido, os precedentes deste Tribunal:

«Ementa: «Prazo — Inteligência do art. 188 do CPC. Os prazos excepcionais nele previstos alcançam também as autarquias. Agravo de Instrumento provido para determinar que se processe apelação interposta pelo INPS». (AI nº 40.267-RJ. Rel.: Min. Armando Rollemberg. 3ª Turma. Unânime: 28-5-79. In DJ. 7-11-79).»

«Ementa: Processual Civil — Autarquias — Prazo para recorrer — Princípio da fungibilidade dos Recursos.

— As autarquias estão compreendidas na expressão «Fazenda Pública», pois são parcelas institucionalizadas do Estado para execução de serviços autônomos e cujo patrimônio, embora autogovernado, é eminentemente público. (CPC, art. 188).

Embora o Código de Processo Civil atual não tenha mantido, expressamente, o princípio da fungibilidade dos recursos, contida no Decreto-Lei nº 1.608, de 18-9-39, não é infenso a ele (RE nº 86.179 — 3-SC, DJ. 11-8-78, STF, 2ª T.).

— Agravo a que se dá provimento para subida da apelação interposta, para melhor exame.

AI nº 39.429-CE. Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. 2ª Turma. Unânime: 24-9-79. In DJ. 6-2-80).»

«Ementa: Processual Autarquia — Remessa de Ofício.

O art. 188, do CPC garante o prazo em dobro para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

No conceito de Fazenda Pública estão incluídas as autarquias.

Agravo provido.

(AI nº 39.260-RJ. Rel.: Min. Otto Rocha. 2ª Turma. Unânime. 30-11-79. In DJ. 26-3-80).»

### III

No mérito, a sentença impugnada está de acordo com numerosos precedentes desta Corte, razão por que se impõe a sua confirmação. O entendimento prevalente é no sentido de que se o promitente comprador tinha direito à exclusão da correção monetária não há como deixar de reconhecê-lo ao cessionário.

No caso, não há negar que o promitente comprador estava livre da atualização monetária, desde que fi-

zera a sua opção de compra do imóvel questionado em 14-4-66 (doc. de fls. 14), portanto, antes da vigência do Decreto-Lei nº 19, de 30-8-66.

Nesse sentido, embora vencido o eminente Ministro Armando Rollemberg, esta Egrégia 4ª Turma, em sessão de 2-8-80, acolheu o voto que proferi na AMS 89.077-RJ, cuja ementa traduz a teor do decidido:

«Correção Monetária — Imóveis do INPS — Não incidência: Consoante a jurisprudência prevalente no Tribunal Federal de Recursos, as aquisições de imóveis residenciais da autarquia previdenciária, com opções de compra efetivadas antes da vigência do Decreto-Lei nº 19, de 30-8-66, estão livres da incidência da correção monetária, sendo irrelevante perquirir o valor ou área do imóvel ao tempo das respectivas opções.

Apelação desprovida. Sentença confirmada.»

Naquele ensejo, citei vários precedentes deste Pretório: AC 49.543-RJ. Relator o eminente Ministro Otto Rocha, 1ª turma, AC. DJ. 1-7-80; AC 52.731-DF, Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, 3ª Turma, AC. DJ. 20-6-79; AMS 82.778-DF, Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, 3ª Turma, AC. DJ. 3-5-79.

Mencione-se ainda: AMS 78.604-DF, 76.601-DF e 75.991-RJ, Relator o eminente Ministro Décio Miranda; AC 50.460-RJ, Relator o eminente Ministro Lauro Leitão; e AMS 74.291, 75.328 e 82.829, Relator o eminente Ministro Otto Rocha.

Na hipótese específica da cessão de direitos, decidi no Pleno desta Corte, por unanimidade de votos, em sessão de 29-4-80, nos EAC 44.710-RJ, nos termos da seguinte ementa (AC DJ. 6-8-80, pág. 5.608, Relator o eminente Ministro Jarbas Nobre:

«Imóvel. Compra e venda contratada com o INPS. Cessão de di-

reito e correção monetária. Porque a opção pela aquisição do imóvel e sua contratação se realizaram anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 19, de 30 de agosto de 1966, a cessão realizada posteriormente, porque já satisfeitas as imposições legais que exigem de correção monetária os negócios imobiliários sujeitos ao Sistema Financeiro da Habitação, não está sujeita àquela atualização.

Embargos recebidos.»

Embora o meu entendimento seja no sentido da incidência da correção monetária nos casos de cessão de direitos, como o presente, curvo-me àquela orientação plenária.

#### IV

Deixo de apreciar o pedido de elevação do percentual da verba honorária, formulado pelo recorrido, porque efetivado em suas contra-razões da apelação. No caso, se inapunta, não tocante a esse ponto, fosse interposto recurso.

#### V

Pelos fundamentos mencionados, repilo as preliminares suscitadas e nego provimento ao recurso.

#### VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Tenho entendimento, seguidamente manifestado neste Tribunal, no sentido de que a norma do art. 6º da Lei 4.380, elaborada com a finalidade de incrementar a construção de habitações populares, embora pareça, à primeira vista, injusta, não pode, por este último motivo, ter afastada a sua aplicação.

Partindo desse entendimento, sempre considere que as unidades habitacionais de área inferior a 100 metros quadrados e de valor inferior a 200 vezes o maior salário-mínimo vigente no País estavam sujeitas a correção monetária desde a vigência da citada Lei 4.380, com o que, em momento algum, alguém que adqui-

risse ou manifestasse opção pela aquisição de qualquer desses imóveis, o poderia ceder com isenção de correção monetária.

O Tribunal, entretanto, por suas Turmas e pelo seu Plenário, tem adotado entendimento contrário, com o que, ressaltando o meu entendimento pessoal, acompanho o Sr. Ministro-Relator, evitando, dessa forma, a possibilidade de oposição de embargos num caso em que o entendimento sobre a matéria é tranqüilo.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 44.841 — RJ — Rel.: Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Apelado: Fozí Omar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 13-10-80 — 4ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 45.407 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Apelantes: Chana Grajwer e outros, CIBEL — Construtora Irmãos Becker Ltda. e Scholem Becker e Estado do Rio de Janeiro.

Apelados: Os mesmos, Espólio de Manoel Ferraz de Souza e Caixa Econômica Federal

#### EMENTA

##### Responsabilidade Civil.

Silenciando o juiz sobre a deserção na inferior instância, nenhuma preclusão ocorre, podendo o grau superior decretá-la (CPC de 1939, art. 827; CPC de 1973, art. 519).

Pelo sistema do estatuto processual revogado, em sua redação original (art. 64), a condenação em honorários de advogado não assentava no princípio da sucumbência, restringindo-se às hipóteses em que a ação resultava de dolo ou culpa contratual ou extracontratual.

Apelação dos autores que se julga deserta e não provimento da apelação do Estado do Rio de Janeiro.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar desertas as apelações dos autores, delas não conhecer, e negar provimento ao apelo do Estado do Rio de Janeiro, na forma do relató-

rio e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1980 (data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: O Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública assim resumiu a espécie (fls. 1.196/1.203): (lê).

A sentença julgou a ação procedente, em parte, para condenar Manoel Ferraz de Souza, Construtora Irmãos Becker Ltda. — CIBEL e Scholen Becker, nos termos do pedido inicial e conforme o apurado em execução, excluindo de responsabilidade os demais réus. Determinou, ainda, o pagamento das custas e demais despesas processuais, inclusive vistorias, em proporção (fls. 1.204/1.212).

O Estado da Guanabara opôs embargos de declaração (fls. 1.214), rejeitados pelo Dr. Juiz (fls. 1.239) e apelação, com as razões de fls. 1.241/1.242, pleiteando a condenação dos autores em custas e honorários advocatícios, com fundamento na Lei 4.632/65.

Também apelaram os autores (fls. 1.216/1.225) — insurgindo-se contra a exclusão da Caixa Econômica Federal, Estado da Guanabara, Construções Especializadas Meanda Limitada e Sívio Fernandes Meanda — e CIBEL — Construtora Irmãos Becker Ltda. e Scholen Becker (fls. 1.227/1.238), insistindo em que não poderiam ser responsabilizados pelo evento e que a vítima agira com imprudência.

Contra-razões às fls. 1.252/1.254, 1.273/1.274, 1.281 e 1.283/1.284.

Neste Tribunal, o Estado do Rio de Janeiro requereu a deserção do recurso dos autores, por falta de pagamento do preparo (fls. 1.292) e a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 1.294).

Versando a hipótese sobre matéria predominante de direito, dispensei a

remessa do feito ao revisor, nos termos do art. 1º da Resolução nº 20, de 15-5-79, deste Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente: apesar de algumas vezes discordantes, entendo que a deserção se opera pelo só decurso do prazo para a efetuação do preparo. Desse modo, ainda que o juiz de primeiro grau tenha mandado subir os autos, cabe à instância superior apreciá-la de ofício.

Era esta a orientação mais em voga no sistema do Código de Processo Civil de 1939, cujos arts. 827 e 828 coincidem, em linhas gerais, com as regras do art. 519 e seus parágrafos do diploma de 1973.

A propósito, escrevia José Frederico Marques em 1963 («Instituições de Direito Processual Civil», 2ª ed. vol. IV/178): «Do despacho que impõe, no Juízo a quo, a pena de deserção, cabe agravo de instrumento (Cód. de Proc. Civil, art. 842, nº IX), bem como do que a relevar (idem). Todavia, se o juiz não apreciar a deserção em primeiro grau, nenhuma preclusão se verifica, e por isso o Juízo ad quem a pode decretar com base no art. 827.»

O ponto de vista do emérito processualista conforma-se com a tradição do nosso direito. Sady Cardoso de Gusmão, embora discordando, cita a opinião de Manuel Gonçalves da Silva («Comentário», vol. III), para quem é admissível a alegabilidade e a pronunciabilidade da deserção no grau superior («Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro», vol. XV, pág. 245).

José Carlos Barbosa Moreira considera o preparo como requisito da admissibilidade do recurso, embora se concretize depois da interposi-

ção deste, acrescentando: «A consequência é o trânsito em julgado da sentença apelada, que se tem como ocorrido no termo final do prazo, não aproveitado para o preparo: nesse momento, o recurso tornou-se inadmissível» («Com. ao Cód. de Proc. Civil». 1974, pág. 361).

Tanto o estatuto revogado (art. 828) quanto o atual (art. 519) reputam deserta a apelação pelo vencimento do prazo. Admitir, portanto, que o juiz pudesse dispensar o preparo, a não ser nas hipóteses legalmente previstas, implicaria atentado às verba legis, além de menosprezo inqualificável ao princípio que assegura a todos igualdade de tratamento no processo.

Na espécie versada, os autores foram intimados do despacho que determinou o pagamento das custas em 13 de novembro de 1974 (fls. 1.288) e deixaram escoar o prazo in albis (v. também fls. 1.268). Em 12 de março de 1976, o Dr. Juiz mandou que os autos subissem independentemente de preparo (fls. 1.288 verso), o que levou o Estado do Rio de Janeiro a requerer, através de petição formulada ao Relator deste feito, fosse julgado deserto o apelo.

Em face das razões expostas, acolho o pedido acima e julgo desertas as apelações dos autores (fls. 1.216 e 1.227), delas não conhecendo.

No atinente ao apelo do Estado do Rio de Janeiro (fls. 1.241), conquanto dele conheça, desmerece acolhida.

Na data do registro da sentença (17-5-1965), vigia ainda o texto primitivo do art. 64 do CPC de 1939, que dispunha:

«Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários de advogado da parte contrária.»

A Lei n.º 4.632, de 16-5-1965, que lhe deu nova redação, estendendo a condenação à parte vencida em qualquer circunstância (princípio da sucumbência), só foi publicada em 20 do mesmo mês e ano, não sendo, pois, invocável.

No concernente às custas, o decisorio recorrido mandou dividi-las proporcionalmente entre autores e réus alcançados pela condenação, não estando o apelante incluído entre estes, afastado que foi da lide.

Nego provimento à apelação.

## APELAÇÃO CÍVEL N.º 45.500 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Jayme Fernando Marques de Oliveira

Apelada: União Federal

### EMENTA

Controle dos atos administrativos. Prescrição.

O pedido de reconsideração, em matéria relativa ao pessoal, interrompe a prescrição até duas vezes (art. 171 da Lei n.º 1.711/52).

Se a solução do pedido, com o seu arquivamento, ocorreu em agosto de 1970, desde aí recomeçou o lapso prescricional, pela metade, a teor do disposto no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 4.597/52.

Ao ser proposta, cinco anos depois, a ação já estava prescrita.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de novembro de 1980 (data do Julgamento) — Min. Carlos Madeira, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Com a transformação da Faculdade Fluminense de Medicina em estabelecimento federal de ensino e conseqüente aproveitamento do seu pessoal docente e administrativo, pela lei 1.254, de 4-12-50, e tendo em vista as disposições do art. 1º da Lei 2.403, de 1955, que assegurou, de forma definitiva, o direito a aproveitamento do pessoal dos institutos federalizados de ensino, antigo assistente extranumerário da cadeira de Clínica Urológica da dita Faculdade requereu, em agosto de 1956, seu aproveitamento.

Indeferido o requerimento, o interessado pediu reconsideração do Senhor Ministro de Educação e Cultura. Esse pedido mereceu parecer da Diretoria de Pessoal do Ministério, em setembro de 1963, e o processo foi encaminhado à Universidade Federal do Rio de Janeiro, de onde, em 20 de fevereiro de 1969, foi devolvido à Divisão de Pessoal do Ministério. Mas foi parar no Departamento Administrativo do Pessoal Civil, de onde, em junho de 1970, foi restituído ao Ministério e, daí, devolvido à Universidade. Nesta autarquia, recebeu parecer, em 23 de agosto de 1970, pelo seu arquivamento.

Alegando que outros colegas lograram aproveitamento em suas cadeiras, em virtude do provimento de pedidos de reconsideração, feitos ao Ministro de Estado, dos despachos indeferitórios de sua pretensão, e invocando decisões judiciais sobre a espécie, o interessado moveu ação contra a União Federal, visando à sua nomeação para o cargo de assistente de ensino da Cadeira de Urologia, com pagamento de atrasados acrescidos de abonos e quaisquer outros direitos, juros de mora, correção monetária e honorários de 20% sobre o valor da condenação.

Em sua resposta, louvou-se a União nas informações prestadas pelo DASP, nas quais é argüida prescrição do direito do autor, posto que a sua exclusão de relação de aproveitamento foi publicada em janeiro de 1952, e a reclamação é tentada depois de 15 anos. No mérito, sustentou que o aproveitamento do pessoal dos estabelecimentos federalizados era condicionado à existência de vínculo empregatício, que o autor jamais comprovou.

Houve réplica, com juntada de cópias de várias decisões sobre a matéria, e o Juiz Federal, Virgílio Gaudie Fleury, proferiu sentença julgando o autor carecedor de ação e extinto o processo na forma do art. 269, IV do CPC, por reconhecer prescrito o fundo de direito.

Apelou o autor, forte em que incorreu a prescrição.

Contrariou a União e a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvidimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): No requerimento de fls. 16, disse o autor que, «não se conformando com o respeitável despacho

do digno antecessor de V. Exa., no processo nº 113.529/56, e que na presente data se encontra, junto a outros processos, e com número 18.764/55, na Divisão do Pessoal, vem respeitosamente requerer a V. Exa. se digne reconsiderar o referido despacho, pelas razões que pede vênha para expor».

Trata-se assim, de pedido de reconsideração de despacho ministerial.

Hely Lopes Meirelles, inspirado no Decreto 20.848, de 23 de dezembro de 1931, assevera que o pedido de reconsideração não suspende a prescrição nem interrompe prazos para os recursos hierárquicos. Mas, há de se considerar que, em matéria relativa a pessoal, o pedido de reconsideração interrompe a prescrição até duas vezes (art. 171 da Lei 1.711-52).

No caso presente, o pedido de reconsideração, feito em novembro de 1962, interrompeu a prescrição. Mas ao pedido só veio ser dada a solução de arquivamento por despacho de 20

de agosto de 1970, publicado em 8 de outubro de 1970.

Desde aí recomeçou o prazo prescricional, mas pela metade, em face do disposto no art. 3º do Decreto-Lei 4.597/42.

Teria o autor, desde então, direito à ação pelo prazo de dois anos e meio. Em agosto de 1975, quando foi proposta, a ação já estava prescrita.

Nego provimento à apelação.

#### EXTRATO da MINUTA

AC. 45.500 — RJ — Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira — Apte.: Jayme Fernando Marques de Oliveira — Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 14-11-80. — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Min. Relator os Srs. Mins. Adhemar Raymundo e Hermillo Galant. Impedido, o Sr. Min. Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

#### APELAÇÃO CIVEL Nº 46.646 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini

Apelante: União Federal

Apelado: Jailton Machado da Silva

Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara

#### EMENTA

Administrativo — Militar — Licenciamento antecipado — Reforma — Moléstia incapacitante.

— Autor convocado para o serviço militar foi considerado apto e, após o desligamento antecipado das fileiras, comprovou-se a incidência de moléstia incapacitante.

— Laudo da União, dando pela necessidade de cuidados especiais e permanentes, não observado.

— Procedência da sentença que reformou o autor como soldado, com os proventos de terceiro sargento (art. 31, § 2º, b, da Lei nº 4.902/65).

— Recurso de ofício e apelo da União improvidos.

## ACÓRDÃO

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 à apelação e julgar prejudicada a remessa, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de maio de 1980. (Data do Julgamento) — **Ministro Carlos Madeira**, Presidente — **Ministro Flaquer Scartezzini**, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Flaquer Scartezzini**: A demanda foi assim exposta e decidida pelo Exmo. Sr. Dr. Evandro Gueiros Leite, então Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro:

«Jailton Machado da Silva propõe esta Ação Ordinária contra a União Federal, mas com os proventos calculados na base do soldo de terceiro sargento, a partir de 30 de março de 1970, época do seu licenciamento das fileiras do Exército.

O pedido enquadra-se na Lei 4.902/65 (arts. 25 e 28, d, 29 e 31, § 2, b) e nos fatos, sendo que estes se resumem no seguinte. O autor, após incluído apto, foi licenciado enfermo antes que concluisse o tempo de serviço que é de doze meses.

Pede a procedência da ação.

A União Federal contestou às fls. 15/17, sustentando que o licenciamento foi antecipado por conveniência da administração militar e com apoio na lei (art. 6, § 1º, Lei

4.375/64), não podendo o autor valer-se do mesmo motivo para a reforma.

Esta tem como pressuposto a invalidez, quando comprovada em inspeção de saúde, o que não aconteceu com o autor durante o tempo em que permaneceu incorporado, pois esteve tão-somente baixado ao Hospital Central do Exército, de onde teve alta curado.

Pede a improcedência».

Decidindo o feito, assim o fez o emérito julgador:

«O autor foi licenciado em 30 de março de 1970, por conclusão de tempo de serviço (fls. 6), mas já era, a esse tempo, considerado pela JMS do Hospital Central do Exército definitivamente incapaz para o serviço militar (fls. 30).

Ele baixou o HCEX. no dia 20 de janeiro de 1970, onde permaneceu durante mais de dois meses, pois somente teve alta no dia 30 de março, por estar curado, segundo consta das suas alterações (fls. 23), mas não apto para continuar servindo.

É de ver-se, porém, que os seus examinadores disseram, pouco antes do licenciamento, que ele era portador de «reação esquizofrênica aguda (remissa)» possuindo «personalidade psicopática paranóide» (fls. 32), enfermidade incurável e que na verdade o levou à demência.

De fato, assim está dito no laudo do perito da União. O paciente é incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Inválido, necessita de cuidados permanentes de enfermagem e de hospitalização. É alienado mental (fls. 86).

Por tais motivos, o autor não devia ter sido licenciado antes do tempo regulamentar, apressadamente. A recomendação médica explicada em face do quesito 7º, de

fls. 87, era no sentido de manter-se o paciente em observação, o que não foi observado.

Muito embora não lhe seja aplicável, por isso que licenciado antes, o art. 25, letra e, da Lei 4.902/65, não tenho dúvida em reconhecer-lhe e declarar-lhe o direito com fulcro no art. 31 da mesma lei, o qual, por si só, dá direito à reforma (art. 31, § 2º, b).

Nestes termos, julgo procedente a ação nos termos do pedido (fls 3) que engloba a reforma do autor como soldado, com os proventos de terceiro sargento, a partir de 30 de março de 1970.

Acrescentem-se à condenação os atrasados, os juros contados a partir da citação inicial e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa».

Desta decisão apelou de ofício.

Inconformada, apelou a União Federal, alinhando as razões de fls. 101/103.

Sem contra-razões subiram os autos a esta Superior Instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 107/108, opina pelo provimento do apelo.

É o relatório.

#### VOTO

O Senhor Ministro Fláquer Scartezzini: Meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso de ofício e ao apelo da União Federal para confirmar in totum a r. sentença de primeira instância.

É evidente que o autor era portador de enfermidade incurável (reação esquizofrênica aguda, possuindo personalidade psicopática paranóide)

de) que o levou a demência. Este fato está corroborado pelo laudo do perito da União (fls. 31), posteriormente sustentado pelo experto da União, que elaborou o laudo de perícia psiquiátrica (fls. 81/86), onde, de forma incontestável, disse ser o paciente incapaz «definitivamente para o serviço do Exército. Inválido. Necessita de cuidados permanentes de enfermagem e de hospitalização. É alienado mental».

O fato de o militar ter sido licenciado por tempo de serviço, e não ter sido julgado inválido ou fisicamente incapaz, não exclui a possibilidade de, no período de sua incorporação, estar gravemente enfermo. E foi o que aconteceu. Prova disso é o parecer da JMS do Hospital Central do Exército que o considerou definitivamente incapaz para o serviço militar (fls. 30). E isto a 17 de março de 1970, portanto 13 dias antes do seu desligamento das fileiras.

Por tais motivos, mantenho a sentença de primeira instância, por seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC-nº 46.646 — RJ — Relator o Senhor Ministro Fláquer Scartezzini. Apte.: União Federal. Apdo.: Jailton Machado da Silva. Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa (Em 29-5-81 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros: Carlos Madeira e Torreão Braz votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.189 — RS**

Relator: O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara

Apelantes: Lydia Heller e INPS

Apelados: Os mesmos

**EMENTA**

**Previdenciário. Pensão. Esposa e companheira. — Comprovada a vida more uxorio entre a autora e o de cujus e sua dependência econômica a este, cabe-lhe perceber a pensão previdenciária deixada pelo seu falecido companheiro, mesmo que dispute com a esposa legítima, mormente quando esta não dependia de seu marido.**

**ACÓRDÃO**

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 parcial provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1981. (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini: Ação Ordinária proposta por Lydia Heller, contra o INPS e Maria de Lourdes Andriotti. Foi desta maneira relatada e decidida pelo Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (fls. 77/83):

«Lydia Heller, brasileira, solteira, doméstica, residente nesta capital, via sua advogada, ajuizou a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social e Maria de Lourdes Andriot-

ti, brasileira, viúva, doméstica, residente nesta cidade, alegando ter convivido maritalmente com Adão Andriotti Sobrinho, cerca de 27 anos, até a morte do aludido segurado, ocorrida em 3-5-71, e durante todo esse tempo eram tidos pelos vizinhos como marido e mulher.

Esclarece ter contraído matrimônio religioso com o segurado e terem nascido 4 filhos da vida em comum de ambos.

Diz a autora que Adão foi casado com Maria de Lourdes Andriotti, que o abandonou para viver com outro homem.

Acentua ter provado, judicialmente, sua total dependência econômica em relação ao ex-segurado.

Procura a autora apoiar sua pretensão nos artigos 11, 14, 18, 19 e 36 da Lei Orgânica da Previdência Social.

Pediu a condenação do INPS a pagar à autora a pensão previdenciária deixada por Adão Andriotti Sobrinho, a partir da morte do segurado, e demais cominações legais.

Juntou o documento de fls. 5 e os autos de Justificação Judicial de fls. 6/18.

Contestou o INPS (fls. 31/32), afirmando ter concedido a pensão à esposa legítima do de cujus, havendo o rateio legal com os filhos menores e que a esposa legítima de Adão Andriotti não perdeu sua qualidade de dependente.

Entende o Instituto que «o casamento canônico, sem efeitos civis, traduz, fora de dúvida, união more uxorio, não, porém, justas nupcias» e que a situação da autora se enquadra na de pessoa designada que, para efeitos beneficiários, vem após a contestação vocacional do inciso I, do art. 12 do RGPS.

Replicou a autora (fls. 36).

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara desta Seção Judiciária declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos à 1ª Vara (desp. fls. 37).

Contestou a co-ré Maria de Lourdes Lyrio Andriotti (fls. 43), frisando ter casado com Adão Andriotti, tendo nascido 4 filhos, hoje todos maiores, tendo vivido juntos durante 13 anos, «quando, então, separaram-se, passando a requerente a viver em companhia do casal Luiz Soares e Suzana Rosa Soares», não sendo verdade a alegação da autora de que abandonara Adão Andriotti para viver com outro homem.

Entende que «a legislação própria, anterior ao Decreto 72.771/73, não concedia direitos de pensão para a concubina, salvo fosse o homem solteiro e, assim mesmo, se declarado estivesse a concubina como beneficiária do mesmo, não podendo, data venia, a Lei retroagir e modificar direitos adquiridos».

Juntou o documento de fls. 45.

Replicou a autora (fls. 47).

Saneador irrecorrido (fls. 48).

Peticionou, novamente, o Instituto, (fls. 49) e a co-ré (fls. 51).

Na audiência foram ouvidas a autora e quatro (4) testemunhas, tendo as partes se reportado a seus pronunciamentos anteriores (fls. 66/67).

Determinou o MM. Juiz Federal Substituto vistas às partes sobre a falta de contestação de fls. 33 e sobre a incidência do artigo 134, II, do C.P.C. (fls. 69), tendo falado o INPS (fls. 70), e esclarecido a douta Procuradoria da República não ter localizado, nos Arquivos da Procuradoria, a contestação (fls. 72).

O MM. Juiz Federal Substituto se deu por impedido para julgar o feito (fls. 72).

Na audiência de renovação de debates (fls. 74/75), foi reaberto o prazo para a contestação da União Federal, tendo o Dr. Procurador da República se reportado ao pronunciamento do Instituto e as partes se reportaram a seus pronunciamentos anteriores:

Vieram os autos conclusos para a sentença em 8-11-1976 (fls. 76)

É o relatório.

Adão Andriotti Sobrinho casou-se com Maria de Lourdes Andriotti no dia 10 de março de 1928 (doc. fls. 45). Viveram juntos mais ou menos 13 (treze) anos, tiveram quatro filhos e depois se separaram, passando Adão Andriotti a viver maritalmente com a autora. Durou esta última união cerca de 27 anos, até a morte do ex-segurado. A autora vivia exclusivamente às custas de Adão Andriotti. Da união de ambos nasceram 4 (quatro) filhos (docs. fls. 9, 10, 17 e 18).

Adão Andriotti declarou como sua dependente a autora (docs. fls. 5 e 8). Incontestável era a intenção

do ex-segurado de beneficiar a sua companheira.

Temos, de um lado, a mulher legítima do ex-segurado, que com este viveu durante mais ou menos 13 (treze) anos e teve com ele 4 filhos e do outro, a companheira que com ele viveu cerca de 27 (vinte e sete) anos e com ele também teve 4 (quatro) filhos. Maria de Lourdes, mulher legítima, pobre, tem direito assegurado por lei. Lydia Heller, companheira inseparável do ex-segurado, durante 27 longos anos, durante quase três décadas foi sua companheira e verdadeira mulher. Esteve junto com Adão Andriotti até a morte deste. Deu-lhe filhos, carinho e conforto nas horas boas e más. Assistiu-o na doença e se manteve a seu lado até a hora da morte,

A autora é também pobre e viveu sempre sob a dependência exclusiva do ex-segurado e nesses casos tem o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em reiterada jurisprudência, reconhecido o direito da concubina à pensão deixada pelo companheiro falecido. Confirmam-se os acórdãos nas Apelações Cíveis nºs 34.114-SP Relator o Eminente Ministro Néri da Silveira (DJU de 8-4-75, p. 2.176), 39.630-SP (DJU de 18-5-76, p. 3.451), 36.161-SP, Relator o Eminente Ministro Peçanha Martins (DJU 26-3-76 pág. 2.047), 42.414-SP (DJU de 22-3-76, p. 1.831) e Remessa Ex officio nº 41.368-PA, Relator o Eminente Ministro Jarbas Nobre (DJU de 15-12-75, p. 9.413).

Em recente decisão, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, através de sua 2ª Turma, decidiu que:

«**EMENTA:** Previdência. Pensão. Esposa e companheira. Dependentes ambas do segurado, que separara há apos do cônjuge sem deixar de prestar-lhe auxílio

e constituiria novo lar com filhos — os fins de amparo social de seguro previdenciário autorizam solução equitativa, inspirada em interpretação construtiva, que veio a positivar-se na Lei nº 5.890-73. À míngua de ato judicial fixando pensão ou reconhecendo abandono injustificado da consorte, divide-se o benefício por metade». (DJU de 8-4-76, p. 2.352).

Referida decisão se aplica, perfeitamente, ao caso sub judice. Com referido acórdão a Instância Revisora demonstrou conhecer um grave problema social, uma das maiores mazelas e, sobretudo, um problema humano comumente que, em hipótese alguma, pode deixar de ser resolvido por nossas Leis e por nossos Tribunais e Juizes. Não seria justa a decisão que olvidasse, no caso, a esposa legítima ou a concubina, ambas viveram com o segurado por longo tempo, uma como esposa legítima e a outra como companheira. Ambas já velhas e pobres, necessitam, para a sua sobrevivência, da infima pensão deixada pelo ex-segurado.

Isto posto.

Julgo Procedente, em parte, a presente ação e condeno o INPS a pagar, em partes iguais, a pensão deixada por Adão Andriotti Sobrinho, à autora e à viúva Maria de Lourdes Andriotti, ambas concorrendo com o filho ainda menor do ex-segurado. Condeno, ainda, o Instituto, nos honorários de advogados de 20% (vinte por cento) sobre o total a ser pago à autora, além dos juros e da correção monetária. Esclareço que a pensão só será dividida com a autora a partir da data desta sentença.

Custas ex lege.

Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição».

A autora não se conformou com os termos da decisão que rateou a pensão e apelou às fls. 84/87.

O INPS por sua vez, da parte que lhe foi desfavorável, também apelou às fls. 85/93 e contraarrazoou às fls. 95/97.

A co-ré manifestou-se contraarrazoando, às fls. 99/100.

Nesta superior Instância, ao ser ouvida, a douta Subprocuradoria - Geral da República manifestou-se no sentido do pronunciamento de sua assistida.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Senhor Presidente: É entendimento deste Tribunal que, quando concorrem esposa e concubina à pensão deixada pelo de cujus, deve esta ser rateada entre as duas, atendendo ao caráter social com que se reveste cada caso.

É preciso, no entanto, no meu entender, verifique-se o grau de necessidade e a real situação de cada uma das pretendentes.

No caso em tela, está provado que a esposa não era dependente de seu marido, pois deste estava há muito separada, e jamais recebeu dele qualquer auxílio. Dependente foi sua companheira, com quem viveu por mais de 27 anos e que lhe deu quatro filhos, vivendo em perfeita união como se casada fosse, assistindo-o na doença e mantendo-se a seu lado até a hora de sua morte.

Esta sim, foi sua verdadeira esposa e é a ela que deve ser destinada a pensão.

Dividir-se, nesta altura dos acontecimentos, a pensão, e dar-se a metade à esposa, é premiar alguém que

jamais soube ser esposa, pois abandonou o marido e, quando este esteve hospitalizado, sequer o visitou, deixando-o em completo abandono.

Vir agora, pleitear em igualdade de condições, com a companheira que deu quase três décadas de sua vida para ampará-lo e dele cuidar até a morte, não me parece justo.

As normas de Direito Previdenciário são de ordem pública, destinam-se a atender fins sociais, não devendo prevalecer somente considerações de índole civilista.

Por tais fundamentos, e atento a estes princípios, dou provimento ao apelo da autora para, reformando em parte a sentença de primeira instância, determinar que a pensão lhe seja integralmente destinada a partir da citação da autarquia para efeito de execução, tendo em vista que os pagamentos feitos à co-ré já foram totalmente consumidos, e que não há filhos menores que possam se habilitar. Condeno, ainda, o Instituto nos honorários de advogado à base de 20% (vinte por cento), sobre o total a ser pago, além de juros e correção monetária.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 50.189 — RS — Rel.: Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Áptes.: Lydia Heller e INPS. Apdos.: os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da autora (Em, 7-8-81 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Madeira e Torreão Braz votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.553 — MG

Relator: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelantes: Antônio Azan e outro

Apelada: União Federal

### EMENTA

Anulatória de Débito Fiscal — Omissão de Receita. Ocorrência de distribuição de lucros que a pessoa jurídica e as pessoas físicas dos sócios tentaram ocultar, a fim de que não fossem submetidas à tributação. Sentença que se mantém. Apelação improvida.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1981 (data do julgamento). — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, na sentença de fls. 91-93, assim relata a espécie:

«Antônio Azan e Michel Azan, qualificados na inicial, diretores da empresa Confecções Toni S.A., estabelecida nesta Capital, propõem a presente Ação Anulatória de Débito Tributário contra a Fazenda Pública Federal.

Defendem-se os sócios do lançamento por distribuição disfarçada de lucro com suas conseqüências.

Transcrevem a inicial da ação proposta pela empresa visando a anulação do débito levantado por omissão de lançamento de vendas, do qual débito surgiu também a repercussão nos sócios da empresa. Alegam a decadência, a nulidade pelo cerceamento de defesa, discutem o percentual da multa aplicada. Juntam documentos.

Regularmente citada a União Federal se defendeu à fl. 42, dizendo que a ação anulatória proposta pela firma foi julgada totalmente improcedente. Que não tem suporte a alegada decadência, já que o tributo diz respeito ao exercício de 1967 e o lançamento foi feito em fevereiro de 1972. Não cabem as alegações de presunções e nulidades. Junta farta documentação.

No tríduo probatório, apenas a União disse não ter provas a produzir, não tendo a ré se manifestado a respeito. Foi, então, dado prazo para razões finais por memorial.

A autora apresentou memorial às fls. 70 e a ré às fls. 82. Determinado pelo MM. Juiz informasse a Secretaria sobre o estado do feito da firma, a Secretaria juntou xerox da sentença e informou que a apelação da autora restou deserta.

Dada vista às partes só a União Federal falou, à fl. 90 v».

A seguir, julgou a ação improcedente, condenados os autores nas custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apelaram os autores, com as razões de fls. 96-108 (lê:).

Contra-razões, a fls. 110-113.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 119-121, pela confirmação do decisório.

Pauta sem revisão (art. 33, item IX, do RI).

Ê o relatório.

### VOTO

**O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** A fiscalização fazendária apurou que Confeções Toni S.A., da qual os apelantes são únicos sócios, sonegara, em 1968, o imposto sobre produtos industrializados, incidente sobre a produção de 24.150 calças. Feito o lançamento do imposto devido, na ocasião, a empresa reconheceu-o.

Daí razão assiste à apelada, quando enfatiza:

«É evidente que, se 24.150 calças foram produzidas e vendidas, além do IPI tal fato econômico geraria, também, o Imposto de Renda, pessoa jurídica. Com efeito, a venda de tão avultada quantidade de peças importaria na aquisição de disponibilidade econômica de renda. E, se tal operação foi omitida, omitiu-se, também, na receita, o respectivo produto da comercialização.

Então é conseqüência lógica da sonegação do IPI, por omissão de parte da produção nos livros contábeis e balanços, a sonegação do IR; já que a receita da empresa, a partir da qual se apuram os lucros,

foi desfalcada de apreciável parte da produção».

Vale registrar que lançado, em conseqüência, o IR, a empresa intentou anulá-lo através de ação ordinária julgada improcedente. Conseqüentemente, como pondera com acerto a Subprocuradoria-Geral da República, «se a omissão de receita é tida como certa e o numerário omitido não se encontra com pessoa jurídica, incensurável é a decisão que conclui no sentido de que esse numerário foi apropriado pelos únicos sócios daquela. Houve, pois, distribuição de lucros que a pessoa jurídica e as pessoas físicas dos sócios tentaram ocultar, a fim de que não submetidos à tributação» (fls. 120).

A esse enfoque, sem reparo a sentença de primeiro grau, ao enfatizar:

«Quanto à parte da repercussão daquele débito na pessoa dos sócios é que nos cabe aqui manifestar. Sem dúvida estamos diante de um fato original em que a omissão na receita feita pela empresa e a inexistência do numerário na empresa faz crer que passou aos sócios. Evaporar é que não é possível. Decidido pela Justiça que de fato houve omissão de receita na escrita; e esta decisãr tendo transitado em julgado, caíra aos sócios provarem que esta omissão não foi feita em proveito deles, porque logicamente o deve ter sido. A Fazenda é que não cabe fazer esta prova. Ao tempo desta omissão, conforme nos dão notícias os autos a firma era Ltda. e os autores seus únicos sócios.

A enumeração legal das formas de distribuição disfarçada de lucros refere-se a uma questão técnica, não pretendendo a lei com isso dizer que a omissão de receita não seja uma forma também, apenas que não conhecida com esta denominação específica. Os autores não

provaram não ter se aproveitado daquela omissão.»

No tocante aos demais aspectos da irresignação apelatória, vale acentuar que foram examinados e decididos na sentença que julgou improcedente a ação anulatória promovida por Confecções Toni S.A.

Em conseqüência, nego provimento à apelação, mantida a sentença por seus próprios fundamentos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC 50.553-MG — Rel.: Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Aptes.: Antônio Azan e outro. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 11-11-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Mins. Américo Luz e José Dantas votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Dantas.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.341 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente **Ex Officio**: Juiz de Direito da Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública e de Acidentes do Trabalho da Comarca de Santos

Apelantes: Espólio de Manoel Ribas e Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Execução fiscal. Embargos de terceiro. Ilegitimidade ativa.

I — O sócio-gerente, como responsável por substituição pela obrigação tributária, não possui legitimidade ativa para opor embargos de terceiro.

II — O sócio-gerente de pessoa jurídica de direito privado é pessoalmente responsável pelo crédito tributário, quando, na direção da sociedade, age com infração à lei (C.T.N., art. 135, III).

III — Apelação do INPS parcialmente provida. Apelação do embargante e remessa oficial julgadas prejudicadas.

#### ACORDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unani-

midade, dar provimento parcial à apelação do INPS e ter como prejudicados o recurso dos executados e a remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de março de 1981 (data do julgamento). — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Em execução que o INPS moveu contra a empresa J. Ribas & Cia. Ltda., objetivando a cobrança de contribuições previdenciárias, relativas ao período compreendido entre 1965 e 1973, no montante de Cr\$ 1.665.985,49 (autos em apenso), fls. 2 a 181), foram penhorados os bens descritos no auto de fls. 21, pertencentes ao Espólio de Manoel Ribas, por ter sido o de cujus sócio-gerente da executada.

Opostos embargos de terceiro pelo espólio, o magistrado a quo (fls. 325-332) os julgou procedentes, ao fundamento de ser a certidão de dívida exequenda ineficaz contra o embargante, por dela não constar o seu nome, conforme exigido pelo art. 202, inciso I, do CTN; condenou o embargado no reembolso das despesas processuais e nos honorários de Cr\$ 70.000,00, e determinou a remessa dos autos a esta Corte.

Apelaram o embargante (fls. 333-340), preconizando seja fixada a honorária advocatícia em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, e o embargado (fls. 341-344), objetivando a improcedência dos embargos.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 348-349 e 351-370); subiram os autos e, neste Tribunal, a doutra Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Leoni Taveira, regularmente aprovado, pede o provimento do recurso do INPS,

julgando-se prejudicado o do embargante (fls. 373-381).

Dispensada a revisão.

Redistribuídos, os autos vieram-me conclusos em 23-6-80.

É o relatório.

## VOTO

### I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Duas são as apelações interpostas: a do embargante, aviltando a fixação da verba advocatícia no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa; e a do embargado, pleiteando a improcedência dos embargos.

### II

Conforme se verifica na sentença, o único fundamento em que se arrimou para julgar os embargos improcedentes está substanciado na ineficácia da certidão de inscrição da dívida por não constar dela o nome do embargante, como exigido pelo art. 202, inciso I, do C.T.N.

### III

A doutra Subprocuradoria-Geral da República, em seu excelente parecer, apreciando a controvérsia, suscita, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Espólio de Manoel Ribas para opor os presentes embargos. Eis os seus bem lançados argumentos (fls. 374-381):

«2. Na execução fiscal, desaparecendo de fato a sociedade devedora e seus bens, requereu o INPS recaisse a penhora em bens do Espólio

lio de Manoel Ribas, vez que o de cujus era sócio-gerente da executada.

3. O espólio ofereceu os presentes embargos ao argumento de que o de cujus afastou-se da gerência da sociedade em dezembro de 1969 e que, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, integralizado o seu capital, os sócios não são responsáveis pelas obrigações tributárias da sociedade.

4. A dívida executada se refere a contribuições previdenciárias, do período que vai dos anos de 1965 a 1970, portanto, incluindo a época em que o de cujus gerenciava a sociedade.

5. Imprópria a ação de terceiro para o sócio-gerente ou seu Espólio, responsáveis por substituição pelo tributo, combater medida de constrição judicial em seus bens. Deveria ter-se utilizado dos embargos à execução. Em hipótese idêntica à presente, eis que versa sobre penhora em bens de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cujo v. acórdão pedimos vênia para anexar a este, o Pretório Excelso proclamou a impropriedade dos embargos de terceiro, bem como a responsabilidade do sócio-gerente pela obrigação tributária, verbis:

«Execução fiscal. Alegação de sonegação de ICM. Execução contra sócio que exerceu a gerência da sociedade parte do exercício em que se alega ter havido a sonegação.

— Sócio nessas condições é sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável por substituição (art. 135, III, combinado com o art. 121, parágrafo único, II, ambos do CTN).

Não é, pois, parte legítima para apresentar embargos de terceiro à penhora de bem de sua propriedade feita em decorrência do executivo fiscal em que figura como litisconsorte passivo.

Recurso extraordinário não conhecido.»

6. Nesse respeitável julgado, RE-85.764-RJ, colhe-se do voto de seu eminente Relator, Ministro Moreira Alves:

«Do exame dos autos, verifica-se que a dívida fiscal em causa resulta de sonegação do ICM relativo ao exercício de 1969 (cfe. docs. a fls. 5 e 124).

Por outro lado, o ora recorrente, como se vê dos instrumentos de alteração contratual cujas fotocópias se encontram a fls. 7/8 e 10/11, exerceu conjuntamente com Elcio Pastor a gerência e a administração da sociedade, de novembro de 1963 a março de 1969 (20-3-69 é a data em que foi celebrada a alteração contratual pela qual ele se retirou da sociedade, alteração essa arquivada na Junta Comercial em julho daquele ano).

Daí, afirmar o acórdão recorrido que ele havia gerido a empresa que encerrou suas atividades:

«Quanto ao marido, de ver-se que ele é parte principal no executivo em apenso, conforme se apura, às fls. 11, do apenso: a Fazenda, sabedora, pelo que certificou o oficial de justiça, da cessação das atividades da empresa que o embargante geriu, requereu sua integração ao feito, bem como a do outro quotista (fls. 8), sendo deferido esse

aditamento à certidão da divida ativa, conforme permite o C.T.N. por trivial sabença» (fls. 83).

Essa circunstância — a de ter sido gerente em parte do exercício a que se refere a cobrança do ICM que se alega negado — afasta a aplicação ao caso dos precedentes deste Tribunal invocados, os quais não se referem a sócio que tenha exercido a gerência da sociedade. Por isso mesmo, esta Segunda Turma, ao julgar o R.E 81.827, em 12-12-75, relator o Sr. Ministro Leitão de Abreu, dele conheceu e lhe deu provimento, porque, naquele caso, era inaplicável o artigo 135, III, do CTN em relação a sócio que não assumira a direção da empresa. Reza a ementa desse acórdão:

«Sociedade de responsabilidade limitada. Executivo fiscal contra sócio. Inaplicabilidade do artigo 135, III, do CTN em relação a sócio-cotista, que não assumiu a direção da empresa. Peculiaridade apontada pelo acórdão recorrido, que não envolve fraude, imputável ao recorrente.

Recurso extraordinário conhecido e provido.»

E prossegue sua Excelência:

«No caso, pela circunstância da gerência acima apontada, é aplicável o artigo nº 135, III, do CTN, o qual reza:

«Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III — Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.»

Esse inciso III, ao contrário do que ocorre com o inciso VII do artigo 134 do CTN (abrangido pelo inciso I do artigo 135), não abarca apenas «os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas», mas sim, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, em geral (cfe, Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, 8ª ed., pág. 448, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1976).

E, como se vê do **caput** desse artigo 135 do CTN, esses diretores, gerentes e representantes são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes, entre outros, de atos praticados com infração de lei — na hipótese, alega-se sonegação, o que implica dizer, como acentua Baleeiro, (ob. cit., *ibidem*), que:

«Nesses casos, além das categorias de pessoas arroladas no art. 134, que passam a ser plenamente os responsáveis pelos créditos tributários — e não apenas solidários estritamente em caso de impossibilidade de cumprimento por parte do contribuinte — ficam na mesma situação os mandatários, prepostos e empregados, assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, em geral.

O caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser os responsáveis, ao invés do contribuinte.»

Finalmente conclui:

Ora, o responsável por substituição está abrangido na figura do sujeito passivo da obrigação principal (art. 121, parágrafo único, II, do CTN), razão por que não é ele terceiro para o efeito de ser parte legítima para a utilização de embargos de terceiro. Por isso, no caso, o ora recorrente foi citado para integrar o feito como litisconsorte passivo, consoante esclarece o acórdão recorrido, e em conformidade com o disposto no art. 4º, V, do Decreto-Lei 960/38 (a que corresponde, atualmente, o inciso V do art. 568 do CPC).

Não há, pois, no caso, negativa de vigência dos dispositivos legais invocados pela recorrente, nem se configura o pretendido dissídio de jurisprudência.

Em face do exposto, não conhecido do presente recurso.»

7. Assim, sendo o espólio o responsável por substituição pelo tributo, patente a sua ilegitimidade ativa para opor embargos de terceiro.

Figura como parte no feito e como tal deveria ter se defendido opondo embargos à execução. Também esse Egrégio Tribunal consagra igual entendimento, verbis:

«Embargos de Terceiro — Ilegitimidade Ativa — Citado para a execução, de acordo com o art. 586, V, do CPC, o sócio da sociedade devedora, que deixou de exercer atividade, sem distrato regular, com a penhora de bem pertencente ao mesmo, falta-lhe a indispensável qualidade, para o oferecimento de embargos de terceiro; decorridos mais de 10 dias, a contar da juntada do mandado aos autos, sem a apresentação de embargos à execução, não podem ser como tal ad-

mitidos os embargos de terceiro, que visam ilidir a preclusão consumada.» (Remessa ex officio nº 44.733 — SP — Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães Diário da Justiça de 22-3-77 — Pág. 1.611/12).

Não subsiste, por outro lado, a assertiva da r. sentença recorrida quando diz ser necessária a inclusão do devedor por substituição na certidão de dívida ativa. Derroga esse ponto de vista o art. 568, V, do Código de Processo Civil, que outtra finalidade não tem senão a de dispensar emenda ou certidão substitutiva, eis que elege «o responsável tributário, assim definido na legislação própria» como sujeito passivo da execução. Não fosse para dispensar, a regra processual, seria totalmente inócua. Complementa-a o Código Tributário Nacional que em seus arts. 128 usque 138, regula os casos de responsabilidade por substituição.

9. Fácil é demonstrar a responsabilidade do espólio pela obrigação tributária. Foi na gestão do de cujus que se deu a sonegação do Imposto de Renda da sociedade. Esta extinguiu-se irregularmente, posto que não foi encontrada, nem sequer seus bens. Por esta razão é que o INPS dirigiu a execução contra o espólio. Importante é que o espólio ao se defender não indicou nenhum bem da firma suscetível de ser penhorado. Demonstra ainda o contrato social da firma que ela é uma sociedade familiar, formada de pai e filhos. Por isso, não há dúvida de que, no âmbito da família, os sócios dividiram entre si todo o seu acervo patrimonial, provocando a sua extinção de fato, vez que não providenciaram o arquivamento no Registro do Comércio do distrato social. Esse procedimento teve como único objetivo não pagar as obrigações fiscais.

10. Nesse caso, como reconhece o v. acórdão do Pretório Excelso que a este acompanha, a responsabilidade recai no sócio-gerente, tudo em harmonia com o entendimento desse Egrégio Tribunal, verbis:

«Executivo fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada dissolvida irregularmente. Somente a comprovação de que nada coube do acervo social ao sócio-gerente, o isenta de responsabilidade pelos débitos da sociedade (art. 18 do Decreto 3.708/19 c/c o art. 145 do Decreto-Lei 2.627).

Sentença confirmada». (AP nº 37.065-MG — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg — TFR — 3ª T., em 20-9-74 — DJ de 26-3-75 — pág. 859).

«Dívida Fiscal — Sociedade por Quotas — Responsabilidade do Sócio.

Embora na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não possam os sócios, em regra, ser acionados por dívida da mesma, admite-se, excepcionalmente, a execução contra sócio, se a sociedade não mais exerce atividade, sem que tenha sido distratada, e não se encontram bens de sua propriedade, nada esclarecendo, a respeito, o sócio que aliás, apenas nega caber-lhe responsabilidade única e exclusiva». (AP 31.149-GB — Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães — AC — in DJ de 19-3-73 — pág. 1.522).

«Dívida Fiscal — Sociedade por Quotas — Responsabilidade do sócio. — Embora na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não possam os sócios, em regra, ser acionados por dívida social, excepcionalmente admite-se a execução contra o sócio-gerente se a sociedade não mais exerce atividade, sem que haja sido regularmente distratada, com a respectiva baixa na Junta Comercial, e não se encontram bens de sua propriedade, tan-

to mais que este organizou nova firma para explorar o mesmo ramo de negócio. Procedimento irregular de sócio-gerente, excludente da limitação da responsabilidade do art. 2º, da Lei nº 3.708/1919, e enquadramento da hipótese no art. 10, do mesmo diploma». (AP nº 35.932-SP — Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda — TFR — 1ª T., em 23-10-74 — DJ de 5-3-75 — pág. 1.248).

11. Insatisfeito com a fixação da verba honorária em importância inferior a 10% do valor da causa, recorre o embargante. Nesse ponto não merece reforma a r. sentença de primeira instância. Ateve o ilustre magistrado ao disposto no § 4º, do art. 20, do CPC, no qual vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados com moderação, conseqüentemente em importância inferior, ao mínimo de dez por cento (10%) previsto no § 3º do citado artigo, inaplicável à espécie. Seguindo esse princípio, entendeu o Egrégio Tribunal:

«Honorários de advogado.

Fixação em quantia certa, inferior ao mínimo previsto no § 3º, art. 20 do CPC.

Faculdade outorgada pelo § 4º, do mesmo artigo, aplicável em casos como o presente: a ação é de pequeno valor, o trabalho do advogado de pequena monta e, em rigor, não houve condenação. Sentença mantida.

Recurso improvido.» (AI nº 38.278 — AM — Rel.: Min. Jarbas Nobre — TFR 2ª T., em 31-10-75 — DJ de 8-4-76 — pág., 2.351).

12. Pelo exposto, pedimos o provimento do recurso do INPS, julgando-se prejudicado o recurso do embargante.»

#### IV

Na espécie, acha-se demonstrado, através dos documentos de fls. 188 a

226, que Manoel Ribas foi sócio-gerente da embargante até 23-10-69.

Verifica-se, de outra parte, que a dívida executada refere-se ao período compreendido entre janeiro de 1965 e fevereiro de 1973 (fls. 3 a 179, autos em apenso).

No tocante ao período anterior a 23-10-69, não de ser acolhidos os excelentes fundamentos do transcrito parecer; no sentido da ilegitimidade ativa do espólio para opor os presentes embargos de terceiro. Com efeito, nessa época, Manoel Ribas era sócio-gerente da executada, sendo pois, responsável por substituição pelo pagamento da dívida, achando-se, pois, compreendido no conceito legal de sujeito passivo da obrigação (C.T.N., art. 121, parágrafo único, II). Assim, como parte da relação jurídica de Direito Tributário, impunha-se-lhe, através do seu espólio, defendê-lo na execução contra ele movida, através de embargos de devedor e não de embargos de terceiro, remédio processual este que elegera.

Aduza-se, ainda, que, nesse ponto, não há como se conhecer dos embargos de terceiro como se do devedor fossem, pois o seu ajuizamento se deu fora do prazo para a propositura dos últimos (fls. 2 e 21).

## V

Com relação às dívidas posteriores a 23-10-69, quando Manoel Ribas já deixara a gerência da sociedade executada, não, há como admiti-lo como responsável tributário por substituição e, portanto, como parte da relação jurídica de direito material, consubstanciadora da exigência tributária. A partir daquela data, figura ele como terceiro com atinência àquele vínculo obrigacional e, portanto, possuía por si e, com o seu falecimento, pelo seu espólio, legitimidade para opor-se, através de embargos de terceiro, contra os atos de

construção judicial decorrentes da cobrança das respectivas dívidas.

## VI

Por tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação do INPS, para julgar o embargante carecedor da ação de embargos, relativamente ao período anterior a 23-10-69. As despesas do processo e os honorários advocatícios, cujo percentual estipulo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, deverão ser suportados pelas partes, na proporção da sua sucumbência. Julgo prejudicadas a apelação do embargante e a remessa oficial.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: O Sr. Ministro-Relator demonstrou, o que acabou depois de ser verificado, diante dos esclarecimentos prestados pela Dra. advogada, da Tribunal, que o espólio foi intimado da penhora, na pessoa do inventariante, no dia 29 de setembro de 1975. Correria, a partir daí, o prazo para a apresentação de embargos do devedor, na forma do que dispõe o Código de Processo Civil, art. 738, I. Os embargos de terceiro, todavia, somente foram apresentados em 20 de outubro de 1975, assim fora do prazo para apresentação de embargos do devedor.

Já votei, algumas vezes, na linha do voto do Sr. Ministro-Relator, no sentido de que, citado o responsável — CTN, art. 135, III — para responder pela dívida da firma, é o mesmo parte no feito, não podendo, portanto, apresentar embargos de terceiro, ação que somente pode ser ajuizada por quem não é parte no feito. Também comungo do entendimento do Sr. Ministro-Relator no sentido de que se os embargos de terceiro, assim apelados, são apresentados no prazo dos embargos do devedor, po-

dem ser conhecidos como embargos do devedor.

No caso, todavia, isto não ocorre e, em verdade, o responsável tributário, na forma do art. 135 do Código Tributário Nacional, é parte no feito e só poderia apresentar embargos do devedor.

O exame, portanto, da questão, de que existem bens da sociedade, não poderia ser examinado, no caso, por inexistência do procedimento processual adequado, no qual seria examinada essa alegação. Também não seria possível o exame da alegação no sentido de que, por não constar o nome do espólio na certidão de inscrição do débito, seria ineficaz a execução. Se fosse possível tal exame, eu rejeitaria o alegado, na linha de inúmeros votos que tenho proferido, no sentido de que essa formalidade é dispensável.

A partir de quando o falecido sócio deixou as funções de gerente da empresa, 23 de outubro de 1969, o Sr. Ministro-Relator conhece dos embargos de terceiro do espólio, por isso que a partir daí o procedimento processual adequado seria mesmo este.

E Sua Excelência, a partir de 23 de outubro de 1969, entende não ser responsável o espólio pelo débito. Também concordo com Sua Excelência.

Assim, com estas breves considerações, meu voto acompanha em toda a linha o voto do Sr. Ministro-Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC. Nº 52.341 — SP — Rel.: Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente ex officio Juiz de Direito da Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública e de Acidentes do Trabalho da Comarca de Santos. Apelantes: Espólio de Manoel Ribas e Instituto Nacional de Previdência Social. INPS. Apelados: os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação do INPS e teve como prejudicados o recurso dos executados e a Remessa Oficial (Em 11-3-81 — 4ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 53.605 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Revisor: O Sr. Ministro José Fernandes Dantas

Remte. **Ex Officio**: Juiz Federal da 9ª Vara

Apelantes: Espólio de Francisco Badenes e outros — União Federal

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

Desapropriação Indireta. Terras da Fazenda Bom Jardim — 2º Distrito da Comarca de Itaguaí — Preliminares de nulidade processual e de prescrição repelidas. Confirmação da sentença de primeira instância que fixou as verbas indenizatórias com base no laudo do perito oficial, criteriosamente elaborado. Recursos improvidos.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1980. (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Américo Luz: O MM. Juiz da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Doutor Silvério Luiz Néry Cabral, na parte expositiva da sentença de fls. 198 a 213, assim se expressou, em resumo:

O Espólio de Francisco Badeses e Francisco Duarte e Silva, qualificados na inicial, propuseram Ação Ordinária contra a União Federal, objetivando a desapropriação indireta de parte de suas terras, na Fazenda Bom Jardim, no 2º Distrito do Município de Itaguaí, conforme descrito no item 3 da inicial:

«3. Sucede que o Ministério da Fazenda, pelo Serviço do Patrimônio da União, com base na decisão de 10 de setembro de 1942 da Primeira Comissão Especial Revisora de Títulos de Terras, cuja validade era objeto de apreciação judicial (aliás já havia decisão da 1ª instância confirmada em 11 de maio de 1964 pelo Tribunal Federal de Recursos, restaurando a decisão anterior de 6 de março de 1939 da referida Comissão reconhecedora da plena regu-

laridade do aforamento dos suplicantes), entregou, em 29 de julho de 1964, ao Ministério da Guerra, atual Ministério do Exército, «para instalação de paióis e depósitos de munições», parte da área de 219 alqueires e 32 centésimos dos suplicantes, parte essa que se acha desde então na posse daquele Ministério e assim descrita no termo de entrega lavrado em 29 de julho de 1964 a fls. 28-31 do livro 6 da Delegacia de Serviço do Patrimônio da União no Estado da Guanabara (v. doc. de fls. 45-48). «Local: Fazenda Bom Jardim, 2º Distrito do Município de Itaguaí, Estado do Rio de Janeiro. Área — três milhões cento e noventa e nove mil duzentos e quarenta metros quadrados (3.199.240,00m<sup>2</sup>), equivalentes a 66,1 alqueires geométricos, a serem desmembrados da Fazenda Bom Jardim, aforadas a Pedro Dias Pais de Macedo Leme. Confrontações: ao norte, Ribeirão das Lages; a este, terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz; ao sul, terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz; a oeste, Fazenda Boa Vista, aforada à Companhia de Fiação e Tecelagem Confiança. Roteiro: Partindo do ponto 1, situado à margem direita do Ribeirão das Lages na divisa da Fazenda Boa Vista, segue a linha divisória com o rumo verdadeiro de vinte e um graus doze minutos sudoeste (21º 12' SW) e mil setecentos e cinquenta e nove metros e oitenta centímetros (1.759,80 m) até o ponto 2; deste ponto com sessenta e cinco graus seis minutos sudeste (65º 06' SE) e quatrocentos e vinte e cinco metros (425,00 m) até o ponto 2-A, onde termina a confrontação com a Fazenda Boa Vista e passa a confrontar com terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz; deste ponto com sessenta e cinco graus seis minutos sudeste (65º 6'

SE) e novecentos e trinta e cinco metros (935,00 m) segue até o ponto 2, onde passa a confrontar pelo divisor de águas da Serra do Cambraia, na direção geral nordeste, com a extensão de dois mil setecentos e quatorze metros (2.714,00 m) até a margem direita do Ribeirão das Lages; deste ponto sobe o Ribeirão das Lages, numa extensão de dois mil trezentos e noventa metros (2.390,00 m) até o ponto inicial.» Junta-se a fls. 50 cópia autenticada da planta oficial da mencionada área de 3.199.240,00 m<sup>2</sup>) arquivada sob o n.º 3.619 na Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Estado da Guanabara.

4. Do exposto, cumpre que os suplicantes sejam indenizados pelo apossamento administrativo, que se deu em 29 de julho de 1964, da sua área de 3.199.240,00 m<sup>2</sup> para o que propõe contra a União Federal a presente ação ordinária de desapropriação indireta, que deverá ser julgada conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal em casos idênticos.»

5. Requerem, para que responda à presente ação ordinária de desapropriação indireta, a citação da União Federal, ora suplicada, na pessoa do ilustre Procurador da República, condenando-se, afinal, a suplicada ao pagamento de justa indenização, que compreenderá: a) o valor atual da área de que a suplicada se apossou descrita no item 3 supra; b) mais juros compensatórios desde 29 de julho de 1964 (data da injusta ocupação do imóvel pela suplicada) até a data do efetivo pagamento da indenização calculados sobre o valor atual e corrigido do imóvel; c) mais juros moratórios a contar da data da citação inicial e até a data da

efetiva liquidação da sentença; d) mais honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da indenização; e) inclusão da condenação da incidência de correção monetária sobre as verbas da indenização até o seu efetivo pagamento.»

Juntaram os documentos de fls. 7 a 50.

A Procuradoria da República, no pronunciamento de fls. 54, requereu ao MM. Juiz da 7ª Vara Federal, onde a ação teve início, para declinar da sua competência para uma das Varas então situadas no antigo Estado do Rio de Janeiro. O Processo foi, em consequência, redistribuído a este Juízo.

Citação regular, fls. 56 v., renovada a fls. 60 v.

Contestação, fls. 62/65, sustentando, preliminarmente, a intempestividade da ação, porquanto o prazo para a reivindicatória aplica-se ao caso, isto porque, estando a União presente em todo território nacional, o ato considerado «esbulo», data de 29-7-1964, quando o SPU entregou ao Ministério da Guerra parte da área aforada aos autores. A ação só foi proposta em 20-10-1975. Está, portanto, prescrita.

No mérito, a União Federal salienta que a desapropriação indireta pressupõe a prática de um ato ilícito. No caso, contudo, não houve qualquer ato ilícito. O processo administrativo de que dá notícia o procedimento, fls. 43, resultou no ato de entrega de 3 glebas da Fazenda Bom Jardim. Os atos administrativos têm presunção de validade, e só diante de prova em contrário se pode admitir que sejam ou constituam atos ilícitos. Nenhuma prova foi produzida neste sentido.

Réplica, fls. 67/69.

Deferida a prova pericial, foram formulados os quesitos, fls. 71/72. Diligência iniciada, fls. 73/74. A União Federal indicou o seu Assistente Técnico, fls. 80. Quesitos, fls. 81. Documentos juntos pela União, fls. 82/91.

O Perito do Juízo ofereceu o laudo de fls. 97/106, com os documentos de fls. 107 a 130.

As partes foram ouvidas, fls. 140/142 e 145.

Despacho de fls. 147, do teor seguinte:

«Trata-se de Ação Ordinária nº 7.518/75, proposta pelo Espólio de Francisco Badenes e outro contra a União Federal, para indenização «pelo apossamento pela União Federal de uma área de 3.199.240,00 m<sup>2</sup>», localizada no Município de Itaguaí, Estado do Rio de Janeiro.

O feito foi distribuído, inicialmente à 7ª Vara Federal, na cidade do Rio de Janeiro.

Às fls. 56, consta mandado de citação, recebido pela Procuradoria da República, junto àquela Vara, em 25 de junho de 1975, juntado em 3-7-75, o que ocasionou o pronunciamento de fls. 54, do ilustre 6º Procurador da República, Dr. Alfredo Veiga da Cunha Lobo, alegando que a «competência para conhecer do feito é de um dos MM. Juizes Federais com sede na vizinha cidade de Niterói, conforme dispõe o art. 95, do C.P.C. em combinação com o Provimento nº 112, art. 2º do Egrégio Conselho da Justiça Federal.»

Acolhida a manifestação de incompetência argüida pelo Doutor Procurador da República, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara, em despacho exarado em 4 de julho de 1975, declinou de sua competência

e determinou a remessa dos autos a uma das Varas Federais localizadas nesta cidade de Niterói.

Procedida a redistribuição, os autos deram entrada neste Juízo em 1º de setembro do mesmo ano, vindo conclusos dia 2.

Expedido novo mandado, foi novamente citada a União Federal, em 16 de outubro de 1975, mandado este juntado aos autos em 20 do mesmo mês.

Contestação apresentada pela ré, em 16 de dezembro de 1975, na qual foi argüida preliminar de prescrição, aceitando como válida apenas a segunda citação, efetuada em 16 de dezembro de 1975, sem mencionar a anterior, efetuada quando o processo se encontrava na 7ª Vara.

Tudo bem visto e examinado.

Chamo o feito à ordem, em saneando os autos, para desacolher a preliminar de prescrição argüida na petição da ré, uma vez que a citação foi efetuada regularmente no dia 25 de junho de 1975, tendo a União Federal recebido o mandado e distribuído ao ilustre Dr. Alfredo Veiga da Cunha Lobo, para os devidos fins, conforme se verifica do carimbo apostado no pé do mencionado mandado, às fls. 56, interrompendo, desta forma, o prazo prescricional.

Quanto à perícia já realizada, entendo não haver nenhum prejuízo às partes, pela sua realização anteriormente ao despacho saneador, tendo em vista também, não haver sido alegada, pelas mesmas partes, qualquer irregularidade ou vício que a invalide.

Assim sendo, determino ao Sr. Perito que a ratifique, por simples petição, e abra às partes novo prazo para se pronunciarem sobre a mesma.

Quanto às demais provas, defiro as que foram protestadas às fls. 6, pelo autor.

Decidida a preliminar e sanada a irregularidade apontada pela ré, em sua petição de fls. 145, e considerando o interesse econômico e moral das partes na demanda, dou o feito por saneado, por não haver nulidades a pronunciar.

Decorrido o prazo deste, designe a Secretaria dia e hora para a realização da audiência de conciliação, instrução e julgamento».

Em consequência, o Perito ofereceu outro laudo, que está às fls. 151/2. Despacho irrecorrido.

Houve habilitação incidente, fls. 154. As partes falaram, em seguida.

Despacho de fls. 164v, do teor seguinte:

«Tem razão a União Federal, ré nestes autos, quando afirma em o item I, da petição de fls. 162, que não foi o seu Assistente-Técnico intimado para o compromisso e o início da Perícia. E nem poderia sê-lo.

Positivamente, o Código de Processo Civil, em seu art. 421, I, dispõe que o Assistente Técnico será indicado no prazo de cinco dias contados da intimação do despacho de nomeação do Perito, e, esse despacho (fls. 67), foi publicado no dia 12 de fevereiro de 1976, conforme se verifica da certidão lavrada às fls. 70.

Decorridos, assim, mais de 60 (sessenta) dias já da realização da audiência de início da perícia (fls. 74), é que veio a ré, pela petição de fls. 80, indicar o seu Assistente-Técnico, contrariando, dessa forma, o disposto no artigo supra mencionado.

Todavia, por se tratar de assunto de alta relevância, mas por mera

liberalidade, concedo à ré, União Federal, o prazo de cinco (5) dias para que o seu Assistente Técnico compareça à Secretaria, independentemente de intimação, a fim de ser comprometido e, por equidade, concedo ao autor, o mesmo prazo, para que indique e faça comparecer o seu Assistente Técnico, para o devido compromisso.

Firmado o compromisso, terão os Assistentes-Técnicos o prazo comum, de 10 (dez) dias, para oferecerem os seus laudos, querendo, ou se pronunciarem sobre o laudo do Perito Judicial, de fls. 97/135 e 151/152.

Quanto aos quesitos, cujas respostas, segundo alega a ré, na petição de fls. 162, item 2, não foram respondidos pelo Perito Judicial, poderá ela, ré, valer-se do disposto no art. 435, do Código de Processo Civil, solicitando esclarecimentos em audiência e formulando os quesitos em causa, no prazo estabelecido no parágrafo único, do referido artigo.

Com referência à petição de fls. 154, do autor, determino à Secretaria, que baixe os autos ao Serviço de Distribuição, para as devidas anotações da nova relação processual, devendo a Secretaria proceder de igual forma nos seus assentamentos».

Deste despacho a União Federal ofereceu agravo retido, fls. 166/7. Petição da União, fls. 169.

Despacho de fls. 172:

«Admito o Agravo Retido de fls. 166/167, que será apreciado, oportunamente, pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Chamo o processo à ordem para determinar que se lavrem os termos de compromisso dos Assistentes Técnicos indicados pelas partes, que deverão ser intima-

dos, também, para trazerem os laudos dentro do prazo fixado por este Juízo à fls. 164 v.; entretanto, se isso não for possível, cada caso será apreciado isoladamente.»

O Assistente-Técnico da ré foi compromissado, fls. 174 é apresentou o laudo de fls. 176/185: As partes falaram, fls. 187/90 e 193 verso. Não houve protesto de prova em audiência. Foi deferida a habilitação incidente de fls. 154. Aplica-se, em consequência, o art. 330-I, do Código de Processo Civil.»

Pretendem os autores receber da Ré indenização pelo apossamento administrativo que ocorreu em 29 de julho de 1964, da sua área que mede 3.199.240,00 m<sup>2</sup> calculada pelo seu valor atual, com acréscimo de juros compensatórios desde àquela data até o efetivo pagamento; juros moratórios a contar da citação; honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da indenização; e incidência da correção monetária sobre as verbas especificadas.

Percorreu o processo os seus trâmites normais, tendo a ré, regularmente citada, contestado o pedido (fls. 62/65). Argüiu preliminar de prescrição e, no mérito, sustentou que a desapropriação indireta presuppõe a prática de ato ilícito, de cuja prática não há qualquer prova.

Realizada perícia para a avaliação do imóvel em causa, o Perito do Juízo apresentou o laudo de fls. 97/106, complementando-o no de fls. 151/152.

O Assistente-Técnico da ré trouxe aos autos o laudo de fls. 176/185.

Não havendo prova a ser produzida em audiência, passou o MM. Juiz, então, a decidir, sob a invocação da norma do art. 330, inciso I, da lei adjetiva. Rejeitou a preliminar de

prescrição, por considerar não tê-lo feito objetivamente no saneador, e sob o novo argumento de que a presente ação, sendo subsidiária da reivindicatória, é de natureza real, só prescrevendo em 20 (vinte) anos. E, no mérito, após aduzir as razões de fls. 206 fine a 212, proferiu este decísum:

«Diante do exposto, julgo procedente a ação para condenar, como condeno, a ré a pagar a indenização fixada pelo Perito, acima indicada, com os acréscimos dos juros compensatórios a partir de 29 de julho de 1964, data da ocupação do imóvel pela União; juros moratórios, a partir da citação; correção monetária da data do laudo; tudo calculado até o dia do efetivo pagamento; mais as custas do processo e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o total que se apurar em liquidação.»

Apelaram os autores, com as razões de fls. 215/217, visando ao aumento da indenização, fixado o valor do domínio útil do terreno, em 30 de novembro de 1976 (data do arbitramento feito pelo perito do Juízo), na importância de Cr\$ 11.184.527,00 (onze milhões, cento e oitenta e quatro mil quinhentos e vinte e sete cruzeiros), correspondente a Cr\$ 3,68 (três cruzeiros e sessenta e oito centavos) por metro quadrado. Juntaram os documentos de fls. 218/220.

Apelou, também, a União Federal (fls. (222/223), para insistir na preliminar de prescrição, por ter havido equívoco na sentença, de vez que as ações reais não prescrevem em 20 (vinte), mas em 10 (dez) anos, ex vi do art. 177 do Código Civil e, de meritis, atacando o critério de que se valeu o expert oficial ao calcular a indenização que pretende ver fixada na quantia de Cr\$ 1.459.749,21 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil, setecentos e quarenta e nove cruzei-

ros e vinte e um centavos). Para melhor compreensão, transcrevo o que disse a 2ª apelante (fls. 222/223):

«No mérito, a indenização fixada atendeu ao critério utilizado pelo perito do Juízo, ou seja, calculando 20 foros à razão de 0,80 cada foro.

Tal critério não pode prevalecer, pois o foro deve ser calculado à razão de 0,6% do domínio pleno, ou seja, 20 foros correspondem a 12% do domínio pleno.

Ora, se o perito do Juízo calculou o domínio pleno em 8.586.760,16, os foros correspondem a Cr\$ 1.030.411,21. Acrescendo a esse valor os 5% do laudêmio teríamos:

20 foros .....	1.030.411,21
laudêmio .....	<u>429.338,00</u>

Valor do domínio direto .....	1.459.749,21.
----------------------------------	---------------

Assim, a prevalecer o valor dado pelo perito do Juízo ao domínio pleno, o domínio útil deveria ser o resultado da diferença entre o domínio pleno e o domínio direto, este de Cr\$ 1.459.749,21.

Contudo, espera a União que venha a prevalecer o laudo de seu assistente técnico, bem mais equilibrado e consentâneo com a realidade.

Por tais razões, espera a reforma da r. Sentença para que seja reconhecida a prescrição quinquenal do Dec.-Lei 20.910 de 6-1-32, ou a prescrição decenal do art. 177 do C. Civil vigente.

No mérito, no caso de não ser reconhecida a prescrição e ser mantido o valor arbitrado pelo perito do Juízo para o domínio pleno, pede seja corrigido o valor do domínio direto, esperando porém seja acatado o valor do laudo do perito-assistente.»

Contra-razões das partes às fls. 225/226 e 227 verso, respectivamente dos autores e da ré.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opina por que seja provido o recurso interposto pela União Federal (Parecer de fls. 232/234).

É o relatório.

## VOTO

**O Senhor Ministro Américo Luz — Relator:** Por conter preliminar de prescrição, examinarei em primeiro lugar o recurso interposto pela União Federal, antecedendo a esse exame, porém, a apreciação do agravo retido de fls. 166/167, fundado no art. 522, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

I. Reputo prejudicado o agravo, porquanto o fato de haver funcionado o perito do Juízo, antes que estivesse saneado o processo, não constitui motivo de nulidade dos atos praticados. Da irregularidade, aliás suprida pelo MM. Juiz a quo por meio das determinações constantes do despacho de fls. 172 (transcrito, em parte, no relatório), nenhum prejuízo adveio à agravante. O Assistente-Técnico em que se louva produziu o laudo de fls. 17, a 185 e o expert oficial atualizou o seu às fls. 151/152, em seguida à prolação do despacho saneador.

O artigo 430 da lei adjetiva não é regra imperativa, e sim facultativa, alternando-se o seu conteúdo com o do art. 431 do mesmo diploma legal.

De considerar-se, outrossim, que a União, ao apelar, não mais se referiu ao agravo.

II. Rejeito a preliminar de prescrição, ao entendimento de que, apesar do manifesto equívoco cometido na sentença e apontado pela segunda apelante (cfr. fls. 206 e 222), os acórdãos do Pretório Excelso, trazidos à

colação pelos primeiros apelantes, sufragaram a tese resumida nas ementas reproduzidas às fls. 67 e 225 dos autos, consoante as quais «enquanto permanece o domínio, permanece o direito de exigir essa substituição do próprio bem, pelo valor», de modo que enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito de usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre esse direito e o da indenização, e tem ele a ação de desapropriação indireta.

III. Mérito (apelação de fls. 222/223):

Não procedem as objeções da segunda apelante ao critério de que se valeu o perito oficial para avaliar o bem desapropriado (fls. 151/152). S. Sa. calculou os valores do domínio pleno, do domínio direto e do domínio útil, este último igual ao valor do primeiro menos o valor do segundo, tomando por base o laudêmio de 5% (cinco por cento) e o foro anual de Cr\$ 0,80 (oitenta centavos), pago pelos autores conforme se lê nos documentos de fls. 112/113 e 219/220. Correto, pois, o laudo, neste particular.

IV. Quanto à apelação dos autores (fls. 215/217):

Objetivam os primeiros apelantes seja acatado para a decisão da espécie o preço de Cr\$ 3,68 (três cruzeiros e sessenta e oito centavos) por metro quadrado, constante da desapropriação documentada a fls. 143, conquanto o perito do Juízo haja estabelecido esse valor básico em Cr\$ 2,68 (dois cruzeiros e sessenta e oito centavos).

Desassistes-lhes razão, contudo. O confronto entre as respostas dadas ao quesito 3º (fls. 101/104) e a retificação do laudo às fls. 151/152 revela que o expert procedeu a uma pesquisa em Itaguaí e encontrou, no ano de

1976, transações imobiliárias efetuadas a valores oscilantes entre Cr\$ 1,50 (hum cruzeiro e cinquenta centavos) e Cr\$ 2,50 (dois cruzeiros e cinquenta centavos) o metro quadrado e juntou aos autos as respectivas escrituras (fls. 107/135). Ao proceder à nova avaliação (fls. 151/152 citadas), o técnico justificou o valor médio para o metro quadrado na área objeto do pedido, que acresceu de 10% (dez por cento), considerando a desapropriação nº 5.578-74, de uma área de terras naquela cidade, ao preço de Cr\$ 3,68 (três cruzeiros e sessenta e oito centavos) o metro quadrado e, ainda, que as escrituras acima aludidas se referem a terrenos alagadiços e baixos.

É conveniente frisar que o Assistente-Técnico da União (laudo de fls. 177/180) não registrou valor muito abaixo do apontado pelo perito do Juízo, pois estimou em Cr\$ 2,409 o preço do metro quadrado, muito embora se tenha valido de dado inexato para estabelecer o cálculo final da indenização, ou seja, ao dizer que o foro equivale a 0,6% (seis por cento) do domínio pleno, quando é certo que os autores apelantes o vêm pagando à razão de Cr\$ 0,80 (oitenta centavos) ao ano.

Os consectários legais estão bem estabelecidos na decisão de primeiro grau, inclusive a verba de honorários advocatícios.

Com estas considerações, julgando prejudicado o agravo retido, confirmo a sentença.

Nego provimento a todos os recursos.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Revisor): Do agravo retido há de se dizer improcedente, desde quando se saiba que a União é que se descurou na in-

dicação oportuna do seu Assistente-Técnico, visto que somente o fez 60 dias depois da intimação do despacho da nomeação do Perito — fls. 80.

A partir desse fato, de inteira responsabilidade da própria ré, torna-se óbvio que a permissão do Juiz, no sentido de que a União ainda ali indicasse assistente, constituiu mera liberalidade, sem causa para que se lhe amplie o alcance, como se fosse de imputar ao juízo a perda do prazo que o julgador findou por relevar. Liberal por liberal, é de se dizer que o Juiz não estava obrigado a mandar intimar o Assistente-Técnico de indicação tardia.

De qualquer modo, certo é que o Assistente-Técnico compareceu e atuou, pelo que parece prejudicado o agravo.

Examino a apelação da União. No particular da prescrição, vejo que o caso se subsume à tranquila orientação do Supremo Tribunal Federal,

tocante a que, em se cuidando de apossamento administrativo, protegido pelo princípio da intangibilidade da obra pública (RE 77.158, in RTJ 66/941), o expropriado não perde o domínio, senão que por efeito de usucapião, combinando-se, no caso, o art. 177 com os arts. 550 e 551, do Código Civil.

Relativamente ao valor da indenização fixada, no que interessa a todos os apelantes, bem andou o Juiz em louvar-se no laudo do seu Perito, conforme conclusões e valores que refogem aos extremos ora perseguidos pelas partes, e assim considerada pela sentença (ler a fls. 210 a 212).

Quanto à crítica agora levantada pela União, como se estivessem errados os cálculos de interesse dos fatores domínio pleno, útil, direto, fico com a resposta que bem lhe deu o eminente **Ministro-Relator**.

Nego provimento aos recursos.

## APELAÇÃO CIVEL Nº 54.227 — RS

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Revisor: O Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho

Remetente **Ex officio**: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelantes: Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 8ª Região

Apelado: RURALPLAN Planejamentos S/A

## EMENTA

Administrativo. Engenheiro. Exercício da Profissão. CONFEA e CREA. Registro de Contratos. Resolução nº 194, de 1970, do CONFEA — Lei nº 5.194, de 1966 — C.T.N., artigo 97, V.

I — A Resolução nº 194, de 1970, do CONFEA, que exige, para o exercício de trabalhos de engenharia, arquitetura e agronomia, o registro no CREA de «todo contrato, escrito ou verbal», e comina penalidades para o não registro do contrato, é ilegítima, pois transborda da lei que disciplina a matéria (Lei

nº 5.194/66), que apenas exige o registro do profissional e das firmas de engenharia, arquitetura e agronomia (artigos 55 a 62).

II — A Resolução em apreço, ademais, impondo penalidades por infração não tipificada em lei, viola as disposições inscritas no artigo 73, alíneas a até e, da Lei 5.194/66, certo, outrossim, que penalidades são matérias reservadas à lei, informando-se o Direito Tributário, no particular, de princípios do Direito Penal, especialmente das regras que determinam a teoria da tipificação (CTN, artigo 97, V, combinados com os artigos 106 e 112). Viola a Resolução 194/70, de consequente, disposições inscritas no Código Tributário Nacional que, no passo, por ser lei complementar, nem a Lei 5.194, de 1966, poderia ao mesmo se opor.

III — Recurso desprovido.

#### ACÓRDÃO

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

Custas como de lei.

Brasília, 5 de março de 1979.

Ministro **Aldir Guimarães Passarinho**, Presidente — Ministro **Carlos Mário Velloso**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Mário Velloso**: Em execução fiscal promovida pelo CREA-8ª Região contra Ruralplan Planejamentos S/A, apresentou esta embargos do devedor, sustentando a ilegalidade da cobrança, por isso que os autos de infração foram lavrados com base no art. 1º da Resolução nº 194, de 22-5-70, que exige que todos os contratos celebrados pela embargante sejam registrados no CREA da região competente,

mediante um pagamento da Taxa de ART, considerado o valor da obra ou serviço. Argumentou a Embargante que a Resolução nº 194/70 é ilegal, porque exige mais do que a Lei nº 5.194, de 24-12-66. Esta, a Lei nº 5.194, de 1966, arts. 55 a 62, enuncia que os profissionais habilitados na forma estabelecida nesta lei só poderão exercer a profissão após o registro no Conselho Regional; e as firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizarem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida na lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos Conselhos Regionais, bem como dos profissionais de seu quadro técnico. Não há, pois, a exigência do registro dos contratos, senão do registro das firmas e de seus profissionais. A Resolução nº 194, de 1970, portanto, foi além da lei.

Na impugnação aos embargos, o CREA sustentou que a Resolução nº 194, do CONFEA, que exige o registro do contrato de obras ou serviços técnicos, sob a forma de anotação de responsabilidade técnica, tem fundamentos e objetivos distintos de registro de responsabilidade técnico-

profissional necessária ao registro das empresas nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, motivo porq eu a mencionada Resolução n° 194 é perfeitamente legal.

A r. sentença de fls. 36/40 acolheu os embargos, entendendo inconstitucional a Resolução n° 194/70, por isso que a Lei n° 5.194, de 1966, não exige o registro de cada contrato, como faz a Resolução n° 194, não podendo o regulamento impor restrições que a lei não impõe.

Apelou o CREA-8ª Região (fls. 42/46). Argumenta que a Resolução n° 194 já foi objeto de exame por este Tribunal, que deu pela sua legalidade, pois se trata de ato normativo que se enquadra na competência do CONFEA, na forma do art. 27, f, da Lei n° 5.194/66, que o autoriza a bai-

xar resoluções para regulamentar a execução da lei, e resolver os casos omissos. O art. 24 da Lei n° 5.194/66 dá competência aos Conselhos (Federal e Regional) para fiscalizar o exercício profissional. Se são nulos os contratos quando feitos com pessoas não habilitadas, pode o Conselho estabelecer o registro prévio dos mesmos, a fim de verificar a sua regularidade (art. 15). O registro se insere no conteúdo da lei, tanto que o art. 27, letra p, da Lei n° 5.194/66, permite ao Conselho Federal fixar as taxas a serem pagas pelos profissionais e pessoas jurídicas, além da anuidade prevista no art. 63.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a Subprocuradoria Geral da República, à fl. 52, opinando no sentido do provimento do apelo.

É o relatório.

### APELAÇÃO CÍVEL N° 54.724 — PR

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Ex Officio:

Apelante: União Federal

### EMENTA

Execução fiscal. Notas promissórias. Aval. Prescrição.

Se o recorrido avalizou promissórias garantidas de contrato de compra e venda, pois, no direito brasileiro, não existe a figura de avalista de contrato, reconhece-se a prescrição trienal da cobrança da dívida ativa, inda mais que a certidão de dívida ativa tem por base as promissórias, e não o contrato.

Não orça pelo jurídico, de outra parte, a singular figura de certidão de dívida ativa garantida por aval.

Apelação a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e não conhecer da remessa *ex officio*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1981 — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Em embargos à execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional contra Pedro Antônio Furlaneto para cobrança de dívida no valor de Cr\$ 6.732,00, referente a débito resultante de venda feita pelo Ministério da Agricultura de 20 vacas de raça «Gir», a Augusto Canezin, que assinou contrato e emitiu notas promissórias avalizadas pelo executado, o Juiz julgou procedentes os embargos determinando o trancamento da execução pela ocorrência da prescrição, trienal, condenando a embargante nas custas e honorários advocatícios (fls. 30/33).

Apelou a exequente para que seja reconhecida a inexistência da prescrição, determinando-se ao Juiz conheça do mérito dos embargos (fls. 35/37).

Contra-razões às fls. 39/40.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Caso a recorrente estivesse executando o contrato de compra e venda de gado, condicional e com reserva de domínio, para cuja garantia o comprador emitiu 3 notas promissórias, avalizadas pelo recorrido e vencidas em 12-5-67, 12-5-68 e 12-5-69, respectivamente, e não pagas, ficaria com a sua tese, de que a prescrição é de 20 anos, para débitos pessoais, de acordo com o Código Civil.

Como, no entanto, o contrato em si não se faz objeto do pedido de execução que assenta exclusivamente na certidão de dívida ativa, formalizada com base nas promissórias avalizadas pelo recorrido, não é possível chancelar o raciocínio da recorrente, porquanto o instituto do aval é próprio do direito cambial.

Fora deste inexistente aval.

O disposto no Decreto-Lei 474, de 12-12-69, de que a dívida ativa da União compreende também «a fiança e o aval», — há que ser aplicado de acordo com as prescrições do direito cambial, porquanto o direito administrativo não interfere com tal garantia.

O recorrido avalizou promissórias, e não contrato de compra e venda, até porque inexistente a figura de avalista de contrato, no direito brasileiro.

Não orça pelo jurídico, de outra parte, a singular figura de certidão de dívida ativa garantida por aval.

O débito exequendo foi inscrito em 26 de maio de 1976, sete anos após o implemento da prescrição trienal da promissória, vencida em 12-5-69,

quando a responsabilidade cambiária do avalista já fora extinta pela prescrição prevista na Lei Uniforme.

Por estes, e pelos motivos da sentença, nego provimento ao recurso voluntário, e não conheço da remessa oficial, na forma da Resolução 25/80, do T.F.R.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC-54.724 — PR — Rel.: Ministro Moacir Catunda. Remte.: ex officio:

Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca. Apte.: União Federal. Apdo.: Pedro Antônio Furlaneto.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso e não se conheceu da remessa ex officio. Em 17-6-81 — 5ª Turma.

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.143 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins

Apelante: Januário Freire Ribeiro

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Militar. Cabo traumatizado e ferido na guerra. Direito à reforma no posto de Primeiro-Sargento com proventos de Segundo-Tenente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar a ação procedente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1981 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: A sentença recorrida assim expõe o caso destes autos:

«Januário Freire Ribeiro, brasileiro, viúvo, cabo reformado do Exército, ex-combatente da FEB, residente na Travessa da Propriedade, nº 77, na Vila da Penha, nesta cidade, por seu advogado ingressou em Juízo com Ação Ordinária contra a União Federal.

Na inicial alegou, em resumo:

«Que tomou parte nas operações de guerra na Itália durante a 2ª Guerra Mundial, como integrante da FEB, onde foi ferido em combate no dia 20-4-45. Que, ao regressar ao Brasil, foi licenciado das fileiras do Exército, ficando reservista de 1ª Categoria. Que se achando enfermo requereu amparo do Estado, sendo julgado incapaz definitivamente para o Serviço do Exército, sem poder prover os meios de subsistência. Que, em consequência, foi reformado na mesma graduação de Cabo, com

direito aos proventos da graduação de 3º Sargento, pela Portaria nº 262-DIP-FEB, de 24-12-71, sem qualquer direito aos benefícios.»

Requeru ao final:

«Nestas condições, o suplicante requer a V. Exª se digne mandar alterar os termos da Portaria em referência, para que seja considerado previamente promovido à graduação de 2º sargento, reformado no posto de 2º tenente, com direito aos proventos do posto de 1º tenente, nos termos dos artigos 2º e 10 do Decreto-Lei nº 8.795, de 23 de janeiro 46, 1º e 4º da Lei 288, de 8-6-48, artigo 1º da Lei nº 2.579, de 23-8-55, confirmado neste último posto, nos termos dos artigos 7º e 10 da Lei nº 4.767, de 30-8-65, cujo artigo 12 teve a sua redação alterada pela Lei nº 5.426, de 30-4-68, tudo combinado com os artigos 28 e 31 da Lei nº 4.902, de 16-12-65, com direito a 25% dos proventos, nos termos do parágrafo único do artigo 2º do Decreto-Lei nº 8.795-46, com direito à gratificação de tempo de serviço de 35%, nos termos do Aviso nº 118-GB, de 29-9-70, com direito às diárias de asilado, nos termos dos artigos 37 e 148, do CVM (Lei nº 4.328, de 30-4-64, até o dia 31-7-69, se for o caso, e, finalmente, com direito ao auxílio-invalidez, a partir do dia 1º-8-69, se for o caso, nos termos dos artigos 141, 182 e 197 do novo CVM (Decreto-Lei nº 728, de 4-8-69), com a redação modificada pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 957, de 13-10-69; devendo os efeitos da reforma retroagirem à data em que se verificou a sua incapacidade física, pela 1ª vez, nos termos do Parecer nº 429-H, de 7-11-66, do Exmo. Sr. Consultor-Geral da República e da Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal; requerendo, por fim, seja a União Federal citada para responder aos termos da presente ação ordinária, sob pena de

confissão e demais cominações legais, condenando-a, a final, ao pagamento dos atrasados, custas processuais e verba honorária, na base de 20% da importância a ser apurada em liquidação de sentença, tudo acrescido dos devidos juros de mora, etc.»

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 6 a 8.

A União Federal foi regularmente citada e apresentou a contestação de fls. 14 a 15, na qual alegou em resumo:

«Que a pretensão de enquadrar a reforma no art. 1º da Lei nº 2.579/55, não encontra apoio nos fatos que determinaram a reforma, que foi feita dentro dos limites permitidos pelo art. 2º da mesma lei. Que o enquadramento do autor obedeceu rigorosamente às determinações da lei, não sendo devido o auxílio-invalidez. Que espera a improcedência da ação e a condenação do autor nas custas e honorários de advogado.»

Instruiu a contestação com os documentos de fls. 28/9, reiterando a argumentação da inicial.

Saneador às fls. 32, deferidas as provas pericial e documental.

As partes indicaram assistentes-técnicos. Foi nomeado perito do Juízo. Os laudos foram apresentados e constam de fls. 47 a 53, 59 e 69 a 73.

As partes não protestaram pelos esclarecimentos do perito ou dos assistentes, não havendo prova a ser produzida em audiência, pelo que, aplica-se o disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil».

O ilustre Juiz José Gregório Marques julgou a ação improcedente e condenou o autor ao pagamento de custas e honorários arbitrados em três mil cruzeiros.

O autor apelou e a União ofereceu contra-razões.

Neste Tribunal, a douta Sub-procuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

**Ementa:** Militar. Cabo traumatizado e ferido na guerra.

Direito à reforma no posto de Primeiro-Sargento, com proventos de Segundo-Tenente.

### VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): As epilepsias psíquicas e neurológicas estão excluídas da alienação mental, na conformidade da Lei 4.902/65. Assim já decidi em numerosos casos parecidos. Neste, porém, a situação é outra. É que se realizou, no curso da ação, perícia médica especializada e o Perito do Juízo, o Dr. Evio Bustamante, assim concluiu o seu substancioso trabalho que se lê de fls. 47 e seguintes:

«A história clínica, o exame psiquiátrico e os resultados do EEG são compatíveis com o diagnóstico de Neurose de Guerra pós-trauma crânio encefálico e complicada de síndrome epileptiforme que acarretam a incapacidade total e definitiva para o trabalho do autor e que não lhe permite condições de prover os meios de sua subsistência. É óbvio que existe relação de causa e efeito entre o acidente sofrido e a psico-neurose atual, que exige assistência médica permanente conforme atesta o Anexo 2.

### Conclusão:

É fora de qualquer dúvida que o autor nos idos de 20-4-45 sofreu traumatismo crânio encefálico conforme registram seus assentamen-

tos militares do teatro de operações e que esteve, durante longo período, exposto às adversidades climáticas do inverno, na campanha italiana.

Embora clinicamente recuperado dos distúrbios neuro-psíquicos pós TCE, o que lhe permitiu o retorno às suas atividades laborativas na vida civil até 1966, não devemos nos esquecer que o trauma das operações de guerra imprimiu sério dano cerebral, anatomicamente imperceptível mas funcionalmente potente, para desencadear os quadros de insegurança total e atualmente irreversível do autor. O nexo causal entre a invalidez permanente atual e os traumas do teatro de operações nos idos de 1945 nos parece evidente e inobjectável.»

Ferido na guerra, como prova o doc. de fls. 7 (Medalha de Sangue), não tenho dúvidas no conferir ao autor, um trapo humano, o direito consignado na lei. Cabo no serviço ativo, vale dizer, quando ferido e traumatizado no campo da luta, o seu direito era de promoção, como se em atividade estivesse, ao posto de Segundo-Sargento, na conformidade do Art. 4º da Lei 288, de 8-6-48. E, em seguida, promovido ao posto imediato, o de Primeiro-Sargento com vencimentos do posto subsequente, o de Segundo-Tenente (Art. 2º do Dec.-Lei 8.795/46).

Isto posto, dou provimento ao recurso para julgar a ação procedente na conformidade do pedido.

### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 55.143 — RJ — Rel.: Sr. Ministro Peçanha Martins. Apte.: Juiz Freire Ribeiro. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso para julgar a ação procedente. (Em 31-3-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washinton Bolívar, Otto Rocha votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.167 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins

Remetente Ex Officio: Juízo da 5ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Edir Luiz da Silva

### EMENTA

Militar. Soldado da Aeronáutica incapacitado para todo e qualquer trabalho em virtude de doença adquirida em virtude de acidente em serviço. Reforma no Posto de Cabo, com proventos de Terceiro-Sargento.

### ACORDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: A sentença recorrida assim expõe o caso destes autos:

«Edir Luiz da Silva, qualificado na inicial, interdito, representado por sua curadora Adalea Matos da Silva, propôs Ação Ordinária contra a União Federal, alegando, em resumo, o seguinte:

Por um período de mais de 6 anos, prestou serviço à Aeronáutica, tendo atingido a graduação de cabo. Foi licenciado após acidente em serviço, ocorrido em 7 de dezembro de 1972, em consequência do qual fora internado no Hospital Central da Aeronáutica, com lesões, fraturas e outras seqüelas que o inutilizaram física e mentalmente, não só para a vida militar como para as atividades civis.

Pleiteia reforma no posto de 3º sargento, com base na Lei nº 5.774/71, arts. 112, incisos II, V, § 4º, c/c art. 114, § 1º, letra c, condenada a ré ao pagamento das diferenças de vencimentos atrasados, juros de mora e demais cominações legais.

Juntou os documentos de fls. 5/22.

Havendo requerido o benefício da Justiça Gratuita, foi-lhe este deferido.

Citada, a União Federal ofereceu a contestação de fls. 31/34, com os

anexos de fls. 35/42, alegando que o caso não se enquadrava na hipótese do art. 112 c/c art. 114, da Lei nº 5.774/71 e que, tendo sido incorporado em 1-7-66 e desincorporado em 31-8-73, não completara o autor os dez anos exigidos para aquisição da estabilidade militar, requisito necessário para o benefício do art. 115, a, da referida lei, não lhe aproveitando, também, o disposto na alínea b do mesmo dispositivo, por não se incluir entre os inabilitados total e permanentemente para qualquer trabalho.

Houve réplica, a fls. 44/47.

A fls. 50, conferiram-se os documentos fotocopiados.

Foi requisitada ao Hospital Central da Aeronáutica a ficha médica do autor, documento que veio aos autos a Fls. 55/65, tendo sobre o mesmo se manifestado o autor e a União Federal, não tendo sido especificadas nem requeridas outras provas.

O ilustre Juiz, Dr. Augustinho Fernandes Dias da Silva julgou procedente a ação e condenou a União a proceder a reforma do autor no Posto de Cabo, com vencimentos de 3º Sargento, vencimentos atrasados desde o licenciamento, juros, custas e honorários na base de 20%.

A União recorreu e o autor contrarrazoou.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): O autor era soldado da

Aeronáutica, hígido e perfeito. Em 4 de dezembro de 1972, quando regressava à Base Aérea após cumprir ordem de serviço, foi acidentado na Estrada Rio-Santos. Submetido a inspeção de saúde, foi julgado:

«Incapaz definitivamente para o Serviço Militar. Não está total e permanentemente inválido para qualquer trabalho e pode prover os meios de subsistência. Pode exercer atividades civis. Não é alienado mental. Não necessita de hospitalização permanente. Não necessita de cuidados permanentes de enfermagem. Não existe relação de causa e efeito entre o diagnóstico incapacitante e as lesões descritas no atestado sanitário de origem presente a esta Junta, por ser portador de «diminuição da acuidade visual no olho esquerdo, distrofia macular no olho esquerdo; e estado paranóide não especificado».

Note-se, desde logo, que a primeira inspeção médica, a que constatou a incapacidade do autor «identificando sua neurose de ansiedade e desajuste situacional agudo», realizou-se em 17-5-73, poucos meses após o acidente. E, continuando doente e cada vez mais reduzido a trapo humano, foi interditado por sentença do Juiz Estadual do Rio de Janeiro (fls. 16), que tomou por base o laudo médico de fls. 9 e seguintes, que conclui assim:

«Paciente portador de psicose com sintomatologia psicótica de feição esquizofrênica. Em face da enfermidade de que é portador, incapaz para todos os atos da vida civil».

Não resta dúvidas, portanto, que a doença resultou, ou eclodiu em virtu-

de do choque traumático que sofreu quando em serviço, como apontado pela sentença, que confirmo, negando, assim, provimento aos recursos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC 56.167 — RJ — Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins — Remte. Ex

Offício, Juízo Federal da 5ª Vara — Apte. União Federal. Apdo. Edir Luiz da Silva.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso. (Em 30-9-80 — 1ª Turma.

Os Srs. Ministros Otto Rocha, Washington Bolívar votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

#### EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.391 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Embargante: Espólio de João Gomes do Val

Embargado: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

#### EMENTA

**Desapropriatória. Rodovias. Regulamento administrativo. — Área non aedificandi. As faixas laterais das rodovias federais, «reservadas» a modo de simples «limitação administrativa», consentânea com o poder de polícia autorizado no art. 572 do Código Civil, não são indenizáveis.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de março de 1981 — (data do julgamento) — Ministro Jarbas dos Santos Nobre, Presidente — Ministro José Fernandes Dantas, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas: Julgando apelação do DNER, manifestada contra sentença na desapropriatória

movida ao ora embargante, a Egrégia 3ª Turma a proveu em parte, para excluir da indenização o valor atribuído à chamada **área non aedificandi**.

Ao propósito, o voto do relator, Ministro Carlos Mário, acompanhado pelo Ministro Adhemar Raymundo, brigou com o voto do vogal, Ministro Romildo Bueno, na forma como abaixo são transcritos:

Ministro Carlos Mário:

#### Área non aedificandi

Por primeiro, convém ressaltar que essa área não se compreende no domínio do expropriante. Não se trata da faixa de domínio do DNER, que margeia o asfalto da estrada. Trata-se, em verdade, de domínio do particular, área na

qual não se pode construir, em razão de resolução administrativa. Noutras palavras, as construções limítrofes às faixas de domínio das rodovias federais devem obedecer um recuo de 3 metros para a zona urbana ou proximamente urbana, e de 5 metros para a zona rural (fls. 202/203).

De início, por conseguinte, já se aponta um equívoco no laudo de fls. 74/114, exatamente a fls. 84, quando indica a soma das áreas non aedificandi em 30 metros, vale dizer, 15 metros de largura de cada lado, ou para dentro do terreno, a partir da cerca da rodovia, ou da faixa de domínio da rodovia.

Com a venia devida, estou em que essas áreas non aedificandi são indenizáveis.

É que a questão, no particular, não diz respeito ao domínio, já vimos de expor, acima,

Ela se coloca na área do direito de construir, que o direito material regula (Cód. Civil, arts. 572 e segs).

O art. 572, do Cód. Civil, dispõe:

«Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos».

Em princípio, portanto, o proprietário pode construir, no seu terreno, as construções que desejar. Essa liberdade, todavia, sofre limitações no direito dos vizinhos e nos regulamentos administrativos.

Razões urbanísticas, por exemplo, fundadas em posturas municipais, podem impedir que, em determinados locais, sejam construídos prédios de apartamentos; noutras regiões, fixa-se um gabarito dos prédios; noutras, ainda, as construções de prédios industriais,

imóveis comerciais, são proibidas. Razões de segurança, por outro lado, podem determinar regulamentos administrativos que proibem, por exemplo, a construção nas imediações de aeroportos, etc.

Ninguém, ao que se sabe, vai pleitear indenização porque não pode construir um prédio de 10 andares numa região onde o gabarito fixado nas posturas municipais isso não permita. De outro lado, se regulamentos administrativos estabelecem que as casas, os prédios, devem ser construídos com obediência a um recuo, por exemplo, de 3 (três) metros, das ruas, ao proprietário não assiste o direito de pedir indenização ao Poder Público por esses 3 (três) metros. Evidentemente que, se o regulamento administrativo, em nome do urbanismo, ou da segurança, chega a impedir o uso total ou quase total do imóvel, ao proprietário assiste o direito de buscar a tutela jurisdicional, se, em concreto, ocorre a prática de lesão ao direito do proprietário.

No caso, em nome da segurança do tráfego, o regulamento administrativo impede que se construa junto à faixa de domínio das rodovias.

O regulamento, no particular, ao que me parece, não causa lesão ao direito do proprietário. É que, em caso assim, cuida-se da segurança, não só do tráfego, como, também, do proprietário da área limítrofe à rodovia.

Destarte, ao que penso, não há que se falar, no caso, em indenização pela área non aedificandi. Porque, em verdade, é razoável o regulamento, no particular, ao estabelecer a metragem: 3 (três) metros para a zona urbana ou proximamente urbana, e de 5 (cinco) metros para a zona rural (fls. 202/203),

O regulamento, no ponto, embasa-se em lei, o direito material — Cód. Civil, art. 572, já falamos.

É verdade que a Suprema Corte, no RE 80.733-SP, Relator o Sr. Ministro Thompson Flores, decidiu no sentido de mandar indenizar as faixas laterais non aedificandi, de ambos os lados das estradas federais, porque insuscetíveis de aproveitamento, industrial ou residencial, imposto pelo Poder Público, justo será receba o proprietário a respectiva reparação» (RTJ, 79/215).

Isto não quer dizer, **data venia**, que o enfundimento que ora sustento seria afrontoso à Corte Suprema.

É que o eminente Ministro Thompson Flores, Relator, no seu respeitável voto, deixou expresso que se reservava «para oportunidade outra, quando, melhor interposta a irresignação última, proporcione melhor exame da questão, que é, verdadeiramente, relevante, máxime que os tribunais paulistas vêm decidindo diversamente (R.T., 328/358; 334/127; 384/171; 434/70)» — RTJ, 79/215).

A questão, também penso eu, estaria a merecer reexame por parte da Egrégia Suprema Corte.

Estou, portanto, em que o apelante, no particular, tem razão». — fls. 240/243.

O Sr. Ministro Romildo Bueno:

#### Area non aedificandi»

1) Desde logo acentuo que o Decreto-Lei estadual de São Paulo, nº 13.626, de 21 de outubro de 1943, dispoendo sobre normas para o traçado de estradas de rodagem estaduais, já determinava:

«Art. 7º Nenhuma construção poderá ser feita a menos de 15 m (quinze metros) do limite das estradas de rodagem estaduais».

Dispensou-me, por desnecessário, no momento, de discutir se a União estava ou não adstrita a acatar a disposição da lei estadual; ao construir rodovias no território do estado-membro.

Certo é que, ao individuar a área expropriada, a inicial se reporta ao laudo elaborado pelos técnicos do expropriante, o DNER, autarquia da União. Este laudo, por sua vez (fls. 6), aponta a área a desapropriar, de 359.280 metros quadrados. E conclui o laudo: «a faixa de domínio da Rodovia Rio-Santos, consta de 60,00 metros de largura» (fls. 6 vº).

O DNER foi imitado na posse dessa área, tal como se vê pelo exame do auto de fls. 60.

2) Observe-se que o perito do Juízo estimou o valor da indenização pela área non aedificandi, baseando-se em critérios sensivelmente inferiores aos que adotou para avaliação da área expropriada.

3) Na verdade, a Lei nº 6.706, de 19-12-79, cuidando do parcelamento do solo urbano, estabelece:

«Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

.....  
III — Ao longo... das faixas de domínio público das rodovias, ... será obrigatória a reserva de uma faixa non aedificandi de quinze metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica».

4) Dúvida não subsiste, portanto, de que a reserva de área non aedificandi de quinze metros de cada lado da rodovia, no total de 30 metros, provém de preceito legal.

5) Por outro lado, não hesito em perfilhar o entendimento preconizado por esta mesma E. Turma, em 14 de março de 1973, quando do julgamento da Apelação Cível 27.468-SP, ao decidir por unanimidade, nos termos do voto do Relator, o eminente Ministro José Néri da Silveira, verbis:

«Compreendo, de outra parte, que a indenização das duas faixas non aedificandi, com a área de 4.695,00 m<sup>2</sup>, de um e outro lado da estrada, não pode deixar de garantir-se, em favor do réu. Se é certo que, aberta a estrada, essas faixas laterais não mais poderão ser objeto de aproveitamento industrial ou residencial, sendo outrossim desnecessárias à destinação da obra pública, justo será tenha o proprietário indenização das mesmas, adotando-se, para tanto, o valor unitário acolhido para a área que constituirá o leito da estrada.

Nesse sentido, data venia, não procedem as razões da apelação do DNER, às fls. 138/139. Não é acolhível o simile que busca estabelecer com o recuo em relação às vias públicas, para erigir construções urbanas. No caso dos autos, as duas faixas laterais, que integravam com a porção coberta pelo leito da estrada a gleba de propriedade do réu, somente vieram a sofrer a restrição de utilização em foco, por força do ato expropriatório e da obra pública em apreço».

6) Na verdade, se é certo que a área non aedificandi não é expropriada, e, portanto, não passa para o domínio do apelante, não menos exato é também que a execução de obra pública (rodovia federal) determina, por força de expressa disposição de lei, incidência de servidão pública ou administrativa ou so-

bre as áreas laterais, a saber, as duas faixas de quinze metros de largura cada uma, situadas ao longo de cada margem da rodovia.

Não há confundir simples restrições ou limitações administrativas, de um lado, com desapropriação; nem de outro lado, com servidão administrativa.

Hely Lopes Meirelles, a propósito, adverte:

«O conceito de limitação administrativa não tem sido convenientemente difundido pela doutrina, resultando daí deploráveis indistinções na legislação e na jurisprudência, que ora a confundem com restrição de vizinhança, ora com servidão pública e até mesmo com desapropriação. Impõe-se, por isso, que, fixado o conceito de limitação administrativa, se apreciem os caracteres distintivos de todos estes institutos assemelhados, mas inconfundíveis entre si».

Depois de conceituar a limitação administrativa («toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionada do exercício de direitos ou atividades particulares às exigências do bem estar social»), assim se exprime o mesmo autor quanto à distinção entre limitação administrativa e servidão administrativa ou pública:

«Enquanto a limitação administrativa é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a servidão administrativa ou pública é um ônus especial imposto a determinada propriedade, mediante indenização do Poder Público, para propiciar à sua utilização no interesse da comunidade».

E conclui:

«A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a servidão administrativa ou pública, como ônus especial a uma ou algumas propriedades exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar para os particulares; a desapropriação, por retirar do particular a sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos conseqüentes prejuízos». (Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, ed. RT, págs. 74/76).

7) Tenho por suficientes estes esclarecimentos.

Concluo que a instituição de servidão traduz verdadeira intervenção do Estado na propriedade privada, que a Constituição garante. Em consequência das características dessa forma de intervenção, impõe-se a correspondente indenização.

Nem se objete com a valorização do imóvel em virtude da implantação de importante rodovia federal, notadamente no caso de um loteamento, como ora se trata. O Estado pode e deve valer-se do meio idôneo, sob todos os aspectos, e de alto sentido social, que é a contribuição de melhoria, não somente para conjurar o enriquecimento do proprietário do bem valorizado como, igualmente, para reduzir o custo financeiro e social do investimento.

Saliente-se que a lei de desapropriação (Decreto-Lei 3.365, de 21-6-41, art. 40) prescreve:

«O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei».

Ademais é certo que esta E. Turma vem reconhecendo o cabimento da indenização em casos em que a

utilização do imóvel de propriedade particular se resume na passagem de fios de rede elétrica. É bem de ver que, para o fim proposto, o poder público não necessita obter a propriedade de partes de terras, sendo bastante a servidão pública.

Eis aí algumas das razões, entre outras, pelas quais não posso, data venia, subscrever o douto voto do eminente Sr. Ministro-Relator, nesta parte.

Em conclusão, mantenho a sentença apelada, no ponto em que garantiu ao expropriado a indenização correspondente à servidão pública, a recair sobre a área non aedificandi — fls. 247/251.

Daí, os embargos infringentes de fls. 258, opostos pelo apelado e desenvolvidos em louvores ao voto vencido, cuja prevalência persegue, cotejando-o, aliás, com o acórdão proferido pela antiquíssima 3ª Turma na AC. nº 27.468, relator Ministro Néri da Silveira, e que fora mantido pelo STF, via do RE 80.733, Relator-Ministro Thompson Flores — fls. 258:

Impugnados com a sustentação de ser excelente a fundamentação do acórdão, no particular de a área non aedificandi constituir mera limitação administrativa, os embargos foram processados com apoio da Subprocuradoria-Geral da República — fls. 268 e 271.

A requerimento do embargante, mandei juntar por linha um parecer do Prof. Washington de Barros Monteiro, posto em favor da tese dos embargos e na conclusão, em síntese, de que a taxa non aedificandi constitui apossamento indireto da faculdade de construir, ônus que deve ser ressarcido,

Pauta, na forma do art. 33, IX, do R.I.

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhor Presidente: Ao relatar os presentes embargos, reencontro-me com a matéria da divergência em que se pôs a Egrégia 3ª Turma, nestes autos; é que, na primeira vez que a discutida indenização desapropriatória da área non aedificandi foi levada ao STF, aliás, através de recurso oriundo deste Tribunal, então opinei sobre a espécie, na modesta forma do parecer transcrito no acórdão comentado pelo Ministro Carlos Mário, neste caso — RE 80.733, 23-9-75 in RTJ 70.733.

Ao que se percebe da decisão ora embargada, consoante os fundamentados votos em testilha, a controvérsia reclama, como passo inicial para sua solução, o exame da qualificação jurídica do discutido gravame ao direito de propriedade imobiliária; isto é, reclama indagar-se se o ônus constitui simples limitação administrativa, tolerável, à força da função social da propriedade, ou se, ao contrário, configura lesão insuportável, conversível em reparações de ordem das indenizações desapropriatórias.

Na procura dessa qualificação, penso que a taxa de não edificar, sobre estabelecer uma única restrição, limita o direito de construir sem maior ônus do que a ressalva encontrada no art. 572 do Código Civil; prende-se à regulamentação desse direito, no plano rodoviário, sem afetar o domínio ou a posse do imóvel lindeiro, nem o seu uso privativo pelo proprietário; cingindo-se a vedar construções, segundo a acepção vernacular ordinária do termo (José Náufel, «Novo Dicionário Jurídico», 5ª ed., Konfino, 1969, 2/74, Plácido e Silva, «Vocabulário Jurídico», Forense, 1963, 1/415; ou Aurélio Buarque de Holanda, «Novo Dicionário da Língua Portuguesa»), convenha-se em que o examinado regulamento administrativo deixa ao proprietário

as mais diversas opções do uso, gozo e disposição do imóvel, não indo além do poder de polícia sumulado no prefalado artigo do Código Civil.

Desse modo, não há negar-se que a proibição afeiçoa-se à forma de uma simples limitação administrativa, a estilo da definição emprestada a este instituto pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, como sendo uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletiva, tal se vê do tópico transcrito no douto voto vencido (Direito de Construir, ed. RT, pgs. 74/76).

Na verdade, de pertinência à área rodoviária non aedificandi, a aplicação dessa feliz definição do mestre remonta a trabalho publicado na Folha de São Paulo de 18-8-63; ao exaltar a orientação firmada pelo Tribunal de Justiça local — sobre ser indenizável a área marginal das rodovias, área reservada nos termos da legislação estadual paulista —, já ali o eminente professor asseverava o seguinte:

«Como a proibição de construir a menos de quinze metros das margens das estradas de rodagem, estabelecida pelo Decreto-Lei estadual nº 13.626, de 21 de outubro de 1943, é uma típica limitação administrativa ao uso da propriedade particular, não impõe ao Estado qualquer obrigação de indenizar, mesmo porque o proprietário não perde o domínio, nem a posse, sobre esta faixa de terra, nem fica impedido de cultivá-la ou de dar-lhe qualquer outra destinação. O que não pode é levantar edificações ou realizar obras que obstruam aquela faixa, invadindo o terreno reservado pelo Poder Público, no interesse geral da segurança do trânsito e das propriedades marginais das rodovias» — RT 336/501.

Daí, a generalidade que imprimiu ao tema, na sua festejada obra «Direito Administrativo Brasileiro», publicada em 1964, nela qualificada como verdadeira limitação administrativa a examinada vedação de edificar. Confira-se-lhe a proposição mesma, como agora se encontra reproduzida na 7ª edição da citada obra, pág. 519, verbis.

«A legislação rodoviária geralmente impõe uma limitação administrativa aos terrenos marginais das estradas de rodagem, consistente na proibição de construções a menos de 15 metros de rodovia, contado o recuo da divisa do domínio público com o particular. Como simples limitação administrativa, tal restrição não obriga a qualquer indenização, nem impede o proprietário de utilizar essa faixa para fins agrícolas e pastoris; o que não pode é nela construir. A limitação se justifica como medida de segurança e higiene das edificações, pois que levantadas muito próximas do leito carroçável ficariam expostas aos perigos do trânsito, à poeira e à fumaça dos veículos, além de prejudicar a visibilidade e a estética, não desprezíveis nas modernas rodovias».

De passagem pelo direito comparado, acentue-se que igual entendimento, sobre as restrições sofridas pelas propriedades alinhadas às estradas públicas, é sustentado pelo Ítalo Roberto de Ruggiero — «Instituições de Direito Civil», tradução de Ary dos Santos, apud Orlando Carlos Gandolfo, in RPGE — SP, 10/499.

Pois bem, a prezar-se aquele argumento de autoridade, segundo mesmo o merecimento da fonte, frise-se que a proposição do respeitado publicista patricio junta-se à tradicional jurisprudência paulista, atinente ao regulamento das estradas estaduais, segundo direito local que, no porme-

nor da área reservada, se antecipou à disciplina federal, pois que vige desde 21-10-43 (Decreto-Lei 13.626).

Finalmente, ainda a propósito desse direito positivado na legislação de São Paulo, lembre-se a consagração legitimadora da malsinada vedação regulamentar, como foi proclamada pelo STF. De fato, em Sessão Plenária de 26-4-79, como que voltando àquele melhor exame, ao qual se reservou o Ministro Thompson Flores no RE. 80.733 (in RT 79/217), o Pretório Excelso debateu a matéria, posta em face do mencionado texto paulista. Cuidava-se da demolição de obra construída na **área non aedificandi**; objetara-se com a prevalência da postura municipal que autorizaria a edificação, e com o argumento de que a invocada norma de polícia rodoviária somente abrangia a zona rural.

Não obstante a objeção, a Corte reformou a decisão recorrida, por concluir que a disciplina das edificações urbanas não tinha como se sobrepor à limitação administrativa concernente às rodovias, nas condições assim assinaladas na ementa do acórdão:

«— Construção a menos de 15 metros dos limites das estradas de rodagem. Proibição a ser observada pelas autoridades municipais, ainda que o desenvolvimento urbano do Município venha a envolver as estradas preexistentes.

A segurança pública e o tráfego intermunicipal preferem ao simples interesse de um só município.

Interpretação do art. 7º do Decreto-Lei estadual nº 13.626, de 21-10-1943, face ao art. 572 do Código Civil.

RE conhecido e provido» — RE 89.920, relator Ministro Cordeiro Guerra — in RTJ 91/691.

Noutra oportunidade mais recente, a 15-2-80, a mesma proclamação foi reafirmada, agora no tema de confronto daquela norma estadual com o suporte constitucional do direito de propriedade. No ensejo, com adesão dos demais componentes da 2ª Turma, o Ministro Décio Miranda, em apreciando o acórdão recorrido, aduziu em seu voto, textual:

«Por último, a faixa non aedificandi permanece no domínio do expropriado, apenas sujeita a restrições de ordem administrativa. Restrições edilicias não suscitam indenização. Omissos .....

.....

Nesses pontos, não contrariou o acórdão o art. 153, § 2º, da Constituição». — RE nº 91.690, in RTJ 93/906.

Atente-se, pois, para o fato de que, quando noutras oportunidades o S.T.F. recusou-se a conhecer da matéria, dando nas ementas a falsa impressão de haver perfilhado enunciados contrários aos acima transcritos, realmente se recusou em face de não prosperar o Extraordinário com base na letra a do permissivo, à míngua de confronto com direito positivo federal a ser indicado com negação de vigência. Ao que se tem do corpo dos respectivos acórdãos, é exatamente essa a aparência dada pelas ementas dos REs 92.741, DJ de 14-11-80, e 92.006; DJ de 13-2-81..

Pelo exposto, no quanto que o examinado regulamento estadual tenha merecido interpretação consentânea, respectivamente, com o preceito maior e com o art. 572 do Código Civil, no dizer das analisadas decisões supremas, certamente que não caberá dizer-se de outro modo a respeito do seu irmão coação, matriz da semelhante limitação administrativa de grau federal. Donde concluir-se, necessariamente, que — vista nos termos da Resolução de 25-8-50, do

Conselho Rodoviário Federal (reserva marginal de 3 metros, na zona urbana, ou de 5 metros na zona rural), ou vista na forma da reserva de 15 metros, tratada na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (nº 6.766/79, art. 4º, III), lei sobrevida à sentença —, por qualquer dessas óticas, a restrição federal também tem respaldo no art. 572 do Código Civil, como em boa hora o afirmou o acórdão embargado. E posta, assim, nesse limite legal, por igual razão se dirá da sua conformidade para com o direito de propriedade sob tutela constitucional.

Daí que, reencontrando-me com a questão, vejo que os novos escólios, como enriqueceram o seu debate nos autos, convencem-me a permanecer na mesma posição manifestada naquele sucinto parecer, inicialmente referido, firme na asseveração de que as chamadas áreas rodoviárias non aedificandi se posicionam no igual nível de legalidade da chamada área de recuo, regra encontrada nas regulamentações urbanas; tanto assim é, que a nova Lei 6.766, de 19-12-79, ao tratá-las no art. 4º, III, fê-lo nos mesmos plano e ensejo da imposição de limitações administrativas relativas ao parcelamento do solo urbano; v.g., o tratamento dispensado pelo art. 5º à reserva de faixa non aedificandi destinada a equipamentos urbanos, isto é, redes de esgoto, coleta de águas pluviais, abastecimento de água, energia elétrica, telefone e gás canalizado.

Fico, pois, em que, sem embargo da excelência do voto vencido, os infringentes não devem prosperar; pelo que, com a devida vênia, os rejeito.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Enquanto o eminente Ministro-Relator fazia o re-

latório e os eminentes advogado e Subprocurador-Geral da República sustentavam seus pontos de vista, tomara eu algumas notas, a fim de tentar sustentar o voto que proferi na Turma, no sentido de rejeição dos embargos.

Todavia, após ouvir o brilhante voto do eminente Ministro José Dantas, nada mais há que acrescentar. Acompanho S. Ex.<sup>a</sup>

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Tenho ponto de vista formado sobre o assunto, que coincide inteiramente com as judiciosas considerações tecidas pelo eminente Ministro Romildo Bueno de Souza em seu voto vencido.

Por estas razões, recebo os embargos.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente: Não pretendo enfatizar razões; permito-me tão-somente acentuar aquilo que foi decisivo na construção do meu voto vencido e que o eminente Sr. Ministro-Relator transcreveu no minucioso relatório que distribuiu e que, entretanto, a meu ver, pede uma referência nesta assentada, para que minha argumentação se torne perfeitamente clara (uma vez que pode prestar-se a interpretações incorretas).

Assim é que peço a paciência dos eminentes colegas para ler o texto que foi distribuído:

«1) Desde logo acentuo que o Decreto-Lei estadual de São Paulo, nº 13.626, de 21 de outubro de 1943, dispondo sobre normas para o traçado de estradas de rodagem estaduais, já determinava:

«Art. 7º Nenhuma construção poderá ser feita a menos de 15 m (quinze metros) do limite das estradas de rodagem estaduais».

Dispensou-me, por desnecessário, no momento, de discutir se a União estava ou não adstrita a acatar a disposição da lei estadual, ao construir rodovias no território do estado-membro.

Certo é que, ao individuar a área expropriada, a inicial se reporta ao laudo elaborado pelos técnicos do expropriante, o DNER, autarquia da União. Este laudo, por sua vez (fls. 6), aponta a área a desapropriar, de 359.280 metros quadrados. E conclui o laudo: «a faixa de domínio da Rodovia Rio-Santos consta de 60,00 metros de largura» (fls. 6 vº).

O DNER foi imitado na posse dessa área, tal como se vê pelo exame do auto de fls. 60.

2) Observe-se que o perito do Juízo estimou o valor da indenização pela área non aedificandi, baseando-se em critérios sensivelmente inferiores aos que adotou para avaliação da área expropriada.

3) Na verdade, a Lei nº 6.706, de 19-12-79, cuidando do parcelamento do solo urbano, estabelece:

«Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

.....

III — Ao longo... das faixas de domínio público das rodovias, ... será obrigatória a reserva de uma faixa non aedificandi de quinze metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica».

4) Dúvida não subsiste, portanto, de que a reserva de área non

aedificandi de quinze metros de cada lado da rodovia, no total de 30 metros, provém de preceito legal» — fls. 247/48.

Era este o esclarecimento, Senhor Presidente, que desejava salientar.

Com isso, não vejo razão para mudar meu entendimento. Recebo os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 57.391 — SP — Rel.: Sr. Min. José Dantas. Embgte.: Espólio de João Gomes do Val. Embgdo.: DNER.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Justino

Ribeiro e Romildo Bueno de Souza, rejeitou os embargos. Sustentaram, oralmente, o Dr. Walter Ribeiro Valente, pelo embargante e o Dr. Subprocurador-Geral da República, pela União. (Em 24-3-81 — 2ª Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Sebastião Alves dos Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro da Rocha Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg e Moacir Catunda. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.337 — MG

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

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

Apelado: João Monteiro e outros

#### EMENTA

Previdenciário — Contribuições sobre proventos de aposentado — Correção monetária.

Se a inativação previdenciária foi concedida antes da vigência da Lei nº 5.890/73, não pode o benefício da aposentadoria ser atingido pelo referido desconto.

Situação subjetiva pré-constituída imune à eficácia daquele diploma legal.

Dispensável suscitar-se o incidente de inconstitucionalidade com vista ao art. 165, XVI, da Constituição Federal.

Correção monetária devida, a exemplo do princípio acolhido na Súmula nº 46 deste Tribunal.

Inaplicabilidade do disposto no art. 1.531 do Código Civil, porque pertinente ao tema da «dívida já paga» enquanto aqui se cuida de restituição do indébito.

Negou-se provimento ao apelo do IAPAS.

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de março de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: João Monteiro e outros ajuizam a presente ação contra o Instituto Nacional da Previdência Social, pretendendo seja o réu condenado a restituir-lhes as contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas, acrescidas de juros de mora, correção e demais cominações de direito.

Aduz, basicamente, a inicial que os autores, durante o tempo em que se encontram inativados pela Previdência Social, a partir da Lei superveniente nº 5.890, de 8-7-73, sofreram descontos de 5%, a título de contribuições, sobre seus proventos, exigência indevida, seja porque se trata de ônus criado após a aposentadoria, então assegurada inclusive com a assistência social, seja porque, nos termos do art. 165, XVI da Constituição Federal, dita contribuição era pertinente ao empregado, qualificação incompatível com a de aposentado, pelo que fazem jus à reposição respectiva, por falta de justa causa para o recolhimento.

Respondeu o INPS, às fls. 111, opondo a inépcia do pedido, e, no mérito, que os descontos processados resultaram de previsão expressa da Lei nº 5.890/73 e que mesmo anteriormente à Lei nº 3.807/63 já os regulamentos da época estipulavam tal desconto, com assento no art. 4º da Lei nº 593/48; paralelamente, às fls. 115, ofereceu o suplicado reconvenção, argüindo que os descontos em causa, durante certa fase, o foram de 1% e 3%, tocando aos autores responderem pela demasia do pedido, na forma do art. 1.531 do Código Civil; impugnaram os reconvinidos às fls. 117, sustentando a inaplicabilidade do preceito invocado pelo reconvinente, ao caso, por tratar-se de pedido de restituição.

O MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado, Dr. Vicente Porto de Menezes, em sua douta sentença de fls. 128, julgou a ação procedente e improcedente a reconvenção, condenando o réu-reconvinente a repor aos autores a contribuição indevidamente descontada dos proventos de aposentadoria, com juros e correção monetária, a partir de cada desconto, mais honorários de advogado de 20%.

Apelou o vencido e, com a resposta do apelado, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República se reservou regimentalmente.

É o relatório, dispensada a revisão.

#### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Na espécie, consoante se recolhe do relatório, cuida-se de proventos concedidos anteriormente à Lei nº 5.890/73, instituidora

do gravame; nesse contexto, estamos ante situações subjetivas pré-constituídas e, assim, imunes à eficácia daquele diploma legal, a teor do disposto no art. 153, § 3º da Constituição Federal, dispensável, assim, suscitar-se incidente de inconstitucionalidade, com vista ao art. 165, XVI do mesmo diploma legal.

Essa, aliás, foi a orientação deste Tribunal, na AMS 76.343, da antiga Terceira Turma, Rel. o Min. Aldir Passarinho, em aresto assim emendado:

Previdência Social — Aposentadoria.

Desconto de 5% no benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.

Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode esta ser atingida pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — art. 1º — revogou a incidência do desconto» — DJ 2-9-76.

A correção monetária é devida, a exemplo do princípio acolhido no enunciado da Súmula 46 deste Egrégio Tribunal.

No relativo à reconvenção, irrecurável a inaplicabilidade do art. 153 do Código Civil, por tratar-se de matéria referente ao tema da restituição e não de «dívida já paga», como ali cogitado.

Pelo exposto, mantenho a sentença recorrida, por seus jurídicos fundamentos, negando provimento ao recurso do INPS.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC-59.337 — MG — Rel.: Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apdos.: João Monteiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 30-3-81) 5ª Turma.

Os Srs. Mins. Pedro Acioli e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.731 — SC

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal no Estado

Apelante: União Federal.

Recurso Adesivo: Hailton Pereira Rodrigues e sua mulher

Apelados: Hailton Pereira Rodrigues e sua mulher

#### EMENTA

Responsabilidade Civil. Morte de menor. Indenização. Falta de seguro obrigatório. Denúnciação à lide.

I — Não cabe a denúnciação à lide do proprietário do veículo abalroado, na pressuposição de que terá havido culpa concorrente no acidente. No caso de

responsabilidade civil da Administração, prevendo o art. 107, parágrafo único da Constituição, a ação regressiva da União contra o agente público causador do dano, admite-se a denúncia deste, a teor do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

II — Na falta do seguro obrigatório de responsabilidade civil contra terceiros, o dono do veículo abalroador responde pelo valor correspondente, perante a vítima.

III — Não é admitida a indenização simplesmente — *pretium doloris*, mas pela morte do menor cabe a indenização, na forma consagrada nas Súmulas 490 e 491 do Supremo Tribunal Federal.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, negar provimento aos agravos retidos interpostos pela União. Decisão unânime. No mérito, também por unanimidade, conhecer da remessa e dar provimento parcial à apelação para excluir da condenação a indenização arbitrada pelo Juiz e reduzir a pensão a 1/3 do salário-mínimo regional, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1980 (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente-Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): No dia 23 de maio de 1973, um caminhão a serviço do 63º Batalhão de Infantaria do Exército Brasileiro, chapa EB-21-33-GP, chocou-se com uma kombi, chapa AA-17-84,

de transporte escolar, no cruzamento da Avenida Santa Catarina com a Rua Santa Tereza, no bairro do Estreito, em Florianópolis.

Do acidente resultou a morte de Carla Patrícia Rodrigues, de 3 anos, que viajava na kombi.

Seus pais moveram ação ordinária contra a União Federal, alegando que a culpa pelo acidente foi da viatura militar que desobedeceu à sinalização existente naquele cruzamento, invadindo a via preferencial, conforme o atesta o laudo pericial do Departamento de Trânsito. Pediram, portanto, a reparação do dano sofrido, nos termos dos arts. 15, 159 e 1.526 do Código Civil e 107 da Constituição, abrangendo o valor correspondente ao seguro obrigatório, uma vez que a viatura militar não era segurada, e mais a indenização no montante a ser apurado em liquidação de sentença, acrescida de juros, correção monetária e honorários.

A União Federal, citada, pediu devolução do prazo, eis que a inicial não foi instruída com cópias autenticadas de documentos, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Decreto-Lei nº 147-67, mas o Juiz recusou tal formalidade, por entendê-

la revogada pelo novo Código de Processo Civil.

A União interpôs agravo retido dessa decisão (fls. 34/35).

Na audiência, a União denunciou à lide o proprietário da viatura escolar, nos termos do art. 70 do CPC, o que também foi recusado pelo Juiz.

Novo agravo retido foi interposto às fls. 40/41.

Instruído o feito com prova documental e testemunhal e produzidas as razões finais das partes através de memoriais, o Juiz Federal Manoel Lauro Volkmer de Castilho apreciou a matéria dos dois agravos retidos e, no mérito, julgou procedente a ação, para condenar a União a pagar a indenização de Cr\$ 100.000,00, mais o valor do seguro de responsabilidade civil e pensão mensal de um salário-mínimo regional, a partir do ajuizamento da demanda, com juros moratórios, correção monetária e honorários de 15% sobre o que se apurar em liquidação de sentença. Apreciou S. Exa. as circunstâncias em que ocorreu o acidente, para concluir que «se a preferencial era da kombi e não se demonstrou ser excessiva a velocidade do veículo escolar, a culpa foi do caminhão do Exército.»

Apelou a União, com as razões do seu memorial de fls. 101/103 e ratificando os agravos retidos.

Os autores recorreram adesivamente, pretendendo seja a indenização apurada em liquidação de sentença, e a prestação mensal fixada segundo a vida provável da vítima.

Contra-arrazoaram as partes.

A Subprocuradoria-Geral da República pediu, em seu parecer, o provimento dos agravos retidos, com extinção do processo e, no mérito, a improcedência da demanda ou a exclusão da indenização de Cr\$ 100.000,00, e do valor correspondente ao seguro obrigatório e da correção monetária, assim como a redução da pensão para 1/3 do salário-mínimo regional, calculados os honorários sobre as prestações vencidas e doze vincendas.

É o relatório.

## VOTO

(Sobre os agravos retidos)

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Aprecio de uma só vez os agravos interpostos.

As cópias autenticadas dos documentos que instruem a inicial só são juntadas necessariamente, quando, para a defesa da União, seja necessária a audiência da Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme se entende do texto do parágrafo único do art. 21 do Decreto-Lei nº 147-67, verbis:

«Sob a mesma pena (inépcia), deverá a petição inicial ser acompanhada de cópias autenticadas dos documentos que a instruírem, as quais serão remetidas à Procuradoria da Fazenda Nacional juntamente com a contra-fé.»

No caso dos autos, não se trata de ação em que seja impugnado ato de autoridade, nem que aluda a processo administrativo que envolva de

forma direta ou imediata a Fazenda Nacional. Não cabia a exigência feita pelo Procurador da República, pois a inicial, no caso, teria que atender apenas à exigência do art. 283 do Código de Processo Civil.

No que concerne ao segundo agravo, a denunciação à lide é curiosa: o Dr. Procurador da República não denunciou o condutor da viatura militar que causou o acidente, mas o proprietário da kombi escolar, ao fundamento de que teria havido culpa concorrente no acidente, caso em que o denunciado teria que arcar com pelo menos cinqüenta por cento dos prejuízos.

Ora, em se tratando de culpa concorrente, não há necessidade de ação regressiva da União contra a vítima, ou contra o dono do veículo sinistrado: a sentença que a reconhecer repartirá a indenização. Não seria a União que pagaria a parte do concorrente, para depois exigir deste a reposição.

Não é, portanto, hipótese do art. 70, III do CPC, mesmo porque o art. 107 da Constituição alude apenas a ação regressiva contra funcionário que tiver culpa no evento danoso.

Nego, portanto, provimento aos agravos.

### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): No mérito, lê-se no laudo dos peritos da Divisão de Polícia Científica do Estado, que houve colisão com capotamento da kombi, seguido de princípio de incêndio da parte posterior dela. Lê-se mais que

no cruzamento da Avenida Santa Catarina com a Rua Santa Tereza há uma placa indicativa de Pare, dando como preferencial de tráfego a Rua Santa Tereza. Observaram mais os peritos que «no vidro do pára-brisa dianteiro do caminhão do Exército, pelo lado esquerdo, havia uma mancha de lama de grande proporção prejudicando em grande parte a visão do motorista». Concluíram eles que o acidente ocorreu por invasão da preferencial por parte do caminhão Chevrolet de propriedade do 63º BI que não obedeceu à sinalização existente no local (fls. 14 e 15).

As testemunhas que assistiram ao abalroamento, declararam que a kombi foi atingida na lateral direita (fls. 38, 60 e 93). A última, um ex-soldado que estava no caminhão no momento, descreve o acidente dessa forma: «Que o caminhão chegou à via preferencial onde tinha uma placa de advertência Pare; que a mais ou menos trinta metros o motorista do caminhão do Exército viu a referida placa de advertência e foi diminuindo a marcha; que o caminhão estava já na metade da pista preferencial quando a kombi, que vinha na preferencial, tentou desviar, mas não conseguindo foi abalroada na lateral, vindo a tombar». Adiante, volta a esclarecer: «que a batida na kombi foi na parte lateral, ou seja, a porta do meio.» (fls. 93).

Tem-se daí que o veículo abalroador foi o caminhão que atingiu a kombi na lateral direita, fazendo-a capotar. As condições do caminhão, com a visibilidade reduzida em virtude da lama no pára-brisa e mais a falta de cuidado do motorista ao ingressar na preferencial, ocasionaram o acidente.

Não houve culpa concorrente. A responsabilidade é exclusiva da

União, pelo dano causado por seu agente.

Procedente é, assim, a ação.

Mas da sentença me afasto, parcialmente, quanto à condenação.

Tenho por certo que a União, não sendo segurado o seu veículo causador do acidente, deve pagar o valor correspondente. Como expressou o Ministro Thompson Flores, na ementa ao acórdão prolatado no RE 78.916:

«A omissão do seguro obrigatório não exime o proprietário do veículo da responsabilidade pelos danos causados, a qual independe de culpa, mesmo na vigência do Decreto-Lei nº 73-66.»

Mas quanto à indenização de Cr\$ 100.000,00, corresponderia ela ao *pretium doloris*, que a nossa jurisprudência não reconhece devida. A

verba do seguro cobriu as despesas com o óbito da criança, não cabendo o acréscimo da indenização.

Quanto à pensão, tem ela apoio nas Súmulas 490 e 491 do Supremo Tribunal Federal; mas deve ser reduzida a 1/3 do salário mínimo, já que a vítima não contribuía para a economia doméstica e sua contribuição futura não deve ser considerada, em face da situação econômica dos pais que é boa, sendo o genitor comerciante.

Dou, assim, provimento à apelação, para excluir da condenação a indenização arbitrada em Cr\$ 100.000,00 e reduzir a pensão devida a 1/3 do salário-mínimo regional, com a correção monetária sobre as parcelas atrasadas, mais juros de mora.

Quanto aos honorários, ajusto-os a 10% das prestações vencidas e doze vincendas.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.630 — CE

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Relator designado: Ministro Américo Luz

Remte. *Ex Officio*: Juiz Federal da 1ª Vara — CE.

Apelantes: Paulo Hortêncio de Medeiros, filhos e outros.

Rec. Adesivo: União Federal (fls. 281).

Apelada: União Federal

### EMENTA

Desapropriação — Ação ordinária objetivando haver prejuízo decorrente de mora no pagamento da indenização arbitrada na sentença transitada em julgado. Decisão que se limitou a mandar corrigir monetariamente o valor do principal depositado, mas incluiu juros compensatórios não postulados no processo expropriatório e que não integraram o respectivo decurso. Provimento parcial do recurso adesivo da União Federal, para excluir tais juros do cálculo de liquidação. Voto vencido do Ministro-Relator. Apelação dos autores improvida.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso adesivo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1980 (data do julgamento) — Min. José Fernandes Dantas, Presidente — Min. Américo Luz, Relator designado.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Paulo Hortêncio de Medeiros, qualificado nos autos, propôs, perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, contra a União Federal e o Departamento Nacional de Obras contra as Secas, a presente ação ordinária, objetivando haver o prejuízo decorrente da mora no pagamento de indenização arbitrada no processo expropriatório a que se refere a inicial, com os consectários de direito.

A ação foi julgada procedente, nos termos do pedido, recorrendo o MM. Juiz de ofício, é apelando a União Federal. Em julgamento na antiga Egrégia 3ª Turma foi, no mérito, dado provimento, em parte, aos recursos, por unanimidade (fls. 187).

Tendo o autor falecido, habilitaram-se seus herdeiros, independentemente de sentença, nos termos do art. 1.055, combinado com o art. 1.060, I, do Código de Processo Civil.

Na liquidação desse v. acórdão, procedeu-se ao arbitramento de fls. 225/227, e, diante das ponderações das partes, à perícia de fls. 248/251. A seguir, exarou o MM. Juiz a quo o despacho de fls. 260/265, in verbis.

«Reformando, em parte, a sentença de fls. 138 e 144, deste Juízo, entendeu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, através da decisão e Acórdão de fls. 187, que o autor ao executar a referida sentença terá direito, apenas, à indenização correspondente à diferença que for encontrada, mediante cálculo que terá como base o valor de Cr\$ 2.552.944,80, atribuído ao imóvel em 1964, acrescido de juros de mora e honorários advocatícios de 10% e não com base naquele valor de Cr\$ 309.016,32, aceito pela sentença de 1º grau que acatou a perícia de fls. — porquanto a partir de 1964, já efetuado o depósito para pagamento do preço estabelecido na sentença e acórdão, não mais se poderia considerar nenhuma parcela indenizatória nova.

Cumpre-nos, assim, então, em acatando esse respeitável entendimento, mandar que o Sr. Contador proceda ao necessário cálculo, usando o índice determinado na mencionada decisão reformatória, referentemente ao período de 1957 a 1964, procedendo em seguida à complementação legal do mesmo cálculo, no que diz respeito à correção monetária, juros de mora compensatórios, referentes ao período de 1964 para cá, inclusive honorários de advogado de 10%.

Conforme os autos, a perícia de fls. 225 a 227 desatendeu, como se vê, à inteligência do v. acórdão naquele particular referentemente ao valor tido ali como base para o cálculo e, também, desatendeu quanto à percentagem arbitrada para honorários advocatícios.

Por outro lado, a segunda perícia, de fls. 248 a 251, não se apercebeu de que cabem, legalmente, na espécie, juros compensatórios.

Feitos estes reparos, mando que os autos sejam encaminhados ao Sr. Contador do Fôro, para proceder os cálculos acima determinados em fiel cumprimento à respeitável decisão exequênda».

Elaborado novo cálculo (fls. 263), sobreveio, após audiência das partes a sentença homologatória de fls. 271/272 da qual recorreram o MM. Juiz, de ofício, e os exeqüentes, a fls. 275/279, a União Federal manifestou o recurso adesivo de fls. 281/285.

Aqueles pretendem a reformulação, em parte, da decisão recorrida para que se mande proceder

«... à atualização do valor original da indenização — Cr\$ 2.552.944,80 antigos — entre 1957 e 1964, quando ainda não vigia a Lei 4.686, de 21 de junho de 1965, mediante a utilização dos índices do Nível Geral de Preços da Fundação Getúlio Vargas, pela forma do laudo de fls. 225, acrescidos da correção monetária da Lei 4.686, a partir de sua vigência, mantidos os juros, inclusive compensatórios, capitalizados anualmente, e os honorários advocatícios, mediante novos cálculos sobre o principal que se apurar em decorrência da reforma de decisão ora pleiteada (fls. 277)».

A União Federal quer se exclua do cálculo, por excedentes, as parcelas relativas à correção monetária e a juros compensatórios.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 289/292, opina no sentido de que seja reformada a decisão recorrida, a fim de que se proceda à retificação dos cálculos de fls. 263, de sorte a que se exclua deles as parcelas impugnadas, por indevidas.

É o relatório.

## VOTO VENCIDO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferranté: Ao exame da espécie, tenho que não podem prosperar os recursos manifestados, à constatação de que a decisão recorrida se embasa no entendimento jurisprudencial assente.

Com efeito.

A postulação dos exeqüentes não colhe, evidentemente, à luz do v. acórdão exequendo que reformou, em parte, a sentença de primeira instância. Como salientado no despacho de fls. 260/261, o direito pleiteado restringe-se «à indenização correspondente à diferença encontrada, mediante cálculo que terá por base o valor de Cr\$ 2.552.944,90 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil, novecentos e quarenta e quatro cruzeiros e noventa centavos), atribuído ao imóvel em 1964, acrescido de juros de mora e honorários advocatícios de 10% e não com aquele valor de Cr\$ 309.016,32 (trezentos e nove mil, dezesseis cruzeiros e trinta e dois centavos), aceito pela sentença de primeiro grau que acatou a perícia de fls. «porquanto, a partir de 1964, já efetuado o depósito para pagamento do preço estabelecido na sentença e acórdão, não mais se poderia considerar nenhuma parcela indenizatória nova».

O laudo de fls. 255, a que aludem os exeqüentes, desatendeu, no particular, à inteligência da decisão de segunda instância, como registra ainda o MM. Juiz a quo no seu mencionado despacho. De fato, a alteração de valor tido como base para o cálculo trouxe a acumulação de vantagens não autorizadas nos limites do julgado, que se cinge em reparar os prejuízos decorrentes do atraso na efetivação do depósito da quantia indenizatória apurada em 1964, no montante de Cr\$ 2.552.944,90 antigos.

Por outro lado, de igual modo im-procede a pretensão da executada de ver excluídas as parcelas relativas à correção monetária e aos juros compensatórios.

A correção monetária destina-se a compensar o deságio da moeda, em razão da aspiral inflacionária e a jurisprudência assente tem se orientado no sentido de que sua incidência se opera ainda que dela não tenha cuidado a sentença exequenda, v. g. RE nº 81.185-R.J., Relator Ministro Cunha Peixoto: «A ação de indenização para receber o justo valor em desapropriação. Aplica-se a correção monetária da Lei 4.686/75, também nas ações de indenização, para o reajustamento do valor da desapropriação. — A Correção monetária pode ser determinada na execução da sentença, mesmo que sobre a matéria tenha sido omissa a sentença» (in RTJ 77/578).

Acresce, mais, que deverá ser calculada até o efetivo pagamento da indenização.

Também desmerecem as alegações tendentes a justificar a exclusão dos juros compensatórios.

Segundo o regramento do art. 25, caput, do Decreto-Lei nº 3.365, de 1911, a sentença computará o principal e acessório em parcelas autônomas. Os juros compensatórios constituem parcela acessória e, portanto, integram, virtualmente, a indenização. Daí, irrelevante a circunstância de a respeito, não ter havido pedido expresso, ou deles não ter cogitado a decisão exequenda. Realmente, destinados a reparar o patrimônio do expropriado visam tais juros indenizar lucros cessantes e, assim, não há como deixar de reconhecê-los, quando caracterizada aquela situação, sob pena de se afrontar a determinação constitucional da justa indenização. Ademais, seria excessivo formalismo na ocorrência dessa omis-

são, condicionar sua exigência à propositura de ação direta, quando o direito à sua percepção se mostre ineludível. O princípio de economia processual está, evidentemente, a aconselhar que, presentes os pressupostos da admissão dessa parcela, seja ela havida em execução, pois em sendo acessória, se contém virtualmente na indenização. Adiante-se que esses juros são calculados, quer na desapropriação direta, quer na indireta, a partir do desapossamento do bem, isto é, da data da regular imissão na posse (Súmula 164 do STF) ou da data da ocupação. Nesta última hipótese, superada a orientação da Súmula 345 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, predomina agora o entendimento de que a ocupação marca o termo inicial da contagem, como v. g. se vê do RE 74.830-SP, Relator Ministro Eloy da Rocha: «Desapropriação — Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os juros compensatórios são devidos desde a ocupação do imóvel, não mais prevalecendo o princípio enunciado na Súmula 345 — Poderá apurar-se, em execução, a data da efetiva ocupação — Recurso extraordinário conhecido e provido» (in RTJ v. 80/525).

Em consequência, nego provimento à remessa e ao recurso voluntário, bem como ao adesivo da União Federal, para confirmar a decisão recorrida.

É o voto.

#### VOTO REVISÃO (DIVERGINDO, EM PARTE)

O Sr. Ministro Américo Luz: O minucioso exame que fiz dos presentes autos leva-me à conclusão de que o único aspecto a merecer reparo, posto na decisão recorrida, é o que concerne à inclusão no cálculo por ela homologado, dos juros compensatórios, os quais não integraram o pedi-

do vestibular, não foram contempladas na sentença que julgou procedente a ação, nem no venerando Acórdão que, ao apreciá-la, se limitou a dar provimento, em parte, aos recursos oficial e voluntário da União Federal, determinando apurar-se, em execução, a diferença do quantum indenizatório, acrescida de juros da mora e honorários advocatícios, aqueles a partir da citação inicial e estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação.

A fls. 244, o MM. Juiz a quo despachou, verbis.

«Tendo em vista as ponderações de ambas as partes e, como alegam e me parece não estar realmente a matéria enfocada suficientemente esclarecida, determino a realização de nova perícia, para o que nomeio perito o Dr. Antoni Emérico Carvalho de Sousa, bancário, advogado e contador, o qual, após notificado e compromissado, procederá nos termos, objetivos e fins dos artigos 438 e seguintes do Código de Processo Civil essa segunda perícia.»

Realizada a segunda perícia (laudo de fls. 248/251), o louvado do Juízo obtemperou com propriedade:

«Data venia, não pode o signatário adotar o mesmo critério do experto acima citado, para a feitura e conclusão do seu laudo porquanto, em primeiro lugar, não há como aplicar, in casu, os índices do Nível Geral de Preços e/ou relativos às ORTNs, que têm, as últimas, o seu fulcro na Lei 4.357/64, de 16-7-64 e não podem ter aplicabilidade em fatos ocorridos antes do advento do Instituto da correção monetária, ex vi do que dispõe o art. 1º da Lei. 5.670, de 2-7-71, assim expresso: «o cálculo da correção monetária não recairá, em qualquer caso, sobre período anterior à data em que tenha entrado

em vigor a lei que a instituiu». Há de se notar, também, que a partir de 1965 são apresentados índices específicos para efeito de desapropriação. Efetivamente, o respeitável Acórdão do TFR, ao qual se pretende dar cumprimento, visa, na verdade, reparar o expropriado em virtude da jémora da União Federal em efetuar o depósito de Cr\$ 2.552.944,80 (cruzeiros antigos) na data de ocorrência de sua obrigação, isto é, em 15-8-57, para fazê-lo somente em 20-11-64 — quantum esse correspondente à desapropriação consumada naquela primeira data. Referida decisão, como certa e justa, não enseja, todavia, a acumulação de outras vantagens, porque há diferença entre a indenização alcançada por força do reconhecimento de pagamento ao expropriado de quantia a ser apurada, a raiz dos fatos e elementos concretos trazidos a exame e os recursos em espécie porventura aplicados com a determinação de lucros, como pode acontecer com os chamados depósitos de poupança livre, cuja correção deve se operar nas datas prefixadas e trimestralmente, enquanto que para efeitos de reparação a que como a circunstância, se veja obrigada a União Federal a fazê-lo, é, na verdade, sem a consequência de proceder a dita correção naqueles moldes, nem tampouco com a contagem de juros acumulados anualmente, incidências essas que, s.m.j., a perícia não pode levar em consideração, posto que a decisão não projetou benefícios maiores àqueles expressos nos brilhantes votos dos MM. Julgadores, mesmos porque o quantum relativo à desapropriação foi depositado, integralmente, apenas com prolongada demora, em razão do que foi discutida a reparação ora deferida, o que não equivale, absolutamente, a investimento de capitais.»

E mais adiante, S. Sa. ponderou (fls. 250), respondendo ao 1º quesito formulado pelos exequêntes, ora apelantes:

«Na verdade, o laudo referido a fls. 95/97 foi concluído em 15-2-71 e sua feitura não obedeceu aos critérios de índices ou coeficientes de avaliação. Sem embargo, porém, de a decisão do TFR não haver acolhido a sentença de 1º grau — fls. 138/44, para os efeitos da reparação pretendida pelos interessados e deferida nos precisos termos do respeitável acórdão apreciado, cabe ao perito signatário dar as devidas respostas aos quesitos formulados pelas partes, embora por se conduzir por caminhos diferentes e chegue, necessariamente, à conclusão diversa.»

E, ao concluir, explicitou (fls. 251, fine):

«Cumpra esclarecer ainda que a divergência refletida entre um resultado e outro deve-se, obviamente, ao conteúdo dos respectivos quesitos formulados pela União Federal e pelos interessados. No primeiro caso, atendeu-se a um critério partido com bastante lógica pelo entendimento do DD. Procurador da União, apreciando muito bem o sentido do respeitável Acórdão do TFR. No segundo, a indagação partiu da premissa de que avaliação para efeitos de desapropriação tivesse se operado em 1971, época em que não se podia cogitar mais de tal coisa, porquanto referida desapropriação já se consumara desde 1957, apenas, o depósito relativo ao laudo aceito para semelhante finalidade foi efetivado em 1964. Daí, o sentido da reparação objetiva e alcançada. Por outro lado, a decisão condenou a União em honorários de 10% e não de 20% como consta do 2º quesito formulado pela promovente.»

De notar-se, ainda, que a União Federal, pela pena da ilustre Procuradora da República, Doutora Ráilda Saraiva de Moraes, argumentou a fls. 269:

«Não se esquiva a União Federal em pagar o que foi pelo v. acórdão exequênte considerado justa indenização.

O que não é possível é que se pretenda dar àquela decisão um elástico que ela não comporta, incidindo-se em verdadeira modificação do julgado. Assim, na primeira oportunidade em que tem vista do laudo de fls. 248 a 251, a União Federal acolhe os cálculos oferecidos às fls. 249 a 250, pela própria justificação feita pelo perito às fls. 248 e 249 e ao decorrer das respostas tanto aos quesitos formulados pela União Federal como pelo promovente.

Não obstante a parcela correspondente à correção monetária não tenha sido objeto da decisão exequêntes, admite a União a sua inclusão, em acatamento à orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Repele energicamente, como de todo ilegal, a inclusão de parcela referente a juros compensatórios. Requer, pois, a União Federal seja determinada a exclusão dos cálculos apresentados pelo Sr. Contador da parcela correspondente ao item «d» juros compensatórios, por desprovida de amparo legal. Requer, ademais, sejam, então homologados os cálculos, em conformidade com o v. Acórdão exequênte e orientação do STF, a fim de que, por delongas que se não poderão imputar à União, venha o débito a sofrer novas correções.»

Entendeu o MM. Juiz a quo, todavia, na decisão recorrida, de incluir na condenação os juros compensatórios, ao aduzir (fls. 271/272):

«A parcela correspondente a juros compensatórios, da mesma maneira como a relativa à correção monetária, é uma conseqüência lógica integrativa no processo de desapropriação.»

S. Exa. mencionou ementas de acórdão do Pretório Excelso e desta Corte que abonariam o seu entendimento, no particular.

Com a devida vênia, para integrem a condenação, os juros compensatórios não de ser pedidos expressamente, o que incoorreu na espécie. Tal verba não deflui da lei, mas de construção pretoriana.

Já a incidência da correção monetária, com a qual concordou a União no seu pronunciamento de fls. 269, supratranscrito, desde que calculada pelo modo e tempo apontados no último laudo pericial, não há como excluí-la (arestos arrolados às fls. 277/279).

Por todos os motivos acima alinhados, meu voto é no sentido de prover, em parte, o recurso adesivo, para excluir os juros compensatórios do cálculo de fls. 263, de negar provimento à apelação dos exequentes (fls. 275/279), pois mantenho, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau (fls. 271/272).

#### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Sem embargo da objetividade do voto do

Ministro-Relator (por sinal, filiado a certos precedentes deste Tribunal, de que os juros compensatórios podem ser concedidos sem pedido expresso), fico com o Revisor. No caso, há uma razão particularíssima; a de que a parte teve essa segunda oportunidade de pedir suplementação da indenização e, mesmo assim, silenciou a esse propósito. Relegou a última oportunidade de fazer integrar a tal suplementação indenizatória com os juros compensatórios.

Dai porque acompanho o eminente Ministro-Revisor.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 61.630 — CE (3.077.144) — Rel.: Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Rev.: Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara — CE. Aptes. Paulo Hortêncio de Medeiros, filhos e outros. Recurso Adesivo: União Federal (fls. 281). Apda. União Federal.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido em parte o Relator, deu parcial provimento ao recurso adesivo, para excluir da condenação os juros compensatórios. (Em 13-10-80 — 6ª Turma).

O Srs. Mins. Américo Luz e José Dantas votaram contra o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Fernandes Dantas. grante

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.331 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Apelante: José Néder, e outros

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

#### EMENTA

Administrativo — Plano de Classificação de Cargos — Procuradores autárquicos — Decesso funcional indevido.

1) A vedação constitucional de equiparação ou vinculação somente se refere à remuneração do pessoal (C.F., art. 98, parág. único), não excluindo, por isso mesmo, o reconhecimento de outros direitos.

2) Promovidos os autores, por merecimento e antiguidade, a Procuradores de 1ª Categoria, antiga denominação da última classe da carreira, hoje correspondente à letra C da Categoria Funcional de Procurador Autárquico, não poderiam ser classificados na letra B, com evidente decesso funcional, devendo, ao revés, ser distribuídos pelas referências pertinentes à Classe C, de conformidade com os critérios já estabelecidos:

3) Apelo provido.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1981. (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: A r. sentença (fls. 98/104), assim relatou a controvérsia destes autos:

«José Neder, Maria de Lourdes Fernandes Affonso, Marcos Vinícius Menezes Bahury, Geraldo Lins e Silva, Taina de Souza Coelho, Sérgio Eduardo Bahout e Maria Alice da Silva, devidamente representados, propõem Ação Ordinária contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS,

pleiteando sejam reclassificados na referência 50, da classe C, com progressão à referência 52, da Categoria Funcional de Procurador Autárquico, com pagamento de atrasados a partir de 1-11-74.

«Sustentam que foram promovidos a Procurador de 1ª Categoria, uns por merecimento, outros por antiguidade, entre 1972 e 1974:

«Ao ser implantado o Plano de Classificação de Cargos no réu, com o Decreto nº 76.766/75, ficaram classificados na Classe B, referência 47, rebaixados a Procuradores de 2ª Categoria.

«A lei nº 5.645, ao dispor, no art. 6º sobre ascensão, progressão funcional e critério seletivo, associados a sistema de treinamento e qualificação não poderia pretender incidir sobre os Procuradores de 1ª Categoria, pois estes não teriam mais para onde ascender ou progredir. Estando na 1ª Categoria, automaticamente ficariam classificados na letra C, referência 49 a 52.

«Jamais poderiam ser classificados na letra B, junto com Procuradores de 2ª Categoria. Além disto, continuaram, após este decesso, a exercer as mesmas funções anteriormente exercidas.

«Juntam procurações e documentos.

«Citado, o réu argüiu, preliminarmente, a prescrição. No mérito, alega que improcede o pedido. Foram obedecidas as normas dos Decretos nºs 72.823/73 e 74.448/74. A lotação aprovada não permitiu que os autores fossem incluídos onde pretendem, face ao critério determinado no art. 8º do Dec. nº 72.823/73.

«Junta documentos.

«Os autores falaram sobre a contestação a fls. 88/90.

«Fotocópias conferidas a fls. 94.

«A União Federal se pronunciou a fls. 96 verso.

«As partes declararam não ter outras provas a produzir.

«Passo ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC».

A MMª Juíza Federal, Dra. Tânia de Melo Bastos Heine (fls. 98/104) julgou improcedente o pedido, condenando os autores em honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Irresignados, apelaram os autores (fls. 106/110), sustentando que o processo aplicado, à guisa de implantação do novo Plano de Classificação de Cargos (Lei nº 5.645/70, Decretos nºs. 72.823/73 e 76.766/75), violentou o direito adquirido e, conseqüentemente, desrespeitou o art. 153, § 3º, da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 1/69).

Contra-razões do IAPAS (fls. 112/119) pela confirmação da sentença.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fl. 122), em parecer do Dr. Geraldo Andrade Fonteles, manifestou-se de acordo com as conclusões da autarquia assistida.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inc. IX, do R.I.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito — Relator: Os Autores foram promovidos a Procurador de 1ª Categoria, entre 1972 e 1974, uns por merecimento, outros por antiguidade. Com a implantação do Plano de Classificação de Cargos no Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS — pelo Decreto nº 76.766, de 11-12-75, foram classificados na Classe B, referência 47, isto é, desceram da última classe de sua carreira para a segunda da nova Categoria Funcional do Grupo-Serviços Jurídicos, segundo a terminologia do novo Plano.

Em sua contestação, o réu, ora apelado, fez o seguinte «Histórico sobre a legislação concernente à situação funcional dos Procuradores Autárquicos» (fls. 45/47):

«3.1 — Pela Lei nº 2.123/53, os Procuradores Autárquicos Federais passaram a ter: (Anexo I)

«no que couber, as mesmas atribuições e impedimentos e prerrogativas dos Membros do Ministério Público da União, reajustados os respectivos vencimentos .....»

«Como decorrência dessa assemeilhação funcional e de vencimentos, esses Procuradores que exerciam funções semelhantes aos dos Procuradores da República, saíram do regime jurídico dos funcionários públicos civis da União, consubstanciado no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/52), em conseqüência daquela Lei, como do artigo 253 desse mesmo Estatuto, que dispunha de sua aplicação apenas subsidiária aos membros do magistério,

do Ministério Público, e da carreira de Diplomata, regidos por leis especiais.

«4.1 — Assim, a esses Procuradores Autárquicos, estruturados em Carreira de 1ª, 2ª e 3ª Categorias Funcionais, de conformidade com o artigo 4º da citada Lei nº 2.123/53, passou a ser aplicada a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei nº 1.341/51) Anexo II.

«Ocorreu, todavia, com a vigência da Constituição Federal de 1967, fato novo que é o artigo 96, in verbis:

«Não se admitirá vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público».

«Esta vedação contida nesse dispositivo (e reiterada na parte final do artigo 106) foi mantida na Emenda Constitucional nº 1/69, no parágrafo único do artigo 98.

«5.2 — Por isso, cessou a equiparação dos Procuradores Autárquicos ao Ministério Público da União pela inconstitucionalidade da Lei 2.123/53, pela sua flagrante antinomia, em relação ao disposto no artigo 96, daquela Constituição.

«5.3 — A questão da imediatidade da norma constitucional com a sua principalidade ou superioridade, sobre qualquer outra em contrário, mesmo anterior, de origem constitucional, é hoje matéria pacífica entre todos os estudiosos do assunto, unânimes em afirmar a prevalência inquestionável daquela, sobre as demais, não somente subsequentes, como mesmo anteriores a sua promulgação.

«Em decorrência, o Governo Federal que vinha desde 1966 majorando, apenas percentualmente, os vencimentos estabelecidos em lei anterior de seus funcionários (no Decreto-Lei nº 81, de 21-12-66 — pe-

lo Anexo III da Tabela D-2, os vencimentos dos Procuradores Autárquicos eram iguais aos do Ministério Público Federal), resolveu alterar, como lhe permitia a Constituição, os vencimentos dos Procuradores Autárquicos.

«6.1 — No Decreto-Lei nº 1.202 de 17-1-72, ao majorar em 20% os valores dos vencimentos dos funcionários públicos federais, e constantes do Decreto-Lei nº 1.150/71 outorgou competência, pelo artigo 12, ao Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (ou seja ao DASP) para elaborar tabelas de valores dos níveis, símbolos, vencimentos e gratificações resultantes daquele Decreto-Lei.

«6.2 — Assim, o DASP, pela Portaria nº 17, de 19-2-72, D.O. de 23-2-72 pág. 1.491/96, aprovou as novas Tabelas decorrentes da aplicação daquele Decreto-Lei.

«6.3 — Porém, já agora os Procuradores Autárquicos, por força do Art. 96 da Constituição Federal de 1967 e parágrafo único do art. 98 da Emenda nº 1/69, não se situavam dentro da Tabela do Ministério Público Federal e, sim, na que tinha o Título de «Serviços Jurídicos da União,», ficando eles (Procuradores Autárquicos) agregados com os Procuradores da Fazenda Nacional e os do Governo do Distrito Federal.

«6. 4 — Com o advento da Lei nº 5.645, de 10-12-70 (Novo Plano de Classificação de Cargos), (Anexo III) regulamentada pelo Decreto 72.823/73, foi criado o Grupo — Serviços Jurídicos, dividido em 4 (quatro) níveis hierárquicos, completamente desvinculado da estrutura anterior, onde se assemelhava e se equiparava ao Ministério Público da União, por força da Lei nº 2.123/53».

Penso que nesse histórico podem ser introduzidas algumas considerações.

A primeira é a referente ao enfoque dado com a vigência da Constituição de 1967, art. 96, vedação mantida pelo art. 98, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 1/69.

O art. 98 e seu parágrafo único versam, estritamente, sobre vencimentos (a paridade e a vedação de vinculação ou equiparação) e estão assim redigidos:

«Art. 98. Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

«Parágrafo único. Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público».

A vedação, portanto, restringe-se à remuneração, isto é, vencimentos e vantagens.

Salienta Hely Lopes Meirelles, ao tratar sobre os direitos do funcionalismo:

«Direitos — A Constituição da República, ao cuidar do funcionalismo (arts. 97 a 111), não exaure os direitos a serem reconhecidos aos servidores públicos, permitindo que outros se lhes ajuntem mas, em hipótese alguma, esses direitos poderão ir ao ponto de contrariar a finalidade do serviço público ou prejudicar o seu funcionamento.

«De um modo geral, pode-se dizer que os servidores públicos têm os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública. Por outro

lado, nas suas relações de trabalho não gozam, necessariamente, dos mesmos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores do setor privado (art. 165), salvo quando contratados no regime da CLT. Em contrapartida daquelas restrições impostas pelo dever funcional, e porque tem de recrutar o seu pessoal em concorrência com o setor privado, a Administração confere-lhes outros direitos específicos da função pública e próprios do regime a que se subordinam. Mas os chamados «direitos do funcionário, como adverte Marcello Caetano, são meros poderes legais que existem com determinado conteúdo, enquanto subsistir a lei que os concede, mas que podem mudar ou deixar de existir, também por virtude da lei.

«Os direitos decorrentes da função pública consubstanciam-se no exercício do cargo, nos vencimentos, nas férias, na aposentadoria e demais vantagens concedidas pelo estatuto e normas complementares. São direitos específicos dos servidores públicos, que vicejam ao lado dos direitos gerais e fundamentais do cidadão e, por isso mesmo, a sua extensão e os seus limites só podem ser apreciados em face das normas administrativas que os concedem e os restringem segundo as conveniências do serviço» («Direito Administrativo Brasileiro», 7ª edição, 1979, RT, págs. 438/439).

Estou em que a vedação constitucional de equiparação ou vinculação somente se refere, como nela mesma está expresso, à remuneração do pessoal. Se há outros direitos, não revogados, expressa ou implicitamente, tais direitos subsistem, até porque é também constitucionalmente vedado à lei nova prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) (Art. 153, § 3º).

Ora, os apelantes tinham sido todos promovidos à última classe de sua carreira, como então se denominava — isto é, Procuradores de 1ª Categoria.

O art.1º da Lei nº 2.123/53 estabelece que «os Procuradores das autarquias federais terão, no que couber, as mesmas atribuições e impedimentos e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União». Isto permanece, a meu ver. O que se lhes retirou foi a equiparação e vinculação aos membros do Ministério Público, para efeito de remuneração.

E tanto isto continua a ser reconhecido pela Administração, que o próprio apelado fez publicar Lista de Antiguidade, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.341, de 30-1-51, lista que apurou os dias na Categoria, no Serviço Público Federal e no Serviço Público em geral, pelo Boletim de Serviço 118, de 24-6-74 (fls. 9/14), onde os Procuradores estão distribuídos nas três Categorias, figurando os apelantes na Primeira.

Dir-se-á que, em obediência ao disposto no art. 5º da Lei nº 5.645, de 10-12-70, cada Grupo passou a ter sua própria escala de nível.

Mas, na determinação dessa escala, dever-se-ia atender aos itens que aquele mesmo artigo indica:

«I — Importância da atividade para o desenvolvimento nacional;

«II — Complexidade e responsabilidade das atribuições exercidas; e

«III — Qualificações requeridas para o desempenho das atribuições.» (fl. 75).

Ora, o Decreto nº 72.823, de 21-9-73 (fls. 77/81) que dispõe sobre o Grupo — Serviços Jurídicos, embora estabelecendo 4 níveis, pela descrição que faz de cada um deles e, especialmente, do Nível 1 — restrito a ativi-

dades junto ao Tribunal Marítimo, de defesa gratuita de partes acusadas em processos — não se endereçam todos aos Procuradores Autárquicos que se distribuem em apenas 3 Níveis, exatamente como nas anteriormente denominadas Categorias, agora chamadas Classes A, B, e C, com a diferença de que, ao tempo das Categorias, os da classe inicial eram os de 3ª., ao passo que, agora, estão na indigitada pela letra A, sendo a última a classe C, para onde foram todos os Procuradores de 1ª Categoria, à exceção dos apelantes e mais alguns prejudicados.

Promovidos todos os apelantes ao último degrau de sua carreira, eis que agora se viram colocados em posição classificatória inferior para que possam, no futuro, novamente ser promovidos e galgar a posição em que já se encontravam, alguns há mais de dois anos e cujas atribuições, de resto, continuaram exercendo.

É de assinalar-se que a lotação estabelecida com base no Decreto nº 74.448, de 22-8-74 (fls. 82/86) teria de levar em conta a situação real e os percentuais de distribuição por classes, dos cargos ou empregos globalmente previstos na lotação da Categoria Funcional; se não poderiam deixar de atender ao disposto no art. 6º, também não poderiam servir de veículo para exclusão dos apelantes da classe final onde já se encontravam, sem sombra de dúvida e, não obstante rebaixados, continuaram a estar, pelo desempenho das atividades típicas da Classe C, conforme dito na inicial, sem contradita. A verdade é que, aplicados os chamados critérios seletivos para a classificação dos servidores ocupantes de cargos de Procurador (Decreto nº 72.823/73, art. 8º e seus incisos), todos foram «abrangidos pelo item III do aludido dispositivo legal» (fl. 16).

E mesmo nessa lista a categoria em que se encontravam estava claramente indicada, isto é, na 1ª Categoria, para a transposição.

Penso que tal situação funcional dos apelantes, nos quadros do apelado, deveria ter sido respeitada, até como resguardo do ato jurídico perfeito de suas promoções ao último nível de suas atividades, que era, então, a 1ª Categoria, hoje letra C da Categoria Funcional de Procurador Autárquico, distribuídos, como pretende a inicial, de conformidade com o tempo de serviço e demais critérios seletivos, pelas referências dessa classe, da maior para a menor, atendidas as situações individuais.

Este Tribunal, aliás, no caso dos Procuradores do Instituto do Açúcar e do Alcool, houve por bem repelir o decesso funcional daqueles que, como os apelantes, já se encontravam na última classe, ou seja, eram Procuradores de 1ª Categoria e foram rebaixados, do topo da carreira, para a classe B. Refiro-me à Apelação Cível nº 58.583-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro William Patterson, tendo a Eg. 2ª Turma deliberado confirmar a sentença que corrigiu essa anômala situação.

Como bem acentuou, então, o Relator, o art. 6º do Decreto nº 72.823/73, embora correto em sua concepção, «previa o atendimento de todas as condições essenciais para a formação do quadro, «pois se deveria atender à qualificação para o desempenho das atribuições, requisito que não poderia ser olvidado, sequer, na constituição do Grupo.

Os servidores públicos não podem ser simples peças da denominada máquina administrativa, meros joguetes da Administração a que servem.

Pelo exposto, reformo a r. sentença, não obstante o brilho costumeiro de sua autora, para julgar procedente a ação, a fim de que os apelantes sejam incluídos na Classe C da Categoria Funcional de Procurador Autárquico, distribuídos pelas referências pertinentes a essa Classe, de conformidade com os critérios já estabelecidos, condenando o réu, ora apelado, ao pagamento das prestações em atraso que lhes foram individualmente devidas, corrigidas monetariamente, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, de aplicação imediata (art. 1º), bem assim os honorários advocatícios, à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme apurado em execução, invertido, assim, o ônus da sucumbência e reembolsado das custas os autores.

É o meu voto.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Na sessão da Turma, de 26 de maio próximo passado, pedi vista destes autos, após o voto do eminente Relator, Ministro Washington Bolívar, aguardando, o eminente Ministro Pereira de Paiva.

Cuida-se de ação ordinária movida por José Neder e outros contra o IAPAS, objetivando serem reclassificados na referência 50, da classe c, com progressão à referência 52, da Categoria Funcional de Procurador Autárquico.

Entendem os autores, ora apelantes, que ao ser implantado no IAPAS, o Plano de Classificação de Cargos, ficaram eles rebaixados a Procuradores de 2ª Categoria, quando deviam ser mantidos como Procuradores de 1ª Categoria.

O eminente Relator, após transcrever trecho da contestação que faz

um histórico da legislação concernente à situação funcional dos Procuradores Autárquicos, acrescenta, com propriedade:

— «Penso que nesse histórico podem ser introduzidas algumas considerações.

A primeira é a referente ao enfoque dado com a vigência da Constituição de 1967, art. 96, vedação mantida pelo art. 98, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 1/69.

O art. 98 e seu parágrafo único versam, estritamente, sobre vencimentos (a paridade e a vedação de vinculação ou equiparação) e estão assim redigidos:

«Art. 98. Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

«Parágrafo único, Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público».

A vedação, portanto, restringe-se à remuneração, isto é, vencimentos e vantagens».

Também assim tenho entendido, isto é, que a vedação constitucional de equiparação ou vinculação, contida no parágrafo único, do art. 98, da EC nº 1/69, somente se refere à remuneração do pessoal.

Os demais direitos que não foram revogados não de subsistir, por força da garantia contida no art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

Acolho, também, a seguinte assertiva do voto do eminente Relator:

— «É de se assinalar que a lotação estabelecida com base no De-

creto nº 74.448, de 22-8-74 (fls. 82/86) teria de levar em conta a situação real e os percentuais de distribuição, por classes, dos cargos ou empregos globalmente previstos na lotação da Categoria Funcional; se não poderiam deixar de atender ao disposto no art. 6º, também, não poderiam servir de veículo para exclusão dos apelantes da classe final, onde já se encontravam, sem sombra de dúvida e, não obstante rebaixados, continuaram a estar, pelo desempenho das atividades típicas da Classe C, conforme dito na inicial, sem contradição.

A verdade é que, aplicados os chamados critérios seletivos para a classificação dos servidores ocupantes de cargos de Procurador (Decreto nº 72.823/73, art. 8º e seus incisos), todos foram «abrangidos pelo item III do aludido dispositivo legal» (fl. 16). E mesmo nessa lista a categoria em que se encontravam estava claramente indicada, isto é, na 1ª Categoria, para a transposição.

Penso que tal situação funcional dos apelantes, nos quadros do apelado, deveria ter sido respeitada, até como resguardo do ato jurídico perfeito de suas promoções ao último nível de suas atividades, que era, então, a 1ª Categoria, hoje letra C da Categoria Funcional de Procurador Autárquico, distribuídos, como pretende a inicial, de conformidade com o tempo de serviço e demais critérios seletivos, pelas referências dessa Classe, da maior para a menor, atendidas as situações individuais».

Ademais, em caso bem semelhante, a E. 2ª Turma, acompanhando voto do eminente Ministro William Patterson, ao julgar a AC nº 58.583 — RJ, confirmou sentença que julgara procedente ação para corrigir tal situação.

Isto posto, também dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do eminente Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 62.331 — RJ — Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. Aptes.: José Neder e outros. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por unanimidade,

deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Em 30-6-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.415 — MG

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Expresso Barão Ltda.

Apelada: União Federal

#### EMENTA

1º) Tributário. — Repetição de indébito. — CTN — art. 165, II e CC — art. 965.

2º) O contexto probatório convence da realidade do pagamento dual do mesmo débito.

3º) Erro da administração, quando elaborou a certidão de dívida ativa.

4º) A conduta negligente do contribuinte, no cumprimento da obrigação de colaborar com a administração, não descaracteriza o direito dele, de reaver importância paga indevidamente.

5º) A falta de protesto, no pagamento indevido, não interfere com o direito à restituição da importância paga sem causa.

6º) Pagamento sob ameaça de penhora não se considera como tendo sido feito voluntariamente.

Recurso provido.

#### ACÓRDÃO

Custas como de lei.

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

Brasília, 22 de abril de 1981 — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

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

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Ação de procedimento sumaríssimo proposta por Expresso Barão Ltda. contra a Delegacia Regional do Tra-

balho, alegando duplicidade de pagamento de uma multa.

A União Federal contestou, alegando serem os débitos diferentes.

A sentença decidiu, da seguinte maneira, verbis (fls. 43/44):

«O autor junta, com a inicial, uma notificação datada de 7-1-75, da Delegacia Regional do Trabalho, para pagar uma multa referente ao Processo DR-23335/74 e oferecendo a possibilidade de pagamento com redução de 50%. A seguir, uma guia de recolhimento, efetivamente, datada de 17-1-75, mas sem nenhuma menção ao processo referido. O nº do processo está colocado à tinta, sem que se possa ter certeza ter sido colocado pela repartição própria, ainda mais que o documento juntado é cópia xerox. O débito pago em Juízo, este sim, fls. 8, comprova ser do processo administrativo referido. No processo administrativo, vindo por requisição nossa, nenhuma referência existe ao chamado pagamento administrativo, sendo que a dívida foi inscrita em 1977, mais de dois anos após o pagamento de que o autor faz menção. Na via judicial, o autor não embargou a ação, o que poderia ter feito. Nesta ação, o autor não comprovou tratar-se do mesmo débito e a única possível prova seria a anotação, à mão na guia de recolhimento de fls. 6, prova falha demais. Para se decidir por uma repetição de indébito era necessário se tivesse muita certeza, o que não existe no presente caso. Multas federais existem várias e, assim, a multa paga administrativamente pode não ser a mesma paga judicialmente, embora do mesmo exercício. Repito, não há elemento de convicção.

Por tudo isso, pois, e por tudo mais quanto dos autos consta, julgo a ação improcedente e condeno

o autor nas custas judiciais e nos honorários do advogado da União Federal na base de 10% (dez por cento) do valor dado à causa».

Apelou a autora ressaltando que a documentação juntada aos autos prova a sua alegação. Pediu a reforma da decisão, condenada a ré-apelada na devolução da importância paga indevidamente, com os acréscimos de juros e correção monetária (fls. 47/52).

Não houve contra-razões.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A sentença julgou a ação improcedente sob o argumento principal, e único, de falta de certeza de que o débito pago através da guia de recolhimento de fls. 6, datada de 17-1-1975, é o mesmo débito pago em juízo, em julho de 1978, de que trata a guia de recolhimento da dívida ativa de fls. 8, que contém, no quadro nº 8, datilografado, o nº 23335/74 — DRT, — correspondente ao processo administrativo formalizado na Delegacia Regional do Trabalho, em 1974.

Na guia de recolhimento de fls. 8, no entanto, o número do processo administrativo e do exercício financeiro, foram grafados a tinta, manuscritamente, em ordem a gerar dúvida sobre o local e autoria, isto é, se na repartição, por funcionário ou, fora dela, por alguém, terceiro interessado.

Cumpre observar, por primeiro, que a contestação não se ocupou da matéria de fato, concernente à autenticidade das anotações à tinta, residindo aí, certamente, o motivo da falta de promoção de prova pericial,

pelas partes, conduta que de nenhum modo obstava o juiz de mandar realizá-la, com vistas a espancar dívida.

A contestação, por outro lado, assevera que o débito pago em 1978, em juízo, é outro, diverso daquele quitado em 1975, administrativamente, com a consequência de arcar com o ônus da prova do respectivo fato, extintivo do pedido do autor — CPC — art. 333, II, — que se baseia, precisamente, em que se trata da mesma dívida, paga duas vezes.

O processo não contém nenhuma prova da alegação da ré, ao passo que demonstra: 1º) que a autora foi notificada, em 7-1-75, pela Delegacia Regional do Trabalho, de decisão tomada no Processo DR-2.3335/74 informando-lhe da multa de Cr\$ 753,60, prevista no art. 364, da CLT, por infringência ao art. 360, do mesmo diploma legal, cujo pagamento, com redução de 50%, poderia ser feito no prazo de 10 dias — fls. 5; — 2º) que a autora recolheu, em 16-1-75, através da guia de recolhimento preenchida em quatro vias e autenticada pelo MTPS, por sua Delegacia Regional, a quantia de Cr\$ 376,60, contabilizada no Código nº 1.5.0.00 — Receitas diversas 1.5.1.00. — multas 6,00; 3º) que observação impressa ao lado da guia diz que a 4ª via se restitui ao contribuinte para entregá-la ao órgão emitente — fls. 6; 4º) que entre o dia do recebimento da notificação e o do pagamento, com redução de 50%, decorreu prazo inferior a 10 dias; 5º) que a guia de recolhimento em alusão, não contém quadro, ou página específica à anotação do nº do processo administrativo, ao contrário da guia de recolhimento da dívida ativa, que a contém, sob o nº 8 — fls. 8, — do contribuinte; — 6º) que o art. 364, da CLT, indicado na notificação, diz que as infrações serão punidas com multa de 1/5 (um quinto) do salários-mínimos 20 (vin-

te) salários mínimos regionais; 7º) que o Decreto nº 73.995, de 29-4-74, estabeleceu salário-mínimo de Cr\$ 376,80.

Do exposto acima, extrai-se a conclusão de que a multa de Cr\$ 753,60, por falta praticada naquele ano, constante da notificação, tenha correspondido a dois salários-mínimos (376, 80x2=753,60), e, bem assim, que o recolhimento da multa de Cr\$ 376,80, instrumentado na guia de fls. 6, não encontra outra justificativa, senão a de aproveitar a oportunidade legítima de pagá-la com redução de 50%.

De outra parte, a ré não provou, como lhe cumpria, que o débito solvido naquela data tivesse sido gerado por causa diferente da especificada na notificação. O processo é baldo de esclarecimentos a respeito e, por outro lado, rico de documentos autênticos e circunstâncias legais aptas a autorizarem, com segurança, a conclusão de que a dívida de Cr\$ 376,60, paga em 1975, na via administrativa, é a própria solvida em 1978, em juízo, só que corrigida monetariamente, e com acréscimos, que a elevaram à Cr\$ 2.387,40.

Tudo indica erro da administração, na elaboração da certidão de dívida ativa.

É certo que a 4ª via da guia em causa, presumivelmente entregue ao contribuinte para que a devolvesse à repartição emissora, não consta do processo administrativo — DR-23.335/74, — segundo verificação feita pelo ilustre juiz autor da sentença que o compulsou, circunstância que indicaria negligência do contribuinte no cumprimento do seu dever de colaborar com a administração, mas que não caracteriza o direito dele de reaver a importância que pagou indevidamente, por erro de fato da administração, ainda na hipótese de que tenha concorrido com os fun-

cionários fiscais para prática que tal — CTN — art. 165, II, — Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro — 8ª edição — pág. 514.

O cânone do art. 965 do Código Civil inaplica-se ao caso que não identifica pagamento voluntário e, sim, sob ameaça de penhora iminente, tanto que, no executivo, indicou-se à executada, a via processual própria — fls. 9 — isto é, a repetição de indébito.

Tenho como certo que o pagamento se fez por motivos ponderáveis, certamente para evitar à autora a demanda vexatória e subtrair-se aos azares dela, o que é bastante a demonstrar falta de espontaneidade, e sim, sob coação -- como há decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal — RE nº 71.047-GB — Rel. Min. Amaral Santos — RTJ — 61/170.

Sem nenhuma relevância, por outro lado, a alegação tocante a que o pagamento se fez sem ressalva ou protesto, visto que no pagamento indevido o sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, no caso de erro

na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento — CTN — art. 165, II.

Por estes motivos, dou provimento ao recurso, para julgar a ação procedente, condenando a ré ao pagamento da quantia de Cr\$ 2.530,40, corrigida monetariamente desde a data do indevido recolhimento e até sua efetiva devolução — Súmula nº 46 — juros de mora a partir do trânsito em julgado do acórdão — CTN — art. 167, § único, custas que a autora haja despendido e honorários advocatícios, no percentual de 10%, sobre a importância reclamada, atualizada em seu valor.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 63.415 — MG — Rel.: Min. Moacir Catunda. Apte.: Expresso Barão Ltda. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso, para julgar a ação procedente (Em 22-4-81 — 5ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.039 — PR

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Joaquim Fachardo Junqueira e sua mulher

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

#### EMENTA

Execução fiscal — Embargos de terceiro. São cabíveis, ex vi do art. 1.048 do CPC, até 5 dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, desde que não assinada a respectiva carta, sendo irrelevante o momento em que o embargante foi intimado da constrição legal — Intempestividade reconhecida em sentença que se reforma, para determinar que se prossiga no processamento dos embargos.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença e determinar que se prossiga no processamento dos embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1980 (data do julgamento). — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Trata-se de apelação interposta da sentença seguinte: (lê fls. 37/38).

Sustentam os recorrentes a tempestividade da apresentação dos embargos, para o que, afirmaram, ter-se-á que considerar tão-somente o art. 1.048 do CPC.

O recurso foi respondido e, a seguir, os autos vieram a esta instância.

Ê o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O Decreto-Lei 960/38, em seu art. 42, estabelecia:

« .....

Art. 42 — O terceiro, ao mesmo tempo senhor e possuidor dos bens penhorados, poderá, até a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remição, alegar e provar o seu direito, por meio de embargos, opostos dentro de cinco dias, contados da data em que teve ciência do ato que

lhes der lugar, e processados e julgados em auto apartado, na forma prevista nos arts. 16 e seguintes.

De sua vez dispunha o Código de Processo Civil de 1939, no 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».

Como se vê, o regime dos embargos de terceiro no processo de executivo fiscal era diferente daquele a que se submetia o instituto no processo comum pois, enquanto no primeiro, o prazo para apresentação era de cinco dias, a contar da data em que o proprietário ou possuidor do bem objeto da constrição tivesse conhecimento do fato, no último, o prazo era previsto tendo em conta a arrematação ou adjudicação.

O Dec.-Lei nº 960/38 foi revogado pelo CPC de 1973, com o que, os embargos de terceiro, em geral, passaram a ser disciplinados no art. 1.048, onde, com certa diferença, embora, se reiterou a norma do art. 708 do código anterior.

Eis a regra referida:

« .....

Art. 1.048 — Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta».

Comentando tal disposição escreveu Hamilton Moraes e Barros, nos Com. ao Cod. de Processo Civil, ed. For., Vol. IX, pág. 299:

«Adotou o legislador um tempo conhecido e certo, dentro do qual são cabíveis os embargos. Fixa o

Código apenas os marcos finais desse tempo processual. Não os marcos iniciais, posto que os embargos possam ser opostos desde que se verifique o ato atentatório à posse. A linguagem do Código é limpa de enganos: A qualquer tempo, desde que haja o ato de constrição, ou a ameaça dele, até antes da coisa julgada, no processo de conhecimento, e até cinco dias depois da arrematação, da adjudicação ou da remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Até aí pode o terceiro embargar, para reaver a posse, mantê-la, ou tranquilizar-se nela, afastando a ameaça que sobre ela pesava. Se, por qualquer motivo, atrasar-se mais de cinco dias a assinatura das cartas de arrematação, adjudicação ou de remição do bem, disso não se beneficiará o terceiro que pretende embargar. Estará precluso o seu tempo».

Vê-se, assim, que não assiste razão à sentença ao entender intem-

pestivos embargos de terceiro opostos antes de decidida execução, razão pela qual voto provendo o recurso para, reformando-a, determinar que se prossiga no processamento dos embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 65.039 — PR — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: Joaquim Fachardo Junqueira e s/mulher. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e determinar que se prossiga o processamento dos embargos. (Em 17-12-80 — 4ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.868 — PR

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Remetente: Juízo de Direito de Bandeirantes — PR

Apelante: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA

Apelado: Açúcar e Alcool Bandeirantes S/A

#### EMENTA

Previdenciário. Contribuição em favor do IAA. Decadência. Lei nº 4.870/65 e Decreto-Lei 308/67. Multa adicional.

Prejudicial de decadência recusada.

Trata-se de exação vinculada, de natureza social, de índole parafiscal, qualificando-se como contribuição especial a ser aplicada em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas do setor canavieiro, como desdobramento da intervenção da União, nesse setor do domínio econômico. Não há confundir-se o conceito doutrinário dos institutos tributários com a sua formulação normativo-jurídica ou de direito positivo, dimensão essa prevaletente.

No constitucionalismo brasileiro, a problemática da bitributação se resolve em termos de competência privativa; in casu, cuida-se de contribuições autônomas, decretadas por uma só e mesma entidade, no círculo de sua competência constitucional, o que exclui a existência de bis in idem juridicamente condenável.

Sobremulta de 20% revogada por lei posterior.

Deu-se provimento parcial ao apelo do IAA, para manter a cobrança, excluída desta apenas a multa adicional de 20%, não se conhecendo da remessa oficial, por inviável, em face da Lei nº 6.825/80.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso do IAA, e não conhecer da remessa ex officio, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1981 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sebastião Alves dos Reis: Nos autos de execução por título extrajudicial, promovida pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, a executada, após citação, penhora e intimação regulares, ofereceu embargos de devedor, insurgindo-se contra a cobrança da quantia de Cr\$ 69.192,55, correspondente a contribuições e multa, por infração do art. 36, § 2º da Lei nº 4.870/66, combinado com o art. 8º do Decreto-Lei nº 308/67.

Aduz a embargante, em substância, a improcedência do procedimen-

to fiscal, de um lado, porque a cobrança acarretara bitributação, visto como a taxa em causa vem repetida na contribuição exigida em favor do FUNRURAL e, de outro lado, a obrigatoriedade do seu recolhimento cessou com a vigência do RGPS, aprovado pelo Decreto nº 65.106/69, que, em seu art. 33 § 2º, dispensou as empresas rurais, abrangidas pelo denominado Plano Básico, de qualquer outra contribuição para a Previdência Social ou para fim análogo; outrossim, a prestação reclamada pelo embargado foi descontada pela Cooperativa de Plantadores de Cana da Região de Bandeirantes, o que evidencia a duplicidade ocorrente, por igual, a multa adicional aplicada de 20% por mês de atraso pelo exagero que atinge, imposto em verdadeiro confisco.

Respondeu o embargado às fls. 11/7, opondo, inicialmente, que a retenção indevida da taxa constitui apropriação indébita pela empresa e que o setor industrial e agrícola da área Canavieira vive em regime de economia planificada, de sorte que os preços da tonelada de cana já incluem a contribuição em apreço, sendo assim a embargante mera arrecadadora dessa exação; não há confundir-se dita prestação com a contribuição fixada no Plano Básico, decorrendo aquela de lei específica e peculiar às atividades ligadas ao setor

agroindustrial do açúcar, enquanto esta incide sobre toda uma área assistencial e previdenciária, de extensão abrangente; não se aplicam à espécie os arts. 17 e 77, parágrafos. único do CTN, já que a contribuição previdenciária não é imposto.

O MM. Juiz de Direito a quo, em sua r. sentença de fls. 96/103, recebeu os embargos e declarou extinta a execução, condenando o embargado na honorária de 15% do débito executando, submetendo o decisório à censura deste Tribunal.

Apelou o embargado e, com a resposta do embargante, neste Tribunal dispensei a audiência da douta Subprocuradoria-Geral na forma regimental.

E o relatório, com dispensa de revisão.

### VOTO

O Senhor Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): A douta sentença recorrida, ao julgar procedentes os embargos e declarar extinta a execução, fê-lo, preliminarmente, à consideração de decadência, quanto ao exercício do poder de lançar e, no mérito, após cotejar a legislação referente à Contribuição focalizada em favor do FUNRURAL, estabeleceu a existência de *bis in idem* entre ambas, em função do mesmo fato gerador, e, ante tal concorrência, concluiu pela prevalência da contribuição para o Fundo do Trabalhador Rural, seja pelos seus objetivos mais abrangentes, seja por tratar-se de legislação posterior que disciplinou inteiramente a matéria no campo da previdência rural e, ainda, por nos encontrarmos hoje sob um regime previdenciário unificado; de outro lado, entendeu também, que ambas as contribuições mascaram verdadeiros impostos; por fim, acentuou que a multa adicional é abusiva, constituindo confisco disfarçado.

O vencido, em sua apelação, insiste no argumento de que, *in casu*, o contribuinte não é o produtor da cana ou o industrial do açúcar, pois dita contribuição é incluída no custo final do produto, funcionando aqueles como meros arrecadadores, cabendo à associação dos fornecedores de cana aplicar o produto recolhido, através de planos previamente aprovados pelo IAA, sustenta a sobrevivência da contribuição discutida, por sua instituição em lei especial, não revogada pela geral, e renova a argumentação anteriormente aduzida.

No relativo ao exercício do poder de lançar, pertinentemente às contribuições especiais, cobradas em razão da intervenção da União no domínio econômico, o meu pensamento, de modo geral, é o de que o C.T.N. só incluiu no conceito jurídico-positivo de «tributo», para os seus efeitos, o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria (arts. 3º e 5º) e que, só com a E.C. nº 1/69, ditas exações foram incorporadas ao sistema tributário nacional e que, só daí em diante, se poderá cogitar de inseri-las sob a regência da Lei nº 5.172/66, por implicação constitucional; frise-se, aliás, que a legislação específica sobre a matéria é omissa a esse respeito.

Feitas essas ressalvas, no caso concreto, vê-se que as contribuições reclamadas se referem a maio de 1972, a autuação é de outubro do mesmo ano (fls. 2/3 do 2º apenso), a decisão de primeiro grau é de 7-11-74 (fls. 38 ib), a de segundo grau é de 6-9-77 e o ajuizamento é de 6-6-78 (1º apenso): à luz desses pressupostos fático-temporais, quer se considere o lançamento exaurido na autuação ou implementado com a decisão de primeiro grau, já que a de segundo é mero ato de controle, é de dar-se como oportunamente exercitado o poder de lançar o direito de constituir o crédito respectivo, por não ultra-

passado o quinquênio respectivo, estando o tempo de transcurso subsequente sob o princípio da suspensão da exigibilidade correspondente, nos termos do art. 151 do C.T.N. Afasto a prejudicial de decadência.

No mérito, inicialmente, é de assentar-se que o procedimento fiscal instaurado se alicerçou no disposto na Lei nº 4.870, de 1-12-65, combinado com o art. 8º do Decreto-Lei nº 308/67, verbis:

«Art. 36 — Ficam os produtores de cana-de-açúcar e álcool obrigados a aplicar em benefício dos trabalhadores rurais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social, importância correspondente no mínimo às seguintes percentagens:

b) de 1% (um por cento) sobre o valor oficial da tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referida matéria;

§ 1º — Os recursos previstos neste artigo serão aplicados diretamente pelas usinas, destilarias e fornecedores de canas, individualmente, ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, submetido à aprovação e fiscalização do IAA.

§ 2º — Ficam as usinas obrigadas a descontar e recolher até o dia 15 do mês seguinte a taxa de que trata a alínea b deste artigo, depositando seu produto em conta vinculada, em estabelecimento indicado pelo órgão específico da classe dos fornecedores, à ordem do mesmo. O descumprimento desta obrigação acarretará a multa de 50% (cinquenta por cento) da importância retida, até o prazo de 30 (trinta) dias, e mais 20% (vinte

por cento) sobre aquela importância, por mês excedente» (Lei nº 4.870/65).

Art. 8º — Ficam mantidas, como encargos da produção, as contribuições a que se referem os artigos 36, alíneas a a c e 64 da Lei nº 4.870, de 1º dezembro de 1965» (Decreto-Lei nº 308, de 28-2-67).

Consoante se recolhe dos textos transcritos, a prestação em causa é um encargo da produção, de 1% sobre o valor oficial da tonelada de cana entregue pelos fornecedores ou lavradores do gênero às usinas, ficando estas obrigadas a descontar e recolher até o dia 15 do mês seguinte o valor respectivo, depositando seu produto em conta vinculada, em estabelecimento indicado pelo órgão da classe, à disposição do mesmo, devendo ditos recursos serem aplicados diretamente pelas usinas, individualmente, ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, aprovado pelo IAA.

Nesse contexto, cuida-se de uma exação vinculada, de natureza social, de índole parafiscal, qualificável como contribuição especial, a ser aplicada em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas do setor canavieiro, como desdobramento da intervenção da União nesse setor do domínio econômico.

Fixada essa configuração, em primeiro lugar é de ressaltar-se que autorizadíssima corrente do direito tributário no Brasil, a partir de Balleiro, nega individualidade substantiva às chamadas contribuições especiais, entendendo que as mesmas, na sua essência, se resolvem em imposto ou taxa, vale dizer, na espécie se trataria de imposto com aplicação especial, já que a contraprestação não era referível ao contribuinte, mas sim a um terceiro — o trabalhador da área canavieira.

Com o maior respeito, divirjo, em princípio, dessa colocação, porquanto não há confundir-se o conceito lógico-jurídico ou técnico-científico dos institutos tributários com a sua definição normativo-jurídica ou de direito positivo, que não persegue uma finalidade lógica ou epistemológica, mas, pragmática ou prática (José Souto Maior Borges — Lançamento Tributário, pág. 222).

A luz dessa distinção, atento aos fins pretendidos pela prestação examinada e considerando a sistemática constitucional, em particular, o seu art. 21, § 2º, I, qualifico a exação enfocada como contribuição especial e não imposto mascarado, observada a perspectiva jurídico-positiva adotada, independentemente das formulações lógico-jurídicas ou técnico-doutrinárias.

Aceito esse posicionamento prévio, desacolho o argumento de ocorrer in casu bitributação; de um lado, porque no constitucionalismo brasileiro (C.F. de 1934, art. 11, C.F. de 1937, art. 24, art. 21 da C.F. de 1946), tal instituto foi considerado como a duplicidade de gravação de um mesmo fato gerador por entidades tributantes diferentes; e de outro, porque no diploma constitucional vigente, tendo sido afastada a competência concorrente em matéria de impostos, o conflito se resolve em termos de competência privativa.

No caso concreto, o conflito denunciado pela embargante é posto entre duas contribuições, decretadas ambas pela União, no exercício de sua competência, com finalidade assistencial, embora não co-extensivas; assim, na hipótese, de modo geral, pode-se cogitar de *bis in idem* não vedado constitucionalmente, posto se possa condená-lo, em princípio, no plano econômico ou de política financeira.

Não há invocar o parágr. único do art. 77 do CTN, porque aqui o confronto não se dá entre imposto e taxa, mas entre contribuições paralelas; a toda sorte, qualquer superposição das contribuições importará em contraprestações assistenciais paralelas que se não excluem.

De outro lado, descabe falar-se em revogação da contribuição focalizada pelo art. 33 do Regulamento baixado com o Decreto nº 65.106/69, seja porque se trata de instrumento sem força para revogar uma lei, seja porque a Lei Complementar nº 11, em seu art. 37, não menciona, entre os diplomas revogados, a Lei nº 4.870/65 e o Decreto-Lei nº 308/67, sendo certa, ainda, que a lei instituidora do FUNRURAL, de nº 4.214, de 2-2-63, é anterior àqueles estatutos referidos.

Também, não há admitir-se que o recolhimento próprio tenha sido processado através da Cooperativa, por falta de prova adequada, insuficiente a simples declaração apresentada.

Frise-se que, sobre o tema, há precedente neste Tribunal, representado pelo ven. aresto unânime, proferido no AMS nº 64.640, da antiga Segunda Turma, Relator o eminente Ministro Godoy Ilha, Recurso Extraordinário não conhecido.

Quanto à multa adicional de 20% por mês, excedente de 30 dias, a ser acrescida à de 50%, até o prazo de 30 dias, tenho aquela sobre multa como extremamente onerosa, só explicável como um processo indireto de atualização monetária; havendo, no entanto, posteriormente, o Decreto-Lei nº 308/67, em seu artigo 11, mandando aplicar aos débitos em causa a correção monetária instituída pela Lei nº 4.357/64, dou como revogada aquela multa adicional, por cessação de sua causa determinante, pelo que, a excluo da cobrança.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso do embargado, para julgar procedente a execução, excluindo da cobrança apenas a multa adicional de 20% prevista no art. 36, § 2º, segunda parte, da Lei nº 4.875/65, condenados a embargante e embargado na honorária recíproca de 10% sobre os valores em que se sucumbiram; custas, em proporção e ex lege.

Não se conheceu da remessa oficial, dada como interposta, tendo em vista a Lei nº 6.825/80.

### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Em sessão passada, após magnífico voto do Sr. Ministro-Relator, Sebastião Alves dos Reis, solicitei vista destes autos por se me afigurar certa semelhança entre a matéria neles contida e outra recentemente discutida no incidente de uniformização de jurisprudência suscitado na AC 58.664-SP.

Em verdade, no tocante à preliminar de preclusão ou decadência, trata-se do mesmo tema. E, tal como votei no citado incidente, que afinal não chegou a ser conhecido, en-

tendo que a decadência e a prescrição reguladas no C.T.N. não se aplicam às contribuições especiais como a de que se cogita, pelo que acompanho o Sr. Ministro-Relator no dizer que não precluiu, no caso, o poder de lançar.

No tocante ao mérito, estou igualmente de acordo com S. Exa., nada me ocorrendo aduzir ao seu brilhante voto.

Em suma, tanto na preliminar como no mérito, voto com S. Exa.

### EXTRATO DA MINUTA

AC Nº 66.868 — PR — Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis. Remte.: Juízo de Direito de Bandeirantes — PR. Apte.: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. Apdo.: Açúcar e Alcool Bandeirantes — PR.

Decisão: A 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso do IAA e não conheceu da remessa ex officio. (Em 22-4-81 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Justino Ribeiro e Moacir Catunda votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.783 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Remetente: Juízo de Direito de Parguaçu Paulista

Apelante: IAPAS

Apelado: Romualdo Luciano Giroto

### EMENTA

**Execução. Débito pago. Autenticidade dos documentos.**

Comprovou, documentalmente, o embargante, o pagamento da maior parte das parcelas cobradas pelo exequente.

Assim, a certidão de inscrição da dívida perdeu os requisitos de certeza e liquidez, impedindo a via-

bilidade da execução, porque o crédito é de formação complexa, dependente de uma série de cálculos que não se comportam no âmbito deste processo.

Não procede a dúvida suscitada pelo recorrente com relação à autenticidade dos documentos, além do que, deixou ele passar *in albis* a oportunidade de realizar o exame dos mesmos, quando da fase de instrução do procedimento dos embargos.

**Improvemento do recurso.**

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, em 11 de março de 1981 (data do julgamento) — Ministro **Jose Fernandes Dantas**, Presidente — Ministro **Wilson Gonçalves**, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Wilson Gonçalves**: Romualdo Luciano Giroto, ao embargar a execução que lhe promove o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, alegou, em preliminar, a decadência do prazo de 5 anos para a execução do crédito exequendo e, no mérito, sustenta o seu pagamento.

Impugnando os embargos, o exequente refuta a preliminar de decadência, salientando que as contribuições previdenciárias não se confundem com tributo, não prevalecendo o prazo de um lustro previsto no CTN. Argumentou, ainda, em preliminar,

que não houve pedido de citação na inicial dos embargos e, no mérito, assevera que o embargante não usou dos recibos administrativamente e que, não se pode dizer que tais recibos se refiram ao débito do embargante.

Decidindo, o MM. Juiz *a guo* julgou procedentes os embargos, pelos argumentos examinados no voto.

Inconformado, apelou o IAPAS, com as razões de fls. 111/112.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

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

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Wilson Gonçalves**: O crédito executado compreende parcelas mensais relativas ao período de janeiro de 1969 a abril de 1974, tendo sido constituído em 27 de abril de 1978. A notificação do lançamento foi feita na pessoa de terceiro, em 4 de maio do mesmo ano (AR de fls. 49).

Assim, é fácil depreender que, à época dese lançamento (fls. 41), tinham sido alcançadas pela decadência as prestações ou contribuições de janeiro de 1969 a março de 1973 (art.

173 do Código Tributário Nacional e art. 214 do Decreto nº 77.077, de 24-1-76), pela decorrência do prazo de cinco anos.

No mérito, o executado-embargante persiste na afirmação de que pagou a dívida, juntando aos embargos recibos ou guias de recolhimento autenticados pelos estabelecimentos bancários recebedores (fls. 7 a 30). Saliou que faltam alguns desses recibos, pois os exibidos com os embargos já foram encontrados após buscas penosas, face ao decurso de vários anos, o que tem alegado, sem êxito, desde o processo administrativo.

Eis como a sentença enfoca esse aspecto da questão:

«No mérito, procedem integralmente os embargos.

Juntou o embargante inúmeros recibos de recolhimento de contribuições do antigo INPS, hoje IAPAS.

O embargado argumentou que não se pode dizer que os mesmos recibos se refiram à dívida exequenda.

Ora, cumpria ao embargado fazer prova dessa não vinculação, o que não fez, e nem pediu para fazer.

Simples alegação de não vinculação não desqualifica os recibos, nos quais há, inclusive, autenticação mecânica.

É certo que não constam todos os recibos das parcelas da certidão de fls. 4 dos autos da execução, mas, restam somente poucos.

Um recibo só que houvesse seria o suficiente para retirar a liquidez

e certeza da certidão de inscrição da dívida, posto que, aí, já não estaria expressa a realidade do débito.» (fls. 104 a 105).

O apelo do Instituto está arrimado em brevíssimas e frágeis razões que apenas fazem remissão aos termos da impugnação, e não geram a menor convicção no espírito do julgador.

Ante a juntada de inúmeros recibos ou guias de recolhimento que provam o pagamento das parcelas neles indicadas, o exequente usa de uma argumentação perigosa de dupla face: ou os recibos não se prendem ao débito ajuizado, (fl. 38), ou o estabelecimento bancário não enviara ao FUNRURAL os «comproventes dos pretensos pagamentos alegados» (sic) (fls. 39).

Ora, o apelante, ao ensejo da impugnação, teve vista da documentação oferecida pelo executado e não apresentou qualquer prova ou informação válida que demonstrasse a procedência da dúvida levantada, ou illidisse a aludida documentação. Além disto, teve a cautela de examinar cada recibo ou guia de recolhimento junto aos embargos, e constatei que todos eles têm correspondência no discriminativo do débito apurado de fls. 42 a 44, peça esta do processo administrativo.

Depois de suscitar a dúvida, sem comprovação, o recorrente, de maneira inconseqüente ou contraditória, afirma:

«O único modo de evitar o embargante seu prejuízo é quitar o débito e, posteriormente, requerer ao FUNRURAL restituição dos pagamentos realizados, quando as guias serão objeto de auditoria, visando vinculação ao débito levantado» (fl. 38).

O apelante deixou passar *in albis* a oportunidade de realizar esse exame dos documentos exibidos pelo executado, ou seja, a fase de instrução do procedimento dos embargos.

Esclarece a certidão da dívida ativa que instrui a execução, aliás reforçada por outras pelas existentes no processo, que o crédito executado é de formação complexa, dependente de uma série de cálculos, pois que abrange contribuições, juros, multa automática e correção monetária.

Provado, pelos memos, que o embargante, ora apelado, pagou a maior parte das parcelas cobradas, é lógico que a mencionada certidão perdeu os requisitos de certeza e liquidez, impedindo a viabilidade da execução, como bem julgou o digno Juiz a quo.

Ao apelante competiria, diante do pagamento evidente, ter fornecido

dados concretos que pudessem demonstrar o saldo líquido do crédito, se é que existe saldo.

Com estas considerações, nego provimento à apelação e confirmo a sentença remetida.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ac 69.783 — SP — Rel.: Sr. Min. Wilson Gonçalves. Remte.: Juízo de Direito de Paraguaçu Paulista Apte.: IAPAS. Apdo.: Romualdo Luciano Giroto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 11-3-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministro Miguel Ferrante e Américo Luz participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Fernandes Dantas.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.173 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Apelantes: Francisco Fausto de Albuquerque e cônjuge

Apelados: Caixa Econômica Federal, Mutual — Associação de Poupança e Empréstimo e Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais

#### EMENTA

Mútuo Hipotecário. S.F.H. Execução Extrajudicial.

— Matéria constitucional. Reiterado pronunciamento do TFR a respeito da plena constitucionalidade da execução extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei 70/66, arts. 31 e seguintes.

— Hipoteca. O equívoco cancelamento da sua inscrição, levado a cabo sem a anuência do credor, não desconstituiu a garantia hipotecária, máxime em relação aos contraentes — Código Civil, art. 848.

— Arrematação. A sistemática legal das execuções judiciais reprovava o «preço vil», causa de nulidade da arrematação e vício passível de reconhecimento por sentença. Daí, que o entendimento deve aplicar-se, com maior razão, aos casos da execução extrajudicial prevista para os mútuos do S.F.H.

### ACORDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente a ação, n. do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de maio de 1981 (data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Dantas**: Cumulada ao pedido de perdas e danos, trata-se de ação anulatória da arrematação extrajudicial de um apartamento financiado pela Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, posteriormente também hipotecado à Caixa Econômica Federal e, afinal, levado a praça pelo agente fiduciário Mutual — Associação de Poupança e Empréstimo, de acordo com os artigos 31 e seguintes do Decreto-Lei 70/66. A CEF arrematou o imóvel pelo saldo da dívida executada, isto é, Cr\$ 88.891,00, ao tempo em que tramitava execução judicial de sua própria autoria, para haver o débito no valor de Cr\$ 674.661,63, com hipoteca do mesmo imóvel (autos apensados, fls. 17).

Por sentença do Juiz Federal Porto de Menezes, a ação foi julgada improcedente, consoante o acolhimento dado às razões das contestantes, analisadas deste modo:

«A questão, embora pareça complexa, é simples, porque as partes estão de acordo quanto aos fatos, tanto que dispensaram o depoimento das testemunhas, atendo-se apenas ao aspecto jurídico da questão. Os autores tinham seu imóvel hipotecado à Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais e o hipotecaram à Caixa Econômica Federal, com compromisso de levantar a hipoteca da primeira credora. Levantaram a importância na Caixa Econômica Federal para tal fim, mas sem liquidar o débito com a Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, conseguiram, no entanto, o levantamento da hipoteca. A Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais executou o débito e a Caixa Econômica Federal arrematou o bem hipotecado. Este o fato.

Em vez de analisarmos a opinião de cada parte, vejamos o que diz o Perito Oficial nomeado para examinar os documentos nos respectivos cartórios.

Respondendo ao quesito 1º dos autores (fls. 110), diz que a Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais não assinou a escritura de hipoteca com a Caixa Econômica Federal. O Cartório alega que o traslado foi feito por inadvertência do Cartório. A hipoteca foi cancela-

da no Cartório de Registro, não tendo o serventuário prestado atenção que faltava a assinatura da Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais. Na escritura não há falsificação de assinatura. Há ausência.

O documento juntado pelo Perito Oficial às fls. 117 comprova tudo. Ora, se não houve assinatura na escritura, a averbação no Cartório de um documento não assinado não tem força de levantar uma hipoteca. A isso admitir, estaríamos pon-do por terra toda segurança patrimonial e o valor da assinatura como único meio capaz de se quitar uma dívida desta natureza. O levantamento da hipoteca, de fato, não existiu porque o Cartório de Registro não fez o levantamento da hipoteca; ele o averbou. Quem faz o levantamento é o credor quando assina a escritura, ou o Juiz quando dá despacho dessa natureza. O Cartório averbou um fato inexistente. Averbou o nada. Nulo de pleno direito seu ato. Mesmo porque o devedor não nega que não pagou e decidindo diferentemente o juiz estaria endossando seu comportamento abertamente ilegal. A Justiça é para fazer Justiça e não para se apegar a fórmulas e fazer injustiças. Os autores não negam que deviam à Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais e por isso tiveram seu bem leiloado, tudo dentro da formalidade legal.

Improcede, pois, a ação.

Julgo improcedente a presente ação e condeno os autores a pagar as custas processuais, os honorários do Perito já arbitrados em Cr\$ 3.000,00 (Três mil cruzeiros) e pagos e os honorários dos advogados dos réus na base total de 20% do valor dado à causa dividido em partes iguais pelos três.» — fls. 147/148.

Apelou o autor, reclamando da sentença resposta das seguintes arguições da inicial: a) inconstitucionalidade do Decreto-Lei 70, sobre subtrair ao Poder Judiciário a apreciação da execução das dívidas relacionadas ao SFH, recusando defesa ao executado e menosprezando o direito de propriedade — C.F., art. 153, §§ 4º, 15º e 22º; b) vileza de preço da arrematação pela CEF, segunda credora que, tempos antes, aceitara o imóvel para garantia da dívida de valor muito superior; c) prova jure tantum do cancelamento da hipoteca contratada com a Minascaixa exequente, hipoteca que, ainda que cancelada por erro do Tabelião, somente por sentença poderia ser restabelecida. Ler-se a fls. 150/153.

Contra-arrazoada com refutação de sua sustentação (fls. 155, 163 e 167), nesta instância a apelação foi processada na forma do R.I, arts. 33, IX e 63, § 2º.

Relatei.

### VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhores Ministros, no concernente à arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, a apelação encontra resposta negativa da jurisprudência do Tribunal.

Na realidade, conforme relação de fls. 158/159, oferecida pela CEF com as contra-razões, a orientação do Tribunal, em recusa dessa taxa atribuída àquela lei, está reiterada a teor de acórdãos assim ementados:

«Hipoteca — Sistema Financeiro da Habitação — Execução Extrajudicial — São constitucionais as disposições do Decreto-Lei 70, de 1966, que facultam a execução extrajudicial da hipoteca do imóvel adquirido com financiamento do Sistema Financeiro da Habitação» (Adcoas-1979 nº 62.694 — pág. 164.) — fls. 158.

«Não é inconstitucional o processo de execução extrajudicial de hipoteca, regulado nos arts. 31 a 38 do Dec.-Lei 70, de 1966. Este processo não suprime o controle judicial previsto no art. 153 § 4º da Constituição. Apenas institui uma deslocação do momento de atuação do Poder Judiciário. No sistema tradicional, ao juiz se cometia, em sua inteireza, o processo de execução, e dentro deste se exauria a defesa do devedor, de caráter impeditivo. No novo procedimento, a defesa do devedor, de caráter rescindente, sucede ao último ato da execução, a entrega ao arrematante do bem executado.» (ap. 40.984-SP — Rel. Min. Décio Miranda — Adcoas — 1979 — n.º 64.398-pág. 372).»

«Não há inconstitucionalidade nas disposições do Dec-Lei n.º 70/66, que facultam a execução extrajudicial de hipoteca; somente infringiria o art. 153, § 4º da Constituição, a norma que proibisse ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão Judiciário, o que não ocorre. A venda particular do bem dado em garantia, por iniciativa do credor, já era admitida pelo Cód. Com. — art. 279, pelo Cód. Civ. — art. 774, III — e pela Lei de Falências — art. 120, § 2º — não havendo qualquer exigência constitucional de ser procedida a alienação em processo judicial.» (Rel. Min. Peçanha Martins, Apel. Civ. 75.925 — SP Adcoas /1977 — n.º 48.232 - pág. 181.) — Fls. 159/160.

Forte nos indicados precedentes, meu entendimento é de que a irrogação levantada pelo apelante não vence a fortaleza dos fundamentos sintetizados nas ementas acima transcritas.

Doutro lado, no particular do defendido cancelamento da primeira hipoteca, as razões da autora estão convincentemente repelidas pela

própria sentença, a cujos fundamentos me reporto, como reproduzidos foram no relatório.

Ademais, convenha-se, procedido por mero equívoco — como não se nega que a Minascaixa, apesar de indicada como «interviente anuente,» não interveio na escritura de mútuo hipotecário celebrado entre o autor e a CEF —, decerto que o viciado cancelamento não importou na extinção da primeira hipoteca. Para a espécie, vale invocar o princípio da causalidade, freqüente no sistema do registro imobiliário, e mercê do qual, os atos publicitários não convalidam os contratos viciados, nem a sua perfectibilidade formal impede o reconhecimento da nulidade substancial do registro, debatida no próprio juízo da demanda de seus pseudo-efeitos — Cód. Civil, art. 146, parágrafo único.

Em última hipótese, seria de ver-se que o registro hipotecário não tem maior eficácia do que a de relacionar-se a terceiros, pelo que o seu errôneo cancelamento, equivalente à falta de registro, não constitui a hipoteca. É o que preceitua o art. 848 do Cód. Civil, tanto ao dizer que as hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição, como ao dizer que, enquanto não registradas, as mesmas só subsistem entre os contraentes.

Todas essas assertivas reforçam a sentença, no quanto proclamou a subsistência da garantia hipotecária da dívida do autor para com a Minascaixa, e por isso reconheceu o consequente cabimento da execução extrajudicial, disciplinada por lei constitucionalmente legítima.

Portanto, apenas resta a exame o último fundamento da inicial, posto em atacar o preço vil da arrematação.

Nesse ponto, recordem-se os seguintes dados incontrovertidos: pri-

meiro, o saldo da dívida executada extrajudicialmente, e pelo qual o imóvel foi arrematado, era de Cr\$ 88.891,00; segundo, o valor do subsequente mútuo hipotecário, celebrado dois anos antes da execução extrajudicial, foi de Cr\$ 399.600,00, ajustando-se, na mesma escritura, o valor de Cr\$ 570.000,00 (fls. 26), para base das arrematações, adjudicações e remições com dispensa de avaliação, como previsto pelo art. 818 do Cód. Civil; e terceiro, à época da arrematação, pendia execução judicial desse segundo mútuo (saldo de Cr\$ 674.661,00), já então avaliado o dito imóvel por Cr\$ 900.000,00 (apenso, fls. 21).

Sublinhados esses dados, deveras impressiona o argumento do preço vil, sobretudo em se anotando cuidar-se de obrigações vinculadas à política nacional de habitação, política inspiradora da instituição legal do chamado Sistema Financeiro da Habitação; a se cuidar de obrigações convencionadas com entidades estatais — integrantes daquele Sistema e aplicadoras de recurso de origem pública, como o são, grosso modo, as contribuições oficiais e as garantias oferecidas à poupança privada, umas e outras carreadas e dirigidas para o financiamento da casa própria — de fato impressiona o argumento da vileza do preço oferecido pela segunda credora hipotecária, conhecedora que era dos assinalados pormenores factuais; impressiona o argumento da vileza, pecha espelhada pelo aviltado lance extrajudicial, de valor inferior a um décimo do preço judicialmente avaliado no processo de execução, de autoria da própria arrematante.»

A tal impressão, da qual o direito não pode fugir, na sua celebrada função de *ars boni et aequi*, serve a doutrina de que o processo de execução, apesar da força expropriatória que o anima, não se compadece, po-

rém, com a violência de injustificáveis prejuízos causados ao devedor, nem com o ilícito enriquecimento do credor ou de terceiros.

No fito de realizar o interesse do credor, consabidamente, o moderno direito de execução, por inspiração de ordem moral e econômica, baliza-se, mais e mais, em acautelar o devedor contra abusos e fraudes. A exemplo, rememore-se, de relance, o que prescreve o novo CPC, via das seguintes disposições: forma de execução menos danosa — arts. 620, 716 e 722; impenhorabilidade do patrimônio de subsistência do devedor — art. 649; gradação da penhora — art. 655; alienação antecipada, se vantajosa — art. 670, II; economia da execução, por dispensa da avaliação — art. 684, III — ou por vedação da penhora infrutífera — art. 659, § 2º; e, finalmente, o instituto da remição — art. 787 —, indulgência legal, sábia desde as origens, ali praticada à margem da lei, segundo Lobão, com base na equidade (Liebman) e por *pietatis causa* (Amilcar de Castro).

Do exemplo dessas regras do direito positivo, percebe-se que a sistemática executiva prima por atender a pretensão *juris-satisfativa* do credor, mas o faz com o menor prejuízo possível para o devedor, e recusa prestar-se a resultados outros, vantajosos a terceiro, em detrimento da finalidade precípua de sua utilidade ao credor. A não reprovar resultados tais, decerto que o disciplinamento da execução exorbitaria da função incumbida ao Estado para a prestação do ato expropriatório configurado na arrematação.

Em suma, quer isso dizer: a compulsoriedade da norma de «venda a quem mais der» encontra limites nos princípios norteadores do sistema codificado, em cuja esteira se repelem, por nefastos, os gravames decorrentes de lances irrisórios, os

quais, muito antes de aproveitarem ao próprio credor, bafejam o arguto licitante, causando injusta lesão ao devedor.

Pois bem, a tanto dizer-se da tradicional execução judicial pontilhando-se a lei, a doutrina e a jurisprudência de advertências contra o abuso do preço vil, mais se haverá de dizer e de se assinalar esse abuso, na prática da inexperiente execução extrajudicial, inovação disciplinar das dívidas do SFH. E por assim se recomendar maior prudência nesse campo, é que, para o caso dos autos, cumpre ao julgador alertar-se daquelas tantas particularidades relativas aos valores em causa, gritantes estes da injusta lesão patrimonial impingida ao autor pela iníqua arrematação.

Levada a cabo em favorecimento exclusivo da arrematante, credora maior com garantia sobre o mesmo imóvel, a considerada arrematação extrajudicial, a meu ver, tornou-se ilegítima a partir do desprezível lance concertado, inferior a dez vezes o preço da avaliação judicial requerida pela licitante, e a tantas vezes outras o preço que ela própria estimara, anos antes, para os efeitos do art. 818 do Cód. Civil.

A rigor de tal vício, não cabe vacilar na asseveração de nulidade da indigitada arrematação, declaradamente gravosa para o devedor e sobremodo incompatível com os analisados princípios que regem a execução, aos quais, também, necessariamente se prende a disciplina do processo extrajudicial instituído pelo

Decreto-Lei 70/66, arts. 31 e seguintes, processo de idêntica finalidade coerciva.

Contudo, não vejo causa para atribuir às rés o dever de compensar perdas e danos, como os postula o autor sem maior fundamentação.

Por conseguinte, concluo em dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente a ação, no único fim de decretar a nulidade da discutida arrematação e, conseqüentemente, dos atos que porventura lhe tenham sucedido, invertidos os ônus da sucumbência, rateados entre as contestantes. Ressalvo, obviamente, poderem as credoras negociar a sub-rogação da CEF no crédito da Minascaixa, pelo preço que pagou como arrematante.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 70.173-MG — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Aptes.: Francisco Fausto de Albuquerque e Cônjuge. Apdos.: Caixa Econômica Federal, Mutual — Associação de Poupança e Empréstimo e Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Em 6-5-81 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz, na ausência justificada do Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

#### AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.012 — RS

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Agravante: União Federal

Agravado: R. despacho de fls. 25/26

## EMENTA

Processual Civil.

Recursos.

Agravo regimental.

Decisão que negou seguimento a Agravo de Instrumento deficientemente instruído.

Aplicação do art. 523, parágrafo único do CPC e do art. 90, § 2º da Lei Complementar nº 35, de 14.3.79.

A despeito da qualificação de obrigatório atribuída pelo CPC, art. 523, parágrafo único, ao traslado de certas peças, cuida-se, em verdade, tanto quanto no art. 70 do mesmo código, de mero ônus do recorrente.

É a interpretação que se concilia com a necessidade de manter o igual tratamento das partes em juízo (CPC art. 125).

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente, nestes autos de Apelação Cível interposta pela União Federal (fls. 13/16), que me vieram distribuídos (fls. 19), proferi despacho denegatório do seguimento do recurso, cujo teor passo a ler (fls. 25/26):

«Em face da certidão do oficial de justiça (que não encontrou bens da executada), invocando o art. 791, III do Código de Processo Civil, a exequente, União Federal, pediu e obteve a suspensão do processo «enquanto aguarda informações da Receita Federal».

Sobrevindo a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, o MM. Juiz, considerando o decurso de mais de um ano desde a suspensão do processo e aplicando o art. 40, § 2º, do citado diploma legal, determinou o arquivamento dos autos «após as baixas e anotações de praxe, sem prejuízo do disposto no § 3º do já citado art. 40 da Lei nº 6.830/80».

Como se vê, não há sentença, senão simples decisão interlocutória (CPC art. 162, § 2º), que não encerra o processo; tanto que o Douto Magistrado explicitamente assegurou o prosseguimento da execução, desde que encontrados bens da executada.

É bem verdade que, em se tratando de simples suspensão, não

era caso de se determinar o cancelamento dos registros, eis que o processo não está extinto.

Como quer que seja, só por agravo de instrumento poderia ser apreciada a decisão.

A apelação é, portanto, manifestamente incabível, razão pela qual, na conformidade do art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, nego-lhe seguimento.

Oportunamente, feitas as anotações, baixem os autos. Intime-se».

Referido despacho foi publicado em 17 de março de 1982 como se vê pela certidão de fls. 27.

Em 19 do mesmo mês, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República interpôs agravo regimental (fls. 28) em que pede o provimento do agravo para, reformado o despacho, ter prosseguimento a apelação.

Para tanto, alega que a interposição do agravo foi tempestiva.

Os autos revelam que da decisão impugnada a agravante foi intimada em 23-3-81 (fls. 12 vº); que a apelação, foi interposta em 9-4-81 (fls. 13).

É o relatório.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Na verdade, esta Egrégia 4ª Turma vinha, em seus casos como este, conhecendo do recurso apelatório.

No entanto, o eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, em voto proferido a respeito do assunto, teve ensejo de suscitar preliminar de des-

cabimento do recurso apelatório, no que foi acompanhado pelos seus pares.

De fato, a decisão impugnada é incorreta, segundo assinaei em voto que proferi na AC 72.945 — RS, pois «as baixas e anotações de praxe» são medidas que têm cabimento apenas no caso de ser decretada a extinção do processo. No entanto, aquele decisório, ao determinar o arquivamento dos autos, ressaltou que as questionadas providências deveriam ser tomadas «sem prejuízo do disposto no § 3º do já citado art. 40 da Lei nº 6.830/80», ou seja: do prosseguimento da execução, se encontrados o devedor ou os bens, a qualquer tempo. Daí que, como não teve o condão de extinguir o processo, o recurso cabível para impgná-lo é mesmo o agravo de instrumento e não a apelação.

Por tais razões, confirmo a decisão recorrida, nego provimento ao agravo.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag-Reg. na AC Nº 73.012 — RS — Rel.: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza. Agravante: União Federal. Agravado: R. Despacho de fls. 25/26.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao agravo. (Em 31-3-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso votaram com o Relator.

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.686 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Apelante: IAPAS

Apelada: Theodolina Freire

### EMENTA

Previdenciário — Pensão vitalícia — Companheira — Lei nº 4.069/62 — Restabelecimento.

Concedida a pensão vitalícia à companheira do ex-servidor público federal, com base na Lei n.º 4.069/62, incorreto o seu cancelamento, sob a alegação de que o óbito do segurado ocorreu antes da vigência do referido diploma legal.

Provada a dependência econômica, a legislação previdenciária deve ser interpretada e aplicada dentro do contexto social e dos seus objetivos de amparo aos dependentes do segurado.

Devida a correção monetária — Lei nº 6.899/81.

Verba honorária fixada dentro dos critérios legais.

Sentença confirmada.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1982 (data do julgamento). — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **José Pereira de Paiva**, Relator.

### RELATÓRIO

**O Sr. Ministro José Pereira de Paiva:** Trata-se de ação ordinária ajuizada por Theodolina Freire contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, objetivando, na condição

de companheira do ex-servidor público federal, Antônio Van Erven de Mello Barreto, o restabelecimento da pensão vitalícia, com base na Lei nº 4.069/62.

Citado, o INPS apresentou contestação negando qualquer direito à autora, vez que a sua convivência com o ex-segurado e o falecimento do mesmo se deram anteriormente à vigência da Lei nº 4.069/62.

Regularmente processada, a digna Juíza Federal, Dra. Tânia de Melo Bastos Heine, julgou a ação procedente para condenar a Autarquia a restabelecer a pensão da autora, a partir da data do seu cancelamento, com o pagamento de atrasados, como se apurar em liquidação, acrescidos de juros de mora, correção monetária (Lei nº 6.899-81) e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da execução (fls. 109/116).

Houve apelo do IAPAS que, através das razões de fls. 119/121, reafir-

mou os mesmos argumentos apresentados no curso da ação, apenas acrescentando que a autora não comprovou a sua dependência econômica em relação ao ex-companheiro falecido. Impugnou, ainda, a correção monetária concedida e pediu a reforma da decisão de primeiro grau.

Contra-razões, à fls. 123.

A autora interpôs recurso adesivo, pleiteando a majoração da verba honorária (fls. 132).

Resposta ao recurso adesivo, às fls. 134-5.

Sem revisão.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): O INPS, não se conformando com a decisão de fls. 109/116, dela recorreu à fls. 118, com as alegações de fls. 119/120, quando repetindo os argumentos expendidos na contestação, alegou, também, a não comprovação da dependência econômica.

Todavia, a decisão de primeiro grau apreciou toda a controvérsia jurídica da tese e, com base em julgados de espécie idêntica, assim como autêntica interpretação dos fatos, das provas e da lei aplicável, restabeleceu a pensão então deferida à apelada.

Outra não poderia ser a decisão do primeiro grau, já que, deferido o benefício, lá pelos idos de 1962, dele usufruindo a apelada até 1976, o Órgão Previdenciário, por ato de império, cancelou o benefício, mais tarde restabelecido e, ainda cancelado.

Correta a interpretação que a sentença deu à legislação previdenciária, no sentido de que a mesma deve ser interpretada e aplicada dentro do contexto social e dos objetivos que ela pretende alcançar, ou seja, a

seguridade social com total abrigo a todos os que necessitam de amparo social.

As alegações da existência de pareceres jurídicos, na área da administração do apelante, hão de curvar-se diante da mais alta interpretação emanada dos Tribunais Superiores e estes, desenganadamente, concluíram que deferida a pensão à companheira, que dela usufruiu por muito tempo, com fundamento no art. 5º da Lei nº 4.069/62, é imutável, ainda que outros critérios jurídicos venham a ser adotados em relação aos benefícios.

A suposta falta de comprovação da dependência econômica se desfaz com os próprios atos do apelante, pois, concedida e cancelada a pensão, por mais de uma vez, o apelante sempre aceitou aquela condição, só agora exigida, porém, por meras alegações.

A convivência do segurado com a beneficiária, pelo tempo exigido pela lei, por si só já importa na presunção de dependência econômica.

Quanto à correção monetária concedida, a teor da Lei nº 6.899-81, também correta a decisão recorrida, pois, conforme entendimento do E. S.T.F., a atualização é devida a partir da vigência da lei citada.

No que se refere ao recurso adesivo da autora, pleiteando a majoração da verba honorária, o tenho como improcedente, visto que o critério adotado para a fixação da referida verba está dentro do estabelecido nas normas processuais.

Face a estas considerações, conheço do apelo do réu, porém, nego-lhe provimento, bem assim, ao recurso adesivo da autora, ficando confirmada a sentença recorrida.

É o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

AC 74.686 — RJ — Relator o Sr. Min. José Pereira de Paiva. Apelante: IAPAS. Apelada: Theodolina Freire.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo (Julg. Em 13-4-82 — Primeira Turma).

Os Srs. Mins. Lauro Leitão e Otto Rocha votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.127 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Apelantes: Milton Ferreira e outro

Apelado: IAPAS

## EMENTA

**Previdenciário — Aposentadoria — Cômputo de auxílio-acidente no cálculo do salário de contribuição para fins de aposentadoria — Impossibilidade**

Não se pode considerar o auxílio-acidente no cálculo do salário de contribuição para fins de aposentadoria previdenciária. Trata-se de benefício acidentário vitalício, a ser percebido juntamente com o benefício previdenciário e do qual não se desconta qualquer contribuição previdenciária.

A metade do valor do referido benefício somente será incorporada à pensão, na hipótese prevista no art. 6º, § 2º, da Lei nº 6.367/76.

**Sentença confirmada.**

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro José Pereira de Paiva, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: A r. sentença recorrida, da

lavra do MM. Juiz de Direito, assim relatou a espécie (fl. 29):

«Milton Ferreira e Paulo Lemos da Silva acionam o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando, em síntese, que a autarquia seja condenada a rever os proventos de aposentadoria que lhe são pagos, de modo a adicionar ao salário de contribuição que serviu de base de cálculo de benefício os valores relativos ao auxílio-acidente que vem percebendo, mais os acréscimos legais. Alegam que são aposentados por tempo de serviço e, quando em atividade, acionaram a autarquia a fim de receberem auxílio-acidente, demanda essa que foi julgada procedente, tendo a decisão transitado em julgado. Ocorre que o Instituto ao calcular

a aposentadoria, fê-lo de modo incorreto, em afronta aos dispositivos legais que regem a espécie, desconsiderando todas as parcelas recebidas a título de auxílio acidente. Deram à causa o valor de Cr\$ 100.000,00 juntando os documentos de fls. 12-24. Citada, fls. 27v, compareceu a autarquia à audiência designada, apresentando contestação, onde sustenta que o benefício do auxílio-acidente é benefício da esfera acidentária, não comportando interpretação ampliativa que o estenda ao campo previdenciário. Assevera, ainda, que o pagamento simultâneo do auxílio-acidente em separado e adicionado ao salário de contribuição resultaria num *bis in idem*. Ainda em audiência manifestaram-se os autores sobre a contestação, juntando diversos arestos que acolheram sua pretensão, sendo certo que a autarquia não se opôs à junta dos mesmos nesta oportunidade.»

A ação foi julgada improcedente e condenados os autores no pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa (fls. 29-29v.).

Inconformados, apelaram os vencidos reafirmando existência do direito pleiteado, face à jurisprudência do TFR (Fls. 115-7).

Contra-razões, às fls. 120-1.

Sem revisão.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): Trata-se de questão já, por várias vezes, objeto de discussão quer na primeira, quer na segunda instância.

Cogita-se a mesma de saber se o auxílio-acidente é ou não adicionado ao salário de contribuição para cálculo de qualquer benefício.

A sentença apelada, constante de fl. 29, decidiu a causa, concluindo:

Lê fls. 29-30.

Como já salientado, a questão tem sido debatida, reiteradamente, pela Justiça e é certo que alguns admitem a possibilidade do benefício do auxílio-acidente integrar o salário de contribuição, para fins de aposentadoria, outros, porém, não a admitem.

Pelas pesquisas realizadas, neste Tribunal, à primeira corrente filia-se o Ministro William Patterson, enquanto à última, filiam-se os Ministros José Cândido e Carlos Madeira.

É o que se vê dos julgados nas Apelações Cíveis de n.ºs 65.839 e 61.591, de São Paulo, quanto à primeira corrente e nas de n.ºs 69.677 e 69.993, também de São Paulo, estas últimas da segunda corrente.

No exame da matéria, convenci-me do acerto da sentença recorrida e, *ipso facto*, inclino-me a acatar o entendimento da segunda corrente, que não admite a possibilidade do benefício do auxílio-acidente integrar o salário de contribuição, para fins de cálculo da aposentadoria.

A súplica pretendida, importaria, de fato, em duplicidade do benefício e isso, a nosso ver, não encontra base na Lei n.º 6.367, de 19-10-76, que revogou, de modo expresso, o § único do art. 7.º da Lei n.º 5.316, de 14-9-67.

O § único, do art. 7.º, da Lei n.º 5.316, determinava:

«Parágrafo único. Respeitado o limite máximo estabelecido na legislação previdenciária, o auxílio de que trata este artigo será adicionado ao salário de contribuição, para o cálculo de qualquer outro benefício não resultante do acidente.»

Já o art. 6.º, § 2.º, da Lei n.º 6.367, estabelece:

«A metade do valor do auxílio-acidente será incorporada ao valor

da pensão, quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho».

Vê-se que enquanto a primeira disposição mandava adicionar ao salário de contribuição o auxílio-acidente, esta última só admite esta incorporação ao valor da pensão, porém, quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho.

Desta forma, a legislação invocada pelo recorrente, quer no pórtico da súplica inicial, quer nas razões de seu apelo, hoje já encontra óbice na legislação posterior, Lei nº 6.367/76.

Pelos precedentes citados, assim como por ter a nova Lei dado tratamento diferente à questão, conheço

do apelo, porém, nego-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Apelação Cível n.º 76.127 — SP  
Relator o Sr. Ministro José Pereira de Paiva. Apelantes: Milton Ferreira e outro. Apelado: Iapas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Julgado em 18-5-82 — 1ª Turma).

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

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80.338 — RJ

Relator: Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Instituto Nacional da Propriedade Industrial — «INPI»

Apelado: Niedecker GMBH

#### EMENTA

Propriedade Industrial — Registro de Marca «Poly-Selo», para identificar selos de chumbo ou de lata e selos para marcar. O C.P.I., arts. 64 e 65, inciso 20, não oferece obstáculo à registrabilidade da aludida marca, antes a admite. Segurança concedida. Apelação a que se nega provimento.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Erasília, 17 de setembro de 1980. (data do julgamento). — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

#### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Américo Luz: O ilustre Juiz Federal Doutor Ney Magno Valadares, da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim resumiu a espécie (fls. 43/45):

«Niedecker GMBH, sociedade alemã, com sede em Frankfurt-Main, República Federal da Alemanha, impetra Mandado de Segurança contra ato do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que indeferiu o pedido de registro da marca «Poly-Selo»,

destinada a identificar os seguintes artigos do ramo da atividade da impetrante: «Selos de chumbo ou de lata», «Selos para marcar». Alega que o ato impugnado não foi suficientemente motivado, limitando-se o impetrado à conclusão de ser a marca, em causa, descritiva e relacionada ao produto, infringindo, assim, o disposto no item 20 do art. 65 do Código de Propriedade Industrial. Entende que houve tratamento discriminatório, porque o impetrado tem considerado como registráveis várias marcas que, à semelhança da impetrante, são evocativas, isto é, mantêm uma relação com o produto a que se destinam, não sendo, porém, suficientemente distintivas. Segundo a impetrante, o ato impugnado atentou, contra os artigos 2º, 4º, letra «a» e 6º, da Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial, promulgada pelo Decreto nº 19.056, de 31-12-1929, assim como contra os artigos 64, 65, item 20 — *in fine*, e 68 do Código da Propriedade Industrial. Requer a concessão de medida liminar, para que seja garantida a prioridade do depósito correspondente ao pedido feito na República Federal da Alemanha. Espera o deferimento da segurança para que seja cassado o ato impugnado, com a outorga do certificado de registro da marca «Poly-selo», caso não existam anterioridades impeditivas.

Deferida a medida liminar (fls. 18) e solicitadas as informações, estas vieram aos autos (fls. 22).

Para o impetrado, a decisão, «injustamente impugnada, deveu-se, simplesmente, ao fato da marca registranda, embora formada pela aglutinação de dois vocábulos, induzir ilação de qualidade e, ao mesmo tempo, constituir denominação descritiva, como também de uso necessário comum em relação aos produtos a que ela se destina,

sendo, ainda, apresentada sem se revestir de suficiente forma distintiva, incidindo, por conseguinte, nas proibições contidas nos itens 10 e 20 do art. 65 do Código da Propriedade Industrial. Parece ao impetrado que existe relação próxima e direta entre a marca «Poly-Selo» e os produtos a serem por ela protegidos. Sustenta a legalidade do ato impugnado, parecendo-lhe incabível o Mandado de Segurança cuja denegação espera.

O órgão do Ministério Público Federal oficiou às fls. 29.

Requerida e deferida a prorrogação da medida liminar às fls. 31 e 35.

Requeru o impetrado (fls. 40) reconsideração do despacho que deferiu o segundo pedido de prorrogação da medida liminar.»

S. Exa. concedeu a segurança à impetrante no seguinte decimus (fls. 46 — *fine*):

«Por esses motivos, concedo a segurança, para a proteção dos direitos da marca «Poly-Selo,» observados os requisitos legais para o respectivo registro.»

Inconformado, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial apelou da sentença, com as razões de fls. 49/51, nas quais reproduz argumentos das informações prestadas ao Juízo.

Contra-razões às fls. 58/60, com o documento de fls. 61.

Oficiou a Procuradoria da República (fls. 63).

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso (Parecer de fls. 67/68).

É o relatório.

#### VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz (Relator): Eis os argumentos de que se valeu o douto Juiz a quo para deferir o «writ» (fls. 45/46):

«A impetrante depositou, sob o nº 23.843/M-72, em 27/12/1972, o pedido de registro da marca «Poly-Selo», destinada a identificar «selos de chumbo ou de lata» e «selos para marcar,» reivindicando para o mesmo a prioridade do correspondente pedido alemão, nos termos do artigo 4º da Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial promulgada pelo Decreto nº 19.056, de 31/12/1929, e do art. 68 do Código da Propriedade Industrial. O pedido de registro foi indeferido por decisão do impetrado, mantida em grau de recurso administrativo, a pretexto de que «a expressão registranda, não só é descritiva, como também é constituída por denominações de uso necessário e comum em relação ao produto a que se destina», incorrendo na restrição prevista no art. 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial. Somente por extensão é que o termo selo designa tudo o que fecha ou que serve para selar. Entretanto, em seu significado próprio, selo é a «peça ordinariamente de metal, em que estão abertas as armas ou divisas de algum Estado, que serve para imprimir em cartas ou papéis de importância, a fim de os tornar válidos e autênticos (chama-se selo real se pertence a um reino, imperial se a um império, da república se a uma república. Qualquer deles pode se chamar selo público ou nacional).» Mediante o processo de derivação, criou a impetrante uma expressão fantástica, antepondo o prefixo «Poly» ao vocábulo «Selo». «Poly-Selo» apenas evoca a idéia de algo destinado a selar ou fechar mas não é descritiva do produto. Duvido que alguém que desconheça as especificações do produto possa descrevê-lo pelo simples enunciado da marca «Poly-Selo». Não se trata de marca que possa falsamente induzir indicação de qualidade,

porque tal indução somente ocorreria se houvesse semelhança com outra marca de produto tradicionalmente conhecido no mercado, a ponto de levar o consumidor desatento a adquirir um pelo outro. Além da proteção das marcas já registradas, visou o legislador a resguardar o consumidor contra aparências enganosas de produtos assemelhados com outros já existentes. Confunde o impetrado aptidão múltipla ou versatilidade, com qualidade do produto. Objetivamente considerada, a expressão «Poly-Selo» não é descritiva do produto a que se destina, nem induz falsa qualidade, de modo que os motivos do ato impugnado são manifestamente insubsistentes. A marca tem caráter distintivo, não incorrendo nas restrições legais, a que se refere o impetrado. O ato impugnado, enquadrando-se na competência vinculada do impetrado, está sujeito ao controle jurisdicional.»

Em suas contra-razões a apelada invoca, em prol de sua tese, o magistério do Doutor Carlos Henrique Fróes, entrevista concedida ao «Jornal do Comércio» do Rio de Janeiro, pág. 5 do 1º Caderno, de 1º-4-75, sobre como dirimir dúvida sobre uso e registro de marca. Cita exemplos de marcas registradas sob a proteção de editos de Tribunais estrangeiros, tais como: Calitor (Tribunal de Apelação de Paris); Cinco Minutos (Tribunal Civil de Estrasburgo) e Bonarom, para designar «café» (também do Tribunal de Apelação de Paris). Invoca julgado da antiga 2ª Turma deste Tribunal, na AMS nº 76.457-RJ, que reputou registrável a marca «Letter Press» para artigos de transferência a seco de letras e sinais (DJ de 23-4-76 — págs. 2.680/2.681).

Acolho a fundamentação da decisão recorrida e a motivação das razões expendidas pela impetrante, ora apelada.

Confirmando a sentença.  
Nego provimento ao recurso oficial e à apelação.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 17-9-80 — 6ª Turma).

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS 80.338 — RJ — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Instituto Nacional da Propriedade Industrial — «INPI.» Apdo.: Niedecker GmbH.

Os Srs. Mins. José Dantas e Wilson Gonçalves votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Fernandes Dantas.

### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.456 — RJ

Relator: Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Requerente: União Federal

Requerido: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Litisconsortes Passivos: Hélder Paraná do Coutto e outros

Subprocurador-Geral da República: Dr. Geraldo Andrade Fonteles

#### EMENTA

Processual Civil — Mandado de Segurança — Litisconsórcio — Informações — Ação Popular — Medida Cautelar — Extinção.

I — Litisconsórcio necessário. Lei 1.533/51, art. 19; CPC, arts. 46 e 47. Necessidade da citação dos litisconsortes passivos necessários.

II — As informações, no mandado de segurança, devem ser prestadas no prazo legal. A intempestiva apresentação das informações do coator não implica em ficta confissão dos fatos alegados pelo autor, já que a aplicação da regra do art. 319 do CPC somente seria possível mediante norma expressa.

III — A União Federal pode ser autora de mandado de segurança, por isso que pode impetrar o mandamus, tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica. Legitimidade da representação da União através do Procurador-Geral da República, ou do Subprocurador-Geral.

IV — Ação popular. Suspensão liminar do ato lesivo impugnado. Lei nº 4.717, de 1965, art. 5º, § 4º, com a redação do art. 34 da Lei nº 6.513/77. A cautelar em apreço deve ser examinada segundo as regras do estatuto processual civil, que regem o processo cautelar. Medida cautelar concedida em medida preparatória de ação popular e cassada pelo Conselho da Justiça Federal. Reiteração da mesma, sem audiência da entidade pública, diante da petição inicial da ação popular, estando de pé a decisão que a cassou. Ilegalidade.

V — Inocorrência dos requisitos viabilizadores da ação popular, no caso: lesividade ao patrimônio público e ilegalidade ou ilegitimidade do ato.

VI — Mandado de Segurança concedido.

### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por unanimidade, reconhecer a legitimidade ativa da impetrante e a legitimidade de sua representação, bem assim admitir os autores da ação popular como litisconsortes passivos no presente mandado de segurança. Preliminarmente, ainda, decidir que as informações do Dr. Juiz não deveriam ser consideradas, porque intempestivas, sem o fato implicar, entretanto, ficta confissão. No mérito, por maioria, deferir o mandado de segurança para cassar a medida liminar concedida pelo Juiz Federal na ação popular e, desde logo, julgar extinto o processo da ação popular, vencidos, apenas, quanto a esta última parte, os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar e Torreão Braz que concediam o mandado de segurança tão-somente para cassar a medida liminar na ação popular. O Ministro Aldir Passarinho, além de cassar a medida liminar, em seu voto admitiu o prosseguimento da ação popular, apenas, quanto à alínea d da petição inicial da referida ação. Preliminarmente, votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Aldir Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Moacir Catunda, Lauro

Leitão e Gueiros Leite. Votaram com o Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar e Torreão Braz. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Não participaram, justificadamente, do julgamento, os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Peçanha Martins. Sustentou, oralmente, o Dr. Geraldo Andrade Fonteles, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de junho de 1980. (Data do Julgamento). Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): A União Federal impetra Mandado de Segurança contra ato do Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que, em ação popular ajuizada por Helder Paraná do Coutto e outros contra a União Federal, o Ministro do Estado da Fazenda, Ernane Galveas, o Reitor da Universidade do Rio de Janeiro, Guilherme de Figueiredo e o Delegado do Serviço do Patrimônio da União, José Alfredo Nunes de Azevedo, deferiu pedido inserto na inicial, no sentido de suspender a demolição do prédio nº 132, à Praia do Flamengo, de propriedade plena da União Federal.

Informa a impetrante que é proprietária plena do prédio mencionado, o qual vinha sendo utilizado pela Universidade do Rio de Janeiro que, ali, mantinha o seu Centro de Artes.

Em dezembro de 1978, ao concluir vistoria realizada no prédio em referência, por solicitação do Decano do Centro de Artes, o Assessor-Engenheiro José Luiz Saverbronn informou que, tendo em vista a mudança do Centro de Artes para outro prédio, já projetada, deveriam ser realizadas obras em caráter de emergência, a fim de que fosse eliminada a infiltração de águas pluviais. Salientou que o prédio estava em estado precário. Posteriormente, verificando que a situação do mesmo prédio era ainda mais grave, o Diretor do S.P.U. solicitou ao Corpo de Bombeiros a realização de vistoria técnica que acusou o seguinte resultado:

«O prédio vistoriado não apresenta as condições mínimas de segurança exigidas pela legislação em vigor, previstas no Decreto Estadual nº 897, de 21 de setembro de 1976. Torna-se necessária a substituição, com a respectiva adequação de todo o material de prevenção e combate a incêndio, além de uma revisão das instalações elétricas de todo o prédio, bem como a remoção de diversos materiais altamente combustíveis que se encontram estocados.

O prédio se encontra em precárias condições de estabilidade, devendo ser interditado até o cumprimento de todas as medidas de segurança (contra incêndio e estruturais).» (doc. nº 2. fls. 03).

A Administração Pública decidiu, então, que a melhor e mais adequada solução, seria a demolição do prédio. Continua a impetrante; e quando já iniciada a demolição, verifica-se que:

.....  
 «1. Retirada de todo o telhado, tanto a parte de telhas comuns quanto a de eternit;

2. Retirada dos pisos (tacos) dos 3º e 2º pavimentos para permitir a derrubada das lajes;

3. Derrubada de parte das lajes dos 3º e 2º pavimentos para a passagem de entulho decorrente da parte superior do prédio;

4. Derrubada total das lajes secundárias existentes no 1º pavimento;

5. Retirada total dos tirantes de aço atados às vigas superiores do corpo central do prédio, de modo a permitir a oportuna derrubada das referidas vigas.» (doc. nº 03).

Eis que a autoridade ora impetrada,

«Com fundamento no inciso IV, in fine do art. 35 da Lei Complementar nº 35-1979, já estando encerrada a distribuição normal, determino a sustação de quaisquer obras no imóvel, inclusive de demolição (art. 798, Código de Processo Civil). Até amanhã, quando o feito for distribuído, é possível que a demolição já esteja consumada, causando lesão de impossível reparação.» (doc. nº 4º).

Esta decisão, porque se deferiu, liminarmente, a medida cautelar, foi, posteriormente, confirmada por outra (doc. nº 5), da qual consta o trecho seguinte:

«Esta decisão tem como fundamento o art. 798 do Cód.º de Processo Civil, uma vez que a demolição poderia ser consumada, causando lesão de impossível reparação.»

5. A União Federal, irresignada com a abusiva concessão liminar da medida cautelar, formulou ao Egrégio Conselho da Justiça Federal pedido de correição parcial, o qual foi conhecido e provido (doc. nº 6).

6. Aconteceu, todavia, que na mesma data em que prolatada a decisão suso mencionada, a autoridade ora impetrada, ao apreciar

pedido contido na inicial da ação popular, inicialmente referida (doc. nº 7), deferiu medida liminar impeditiva do prosseguimento da demolição (doc. nº 8).

Ao concedê-la, asseriu o Dr. Juiz impetrado:

«No caso em exame, tratando-se de um prédio, cuja demolição é desejada, tendo sido até mesmo iniciada, o princípio jurídico para fundamentar a decisão é a possibilidade de ineficácia da medida, sendo eventualmente julgada procedente a ação.» (fls. 2 da decisão),

para dizer, após (fls. 3 da decisão), que:

«A suspensão liminar do ato, nesta ação, nada tem a ver com a medida cautelar *in limine* já concedida. Seus pressupostos são diferentes e, assim, se eventualmente a segunda for revogada, através de correição parcial requerida, isto em nada afetará a eficácia da suspensão *hic et nunc* determinada.»

7. A só leitura dos termos da inicial e da decisão de que trata o item anterior (docs. 7 e 8) é suficiente para demonstrar ser ilegal e violador de direito certo e líquido da União Federal o ato judicial ora atacado.

Proclamam os autores, e o doc. de nº 9 o confirma, que o bem, mandado demolir não se encontra tombado. Mesmo assim, dizem que os prejuízos decorrentes da demolição serão de vulto, já porque o prédio tem inquestionável valor histórico e cultural, já também, porque o imóvel teria sido expropriado por «necessidade social» e a sua demolição implicaria no dever de restituí-la ao ex-proprietário.

8. Dizem, também, que a nulidade do ato administrativo decorre da configuração de vício de forma, da «ilegalidade do objeto» e da in-

xistência de « motivos juridicamente válidos.»

Tais alegações não foram aprovadas, porém.....

(fls. 03-06).

Argumenta, a seguir, que os autores não tinham direito a impedir a demolição do prédio de propriedade da União. Que o prédio não oferece condições mínimas de segurança, com sérios riscos aos seus usuários, pelo que perdera qualquer utilidade e, pois, valor econômico. A sua demolição, portanto, não importa em ato lesivo ao patrimônio da União, mesmo porque bens sem valor não são patrimônio, para os fins de ação popular (art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 1965). Sabedores, entretanto, que o prédio não tem valor econômico e nenhuma a sua utilização, argumentaram os autores da ação popular que se trata de bem de valor cultural, histórico e artístico. Todavia, isto não ocorre, já que o mesmo não está tombado. Por outro lado, não têm os autores legitimidade para pleitearem a declaração de constituir o prédio patrimônio histórico e artístico nacional Dec.-Lei nº 25, de 30.XI.1935). Sem inscrição no livro de tomo, nada, por seu valor artístico, histórico ou cultural, pertence ao patrimônio nacional Dec.-Lei 25, de 1935, art. 1º § 1º). Destarte, evidente que os autores da ação popular são partes ilegítimas **ad causam**. Em consequência, ilegal e abusivo é o ato judicial concessivo do pedido de suspensão liminar dos trabalhos de demolição do prédio. Isto porque, segundo a impetrante:

«a) se o prédio não possui qualquer valor econômico, lesado pelo tempo e pelo uso, não pode ser considerado patrimônio público (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717, de 29-6-1965);

b) se o mesmo prédio não fora tombado e, pois, não é bem de valor artístico, estético ou histó-

rico; portanto, igualmente, não é de ser considerado patrimônio público;

tem-se, lógica e juridicamente, que os autores não são titulares de pretensão processual (poder jurídico de exigir prestação jurisdicional, impropriamente chamada «direito de ação»), ou de pretensão de direito material (poder jurídico de exigir prestação obrigacional). São, em consequência, parte ilegítimas *ad causam*. Não podiam, assim, propor ação popular.

17. O cumprimento do ato administrativo determinante da demolição do prédio, além de não causar dano ao patrimônio público e não ser ilícito, é simples exercício do poder de disposição contido no direito de propriedade (art. 524 do Código Civil).

Na relação jurídica de direito real, o sujeito ativo é o titular do direito, enquanto figuram, do lado passivo da relação, todas as demais pessoas.

Assim, no caso de propriedade, é o sujeito ativo, isto é, o proprietário, titular do direito subjetivo à abstenção de atos que impeçam ou dificultem o exercício de qualquer dos poderes contidos no direito de propriedade.

18. Temos, pois, que o ato judicial atacado é ilegal e abusivo, já porque deferiu, liminarmente, pedido de sustar a demolição do prédio, feito em ação popular ajuizada por quem, ao mais superficial exame, se verifica ser parte ilegítima, já porque atenta contra o poder de disposição da coisa, que tem a União Federal, face à titularidade de domínio e posse sobre o prédio nº 132, sito à Praia do Flamengo.

19. Note-se, ainda, que o exercício desse poder jurídico de disposição se fez mais em respeito

à integridade física e à vida dos transeuntes, pois, abalado em suas estruturas, poderia o prédio ruir a qualquer instante.

E a possibilidade de que tal se verifique é bem maior agora, porque os trabalhos de demolição reduziram, ainda mais, a sua já precária segurança.

20. Não há, que se ver da inicial, fato apontado suficiente para demonstrar que o ato administrativo atacado tenha sido praticado por autoridade incompetente, ou que ele tenha outra finalidade que a de servir o bem comum, ou que tenha havido vício de forma, ou que, sem motivação, seja ilícito o seu objeto.

Nada obstante, o Dr. Juiz impetrado, que, *data venia*, deveria ter desde logo indeferido, liminarmente, o pedido (artigo 295, II, do Código de Processo Civil), deixou de fazê-lo, e concedeu a suspensão liminar do ato, sem prévia audiência da União Federal, figurante na relação jurídica processual.

21. Do quanto vem de ser exposto, verifica-se que a decisão proferida pela autoridade impetrada é ilegal e violadora de direito certo e líquido da União Federal, pois a ilegitimidade *ad causam* dos autores gera as seguintes consequências:

a) não têm os autores o poder jurídico de propor ação popular;

b) da falta de poder jurídico de propor a ação referida resulta que a autoridade impetrada não tem, também, o poder jurídico de dar prosseguimento à ação, senão o dever de abster-se de conceder a liminar na ação popular e, mais,

c) o Juiz tem o dever, a que corresponde o direito subjetivo da União Federal, de abster-se de impedir o exercício do direito de propriedade;

d) tem, também, o Dr. Juiz impetrado o dever de declarar a extinção do processo de ação popular, conforme o previsto no artigo 295, II, do Código de Processo Civil, verbis:

«Art. 295 — A petição inicial será indeferida:

I — .....

II — quando a parte for manifestamente ilegítima»;

22. Diante do exposto, pede e espera a União Federal seja concedida a liminar prevista no artigo 7º II, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, considerados os fundamentos acima expostos, especialmente o fato de serem os autores da ação popular partes ilegítimas ad causam»

(fls. 12-15).

Ao despachar a inicial, mandei notificar a autoridade judiciária apontada coatora. Determinei, outrossim, que fossem notificados, também, os autores da ação popular. Reservei-me, outrossim, para apreciar o pedido da liminar quando estivesse de posse das informações (despacho de fls. 40).

Notificada a autoridade apontada coatora, bem assim todos os autores da ação popular, por determinação minha, o Dr. Juiz Federal da 3ª Vara do Rio de Janeiro não prestou as informações no prazo legal (fls. 60). Também os litisconsortes não vieram aos autos no prazo de 10 (dez) dias.

Dei vista dos autos à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República que oficiou a fls. 70, assim:

«1. Nada temos a opor aos fundamentos da petição inicial.

2. Não foram prestadas as informações da autoridade impetrada. Operou-se a preclusão do poder de informar.

3. Estamos em que seja julgada procedente a ação proposta.»

Os autos já estavam conclusos, a fim de ser postos em mesa para julgamento, quando chegou o ofício nº 31-80, do Juiz Federal Carlos David Santos Aarão Reis, recebido em 28-5-80. Diante da informação da Secretaria, de que o prazo para prestação das informações esgotara-se no dia 22-5-80, 5ª Feira, mandei juntar, por linha, o ofício do magistrado.

A manifestação dos litisconsortes, apresentada ao protocolo do Tribunal no dia 27-5-80, não obstante fora do prazo de 10 dias, mandei juntá-las aos autos, já que, segundo entendo, os litisconsortes passivos necessários podem intervir a qualquer momento. A petição dos litisconsortes está a fls. 72/88, com os documentos de fls. 89/128.

O Dr. Juiz, nas informações que mandei juntar, por linha, por terem sido apresentadas fora do prazo legal, aduz que a União é parte ilegítima para ajuizar o mandamus. Segundo o Dr. Juiz, seria incoerente que a União pudesse impetrar mandado de segurança que é reservado para proteção dos cidadãos. Não seria possível a União requerer mandado de segurança contra ato judicial. «Seria uma pessoa jurídica de Direito Público interno impetrá-lo contra um de seus próprios órgãos». Por outro lado, não haveria direito líquido e certo a ser protegido. Diz, ainda, que a União não provou a propriedade do prédio cuja demolição ordenou. Não há prova no sentido de que o prédio estivesse na iminência de ruir ou ter perdido o valor econômico. Sustenta o Dr. Juiz, ademais, a impossibilidade de utilização do mandado de segurança contra atos jurisdicionais. Que a suspensão do ato administrativo é decisão, contra a qual cabe agravo de instrumento.

Convém esclarecer, aliás, que a União interpôs o competente agravo de instrumento. Destarte, é incabível o mandado de segurança, incabível mesmo se o recurso não tem efeito suspensivo. De outro lado, não há qualquer dano irreparável para a impetrante, se executado o ato impugnado. Se já recorreu da decisão, não poderia pretender ajuizar mandado de segurança. Ademais, há irregularidade na representação processual da União porque, segundo consta das informações, o Dr. Juiz não conhece os signatários da inicial do mandamus e não sabe se os mesmos são Procuradores da República. Argumenta, a seguir, que é possível atacar, por via de ação popular, omissão lesiva. O prédio não está na iminência de ruir por si mesmo, nem foi aconselhada sua demolição, mesmo porque, desde a sustação da demolição até hoje (dois meses) o prédio não ruíu. Sustenta, sob o título, «o valor econômico do prédio e a omissão lesiva», que «a omissão da impetrante foi não inscrever no livro do tomo um prédio que, alegadamente, tem um valor histórico. A lesão, em consequência da omissão, consistiu na demolição do imóvel. Que tenha o prédio perdido todo o valor econômico, como sustenta a impetrante, é pelo menos duvidoso». Diz que o valor econômico do prédio só seria apurado mediante perícia. Há, portanto, lesão decorrente da omissão. Há valor histórico a ser protegido, mesmo porque o valor histórico é antecedente ao tombamento e pode o valor histórico ser apreciado judicialmente. A omissão em não tomar a coisa, é causa de lesão. Argumenta, também, que o direito de propriedade da impetrante não é absoluto. Sustenta, outrossim, que a suspensão liminar do ato, em ação popular, independe de audiência prévia da União (Lei nº 4.717-65, art. 5º, § 4º, acrescentado pelo artigo 34 da Lei 6.513, de 20-12-77).

Acrescenta que o pedido da impetrante ofende a independência judicial e não é possível ao Tribunal deferir a segurança para o fim de ser declarado extinto o processo da ação popular, sob pena de ser eliminado um grau de jurisdição.

Os assistentes litisconsorciais passivos, na longa petição de fls. 72-88, sustentam (lê).

Despachei, em seguida, a fls. 130 e v., determinando que fosse dada vista dos autos à Subprocuradoria-Geral, assim:

«A manifestação dos litisconsortes passivos necessários será considerada no julgamento do «writ». Este é o meu entendimento. As informações do apontado coator, não obstante apresentadas a destempo, também poderiam sê-lo, já que a questão será levada à apreciação do Plenário. Por tais considerações, é razoável que o Ministério Público Federal se manifeste, vez que o seu parecer de fls. 70 foi dado anteriormente à juntada, aos autos, da petição dos litisconsortes e antes da juntada, por linha, das informações da autoridade apontada coatora. É razoável, pois, repetir, que o fiscal da lei de tudo tenha conhecimento e ofereça o seu parecer. Dê-se vista à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.»

Oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 132/133, em parecer do Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fontelles, da seguinte forma:

«O Ministério Público Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 89.456-RJ, em que é requerente a União Federal e requerido o Exmo. Sr. Juiz Federal da 3ª Vara, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, à vista do respeitável des-

pacho do eminente Ministro-Relator (fls. 130/130v), vem pronunciar-se quanto à minifestação de fls. 72 a 95.

Preliminarmente, não há que se admiti-la, a título de informações de litisconsórcio necessário, porque a decisão da causa não acarreta obrigação direta para os postulantes. Essa, a jurisprudência predominante do Colendo Supremo Tribunal Federal, v.g. o venerando acórdão no RE nº 88.774-MG, de que foi Relator o eminente Ministro Cunha Peixoto, e cuja ementa é a seguinte:

«Litisconsórcio necessário — Improcedência da pretensão.

Inexiste litisconsórcio passivo necessário quando a decisão da causa não acarrete obrigação direta para o terceiro chamado à lide.

Recurso Extraordinário conhecido e provido» (1ª Turma, 14-9-1976, Diário da Justiça de 31-12-1976, pág. 11.243).

Quanto aos fundamentos do pedido litisconsorcial, são os mesmos da ação popular proposta, especialmente no que se refere à consideração de que o prédio que fora ocupado pela UNE entremostraria «por todos os ângulos (...) seu valor histórico, artístico, cultural e Econômico.» (sic).

Reporta-se o Ministério Público à inicial da União Federal, para reafirmar que não tem o prédio em referência valor cultural, histórico e artístico (v. docm. nº 9 acostado à inicial).

Diante do exposto, o Ministério Público Federal, reportando-se aos fundamentos do pedido de ação de Mandado de Segurança, manifesta-se pela sua procedência.»

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator):

Preliminarmente, ponho em mesa a questão seguinte: os autores da ação popular são litisconsortes passivos necessários.

O que se pretende com o presente «writ» é de forma imediata, a cassação da decisão judicial que concedeu medida liminar nos autos de uma ação popular ajuizada por Helder Paraná do Coutto e outros, medida liminar esta consistente em impedir a demolição do prédio sito à Praia do Flamengo 132, no Rio de Janeiro de forma mediata, que seja julgado extinto o processo de ação popular, conforme o previsto no artigo 295, II, CPC.

Isto é o que pode ser deduzido da leitura do item 21, alíneas a até d, da inicial (fls. 14/15 — lê).

Sendo assim, é inegável que os autores na referida ação popular são litisconsortes passivos necessários (Lei nº 1.533/51, art. 19; CPC, arts. 46 e 47).

Destarte, ratificando o meu despacho de fls. 130 e v., entendo que a manifestação dos litisconsortes, às fls. 72-88, que foi lida, deve ser considerada no julgamento do presente «writ».

## II

Ponho, outrossim, outra preliminar em mesa.

As informações da autoridade judicial apontada coatora, que constam do relatório, foram apresentadas a destempo, conforme informação da Secretaria, às fls. 100, do apenso.

Apresentadas a destempo, devem ser consideradas no julgamento?

Entendo que não.

Porque a lei é expressa no sentido de que a autoridade coatora deve prestar as informações no prazo de 10 (dez) dias (Lei nº 1.533/51, art. 7º, I, com as alterações das Leis nºs 4.166, de 1962 e 4.348, de 1964).

Ora, os atos judiciais têm momentos próprios. Não utilizados, a tempo e modo, são apanhados pela preclusão.

Esta a razão por que não determinei a juntada das informações, senão o seu pensamento, por linha, aos autos.

Todavia, não obstante não terem sido prestadas as informações no prazo legal, isto não implica em ficta *confessio* dos fatos alegados pela autora.

Em trabalho que escrevi sobre o assunto, tive a oportunidade de dizer:

«Segundo o magistério de Celso Barbi, «os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC, para a distribuição do «ônus da prova» aplicam-se em sua plenitude ao mandado de segurança», mas «a

falta de contestação ou sua intempestiva apresentação não implica em ficta *confessio* dos fatos alegados pelo autor», já que a regra do art. 319 «não é passível de aplicação em procedimentos regidos por leis especiais e que, por suas características, não se coadunem com aquele princípio», aplicação que somente seria possível mediante norma expressa (34). Parece-nos correta a explanação do eminente professor mineiro, mesmo porque é condição da ação de segurança o direito líquido e certo. Direito líquido e certo, por outro lado, é o que deflui de fatos incontrovertidos. Assim, com a inicial, devem os fatos ser provados, documentalmente (34-A). («Do mandado de segurança», in «Revista da OAB-DF», Brasília, nº 8, de 1979, pág. 9).

Nesse sentido, em verdade, é o que parece resultar do julgamento da AMS nº 70.186-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho («(Rev. do TFR», 53/147).

No RE nº 71.658-PR, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, a Corte Suprema decidiu:

«1. Abono de permanência. Ferrovário. 2. Mandado de Segurança. Impetração mal instruída e desacompanhada de qualquer prova. Em mandado de segurança, a regra de que o fato alegado e não contestado se presume verdadeiro deve ser encarada com grande reserva.

Recurso Extraordinário não conhecido». (RTJ, 70/714).

Destaco, então, a preliminar: as informações do apontado coator,

porque apresentadas a destempo, não devem ser consideradas. Todavia, isto não importa em ficta confissão dos fatos alegados pelo autor, por isso que a regra do art. 319 do CPC não tem aplicação no procedimento da ação de segurança.

### III

Passo ao exame do «writ».

De início, reconheço que a União pode ser autora de mandado de segurança. A regra é que «a capacidade de ser parte obedece, em princípio, às mesmas regras aplicáveis às ações em geral, isto é, podem ser autores em mandado de segurança a pessoa natural, a pessoa jurídica, a massa falida, a herança, a sociedade sem personalidade jurídica, o condomínio de edifício e a massa do devedor civil insolvente». (Celso Barbi, «Do Mandado de Segurança», Forense, 1976, 3ª ed., pág. 166).

### IV

Dispõe o § 4º do art. 5º da Lei nº 4.717, de 29-6-1965, que regula a ação popular, com a redação do art. 34 da Lei nº 6.513, de 20-12-77 que, na defesa do patrimônio público, caberá suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

Segundo Hely Lopes Meirelles, na sua preciosa obra «Mandado de Segurança e Ação Popular», RT, 6ª ed., 1979, pág. 83-85, «conquanto plenamente justificável esse provimento cautelar, como já o havíamos proposto no anteprojeto com o qual colaboramos para a feitura da Lei de Ação Popular, não podemos aplaudir o enxerto do parágrafo em exame, porque feito sem exigência de requisitos mínimos para a concessão da

liminar, nem fixação do prazo para sua vigência, nem indicação do recurso cabível desse despacho. Sem esses condicionamentos, a liminar, ao invés de apresentar-se como um instrumento de proteção ao patrimônio público, erige-se numa perene ameaça à Administração, pela possibilidade sempre presente de paralisação de suas obras e serviços — sem limites legais, sem prazo e sem recurso por simples arbítrio do juiz, em decisão soberana e irrecorrível».

Conclui, então, o eminente administrativista por sustentar que à liminar em apreço aplicam-se, por analogia, as regras processuais que disciplinam a concessão da liminar em mandado de segurança, «os mesmos fundamentos justificadores da medida, o mesmo prazo de vigência e os mesmos recursos (pedido de cassação ao Presidente do Tribunal competente para julgar o recurso de mérito e, subsequentemente, agravo regimental para o Plenário, se cassada a liminar)». Porque, segundo o mesmo autor, «sem esses controles, a liminar ora instituída deixa de ser um provimento de proteção ao patrimônio para erigir-se em ato de arbítrio do juiz, inaceitável dentro da ordem jurídica vigente». (Ob. cit., págs. 84-85).

Concordo com o eminente tratadista na premissa.

Em verdade, não seria possível conceber a concessão da medida liminar como simples arbítrio do juiz.

Divirjo, todavia, na forma de controle que o douto administrativista concebe para a liminar na ação popular: aplicação, por analogia, das regras processuais que regem a concessão da liminar em mandado de segurança.

O que acontece, segundo penso, é que a cautelar em apreço deve ser examinada segundo as regras da lei adjetiva civil que regem o processo cautelar.

Anteriormente à Lei nº 6.513, de 20-12-77, art. 34, que passou a admitir a liminar na ação popular, já se propugnava, aliás, pelo cabimento dessa medida cautelar, pretensão que se rejeitava, ao argumento fundamental de que a Lei 4.717, de 1965, não a contemplava. Impossível seria, por conseguinte, a aplicação das regras concernentes à liminar no mandado de segurança, tendo-se em vista a natureza ordinária da ação popular.

Assim decidi, por exemplo, a Corte Suprema, no RE nº 80.057-MG, Relator Ministro Leitão de Abreu:

«Ação popular. Concessão liminar. Não cabimento da suspensão do ato impugnado nos termos em que isso é autorizado em relação ao mandado de segurança.

Recurso Extraordinário não conhecido». (RTJ. 76/868).

No parecer do então Subprocurador-Geral, José Fernandes Dantas, hoje eminente Ministro desta Corte, subscrito pelo douto Relator, Ministro Leitão de Abreu, ficou dito:

«Doutra parte, por mais que a doutrina justifique o remédio liminar para a espécie, levando-se em conta o interesse público que a envolve, o certo é que o legislador o ignorou deliberadamente, como noticia o Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra Mandado de Segurança e Ação Popular, conforme trecho transcrito à fl. 5.

Por isso, pesa de fato a natureza ordinária da ação para repelir a comentada suspensão *in limine*, a qual, ainda por homenagem devida à presunção de lisura dos atos administrativos, não se recomenda a adoção.

Essas natureza e presunção de certo que não impedem, para casos extremos, as medidas cautelares que se fizerem prementes. Mas tais medidas, ao invés de serem buscadas na analogia com as ações especiais, necessariamente terão de se acomodar ao direito positivo, remetidas, conforme o caso, aos pressupostos e formalidades reguladas pelo diploma processual, no particular das medidas cautelares (Livro III do Código de Processo Civil), decretadas, via de regra, com a prévia audiência da parte (art. 797), com o que não se compatibiliza a concessão liminar da suspensão de efeitos do ato de autoridade».

(RTJ, 76/869-870).

Ora, sendo assim, já autorizada, hoje, a medida liminar, certo, todavia, que não seria possível concebê-la como simples arbítrio do juiz, mesmo porque os atos administrativos presumem-se legítimos, lícitos; considerando, noutra perspectiva, a natureza ordinária da ação popular, a solução que nos parece razoável é aquela que submete a cautelar em apreço aos pressupostos e formalidades do processo cautelar, artigos 796 e seguintes do CPC.

V

No voto que proferi, por ocasião do Julgamento do MS nº 83.423-DF, de que fui relator, acolhido, unanimemente, por este Eg. Plenário, estu-

dei o tema das medidas cautelares. Disse eu, então (Rev. TFR, 60/147-153):

«As medidas cautelares são nominadas ou específicas (CPC, arts. 798, 1ª parte, e 813 e seguintes) e inominadas, ou inespecíficas (CPC, arts. 798, 2ª parte, e 799).

Numas e noutras, «somente em casos excepcionais expressamente autorizados por lei, determinará o Juiz medidas cautelares sem a audiência das partes» (CPC, art. 797), assentando o Código, no art. 804, a regra a ser observada para a concessão da medida cautelar, liminarmente, sem a audiência do requerido, verbis:

«É lícito ao Juiz conceder liminarmente, ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer».

Assim, a medida cautelar somente será deferida liminarmente, sem a audiência do requerido, quando:

a) O Juiz verificar que o requerido, sendo citado, poderá tornar ineficaz a medida;

b) neste caso, poderá exigir que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

De se ver, pois, que a concessão da medida cautelar, liminarmente, sem a audiência do requerido, é excepcional. A regra é ser ela precedida de citação ou da audiência do requerido.

Sendo excepcional, deve o Juiz proceder com a máxima cautela, mesmo porque as exceções devem ser interpretadas restritivamente».

De se indagar, pois, se a citação, ou a audiência da União Federal, no caso, poderia tornar ineficaz a medida, consubstanciada esta, conforme vimos de ver, na suspensão do ato que determinou a demolição do prédio sito à Praia do Flamengo, 132.

A respota, data venia, parece-me negativa.

Ouvida a União Federal, o máximo que se poderia fazer seria continuar prosseguindo na demolição. Todavia, por se tratar de prédio de vários andares, cuja demolição se fazia através de meios convencionais, jamais poderia ela tornar ineficaz a medida, mesmo porque o Dr. Juiz poderia assinar-lhe prazo curto para a sua manifestação. Não se deve deslembrar, por outro lado, que a paralisação, ex abrupto, de uma obra pública, cuja legitimidade deve ser presumida, em obséquio ao princípio de que os atos administrativos presumem-se lícitos, até prova em contrário, causa prejuízos aos cofres públicos.

A conclusão a que se chega, então, data venia, é a de que o Dr. Juiz, ao conceder a medida cautelar, sem ouvir a requerida, fê-lo ao arrepio da lei (CPC, arts. 797 e 804), assim praticando ato abusivo de poder.

O Eg. Conselho da Justiça Federal, aliás, na medida cautelar requerida como preparatória da mesma ação, tornara ineficaz a liminar concedida.

O Dr. Juiz, todavia, diante da petição inicial da ação popular, ignorando a decisão do Eg. Conselho da Justiça Federal que decidira justamente a cautelar preparatória da ação popular, reiterou a decisão anteior, concedendo, de novo, a medida cautelar.

Isto, entretanto, data venia, não poderia ter feito

A uma, porque lhe cumpria, até que fosse revogada a decisão do Conselho, que poderia ser atacada através de mandado de segurança a ser julgado por este Plenário, acatar a referida decisão.

Os requerentes da medida cautelar preparatória da ação popular, é certo, agiram em conformidade com a lei processual: requereram a cautelar preparatória. Concedida, houve o pedido de correição parcial, medida processual prevista em lei (Lei nº 5.010/66, art. 6º I). O Eg. Conselho, no uso de faculdade legal, cassou a cautelar (fls. 24). Não poderia o Dr. Juiz, portanto, reiterar a decisão já cassada. E o que é pior: reiterou-a, com inobservância de regras processuais (CPC, art. 797 e 804).

O ato impugnado, pois, é flagrantemente ilegal.

## VI

Há mais. A ação popular, sabemos, somente se viabiliza diante da ocorrência de três requisitos: a condição de cidadão brasileiro do autor; a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, vale dizer, que o ato seja contrário ao direito; e seja ele lesivo ao patrimônio público. Fora dos casos em que a lesividade é presumida (Lei nº 4.717/65, artigo 4º), «para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se nulo de pleno direito», o que não ocorre, no caso; «nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular». (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., ps. 69/70). Neste sentido, aliás, o voto que proferi, na 3ª. Turma com o acolhimento dos meus eminentes pares, na AC nº 42,91-CE, de que fui relator.

A ação popular ajuizada pelos litisconsortes passivos desta segurança assenta-se, basicamente, em dois argumentos:

a) o prédio cuja demolição foi determinada pela União Federal tem valor histórico e cultural;

b) esse prédio foi desapropriado por “necessidade social” “Demolido o prédio, deixarão de subsistir os motivos da expropriação e a União será compelida a devolvê-lo ao expropriário, nos termos do art. 1.150 do Código Civil E no local onde atualmente funciona um Centro de Artes, com 4 teatros, nascerá mais um “espigão”

Daí, o pedido constante da inicial, assim escrito:

### Do pedido

A presente ação objetiva, em primeiro lugar, manter íntegro o edifício sito na Praia do Flamengo 132, bem patrimonial da União Federal, bem como obrigar os réus, solidariamente, a restaurar o que foi danificado no imóvel, reconduzindo-o a seu status quo anterior e ainda a reparar todos os prejuízos sofridos pela União.

Desses objetivos decorrem as seguintes pretensões colaterais:

a) apuradas as responsabilidades, proporcionar a instauração da ação penal contra os agentes do crime de dano contra o bem patrimonial da União;

b) a anulação do contrato estabelecido entre a União — representada pelo seu Serviço de Patrimônio — e a V.P. Lima Demolições, para o derrubamento do prédio;

c) ver reconhecida, a completa estabilidade e segurança do referido prédio, e, conseqüentemente, a ilegalidade do ato demolitório, já até mesmo contratado e iniciado;

d) promover o retorno das escolas de lá transpostas para lugar apropriado ao seu funcionamento, ou fazer com que o Poder Público dê outra destinação ao imóvel, compatível com o seu caráter histórico e cultural, justamente para evitar que se tente a sua transferência para a esfera dos bens patrimoniais disponíveis, transformando-o em coisa mais oportunamente alienável». (fls. 30/31).

## VII

Data venia, os argumentos não demonstram nem a lesividade do ato e nem a sua ilegitimidade.

Vejamos.

Em verdade, dispõe a Constituição, art. 180 e seu parágrafo único:

«Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas».

Só constitui, todavia, patrimônio histórico e artístico nacional, segundo dispõe o art. 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei nº 25, de 30-11-1937, «o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico», certo que «os bens a que se refere o presente só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo de que trata o art. 4 desta lei: «Dec.-Lei nº 25, de 1937, art. 1.º § 1.º).

O tombamento, segundo ensina Cid Heráclito de Queiroz,

«efetiva-se... após a competente homologação do Ministro da Educação e Cultura, de acordo com o disposto na Lei nº 6.292, de 15-12-75, pela inscrição do bem no Livro Tombo, mantido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional IPHAN, órgão do Ministério da Educação e Cultura.

Continua o douto administrativista:

«15. Tais bens integram-se ao patrimônio histórico e artístico nacional, a que se refere a lei, mediante o tombamento, ou seja, a inscrição, o assentamento num dos livros do Tombo: Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, Tombo Histórico, Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas. O tombamento, no dizer de J. Cretella Júnior, é um «ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo», fundamentado «no poder de polícia do Estado, que possibilita as limitações, em razões de interesse público» (in «Bens Públicos»). (Cid Heráclito de Queiroz, «Tombamento», RDP, 39/40, pág. 83).

Há prova, nos autos, às fls. 37, que «o prédio da Praia do Flamengo, nº 132, ... não está tombado, nem consta qualquer pedido a respeito nesta Delegacia». (fls. 37).

Sendo assim, cai por terra o primeiro argumento dos autores da ação popular.

Sustenta-se, todavia, que a União ter-se-ia omitido no tombamento.

A certidão de fls. 37, entretanto, deixa claro que não existe nenhum pedido de tombamento do prédio.

Por outro lado, o simples fato de o prédio ter sido sede, durante alguns anos, de uma entidade estudantil, só isto, data venia, não lhe confere va-

lor histórico, sendo certo, outrossim, conforme a própria inicial da ação esclarece, desde o ano de 1964, há cerca, portanto, de 16 anos, que não é mais o citado prédio sede da entidade estudantil mencionada na referida inicial a UNE.

### VIII

De esclarecer-se, ademais, que o prédio objeto da demanda está, em verdade, em precário estado.

Neste sentido, o parecer do «Assessor Engenheiro» José Luiz Sauerbronn, às fls. 16-17, que conclui assim o seu parecer técnico:

«5. Aproveitamos a oportunidade para alertar V. Sa., que, pela precariedade do estado geral do prédio, associada a subdivisões internas e acréscimos externos feitos de forma empírica, o prédio oferece condições mínimas de segurança quanto à circulação interna e saída de emergência do grande número de usuários, não devendo haver aumento do seu número ou concentração dos mesmos, o que implicaria em sérios riscos. Basta lembrar que as portas que levam do auditório à via pública não atendem às disposições do Corpo de Bombeiros».

O Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, outrossim, assim se manifestou, conforme «certificado de despacho nº 089/1980», de 13-03-1980, às fls. 18:

«O prédio vistoriado não apresenta as condições mínimas de segurança exigidas pela legislação em vigor, previstas no Decreto Estadual nº 897, de 21 de setembro de 1976.

Torna-se necessária a substituição, com a respectiva adequação, de todo o material de prevenção e combate a incêndio, além de uma

revisão das instalações elétricas de todo o prédio, bem como a remoção de diversos materiais altamente combustíveis que se encontram estocados.

O prédio encontra-se em precárias condições de estabilidade, devendo ser interdito até o cumprimento de todas as medidas de segurança (contra incêndio e estruturais)».

Sendo assim, não se pode acoirar de ilícito o procedimento da União Federal em pretender demolir um prédio de sua propriedade, «em precárias condições de estabilidade, devendo ser interdito até o cumprimento de todas as medidas de segurança (contra incêndio e estruturais)». (Certificado do Corpo de Bombeiros, fls. 18).

O ato administrativo, no caso, é discricionário: diante da precariedade do prédio, poderia a União optar por uma dessas soluções: recuperá-lo, reformando-o, se entendesse que essa seria a medida mais econômica; ou demoli-lo, se entender que tal medida é melhor, sob o ponto de vista econômico. Ao Judiciário, data venia, não cumpre substituir o arbítrio administrativo pelo arbítrio judicial.

### IX

O segundo argumento dos autores da ação popular é este: o prédio fora desapropriado «por necessidade social». Demolido, teria a União que «devolvê-lo ao ex-proprietário nos termos do art. 1.150 do Código Civil.

Com a venia devida, a questão não é bem assim.

Em verdade, no direito brasileiro, anteriormente ao Código Civil, seria possível a retrocessão, se o bem desapropriado não fosse utilizado na finalidade específica da desapropriação.

No caso, segundo o Decreto nº 45.050, de 13-12-1958, transcrito na manifestação dos litisconsortes passivos, às fls. 81, o imóvel foi declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação, pela União Federal, destinando-se o imóvel «a abrigar a Campanha de Assistência ao Estudante (CASES), órgão do MEC, Ministério da Educação e Cultura». (fls. 81).

Dizíamos; anteriormente ao Código Civil, entendia-se possível a retrocessão, se o bem desapropriado não fosse utilizado na finalidade específica da desapropriação. (Rev. dos Tribs. 36/128-149). O entendimento baseava-se no art. 855 da Consolidação das Leis Civis.

Todavia, o que prevalece hoje é o seguinte: se o bem desapropriado é utilizado em uma finalidade de interesse público, não obstante outra que não a prevista no processo de desapropriação, não há que se falar em retrocessão. E que a ocorrência de novas circunstâncias, com alteração do interesse coletivo, podem impor afetação outra.

Assim prelecionam os doutores (Carlos Medeiros Silva, «Desapropriação» Rev. Forense, 153/81; Eurico Sodré, «Retrocessão», in «A Desapropriação», 3ª Ed., Saraiva, 1955, p. 57; E. Chamoun, «Da retrocessão nas desapropriações» 1959, p. 74; Cretella Júnior, «Tratado de Dir. Administrativo», IX/165-6; Themistocles Brandão Cavalcanti, «A Constituição Federal Comentada», III/145).

A Corte Suprema não tem discrepado do entendimento: RE-57.315, RTJ 42/195; RE-67.079, RTJ, 53/43; RE 64.559, RTJ, 57/46; AR 709, RTJ 59/631; RE 74.717, RTJ 66/250; ERE 74.717, RTJ, 74/95.

Na Dissertação de Mestrado em que o Professor Múacir Antônio Machado da Silva obteve o grau de Mestre, na Universidade de Brasília, e que tive-

mos a oportunidade de examinar, como integrante da Banca Examinadora, a questão está proficientemente exposta, às fls. 102 e seguintes. Ali, o Mestre fez laboriosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, concluindo assim:

«No Direito brasileiro, como se acentuou, a reversão jamais tem cabimento quando o bem foi afetado a uma finalidade de interesse público, embora diversa da prevista no processo de desapropriação». (pág. 105).

Destarte, somente no caso de a União não destinar o bem expropriado a uma finalidade pública, é que poderia ocorrer a possibilidade de retrocessão.

Isto, todavia, nem alegado foi.

E se a União, após demolido o prédio, não destinar ao terreno, ou ao novo prédio que poderá no terreno ser construído, uma finalidade pública, terão os cidadãos brasileiros o direito de chamá-la a Juízo, em ação popular.

Isto se diz, todavia, em tese.

Porque não é este o momento adequado para se tomar posição em torno do assunto. Por ora, laboramos com base em meras conjecturas.

## X

A jurisprudência desta Egrégia Corte, iterativa e firme, é no sentido de que, se da decisão judicial cabe, apenas, recurso sem efeito suspensivo, demonstrando o impetrante que o dito recurso foi interposto a tempo e modo, e demonstrando, mais, que o ato judicial é lesivo e insuportável até que o Tribunal ad quem se manifeste na apreciação do recurso interposto, e existindo possibilidade de irreparabilidade do dano decorrente do ato, ou ainda, em caso de evidente ilegalidade deste, deve ser admitido o mandamus, para

que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas do ato ilegal ou abusivo de poder, ou para que, pelo menos, seja dado efeito suspensivo ao recurso interposto. (MS nº 80.484, Relator Ministro Paulo Távara; MS 84.521, Rel.: Min. Carlos Mário Velloso, DJ de 16-2-79; MS nº 82.564, Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Rev. TFR, 61/200; MS nº 83.574, Rel.: Min. Carlos Madeira. Rev. TFR, 60/153; MS nº 83.618, Rel.: Min. Armando Rollemberg. Rev. TFR, 63/207; MS nº 86.054, Rel.: Min. Aldir Passarinho, Rev. TFR, 65/211).

In casu, não custa lembrar: o ato impugnado foi praticado ao arripio da lei: a cautelar foi concedida com inobservância da lei processual e representou, simplesmente, reiteração de ordem cassada pelo Conselho da Justiça Federal, estando de pé a decisão do Conselho; há possibilidade de dano irreparável à União: as obras estão paralisadas, com prejuízo para os cofres públicos, não podendo, ademais, ser descartada a possibilidade de o prédio ruir. Por outro lado, a União Federal interpôs, a tempo e modo, conforme a própria autoridade apontada coatora esclareceu, o recurso admissível. Por derradeiro e, ao cabo, relembre-se, também, que a ação popular, na qual foi deferida a cautelar, não apresenta os requisitos que poderiam viabilizá-la, por isso que o ato impugnado não é lesivo ao patrimônio da entidade pública, nem é ilegítimo, ou contrário ao direito. A ação popular, no caso, portanto, age em sentido contrário à sua finalidade (C.F., art. 153, § 31; Lei nº 4.717/65, art. 1º). Disto decorre, ao que penso, tal como sustenta a impetrante, não terem os autores da ação legitimidade para ajuizá-la. O seu prosseguimento, por conseguinte, representaria uma inutilidade, motivo por que a inicial deveria ter sido indeferida (CPC, arts. 3º e 295, II).

Diante do exposto, conheço do pedido e defiro.

#### EXPLICITAÇÃO DE VOTO PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE DA IMPETRANTE

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Sr. Presidente, o Mandado de Segurança é impetrado pela União Federal e a inicial está assinada pelo Procurador-Geral da República e por um ilustre Subprocurador-Geral da República. Nenhum de nós ignora que o Procurador-Geral da República e o Subprocurador-Geral da República, além de serem agentes do Ministério Público, são, também, representantes judiciais da União Federal, ou advogados desta.

De sorte que tenho como legítima a representação da União.

#### ESCLARECIMENTOS APÓS PROCLAMADO O RESULTADO:

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Srs. Ministros: Proclamado o resultado, quanto ao mérito, o Sr. Subprocurador-Geral da República vem de objetar-me que o pedido da União é mais amplo, havendo o mandado de segurança sido concedido também para julgar desde logo, extinto o processo da ação popular. Como não entendi, dessa maneira, o voto do ilustre Ministro Relator, tomo de S. Exa. e dos demais Srs. Ministros os esclarecimentos sobre a extensão dos votos proferidos. Dou, para tanto, a palavra ao eminente Ministro Carlos Mário Velloso.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, é por isso que eu disse que a inicial da segurança contém um pedido imediato e um pedido mediato, quer dizer, ela pede algo de forma imediata e algo de forma mediata.

Leio a inicial: (lê).

Realmente, deferi, como estou deferindo o «writ», de forma ampla, sem restrição.

O Sr. Ministro-Presidente José Né-ri da Silveira: Dessa maneira, V. Exa. deferiu o «writ» como proclamei, para cassar a medida liminar, mas V. Exa. também julga, desde logo, extinto o processo, segundo agora entendendo da extensão de seu douto voto.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Mesmo porque não vejo outra forma, já que, na ação popular, o pedido fundamental é para demolir. Se caso a cautelar, o prédio será demolido e a ação perde o seu objeto.

O Sr. Ministro Presidente José Né-ri da Silveira: Todo o Tribunal esteve de acordo com V. Exa. no sentido da cassação da liminar. Daí, porque eu proclamei o resultado, dizendo que foi concedido o mandado de segurança para cassar a medida liminar concedida na ação popular. Esclarecido o voto do eminente Relator, colho, a esse propósito, também os esclarecimentos dos demais julgadores.

Sr. Ministro Sebastião Reis queira proferir dessa maneira, o seu esclarecimento de voto.

## VOTO MÉRITO

Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: O decreto liminar, destinado a preservar a situação de fato, para que a ação popular possa alcançar sua finalidade, era já reconhecido necessário por entendimento doutrinário e jurisprudencial.

A Lei nº 6.513, de 20 de novembro de 1967, em seu art. 34, ao acrescentar o § 4º ao art. 5º da Lei nº 4.717-65 que precisamente regula a ação popular, veio afastar as hesitações que ainda perdurassem, e verdade seja

dita, malgrado tudo, ainda subsistem. Hoje não pode haver dúvida razoável quanto ao cabimento de decreto liminar, em ação popular.

Não há, data venia, com o maior respeito às doudas opiniões contrárias, como assemelhar este decreto ao decreto liminar do mandado de segurança, para se vislumbrar possibilidades de suspensão deste ato, conferido aos Presidentes dos Tribunais pelas normas que regulam tão-somente o mandado de segurança.

Trata-se, na verdade, de atos baseados em pressupostos distintos e voltados a finalidades diversas. Se isto não bastasse, é bem de ver que os órgãos do poder público somente podem eficazmente fazer aquilo para que se acham legalmente autorizados. Não havendo disposição legal que confira a Presidentes de Tribunais o poder de sustar os decretos liminares das ações populares, não nos filiamos entre aqueles que admitem a possibilidade de extensão deste poder.

Este entendimento tem sido já prestigiado, aliás, por precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal, notadamente aquele oportunamente mencionado no douto voto do Sr. Minsitro Relator, RTJ-76, acórdão de que foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu e que se utilizou até mesmo de parecer, em idêntico sentido, do hoje eminente Ministro José Dantas.

Por outro lado, não vejo (e o digo com maior respeito ao eminente Relator deste feito) como sujeitar a apreciação destes incidentes procedimentais da ação popular a preceitos próprios do processo cautelar, dada a diversidade de pressupostos e de finalidades de cada um dos institutos, uma vez que não há cogitar de perigo da demora, razão específica da tutela jurisdicional própria do processo cautelar, para vislumbrá-lo

no caso de ação popular, processo de sentença e portanto de conhecimento exaustivo.

Concluo não haver razão para entender a disciplina normativa própria do processo cautelar à ação popular; nem motivos de ordem prática para aproximar o processo da ação popular ao da ação cautelar, em virtude da alegada indeterminação do prazo de vigência do decreto liminar.

A verdade é que lei recente, de 1977, que acrescentou o § 4º ao art. 5º da Lei da ação popular, bem poderia ter efetuado estas remissões, agora sugeridas no douto voto do eminente Ministro Relator: sugestões estas de que não estou em condições de saber se foram ou não apreciadas ou rejeitadas pelo legislador, no tempo próprio.

A lei da ação popular estabeleceu rito próprio e fixou prazos rígidos, **maxime** para os atos do Juiz; estabeleceu mesmo penas severíssimas para o juiz que dirige o processo da ação popular e retarda seu andamento. A ação popular tem seu modelo procedimental cuidadosamente estabelecido na lei e o Ministério Público, proibido, aliás, de defender o ato atacado na ação popular, se acha por esta mesma lei instrumentado de poderes para reclamar a observância dos prazos processuais. Portanto, não posso aceitar, com a máxima vênia, a objugatória de que o decreto liminar em ação popular seria ato arbitrário, porque destituído de prazo de eficácia.

Isto, para a apreciação do tema, em tese.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Vossa Excelência acharia razoável deixar ao mero arbítrio do Juiz a concessão, ou não, de uma medida liminar que poderia paralisar obras públicas? Eu fiz uma contrução. Também não admito que as

regras concernentes à liminar do mandado de segurança sejam estendidas à liminar da ação popular e dei, inclusive, os argumentos: a ação popular tem caráter ordinário e, dada esta natureza, o Supremo Tribunal não admitia essa liminar, nos moldes da liminar do Mandado de Segurança. De sorte que, tentando encontrar para a liminar da ação popular, um certo procedimento legal, um certo «due process of law», a fim de evitar o arbítrio judicial, é que acho que devo construir no sentido de que esta liminar deve ficar sujeita às mesmas regras das medidas cautelares ou às mesmas regras que disciplinam o processo cautelar.

Este é o meu argumento. Aliás, os autores da ação popular concordam com a tese, tanto que entraram com o pedido de medida cautelar, preparatória da ação popular, e o Juiz, decidindo a medida cautelar, preparatória desta ação popular, a deferiu, e o Egrégio Conselho da Justiça Federal, na sua alta sabedoria, cassou a decisão.

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Passando ao mérito da impetração, verifico que a decisão atacada não faz senão, em seu conteúdo, reproduzir o decreto liminar da ação cautelar.

De fato, o despacho de folhas 33 a 36, no seu núcleo, não é senão a reiteração do despacho anterior que fora cassado pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal. Não há nenhum acréscimo de fundamento novo que tivesse sido apreciado pela autoridade coatora e que pudesse legitimar, portanto, a adequação do ato atacado à situação exposta naquela demanda.

Por este fundamento, concedo a segurança.

#### ADITAMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente: Desejo fazer

pequeno aditamento ao meu voto. Isto se justifica, primeiro, porque fui muito parcimonioso na enunciação de meu voto, omitindo seus fundamentos, mesmo porque supus fosse aquele entendimento vitorioso nesta assentada.

Dado o curso que tomou o pronunciamento do Tribunal, e a relevância do tema, sinto-me na necessidade de explicitar as razões de meu entendimento. Primeiramente, no tocante à questão propriamente preliminar, deixo consignado que a legitimidade de parte em ação popular é matéria preliminar de estreitíssima apreciação. É sabido que a doutrina brasileira, neste ponto preconizada por algumas de nossas melhores expressões no tema, como Galeno Lacerda e Calmon de Passos, entende impossível separar, de modo nítido, certas condições de ação do próprio mérito. A legitimidade do autor da ação popular é daquelas que admitem e exigem esta separação, porque o autor da ação popular é substituto processual: ele exerce a ação em nome próprio e é movido por interesse próprio enquanto cidadão; mas o direito que ele postula não lhe pertence. O fato de os autores virem alegar que o ato demolitório é nulo, é lesivo, este fato não nos habilita, data maxima venia, no momento, a dizer que estas pessoas não são partes legítimas para a ação popular. São cidadãos brasileiros representados por advogado. É o que basta para o exame da preliminar em ação popular e nisto está de acordo a unanimidade da doutrina brasileira.

Passo à outra preliminar, que é o interesse de agir. Este, como esclarece Buzaid, é a necessidade de sentença para evitar um dano. A paralisação da obra (demolição) somente pode ser obtida por sentença. Portanto, não se pode afastar a ocorrência do interesse de agir.

Por derradeiro, não cabe nesta oportunidade entrar no mérito da ação popular, digo-o com o maior respeito. Este adiantamento de exame do mérito pode realmente tentar o julgador em mandado de segurança, dada a proximidade entre o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Mas no *habeas corpus* a situação é bem diversa. No *habeas corpus*, em princípio, há direito líquido e certo que não precisa ser demonstrado pelo paciente, a saber, seu direito subjetivo público de liberdade, que a Constituição assegura a quem quer que esteja sob a jurisdição brasileira. Assim, qualquer paciente em *habeas corpus* é, acima de qualquer prova, titular do direito subjetivo público de liberdade e, a simples instauração de uma ação penal estabelece para o réu, que neste caso seria o paciente do *habeas corpus*, severíssimas restrições de liberdade, porque o réu da ação penal está sujeito a comparecer perante o Juiz quando ele determina para interrogatório, não pode ausentar-se da circunscrição jurisdicional, onde é processado, sem ordem do Juiz. Por isso, é que não se admite a instauração do processo penal no direito brasileiro sem alguma prova do fato imputado ao réu e de sua autoria pelo réu, que justifique a instauração do processo e a restrição de liberdade que só assim, se legitima. Foi por esta razão que, evitando intervir nos debates, dada a extensão do tema, indaguei ao eminente Ministro Gueiros Leite qual seria o direito subjetivo da União, direito líquido e certo que seria ofendido pela existência de uma ação cível popular. Penso que o tema é de extraordinária magnitude, porque este julgado estaria estabelecendo precedente de que é possível, por mandado de segurança, impedir o exercício de ação quando, a existência de tal ação não pode configurar lesão a direito subjetivo líquido e certo da

União, ou seja, de não ser demandada. Tal decisão ofenderia, ademais, o princípio legal do duplo grau de jurisdição, porque mesmo no caso em que o douto Juiz da ação popular viesse a reconhecer um direito à retrocessão, é evidente que a União disporia dos recursos previstos em lei contra tal decisão.

Eis porque não posso conceder segurança para trancamento de ação não penal.

#### VOTO PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente, o litisconsórcio, como definiu Gabriel de Rezende, «é o laço que prende mais de um sujeito como autores ou réus no mesmo processo».

Se, portanto, se trata de decidir sobre existência de litisconsortes, envolvida está a questão da legitimidade do autor que, em primeiro, se apresentou.

Se for vencida esta preliminar de legitimidade, reconhecerei legítimo o litisconsórcio. Atendendo a esta circunstância de que ocorre acumulação de funções, acompanho, na conclusão, o voto do Sr. Ministro Relator, para reconhecer legítima a propositura da demanda e legítimo, também, o litisconsórcio.

É o meu voto.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, estou de acordo com o Ministro-Relator. Também entendo que as informações, uma vez prestadas a destempo, não devem ser consideradas, sem, no entanto, importar em ficta confissão, já que os fatos alegados na inicial da impetração devem estar cumpridamente provados.

#### VOTO PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE

Sr. Presidente, estou de acordo com o Sr. Ministro Relator, porque, na verdade, entendo que o deferimento da impetração se projeta na esfera de direitos dos autores da ação popular.

Nessa ordem de idéias, dou-os como litisconsortes passivos necessários.

#### VOTO MÉRITO

Sr. Presidente, estou de acordo com o voto doutíssimo proferido pelo Sr. Ministro Relator nos antepostos e nas suas ilações, nas suas premissas e nas suas conclusões.

De feito, no relativo ao objeto imediato da impetração-liminar concedida, dou o ato impugnado como ilegal, seja por não ter sido observado o devido procedimento legal, seja porque afronta decisão do Egrégio Conselho de Justiça Federal proferido nos autos da ação cautelar referida no voto do Sr. Ministro Relator.

De outra parte, no pertinente ao objeto imediato da impetração — trancamento da ação popular — também segundo S. Exa. o Sr. Ministro-Relator, tendo em vista as amplas e eruditas considerações aduzidas a propósito do mérito daquela ação. Por fim, entendo medida adequada o uso do mandato de segurança por ocorrerem, *in casu*, os pressupostos de sua admissibilidade, conforme jurisprudência desta Egrégia Corte.

Conheço e defiro a segurança.

#### VOTO ADITAMENTO AO VOTO MÉRITO

Sr. Presidente, no meu voto destaquei estes dois momentos, na ordem de idéias do Sr. Ministro-Relator e deferi a impetração sob os dois objetos pretendidos. Voto de acordo com o Relator *in totum*.

### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Fico de acordo com o Relator, determinando a desanexação das informações.

### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Acompanho o eminente Ministro-Relator. O que é usual, nestes casos, é o Ministério Público, quando de acordo com as ponderações colocadas nas informações, adotá-las. Então, elas são conhecidas e discutidas na apreciação do «writ.»

### MÉRITO

Sr. Presidente: Acompanho o eminente Ministro-Relator. O prédio da Praia do Falmengo não se encontra tombado, nem sequer foi requerido seu tombamento, como salientou o nobre Relator, no voto que proferiu. Portanto, não se tem como adequada, à hipótese, a previsão do § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717-65, na base daqueles fatores que justificam a ação popular sobre maltrato a patrimônio estético, artístico ou cultural. Não fosse isso suficiente, ter-se-ia de ver que laudos técnicos existentes nos autos, segundo esclarecido, demonstram haver perigo de desabamento do prédio, não oferecendo ele condições de segurança.

Inexistindo aqueles fatores mencionados mas, principalmente, havendo o risco referido nos laudos existentes no processo, não se justificaria a medida liminar. Poderia subsistir o argumento de que, tendo sido o prédio desapropriado para determinado objetivo, o desvirtuamento de sua destinação oneraria o patrimônio da União e aí, então, encontrava base a ação popular em um daqueles itens que a justificam, qual seja, a de lesão ao patrimônio da União.

Ocorre, porém, que não tendo o prédio, em si, qualquer valor estético, artístico ou cultural, poderia ainda assim — e mais adequadamente, sem dúvida — ser discutido tal aspecto no curso da própria ação popular, se não fosse existir risco quanto à segurança do imóvel, conforme demonstrado em laudos periciais. Outrossim, se o terreno vier a ser utilizado, futuramente, de modo diverso daquele que justificou a desapropriação, ou em outro que não se harmonize com os mesmos objetivos, é questão que somente mais tarde poderá ser discutida. Ora, está-se procedendo à demolição do prédio e não há nenhuma notícia sobre a destinação que será dada à futura construção que se erguerá no local e, assim, não se pode, de logo, saber se houve desvirtuamento das finalidades aludidas, o que poderia, então, importar em lesão ao patrimônio econômico da União. Deste modo, posta a questão nestes termos, e como bem salientado no voto do eminente Ministro-Relator, parece-me que não só não poderá subsistir a liminar, como por igual desaparecem os fundamentos para a própria propositura da ação popular. É bom lembrar que a ação popular tem um alto objetivo de salvaguarda de interesses públicos referentemente à defesa de patrimônio econômico, estético, artístico e cultural e não pode ser ajuizada como medida que não se ajuste exatamente a tais finalidades. Caso contrário, atos administrativos da maior importância poderiam ser paralisados apenas com ingresso de uma ação popular e a concessão de uma medida liminar. Cabe ter-se bastante cautela na concessão de limitares, a fim de que os salutar objetivos da ação popular não se constituam em abuso. Assim, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

É o meu voto.

### VOTO MERITO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Também conheço e defiro a segurança, em conformidade com o douto voto do eminente Sr. Ministro-Relator, ao qual nada tenho a acrescentar.

### VOTO MERITO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente: Cuida a espécie, de Mandado de Segurança impetrado pela União Federal, visando cassar liminar concedida, em ação popular, pelo Juiz de Primeiro Grau.

O ilustre Relator abordou todos os aspectos processuais pertinentes à hipótese, penetrando também no concernente ao objeto da ação. Parece que a simples discussão a respeito da legitimidade do ato do Juiz seria o suficiente, mas já que S. Exa. brilhantemente abordou aspectos no tocante ao mérito, nada tenho a opor.

No que concerne à medida liminar, é sabido que a providência, relativamente a esse tipo de ação, é muito discutida, é mesmo polêmica. Dentro do contexto, prefiro filiar-me à corrente já proclamada, e adotada na orientação do Egrégio Supremo Tribunal, relativa ao Recurso Extraordinário nº 80.057, mencionado pelo ilustre Ministro-Relator. Este caso, apreciado pelo Supremo, diz respeito exatamente ao debate sobre a validade da medida liminar, concedida numa ação popular, pelo Juiz da Comarca de Uberaba, sobre uma doação que se argüira ilegal. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cassou a liminar e, posteriormente, o Recurso Extraordinário não foi admitido. No despacho, o ilustre Presidente daquela Colenda Corte teceu considerações acerca da providência com invocação aos comentários do Autor do anteprojeto, o Professor Hely Lopes Meirelles.

O agravo de instrumento interposto desse despacho denegatório, foi provido pelo Supremo e o recurso subiu à Egrégia Suprema Corte. Houve parecer do Dr. José Fernandes Dantas, eminente Ministro deste Colegiado que, quando no exercício do Ministério Público, fez observações atinentes ao assunto. Destaco o seguinte trecho do seu parecer:

«Não nos animamos a prestigiar o recurso (f. 97). De início, quanto à impugnação do cabimento de mandado de segurança para o caso, estamos em que, até mesmo por se tratar de despacho inominado, desprovido de suporte legal específico, é patente a sua irrecorribilidade, qualidade que basta à viabilidade do «writ» para descontinuí-lo, independentemente de sua provisoriedade».

O eminente Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Leitão de Abreu, encampou as considerações do parecer da ilustrada Subprocuradoria e também as razões insitas no despacho que inadmitiu o Recurso Extraordinário, concluindo:

«Intencionalmente excluída, pois, do anteprojeto, a suspensão liminar do ato impugnado, não pode medida dessa natureza sem ilegalidade ser determinada em termos assemelhados ao da liminar em mandado de segurança. Nessas condições, subscrevendo o parecer da douta Procuradoria da República, não conheço do recurso, uma vez que inconsistentes os fundamentos em que se estriba».

Não obstante admitir a Lei nº 4.717, de 1965, a medida liminar, por força da redação dada ao § 4º, do seu art. 5º, pela Lei nº 6.513, de 20-12-77, o certo é que não estabelece os pressupostos para a sua concessão. O caráter extensivo que se pretende, em relação às regras do mandado de segurança, é de validade discutível.

Por tudo, resta a convicção de que a liminar em ação popular merece maiores cautelas, dada a natureza desta ação, não sendo de aceitá-la, portanto, nos termos em que figurou, vale dizer, sem os cuidados assinalados no voto do eminente Relator, relativamente à medida cautelar que se renovou nesta fase.

Acompanho o Senhor Ministro-Relator.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente: Por ocasião do julgamento da correição parcial requerida junto ao Conselho da Justiça Federal, predominou a aplicação dos artigos 797 e 888 do Código de Processo Civil.

Como se vê do artigo por primeiro referido, só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o Juiz poderá deferir medidas cautelares sem a audiência das partes.

De acordo com o segundo, vale dizer, o artigo 888, só poderão ser ordenadas ou autorizadas medidas provisionais na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, nos casos referidos nos itens I a VIII. Entre estes, não se encontra o tratado neste pedido.

Mantenho o entendimento adotado pelo Conselho, defiro a Segurança tão-só no que se refere à cassação da liminar; não no que diz respeito à extinção da ação popular.

#### ESCLARECIMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Consultando o eminente Ministro-Relator, fui esclarecido - naturalmente não percebi quando da leitura do relatório - de que embora o objetivo precipuo da ação proposta fosse a não demolição do imóvel, ainda havia, apesar de serem sem maior importância, ou-

tros pedidos relacionados com a própria demolição, exceto um deles, o qual, a meu ver, impediria que pudesse ser tornada sem efeito a ação, posto que subsistiria ele apesar de ser cassada a liminar pela concessão do presente mandado de segurança. Se, como salientei no meu voto, se restringisse o pedido na ação popular à demolição, como a mim pareceu, por ter-me passado despercebido, no relatório do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso aquele outro aspecto, consideraria eu, realmente, como importando a concessão do mandado de segurança na própria extinção da ação popular, porque desapareceria o objetivo desta. Permitindo-se a demolição com a concessão da segurança, o objetivo da ação popular desapareceria; seria, portanto, uma consequência natural a sua extinção. Mas há outros pedidos, embora de menor importância, e um deles remanesce, qual seja, o consignado na letra d. Assim, através deste «writ» não creio que se possa considerar extinta a ação popular no concernente à transferência dos alunos para instalações adequadas, conforme pretendido no item d aludido.

Acrescento, no ensejo, que não me parece que se possa confundir, data venia, o Ministério Público com a União. Embora seja aquele representado por Procuradores da República e, portanto, por funcionários do mesmo órgão incumbido da defesa da União, os Procuradores exercem funções distintas quando representam o M.P. e quando representam a União. No caso, a ação popular é dirigida contra a União e, pela lei da ação popular, o Ministério Público dela participa em função que lhe é própria e que não é a de defesa da União, conforme resulta dos arts. 6º, § 4º, Art. 7º § 1º, art. 9º.

Aqueles primeiros itens, a par da sustação da demolição, responsabili-

dade, instauração de ação penal contra os agentes que mandaram demolir, anulação do contrato referente à demolição e, por último, ver reconhecida a estabilidade do prédio, o que não reconhecemos. Todos estes itens deixam de subsistir na ação popular como consequência da concessão da segurança para cancelamento da liminar.

Deste modo, desejo complementar o meu voto proferido há pouco, a fim de conceder o mandado de segurança para que possa subsistir a ação popular tão-somente no referente a letra d das chamadas « pretensões colaterais da ação popular », e que se refere à transferência de alunos para instalações adequadas.

#### VOTO — ADITAMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente: Fico de acordo com o eminente Ministro-Relator, quando determina a extinção do processo, por falta de objeto.

#### VOTO VOGAL ADITAMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Há uma certa lógica em se dizer que a cassação dessa liminar impedirá o prosseguimento da ação.

Mas, há também que se ver que, assim, se estará elastecendo demais o mandado de segurança para além da substância do ato judicial atacado, levando-o a discutir o mérito da ação. Cheguei a admitir as considerações tecidas a respeito da própria ação, mas, como diria o ministro Gueiros Leite, apenas como « comemorativos », não como razão de um juízo destinado, de logo, ao seu mérito.

De maneira, Sr. Presidente, que prefiro ficar com a conclusão do vo-

to do Ministro Bueno de Souza, em concedendo a segurança, apenas em parte.

#### VOTO

#### ESCLARECIMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Carlos Madelra: Sr. Presidente, continuo fiel à discussão que adotamos no Conselho da Justiça Federal, ou seja, não se configura, na hipótese, uma das previsões do artigo 888, do Código de Processo Civil.

Mantenho o meu voto quanto à liminar.

#### VOTO — ADITAMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente: no voto que proferi, achava que seria apenas de ser julgado e discutido o problema da liminar. Todavia, o voto brilhante do eminente Ministro-Relator levou-me à conclusão da necessidade de trançar a ação popular. Acompanho S. Exa. nesse ponto.

#### VOTO

#### ESCLARECIMENTO AO VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Já antes do meu voto, havia manifestado ao eminente Relator, à meia-voz, a minha dúvida quanto à possibilidade de apreciação imediata da admissibilidade, ou não, da ação popular, através de mandado de segurança, e, mediante ele, extinguir-se aquela outra ação. Em verdade, suprimiu-se um dos graus da jurisdição. De qualquer sorte, distingo, não obstante as lições recebidas dos doutos mestres que me antecederam.

Diz a Constituição no art. 153 § 21:

«Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder.»

Isto é, visa o mandado de segurança a impedir que a autoridade pratique uma ilegalidade ou abuso de poder, ferindo direito subjetivo, líquido e certo.

O § 31 do mesmo art. 153 diz:

«Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.»

Outro, portanto, é o objetivo.

Não se poderia, através de um mandado de segurança, extinguir uma ação autônoma, por cuja propositura não é responsável o Juiz, é claro, mas os seus autores.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: V. Exa. me permite um aparte?

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Com o maior prazer, embora não tivesse completado o meu pensamento, mas acredito que V. Exa., com a inteligência de que é dotado, já o tenha entendido.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Antes que V. Exa. complete, falta um pressuposto à ação popular que é a lesividade.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Mas isto quem vai apreciar é o Juiz.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Isto somado à falta de lesividade, somado à falta de legitimação ativa e ao interesse jurídico dos autores da ação popular.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Mas a Constituição diz, eminente Ministro, «qualquer cidadão»...

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Só a qualquer cidadão não, falta o segundo pressuposto da lesividade, data venia.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Isto, eminente Ministro, segundo me parece, e não obstante os doutísimos suplementos de V. Exa., isto é o mérito, se falta outro pressuposto, se há lesividade ou não, isto vai o Juiz dizer e nós vamos redizer, no segundo grau da jurisdição.

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Mas eu ia terminar para ver se encontrava o pensamento de V. Exa. Repare bem, se eu vou despir a ação popular de um pressuposto, se eu vou retirar os autores porque não têm legitimação, nem interesse, o que vai me sobrar aí é o Ministério Público que é o gestor de negócios ao lado dos autores da ação popular; se me sobra o Ministério Público, eu posso, através de uma simples petição, quanto mais de um mandado de segurança, desistir da ação. Isso é uma forma de desistência da ação. O mandado de segurança nada mais é que um trancamento. Diz o Ministério Público: «Eu não tenho nada contra a União, porque não há lesividade. Os autores estão fora da relação processual». Eu desisto, o mandado de segurança pode ser recebido como uma desistência implícita.

Era só isso, Ministro Washington Bolívar, o que eu tinha a dizer.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Pelo contrário, sou muito grato a V. Exa. por ver ainda mais reforçada a minha antiga convicção.

O Sr. Ministro Lauro Leitão: V. Exa. me permite um aparte?

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Com o maior prazer.

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Respeito a assertiva de V. Exa. A Constituição diz: «Qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio das entidades públicas.»

Estaria correto o raciocínio, se a Constituição dissesse assim: «Qualquer cidadão é parte legítima para intentar a ação que bem entender».

Mas tem que casar com o ato lesivo, senão não há os pressupostos. Cabe ao Juiz receber a petição inicial e já examinar esses pressupostos, sem entrar no mérito.

Como bem disse o Ministro Gueiros Leite, não há legitimação para os autores da ação popular. Não há ato lesivo. Daí porque, mesmo por uma questão de ordem prática, vamos desde logo extinguir a ação.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Muito obrigado a Vossa Excelência, mas não só o seu aparte, como o do Ministro Gueiros Leite, ainda mais me reforçaram a convicção do acerto da distinção que fizera: num ponto, a titularidade que tem o autor, o impetrante, no mandado de segurança, e o seu objetivo; e, não outro, a mesma titularidade que tem «qualquer cidadão» para opor aos órgãos do Estado a ação popular. Com essa distinção quanto à finalidade de cada uma das ações foi que manifestei o meu ponto de vista de que seria ir longe demais nos objetivos do mandado de segurança, através dele trancar uma outra ação, cujo exame de mérito, para ver se o ato em si é, ou não, lesivo ao interesse público, incumbe ao Juiz, no 1º grau da jurisdição.

Essa é a minha preocupação, eminente Ministro e processualista Gueiros Leite, e sei que, bem no íntimo, V. Exa. me reconhece, ao menos, um vislumbre de razão.

Com estas considerações, Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, por quem tenho a maior admiração, aumentada nesta assentada de julgamento pelo seu doutíssimo voto, permito-me divergir, parcialmente, de Sua Exce-

lência, para também, em parte, conceder a segurança, restrita à cassação da liminar, por abuso de poder.

Este é o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS 89.456-RJ — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Reqte.: União Federal. Reqdo.: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: Preliminarmente, por unanimidade, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da impetrante e a legitimidade de sua representação, bem assim admitiu os autores da ação popular como litisconsortes passivos no presente mandado de segurança. Preliminarmente, ainda, o Tribunal decidiu que as informações do Dr. Juiz não deveriam ser consideradas, porque intempestivas, sem o fato implicar, entretanto, ficta confissão. No mérito, o Tribunal, por maioria, deferiu o mandado de segurança para cassar a medida liminar concedida pelo Dr. Juiz Federal na ação popular e, desde logo, julgar extinto o processo da ação popular, vencidos, apenas quanto a essa última parte, os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar e Torreão Braz que concediam o mandado de segurança tão-somente para cassar a medida liminar na ação popular. O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho, além de cassar a medida liminar, em seu voto admitia o prosseguimento da ação popular, apenas quanto à alínea d da petição inicial da referida ação. Preliminarmente, votaram com o relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros

Leite, Washington Bolívar e Torreão Braz. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Moacir Catunda, Lauro Leitão e Gueiros Leite. Votaram com o Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar e Torreão Braz. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Não participa-

ram, justificadamente, do julgamento, os srs. Ministros Adhemar Raymundo e Peçanha Martins. Sustentou, oralmente, o Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. O Sr. Ministro Sebastião Reis é Juiz Federal, convocado em substituição ao Sr. Ministro Justino Ribeiro que se encontra licenciado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Neri da Silveira. (3-6-80 — Pleno).

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.819 — RJ

Relator: O Senhor Ministro Aldir G. Passarinho

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelados: Hélio Rodrigues da Costa e outro

#### EMENTA

**Funcionalismo. Ascensão funcional. Função Policial. Exame Psicotécnico.**

Não é ilegal nem inconstitucional a exigência de que, para a nomeação, por ascensão, em cargo da carreira policial (no caso, de Delegado de Polícia), deva o servidor ser habilitado em exame psicotécnico com vista à verificação de sua aptidão para o cargo pretendido. A exigência tem apoio em lei (Lei nº 4.878/65, art. 9º, VII) e o dispositivo que o prevê não é inconstitucional, pois não maltrata o art. 153, da Constituição. Não há como confundir métodos de massificação e padronização do ser humano com a simples aplicação de testes psicotécnicos para verificação de condições de aptidão para o exercício de determinados cargos.

A diferença de atribuições dos diversos cargos da Polícia Federal justifica que os critérios de avaliação dos testes se façam à vista das exigências do desempenho de cada categoria funcional. Ressalva do ponto de vista do Sr. Min. Gueiros Leite que entende ser apenas necessária a aprovação do servidor em exame psicotécnico para ingresso no serviço público, sem razão para repeti-lo para ingresso em outro caso. Divergência que, no caso, não modificou o julgamento, por não terem os impetrantes feito prova de habilitação em exame psicotécnico anterior.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de abril de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho — Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator) — Hélio Rodrigues da Costa e Nilson Alves Fraga impetraram mandado de segurança contra o Sr. Superintendente da Regional do Departamento Federal do Ministério da Justiça, no Rio de Janeiro, que estava impedindo suas ascensões funcionais ao cargo de Delegado de Polícia, em virtude de terem sido inabilitados no exame psicotécnico a que se submeteram por exigência da autoridade apontada como coatora, a qual era, entretanto, ilegal. Sustentam que são funcionários integrantes da Polícia Federal, onde ocupam o cargo de Agente de Polícia Federal, e concluíram o curso de Bacharel em Direito. Preencheram os requisitos previstos nos arts. 7º e 15, § 3º, do Decreto nº 81.315-78, exigidos para a inscrição ao concurso para ascensão funcional ao cargo pretendido. Prestaram os exames e lograram êxito na prova de conhecimentos, recebendo a comunicação de que foram aprovados. Esclarecem, ainda, que um único exame psicotécnico serviu de base para os dois concursos, o de progressão funcional e o externo, prejudicando os servidores que já assumem cargos de relevante

responsabilidade nos órgãos federais. Alegam, outrossim, que o exame psicotécnico deveria preceder a inscrição das provas de conhecimento, não sendo previsto no Decreto nº 81.315-78, pelo que seria condição imposta pela autoridade coatora antes da inscrição e não após a conclusão dos exames. São policiais há muitos anos, e o exame psicotécnico não se encontrava previsto em lei. Já haviam eles atendido às exigências do Decreto nº 81.315-78, sendo assim a exigência de exame psicotécnico formulada com maltrato a direito líquido e certo.

Nas suas informações, sustenta a autoridade apontada como coatora ser parte ilegítima ad causam, pois a exigência de se submeterem os impetrantes ao exame psicotécnico não era sua. A homologação do resultado dos concursos e cursos realizados pela Academia Nacional de Polícia cabia ao seu Diretor-Geral, conforme dispunha a Portaria nº 359-B, de 29 de julho de 1974, do Sr. Ministro da Justiça, que aprovou o Regimento Interno daquela Academia, e tal atribuição não fora delegada a ele, informante. Acrescenta que o resultado da primeira fase do concurso interno, já fora homologado pelo Sr. Diretor-Geral da Polícia Federal, conforme publicado no Boletim de 26-10-78. Os impetrantes, outrossim, quando se inscreveram no concurso, tiveram ciência e concordaram com as exigências formuladas no respectivo edital. Invoca, ainda, em prol do ato impugnado, o art. 97 da Constituição Federal e o art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65. Anota que o exame psicotécnico deve apurar se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades da classe inicial da Categoria Funcional para a qual se candidate, pois a função policial não é a mesma para todas as categorias funcionais do Grupo Polícia Federal e, entre elas, tem-se a de Delegado de

Polícia Federal, de Perito Criminal, de Técnico de Censura, de Agente de Polícia Federal, de Escrivão de Polícia Federal e de Papiloscopista, todas com atribuições distintas, conforme disciplina a Portaria nº 358, de 11-3-1977, do DASP. O ingresso ocorre na classe inicial das categorias funcionais do Grupo Polícia Federal e, para cada uma, há requisitos específicos. Faz ainda a autoridade diversas considerações para mostrar o amparo legal do ato impugnado, e anota que mesmo os funcionários do Departamento de Polícia Federal estão sujeitos à exigência em foco, pois o art. 6º, § 2º, da Lei nº 4.878-65 somente os dispensava do requisito referido no item VIII, do art. 9º, da mesma lei. Adianta que, embora o testes aplicados para as diversas categorias funcionais seja o mesmo, a avaliação qualitativa e a escala de percentis são diferentes para cada uma delas.

O MM. Juiz da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Dr. Carlos David Aarão Reis, em erudita sentença, repeliu a preliminar de ilegitimidade ad causam, do Sr. Superintendente da Polícia Federal, no Rio de Janeiro, e entendeu que o exame psicotécnico previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65, só seria exigível quando do ingresso na carreira policial; que o exame psicotécnico não era compatível com a garantia constitucional da liberdade; sendo, em consequência, inconstitucional o art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65 e, por fim, que a parte vencida deve ser condenada no pagamento de honorários de advogado. Em face disso, concedeu a segurança e condenou a União nos ônus da sucumbência.

Inconformada, apela para esta Corte a União, insistindo nos argumentos antes esposados. Houve resposta e, subindo os autos, aqui veio a manifestar-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provi-

mento de recurso, a fim de que fosse cassada a segurança. Quanto aos honorários de advogado, afirma que a decisão a respeito contraria a Súmula nº 512 do Pretório Excelso.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator) — Preliminarmente: A autoridade apontada como coatora sustenta sua ilegitimidade ad causam, pois a competência para homologar os concursos não é dela, mas sim do Sr. Diretor da Polícia Federal. O MM. Juiz, entretanto, com propriedade, observou: «a impetração visa o ato específico e concreto através do qual lhes foi imposta a exigência de submeterem-se ao exame psicotécnico. Tal ato não emanou nem daquele Diretor da Polícia Federal nem do Diretor da Academia Nacional de Polícia Federal, mas sim do apontado coator, pois ele realizou o concurso (fls. 27). Não estão os impetrantes discutindo o concurso em si mesmo ou sua homologação, mas tão-somente uma exigência formulada durante o mesmo. Por essa razão, a competência para processar e julgar a causa, originariamente, não é do Tribunal Federal de Recursos, mas sim de um dos Juizes Federais de 1º grau (Constituição, art. 125, VIII).»

Realmente, sendo o ato atacado aquele de exigência do exame psicotécnico, aliás já realizado pelos impetrantes e no qual foram inabilitados — e tendo sido ele emanado do Sr. Superintendente da Polícia Federal, no Rio de Janeiro, há de ser este tido como a autoridade coatora para responder pela impetração, tal como formulada, para os estritos fins nela visados.

No mérito, apesar da excelente fundamentação do nobre Juiz singular, entendo que a razão não está com os impetrantes.

Em dois aspectos básicos se alicerçou a r. sentença para conceder a segurança: 1º: que o exame psicotécnico só seria exigível quando do ingresso na carreira policial. «Tratar-se-ia — diz S. Exa. — de pressuposto (matrícula em curso da Academia Nacional de Polícia) de pressuposto (habilitação neste curso), conforme interpretação sistemática daquele dispositivo com os arts. 7º e 8º da lei mencionada»; 2º: o exame psicotécnico não é compatível com a garantia constitucional da liberdade, sendo inconstitucional o art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65.

Examinemos o primeiro fundamento.

Sustenta o ilustre Juiz a quo que a verificação sobre se o candidato possui temperamento adequado ao exercício da função policial deve ser apurada genericamente para toda e qualquer função policial, e acrescenta: «Não se pretende que o candidato tenha temperamento para ser agente ou delegado, mas sim que o tenha para qualquer função própria da Polícia Federal. Se isto já foi apurado quando do ingresso na carreira, não faz sentido realizar nova verificação, quando da progressão ou ascensão funcionais.»

É de observar-se, de logo, que em nenhum momento, dizem os impetrantes que, quando do ingresso na carreira policial, submeteram-se a exame psicotécnico. E, portanto, não poderia ser considerado o silêncio a respeito como confirmando a assertiva, no particular, dos postulantes. Aliás, como se sabe, a prova em mandado de segurança é pré-constituída e nenhuma prova foi apresentada quanto à realização anterior de tal exame.

Neste Tribunal, já vários mandados de segurança têm sido julgados sobre a matéria em comento, principalmente no Pleno desta Corte. Na

oportunidade do julgamento do MS nº 85.943-DF, este Tribunal, em decisão plenária, por unanimidade, decidiu na conformidade da seguinte ementa:

«Funcionário Público. Ocupante de cargo de natureza policial do Departamento de Polícia Federal. Pretensão de acesso a outro cargo da mesma natureza sem se submeter à exigência legal de exame psicotécnico. Improcedência. Improriedade da ação de mandado de segurança para se discutir a validade científica ou técnica de tal exame.»

É certo que alguns poucos ministros chegaram a entender que o exame psicotécnico só se faria necessário para o ingresso em função policial, fosse ela qual fosse, não sendo, assim, de exigir-se sua repetição quando se tratasse de ingresso em nova categoria funcional. Da minha parte, entendo que, tal como decidido no mencionado Mandado de Segurança nº 85.943-DF, o ingresso em outro cargo exige a habilitação na referida prova, pois embora os testes possam ser os mesmos, para verificação das condições previstas no art. 9º, item VII, da Lei nº 4.878-65, a valorização das respostas deve fazer-se tendo em vista exatamente a função a que se destina o candidato. E foi isto mesmo o que assinalou o ilustre Min. Paulo Távora, no seu voto-vista, naquele referido julgamento, ao mencionar que não é possível «aproveitar o conceito obtido em uma categoria para valer em outra, se diferentes são as quantificações de aptidão.»

Aliás, as informações, esclarecendo sobre os critérios seletivos relativamente ao exame psicotécnico, adiantam:

«Como é lógico, relativamente ao exame psicotécnico, foi estabelecido, para a classe inicial de cada

uma das categorias funcionais do Grupo Polícia Federal, um perfil profissiográfico, observados padrões técnicos e científicos recomendáveis que permitem se faça a seleção das concludentes com segurança e eficiência.»

E acrescenta que, embora os testes aplicados aos candidatos ao ingresso nas várias categorias funcionais sejam os mesmos, a avaliação qualitativa e a escala de percentis são diferentes com relação a cada uma delas, o que exemplifica, indicando as escalas de percentis previstas para o Agente de Polícia Federal e para Delegado de Polícia Federal.

As atribuições da categoria funcional de Delegado de Polícia não se identificam com aquelas cometidas ao Agente de Polícia Federal, como se pode verificar pela discriminação dos trabalhos de uma e de outra, segundo a Portaria nº 358, de 11 de março de 1977, do DASP.

Na hipótese dos autos, cabe deixar claro, trata-se, segundo a inicial, de pedido que visa a dar como ilegal a exigência do exame psicotécnico com vistas a ascensão funcional, e não a progressão funcional. A ascensão funcional permite o ingresso de funcionário na classe inicial de séries afins, de nível mais elevado de atribuições correlatas, porém mais complexas, conforme resulta do art. 1º, da Lei nº 4.878-65. E o provimento se dá por nomeação, na conformidade do § 1º do mesmo artigo 1º.

O art. 6º, da Lei nº 5.645, ao dispor sobre os institutos da ascensão funcional e da progressão funcional, assim dispõe:

«Art. 6º — A ascensão e a progressão funcionais obedecerão a critérios seletivos, a serem estabelecidos pelo Poder Executivo, associados a um sistema de treinamento e qualificação destinado a assegurar a permanente atualização e

elevação do nível de eficiência do funcionalismo.»

A nomeação por acesso, conforme o já mencionado artigo 18, § 1º, da Lei nº 4.878-65, prevê — e no caso foi o exigido — a habilitação em curso específico de formação profissional realizado pela Academia Nacional de Polícia. Ora, na conformidade do art. 9º, da Lei nº 4.878-65, inc. VII, entre os requisitos para a matrícula naquela Academia encontra-se previsto o de o candidato «possuir temperamento adequado ao exercício da função policial, apurado em exame psicotécnico realizado pela Academia Nacional de Polícia.»

Assim, como se verifica, a exigência do exame psicotécnico questionado é expressamente prevista em lei.

Quanto a entender-se que o exame psicotécnico poderia ser considerado indiferentemente para qualquer categoria funcional — o que, aliás, não é o caso, pois sequer alegaram os impetrantes que se haviam anteriormente submetido a exame de tal natureza — é de ver, de qualquer sorte, que o supra transcrito inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 4.878-65, não exige apenas que o candidato possua temperamento adequado ao exercício de função policial, mas sim para o exercício da função policial, o que, a meu ver, é não apenas de compreender-se, mas o lógico, porquanto as funções policiais são diversas na exigência de maior nível de conhecimentos, de maior grau de complexidade, de responsabilidade, de iniciativa e de poder de decisão. Somente para destacar bem a questão, basta que se veja que o cargo de Papiloscopista é também função policial, e parece claro que as exigências de aptidão para um Papiloscopista não podem ser as mesmas necessárias para um Delegado de Polícia, exemplo esse que procurei dar em flagrante desidentificação de atribuições, para que o confronto se faça mais chocante.

Quanto , assim, a encontrar-se a exigência do exame psicotécnico ajustada à legislação pertinente, dúvidas, a meu ver, não podem subsistir.

Relativamente ao fundamento da r. sentença de que o exame psicotécnico não é compatível com a garantia constitucional da liberdade, sendo inconstitucional o art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65, com ele igualmente não concordo, sendo aliás, tal fundamento já expandido em oportunidades anteriores, sem merecer guarida nesta Corte, como observou o Sr. Min. Justino Ribeiro, ao proferir o seu voto , como Relator, na ocasião do julgamento da MS nº 85.943-DF.

O nobre Juiz faz douradas considerações sobre a falta de rigor científico dos testes psicotécnicos, entendendo, porém, que isto seria o menor dos males, não estivessem eles «a serviço de uma característica contemporânea — a padronização — radicalmente contrária à liberdade». E adiante acrescenta: «os testes psicotécnicos, como a psicologia e psicanálise em geral, longe de promoverem a liberdade humana, são a elas hostis.»

E ainda:

«Ora, as sociedades ocidentais estão comprometidas com o ideal de liberdade e, entre elas, o Brasil inscreve em sua Constituição a garantia à liberdade (art. 153, caput).

Uma técnica que massifica e padroniza o ser humano não é compatível com esta garantia constitucional e, portanto, uma disposição legal que a adote, como o art. 9º, VII, da Lei nº 4.878-65, com ela conflita, tornando-se, assim, inconstitucional.»

Não comungo com o ponto de vista do ilustre julgador, no particular. No caso, não se discute a aplicação de técnica que massifique ou padronize

o ser humano; nada, a meu ver, com lavagens cerebrais, mas tão-somente é procurado , através de testes psicotécnicos, apurar-se se os candidatos a determinado cargo possuem ou não aptidão para desempenhá-lo. Nenhum ponto de identificação, deste modo, entre a exigência da prova aludida com métodos que restrinjam a liberdade do indivíduo. É certo que a psicologia e a psicanálise ainda são ciências que sofrem sérias controvérsias no campo de sua aplicação, mas não é possível negar o desenvolvimento que já obtiveram na atualidade.

Partir-se de exemplos de maus empregos da psicologia e da psicanálise, para daí afirmar-se que não passam de técnicas próprias de padronização, e que os testes psicológicos são hostis à liberdade, é sem dúvida um exagero, data venia, que não pode merecer acolhida para vir a considerar-se inconstitucional a exigência imposta.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para negar a segurança.

E o meu voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite — Voto em adesão no sentido de reformar a sentença e cassar a segurança, porque na hipótese dos autos os impetrantes não apresentaram prova de que, para ingressar no Serviço Público, fizeram o exame psicotécnico. Acho — e essa é a ressalva do meu ponto de vista em relação à sentença — que o Dr. Juiz de Primeiro Grau está certo, quando afirma a desnecessidade do exame psicotécnico para promoções, progressões ou acessos dentro da carreira desde que o exame é necessário originariamente, isto é, tão-somente para o ingresso no Serviço Público.

Quanto ao mais concordo com V. Exa. Na verdade, a aplicação da Psicologia ou da Psiquiatria, para efeito de aferir a capacidade de alguém, antes de ser nivelador e, portanto, contrário à liberdade do cidadão, é método de escolha capaz de possibilitar a obtenção de razoável desempenho daquele que se vai dedicar à vida militar, como garantia de segurança da coletividade.

#### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson — Estou de acordo com V. Exa. Trata-se de ascensão funcional que, dentro da nova organização administrativa, equivale ao antigo acesso, significa dizer, elevação de funcionário de uma categoria para outra em carreira diferente, para a qual ele tem que se ajustar às exigências de investidura no cargo a que pretende ascender.

Se para a ascensão funcional, como o era para o acesso antigamente, é requerida uma prova de seleção, não vejo nenhuma ilegalidade na

exigência do psicotécnico para a ascensão funcional. Se fosse para progressão funcional ou mesmo aumento por mérito, ainda seria de se questionar mas, cuidando-se de ascensão funcional, acho perfeitamente legítima a exigência.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS 89.819 — RJ — Rel.: Sr. Min. Aldir G. Passarinho. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ. Apte.: União Federal. Apdos.: Hélio Rodrigues da Costa e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança, havendo o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite dado explicitação em seu voto, quanto ao limite do exame psicotécnico. (Em 7-4-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.471 — DF

Relator: Ministro Washington Bolívar de Brito

Apelante: Luciano Lamoglia Lopes

Apelado: Fundação Universidade de Brasília

#### EMENTA

Administrativo — Ensino Superior — Concurso Vestibular — Natureza jurídica da proclamação do resultado por computador — Fato Administrativo — Atos Nulos e Anuláveis — Anulamento e Revogação — Controle Jurisdicional.

1) As normas emanadas das Universidades, para regência dos concursos vestibulares e constantes de editais não obrigam somente os candidatos, mas também as próprias Universidades que deverão admitir os julgados habilitados segundo as regras editadas.

2) Enquanto se busca o resultado e ele se processa, interna corporis, quer pelas correções das provas

de redação, quer das provas objetivas, efetuadas, as primeiras, por professores, e as últimas, por computador, tudo conforme os complexos critérios enunciados no «Guia do Vestibulando», produzem-se meros atos de administração ou simples fatos administrativos. Publicadas, entretanto, de forma conclusiva, as informações obtidas, sob a responsabilidade da Comissão Permanente de Concurso Vestibular (COPEVE), para conhecimento dos interessados, trata-se de manifestação de vontade, ato da Administração ou ato administrativo, a que ela se vincula e confere a licitude e certeza dos atos administrativos em geral.

3) Pode a Administração rever os seus próprios atos: por anulamento, se o ato for nulo; mediante revogação, se for somente anulável, como na hipótese de erro. No caso dos autos, a alegada irregularidade não restou devidamente comprovada. Nem se pode alegar erro do computador, mas do programa que lhe foi ordenado processar. O erro, se houve, é da Comissão, da Administração. E o ato administrativo daí resultante é tão-somente anulável.

#### 4) Apelação provida.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 26 de junho de 1981 (data do julgamento). — Ministro Otto Rocha — Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito — Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito — Luciano Lamoglia Lopes,

assistido por seu pai, José Carlos Brito Lopes, impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente da Comissão Permanente de Concurso Vestibular da Fundação Universidade de Brasília (COPEVE-UnB), argumentando que, após figurar na listagem oficial como aprovado para a 1ª opção, Curso de Engenharia Elétrica, foi preterido, em nova listagem lançada pela COPEVE, para a 3ª opção, Curso de Matemática.

Entende o impetrante que o primeiro resultado está provido de força vinculativa e sua modificação somente se processaria após suficiente motivação.

Ao final, pleiteou a liminar e a concessão definitiva da segurança, a fim de ser matriculado no Curso de Engenharia Elétrica.

A autoridade inquinada de coatora prestou as informações de estilo (fls.

16-20), argumentando que no concurso vestibular, do segundo semestre de 1980, foi oferecida aos candidatos a possibilidade de elegerem três opções para as quais concorreriam na ordem da preferência manifestada. No caso do impetrante, as prioridades foram escolhidas na seguinte ordem: Engenharia Elétrica, Engenharia Mecânica e Matemática.

Para o Curso de Engenharia Elétrica, as 35 (trinta e cinco) vagas oferecidas foram preenchidas pelos candidatos que obtiveram o número de pontos entre 340.7 e 183.1. As vagas de Engenharia Mecânica, foram ocupadas pelos candidatos que lograram obter entre 380.0 e 164.9 pontos. Finalmente, as 20 vagas para o Curso de Matemática, foram preenchidas pelos candidatos que conseguiram um total de pontos entre 182.5 e 129.6.

O impetrante obteve 131.3 pontos; nestas condições, não poderia figurar entre os selecionados para o Curso de Engenharia Elétrica ou Engenharia Mecânica, mas, no de Matemática.

Constatada a existência de erro, porquanto havia mais candidatos selecionados do que número de vagas em certos cursos e menos candidatos do que vagas em outros, procedeu-se a elaboração de uma listagem correta que substituiu a anterior, divulgada com incorreção.

O Representante do Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fl. 27).

O MM. Juiz Federal, Dr. Jacy Garcia Vieira, (fls. 28-30), denegou-a.

Irresignado, apelou o impetrante (fls. 34-39), sustentando que o «ato administrativo que afeta o direito subjetivo, só pode ser invalidado pela própria administração, quando viola dispositivo expresso de lei», consoante o transcrito no RE nº 84.934.

A r. sentença, proferida exclusivamente com base nas informações incompletas prestadas pela autoridade

apontada como coatora, em nenhum momento fez menção ao fato de que, para se comprovar o erro alegado pela apelada, necessária seria a apresentação dos cartões de respostas.

Em suas contra-razões (fls. 58-60), a Fundação Universidade de Brasília pleiteou a manutenção da sentença, sob o argumento de que não poderia deixar de corrigir o erro, porque todos os candidatos classificados na 2ª opção, com maior número de pontos que o apelante seriam por ele preteridos caso alcançasse a 1ª opção.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 65-66), em parecer do Dr. Arnaldo Setti, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator) — Sr. Presidente, não é para devolver o cumprimento, pois acentuo ser um antigo deleite meu ouvir o douto advogado que acabou de fazer a sustentação oral da Tribuna — velho companheiro de lides forenses e brilhante coestadano — como também, pelo mesmo motivo, pelo mesmo brilho, pela mesma inteligência, a palavra do eminente Subprocurador-Geral. Não! Não é para devolver o cumprimento. Presto-lhes a homenagem do reconhecimento de que se trata de pessoas da mais alta qualificação intelectual e jurídica do nosso País. Por isso mesmo, de certa forma, constrange-me fazer alguns reparos que não são, nem de longe, modificadores dessa admiração, mas — até pelo contrário — para demonstrar a harmonia do meu pensamento com o deles, se a hipótese que veiculam juridicamente fosse verdadeira.

Há alguns equívocos: o primeiro, do ilustre advogado — já esclarecido pelo Subprocurador-Geral — de que

o Relator do caso decidido nesta Turma foi o eminente Ministro Pereira de Paiva, e não eu, que, apenas acompanhando o Sr. Ministro Peçanha Martins, compus a maioria em sentido contrário à tese defendida com sapiência pelo Sr. Ministro-Relator.

O segundo equívoco, que terminou também sendo corrigido, não por mim, mas pelo Subprocurador-Geral, é o de que haveria quatro hipóteses. Pelo que terminei ouvindo, as quatro hipóteses subsumiram-se em três: a tese do eminente Ministro Pereira de Paiva, de que não se trata de ato administrativo a proclamação de resultado de concurso vestibular por computadores; a do eminente Ministro Otto Rocha, que lembrei no meu despretencioso voto a respeito do erro escusável do aluno, apontado pelo computador; a desta Turma, cujo entendimento ajudei a compor, isto é, no sentido de que se trata de um ato administrativo, e aquele que seria o da Quarta Turma — foi aqui esclarecido que não era uma quarta hipótese, mas exatamente a primeira — ou seja, que se tratava de mero erro material, que denominaram de erro substancial, viciando a vontade da Fundação Universidade de Brasília.

E se disse, com apoio em Clóvis Beviláqua, a mesma edição citada no meu voto, que aquele eminente jurista afirmava que o «ato viciado de erro substancial é por isto de pronto inexistente». Aliás falou-se nulo e depois inexistente. Sou daqueles que participam, não por motivos de ordem prática, mas de ordem jurídica, do entendimento da diferença entre uns e outros — os atos nulos e os inexistentes. Por conhecer a competência dos eminentes pares que me ouvem, bem como a dos doutos advogados da União e da Fundação, permito-me apenas emitir a minha opinião no sentido de que há diferença.

Sem precisar adentrar nisto, o que o Código Civil diz é que o erro substancial, defeito do ato jurídico, torna-o anulável e não nulo e o diz no art. 86 com o seguinte enunciado:

«São anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.»

O adjetivo é precisamente o mesmo que foi usado pelo eminente advogado na Tribuna, atribuindo ao douto Clóvis Beviláqua a afirmação em sentido contrário ao do texto positivo do Direito Civil Brasileiro. Não tenho em mãos aquele comentário. De qualquer sorte, porém, acredito que deve ter havido algum equívoco na explanação, muito próprio daqueles que se apaixonam, no bom sentido do termo, pelas causas que defendem, e não são bons advogados aqueles que se não apaixonam pelas causas em que acreditam, como não são bons juízes aqueles que se apaixonam pelas causas que têm o dever de decidir.

O reparo também encontra no art. 145 do mesmo Código o seu complemento, no sentido de que «nulo é o ato jurídico:»

I — quando praticado por pessoa absolutamente incapaz;

II — quando for ilícito ou impossível o seu objeto;

III — quando não revestir a forma prescrita em lei;

IV — quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade;

V — quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.»

Em nenhuma dessas hipóteses, e até por afirmação do próprio e ilustre advogado da Tribuna, se enquadrará a dos autos, porque S. Exa. o diz, com correção, que se trata de um ato que estaria viciado possivelmente e que esse ato — ele afirma que está — e eu digo que possivelmente esteja viciado e que estaria

viciado, diz a impetrada, através das brilhantes afirmações do seu advogado, por erro substancial. Para não repetir, digo que o erro substancial não torna nulo, mas anulável o ato jurídico.

O erro, seja ele substancial ou acidental, precisa ser cumpridamente demonstrado. Não é pelo fato de se tratar de ação mandamental de segurança que, afirmado um fato, não tenha o dever, o impetrado de, nas suas informações, contraminutá-lo, demonstrando de pronto a sua inveracidade.

No caso dos autos, recordo-me de voto que já proferi em Apelação em Mandado de Segurança, precedente nesta Turma, a que se referiu o eminente advogado; naquela hipótese, o que estávamos a afirmar é que se tratava de um ato anulável, como bem demonstrou o eminente advogado.

Meu voto se tornou conhecido e tive a oportunidade de enviá-lo ao eminente Ministro Pereira de Paiva e também ao eminente Ministro Otto Rocha, como é usual entre nós essa troca de informações e fatos daqueles casos que nos parecem mais interessantes. Vou me reportar, para juntar ao de hoje, àquele voto escrito, então proferido, em que defendi a tese de que não se trata de erro de computador, mas erro de programação, erro de programa. Eis que não se chegou ainda àquela perfeição ambicionada e isto não está no voto, por isso vou acrescentar, do projeto denominado «STAR — self test and repair», através do qual a NASA busca um tipo de computador tão inteligente que seja capaz não só de fazer o que fazem os de agora, isto é, detectar os seus erros, mas, também, por si mesmo, de os corrigir; e porque ainda não conseguiu um computador desta natureza é que se tem tornado extremamente difícil a aventura do homem no Espaço. Os eminentes Ministros devem se recor-

dar de que ficam em Houston os analistas de sistema e programadores, todo aquele conjunto de técnicos que dão sustentáculo à aventura espacial do homem e quando ocorre, eventualmente, um erro ou um defeito na astronave é preciso que um computador o detecte ou o próprio homem o faça, para que novos cálculos, novas programações, as infinitas possibilidades dos computadores modernos sejam postas em ação, a fim de que a resposta retorne e se corrija o erro de trajetória ou de outra natureza. Se for de trajetória, o mínimo erro pode causar o adeus definitivo aos astronautas. Por isso é que, como há uma diferença de tempo, por mínima que seja, entre a detecção do erro e a sua correção, tendo em vista a velocidade do engenho na sua trajetória, a diferença de tempo na correção desse erro, como acabei de dizer, pode causar a morte ou o adeus definitivo. Não se chegou a esta perfeição, Srs. Ministros, nem tem esta perfeição o Galileu, computador modesto se comparado aos computadores da última geração que estão ajudando a ciência em todo mundo, mas, ainda assim, preciso e muito útil à Universidade e ao ensino na realização rápida da correção de provas e proclamação de resultados. Mas, para proclamação dos resultados, necessita ele daquilo que se denomina gabarito, organizado pela Comissão em que, em se tratando de múltipla escolha, devem ficar assinalada quais as escolhas corretas e quais as incorretas, porque a Universidade tem um sistema de anular, em face de respostas incorretas, respostas corretas.

Tudo isso o computador vai dizer, mas vai dizer porque a ele foi dito previamente, foi programado. Isto vem, portanto demonstrar que esta proclamada situação de erro do computador é real apenas no tocante a que o erro sai do computador, é proclamado por ele. Em verdade, o

erro é da Comissão, do órgão administrativo encarregado de programar o resultado. Tanto isso é real que depois de proclamado o resultado lançado pelo computador, esse é rubricado pelos membros da Comissão. O eminente advogado, que tão brilhantemente sustentou o seu ponto de vista, afirmou que a Universidade de Brasília adotou este ano três opções, porque a preferência dos alunos, especialmente dos mais capazes, é por Engenharia e Medicina. Restaria o Direito, colocado em segundo plano, injustamente, e acredito que sem intenção do próprio orador, restariam colocados em plano secundário todos os demais ramos do conhecimento humano, inclusive a Sociologia, a Psicologia e um sem-número de outras opções que a universidade oferece, porque deve oferecer, em razão do ensino de nível superior que ministra. Quando se pede, de certa forma pateticamente, mas compreensível em termos de Fundação, que a solução aqui dada deva salvar a Universidade, pretende-se fazer do Juiz um administrador, o que ele não é, salvo quando investido em tais funções. Não tem o Juiz que salvar a Administração; tem o Juiz que aplicar a Lei; tem o Juiz que interpretar a Constituição e as leis do país, verificar o ordenamento jurídico e, sejam quais forem as conseqüências, dizer o Direito. Compete à «imaginação criadora», no dizer do Presidente Geisel, dos administradores, salvar suas próprias instituições. Aos juizes o que incumbe apenas, e é muito, é dizer o direito individual, o direito de cada um, mesmo em contraposição às necessidades, por mais urgentes que sejam, do Estado e dos seus organismos.

Feitos estes reparos, desapaixonadamente, como deve fazer um Juiz, tranqüilamente, e eu nem pensei que pudesse algum dia chegar a essa tranqüilidade, eu que também fui um inquieto e combativo advogado,

reporto-me, Sr. Presidente, ao voto escrito que já é do conhecimento de V. Exa. e do eminente Ministro Pereira de Paiva, a quem mais uma vez rendo minhas homenagens, e peço vênia para divergir.

No caso, o erro não sendo do computador, mas da Comissão, poderíamos compreender, poderíamos até perdoar se isso atingisse algum de nós pessoalmente, mas desde que o erro dito do computador, na verdade, erro da programação da Comissão, quando atinge ou lesiona direitos individuais nós não temos que perdoar, temos que corrigir.

Com este reparo e pedindo vênia por me haver alongado, apenas numa homenagem ao eminente advogado que tão brilhantemente sustentou seu ponto de vista e ao douto Subprocurador-Geral da República, por quem tenho a maior admiração pessoal, concedo a segurança, até porque, como disse, a impetrada, nas suas informações, não demonstrou, não trouxe a prova de que houve efetivamente erro da parte do aluno. Trouxe afirmação em sentido contrário. Ficou a afirmação do aluno baseada em duas proclamações de resultados, portanto, baseada em fatos, e uma afirmação da impetrada de que ele não atingira aquele determinado número de pontos. Todavia não trouxe para os autos a prova de que efetivamente ele não os atingira.

Reporto-me ao voto que proferi na AMS nº 90.545, que farei juntar como razão de decidir.

Por estas considerações peço vênia ao eminente Ministro Pereira de Paiva para conceder a segurança, mantido o meu ponto de vista, agora reforçado, porque vi que os pontos de vista em sentido contrário não conseguiram demover o meu entendimento anterior, ainda que me tivessem encantado, como sempre, as palavras do douto advogado.

Concedo a segurança.

## VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha — Meu voto é dando provimento à apelação, coerente com o entendimento já esposado anteriormente e bem lembrado da tribuna pelo nobre patrono da apelada.

Dou provimento à apelação.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pereira de Paiva — Antes de proferir meu voto, que, aliás, farei apenas anexar à segurança um voto já proferido e do qual foi feita alusão da tribuna e também pelo próprio Sr. Ministro Washington Bolívar, quero dizer a V. Exa. que eu é que rendo minhas homenagens, não só pela sua lhaneza, pelo seu trato tão fino, como ainda pelos ensinamentos que obtive de V. Exa. aqui ao meu lado. Desde quando entrei nesta Casa, com o chão fugindo aos meus pés, V. Exa. foi daqueles que tanto me animaram a conviver com os eminentes Ministros deste Tribunal, que, na palavra de V. Exa. e de outros que me saudaram neste Tribunal, era constituído de uma família. Isso me animou tanto que pude, graças a Deus, sem demererecer a confiança que em mim depositaram, vir a completar um ano de exercício na data de 23 do corrente, precisamente quando se empossavam os ilustres Ministros Jarbas Nobre, Aldir Passarinho e V. Exa. respectivamente, como Presidente, Vice-Presidente e Corregedor.

Assim, devolvo e presto a V. Exa. as homenagens merecidas, sobretudo agora que V. Exa. aqui volta para compor a Turma, na falta do Eminente Ministro Peçanha Martins, afastado por moléstia. Mas daqui a pouco, quando V. Exa. não tiver mais nenhum processo a que vinculado irá exclusivamente, ter o exercício nas altas funções de Corregedoria do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, contando com toda nossa solidariedade.

Assim, as homenagens, quem as presta sou eu e com que alegria.

Relativamente aos votos proferidos e aos que proferi em mandado de segurança, esposando a mesma tese, e pelo que entendi do ilustre orador, teria o impetrante, neste caso, ele próprio errado a ficha, e pelo que também entendi da explanação que V. Exa. fez, em réplica à definição de ato administrativo ou de ato viciado, leva-me à conclusão de que a matéria é de prova. Logo, antes de entrar no meu voto, peço destaque, porque a matéria é de prova e, deste modo, não é cabível a segurança impetrada.

Então, data venia, de V. Exa. um dos votos mais brilhantes que já ouvi aqui, sobretudo em matéria de computador, ousou discordar, e discordo para mandar juntar mais tarde o voto que proferi na Apelação no Mandado de Segurança nº 90.545 do DF, em que é apelante Durval Muniz Barreto de Araújo Júnior e apelada Fundação da Universidade de Brasília, em que após eu transcrever o voto do eminente Ministro Otto Rocha, em sentido contrário, e transcrever, posteriormente, o voto do eminente Ministro Justino Ribeiro, dando o ato desta natureza como erro material e não como ato com abuso de poder, terminei o voto nestes termos: (lê).

«Vê-se, deste modo, ... no processamento de feita.»

Então, dizia eu que, nessa ocasião, não havia ato com abuso de poder e a prevalecer a tese esposada por V. Exa. de que o computador, distribuindo a classificação com erro gera direito líquido e certo, diria a V. Exa. que amanhã ou depois, se porventura o órgão oficial publicasse, por exemplo, um ato oficial de aposentadoria de um cidadão como Ministro do Supremo Tribunal Federal, quando, na verdade, ele era do Tribunal Federal de Recursos, na tese de V. Exa. havia o ato vinculado e

ele teria direito não à aposentadoria como Ministro do Tribunal Federal de Recursos, mas como Ministro do Supremo Tribunal Federal, isso é erro material corrigível, no meu entendimento, **data venia**.

Ainda completando o meu voto, parto da Súmula 473, porque, pelo que vi, sustentou-se aqui, inequivocamente, que o ato é viciado embora eu ache que seja exclusivamente erro material.

Não houve ato querido. Só o ato querido é praticado com abuso de poder ou omissão.

Para complementar o meu voto, leio a Súmula 473, que diz: (lê)

«A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.»

Com essas considerações, **data venia**, dos votos de V. Exa. e do emi-

nente Ministro Otto Rocha, mantendo meu ponto de vista e, conseqüentemente, nego provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.471 — DF — Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. Apte.: Luciano Lamoglia Lopes. Apdo.: Fundação Universidade de Brasília.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Pereira de Paiva, deu provimento à apelação para conceder a segurança. Falou o Dr. Hermenito Dourado. (Em 26-6-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, Washington Bolívar de Brito, votaram de acordo, vencido o Sr. Ministro Pereira de Paiva. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.545 — DF

##### EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Concurso Vestibular. Natureza jurídica da proclamação do resultado, por computador. Fato Administrativo e Ato Administrativo. Distinção.

##### VOTO VISTA`

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Versa o presente Mandado de Segurança sobre a natureza jurídica da proclamação de resultado de Concurso Vestibular, por computador.

No início do seu douto voto, o eminente Relator circunscreve a controversia em se apurar se houve, ou não, no caso dos autos, um ato administrativo.

Para o alcance do Mandado de Segurança, ainda restaria verificar, uma vez aceito, que se trata de ato administrativo, se a sua invalidação foi ilegal ou abusiva, ferindo direito subjetivo líquido e certo.

Tendo em vista os conceitos conflitantes, neste Tribunal, quanto à natureza jurídica da informação fornecida pelo computador e tornada pública para o conhecimento dos interessados, referente ao resultado final e listagem dos aprovados no Concurso Vestibular, penso que se deve buscar na teoria Geral do Direito a noção de fato e ato jurídico, de vital importância para o desate da controversia estabelecida.

Recorda-nos Clóvis Bevilacqua a definição clássica de Savigny, segundo a qual «fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem» e «desses fatos, uns são acontecimentos naturais, que produzem efeitos jurídicos, como o nasci-

mento e a morte do homem, o decurso do tempo, o desvio do curso de um rio; outros são ações humanas. As ações humanas que influem sobre a criação, modificação ou a extinção dos direitos, ora atuam independentemente da vontade do agente, ora os seus efeitos resultam da vontade por ele manifestada e garantida pela lei». E «são as ações desta segunda categoria que constituem os atos jurídicos, cuja característica está na combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da sua eficácia por parte do direito positivo.»

Num quadro bastante elucidativo, mostrou Clóvis que há fatos: A) indiferentes ao direito, quer sejam da natureza, quer das ações humanas; e B) jurídicos: a) acontecimentos fortuitos de ordem natural, como o nascimento, a morte, a as enfermidades, decurso do tempo, aluvião, avulsão, desvio do curso das águas, etc. b) ações humanas, cujo efeito jurídico se prende à vontade do agente ou independe dessa vontade, subdividindo-se as hipóteses em atos jurídicos e atos ilícitos, fixação legal de domicílio, etc. (CF, «Teoria Geral do Direito Civil», 4ª ed. Min. da Justiça, 1972, § 48)

Não se tem dúvida de que os atos administrativos são atos jurídicos, definidos na lei civil como «todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos» (Cód. Civil., Art. 81). E não se tem dúvida porque é ato administrativo toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, agindo nessa qualidade e tendo por finalidade imediata adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (Cf. Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 7ª ed.,

RT, págs. 122-123; José Cretella Júnior; «Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., Forense, pag. 219).

No elegante dizer de Marcelo Caetano, «sendo uma espécie do gênero ato jurídico, o ato administrativo tem de ser manifestação de vontade», preferindo ele, todavia, escrever «conduta voluntária», porque «o problema da vontade no ato administrativo é complicado justamente por se tratar da conduta de um órgão da Administração». Tomada a expressão Administração Pública no sentido orgânico — continua lecionando aquele douto administrativista — é um conjunto de entidades públicas territoriais e de outras entidades constituídas por lei cuja finalidade são os interesses coletivos ligados à Segurança e ao Bem-Estar. Tais entidades atuam na vida jurídica, travando relações entre si e com outras entidades. Essas relações se estabelecem entre pessoas, sejam singulares ou jurídicas. As pessoas jurídicas que constituem a Administração agem através dos seus órgãos e estes expressam a conduta da Administração, mediante ação ou omissão, através de pessoas físicas, de indivíduos, que servem de titulares desses órgãos. Mas, para que tais indivíduos possam expressar a conduta do órgão, é indispensável se verifiquem certos requisitos, dos quais uns dizem respeito à qualidade do respectivo titular, pela investidura regular no exercício da função, outros se referem à própria função do órgão, que pode estar subordinada a formalidades legais, tais como a reunião de colegiados e ao modo de deliberar, e outros, finalmente, à forma do ato. A conduta do órgão da Administração deve ser voluntária, nisto residindo o «ponto mais delicado da teoria do ato jurídico, em geral, e, administrativo, em especial», pois se sabe que a vontade é faculdade da alma humana; somente os indivíduos têm vontade psicológica ou psíquica.

Atribuem-se, entretanto, ao grupo social organizado, determinados fins, interesses coletivos que se distinguem dos individuais. Daí decorre que os interesses dos indivíduos que integrem determinado órgão do Estado, tanto podem coincidir como conflitar com os do próprio órgão, «como sucede sempre que um contribuinte vota aumentos de contribuições», mas, «sob pena de trair a função em que está investido é a vontade conducente à realização dos fins sociais que lhe cabe manifestar e não aquela que os seus interesses egoístas ditariam». Assim, em Direito, deve-se distinguir a vontade individual da vontade funcional, embora ambas sejam expressas por indivíduos. (Marcelo Caetano, «Princípios Fundamentais do Direito Administrativo», 1ª ed., Forense, págs. 110-114).

Kelsen — como lembra aquele mesmo publicista, que não é normativista — expulsou todos os fenômenos do mundo do ser, excluiu da teoria jurídica a vontade psicológica, substituindo-a pela normativa, pois os fatos jurídicos hão de ser compreendidos em termos de dever-ser, isto é, de norma.

E assim como se distingue o fato jurídico do ato jurídico, deve-se distinguir o fato jurídico do fato administrativo, bem como os atos «de» administração dos atos «da» administração, como o faz Cretella Júnior (obr., cit., págs. 212-214).

Com efeito, salienta esse douto administrativista que o «fato administrativo não designa, como seria lógico, todo acontecimento natural com suas conseqüências», especialmente quanto à influência do tempo sobre as relações jurídicas de ordem administrativa, pois «longe de ser fato do mundo com repercussões no mundo administrativo, o fato administrativo é considerado pelos autores em

acepção absolutamente técnica e peculiar, como toda atividade material que tem, por objetivo, efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio dos seus agentes». Noutros termos, «é qualquer ato material praticado pelo Estado no exercício da Administração, como por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, a interdição de prédio que ameaça ruir, em obediência a decisão da polícia, a dispersão de manifestantes que perturbam a ordem pública, a expulsão de estrangeiro indesejável, a detenção policial de delinqüente, o isolamento de doentes contaminados de moléstia contagiosa, a apreensão de gêneros alimentícios deteriorados, a «penetração» em imóvel, na desapropriação, em decorrência da edição do decreto expropriatório, dotado de auto-executoriedade». E tradicional, diz ele, no campo do direito administrativo, o uso da expressão atos de administração, designando o mesmo que fatos administrativos, empregadas ambas essas expressões para indicar operações de natureza material, sem envolverem declarações de vontade, sem o menor traço de uridicidade, não obstante executados por agentes da Administração.

Distingue-se o ato «de» administração do ato «da» administração, porque o primeiro designa meras operações materiais e, o segundo, qualquer ato de que seja fonte a Administração. Ao ato jurídico da Administração Pública, concretizador de interesses públicos, denomina-se ato administrativo; àqueles atos não-jurídicos, praticados pelo agente administrativo, dá-se a denominação de ato de administração ou fato administrativo. Desse modo, ato «da» Administração é o gênero de que são espécies o ato administrativo e o fato administrativo ou ato «de» administração (Obr. cit., págs. 212-214).

Assim, pode-se determinar o que seja ato administrativo, e defini-lo com certa precisão, ainda que os tratadistas o descrevam com palavras próprias, mas de igual significado. Dessas definições, a que me pareceu mais precisa foi a de Marcelo Caetano, para quem ato administrativo é a «conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto» (Ob. Cit. pág. 121).

Firmados esses princípios doutrinários e sendo certo que o ato administrativo é aquele que produz efeitos jurídicos num caso concreto, analisemos em que consiste a atividade da Administração, através da Comissão Permanente de Concurso Vestibular — COPEVE — da Universidade de Brasília, ou de qualquer outra Universidade brasileira.

Em primeiro lugar, assente-se que essa Comissão trabalha com um fim determinado, de indiscutível interesse público, a prestação de exames pelos candidatos ao ingresso numa Universidade. Edita normas a que se submetem esses candidatos, por compromisso formal, regras que ela própria, a Comissão, também deve cumprir, reunidas no denominado «Guia do Vestibulando», conforme documento existente nos autos (fl. 26).

Assentados todos esses fatos e pressupostos, resta analisar a procedência ou improcedência dos argumentos que se contradizem neste Tribunal, a respeito da elaboração e divulgação de listas dos candidatos aprovados em concurso vestibular, com auxílio de computador, sua natureza jurídica e os efeitos que produzem.

O eminente Relator deu sua valiosa adesão ao duto voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro, da Egrégia Segunda Turma, assim ementado:

«Curso Superior. Exame vestibular.

A simples confecção e publicação de lista de habilitação não constitui ato administrativo *strictu sensu*, capaz de gerar direito à matrícula.»

Reproduziu, no seu não menos duto pronunciamento o votodutor daquele Acórdão, segundo o qual «a confecção e divulgação da lista é simples enunciado de fato, como o datilografar uma informação ou expedir um aviso. Não entra na categoria de ato jurídico, porque não o leva o conteúdo psíquico da vontade de produzir aquelas conseqüências previstas no Código Civil» (AMS nº 81.824-MG).

Já o eminente Ministro Otto Rocha, todavia, com apoio desta Primeira Turma, entendeu que erro de computador, em verdade, não é deste, mas daqueles que nele introduziram as informações. No caso que então se decidiu, havia inclusive erro do candidato, na indicação do código, no cartão-matriz, mas se considerou que o seu erro era escusável, ante o nervosismo natural da situação enfrentada, ao contrário da Comissão responsável pelo resultado e dos analistas da computação, «aos quais cabia conferir o documento, corrigindo-o a tempo» (AMS nº 83.320 — PB).

Os concursos vestibulares, regidos por normas emanadas das Universidades, não obrigam somente aos candidatos, mas às próprias Universidades, obrigadas a admitir aqueles julgados habilitados, mediante o emprego das regras que elas mesmas editaram. Essas regras, em verdade, são normas

restritivas de direito, pois, se é certo que a todos a Constituição assegura o direito à educação (art. 176), o ingresso nas Universidades se restringe apenas àqueles que elas proclamam aptos, endereçando-os às áreas nas quais se habilitaram e manifestaram as opções, tudo mediante uma contagem de pontos, efetuada por computador, pelos dados nele introduzidos, gerando a listagem dos aprovados.

Enquanto se busca esse resultado e ele se processa interna corporis, quer pela correção das Provas de Redação, quer pela das Provas Objetivas, a primeira, por professores, e a outra, pelo computador, tudo conforme os complexos critérios enunciados no «Guia do Vestibulando», produzem-se meros atos de administração ou simples fatos administrativos. Entretanto, uma vez publicadas as informações obtidas, para conhecimento geral dos interessados e, especialmente dos candidatos, é evidente que a Administração se vincula ao resultado declarado pela Comissão e lhe confere a certeza da licitude presumida dos atos administrativos em geral. E se trata de ato administrativo porque, embora resultante de normas restritivas de direitos constitucionais do cidadão, é a declaração formal do direito do candidato aprovado à matrícula na Universidade, não conforme o seu desejo ou opção, mas para aquela das opções manifestadas em que a Administração o julgou habilitado.

Que essa conduta da Administração é voluntária, não resta a menor dúvida, bastando que se consultem as normas editadas pelo órgão colegiado — a Comissão Permanente de Concurso Vestibular — COPEVE. No presente caso, o Edital nº 01-80, em cujo item 5º se encontra explicitado como se dá a classifica-

ção (Pág. 9 e segs. do «Guia do Vestibulando»), gerando-se uma lista para cada área, procedendo-se, a seguir, a uma prévia classificação dos candidatos nas pré-opções, consideradas as três prioridades, elaborando-se uma lista para cada pré-opção (cf. sub-itens 5.1.9 e 5.1.10).

Daí, seguem-se outras atividades, entre as quais avulta a correção da Prova de Redação em Língua Portuguesa (sub-item 5.1.11), calculando-se o que se denomina de «argumento final», que gera uma lista para cada área e a seleção dos candidatos nas diversas pré-opções. São valorizados: o menor desvio-padrão dos escores padronizados no conjunto das oito provas, o maior número de concórdâncias nesse conjunto e a maior soma dos escores padronizados.

Informa-se que as Provas de Redação serão corrigidas por uma equipe de professores e «as Provas Objetivas», pelo «Galileu», computador da Universidade de Brasília — UnB que, após receber os resultados da Prova de Redação, «fornecerá os resultados finais», divulgando-se a lista dos selecionados por meio da Imprensa local (pág. 20 do «Guia do Vestibulando»).

Da aprovação segue-se o direito à matrícula, como o próprio «Guia do Vestibulando» proclama, apenas alertando que «a não (sic) apresentação dos documentos solicitados implica a perda do seu direito ao ingresso na UnB» — E o registro na DAA «garantirá ao candidato matrícula em disciplinas obrigatórias do primeiro ciclo geral de Ciências ou de Humanidades, conforme a área de sua pré-opção.»

O resultado final, portanto, deflui de operações complexas,

conjugando-se homens e máquina. O processamento de dados não é senão a decorrência das informações de entrada *in put*, enunciadas pelo programador na linguagem dos computadores (Fortran, Algol, Cobol, o programa Assembler, etc), processadas pela unidade central de processamento, culminando na saída das informações «output», atento o analista de sistemas.

Como é óbvio, não é o sapiente «Galileu», mas os ilustres membros da Comissão Permanente de Concurso Vestibular que se responsabilizam pelo resultado e, especialmente, por sua publicação, que completa o itinerário do ato administrativo no rumo de sua plena eficácia. Tanto que se pode ver nas duas listagens a mesma rubrica (fls. 22 e 24).

E já que não é o onisciente «Galileu» que seleciona os candidatos e anuncia o resultado como ação autônoma de sua prodigiosa memória cibernética, mas como ato de vontade daqueles que o puseram a trabalhar nesse programa e o operam segundo as normas do concurso, realizando, com ele e fora dele, inúmeras e complexas operações para a determinação dos denominados argumentos semifinais e finais, trata-se, sem dúvida, de ato administrativo. Enquanto realizam as operações e são processados os dados, praticam-se atos de administração, meros fatos administrativos. A publicação formal do resultado, porém, de responsabilidade direta da COPEVE e, pois, da Universidade, é ato administrativo, porque ato jurídico, resultante da vontade dos membros da referida Comissão, geradora dos efeitos jurídicos declaratórios do direito à matrícula dos aprovados e da eliminação dos demais candidatos inscritos.

Não se há, pois de dizer, que se trata de resultado apócrifo, mera listagem, não vinculativa, substituível, sem mais aquela, pela Administração. De modo algum. Nem atribuir erros ao computador, nem deixar com essa máquina, ainda que personalizada com o nome de um dos maiores sábios da Humanidade, uma responsabilidade, que ela não tem.

Felizmente, ainda não chegamos ao tempo sinistro antevisto em «Orwell», em que o computador — «O Grande Irmão» — tomará conta de todos nós, lógico, frio e impessoal, achando que deve substituir o pensamento do homem, cheio de erros e sentimentos contraditórios, pelo seu modelo de técnica e perfeição.

O computador, por si mesmo, não produz erros ou acertos, mas os homens que o operam e confiam nos seus resultados, que adotam como se deles próprios fossem. O computador cumpre um programa, em suas diversas etapas. Em «ABC dos Computadores», Allan Lytel descreveu bem o que seja um computador e o programa que o faz agir:

«Um computador é um arranjo complexo de circuitos de armazenamento e de comutação capazes de executar certas funções lógicas tais como «E», «OU», e «NÃO». Ele pode somar, subtrair, multiplicar e dividir tanto no sistema decimal como no sistema binário de numeração; e ele pode ler grandes quantidades de dados para sua alimentação. Mas, a despeito de tudo isso, há uma coisa que um computador não pode fazer — ele é incapaz de determinar o que é que ele deverá fazer. Incapaz de pensar por si mesmo, como fazem os seres humanos, é preciso dizer ao computador exatamente o que ele deve fazer, etapa por etapa. Esta

seqüência de acontecimentos é chamada o programa.» (2ª ed. Antenna, pág. 153).

Leciona Rahmstorf:

«O programador tem a função de apresentar a resolução de um problema dado por uma sucessão de operações que o computador possa realizar.

Ele deve saber, para isso, que operações o computador de que dispõe pode executar, e por meio de que instruções estas operações podem ser comandadas.»

E mais adiante:

«Quando se tiver tomado a decisão de resolver um determinado problema com um computador, devem-se executar, pela ordem, as seguintes etapas de trabalho:

1 — Determinação do problema e escolha do processo resolutivo;

2 — Esquematização de um desenvolvimento do programa, ou de um plano de fluxo de dados;

3 — Codificação do programa numa linguagem superior de codificação;

4 — Transferência do programa a um veículo de leitura mecanizada;

5 — Transposição da linguagem superior de programação ao código-básico;

6 — Carregamento do programa em código-básico na memória principal;

7 — Execução do programa em código-básico.

O problema a ser resolvido com a instalação deve ser rigidamente fixado em todas as suas particularidades». («Processamento de Dados», G. Rahmstorf, Ed. Polígono, 1969, pág. 29).

Cedo se abandonou a chamada «linguagem das máquinas», cuja desvantagem maior era a extrema

quantidade de detalhes e filigranas que deveriam ser incluídos no programa, para adotar-se uma «linguagem de programação», linguagem-simbólica ou linguagem-fonte.

Todos os estudiosos de computadores para logo esclarecem que um programa é o rígido cumprimento de uma série de etapas, sendo indispensável, pelo menos em certas fases do processamento, a colaboração do homem com a máquina; embora se saiba que já existe hoje programação feita até de computador para computador, o homem, ao contrário do que teria ocorrido no «O Dia da Criação», segundo Vinícius de Moraes, é sempre necessário.

É o que ressalta Francis Scheid, em «Introdução à Ciência dos Computadores», obra publicada com a aprovação da Comissão Editorial da Universidade de São Paulo, pela Editora McGraw Hill do Brasil Ltda. Diz aquele eminente Professor de Matemática da Universidade de Boston (pág. 154):

«Para resolver um problema em um sistema de computação do tipo que acabamos de descrever, devemos seguir uma série prescrita de etapas. Primeiro o programador humano prepara suas instruções e dados na linguagem de programação. O processador, que é em si próprio um programa em linguagem de máquina, deverá ler o programa na unidade de memória da máquina se este lá já não estiver. Adequadamente codificado em cartões perfurados ou outro qualquer aparelho *in put*, o programa preparado, ou programa-fonte, também é colocado na máquina. O processador traduz o programa fonte também na linguagem adequada da máquina. A versão traduzida é denominada o programa objeto e uma cópia deste programa, talvez em cartões perfurados, é produzida pelo computa-

dor, se assim for desejado. Se o mesmo programa vai ser utilizado em futuras aplicações, ou repetidamente, seria conveniente obter-se uma cópia, com vistas a evitar perda de tempo e dinheiro com uma segunda tradução do programa. Frequentemente esta cópia é produzida automaticamente. A etapa final, evidentemente, é a execução do programa objeto. Isto poderá ser executado imediatamente ou poderá ser adiado, porém o essencial é que temos em mãos o programa em linguagem de máquina.»

Na sua evolução, o homem inventou primeiro instrumentos, ferramentas, como um prolongamento de suas próprias aptidões, oriundas dos sentidos. Quando inventou a máquina, criou um «instrumento que atua por si mesmo e por si mesmo produz o objeto», segundo Ortega & Gasseto, em «Meditação da Técnica» (pág. 82).

A própria máquina, porém, não é fabricada por mero diletantismo, mas para um fim determinado e nem sempre prolonga a ação humana, pois mais comumente a substitui, capaz de atividades próprias de que o homem se mostra absolutamente incapaz.

«Máquina é um sistema fabricado pelo homem para executar uma certa ação quando lhe é fornecida a energia adequada», na definição de Pierre de Latil («O Pensamento Artificial» — Introdução à Cibernética, ed. Ibrasa, 1959, pág. 33).

Embora os computadores sejam as máquinas mais sofisticadas já elaboradas e em constante aperfeiçoamento, sua atividade necessita do querer inicial e da chancela final do homem, porque se destina ao uso do próprio homem.

Assim, no caso dos autos, o resultado final, proclamado por «Galileu», necessita da chancela da CO-

PEVE, autenticado por um dos seus membros ou delegados. Foi o que ocorreu. Não há dúvida, portanto, de que não se cuida de mera ação eletrônica, mas de um ato administrativo.

Afirma-se, contudo, que esse resultado final estava lastreado em erro, daí sua invalidação pela própria Administração, que três horas depois, segundo a inicial, publicava outra listagem, alteradas diversas posições, entre as quais a do impetrante, que alega ferido direito subjetivo seu à matrícula em Arquitetura e Urbanismo, pelas seguintes razões (fl. 3).

1º) — porque o primeiro resultado tem força vinculativa entre a UnB e o candidato e vice-versa, valendo como Edital de resultado do Concurso Vestibular;

2º) — porque somente um ato administrativo formal, assinado por agente capaz, poderia revogar a primeira listagem;

3º) — porque esse ato revocatório teria de ser motivado e não poderia ter sido provocado por denúncia de terceiros, como ocorreu.

Que o primeiro resultado tem força vinculativa, não resta a menor dúvida, já que se trata de um ato administrativo. O segundo, pela mesma razão, também é vinculante. E como este último resultado pretendeu substituir o primeiro, resta saber se a Administração poderia fazê-lo e se é de revogação ou de anulamento que se trata.

Melhor do que a Súmula 346, do Eg. Supremo Tribunal Federal, citada na sentença e no voto do eminente Relator, no sentido de que «a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos», parece-me o enunciado da Súmula nº 473, segundo a qual «a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se ori-

ginam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial». E é melhor porque abrange as duas hipóteses — a anulação e a revogação do ato administrativo.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, «podem ser sujeitos ativos da invalidação tanto a Administração quanto o Poder Judiciário. A primeira, atuando seja por provocação do interessado, seja em razão de denúncia de terceiro (como ocorreu no caso dos autos), seja espontaneamente. O segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide». O que fundamenta o ato invalidador, para a Administração, é o dever de obediência à legalidade, implicando no dever de restaurá-la, quando violada; «para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o direito aplicável no caso concreto». «O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada que se tem de eliminar». («Elementos de Direito Administrativo», págs. 88-89, ed. RT. 1980).

Para a validade dos atos jurídicos em geral, se requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Cód. Civ., art. 82); como os atos administrativos são atos jurídicos especiais acrescenta-lhes a doutrina o motivo e o fim, em razão da maior rigidez da atividade da Administração e das exigências de legalidade interna.

Os defeitos ou vícios que surgem na estrutura do ato jurídico, em geral, e na dos administrativos, em particular, ou são ausências de certos elementos ou pressupostos, ou a presença de certos fatos.

No caso dos autos, em que se cuida de seleção de candidatos ao ingresso na Universidade é seu endereçamento às opções manifestadas, afirma-se que a primeira listagem

continha erros motivados por equívocos do programa que o computador deveria cumprir.

Para a opção Arquitetura e Urbanismo — a primeira opção do impetrante — foram oferecidas vinte vagas (Código 5100, pág. 9, do «Guia do Vestibulando»).

O acesso à opção é conquistado pelos candidatos, segundo o número de pontos obtidos, dentro de limites máximo e mínimo, ou limite superior (LS) e limite inferior (LI). Estou em que esses limites são variáveis de vestibular para vestibular, porque estabelecidos pelos próprios candidatos, na competição travada, sendo o limite superior o daquele, dentre todos os optantes, que fez o maior número de pontos, a quem se destina a primeira vaga e, em ordem decrescente, até a ocupação da última.

No presente caso, o limite superior ou limite máximo estabelecido em Arquitetura e Urbanismo foi igual a 184.4 e o limite inferior, 118.0; a segunda opção do impetrante — Educação Artística, Código 5401, teve como limites máximo 166.5 e mínimo 50.1 e a terceira opção — Letras-Tradução, Código 4502, estabeleceu como o máximo de pontos 127.5 e o mínimo 45.7.

O impetrante, segundo a autoridade impetrada, figurou numa listagem onde obteve 46.8 pontos (fl. 22).

Ocorre que o impetrante impugna o seu deslocamento da primeira opção para a terceira, inclusive afirmando que «a listagem inicial não indicava o número de pontos obtidos por cada candidato», levando a crer que houvesse certo número de empates de notas e o computador não estava programado para discriminá-los, insistindo em que «a COPEVE-UnB não publicou o gabarito das provas» (fl. 3).

As informações prestadas pela dita autoridade inquinada de coatora

vieram desacompanhadas de elementos fáticos indispensáveis, a meu ver, para embasar suas assertivas contrárias às do impetrante, isto é, o gabarito, as respostas decodificadas do candidato e outros elementos que pudessem propiciar ao Poder Judiciário um exame do tema consoante as provas produzidas nos autos, pois a presunção de legitimidade dos atos administrativos é *juris tantum*, sujeita à apreciação judicial, como o proclama a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Impugnando o segundo resultado, na parte em que deslocou o impetrante de sua primeira opção, penso que à impetrada incumbia demonstrar cabalmente a «existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito» do impetrante, a teor do disposto no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, até porque o gabarito e as respostas dadas pelo candidato encontravam-se em poder da própria impetrada e não daquele.

É certo que as informações da autoridade esclarecem que os resultados obedecem a três rotinas: a) listagem dos candidatos classificados por pontos em ordem decrescente; b) listagem dos candidatos selecionados por opção, em ordem alfabética; e c) listagem por ordem alfabética para divulgação, sendo os dois últimos constantes de programas distintos, motivo pelo qual o erro de um não afeta o outro (fl. 18).

Não menos certo, porém, é que as próprias informações confessam que pelo menos uma das listagens saíra com incorreções, aliás, constatada por terceiros — o Curso Objetivo. Em face da ausência de complementação da prova a que acima me referi, não se tem elementos para afirmar ou negar a existência de possíveis erros também na execução dos outros programas submetidos ao computador.

Ao contrário, assim, do que possam parecer, as informações, embora brilhantes, como brilhantes foram as contra-razões de apelação, se mostram desarmadas de prova inconteste. Até porque somente as acompanharam as listagens do computador, duas delas autenticadas, a dita incorreta e a que se diz corrigida (fls. 22 a 24), ambas constituindo edital de publicação e de resultado do concurso vestibular — atos administrativos formalmente perfeitos.

Não se trata do maniqueísmo da sedutora fórmula apresentada nas informações no sentido de que o presente mandado de segurança objetiva fazer prevalecer o erro sobre o certo, ou, «noutras palavras, que o mal impere sobre o bem» (fl. 19).

Em primeiro lugar, porque o mandado de segurança discute sobre a eficácia ou ineficácia dos atos jurídicos praticados e sua força vinculante; quem afirma, sem o demonstrar, existência de erro, é a impetrada. Em segundo lugar, porque o resultado que se diz errado e é identificado com «o mal» é da responsabilidade da própria Comissão, sem qualquer participação, nele, do impetrante. E em terceiro lugar, porque o que se tem como um malefício é uma proclamação formal da Universidade, que gera direito à matrícula dos candidatos, matrícula que, no caso dos autos, se efetivou com amparo em medida liminar, tendo o apelante cursado, em consequência, todo um semestre e já estando em vias de terminar o segundo.

É certo que a medida liminar foi revogada com a sentença denegatória da segurança, o que conduziria ao enunciado da Súmula 405 do STF, em cujo texto se deve substituir por «apelação» a palavra «agravo». Todavia, não menos certo é que o aluno, não obstante, continuou matriculado na opção Arquitetura e Urbanismo, sem que a Administração, que

não tomara qualquer providência para a suspensão da liminar, se preocupasse, após sua revogação, em estabelecer situação nova.

Como se deixou claro, não se discute, aqui, no plano da existência do ato jurídico praticado, mas no de sua validade.

«A teoria dos vícios do ato jurídico — acentua Cretella Júnior — no direito administrativo, guarda relações estreitas com as nulidades, no direito civil, mas dela difere bastante, tanto no que diz respeito às soluções como na amplitude.» («Curso», pág. 316, ed. cit.).

Na teoria geral do direito, o ato nulo é o praticado por pessoa absolutamente incapaz, for ilícito ou impossível o objeto, não revestir a forma prescrita em lei, for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, ou quando a própria lei o declarar nulo ou lhe negar efeito (Cód. Civ., art. 145 e seus incisos).

É anulável o ato jurídico por incapacidade relativa do agente, por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (Cód. Civ., art. 147 e seus itens).

No direito administrativo tem menor importância a natureza do efeito, em si «do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas as circunstâncias eventuais, venha a trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muitas vezes, acarretar conseqüências diversas», resultando que a manifestação da vontade, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma abrangem todos os aspectos de que se podem revestir os vícios dos atos administrativos (Cf. Cretella Júnior, ob., cit., pag. 318).

No caso dos autos, diz a Administração que houve erro na proclamação do resultado, erro que procurou corrigir pela edição de novo ato administrativo.

Ora, o erro se inscreve entre os fundamentos para a «revogação do ato e não do seu anulamento, pelo que o primeiro resultado teve não somente existência, como também eficácia, até sua revogação. Isto porque se tratava de ato anulável, por erro, e não de ato nulo, que, este sim, não produziria efeito.

Não se fez a publicação do gabarito, como afirmado na inicial, sem contradita nas informações; pelo menos, não foi ele trazido aos autos, para demonstrar, sem sombra de qualquer dúvida, a existência do erro alegado.

As opções, por si mesmas, não valem mais do que as outras, pois a terceira opção de um candidato pode ser a primeira de outro e vice-versa. Nem cada uma das opções, que representa um dos ramos do saber humano ou de sua atuação prática no mundo de relação, pode ter uma valorização maior ou menor por si mesma, mas, apenas, pela maior ou menor demanda dos eventuais candidatos.

No sistema educacional em vigor no Brasil o próprio vocacionamento é fator incerto e inseguro. O oferecimento de opções destina-se menos aos candidatos, na expressão de suas verdadeiras vocações, do que às dificuldades com que se defrontam os estabelecimentos de ensino superior, para assegurar ao maior número possível de cidadãos o direito à educação que a Constituição garante e as Universidades se vêem na contingência de restringir.

Por outro lado — e isto é um fator que somente juízes podem sopesar — mesmo as opções manifestadas pelos jovens não lhes define a vocação verdadeira ou o destino futuro. Quem já leu a biografia de grandes homens e até de benfeitores da Humanidade surpreende-se com a verificação de que muitas vezes mudaram de rumo, ou de carreira, para

que suas verdadeiras vocações surtiram, algumas delas independentemente de qualquer grau de escolaridade, que nem tiveram, ou abandonaram. Pasteur, Paula Ney, que chegou a cursar Medicina, e muitos e muitos outros, são exemplos flagrantes. Clóvis Beviláqua, segundo seus biógrafos, não foi aluno excepcionalmente destacado durante o curso e seu gosto pelo Direito Civil, onde se tornou dos maiores entre os maiores, somente muito depois de formado se revelou. O propósito de Kepler era fazer-se pastor protestante, mas assistindo a um curso de astronomia, a princípio sem grande interesse, terminou entusiasmando-se com o estudo dos astros.

Schweitzer, que seguiu quatro carreiras diferentes — Filosofia, Medicina, Teologia e Música e era praticamente enciclopédico, foi um menino doente, tardou a aprender a ler e a escrever e não foi um bom estudante. Repentinamente, aos 30 anos, abandonou suas três carreiras, para se fazer médico, tornando-se missionário pelo resto da vida.

Galileu — refiro-me ao próprio — foi mandado estudar Medicina, mas o de que ele gostava mesmo era de Matemática.

Einstein levou tanto tempo para aprender a falar que os seus próprios pais o supuseram anormal e na escola não passava de um aluno mediocre. Na verdade, chegou a ser reprovado na admissão à Escola Politécnica de Zurich.

A lista é interminável.

Aqui mesmo nesta Turma, Sr. Presidente, temos um exemplo edificante, pois é sabido que o eminente Ministro Otto Rocha também chegou a cursar Medicina até perto de formar-se, quando o destino o conduziu ao Direito, onde hoje, se destaca, quer entre nós, quer na Magistratura Nacional, por sua honradez, competência e dedicação à Justiça.

Homem de fé, não creio no Acaso, mas nos desígnios da Providência Divina. Quem sabe se no erro dessa programação não se está gerando um futuro brilhante arquiteto, ou urbanista? Vale mais o homem por sua consciência, do que por sua ciência.

Os critérios de aferição do saber, quer os de agora, confiados aos computadores, quer os de antanho, todos de afirmação dogmática, muitas vezes não resistem ao simples passar do tempo, ou ao desmentido formal dos fatos.

A confiar-se no saber de Salamanca, a América jamais seria descoberta.

Por isso, não creio no Acaso, Sr. Presidente, como duvido de todo o saber dogmático, vale dizer, da Ciência mesma, porque o científico de hoje pode ser o ridículo de amanhã.

Também é por isso que os homens não podem ser julgados por máquinas mas, com todas as falhas que possam resultar da natureza humana, somente por outros homens, pelos juízes.

Na «Introdução à Informática Jurídica», Dinio de Santis Garcia, citando Knapp, «registra que, pela multiplicidade de relações e de fatos que devem ser levados em conta, o pensamento dialético é extremamente complexo e não pode ser captado, em sua plenitude, pelas regras e leis da lógica formal. Isto se aplica, em princípio, ao pensamento jurídico que constitui um processo dialético extremamente complicado». Por isso, «no atinente ao processo judiciário, Knapp realça quanto é difícil confiar à máquina a apreciação das provas e a elaboração do julgamento», pois «surge um número indefinido de nuances que impedem seja o processo traduzido num número finito de formulas lógico-matemáticas». E citando Spiros Smitis, adverte «que o Direito, apoiando em valorações sua

pretensão de validade, é infenso a um processo integral de axiomatização e de logicização. A Cibernética — diz ele — é indiferente aos valores, enquanto a estes está ligado o Direito» (Obr., Cit., págs. 106 e segs. Ed. Universidade de São Paulo, com José Bushatsky, 1976).

Norbert Wiener, tido como o pai da Cibernética e, assim, do advento da era dos computadores, no capítulo «Lei e Comunicação» do seu clássico livro «Cibernética e Sociedade», fez questão de enunciar o seu conceito de Justiça:

«... a teoria e prática da lei envolve dois grupos de problemas: os de seu propósito geral, de sua concepção de justiça; e os da técnica pela qual esses conceitos de justiça possam ser tornados efetivos.

Empiricamente, os conceitos de justiça que os homens têm mantido ao longo da História são tão variados quanto as religiões do mundo ou as culturas reconhecidas pelos antropólogos. Duvido que seja possível justificá-los por qualquer sanção mais alta que o nosso próprio código moral que, em verdade, é apenas outro termo para designar a nossa concepção de justiça. Como participante de uma concepção liberal que tem suas principais raízes na tradição ocidental, mas que se estendeu àqueles países orientais que possuem vigorosa tradição intelectual e moral, e que muito delas tomaram emprestado, posso apenas estatuir aquilo que eu mesmo, e os que me rodeiam, consideramos necessário para a existência de justiça. As melhores palavras para exprimir tais requisitos são as da Revolução Francesa: «Liberté, Égalité, Fraternité». Elas significam: a liberdade de cada ser humano desenvolver livremente, em plenitude as possibilidades humanas que traga em si; a igualdade pela qual o que

é justo para A e B continua sendo justo quando as posições de A e B se invertem; e uma boa vontade, entre homem e homem, que não conheça outros limites além dos da própria Humanidade. Esses grandes princípios de justiça significam e exigem que nenhuma pessoa, em virtude do poder pessoal de sua posição, constranja, por coação, a um pacto desonesto. A compulsão que a própria existência da comunidade e do Estado possa exigir deve ser exercida de maneira a não ocasionar nenhuma infração desnecessária da liberdade» (págs. 104 e 105, 3ª ed., Cultrix, de «Cibernética e Sociedade — o Uso Humano de Seres Humanos»).

No caso dos autos, nem mesmo veio para o processo a listagem completa, mas segmentos dela. Conferindo os dois segmentos de resultados existentes no processo (fls. 22 e 24), verifiquei que nove dos candidatos tiveram alterada sua escolha, dos quais quatro, e entre eles o impetrante, de Arquitetura e Urbanismo, para outras opções. Corrigiu-se o primeiro resultado porque continha erros, isto é, vício de anulabilidade. Estou em que a Administração poderia rever seu próprio ato e corrigi-lo como o fez, revogando-o, implicitamente, pela edição de outro ato administrativo. Mas, como o primeiro produziu efeitos e não se demonstrou que o erro, em relação ao candidato, a contagem de pontos, também se efetivou de maneira incorreta, aquele ato jurídico deve ser, pelo menos quanto a ele, respeitado.

A manutenção do status quo do impetrante não altera a situação de qualquer dos classificados em Arquitetura e Urbanismo, porquanto já matriculados desde o ano passado e ocupando as vagas dentro dos limites máximo e mínimo de pontos, que se alega não haver atingido o impetrante.

Esta Corte tem proclamado que as medidas liminares, em mandado de segurança, embora com pressupostos diferenciados, às vezes geram fatos e circunstâncias que, por sua vez, originam direitos, especialmente quando se trata de fatos de natureza seqüencial ou progressiva, como o cumprimento de etapas nos cursos escolares.

Aqui mesmo, nesta Turma, em decisão unânime, na Apelação em Mandado de Segurança nº 85.345-RN, de que fui Relator, o Acórdão ficou assim ementado:

«Administrativo. Ensino Superior. Curso de Férias. Matrícula decorrente de liminar em Mandado de Segurança.

1) Matriculados os impetrantes no Curso de Férias, por força de liminar, e uma vez cumpridas regularmente as exigências letivas do período, não teria qualquer sentido a revisão negativa do julgado, para desconstituição de situação fática consolidada pelo decurso do tempo, como a desfazer um lapso da vida, que «não anda para trás» (GIBRAN).

2) Sentença confirmada. Apelo improvido.»

Assim, ainda que viciado estivesse o ato jurídico — o que, a meu ver, repita-se, não se demonstrou cabalmente — o tempo, para Von Thur e Walter Jellinek, citados em parecer de Francisco Campos, tem o condão de convalidar o ato administrativo, mesmo nulo ou irregular (Cf. Rev. de Direito Administrativo, vol. 83, pág. 381).

No caso dos autos, o ato que se diz praticado com erro, seria apenas anulável.

No autorizado dizer de Francisco Campos, «o tempo é um dos parâmetros da vida humana e talvez da massa cósmica, orgânica e inorgânica e, assim, não poderá também dei-

xar de o ser dos direitos, quanto ao seu nascimento, às suas transformações e à sua extinção». (RDA, vol. 83-381). E tem o condão de convalidar situações jurídicas irregulares.

A Administração pode rever os seus próprios atos, como o fez. Se o ato é nulo, não produz efeito algum e se trata de anulamento; mas se é anulável, por vício resultante de erro (Código Civil, art. 147, II), trata-se de revogação, há efeitos a considerar, ressalvada em qualquer caso, a apreciação judicial.

No caso dos autos, a apontada irregularidade não restou devidamente comprovada.

Comprovou-se, ao revés, que houve duas listagens de proclamação de resultado de concurso vestibular, produzidas por computador, como última fase da seleção dos candidatos. Esses atos, de responsabilidade da Comissão Permanente de Concurso Vestibular, — COPEVE — são atos administrativos.

Do ponto de vista da existência, ambas as publicações são atos administrativos formais e perfeitos.

Do ponto de vista da eficácia, o primeiro ato, que se diz gerado com erro, sendo anulável, produziu efeitos — direito à matrícula dos candidatos nas opções enunciadas.

Por todas essas considerações e especialmente tendo em vista que o eminente Relator, com a correção e honradez que o caracterizam, bem reconhece a existência, neste Tribunal, de duas correntes de interpretação a respeito da natureza jurídica da publicação de resultados de concurso vestibular por listagem de computador, prefiro ficar com aquela que se harmoniza com a linha do meu próprio pensamento, conforme acredito haver demonstrado, isto é, de que se trata de ato administrativo, emanado do órgão competente,

produzindo efeitos, vinculando a Universidade ao que proclama, com todas as suas conseqüências, a primeira das quais é o direito à matrícula. E essa interpretação é desta própria Turma, no precedente citado, de que foi Relator o eminente Ministro Otto Rocha.

Parece-me, assim, que embora a Administração possa rever os seus próprios atos, e até em certos casos, deva fazê-lo *ex officio*, está sujeita

ao controle judicial, no exame da legitimidade, ou não, em cada caso concreto, do seu procedimento.

Dou, portanto, provimento ao apelo, para restaurar a eficácia da medida liminar, que converto em definitiva, concedendo a segurança, acompanhando o voto do Sr. Ministro Peçanha Martins, com a devida vênia do Sr. Ministro Pereira de Paiva, Relator, a quem tanto prezo e admiro.

É o meu voto.

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.898 — RJ

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rolemberg

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara

Apelantes: Citizen Wathe Company Ltd e Inpi

Apelada: Pan Mundial — Ind/ Com/ Imp/ Ex/ Ltda.

#### EMENTA

Propriedade industrial — Indeferimento de pedido de declaração de caducidade de marca, ao fundamento de que ainda não havia decorrido o prazo de dois anos da data da concessão do registro, como tal considerada a da publicação da notícia da expedição do respectivo certificado — Ilegitimidade do ato, por isso que a expressão «concessão do registro», inserta no art. 94 do CPI, deve ser entendida como a expedição do certificado, devendo contar-se o prazo de dois anos da data de sua assinatura — Concessão de mandado de segurança para determinar o exame do mérito do pedido.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 5 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Pan Mundial Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, requereu mandado de segurança contra ato pelo qual fora indeferido requerimento que fizera, de declaração de caducidade da marca «Citizen», para distinguir «máquinas de somar elétricas e outras máquinas de calcular ou computadores elétricos e partes acessórias para os mesmos» objeto de registro cujo titular era Citizen Wathe Co. Ltd, sociedade japonesa.

O ato atacado, esclareceu, fora praticado ao fundamento de que, ao ser requerida a declaração de caducidade, ainda não havia decorrido o prazo de dois anos da concessão da marca, prazo que ele impetrado entendia ter como termo inicial a data da expedição do certificado de registro, enquanto a autoridade considerava dever-se contar a partir da publicação no Boletim da Propriedade Industrial da notícia da expedição do certificado referido.

Indicou como autoridades impetradoras o Presidente e o Diretor de Marcas do INPI.

Nas informações sustentou-se, em resumo, que:

«a) Foram chamadas a dar informações não a autoridade/coatora, mas terceiros, aos quais não cabe a substituição processual na ação em tela.

b) Não cabendo ação mandamental contra ato administrativo suscetível de recurso suspensivo, inexistindo-se caução, e não se fazendo valer o autor no recurso legal, perdeu no caso o direito de impetrar o writ, conquanto lhe seja reservada a via ordinária.

c) O prazo de uso obrigatório de marcas registradas conta-se da publicação da expedição do certificado de registro.

d) É inteiramente legal o ato contra o qual se impetra o writ im procedendo as medidas solicitadas pelo autor.»

A sentença rejeitou as preliminares, e, no mérito, deferiu a segurança, o que deu causa à interposição de apelações por Citizen Watch Company, Inc. e pelo INPI, que foram contra-arrazoados e contra cujo provimento, opinou, nesta instância, a Subprocuradoria.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O Decreto-Lei 68.104-71 ao regulamentar a Lei nº 5.648/70, que criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, estabeleceu no art. 17:

«Art. 17 — A Secretaria de Marcas compete, sem prejuízo de outras atribuições, examinar e decidir os pedidos de registro e de prorrogação de marca, expressão ou sinal de propaganda e outros previstos em lei.»

Requerido que foi o mandado de segurança indicando como autoridade coatora o titular da Secretaria referida na disposição lida, responsável efetivo pelo ato praticado, não seria possível acolher-se, como acertadamente entendeu a sentença, a arguição de ilegitimidade da autoridade impetrada.

De sua vez, como disposto no art. 97 do mesmo diploma legal, «do despacho que declarar ou denegar a caducidade do registro por falta de uso efetivo caberá recurso» sendo que o apresentado da decisão denegatória, do pedido, pela própria natureza, não tem efeito suspensivo, do que decorre não se aplicar à hipótese dos autos, que é exatamente essa, o disposto no art. 5º, inciso I, da Lei n.º 1.533/51.

Foram, assim, justamente rejeitadas as preliminares suscitadas nas informações.

Quanto ao mérito, em favor da confirmação da sentença opinou a Subprocuradoria, em parecer do Dr. Paulo Solberger, assim redigido:

«O pedido foi indeferido por ter sido formulado a destempo, ou seja, quando ainda não esgotado o prazo de 2 anos previsto no art. 94 do CPI., verbis:

«Salvo motivo de força maior, caducará o registro, *ex officio*, ou mediante requerimento de

qualquer interessado, quando o seu uso não tiver sido iniciado no Brasil dentro de dois anos contados da concessão do registro, ou se for interrompido por mais de dois anos consecutivos.»

A expressão concessão do registro, insere neste e, em outros dispositivos do Código, suscitou larga controvérsia, envolvendo a definição do momento em que se constitui a relação jurídica que assegura a propriedade e o uso exclusivo da marca: se desde a data do despacho concessivo do registro (§ 5º do art. 79 do CPI) ou se desde a data da expedição do certificado do registro (art. 83).

A questão pacificou-se, pelo menos na esfera administrativa, com o Parecer nº 4/80, da douta Consultoria Jurídica do Ministério da Indústria e do Comércio, que resolveu a dúvida em favor da segunda alternativa, fixando o entendimento de que o termo inicial do registro de marca é a data da expedição do certificado do registro (fls. 26/29).

No caso, todavia, o fulcro da controvérsia reside em outro aspecto. Assente que os prazos para aquisição ou extinção de direito marcários começam a fluir da data de expedição do certificado de registro, sustentam o INPI e a litisconsorte Citizen Watch Company Inc. que os referidos prazos, inclusive o de 2 anos destinado ao uso obrigatório da marca, devem ser contados a partir da publicação no órgão oficial da notícia da expedição do certificado, aplicando-se a regra do art. 104 do CPI, segundo a qual os atos, despachos e decisões nos processos administrativos só produzem efeitos a partir de sua publicação.

Assim, entretanto, não entendem a impetrante e a sentença,

para os quais os prazos começam a fluir da data da assinatura do certificado, tratando-se a publicação, sob o título «Entrega de Certificados», de mera formalidade destinada a levar ao conhecimento de terceiros e do próprio interessado que o certificado encontra-se pronto para ser entregue.

A propósito, ponderou o douto juiz a quo:

«Emitir não significa publicar. O Certificado é emitido no momento em que é assinado pelas autoridades competentes. No caso dos autos, em 10 de abril de 1978, quando recebeu um número de registro e foi subscrito pelo Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, justamente com seu Diretor de Marcas (fls. 18).

A partir desse exato instante, a exclusividade do uso se assegurava em favor da Impetrante, titular da marca e, em decorrência, começou a fluir o prazo decadencial para iniciar sua utilização.

A publicação desse ato em nada poderia afetar o direito do titular da marca, nada acrescentando à exclusividade já reconhecida com o encerramento da instância administrativa.

O efeito é tipicamente de proteção ao uso da marca, no interesse de seu titular e de terceiros. Interesse público.»

Realmente, estamos em que o ato de concessão do registro traduz-se na expedição do certificado, como tal considerado a data de sua assinatura.

Note-se que o CPI ao fixar em dez anos o prazo de vigência do registro de marca, esclarece que tal prazo será contado «da data da expedição do certificado» (art. 85).

Ora, nos certificados de registro, como o que se vê a fls. 18, consta que o prazo de validade do registro será de 10 anos «a partir desta data», ou seja, a partir da data de assinatura do certificado.

A expedição do registro efetiva-se, pois, com a assinatura do certificado e isto o próprio IN-PI implicitamente reconhece ao estabelecer que o prazo de sua validade começa a fluir a partir da data da assinatura.

Correta, pois, a conclusão da sentença:

«Decorridos mais de dois anos entre a data da emissão do certificado (data do registro) e a do pedido de declaração de caducidade, por falta de uso, formulado pela Impetrante (10-4-78 versus 17-4-80), deve a

Administração apreciá-lo, com o exame do mérito.»

Nessas condições, é o parecer pelo não provimento dos recursos.»

Adoto as razões do parecer lido para negar provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS 94.898 — RJ — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara. Aptes.: Citizen Watch Company Ltd e INPI. Apda.: Pan Mundial — Ind. Com. Imp. Exp. Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 5-5-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Mins. Romildo Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

#### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.010 — DF

Relator: Ministro Otto Rocha

Suscitante: Juiz Federal da 3ª Vara

Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Distrito Federal

Partes: Gustavo de Souza Ribeiro, COPENAL — Cooperativa Nacional de Habitação do D.F. S/A — INCA S/A — Crédito Imobiliário

#### EMENTA

Competência. Ação ordinária de rescisão de contrato movida contra COPENAL e INCA S/A — Crédito Imobiliário. A simples alegação de possível interesse da União Federal no feito, não basta para o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Necessária a sua presença como autora, ré, assistente ou oponente.

Aplicação do art. 125, I, da CF e do art. 10, da Lei nº 5.010/66.

Conflito procedente. Competência da Justiça Comum.

#### ACÓRDÃO

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

Acordam os Ministros que compõem o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em

julgar competente o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de maio de 1978. (data do julgamento).

Por motivo de nomeação para o STF, deixa o presente acórdão de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente. — Ministro Décio Miranda, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Perante o Juízo de Direito, da Primeira Vara Cível desta Capital, Gustavo de Souza Ribeiro, brasileiro, funcionário público, residente e domiciliado na cidade Satélite de Taguatinga, na QNF 16, lote 36, propôs, contra CO-PENAL — Cooperativa de Habitação do Distrito Federal S.A. e INCA S.A. — Crédito Imobiliário, ambas estabelecidas nesta capital, uma ação ordinária de rescisão de contrato, cumulada com perdas e danos.

Esclarece o Suplicante que firmara contrato de empréstimo para financiamento de casa própria com a mencionada cooperativa habitacional, obrigando-se esta, nos termos da Cláusula Sexta, «a construir para o Requerente, de acordo com as especificações gerais predeterminadas, uma casa residencial», em terreno de sua propriedade.

Informa, a seguir, que a Suplicada encontra-se inadimplente desde 11 de julho de 1972, «vez que até a presente data não concluiu a obra».

Que a segunda Suplicada, INCA S.A. — Crédito Imobiliário, tornou-se «cessionária de crédito do financiamento da casa»; mas, também como a primeira, deixou de cumprir o contrato.

O Dr. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível, dando-se por incompetente, proferiu o seguinte despacho: (lê, fls. 8/8vº).

Remetidos os autos à Justiça Federal e distribuídos à 3ª Vara, oficiou o Ministério Público (fls. 9/10), com a seguinte conclusão:

«Sucede que, não sendo ainda parte na ação o Banco Nacional de Habitação não pode, data venia,

ser considerado intimado pela só publicação do R. despacho no órgão oficial: mister é que a intimação para ser válida, se faça por mandado ao Oficial de Justiça, na forma determinada pelo art. 238 do Código de Processo Civil.

Face ao exposto, o Ministério Público Federal pede vênias a V. Exa. para se pronunciar nestes autos, sobre a competência da Justiça Federal para processá-lo, somente após intimado o Banco Nacional de Habitação na forma acima proposta» (fls. 10).

A empresa pública, Banco Nacional de Habitação, intimada, assim oficiou ao Dr. Juiz Federal: lê (fls. 11).

Aberta vista à douta Procuradoria da República, assim manifestou-se: (lê fls. 12).

O ilustre suscitante, fundamentando o seu despacho, assevera:

«A competência da Justiça Federal, sendo de teor constitucional, não pode ser ampliada. Contém-se dentro dos textos expressos da Carta Maior.

No caso, ainda que o Banco Nacional de Habitação tivesse dito ter interesse na demanda, mister fazia-se que tal interesse ficasse demonstrado.

«A intervenção meramente adesiva da União, nas causas do interesse de Sociedade Anônima Federal, não basta a justificar a competência da Justiça Federal. No caso não existe notícia de intervenção qualificada da União, de sorte a firmar a competência da Justiça Federal». (AI 32.751-Rel. Ministro Moacir Catunda — Diário da Justiça de 9-11-71 p. 6.213).

«Ação ordinária entre sociedades de economia mista.

Intervenção da União sem demonstração de real interesse no seu desfecho. Competência da

Justiça Estadual e agravo de instrumento unanimemente desprovido». (AI-33.829 — Rel. Ministro Peçanha Martins — Diário da Justiça de 1-8-72 p. 4.914).

E o Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, decidiu:

«Ementa: Conflito Negativo de Jurisdição entre o Tribunal Federal de Recursos e o Tribunal de Justiça de São Paulo. Manifestação do interesse da União perante o Tribunal de Justiça Estadual, com pedido de anulação do feito ab initio. Só à Justiça Federal cabe dizer se há, na causa, interesse da União. Se o Tribunal Federal de Recursos reconhecer a existência desse interesse e der pela competência da Justiça Federal, incumbir-lhe-á decretar a nulidade do processo, mantendo os atos não decisórios, se aproveitáveis.

Conflito conhecido, dando-se pela competência do Tribunal suscitante». (DJ 5.993 — Rel. Ministro Cunha Peixoto — Diário da Justiça, de 6-8-76 p. 6.897).

«Ementa: Competência — para o deslocamento da competência para a Justiça Federal, em face do disposto no art. 125, I, da Constituição e no art. 10, da Lei 5.010-66 não basta a alegação, por uma das partes litigantes, de possível interesse da União Federal, mas é necessário que esta seja interessada, no feito, na condição de autora, ré, assistente ou oponente.

Recurso Extraordinário não conhecido». (RE 85.672 — Rel. Ministro Moreira Alves — Diário da Justiça de 1-4-1977 p. 1971).

Por tais razões, suscito o conflito negativo de competência perante o Exmo. Sr. Ministro Presidente do Tribunal Federal de Recursos.»

Subindo os autos, designou-se, para providências urgentes, eventualmen-

te necessárias (CPC, art. 120), o Dr. Juiz Federal suscitante (despacho de fls. 18).

A douta e ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pela procedência do conflito, «para que se declare competente o Suscitado», através do seguinte Parecer: (lê fls. 22/23).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Como se vê dos documentos de fls. 11 e 12, lidos por ocasião do relatório, tanto o Banco Nacional de Habitação como o Ministério Público Federal, respectivamente não demonstraram qualquer interesse pelo desfecho da demanda.

Acresce que o Banco Nacional de Habitação nem é parte no feito, o que torna clara a competência da Justiça comum para o processo e julgamento da ação noticiada no presente conflito.

Adotando os fundamentos expendidos no Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, calçados nas razões aduzidas pelo ilustre Suscitante, o meu voto é no sentido de julgar procedente o conflito e determinar a competência do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Distrito Federal, ou seja o Suscitado.

#### EXTRATO DA ATA

CC 3.010 — DF — Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Suscte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Suscdo.: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível.

Decisão: Em decisão unânime, julgou-se competente o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, suscitado. (Em 2-5-78 — T. Pleno).

Os Srs. Min. Paulo Távora, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Márcio Ribeiro, José Néri da Silveira e Jarbas Nobre votaram com o

Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Min. Aldir G. Passarinho, Aníbal Benjamim, Armando

Rolleberg e Moacir Catunda. Presidiu-o o Sr. Min. Décio Miranda, Vice-Presidente.

### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 3.074 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Suscitante: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro

Suscitado: Juiz Federal da 3ª Vara

#### EMENTA

Desapropriação promovida por Telecomunicações do Rio de Janeiro S/A — TELERJ, subsidiária da TELEBRÁS, com manifestação de interesse por parte da União Federal.

Para que a assistência da União tenha a virtude de deslocar a competência para a Justiça Federal, terá que ser formal, com interesse real no desfecho da causa, e não interesse meramente ad adjuvandum tantum.

Conflito conhecido, declarada a competência do suscitante, o Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

#### ACÓRDÃO

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, dar pela competência do Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro, suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de abril de 1978 (data do julgamento) — **Décio Miranda**, Presidente — **Jarbas Nobre**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. — TELERJ, subsidiária da TELEBRÁS, perante a Justiça Federal ajuizou ação de desapropriação.

Distribuída a causa à 3ª Vara, nos autos a União Federal manifestou interesse, invocando o art. 8º, XV, «a» da Constituição Federal.

O Dr. Juiz Federal, entretanto, se deu como incompetente, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual.

Distribuído o processo ao Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro, suscitou este conflito de competência, no entendimento de que, «tendo a União Federal manifestado interesse na causa, firmouse, indiscutivelmente, a competência da Justiça Federal (art. 125, I, da CF), figurando o poder concedente como assistente da expropriante, já havendo o Egrégio Supremo Tribunal Federal cristalizado, na Súmula 218, esse entendimento, razão por que me dispense de maiores considerações sobre a matéria, já por si amplamente conhecida nesse Colendo Tribunal.»

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela procedência do conflito.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades (CJ nº 5.228, 5.198 e 5.448 DJ de 26-12-69, e 4.021 — DJ de 29-12-69 e 26-12-69, e RTJ 51/238 e 58/705), interpretando os arts. 121, I, e § 2º da Constituição Federal, e art. 5º II e III, do Decreto-Lei nº 200/67, na palavra do Ministro Thompson Flores, decidiu:

«O interesse da União na demanda, para deslocar a competência da Justiça Comum para a Justiça Federal, há de ser interesse real, interesse que faça com que a União diretamente se beneficie ou seja condenada pelo julgado, e não o interesse adjuvandum tantum. Numa palavra, o interesse da União deve ser concreto, e não de mera colaboração.»

Na espécie, ao que depreendi, a intervenção da União na causa foi meramente adesiva, não qualificada.

Desta sorte, conheço do conflito e decido pela competência do Juízo suscitante, isto é, o Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

#### EXTRATO DA ATA

CC. 3.074 — RJ — Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Suscte.: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro Suscdo.: Juiz Federal da 3ª Vara.

Decisão: Por unanimidade, decidiu-se a competência do Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Rio de Janeiro, suscitante. (Em 20-4-78 — T. Pleno).

Os Srs. Ministro Otto Rocha, Paulo Távora, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Amálio Benjamin, Armando Rollemberg, Márcio Ribeiro, Moacir Catunda e José Néri da Silveira votaram com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Aldir G. Passarinho. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Décio Miranda, Vice-Presidente.

#### HABEAS CORPUS Nº 4.876 — DF

Relator: Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Impetrante: Jorge de Oliveira Beja

Paciente: Mário Juruna

#### EMENTA

Habeas Corpus.

Direito de sair do território nacional, assegurado a qualquer pessoa, inclusive ao relativamente incapaz. A este é defeso a prática de certos atos, para cujo exercício é necessária a autorização ou assistência de quem, por lei, tem o poder de assistir. Não está o Poder Judiciário impedido de examinar o ato proibitivo, uma vez que ele não se incorpora aos atos da Administração Pública, voltados exclusivamente para a defesa de interesses públicos, em razão dos quais o Estado existe.

## ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, em Sessão realizada nesta data, ao apreciar o processo em epígrafe, proferir a seguinte decisão: «Preliminarmente, o Tribunal, por maioria de votos, tomou conhecimento do pedido de habeas corpus rejeitando a preliminar de incompetência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília — DF, em 27 de novembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro **José Nérl da Silveira**, Presidente — Ministro **Adhemar Raymundo**, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Adhemar Raymundo**: Trata-se de habeas corpus impetrado por **José Oliveira Costa** e **Antônio Modesto da Silveira**, em favor de **Mário Juruna**, **Guerreiro Xavante** da aldeia **Namancurá**, em **Barra do Garças**, no Estado de **Mato Grosso**, alegando encontrar-se este cerceado em sua liberdade de locomoção por atos ilegais e discricionários do Exmo. Sr. Ministro do Interior, **Mário Andrezza**, e do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, que o impediram de se ausentar do país a fim de participar, como jurado, na cidade de **Rotterdam**, na **Holanda**, dos trabalhos do 4º **Tribunal Russell**, a ocorrer no período compreendido entre os dias 24 a 30 do mês em curso, para depor sobre assuntos de sua comunidade.

Alegaram os Impetrantes que, por estar o paciente sob a tutela especial da FUNAI, manteve imediato contato pessoal com o presidente dessa entidade, a quem participou o convite que recebera; que, não obstante ter essa autoridade prometido ajuda para obtenção de passaporte junto ao órgão competente da Polícia Federal

em Brasília, foi surpreendido com a notícia de que o Sr. Ministro do Interior convocara na véspera uma entrevista coletiva à imprensa, comunicando que decidira, em nome do Governo, impedir sua participação como jurado daquele tribunal ético, não lhe deixando, assim, sair do País.

Sustentaram, finalmente, que, se proibição houvesse, somente à FUNAI caberia a prática do ato proibitivo, por ser ela o órgão que exerce, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas, ainda não integradas à comunhão nacional, segundo a Lei nº 6.001, de 19-12-73, § 2º do art. 7º c/c o art. 1º, item I, do Estatuto da Fundação Nacional do Índio, aprovado pelo Decreto nº 84.638, de 16-4-80.

Trouxeram em respaldo de suas argumentações o art. XII, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e § 20 do art. 153 da Constituição Federal.

À vista do exposto, esperam o provimento do habeas corpus, a fim de que seja garantido a seu paciente, **Mário Juruna**, o direito de viajar para o exterior e regressar ao Brasil livre e desembaraçadamente.

À inicial, seguiram-se os documentos de fls. 6/21.

A medida liminar, requerida às fls. 5, foi negada pelo Relator, que, no entanto, despachou, remetendo o processo a este Tribunal para exame do pedido, tendo sido, por maioria, mantida a denegação.

Solicitadas as informações ao Ministro do Interior, foram as mesmas prestadas às fls. 30, sustentando, preliminarmente, que nenhum ato se praticou, na Secretaria de Estado, que pudesse configurar coação a possíveis direitos do paciente; que a decisão sobre o comparecimento de **Mário Juruna** à IV Sessão do Tribunal **Bertrand Russel** é da competência da Fundação Nacional do Índio, conforme prescreve o art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.001, de 19-12-73.

No mérito, que o paciente é relativamente incapaz, necessitando, para a prática de determinados atos, de assistência, sendo dever do tutor negá-la, sempre que houver manifesto prejuízo do tutelado; que permitir tal comparecimento seria infringir os princípios informadores do instituto da tutela e, ainda, o art. 1º da Lei nº 5.371, de 1967.

Subiram os autos, e, nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação do «writ».

E o relatório.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Sr. Presidente, Srs Ministros, coube-me, por distribuição, relatar dois habeas corpus impetrados em favor de Mário Juruña: os de nºs 4.876 e 4.880, e ainda um mandado de segurança. O objetivo das ações é o mesmo: possibilitar a viagem do Cacique Mário Juruna para a Holanda.

Prolatei, no dia 18 do mês em curso, o seguinte despacho: «Nego a liminar. Solicitem-se informações ao Sr. Ministro do Interior.» Na segunda impetração, o ilustre advogado requereu a expedição da liminar, no sentido de possibilitar ao paciente efetuar sua viagem, dada a premência de tempo. Nela se diz que o Congresso, na Holanda, se realizará de 24 a 28 do mês em curso.

Por se tratar de matéria de alta relevância e dada a premência do tempo, entendi não trazer o habeas corpus a julgamento, mas submeter ao Egrégio Tribunal esse meu despacho, que negou a liminar, para que o Tribunal o referende ou não, uma vez que se trata, segundo a impetração, de feito da competência originária deste Tribunal, em sua formação plenária. Quero aduzir, na oportunidade, as razões que me levaram a negar a liminar pedida.

Em dois artigos do Código de Processo Penal, 649 e § 2º do art. 660, o le-

gislador cogita da concessão da liminar em habeas corpus, à semelhança do que se passa com o mandado de segurança. Mas, em ambos os dispositivos, Srs. Ministros, — e esta é a primeira razão da denegação da liminar — o Código estabelece pressupostos indeclináveis, diante dos quais a liminar deve ser concedida — uma espécie de julgamento antecipado da lide, não há dúvida alguma, embora em caráter provisório. Dentre esses pressupostos que a lei estabelece para a concessão da liminar em matéria de habeas corpus, um é o de que, embasado o pedido em documentos que positivem de pronto a ilegalidade e o abuso de poder, o Juiz ou o Tribunal determinará a concessão da liminar. E como, na realidade, ante os fundamentos da impetração e a inexistência desses documentos que legitimassem a concessão liminar da medida, eu, como medida de prudência, não quis deferir a ordem, de logo. E mais ainda, Sr. Presidente, trata-se de matéria discutível, vale dizer, pertinente na espécie o mandado de segurança ou o habeas corpus, tanto assim que no caso sub judice, ao lado dos dois habeas corpus impetrados, há uma ação mandamental de segurança também, impetrada por outro jurista, que não é objeto deste julgamento. Então, a admissibilidade do habeas corpus, no caso, é discutível, porque se ele é cabível para os casos de constrangimento à liberdade individual de locomoção de ir e vir, e se apenas sob um ângulo se discute o problema, qual seja o da possibilidade de o paciente se locomover ou se dirigir a um congresso, sob esse outro aspecto, também entendi que a matéria poderia ser discutida e até se admitir que não é cabível o habeas corpus, e sim o mandado de segurança, à vista de uma realidade fática: a impetração da ação mandamental já aforada e distribuída a mim também como Relator. Mas, ainda, outro argumento me levou a

não conceder a liminar. É que diante de uma realidade normativa e fática de que se trata de um silvícola, isto é, de um indivíduo tutelado, ninguém pode apagar, sem sombra de dúvida, essa realidade normativa e essa realidade fática. A realidade normativa dimana, sem sombra de dúvida, do art. 6.º do Código Civil e seu Parágrafo único, que foi alterado por uma lei de 1963. E o que se diz no art. 6.º do Código de Processo Civil é que os silvícolas são relativamente incapazes. E o que se diz no Parágrafo único? Nele se diz que o silvícola é um tutelado, enquanto não se incorpora à civilização. O Decreto-Lei n.º 6.001, de 1973, também estabelece essa situação, esse estado do silvícola, estabelecendo, ainda, as condições e requisitos para os casos de emancipação, o que vale dizer, a integração do mesmo à civilização. Como esses elementos não se apresentavam na postulação, e diante dessa realidade normativa que aponta o paciente como silvícola, prudentemente entendi que não devia conceder o habeas corpus. A realidade fática está comprovada através de documento que se junta a um dos pedidos de habeas corpus. É um documento fornecido pela FUNAI, através do qual se patenteia a qualidade tutelar.

Ainda há outro argumento, que considero de alta relevância jurídica, que me levou a negar a medida liminar; é que ela tem um caráter cautelar, e, como toda medida cautelar no direito processual ou no direito em si, está pré-ordenada a uma medida definitiva.

Evidentemente que quando o advogado, diante de uma realidade, entende que o constrangimento ilegal é patente e prova, de pronto, a ilegalidade ou o abuso de poder que atinge em cheio a liberdade individual, o Juízo do Tribunal pode, de pronto, como uma medida cautelar, deter-

minar a concessão da liminar. Conseqüentemente, amanhã, revogada a medida liminar, com a denegação do habeas corpus, não se frustrarão e aí é que está o ponto fundamental: os feitos da medida definitiva.

Na oportunidade em que deneguei a medida, raciocinei: se conceder a liminar e imediatamente o paciente se locomover para o exterior, ao ser julgado o mérito, se for indeferido o habeas corpus, levando-se em consideração a sua condição de tutelado, como se cumprir esta medida definitiva? Frustrar-se-iam, não há dúvida, todos os efeitos da denegação do habeas corpus.

Foram estas as razões de ordem jurídica que me levaram a negar a liminar. Nem se argumente que a representação do paciente também seria um obstáculo à concessão liminar da ordem. No particular, entendendo de modo diverso. Não é Mário Juruna pessoalmente quem impetra o habeas corpus, não outorgou poderes a advogado para postulá-lo em Juízo, trata-se de habeas corpus impetrado por terceiros.

Então, esse problema está, na realidade, afastado porque a natureza do habeas corpus, no particular, como ação penal popular, afasta, sem sombra de dúvida, qualquer possibilidade de se invocar a falta de representação ou de assistência por parte da FUNAI, em relação ao paciente.

A ação penal popular, proposta pelo ilustre advogado, é, sem dúvida, uma ação que lhe dá a titularidade do direito de promover a ação penal, e mais ainda, lhe dá o direito de acompanhar a ação penal em toda a sua tramitação, sendo, portanto, irrelevante, no meu sentir, a qualidade de tutelado do índio ou do silvícola Mário Juruna.

Foram essas, Sr. Presidente, as considerações que me acudiram à mente no momento em que prolatei

a decisão, negando a liminar. E por se tratar de processo da competência originária, em tese, desse Tribunal, entendi, dada a premência do tempo, trazer essa minha decisão denegatória ao conhecimento da Casa para, reexaminando o problema, manter essa decisão que foi prolatada ad referendum ou reformá-la, ou tomar a deliberação que os doutos Ministros assim entenderem. É o meu pronunciamento, o qual submeto à douda apreciação deste Egrégio Tribunal.

Sr. Presidente, não abalaram a minha convicção as doutíssimas razões apresentadas pelo ilustre advogado da Tribuna. A própria impetração por si é uma demonstração cabal, irretorquível de que o tutor se opõe à missão do seu tutelado de viajar. Conseqüentemente, só depois das informações que vierem do Ministro apontado como autoridade coatora, uma vez que não posso dar guarida a reportagens feitas e trazidas para os autos tenho que primeiro solicitar, através de ofício, ao Sr. Ministro para que ele venha dizer, em letra de forma, se é ou não autoridade coatora e, ainda, a Justiça ouvir o presidente da FUNAI para, na realidade, discutir-se esse problema da competência, porque, se na realidade ficar positivado que o Ministro de Estado não é o competente, a competência deste Tribunal, sem sombra de dúvida, desaparece para prevalecer como autoridade coatora somente o presidente da Funai, que é o órgão que fiscaliza, ou o tutor do paciente.

Esses argumentos, portanto, não abalaram a minha convicção, nem tão pouco aquele que se deu realce na tribuna, de que, por se tratar de incapaz relativamente, pode o Assistido praticar o ato. Data venia, é da essência da própria assistência. Isto está em Orlando Gomes — «Introdução ao Direito Civil»; está em

Espínola, «Sistema do Direito Civil», que a assistência se caracteriza por uma representação dada a alguém, para que em certos casos, o exercício do direito tutelado só pode ter validade jurídica com anuência daquele que exerce a assistência.

De modo que, aguardo as informações.

Sr. Presidente, achava desnecessário até um novo pronunciamento meu a respeito, porque eu trouxe o caso ao conhecimento do Tribunal. O Tribunal é soberano para manter, reformar ou não conhecer. De modo que não tenho nenhum pronunciamento adimnicular a fazer no particular. A questão foi trazida para que o Tribunal ratifique, retifique ou não tome conhecimento. Eu apenas por uma questão de coerência, porque entendi, que por se tratar de matéria de alta relevância e dada a premência de tempo, que devia submeter ao Tribunal. Se o Tribunal acha que não deve conhecer da matéria, ou ratificar, ou retificar, é um problema do Tribunal, a respeito do qual eu não posso, eu não devo em hipótese alguma me pronunciar.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Mantenho meu voto, Sr. Presidente. Também entendo que os órgãos do Poder Judiciário são investidos, como muito bem se exprimiu na última Sessão Plenária o eminente Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite, sobre outro tema, de poderes implícitos. Estes poderes implícitos são poderes de todos os órgãos da soberania nacional, poderes para praticar atos-meio, indispensáveis à consecução dos atos-fins que precisam realizar: no caso, notadamente, poderes para antecipar conhecimento de ação de habeas corpus, uma vez que o pronunciamento sobre a li-

minar adquire o maior relevo na hipótese trazida a exame deste Egrégio Plenário. De fato, se a liminar é denegada, a ação de habeas corpus perde todo o seu sentido prático dadas as características da hipótese tão bem relatadas nesta assentada, não somente pelo Sr. Ministro-Relator como também pelo ilustre impetrante do habeas corpus, na Tribuna.

É razoável, portanto, que o Tribunal, que tem poderes, na Sessão Plenária, para conceder a ordem ou para denegá-la, se competente, ratifique o despacho do Ministro-Relator ou o reconsidere.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: Creio que o art. 33, Incisos IV, V e VI do nosso Regimento Interno, resolve a objeção de conhecimento, posta pelo eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

«Art. 33. Ao Relator incumbe: Inciso IV: submeter ao Plenário, à Seção ou à Turma, ou aos respectivos Presidentes, conforme a competência, questão de ordem para o bom andamento dos feitos;

Inciso V; submeter ao Plenário, à Seção ou à Turma, nos processos de competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa;

Inciso VI; determinar, em caso de urgência, as medidas do número anterior deste artigo, ad referendum do Plenário, da Seção ou da Turma.»

Entendo que, por aplicação desses três incisos do art. 33, o Tribunal pode tomar conhecimento da questão preliminar.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente: Preliminarmente, não conheço do despacho. Faço-o, aplicando extensivamente o § 2º do art. 258 do Regimento Interno que diz que da decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança não cabe agravo regimental. Entendo que, em tema de liminar, tanto em se tratando de mandado de segurança, como de habeas corpus, as regras aplicáveis são as mesmas. E, por isso, penso que este Egrégio Tribunal só poderia apreciar a matéria se a decisão, ora trazida a reexame, pudesse sê-lo através de recurso, através de agravo regimental. Acredito que o Relator poderia, sem dúvida alguma, submeter a questão relativa à concessão da liminar à apreciação deste Tribunal, mas teria de fazê-lo antes de proferir o despacho que a denegou. Portanto, no caso concreto, S. Exa. se antecipou e denegou a liminar e, por ser essa decisão irrecurável para este Colendo Tribunal Pleno, não nos resta outra alternativa senão a de dela não conhecer. É o que faço.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente: Considero a medida liminar de que ora se trata assunto de maior relevância, daí porque acompanho o eminente Relator.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente: Se o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro não tivesse argüido preliminar, eu agora o faria.

Nos vários anos em que estou neste Tribunal, nunca assisti à submissão de despacho denegatório de liminar à apreciação do Plenário.

Acho que o Relator do feito deve assumir sozinho a responsabilidade pela concessão ou denegação da medida, sem que o Tribunal seja ouvido a respeito.

Não conheço da matéria.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Conheço do assunto trazido ao Tribunal pelo eminente Ministro-Relator do habeas corpus, e o faço porque tal possibilidade é prevista, de um certo modo, no inciso VI do art. 33 do nosso Regimento, ao dizer que o Relator incumbe determinar, em caso de urgência, as medidas do número anterior deste artigo ad referendum do Plenário, da Seção, ou da Turma. Essas medidas do item anterior são aquelas de natureza preventiva. No caso, embora S. Exa. tenha indeferido a medida liminar, tal indeferimento vem, de fato decidir de certo modo o habeas corpus. Entendo cabível, assim, a construção feita pelo Sr. Ministro-Relator em trazer o assunto à consideração do Pleno desta Corte, aconselhando pela sua prudência. Acompanho-o, pois.

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Acompanho palavra por palavra, inclusive quanto à interpretação regimental, o inteligente voto do eminente Ministro Pádua Ribeiro, com a devida vênua dos que entendem em contrário.

Não conheço da «remessa».

#### VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente: Os incisos V e VI, do art. 33, do nosso Regimento, permitem a hipótese, consoante assinalado nos votos dos eminentes Ministros Américo Luz e Aldir Passarinho.

Por isso, conheço do pedido.

#### VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente: Tenho por norma não conceder liminares em mandado de segurança, quando quer que tais liminares resultem na própria antecipação da prestação jurisdicional solicitada no seu teor final.

Tal seria bem o caso em que um decreto liminar autorizasse a realização de uma viagem ao exterior. Este aspecto da impetração foi, aliás, magistralmente salientado pelo eminente Sr. Ministro Adhemar Raymundo, quando trouxe o assunto à apreciação do E. Plenário.

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo da Silva. Também adiro a este argumento.

Considero um julgamento antecipado da lide, em caráter definitivo, a concessão da liminar, envolvendo até o problema da competência. E se verificar depois que não é o Ministro Andreazza o coator ou a autoridade policial Federal? E se a autoridade coatora foi o Presidente da FUNAI? Então, o Tribunal, em formação plenária, tinha conhecido uma liminar, sendo manifestamente incompetente para processar e julgar o mandamus.

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Prosseguindo, Sr. Presidente: Admito significativas atenuações a este critério, quando se trata de habeas corpus, em atenção ao fato de que o mandado de segurança po-

dem ser adequadamente tratados direitos de natureza meramente patrimonial, enquanto em habeas corpus está sempre em causa direito subjetivo público fundamental da pessoa humana, a cujo respeito a Constituição não admite renúncias, transações, prescrição. As atenuações que admito são no sentido de se dispensarem as informações em casos em que a impetração se acha de tal modo instruída que a diligência de requisição resultasse inteiramente dispensável. É o que se lê, aliás, nos arts. 662 a 664 do Cód. de Proc. Penal, cujo alcance se esclarece pela natureza do direito a amparar e pelo caráter ilícito do ato que o vulnera.

Mas é bem de ver que a petição inicial de habeas corpus deve preencher os requisitos das petições iniciais em geral, de qualquer demanda.

No caso dos autos, consoante ficou, a meu ver, suficientemente esclarecido pelas informações que o eminente Sr. Ministro-Relator teve a bondade de me prestar, ocorreria verdadeira inépcia formal da inicial: inépcia formal, é verdade, suprível, dada a natureza específica da ação popular de habeas corpus, como muito apropriadamente a intitulou o eminente Sr. Ministro-Relator, porque, dirigido o habeas corpus à tutela, também, de interesses de ordem social, é perfeitamente razoável (em homenagem à atuação dos princípios constitucionais) que a inicial seja suprida pelas informações que venham a ser prestadas pela autoridade coatora, sem prejuízo de diligências que incumbe ao Juiz determinar de ofício (CPP, art. 662).

Ocorre, entretanto, que o teor do ato não instrui a inicial e que da reunião dos dois processos de habeas corpus resulta perplexidade, até o momento invencível, quanto a quem seja a autoridade coatora, de onde

provém a questão insolúvel nesta fase do procedimento, sobre a competência originária deste Tribunal.

Deixando de parte, portanto, ponderações de mera conveniência ou oportunidade, às quais deve sempre permanecer estranho o Juiz, atento tão-somente à lei no exercício da jurisdição contenciosa, concluo que a petição inicial de habeas corpus não suporta a providência liminar, como fosse antecipação daquilo que o impetrante solicita.

Acompanhando, portanto, o entendimento do eminente Sr. Ministro-Relator, meu voto é no sentido de referendar seu despacho.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: De acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator, aditado aqui pelo nobre Ministro Romildo Bueno de Souza. Acrescento mais que, no caso, a liminar no habeas corpus não deve ser concedida, porque o Tribunal estaria usurpando ato de competência da Justiça Comum, pois só ela poderia dar o suprimento de consentimento para viagem a um tutelado da FUNAI.

É o meu voto.

#### VOTO MÉRITO

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: O problema da incapacidade do paciente está superado, em face do reconhecimento do Presidente da FUNAI, de que ele pode representar sua tribo perante as repartições públicas e praticar outros atos, como qualquer cidadão capaz. Mas, ocorre que embora as reportagens apresentadas com a petição inicial não estejam desmentidas, não constituem, na espécie, fatos notórios, independentes de prova. Considero imprescindível, portanto, à

apreciação do pedido liminar, como o fez o eminente Ministro-Relator, que seja ouvida, previamente, a autoridade apontada como coatora, no caso aquela que determinaria a competência deste Tribunal, o Exmo. Sr. Ministro do Interior.

Por estes motivos, estou de acordo em que, por ora, se indefira a medida.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: No tocante ao mérito, Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Segundo depreendi, não se encontra bem caracterizado nos autos o ato administrativo impugnado. O que consta do processo são informações constantes de jornal e a concessão de liminar pressupõe, além do *periculum in mora*, o *fumus boni juris*. Este último requisito há de aflorar de forma segura da prova trazida para os autos. Por isso, endosso, quanto a questão da denegação da liminar, o pronunciamento do eminente Ministro-Relator.

#### VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Dou liberdade total não só para o paciente zelar pelo nome do Brasil, como, também, para que lá fora, no Tribunal Russel, eventualmente denuncie coisas que não estejam de acordo com o ponto-de-vista, em defesa da sua raça.

#### VOTO

O Senhor Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Embora possa a decisão ter sido proferida pelo Presidente da FUNAI, creio poder considerar-se caracterizada objeção por parte do Sr. Ministro do Interior, pelo que o Tribunal poderia

decidir a matéria, mas parece-me que não deveria conceder a ordem, sem que se ouvisse a manifestação do órgão competente, no caso, da União Federal e do órgão de proteção aos índios.

O habeas corpus poderia ter sido impetrado há mais tempo, permitindo que aquela providência fosse adotada porque, em face do disposto no art. 63 do Estatuto do Índio, há essa previsão de audiência da União e do órgão de proteção ao índio, como salientado pelo Sr. Min. Peçanha Martins, como, também, deveria ser ouvido previamente o Ministério Público. Se outras fossem as razões, poder-se-ia levá-las em conta para que se dispensassem aquelas medidas. Entretanto, em face do objetivo da viagem, creio que deveria ter sido impetrado o habeas corpus há mais tempo para que se adotassem as referidas providências. Assim, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

E o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro José Dantas Senhor Presidente: Confirmo a decisão do Sr. Ministro-Relator pelas razões formais invocadas por V. Exa., com a devida vênia, sem avanço, um milímetro sequer, de opinião sobre o mérito da causa.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Pelo que pude entender da exposição do eminente Ministro-Relator e demais que até agora se manifestaram, impetrou-se uma ordem de habeas corpus em favor de um integrante de comunidade nacional para que pudesse ausentar-se do País e a ele regressar.

Tomei conhecimento, como disse, da petição de *habeas corpus* — instituído ante o qual, se outros motivos não existissem, se justifica a existência dos Tribunais no Estado de Direito. Penso que está se confundindo, data venia, os eventuais direitos do paciente com os poderes do impetrante.

Pelo que entendi, o impetrante é um cidadão brasileiro, capaz, que impetrou o remédio na forma prevista pelo Código de Processo Penal.

A mistura, como acabei de dizer, entre os poderes do impetrante e o mérito da causa, da ação, que seria o direito, ou não, do silvícola, sua capacidade plena, ou incapacidade relativa e a complementação dela através da assistência, não poderia, em tema de *habeas corpus*, impedir o seu conhecimento e, muito menos, a sua apreciação integral. Inclusive — e este foi um assunto que eu também anotei — pela falta de informações, porque as informações, em matéria de *habeas corpus*, também são dispensáveis, nos termos do art. 664, do Código de Processo Penal. Em tema de *habeas corpus* deve-se salientar que o Juiz, ou o Tribunal, que tome conhecimento em autos ou papéis que lhe cheguem às mãos, da existência de uma coação ilegal contra alguém, tem o dever de examinar o mérito da alegação, se é alegado por petição ou, se não o é, de examinar *ex officio*, para fazer expedir a ordem por essa circunstância e se disso se convencer.

Quando há petição de *habeas corpus*, o Decreto-Lei 552/69 exige se ouça o Ministério Público, previamente, com prazo de dois dias (48 horas), prazo que é repetido também em nossa norma regimental. Mas, assim como não eram necessárias, porque podem ser legalmente dispensadas, as informações, em casos urgentes a audiência do Ministério

Público também pode ser dispensada, se o Tribunal, por exemplo, tiver que conceder, de ofício, a ordem, porque não teria sentido que ele, conhecendo da ilegalidade, necessitasse do parecer do órgão do Ministério Público, por mais ilustrado que fosse, para verificar se devido, ou não, concedê-la.

Por essas considerações, tendo em vista, ainda, os inúmeros precedentes que tenho votado nesta Casa — e uma vez que a discussão sobre a liminar, sem sombra de dúvida, ingressou no mérito da impetração, dela tomo conhecimento. E, mesmo que não o fizesse, tendo eu, como Juiz, tido ciência, não só através do relatório, do fato jurídico trazido a este Tribunal, como também através das declarações públicas na imprensa, tornando-os públicos e notórios, de que se pretende impedir ao silvícola, pelo fato de o ser, de ausentar-se do território nacional, tão-só porque seu tutor lhe impediria a complementação da vontade; tendo em vista esta circunstância e os precedentes meus na Casa, todos concessivos de passaportes, quando se tentou impedir que outros cidadãos, em decorrência de sua nacionalidade brasileira voltassem, ou, sob a proteção da Bandeira Nacional, se locomovessem para outros países, desde que não haviam renunciado a sua nacionalidade, faziam jus ao passaporte, discuto o próprio mérito.

No caso, falou-se, não em incapacidade absoluta, que ela não é, mas em incapacidade relativa, que, por isso mesmo, se pode suprir, completando-a ou complementando-a. Tanto não é indispensável, que pode ser suprida e se o ato só pudesse ser praticado, para sua validade, o ato de vontade, se fosse externado através do tutor ou pelo tutor, então, não estaríamos mais diante de uma incapacidade relativa, mas, sem

sombra de dúvida, de uma incapacidade absoluta, e este não é o caso sob exame.

Tenho, Sr. Presidente, como disse em outras oportunidades, ao apreciar mandados de segurança, para a concessão de passaporte, citando notável julgado da Corte Suprema dos Estados Unidos, que o direito de viajar, em verdade, se integra à personalidade do homem e o ajuda a ser feliz. Nenhuma Nação tem o direito de impedir que os seus filhos dela se ausentem ou retornem livremente e isto também foi dito da Tribuna, lembrando passagem da Declaração dos Direitos do Homem. Haveria alguma dúvida de que o silvícola é um homem? Evidentemente que não. E não havendo esta dúvida, sendo também certo que a Nação brasileira aderiu à Carta de São Francisco, onde estão consignados tais direitos, não se poderia impedir a ausência do homem brasileiro, seja ele silvícola ou não. Vieira costumava dizer que «não nos causa mal o que dizem de nós mentindo.» Se há receios de que a saída do cacique xavante, para participar de um Tribunal que se constituiu no estrangeiro, de dizer inverdades a respeito de órgãos públicos brasileiros ou, até mesmo, quanto ao modo com que o nosso povo estaria a tratar uma das suas parcelas, se isto for mentiroso, não nos pode afetar; e se isto, tristemente, porventura fosse verdadeiro, mais justificaria que o índio, membro de um Tribunal internacional, que não iria apreciar somente as discriminações feitas eventualmente contra o seu povo em nosso País, mas contra os povos e as nações indígenas, como uma etnia internacional em todos os demais Países, ainda mais se justificaria o seu direito, a meu ver, de ausentar-se, participar e debater. Debatem eles, sem precisar de menor tutela, nos conselhos indígenas, discutem, aprovam e desaprovam as resoluções tri-

bais. Este mesmo indígena, segundo pude entender, já recebeu um mandato expresso ao lhe ser conferido documento no sentido de que bem representa sua tribo e seu povo, a ponto de receber doações ou donativos das almas generosas ou das próprias instituições públicas para sua gente. Não tem sentido que um mesmo documento diga uma coisa aqui e possa dizer diferentemente lá fora. Se tem competência ou capacidade para representar o seu povo, sua nação, ante as repartições e perante as pessoas, enfim, perante a comunidade brasileira, penso que não lhe pode ser negado esse mesmo direito, lá fora.

Por essas considerações e pedindo excusas ao Tribunal por me haver alongado tanto, concedo a ordem de habeas corpus, e o faço de ofício.

#### VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: O habeas corpus é irmão gêmeo do mandado de segurança. Este, aliás, tem origem, no direito brasileiro, na doutrina do habeas corpus, que foi construída, no Supremo Tribunal Federal, pelo gênio de Ruy, sobretudo, e pela coragem intelectual de Pedro Lessa, o Marshall brasileiro.

De sorte que, desde quando Juiz de 1º grau, diante de um habeas corpus, sempre examinei se ocorreriam os pressupostos da liminar, vale dizer, se não seria caso de suspensão liminar do ato que deu motivo ao pedido, quando relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

No caso, Sr. Presidente, examino o pedido da liminar diante desses pressupostos. Verifico que ambos existem, na hipótese.

Então, defiro a liminar, para que possa o paciente obter o passaporte

e se dirigir à Holanda, a fim de participar do Tribunal Russel, para o qual foi convidado.

Justifico.

O art. 153, § 26, da Constituição, estabelece, sem distinguir entre indivíduo ou cidadão, entre ser humano capaz ou incapaz, que, em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.

Sustenta-se, todavia, que a lei que protege os silvícolas estaria impedindo a satisfação da pretensão do impetrante.

Todavia, Sr. Presidente, não posso admitir que uma lei editada com a finalidade de proteger o índio, possa agir em sentido contrário, prejudicando-o numa justa aspiração, numa aspiração legítima de representar o seu povo como jurado em um tribunal internacional. Não posso admitir, data venia, que uma lei protetiva possa justificar e servir a um ranço de perseguição.

Em verdade, não preciso das informações para vislumbrar no ato impugnado um desvio de poder, um desvio de finalidade, que é a violação ideológica da lei. Não é preciso dizer aos eminentes Ministros o que seria desvio de poder, porque todos sabem melhor do que eu.

E, finalmente, Senhor Presidente, afirma o eminente Ministro-Relator, ao negar a medida liminar, que o fez diante da circunstância de que, denegado o habeas corpus, ficaria frustrada a decisão denegatória, se esta ocorrer, afinal.

Não me impressiona, data venia, esse argumento.

É preferível a frustração da decisão denegatória, do que a frustração de uma decisão concessiva do «writ», remédio que é de Direito Constitucional, garantia constitucional que é.

Repito, mais uma vez, o «Justice» Frankfurter: é preferível errar em favor da liberdade, do que errar contra a liberdade. Afinal, digo eu, a liberdade é o fundamento do Direito.

Com estas breves considerações e com a vênia devida ao eminente Ministro-Relator e aos eminentes Ministros que o acompanharam, cujo ponto de vista respeito, meu voto é na linha daqueles que deferem a medida liminar. Não vou ao ponto de conceder de ofício a ordem, porque não entendo necessário adotar essa medida, mesmo porque estamos diante do pedido de habeas corpus. Limite-me, pois, a examinar a medida que o eminente Ministro-Relator, com base no Regimento Interno, art. 33, incisos V e VI, trouxe à apreciação do Plenário.

Defiro a medida liminar.

## VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente: A esta altura tudo já foi dito a respeito do assunto. Quero, apenas, fazer as seguintes observações:

A concessão de liminar é medida de competência do Relator, em matéria dessa natureza. O ilustre Ministro Adhemar Raymundo exerceu a sua função, com dignidade e brilhantismo. Entretanto, dada a relevância do assunto, submeteu aquele seu despacho à apreciação deste Egrégio Colegiado, fazendo-o com relevantíssimas razões jurídicas. E, o que é mais importante, acrescentando que o deferimento da liminar significaria a própria concessão da ordem e isso seria impossível à falta das informações. Por isso, Sr. Presidente, desprestigiar o despacho de eminente Relator, face a essas considerações por ele trazidas ao Tribu-

nal, significaria, no meu entender, «julgar no escuro», o que é defeso, em assunto desta ordem.

Confirmo o despacho.

### VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Pedindo vênha por fazer minha a jurídica fundamentação do brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Washington Bolívar, também concedo ex officio o Habeas Corpus. Considero, conseqüentemente, prejudicada a questão relativa à denegação da liminar.

### RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Em face do douto voto proferido pelo Ministro Washington Bolívar, reconsidero o meu voto anterior, para, agora, conceder de ofício o habeas corpus requerido.

### ESCLARECIMENTO DE VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente: Não deixei claro no meu voto que concedia o habeas corpus de ofício, o que faço agora não só pela simpatia que me inspira o paciente, como pelas razões de direito expostas pelo Ministro Washington Bolívar.

Concedo a ordem por entender que não se justifica a proibição do paciente se ausentar do país, membro que é de uma comunidade que, inclusive, pode ser a minha.

### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Senhor Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Fui tomado de surpresa com a trazida desta questão ao Plenário, pois em se tratando de medida liminar negada, não costuma ela ser submetida pelo Relator ao Pleno. Depois de

manifestar-me, quando, então, considerei o disposto no art. 63 do Estatuto do Índio, que exige a prévia manifestação da União e da FUNAI para a concessão de medida liminar, continuei a refletir sobre o assunto e levando em boa nota as razões expendidas nos votos dos que me seguiram na votação, cheguei à conclusão de que deve, realmente, ser concedido o passaporte ao paciente.

O art. 63 do Estatuto do Índio não pode ser interpretado a ponto de impedir direito que advém da própria Constituição, qual o de um cidadão ir e vir, quando é certo, que a providência ali prevista tornaria inócuo o pedido de habeas corpus, pela urgência que há na decisão.

Fixei-me inicialmente no entendimento de que era indispensável a adoção da medida referida no aludido artigo 63 do Estatuto do Índio, mas outras considerações devem ser ponderadas, a respeito.

O Estatuto do Índio visa a proteção do índio, de sua cultura e de seus valores.

As medidas restritivas, em princípio, devem ser examinadas sob o prisma de que não devem prejudicar o indígena, mas sim beneficiá-lo. Deve-se procurar interpretar o dispositivo aludido, tendo-se em vista os objetivos a que visa o Estatuto do Índio. E não vejo, na verdade, como sendo o indígena apenas relativamente incapaz, qual o prejuízo que a sua viagem poderia representar para ele. Não posso perceber qual o prejuízo maior que poderia trazer para os interesses nacionais a ida do paciente ao estrangeiro.

O Sr. Dr. Geraldo Andrade Fontelles (Subprocurador-Geral da República): V. Exa. me permite um aparte?

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho: Com todo prazer.

O Sr. Dr. Geraldo Andrade Fontelles (Subprocurador-Geral da República: Admitindo que por uma razão qualquer este índio, que é relativamente incapaz, produzisse no exterior um determinado dano a alguém, quem repararia esse dano?

O Sr. Min. Aldir G. Passarinho: O indígena é relativamente incapaz, impedido de praticar determinados atos jurídicos. Tal incapacidade, portanto, deve ser conhecida por quem com ele quiser negociar. Deverá conhecer as restrições que ele possui. E o paciente, no caso, tem um aculturamento bastante adiantado.

Estou absolutamente certo de que o sentimento de brasilidade do chefe xavante falará mais alto, no estrangeiro, que quaisquer restrições que possa fazer à política indigenista. Se está ele em condições de ir ao estrangeiro discutir os problemas dos indígenas, por certo é que é de se entender que ele compreende igualmente a necessidade que há de resguardar o nome do Brasil lá fora, que é o dever primeiro de qualquer brasileiro. A confiança que manifesto neste momento a esse indígena — entendendo que ele pode ir ao estrangeiro, sem que isto importe em qualquer prejuízo para a sua própria formação — resulta do grau de aculturamento que todos lhe reconhecemos possuir, e justamente em face do qual tenho certeza que ele perceberá a importância que há, no concerto das Nações, em que seja respeitado e dignificado o nome do Brasil. E este dever também tem ele que é, talvez, mais brasileiro que todos nós, porque sem mistura de raças no seu sangue. E com esta confiança que concedo o *habeas corpus*, certo de que, quando da sua volta, teremos de admitir que, realmente, não havia razão qualquer para temores, fossem de que natureza fossem, de ir ele ao estrangeiro.

## RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Sr. Presidente: Havia, no meu voto anterior, considerado apenas o problema do despacho do eminente Ministro-Relator que indeferiu a medida liminar. Posta, porém, a questão nos termos em que o foi pelos eminentes Ministros Jarbas Nobre e, agora, Washington Bolívar, entendi que o *habeas corpus* pode, na espécie, ser concedido de ofício. Convenci-me inteiramente dos doutos argumentos aduzidos pelo eminente Ministro Washington Bolívar. Quero, portanto, estender o meu voto, cancelando-o quanto ao aspecto da liminar para, acompanhando S. Exa. e o Ministro Jarbas Nobre, conceder a ordem.

## VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): O Instituto do *Habeas Corpus* foi criado para defender e amparar a liberdade de locomoção, isto é, de ir, ficar e vir, quer em si mesma, quer como meio (Pontes de Miranda: Teoria e Prática do H. C. pág. 445 — 1951 — Rio. Na esteira desse ensinamento, dá-se à ação caráter amplo, uma vez que se admite o seu cabimento, em todos os casos em que a livre locomoção for atingida por ato ilegal. Dispensasse, assim, v. g., essa proteção a quem encontra obstáculos para ingressar ou sair do país quer seja nacional ou estrangeiro (Eduardo Espinola Filho — Código de Processo Penal anotado — Vol. 7º — pág. 235 — 1962 — Rio.

Aduz-se, nas informações, que este Tribunal é incompetente, porque a coação de que se diz vítima o paciente, não dimana do Exmo. Sr. Ministro do Interior. A lei processual, ao indicar os requisitos da petição de *habeas corpus*, é incisiva em incluir

o referente à individualização da autoridade coatora (art. 654, § 1º). Ao repelir a argüida incompetência, aduzo as seguintes considerações: Por coator, há de se entender não somente o que detém o paciente, mas também a pessoa a quem se imputa uma ordem para a prática de um ato lesivo ao direito de locomoção. Essa assertiva, que condensa o verdadeiro sentido do vocábulo coator, está em Frederico Marques (Elementos — vol. 4º — pág. 433 — 1965 — Rio).

Na impetração, alude-se a uma entrevista de S. Exa., o Sr. Ministro do Interior, publicado em periódico, através do qual dele teria emanado a ordem proibitiva. Mas, admita-se a inautenticidade da notícia. Ainda assim, no meu sentir, não me convencem as razões aduzidas, quanto à incompetência deste Tribunal. É que, ao examinar a alegada ilegalidade da proibição de o paciente deixar o país, arrimou-se S. Exa. no fato de este ser tutelado, e, portanto, não estar emancipado. Realmente, como dito, não há ato comissivo do Ministro do Estado, mas uma expressão, clara e desenganada proibição, da parte de S. Exa., quando se opõe, de modo inflexível, com base na lei específica e no Código Civil, à saída do paciente para o exterior. Em outras palavras, não permite que o índio Juruna deixe o território nacional, por ser tutelado. Omite-se em dar a devida autorização.

Para o conhecimento do habeas corpus, bem como do mandado de segurança, indispensável «a existência de um ato do Poder Público, ou a recusa ilegal pela autoridade», transcrevo palavras do grande Juiz Castro Nunes (Do Mandado de Segurança — pág. 113 — 1961 — Forense). E o faço, dada a similitude entre os dois institutos. Pois bem, a inexistência, por si só, como se diz nas informações de fls., de ato co-

missivo, não significa ser descabida a impetração, de modo a merecer, de pronto, o seu não conhecimento.

Se inexistente ato comissivo, há ato omissivo. Na verdade, a recusa em autorizar, como expresso nas informações, representa o endosso formal da não autorização para viajar, da qual advém, indubiosamente, o alegado abuso de poder, ante «a recusa de providência que possa ser legalmente exigida». Recusa-se o Sr. Ministro em conceder a autorização, ao argumento de que o paciente é tutelado. Encampa, com as suas informações, a omissão da FUNAI, órgão, por lei, subordinado ao Ministério do Interior.

Frise-se que não se limitou o Exmo. Sr. Ministro do Interior a assinalar o descabimento da impetração, dada a inexistência de ato comissivo, do qual resultasse a proibição imposta. Mas, ao responder, estendeu-se em largas considerações, de fato e de direito, sobre a situação do paciente, que, no seu sentir, por ser tutelado, não pode sair do país, para participar do Congresso, onde se discutem assuntos relacionados com as comunidades indígenas. E assinala que é dever da União protegê-las. Se assim é, pelo que exposto está, concluo que o Ministro do Interior, confessa, de modo cabal e convincente, que a proibição de o paciente participar do Congresso a ser realizado na Holanda, é imposta por órgão superior a seu subordinado, a FUNAI (art. 39 do Decreto-Lei nº 200/67), que, no particular, não pode descumpri-la, pelo controle que exerce sobre esse órgão (art. 13 do Decreto-Lei nº 200). Entende o Governo Federal, pelo asseverado por S. Exa., o ilustre informante, que a não autorização se incorpora à função tutelar do índio, exercida pelo Ministério do Interior, cujas ordens têm de ser acatadas pelo seu subordinado, que é a FUNAI.

Por conseqüência, idôneo e meio utilizado, vale dizer, o *habeas corpus*, porque há evidentemente uma recusa formal de autoridade superior, contra a qual se insurge o impetrante. O ato omissivo, qual o de não permitir a saída do paciente, é ato de deliberação de autoridade hierarquicamente superior, que assim decidiu, para que o seu inferior, a FUNAI, o execute e cumpra.

### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente: Diz o Código Civil:

«Art. 6º — São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

#### III — Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país».

Em perfeita consonância com esta antiqüíssima norma, enuncia a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio):

«Art. 7º — Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º — Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º — Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.»

Seria imperdoável demasia insistissemos neste Egrégio Plenário sobre o caráter essencialmente privatístico, em suas origens, do instituto da tutela, razão pela qual mantenho-me ainda, por alguns instantes, no Código Civil (art. 422):

«Art. 422 — Incumbe ao tutor, sob a inspeção do Juiz, reger a pessoa do menor, velar por ele e administrar-lhe os bens».

Se a tutela nasceu nos confins do direito privado (para amparo de sujeitos jurídicos deficientes na capacidade de exprimir sua vontade e de realizar, por si mesmos, os atos da vida civil e que por isso ficariam expostos a graves prejuízos no comércio jurídico), não pensemos, no entanto, que muito tempo precisou decorrer para que o instituto exibisse notáveis desbordamentos na órbita do direito público. E isto aconteceu em época tão remota como o período clássico do direito romano, como recolhido em páginas do autorizado Bonfante:

«Ao mesmo tempo (traduzo) convertendo-se em mera instituição de proteção, apresenta-se como ofício oneroso (*onus tutelae*) e também público (*munus publicum*) pela assídua ingerência do Estado, ao atribuir esse ofício e vigiar seu exercício». (Instituições do Direito Romano, tradução castelhana da Editora Rex, Madri, pag. 221).

Permaneço ainda em Bonfante:

«Os deveres de boa gestão por parte do tutor e as formas de defesa do pupilo cresceram pouco a pouco com a progressiva ingerência do Estado e cada uma das várias defesas se ampliou, além disso, em sua própria esfera. Não admira, aliás, que as ações concedidas para o amparo do pupilo contra o tutor contivessem, no direito romano, a nota da infâmia imposta em virtude do mau exercício da tutela pelo tutor.» (Op. cit. págs. 227).

Entre nós, Orlando Gomes escreve:

«O tutor é, entre nós, o único órgão ativo da tutela. No direito pátrio não se conhece a figura do pró-tutor que, em outras legislações, como é o caso do direito italiano, é um órgão complementar. Em consequência, quando ocorre uma colisão de interesses entre o tutor e o pupilo, se designa um curador especial para procurar por estes.» (Compêndio de Direito de Família, ed. Rev. Forense, págs. 300).

É verdade que às vezes algumas pessoas se comportam, em relação a outras, como se estivessem regularmente investidas no ofício de tutela; mas a lei não reconhece eficácia a este estado de fato. E prossegue Orlando Gomes: «o encargo da tutoria deve ser desempenhado pessoalmente. Porque compreende poderes próprios do direito de família, ao tutor não é permitido delegá-los. Isso não significa, todavia, que o tutor esteja proibido de fornecer a outra pessoa certas funções de natureza executiva, sem que com isso transfira sua responsabilidade ou divida o exercício do encargo.»

E ainda salienta Orlando Gomes: «da natureza publicística da tutela resulta que o munus é obrigatório, gratuito e indivisível».

O Estatuto do Índio entregou à União Federal o exercício daquela tutela (art. 7º, § 2º).

Concluo, portanto, que a criação da Fundação Nacional do Índio e a atribuição à FUNAI do exercício de certos deveres concernentes a essa especialíssima tutela (que mantém, sem dúvida, caracteres de instituição privada mas, por outro lado, acentua as notas publicísticas desta instituição), a entrega (dizia) dessas funções à FUNAI, não as retira da União Federal: e a FUNAI está sob a supervisão, segundo o art. 13 do Decreto-Lei nº 200, do Sr. Ministro do Interior.

Como disse Orlando Gomes, «o desempenho da atividade da tutela é essencialmente dinâmico, o que se explica pela natureza administrativa dessa função.»

Se assim, portanto, se tornou público neste País pela intensa divulgação por todos os meios o empenho do paciente de obter permissão para se afastar em viagem ao exterior; e se, nas informações prestadas a este Tribunal pela digna autoridade coatora, S. Exa. alinha argumentos para justificar a recusa dessa permissão, não há como afastar da responsabilidade da autoridade impetrada a prática do ato comissivo qualificado pelo impetrante como ato de coação.

Em outras palavras, o emprego do instituto da tutela (originário do direito privado antigo) para fins político-administrativos (no direito público) pelo Estatuto do Índio se verificou em virtude do propósito inegável da União de amparar as comunidades indígenas, em obediências às convicções e aos sentimentos cristãos de nossa gente, que encontram eco na Constituição e que inspiraram o empreendimento da descoberta e da colonização.

A lei, por outro lado, entregou essa tutela à União.

Esta, por sua vez, confiou seu desempenho à FUNAI.

Mas não podia fazê-lo a União, sem manter sua responsabilidade final nesta matéria, no plano administrativo.

A manter-se a responsabilidade da União, pertence ao ilustre Ministro de Estado dos Negócios do Interior (Decreto-Lei nº 200, art. 20).

Acompanho, portanto, o voto do eminente Sr. Ministro-Relator e afasto a objeção de incompetência.

## VOTO PRELIMINAR

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente: Aderindo às razões expendidas pelo eminente Ministro-Relator, rejeito a preliminar e conheço do pedido.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente: É tarefa árdua discordar do voto do eminente Relator. S. Exa. é professor de Processo Penal. Neste julgamento, está ele percorrendo exatamente o campo de sua especialidade. Nós sabemos que o *habeas corpus*, antes de ser um instituto de direito constitucional, foi e continua sendo matéria de direito formal, onde é mestre o eminente Relator.

Mas, Sr. Presidente, data venia de S. Exa., eu discordo do seu pronunciamento. Ouvi com muito cuidado seu voto. Ele feriu um tema de filosofia do direito, que considero dos mais interessantes, porque envolve a conduta humana, quando através das ações positivas e negativas chega a produzir resultado. Esta matéria, introduzida no Código Penal, pela conhecida teoria da equivalência de causas, de Von Buri, foi por esse eminente penalista alemão, inspirada na lógica de Stuart Mill. A relação de causalidade consiste, na expressão da lei penal, na circunstância de que um resultado, de que depende a existência de fato, somente pode ser atribuído a quem lhe deu causa. E a causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Vê-se que uma causa só pode determinar um resultado através da ação ou omissão do agente. É o caso da lição de Shakespeare: «To be or not to be». Ou o Ministro Andreazza impediu, ou não impediu a saída do cacique. Se ele afirma que não o fez, e aponta a autoridade responsável, não posso entender porque deva ser

S. Exa. responsável por omissão, como deixa claro o voto do eminente Ministro-Relator. Responsável por omissão seria o Ministro de Estado, se a depender dele, houvesse S. Exa. produzido o impedimento por se haver omitido, quando era do seu dever permitir. Isto não aconteceu.

O Ministro de Estado não tinha obrigação jurídica de permitir a viagem do chefe Xavante, logo, não deu causa a qualquer resultado que lhe possa ser atribuído. E depois, há de se compreender que o Sr. Ministro não praticou nenhuma desonestidade nas informações. Ficaria com o eminente Ministro-Relator, se eu pudesse admitir que o Sr. Ministro de Estado prestou uma informação falsa ao Tribunal, como normalmente só acontece com as autoridades policiais do interior, onde se afirmam as perseguições políticas e, no instante em que o Juiz pede informação ao Delegado, ele diz que não há coação nenhuma à liberdade do réu. E, no momento em que o Juiz profere a sua decisão, manda a autoridade policial prender o paciente. Mas, com um homem da responsabilidade de Ministro de Estado, jamais eu poderia admitir tal procedimento. Quando S. Exa. diz que não é o responsável pela proibição, e ao mesmo tempo, afirma que era do presidente da FUNAI, aponta a autoridade coatora. Se o Tribunal Federal de Recursos é competente apenas para conhecer dos atos de constrangimento ao direito de ir e vir quando praticado por um Ministro de Estado, é evidente que, neste instante, está positiva da incompetência desta Corte para conhecer do pedido.

Está escrito no Código de Processo Penal, no seu art. 647, que se dá *habeas corpus* para salvar-se a pessoa do constrangimento de ato ilegal. Se S. Exa. diz a esta Casa — com a respeitabilidade e a honestidade que todos nós lhe reconhece-

mos — que não é ele o autor do ato, jamais tomaria isso como uma informação enganosa para a obtenção de um resultado contrário à verdade.

Por isso, Sr. Presidente, não conheço do pedido.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente: Em que pese a erudição do eminente Ministro José Cândido de Carvalho, peço vênia para acompanhar o não menos preclaro Ministro-Relator, por reconhecer — ante os argumentos trazidos e as circunstâncias que o caso está a revelar — a competência da Corte para conhecer e julgar o pedido.

Acompanho, assim, o eminente Ministro-Relator.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente: Tenho para mim que o problema não está em recusar-se credibilidade à afirmação do Exmo. Sr. Ministro do Interior, quanto a não haver praticado qualquer ato formal, negando o direito postulado pelo paciente. É que, como evidenciou o eminente Ministro-Relator, S. Exa. praticou o ato, embora não expressamente, isto é, não o concretizou em instrumento com a sua assinatura.

Entendo que, no direito constitucional de *habeas corpus*, basta a notoriedade do ato coator e, no caso, S. Exa. manifestou-se publicamente sobre haver impedido a viagem do paciente ao exterior.

Deste modo, acompanho o eminente Ministro-Relator. Conheço do pedido.

#### VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: A tutela dos silvícolas ainda não integrados na comunhão nacional, incumbe à União que a exerce por intermédio da Fundação Nacional do Índio.

Sendo assim, a prática, em relação ao paciente, de qualquer ato porventura compreendido no regime tutelar, cabe à FUNAI que, embora administrativamente subordinada ao Ministério do Interior, não está obrigada a submeter à aprovação do titular da Pasta providências relativas aos índios, como, em princípio, não cabe à mesma autoridade reexaminar, a pedido dos índios, atos praticados pela Fundação referida.

Sendo assim para ter cabimento o pedido de *habeas corpus* posto à nossa apreciação, necessário seria que, com abuso de poder, fosse praticado pela autoridade impetrada ato relativo à viagem do paciente ao exterior, que não vi apontado de forma concreta, pois como tal não é possível entender-se a declaração que teria feito a jornal de que o governo brasileiro não permitiria tal viagem, e nem o fato de não ter tomado a iniciativa de possibilitá-la.

Ora, se não há ato do Ministro de Estado relativo à liberdade de ir e vir do paciente, falece a este Tribunal competência para apreciar o pedido de *habeas corpus*, razão por que dele não conheço.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente: Em torno do caso que agora se discute já fui acimado de abandonar o liberalismo de Rui Barbosa. Puro engano, desde que continuo cultuando a memória do grande campeão da liberdade, seguindo sempre as suas lições, notadamente esta, bem conhecida de todos — «com a lei, porque fora da lei não há salvação.»

Na forma da Constituição acompanhado o voto do Sr. Ministro José Cândido, vale dizer, voto pela incompetência do Tribunal para processar e julgar deste caso.

Fala-se em ato omissivo do Ministro, que não cabia permitir a viagem pretendida por Mário Juruna, relativamente incapaz, que nesta situação se encontra por vontade própria, talvez satisfeito, ao que tudo indica, com o tratamento que lhe dá o seu tutor. Portanto, enquanto perdura a sua condição de tutelado, Juruna terá que ser assistido pelo seu tutor, assistência necessária e essencial à validade e eficácia dos seus atos, notadamente o de afastar-se do país, da vigilância do seu tutor.

Não tomo conhecimento do pedido.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente: No tocante à preliminar, repito o que disse na sessão anterior. Tenho como indubitado que o ato coativo é, na verdade, do Sr. Ministro do Interior, conclusão a que chego louvado em farto noticiário da imprensa da melhor categoria.

Rejeito a preliminar.

Conheço do pedido.

#### VOTO PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente: Li numa das informações prestadas pelo Sr. Ministro do Interior o seguinte: (lê)

«Consoante já assinalado — não houve, nesta Secretaria de Estado, qualquer ato que pudesse violar ou ameaçar quaisquer direitos do requerente. Não houve, nem haverá. Na espécie, a competência para a prática de atos dessa natureza, afetos diretamente ao exercício da tutela, escapa às atribuições do

Ministro de Estado, conquanto deferida à Fundação Nacional do Índio, conforme prescrição da Lei nº 6.001, de 1973 (v. art. 7º, § 2º).»

Entretanto, Sr. Presidente, permito-me usar uma expressão burocrática, que nós estamos muito acostumados a ler em processos de Militares. Foi público nos jornais principais deste país que quem opôs veto à viagem do paciente foi o Ministro de Estado. E ele opôs, Sr. Presidente, não apenas pessoalmente, mas disse: O Governo não admite a viagem do índio. Um presidente de Fundação não poderia falar em nome do Governo nestes termos. Só um Ministro de Estado o faria.

Conheço do pedido.

#### ADITAMENTO AO VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Ao final, desejo acrescentar que as objeções formuladas pelo nobre Ministro José Cândido parecem, a meu ver, não traduzir o pensamento exposto pelo Sr. Ministro-Relator. Este não declarou que o Sr. Ministro do Interior procurara enganar ao dizer que não havia praticado o ato impugnado. Apenas entendo, assim como o Sr. Ministro-Relator e demais Ministros, que, em face da responsabilidade ministerial do problema indigenista, tendo o Sr. Ministro do Interior, nas suas informações, manifestado sua objeção à viagem, acolhendo os fundamentos que seriam os do Sr. Presidente da FUNAI, esta já não poderia ser apontada, somente ela, como autoridade coatora, mas também haveria como tal de ser considerado, pelo encampamento desse mesmo ponto-de-vista, o ilustre e dinâmico titular da Pasta do Interior, Secretaria de Estado à qual vinculada a FUNAI e se encontra afeto, ao final, o próprio problema indigenista, particularmente no que diz respeito à assistência ao silvícola.

Assim, conheço do «writ», acompanhando o ilustre Relator.

É o meu voto preliminar.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Penso, com a devida vênia, que estamos discutindo matéria preclusa, porque juízo de competência este Tribunal já proferiu, em chancelando um ato de competência do Relator, isto é, de confirmando a denegação da liminar.

Desde ali parece que qualquer eiva da competência morreu suplantada pela preclusão, visto que o Tribunal não vacilou em conhecer da matéria (havendo até alguns votos de concessão *ex officio* da ordem de *habeas corpus*), o que presume prévio juízo de competência.

Todavia, já que o Tribunal, na sua sabedoria, se propõe a reexaminar a prejudicial, voto com o Sr. Ministro-Relator, a cujo brilhante pronunciamento não tenho subsídio a acrescentar.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente: Não conheço do *habeas corpus* à vista das informações, em que o Sr. Ministro de Estado nega a prática do ato impugnado. Não posso, nem devo levar em conta, como razão de decidir, o noticiário da imprensa sobre os pronunciamentos daquela ilustre autoridade governamental, apontados como contrários à viagem do paciente.

Nem tudo o que é público, conforme admitiu em seu ilustre voto o Ministro Carlos Madeira, vale como prova em juízo, pois essa liberalidade é contrária aos princípios e às regras da nossa prova judiciária, refletidos na conhecida frase: «O que não está nos autos não está no mundo.»

No pertinente, as noções que conheço ainda não mudaram e continuam sendo respeitadas em face de normas processuais indeclináveis, com pequena margem de exceções, ainda que previstas, a exemplo do art. 334, incisos I/IV, do Código de Processo Civil, onde não se incluem os fatos públicos, mas apenas notórios.

É vedado, pois ao Juiz apoiar a sua convicção em elementos desprovidos da segurança jurídica, que esses princípios e essas normas acautelam. Não posso nem devo admitir a utilização, pelo Juiz, dos fatos que conhece e traz aos autos como se fosse testemunha.

Mesmo que tais fatos sejam retirados de outros processos, como prova emprestada, ou utilizados como regras da experiência, tal somente deve operar em abstrato, como instrumental de avaliação, interpretação e aplicação do direito.

Ora, é sabido que a matéria dos autos se desenvolve em torno da situação do nosso silvícola dentro do instituto da tutela, instituída e disciplinada na Lei nº 6.001/73, tutela essa que não é exercida pelo Ministro do Estado, mas pela FUNAI.

A FUNAI é, portanto, o único órgão que rege, como tutora, a pessoa do tutelado, e está obrigada a por ele velar (Código Civil, art. 422), respondendo, em face da União, por qualquer ato de reconhecida negligência, culpa ou dolo, capaz de causar dano ao pupilo.

Diante desses fatos — repito — o meu voto é não conhecendo da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Conta-se que o Sultão Harum Al Raschid, quando quis escolher um juiz, teria

feito o seguinte teste: mandou espalhar sobre um lago próximo da sala de audiências alguns objetos brancos que se assemelhavam a ovos e, os candidatos, enfileirados, foram inquiridos pelo monarca. O Sultão desejava saber — ele que era apelidado de «o justo» — qual deles deveria ser juiz dos seus súditos.

O primeiro olhou e disse que era lixo, um amontoado de coisas brancas, um rejeito qualquer. O segundo alvitrou: «parece que são cascas de ovos». O terceiro afirmou: «trata-se de casca de ovo, e, pela aparência, deve ser ovo de pato». O quarto, com uma vara, cutucou as cascas e verificou que era apenas a metade de cascas de ovos; e, puxando-os para a margem, pôde certificar-se de que eram ovos de pato. Um juiz, portanto, não pode julgar pelas aparências; deve procurar certificar-se, pelos meios de investigação a seu alcance, onde se esconde a verdade e onde aflora o direito.

O eminente Ministro Peçanha Martins, o grande liberal desta Corte, por quem tenho uma estima antiga, e só não digo filial para não o ofender...

O Sr. Ministro Peçanha Martins: ... Disse apenas que continuava liberal, porque fui acusado de que havia perdido a liberalidade.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Não, V. Exa. não perdeu a liberalidade. Talvez tenha abandonado, numa pequena escaramuça, o liberalismo...

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Neste caso, por exemplo, não perdi.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Continuando, Sr. Presidente, dele ouvi a imortal lição de Rui — «com a lei, pela lei, e dentro na lei, porque fora da lei não há salvação». Ouvi a exposição dos dois eminentes mestres de Direito, um, de

Direito Penal, o Sr. Ministro José Cândido, e o outro, de Processo Penal, o Relator da causa, o Sr. Ministro Adhemar Raymundo que, a meu ver, não fez construção nenhuma, e sim uma demonstração de saber, que lhe é costumeira.

Permito-me, apenas, «com a lei, pela lei, e dentro na lei», fazer outras ponderações, alguns acréscimos ao douto voto do eminente Ministro-Relator para demonstrar a razão do meu convencimento, e para dizer que nada, não obstante as ilustradas opiniões em sentido contrário, nada teve a força de desconstituir a minha convicção.

Com efeito, afirmou o advogado, da Tribuna, como a douda Subprocuradoria-Geral, que há uma preliminar de não-conhecimento, porque este Tribunal seria incompetente, pois o Sr. Ministro de Estado declara que não é o autor do ato que estaria ameaçando o paciente. Aliás, acabou de ler, ainda há pouco, o eminente Ministro Carlos Madeira trecho das informações, onde se afirma que naquela Secretaria de Estado não houve e nem haverá um ato dessa ordem. Disse que faria a demonstração do meu convencimento «com a lei», porque, enquanto se afirma não haver nos autos prova alguma de que S. Exa. o Sr. Ministro de Estado ter-se-ia obstado à saída do paciente do País, o eminente Ministro Carlos Madeira lembrou que todos os jornais, de grande e de pequena circulação, publicaram entrevista de S. Exa. declarando ser vontade do Governo que esta saída não se efetivasse. Aliás, já me bastava, como me bastou, essa declaração formal, feita através da imprensa, que tem e sempre teve o dever da verdade, tal como o mesmo Rui proclamou na sua campanha civilista; se porventura esse dever é descumprido, quem quer que assim o entenda, «na lei» possui o remédio para obrigar que os jornais, com o mesmo destaque, pu-

blíquem o desmentido. Pela Lei de Imprensa, e nos autos, não vi nenhum desmentido formal. Nos autos vi — exibida da Tribuna, pelo advogado — fotocópia de páginas desses jornais, declarando que assim era, isto é, que o Sr. Ministro de Estado opunha-se à saída do Cacique Xavante. A definição que a lei dá de documentos — e eu me refiro à Lei de Processo Penal — está no art. 232, como todos sabem e apenas me permito recordar como demonstração, como disse, do meu convencimento:

«Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.»

«Parágrafo único. A fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.»

Ora, a fotografia do documento — página dos jornais — «está nos autos», infelizmente, e pior, «está no mundo», porque, a esta altura, o mundo inteiro está sabendo que há um obstáculo do Estado, uma vontade formal do Governo, para que o Cacique Juruna não deixe a Nação Brasileira com destino ao Exterior.

Mas se insistiu, e com uma certa ênfase, o eminente Ministro José Cândido o fez com o costumeiro brilho, em que não vira materializado ato algum, para, através disso, se sentir o Juiz natural da causa e assim dar pela competência deste Tribunal.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, penso que em tema de Habeas Corpus — e eu o penso «com a lei» — não há necessidade alguma da formalização de ato: nem o ato é indispensável, nem o documento necessário.

Diz o art. 660, § 4º, do mesmo Código de Processo Penal:

«§ 4º Se a ordem de Habeas Corpus for concedida para evitar

ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.»

Basta, ao Juiz, a simples ameaça.

Em Direito Penal, o que é ameaça? Como se exterioriza? Apenas através de atos? Não.

O art. 147 do Código Penal estabelece o seguinte:

«Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.»

A mim, portanto, como juiz de Habeas Corpus, não necessitaria, como de fato não necessito, e nem necessitei, sequer, das informações, para, não somente conhecer, mas, antecipando o voto, conceder a ordem de ofício.

Do mesmo passo e pelas mesmas razões e, mais ainda, também «com a lei, pela lei e dentro da lei», é fácil demonstrar que a afirmação de que a Administração Federal não está integrada pela Fundação Nacional do Índio não corresponde à realidade. Isto quem o diz é o próprio Decreto-Lei nº 200, ao estabelecer, no Ministério do Interior, área de competência para a ação daquele Ministério, na qual se vê, claramente, «a assistência ao índio» (art. 39).

Ora, no Ministério já não existe mais, na administração direta, o seu antigo e famigerado Serviço de Proteção aos Índios, que nem era serviço, nem era de proteção, nem se destinava aos índios, como demonstrou a Comissão Parlamentar de Inquérito, revelando sua inenarrável corrupção (Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento ao nº 15, de 28 de abril de 1971), o que levou o próprio Governo a extinguir aquele órgão, para substituí-lo por outro, de administração indireta, uma pseudo Fundação de direito privado, mas a quem se dá, na verdade, como às au-

tarquias, privilégios iguais aos da Fazenda Pública, expressamente, na Lei nº 5.371, de 1967, cujo art. 11 estabelece:

«São extensivos à Fundação e ao Patrimônio Indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, prazos processuais, ações especiais e executivas, juros e custas.»

E mais, esta mesma lei, no § 2º do art. 4º — «com a lei, pela lei e dentro na lei» — diz, com absoluta tranquilidade:

«A Fundação ficará vinculada ao Ministério do Interior, ao qual caberá promover o ato de sua instituição, nos termos da lei.»

Mas não somente vinculada, também está na lei, no art. 5º, que esta Fundação fica subordinada à supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, prestando contas da gestão do patrimônio indígena ao Ministério do Interior.

Ao Ministro do Interior compete não só o controle, mas também, como se sabe, a supervisão ministerial, porque ele é responsável, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal, enquadrados em sua área de competência e já demonstramos que a Fundação está enquadrada, porquanto vinculada, pois o parágrafo único do art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67 assim dispõe:

«A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos deste Decreto-Lei.»

Sr. Presidente, por essas razões, todas de ordem estritamente legal; considerando o disposto no art. 122,

I, «c», da Constituição e tendo em conta haver o eminente Ministro-Relator demonstrado que o Sr. Ministro de Estado do Interior é a autoridade a quem se atribui a coação; assinalando que, pessoalmente, tenho pelo eminente brasileiro Mário David Andrezza estima e admiração, desde quando, Consultor-Jurídico do Ministério das Comunicações — que era apenas uma intenção no papel —, testemunhei o então Ministro dos Transportes prestar ao grande brasileiro Carlos Simas, o primeiro Ministro das Comunicações do Brasil, toda a colaboração necessária e indispensável para sua instalação e funcionamento; consciente, entretanto, de que um juiz não deve a ninguém, com o cargo, nem simpatia, nem desafeição; tendo em vista os termos claros dos textos legais e, sobretudo, convencido pelas brilhantes razões do eminente Ministro-Relator — conheço do pedido.

#### VOTO VOGAL PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente: O Sr. Ministro do Interior, na realidade, até mesmo nas informações, encampou o ato da FUNAI.

Para mim, em tema de habeas corpus, isto basta para que ele seja considerado autoridade coatora, de molde a atrair a competência originária desta Eg. Corte.

Acompanho, em consequência, o voto do eminente Ministro-Relator.

#### VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Na última Sessão, concedi a medida liminar, para que o impetrante pudesse, munido do passaporte competente, atender ao convite do Tribunal Russel, que agora realiza Sessão na Holanda. Quero dizer, todavia — e o faço

em homenagem ao argumento posto pelo eminente Ministro José Dantas — que aquela decisão não me vincula: diante de uma petição de mandado de segurança, ou diante de uma petição de habeas corpus, procede o juiz, quando examina o pedido da liminar, na suposição de que a autoridade apontada coatora é competente.

De sorte que, com a vênia devida, não entendo preclusa essa questão e examino a preliminar de incompetência do Tribunal posta nas informações.

Leio as informações. A estas, é sabido, e assim temos decidido, quer sejam prestadas no habeas corpus, quer sejam prestadas no mandado de segurança, deve-se emprestar presunção de veridicidade, até prova em contrário. Nelas, o Ministro de Estado afirma que não praticou o ato impugnado, sendo este da competência da FUNAI e por esta praticado, conforme a lei. Não obstante, é certo, poderia o Ministro de Estado praticar o ato. Quando examinei o pedido da liminar, agi na suposição, assim dando credibilidade à inicial, de que o ato fora por S. Exa. praticado. Não vejo como, todavia, agora possa persistir nesta posição, por isso que não há prova em sentido contrário ao afirmado nas informações. A estas, pois, tenho que me ater.

Não tenho dúvida de que o Ministro supervisiona, de que o Ministro dirige indiretamente a FUNAI. Todavia, só isto não me basta. Se, amanhã, Delegados de Polícia efetivarem prisões, o juiz natural para habeas corpus contra tais prisões, é o Juiz Federal ou o Juiz de Direito, não obstante a subordinação dos Delegados, ou do Secretário de Segurança Pública, ou ao Diretor de Departamento de Polícia Federal.

Não vejo, pois, como sair do dispositivo constitucional — art. 122, I, d,

da Constituição Federal. Só posso conhecer, originariamente, de habeas corpus, quando o ato tiver sido praticado pelo Ministro de Estado, pelo responsável pela direção da Polícia Federal ou por Juiz Federal.

Lamentando não poder acompanhar o eminente Ministro-Relator, que produziu voto magnífico, e os demais eminentes Ministros que o acompanharam, fico com aqueles Ministros que estão na linha do não conhecimento do pedido por incompetência originária dessa Egrégia Corte.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Nos termos do voto do eminente Ministro-Relator, conheço da impetração.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator. Concedo a ordem.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: — Sr. Presidente: A esta altura pouco resta a dizer, se é que há, ainda, alguma coisa a falar. No entanto, para mim, o que me parece de relevo não é o ato formal, mas sim a sua própria essência. O exame da matéria, tão bem exposta pelo eminente Sr. Ministro do Interior, revela que se não tomou a iniciativa de proibir a saída do paciente do território nacional, homologou expressamente a atitude da FUNAI, a não ser que desta tenha partido a proibição no mesmo sentido. Embora seja a FUNAI o órgão específico para o exercício da tutela, é evidente a subordinação, não só administrativa mas até moral, do Presidente desta entidade, em relação ao Ministro da Pasta a que pertence.

De modo que, no caso, no máximo, dar-se-ia a prática de atos por duas autoridades de hierarquias diferentes e, evidentemente, tendo o Sr. Ministro do Interior, nas suas informações, apreciado o mérito do problema em tese, confirmou o seu ponto de vista da inconveniência da saída do indígena do território nacional para participar do referido conclave. Então, se há mesmo nessa hipótese, duas autoridades que estariam proibindo a saída, evidente que a competência se estabelece em relação à autoridade maior.

Assim sendo, data venia, dos eminentes colegas que opinaram em sentido diferente, conheço do pedido e acompanho o eminente Sr. Ministro-Relator.

#### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Os elementos trazidos a conhecimento deste Egrégio Plenário, nesta assentada, levam-me a considerar que, quer se trate de ato comissivo, quer se cuide de ato omissivo, a responsabilidade do Exmo. Sr. Ministro do Interior é uma conseqüência dos princípios inscritos nos arts. 19 e 20, do Decreto-Lei nº 200. Por isso, em abono desse meu entendimento, invoco ainda os doutísimos suprimentos do lúcido voto do eminente Ministro Aldir Passarinho.

Sendo assim, acompanho o Relator, conhecendo da medida.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo Relator: No mérito, concedo a ordem.

A Constituição Federal, no art. 153, § 26, dispõe: «Em tempo de paz, Qualquer Pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei». A ressalva con-

tida na parte final da norma invocada, considera, como fundamental, que se respeitem as exigências da lei, e somente dela, quanto ao exercício desse direito, ou seja a liberdade de circulação. Existem, como determinações legais, as restrições relativas à saúde, à retirada prévia de passaporte, à repressão ao contrabando, ao descaminho e ao tráfico de mulheres para a prática da prostituição, e outras, todas com o objetivo de preservar interesses, cuja tutela incumbe ao Estado. Ademais, na exegese da norma constitucional, imprescindível o destaque às palavras iniciais, «qualquer pessoa», indicativas de que o direito insito na Carta vigente, é de qualquer ser humano. Nacional ou estrangeiro, destina-se o preceito da lei maior a preservar-lhe o direito de circular dentro do País, e dele sair. Na linha desse pensamento, que acredito ser fiel ao espírito do legislador constituinte, friso que as leis específicas, que cuidam da proteção dos índios não contêm uma norma sequer que impeça a sua saída do território nacional. As disposições mencionadas nas informações ressaltam a situação jurídica de um tutelado, por ser relativamente incapaz, à luz do Código Civil. Mas, sabido é que este, por essa situação, não está fora da proteção da Constituição, como não estão os demais, elencados no art. 6º do Código Civil, tais os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos e os pródigos. Quanto aos silvícolas, no parágrafo único do citado artigo diz o Código Civil que eles ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos. Vejam V. Exas. que a lei material é clara em estatuir que os índios não emancipados ficam sujeitos à tutela, na forma dos atos normativos. E estes, em nenhum passo proibem a sua circulação, ainda que para o exterior. De certo, o regime tutelar significa que, para a prática

de certos atos, é indispensável a autorização de quem exerce a tutela. Assim há de ser, por força da situação jurídica dos silvícolas de relativamente incapazes. Mas, é sabido, porque é princípio incorporado aos cânones do direito civil, que as incapacidades podem ser supridas. E, em se tratando de relativamente incapazes, o suprimento dá-se ou pela assistência ou pela autorização. Por esta autorização a pessoa relativamente incapaz obtém permissão para realizar um ato daquele a quem confere o poder de autorizar (Orlando Gomes — Introdução do Direito Civil — págs. 338 — 1965 — Rio). In casu, pedida a autorização à FUNAI (documento junto aos autos), esta negou-a. Pergunta-se, está o Poder Judiciário, no julgamento do habeas corpus, impedido de suprir a incapacidade? Penso que não, porque, se a Lei nº 6.001/73, no art. 7º, § 1º, diz que «ao regime tutelar, estabelecido nesta lei, aplicam-se no que couber os princípios e normas da tutela do direito comum», certa, a meu ver, a conclusão de que, inexistindo na lei citada, como em outras pertinentes à proteção dos índios, norma proibitiva quanto à prática do ato em tela, sair do país, o deferimento do «writ» representa o reconhecimento do direito do paciente. Ressalte-se que, pela Constituição Federal, art. 153, § 2º, «ninguém será obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.»

Do exposto, se colhe, indubitavelmente, que a capacidade relativa, que não se confunde com a absoluta, é suprida pela assistência. Logo, o assistente não se substitui ao relativamente incapaz, no exercício dos direitos que a este pertencem. E nisso reside a diferença entre assistência e representação (Vicente Rao — O Direito e Vida dos Direitos — pág. 154 — Vol. II — Tomo 1º — 1978 — 5ª Ed.). O relativamente incapaz pode e deve (para usar vocábulos do mes-

tre citado), ele próprio, exercer os seus direitos. Apenas, se não houver a assistência do tutor, podem vir a ser declarados inválidos, pois não são nulos de pleno direito, mas anuláveis (C.C. arts. 147, 1 e 154).

Para que se possa falar em poder discricionário da Administração Pública, capaz de produzir efeitos, sem que o Judiciário possa invalidá-lo, é indispensável que a lei outorgue à autoridade administrativa essa potestade. No caso, ela dimanaria de norma legal que investisse o Ministro do Interior ou a FUNAI de proibir a saída do silvícola. E, como inexistesse esse poder, porque silente o legislador, não se há de falar em ato discricionário, imune de apreciação judicial. Trata-se de proibição, à revelia da lei, manifestamente contrária a texto expresso da Lei Maior. E, porque o ato omissivo ínsito está na órbita do direito comum, sem qualquer conotação com interesse público, que nem sequer foi apontado como violado, afirmo, com convicção, que a área inacessível ao Judiciário, reservada ao poder discricionário da Administração, limita-se aos atos em que esta age em defesa de interesse público, necessários para que o Estado se realize, cumprindo a missão que lhe foi confiada, e em razão da qual existe (Cretella Júnior — Manual de Direito Administrativo — pág. 142/143). Do expedito deflui a conclusão de que uma simples autorização para um cacique viajar não se inclui dentre eles. A conveniência ou oportunidade do ato pode ser examinada judicialmente, porque inserida no contexto do Direito Civil, que dá ao Juiz o poder de se pronunciar. A pertinência, na espécie das normas do direito civil, afasta a idéia de intocabilidade do ato proibitivo.

Examine-se a natureza do regime tutelar na Lei nº 6.001. Assinale-se, em primeiro lugar, que o citado diploma legal estende aos índios e às

comunidades indígenas a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, ut, art. 1º, parágrafo único. A todos os silvícolas se estende a tutela das leis, porque, na realidade, brasileiros são. Logo, a proibição para o índio sair do território nacional, por inexistir em lei, é manifestamente ilegal, porque como brasileiro só poderá deixar de fazer alguma coisa se norma expressa assim estatuir. Mas, enquanto perdurar a tutela, antes da emancipação a que se referem os artigos 8º e seguintes, da Lei nº 6.001, podem ser invocados em favor dos silvícolas as normas da lei civil. A emancipação é ato formal, previsto na lei. Se o paciente ainda não o alcançou, porque é tutelado, pode invocar a proteção do direito comum para o exercício do direito, se este condicionado estiver à autorização de quem tem o poder de assistir. Logo, a emancipação é coisa diversa. Por ela, o índio adquire a plenitude da sua capacidade, o que não quer dizer que, se ainda relativamente incapaz, esteja ao desabrigo da proteção legal, consignada ao Código Civil, quanto à possibilidade de suprimento da incapacidade.

Quais as razões da recusa? Por acaso, foram invocados motivos de ordem pública que desaconselhariam a viagem? Se incorrem as inconveniências apontadas, quase todas sedimentadas em observações de articulistas, não têm o condão de desmerecer a nossa Pátria, uma vez que as limitações dos silvícolas brasileiros são comuns a uma comunidade, que não existe somente no Brasil. O propalado desrespeito à pessoa do índio, como homem e brasileiro, é mera suposição. Destarte, se convincentes razões não se apresentam, «a recusa de autorizar, sem motivo plausível, pode ser vencida por suprimento judicial.»

Em cada caso concreto, pode o Juiz, examinando os fundamentos da

proibição, vencê-la, permitindo o exercício do direito do silvícola de sair do território nacional, já que a este, como pessoa, lho outorga a Constituição Federal.

Defiro a ordem.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente: Estou de inteiro acordo com o eminente Sr. Ministro-Relator no sentido de conceder a ordem; e, dada a magnitude da causa que penso ser das mais belas jamais trazidas à apreciação deste Tribunal (causa que, em verdade, mergulha suas raízes no direito das gentes), sinto-me no dever de tecer breves considerações, pedindo escusas por se apresentarem assim algo desalinhas.

Ao fazê-lo, deixo de parte por um momento a advertência de Santo Tomás contra o argumento de autoridade «*locus ab auctoritate est infirmissimus*»; pois considero da maior importância patentear o fio histórico e a autenticidade de nosso direito, à luz de alguns poucos textos que recolho, somente entre os melhores juristas de nossa tradição.

Desde logo, acentuo a enorme diferença que corre entre a capacidade de exercer pessoalmente tais direitos, mediante a prática de atos e negócios jurídicos.

Neste sentido, a incapacidade (apenas relativa) que o direito brasileiro impõe ao índio é, também por sua vez, sem dúvida, capacidade relativa.

Em outras palavras, cumpre separar com toda a nitidez a personalidade, que a lei garante no Brasil a todo homem (Cód. Civil, art. 2º) e os direitos ínsitos na personalidade, dos quais diz Pontes de Miranda em texto conhecidíssimo, que antecedem a todas as constituições; e (por outro

lado), as restrições ao exercício de direitos, quando dependa da prática de ato jurídico e não se possa resumir tão-somente no simples gozo da liberdade.

É o que se lê em Clóvis:

«Cumpre distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou, como diz Teixeira de Freitas, «o modo de ser geral das pessoas.»

Podemos definir capacidade a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil. É o que muitos civilistas denominam capacidade de fato, diversa da capacidade de direito, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem.» (Teoria Geral, 4ª ed. Francisco Alves, 1949).

É adiante:

«Relativamente incapazes são os que podem praticar, por si, os atos da vida civil, que não lhes são vedados, devendo praticar todos os mais, autorizados por outrem.» (Idem, p. 185, § 10º).

No mesmo sentido, Vicente Rao:

«A incapacidade relativa é suprida pela assistência que o pai, tutor ou curador, prestam ao filho, ao tutelado, ou curatelado. O assistente não se substitui ao relativamente incapaz no exercício dos direitos que a este pertencem e sua vontade não é reputada, por presunção legal, equivalente, mas complementar da vontade do assistido. Assim sendo, se a lei não considera o relativamente incapaz apto para manifestar uma vontade perfeita, reconhece-lhe, contudo, certo grau de habilitação para a prática dos atos jurídicos. É profunda, pois, a diferença que separa a representação da assistência, pois enquanto o representado não participa de mo-

do algum, na prática dos atos jurídicos, nem vontade alguma se lhe permite declarar, o assistido pode e deve, ele próprio, exercer os seus direitos, exteriorizando sua vontade que, para produzir efeitos jurídicos perfeitos, há de coincidir com a manifestação da vontade de seu assistente.» (O direito e a Vida dos Direitos, ed. Limonad, SP, s/d, págs. 171/172).

Mas se houver divergência entre a expressão de vontade do relativamente incapaz e de seu assistente?

Eis a resposta de Rao:

«Se divergência surgir entre uma declaração e outra, ou se o relativamente incapaz não quiser participar da prática de algum ato jurídico, cumprirá ao juiz pronunciar-se, ouvido o ministério público, entre cujas funções se inclui a da proteção da pessoa e dos interesses dos incapazes (Cód. Proc. Civil, art. 80, § 1º, a, § 2º). É de se notar, ainda, que os atos praticados pelos relativamente incapazes sem a assistência de quem de direito não são nulos, mas simplesmente anuláveis (Cód. Civ., arts. 147, nº 1, e 154), e, como tais, suscetíveis de ratificação (Cód. Civ. art. 148).» (Idem, págs. 171/2).

Com estas conceituações coincidem disposições reiteradas do Estatuto do Índio, quando se refere à manifestação da vontade do indígena, que a lei reconhece legítima:

«Art. 2º — Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

.....

IV — assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

.....

VII — executar, sempre que possível, mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII — utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento.»

Note-se a insistência com que a lei conceita a administração a obter a cooperação voluntária do indígena.

O tema, no entanto, não deve ser exaurido no âmbito do Direito Privado, onde apenas resumo entendimentos de que a capacidade de direito (de ser titular e de gozar de direito subjetivos), que é de toda pessoa, não se deve confundir com a simples capacidade de praticar determinados atos jurídicos pessoalmente. Lógico, a pessoa titular de direitos pode gozá-los em muitas e numerosíssimas situações, sem que para isso necessariamente deva praticar ato jurídico. Volto, a propósito, a Vicente Rao, para mostrar que a lei reconhece aptidão do relativamente incapaz para a prática de numerosíssimos atos, para os quais não depende de assistência (v. op. cit. págs. 162).

O princípio, na verdade, é o de que as incapacidades relativas são aquelas que a lei estabelece: o relativamente incapaz não pode praticar válida e eficazmente os atos indicados em lei.

E (como bem assinalou o eminente Ministro-Relator) não há qualquer norma legal no direito brasileiro que submete a locomoção do indígena de um ponto para outro do território nacional à prévia licença; nem mesmo para viajar para o exterior.

Penso que realmente assim é, porque aqui se trata de gozo de direito da personalidade (que não depende,

necessariamente, da prática de atos jurídicos; ou nisso não consiste, fundamentalmente).

Assim devemos entender, na medida em que, passando para o âmbito do Direito Público, nos dispusermos a ver no direito de locomoção a expressão da liberdade humana como direito subjetivo público.

Falando dos direitos públicos subjetivos, vale ainda referir Vicente Rao:

«Em contraste com a generalidade dos autores latinos e anglo-americanos, partidários da doutrina política e jurídica da liberdade e em contraste, mesmo, com as declarações constitucionais dos direitos fundamentais do homem e do cidadão pelos estatutos políticos de vários países, os autores germânicos, em sua maior parte, e durante longo tempo, revelaram acentuada tendência negativista em relação aos direitos públicos subjetivos.

Só a obra fundamental de Jellinek (Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos) ao afirmar, incisivamente, a existência desses direitos, marcou o início de nova fase nos estudos jurídicos germânicos, significando, na frase do eminente jurista italiano citado, um «*trait d'union*» preciosíssimo entre as tendências políticas e jurídicas latinas e germânicas.»

Assim e aos poucos, os conceitos de subordinação e de súdito (desta última expressão o próprio Jellinek não conseguiu libertar-se), cederam o passo às noções de relação jurídica, personalidade e cidadania, que predominam, afinal, na qualificação da disciplina das atividades recíprocas entre o Estado e os indivíduos.

A origem do Estado coincide, como fato social e histórico, com o momento da transformação da

vontade coletiva, ou social, em vontade política; com o momento, isto é, em que se sentiu a necessidade de submeter a disciplina da convivência social a um Poder organizado pelo povo e por ele investido da faculdade de mando e de coerção.

Nas fases mais avançadas da civilização, ali onde as nações democraticamente se organizam, é o povo quem, por seus representantes munidos de poderes constituintes, cria a ordem jurídica, confere vida e forma ao Estado, define e distingue seus Poderes e seus órgãos respectivos, disciplinando-lhes a competência e sujeitando-os, entre limites outros, ao respeito dos direitos públicos e privados das pessoas e dos grupos sociais.

O Estado, pois, é criatura e não criador da ordem jurídica; e quando se apodera das relações de fato para transformá-las em relações de direito, sujeitando-as às regras determinantes que ele próprio elabora, assim age dentro dos limites da competência que a ordem institucional lhe confere.» (Idem, págs. 96/7).

Para conferir sabor histórico a proposição de tão alto significado e trazer a nota da vetustez a esta esplêndida doutrina, colho breve e magnífico parágrafo de Coelho da Rocha, que, há quase dois séculos, honrava a cátedra que fora de Melo Freire na Universidade de Coimbra. No seu Curso de Direito Civil (ed. da Universidade, 1.886, págs. 6) lê-se:

«Por isso que as leis naturais impõe aos homens obrigações, concedem-lhes também muitos direitos. Destes direitos naturais unicamente apontaremos os principais, que servem de base às leis civis.

O 1º é o da liberdade natural, que é faculdade que o homem tem,

de fazer tudo o que não é proibido pela lei, e por conseguinte de dispor da sua pessoa, ações e bens da maneira que julgar mais conforme à sua felicidade; mas sempre debaixo da condição de não ofender os seus deveres para com Deus, para consigo, nem para com os outros.»

Onde está, portanto, (permito-me indagar) a norma jurídica que explica a incapacidade do indígena (relativamente incapaz e, portanto, relativamente capaz), para empreender viagem, ainda que ao exterior?

Concluo, referindo-me às bases empíricas desta demanda no cerne do direito das gentes, como está no art. 7º do Estatuto do Índio:

«Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.»

A instituição da tutela (genuinamente de direito privado nas suas origens e, em seguida, fruto de acentuadíssima evolução no direito público) é aqui aplicada, como se vê, para fins eminentemente sociais.

É esta lei, sem dúvida, que permite ao indígena, enquanto individualmente considerado, romper a incapacidade relativa (limitado ao plano do direito privado e alheia ao plano do exercício da liberdade, insita no

cerne da personalidade e não da capacidade), para exprimir-se como ser humano que nosso direito tutela e ampara de modo todo especial.

Mesmo ao absolutamente incapaz este cerne da personalidade (que é o direito subjetivo público de liberdade), não pode ser sonogado, mercê de proibição expressa nas garantias constitucionais.

A suprir, portanto, a alegada deficiência de vontade (que na verdade não está na lei), que é que faz o Poder Judiciário?

Dirime, sem dúvida, um conflito.

Concedamos, entretanto, que não se tratasse de dirimir conflito: que o Tribunal fosse apenas chamado a exercer jurisdição voluntária (para integrar a vontade do indígena).

Poderia, entretanto, no exercício desta função que porventura não seria meramente ou estritamente jurisdicional, menoscar dos princípios constitucionais, isto é, dos princípios constitucionais que asseguram a liberdade como direito público subjetivo? Poderia, ainda que o Tribunal fosse chamado a exercer atividade meramente administrativa em sentido amplo, ou jurisdição voluntária (para integrar manifestação de vontade), deixar de ouvir os ecos da proclamação constitucional e restringir a liberdade de movimentação de um líder de uma comunidade indígena?

Penso que também é oportuno olhar para a história, na qual esta nossa decisão há de se inserir.

Trata-se de comunidade indígena, isto é, autóctone, que nossa cultura aqui encontrou e que (sob inspirações declaradamente cristãs) reconheceu como seu dever amparar. Consistirá essa verdadeira tutela (em defesa, em amparo de direitos do indígena) um meio de restringir-lhe as condições de movimentação, no que diz com sair do País para o exterior?

Falou-se que o Tribunal Bertrand Russell não é oficial. E por isto mesmo é que tem lugar o habeas corpus: fosse ele oficial e a garantia de participação nele colidiria com garantias constitucionais nossas, condizentes com a soberania nacional.

Não foi Rui que disse que os advogados são juizes dos Juizes?

Por que é, portanto, que a opinião pública não pode também conhecer e manifestar-se? Por que é que os membros dessas comunidades minoritárias, sofridas, postas à margem da civilização, devem ser sancionados naquilo que toda pessoa tem e naquilo que a nossa lei não restringe porque, em se tratando de mera incapacidade relativa, não esbarra em expressa restrição legal, como foi magistralmente demonstrado pelo eminente Ministro Adhemar Raymundo, cujo voto subscrevo.

Peço escusas ao Tribunal por me haver estendido em demasia.

Meu voto é, portanto, pela concessão da ordem.

## VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Estou de acordo com o doutíssimo voto do eminente Relator, enriquecido pelas contribuições do pronunciamento do Ministro Romildo. Peço licença apenas para acentuar um aspecto que emerge de todas considerações até agora feitas.

No caso, não se trata de um ato de disposição de direitos a ser praticado pelo paciente, mas apenas de assegurar-lhe o direito constitucional de ir e vir, de sair do Território Nacional. Dir-se-á que a viagem do paciente não trará qualquer benefício à causa do índio ou que poderá trazer ao paciente uma consciência distorcida da realidade nacional ou do respeito às autoridades constituídas, como sugerem as informações. Mas aqui estamos no campo das conside-

rações valorativas, e sob este aspecto, outros valores, igualmente significativos, se levantam e, nesse cotejo de valores, nessa avaliação e hierarquização de valores, dou predominância ao valor liberdade, assegurando constitucionalmente, verdadeiro direito co-natural ao homem.

A todo modo, a tutela, no Estatuto do Índio, é uma forma atípica, deslocável do instituto tratado ao direito civil, comportando maior flexibilidade, na sua dinâmica, na sua operatividade; aliás, as razões aduzidas nas informações mais se afinam ao interesse do tutor do que aos do tutelado.

Concedo a ordem.

#### VOTO MÉRITO

Desde 1928, com o advento do Decreto nº 5.484, os silvícolas brasileiros se encontram emancipados da tutela orfanológica.

A tutela especial a que estão sujeitos torna-os relativamente incapazes, prevalecendo, enquanto não se incorporarem à sociedade civilizada, restrições impostas à sua capacidade, apenas com o fim específico de preservar seus haveres e pessoas.

No mais, assistem-lhes os mesmos direitos e as mesmas liberdades que a Constituição e as leis asseguram a qualquer pessoa.

É interessante notar que, no tocante à capacidade criminal, já o mencionado Decreto nº 5.484 os equiparava aos civilizados, quando aculturados (art. 43). E, agora, pela Lei 6.001, de 1973, essa equiparação se faz ampla, facultada tão somente ao Juiz a atenuação da pena imposta, atendendo ao grau de sua integração no meio civilizado (art. 56 caput). Esse mesmo diploma legal dispõe que:

«Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção

das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei (§ único do art. 1º).»

«Art. 2º — Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I — estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

.....

X — garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.»

Também o Brasil é signatário da Convenção nº 107 sobre a proteção e integração das populações indígenas, tribais e semitribais, adotada em Genebra, a 26 de junho de 1957, por ocasião da quadragésima sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, e promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. E por esse documento assumiu o Governo Brasileiro, solenemente, entre outras obrigações, face à problemática do índio, a de garantir se beneficiem as populações indígenas e tribais, em condições de igualdade, «dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população» (art. 2, item II, a). Igualmente, comprometeu-se, perante a comunidade internacional, incentivar por todos os meios possíveis, entre as referidas populações, o desenvolvimento das liberdades cívicas (art. 5º c) e garantir aos seus integrantes os meios legais para «proteção efetiva de seus direitos fundamen-

tais (art. 10, nº 1)». E ainda mais: as medidas de proteção especial dadas a favor dessas populações

«não deverão importar em qualquer prejuízo para gozo, sem discriminação, da generalidade dos direitos inerentes à qualidade de cidadão» (art. 3º, 3).

Assim sendo, de plano temos que aos índios se assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos preconizados na Constituição da República. A tutela a que estão sujeitos foi estabelecida a seu favor, e tão somente para resguardar seus haveres e preservá-los física e culturalmente no processo de sua integração à sociedade civilizada. Via de conseqüência, essa tutela só se admite dentro desses exatos parâmetros, constituindo-se em exorbitância, quando objetiva submeter o tutelado à disciplina do absolutamente incapaz. Vale dizer: a tutela em nenhum momento poderá ser exercida contra as liberdades do tutelado ou aqueles interesses que lhe pareçam legítimos, desde que esses interesses não afrontem as leis do País, nem se traduzam, em ameaça a seus haveres e à sua integridade moral ou física.

Com essas ligeiras considerações, vejamos o caso sub judice.

O paciente pretende viajar ao exterior para tomar parte da reunião de uma entidade internacional — o Tribunal Bertrand Russell — que se propõe julgar delitos cometidos contra silvícolas nas Américas. Pondo de lado o exame do papel desempenhado por esse Tribunal e a avaliação de sua importância, cabe indagar se a pretensão do paciente é um mal. Se da projetada viagem poderão advir riscos à sua pessoa e seus haveres. Se há, no nosso ordenamento jurídico, lei que proíbe a qualquer

cidadão — ou ao índio na condição de tutelado — de reunir-se em defesa de seus direitos. E, por fim, se esse Tribunal Russell é, porventura, uma associação ilícita.

As respostas a essas indagações servem de norte ao julgador.

E elas são negativas.

Com efeito, inexistente qualquer norma legal que impeça o silvícola, submetido à tutela especial do Estado, de viajar e de reunir-se livremente em um fórum — seja de pequena ou nenhuma importância, não interessa, — que se encontra legitimamente constituído. Se aqueles pressupostos para o exercício da tutela não se apresentam, isto é se incoorre ameaça à sua pessoa e aos seus haveres, não há como tentar impedir que exercite um direito seu e uma liberdade individual que a Constituição assegura a todos, estrangeiros e brasileiros, que residem no território nacional.

Daí, data venia não podem prosperar, a meu ver, as razões com que a digna autoridade pretende justificar o seu procedimento, por respeitáveis que sejam. E nesse passo, registre-se que o juiz da conveniência da viagem é o próprio paciente, e não terceiros, por melhor intencionações que se apresentem. Bem assim, que o paciente, equiparando-se ao cidadão no gozo da generalidade dos direitos a estes inerentes, consoante estatui a mencionada Convenção 107, é responsável pelos seus próprios atos, inclusive pelos que possam configurar delitos.

Em remate, louve-se a preocupação, que parece resumir do episódio, de preservar a imagem do Brasil. E preocupação de a qual todos nós, brasileiros, compartilhamos, mas a verdade é que não podemos sacrificar o direito a considerações dessa ordem. E tanto mais, quando não há

porque temer críticas e acusações no trato do problema, posto que notórios os esforços do Estado no sentido de resguardar, com os meios a seu alcance, as comunidades indígenas de abusos e violências, muitas vezes incontrolláveis num país de extensão continental como o nosso.

Por conseguinte, acompanho o eminente relator, concedendo a ordem.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente: Há pouco, quando da apreciação da preliminar de conhecimento, me manifestei no sentido de conhecer o pedido, na conformidade do voto do eminente Ministro-Relator, discrepando, assim, do voto do não menos ilustre companheiro, Ministro José Cândido de Carvalho. Não obstante, nego provimento ao pedido.

Como é de ver, as nuances da controvérsia já foram analisadas em todos os seus ângulos. O litígio, ou seja, o núcleo da impetração em favor do aborígene Mário Juruna, prende-se a uma questão exclusivamente legal, a ser solvida à luz das normas jurídicas pertinentes, na conformidade do direito positivo pátrio.

Perguntar-se-ia, então, se o fato de a FUNAI ter-lhe (ao cacique Juruna) negado autorização, com o aval do Ministro do Interior, para integrar o «Tribunal Bertrand Russel», em Rotterdam, estaria o paciente impedido de comparecer ao evento? Evidentemente que não. A ele seria assegurado o direito de recorrer ao Poder Judiciário do Primeiro Grau para obter o necessário suprimento judicial, a teor do que estabelece a legislação civil e processual civil adequada à espécie, e em consonância com as normas que regulam a vida da FUNAI.

A apreciação da matéria, por via do habeas corpus, se me afigura uma subversão do ordenamento jurídico nacional.

Não consigo transpor esse obstáculo de ordem processual e, sobretudo, legal, malgrado reconheça a magnitude do direito, em tese, postulado pelo cacique Mário Juruna.

Na linha desse raciocínio, peço vênua ao eminente Ministro-Relator para denegar a ordem de habeas corpus.

É o meu voto.

### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente: Na sessão deste Plenário do dia 20 do corrente mês acompanhei o voto magistral proferido pelo eminente Ministro Washington Bolívar de Brito, para conceder a ordem, de ofício.

Neste caso, à vista das informações prestadas, tenho a dizer, preliminarmente, que o problema da incapacidade do paciente está superado, em face do reconhecimento do Presidente da FUNAI de que ele pode representar a sua Tribo perante as repartições e praticar outros atos, como qualquer cidadão capaz. E por haver-me referido àquele voto magistral, proferido pelo meu eminente amigo, Ministro Washington Bolívar, na sessão anterior, peço vênua para encampar os seguintes tópicos do mesmo:

«No caso, falou-se, não em incapacidade absoluta, que ela não é, mas na incapacidade relativa, que, por isso mesmo, se pode suprir, complementando-a ou completando-a. Tanto não é indispensável, que pode ser suprida e se o ato só pudesse ser praticado, para sua validade, o ato de vontade, se fosse externado ou complementado através do tutor ou pelo tutor,

então, não estaríamos mais diante de uma incapacidade relativa, mas sem sombra de dúvida, de uma incapacidade absoluta, e este não é o caso sob exame.»

E noutro ponto desse brilhante voto, disse S. Exa.:

«Este mesmo indígena, segundo pude entender, já recebeu um mandato expresso ao lhe ser conferido documento no sentido de que bem representa sua tribo e o seu povo, a ponto de receber doações ou donativos das almas generosas ou das próprias instituições públicas para sua gente. Não tem sentido que um mesmo documento diga uma coisa aqui e possa dizer diferentemente lá fora. Se tem competência ou capacidade para representar o seu povo, sua Nação, ante as repartições e perante as pessoas, enfim perante a comunidade brasileira, penso que não lhe pode ser negado esse mesmo direito também lá fora.»

E digo eu: como ressaltou o eminente Ministro-Relator, a incapacidade do paciente, se existisse, poderia ser suprida via de consentimento judicial outorgado pelo Poder Judiciário, cujo pedido está, a meu ver, in casu, implícito na impetração.

Na linha dessas considerações, e acompanhando as lições que ouvi dos eminentes Ministros que me antecederam, no mesmo sentido do voto do eminente Ministro Adhemar Raymundo, concedo o habeas corpus.

#### VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente: O grande tema em debate, ao que ouvi dos eminentes Ministros que me antecederam, pode ser sintetizado em saber se o habeas corpus é sucedâneo de suprimento de consentimento. No caso, dúvida não há de que estamos diante de pessoa relativamente inca-

paz. Assim estatui o Código Civil no seu art. 6º. Em harmonia com o preceito de índole material, verifica-se que o Estatuto do Índio, no seu art. 7º, confere à FUNAI poderes tutelares de proteção ao silvícola. Ao assim proceder, no entanto, explicita que tais poderes tutelares deverão ser exercitados de acordo com o Direito Comum. E o Código Civil, ao dispor sobre o exercício do pátrio poder, estabelece no art. 387 que:

«Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o Juiz lhe dará curador especial».

Na hipótese, portanto, seria de se esperar que Mário Juruna viesse a juízo pedir nomeação de curador especial, a fim de que este requeresse suprimento de consentimento para que pudesse viajar.

O Código de Processo Civil distingue a capacidade ser parte da capacidade de estar em juízo. Os relativamente incapazes podem vir a juízo, desde que assistidos. Mas a lei é sábia. Quando há conflito de interesses entre tutor e tutelado, outorga a este poderes para vir diretamente a juízo. Ele próprio paciente, ele próprio Mário Juruna poderia ter vindo a juízo com a finalidade especificada de pedir a nomeação de curador, com o objetivo de que este pleiteasse o necessário suprimento de consentimento para deixar o País.

Mário Juruna assim não procedeu. Optou, através de terceiros, pela obtenção da proteção do seu direito de ir e vir por meio da garantia constitucional do habeas corpus.

Será que tal garantia constitucional seria invocável na espécie? Será que tal garantia constitucional poderá servir de sucedâneo a suprimento de consentimento? Entendo que, em princípio, sim.

Sem dúvida alguma, a proteção constitucional do *habeas corpus* é por demais ampla. Em todas as hipóteses em que esteja comprometido o direito de ir e vir, por ilegalidade ou por abuso de poder, há de se reconhecer o direito à garantia constitucional, seja essa ilegalidade oriunda de ato praticado por qualquer espécie de autoridade. No entanto, conciliando esses dois institutos previstos na legislação, o suprimento do consentimento e o *habeas corpus*, é necessário que, no instante, examinemos a matéria sob o estrito limite da existência ou não de ilegalidade ou de abuso de poder, adstringindo-a, pois, aos lindes da garantia constitucional.

Se Mário Juruna tivesse optado pelo requerimento de suprimento de consentimento, acredito que naquele procedimento teria oportunidade de amplamente demonstrar as suas razões. Mas essa não foi a alternativa eleita. Elegeu, através de terceiro, a via do *habeas corpus*. Diante disso, o seu pedido de suprimento de consentimento, a meu ver, há de ser examinado, mas sempre se tendo em mente a limitação peculiar ao *habeas corpus*: existência de ilegalidade ou de abuso de poder (Constituição, art. 153, § 20).

E, em assim procedendo, noto que, nos autos, não há qualquer argumentação na petição inicial atinente à ocorrência de ilegalidade ou de abuso de poder. Tanto que o eminente Relator, ao conceder a ordem, não apontou qualquer dispositivo de ordem legal, que teria sido violado. E tanto não indicou que se fundamentou S. Exa. na alegação de inexistência de norma proibitiva de sua saída do País.

Este foi o argumento de S. Exa.: inexistência de norma proibitiva para o paciente ausentar-se do País.

Estamos diante, sem dúvida alguma, do instituto da tutela, que é um

instituto de ordem pública, instituto regido por normas de direito público. Aqui foi invocado o princípio constitucional segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio, contudo, incide de forma diversa no âmbito do Direito Público e na esfera do Direito Privado. No tocante ao Direito Privado, esta é a regra: tudo que não está legalmente proibido é permitido. Mas tal regra, quanto ao Direito Público, há de ser vista com as restrições necessárias à defesa do interesse público. É exatamente por isto que, no Direito Público, a regra é inversa: tudo que não está legalmente permitido é proibido. A autoridade pública, ao praticar os seus atos, há de procurar sempre embasamento legal, sendo-lhe vedado agir com excesso ou abuso de poder.

Na espécie, examinando o instituto da tutela sob o aspecto do Direito Público e, mais ainda, examinando o caso concreto de suprimento de consentimento, restrito aos pressupostos do *habeas corpus*, qual seja quanto à ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder, não vejo como conceder a ordem. Não vejo como concedê-la, porque a impetração não demonstra qualquer ilegalidade ou abuso de poder. E, se assim não faz, prefiro — e aliás outra alternativa não me resta — ficar com a presunção de legalidade do ato administrativo, o que também consubstancia outra regra do Direito Público: os atos administrativos gozam da presunção de legalidade. Se aqui não foi apontada nenhuma ilegalidade flagrante, acentue-se ilegalidade alguma foi argüida — hei de optar pela regra da presunção de sua legalidade. E, mais ainda: ao assim proceder, não estou a negar que o direito à personalidade se projeta através de vários outros direitos importantes, como o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à propriedade.

Todos esses direitos, inclusive, e, portanto, o direito à liberdade, integram o direito à personalidade. Mas o instituto da tutela não existe para confrontar-se com direito tão importante, qual seja, o direito à liberdade. O instituto da tutela existe exatamente para proteger o exercício do direito à liberdade por parte do tutelado. Em decorrência desse instituto protetor, sem decorrência do poder de tutela, obviamente há de se admitir restrições ao direito de liberdade. Estas restrições existem em favor do tutelado, e não contra o tutelado, haja vista que, em numerosos preceitos, o Código Civil prevê restrições a direitos em seu favor. Assim, o seu art. 185, ao tratar do casamento de menores de 21 anos, expressamente exige que para exercer o direito de casar, aquele menor obtenha suprimento de consentimento de seus pais. Desde que não o consiga, poderá, sem dúvida, recorrer à via judiciária, visando a que seja suprida a necessária anuência. É uma restrição a direito, restrição do direito de casar, que é um direito também de alta significação social. Portanto, são inerentes à tutela as restrições de direito, inclusive do direito à liberdade. Exatamente por isso é que não oponho o instituto da tutela ao direito à liberdade, ao direito de ir e vir. Assim não faço, porque aquele direito, a meu ver, se harmoniza com instituto da tutela. As restrições à liberdade do tutelado, por parte do tutor, presumem-se feitas sempre em seu favor.

Com esse entendimento é que, no caso, restrito o exame da matéria ao âmbito do habeas corpus, não diviso configurada qualquer ilegalidade ou abuso de Poder. Por isso, não posso dar pela invalidade do ato de autoridade, tanto mais porque não resultou demonstrada na petição inicial qualquer prejuízo sério para o silvícola, tendo a impetrada, ao contrário, nas suas informações, se dado ao traba-

lho de mostrar a inconveniência de que Mário Juruna comparecesse a esse Tribunal oficioso que se reúne na Europa.

Por tais fundamentos, peço vênha para discordar do voto do eminente Ministro-Relator e dos outros brilhantes votos que o acompanharam, e, em consequência, denegar a ordem.

#### VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Nesta oportunidade, mantenho o voto que a princípio proferi. Lembrome bem que me referi ao Ministro Aldir Passarinho como sendo o apontador deste dispositivo legal:

«Art. 63. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio.»

É este art. 63 da Lei nº 6.001, de Dez. de 1973, não foi declarado inconstitucional. Permanece de pé.

#### VOTO MÉRITO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: A tutela a que estão submetidos os silvícolas há de ser encarada tendo em conta as peculiaridades que lhe são próprias, dirigida que é a pessoas consideradas relativamente incapazes, quando realmente têm aptidão para a prática de atos que os demais incapazes não têm.

É assim que no caso sob apreciação, como vem esclarecido nas informações da autoridade impetrada, o paciente circula livremente em todo o País sem autorização da FUNAI, e, mais ainda, profere conferências, fatos incompatíveis com a incapacidade física

Ora, se o paciente circula livremente no Brasil, se é capaz de fazer conferências sobre assuntos do interesse dos silvícolas, não vejo como entender que é ato de proteção justificável à sua pessoa, como se afirmou nas informações, impedi-lo de comparecer a Congresso cuja finalidade é a investigação da forma pela qual são tratados os indígenas para defendê-los.

O não consentimento para a viagem do paciente, caracteriza, assim, abuso de poder.

Concedo o habeas corpus.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente: Se eu fosse o Presidente da FUNAI teria autorizado a viagem do índio Juruna, desde que se trata de homem desasnado, apto a viver no meio social, um conferencista, como acabei de ler em um jornal que me foi mostrado pelo eminente Ministro Rollemberg.

Desconhecendo dos habeas corpus em seu favor, pelos breves motivos que ressaltai, vencido, desde que o Tribunal acabou proclamando que o Ministro de Estado foi omissivo, que podia substituir o tutor, submetido à maioria, Sr. Presidente, concedo a ordem.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre, Sr. Presidente: No mérito, tenho que o Cacique Juruna, o meu irmão índio, tem direito ao que pede, isto é, de ir a Roterdam e lá se encontrar, em conclave, com seus iguais das Américas, e dizer o que pensa e, inclusive denunciar o que eventualmente lhe parecer errado no que se vem fazendo contra os primitivos e exclusivos donos dos vários países que representam.

Sem ser ortodoxo, digo que tutelar é proteger, é amparar, é defender.

Dentro desse sentido, o instituto da tutela não pode se prestar à discriminação, à separação, à distinção.

Ao que parece, o que se está fazendo é exatamente isto: a tentativa de separar o índio do branco em prejuízo daquele.

Defiro a ordem.

#### VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira: Tenho como mais seguro julgar com os dados da experiência, por isso conformo-me em apreciar a hipótese ora em exame segundo os dados que colhi na realidade.

Como Juiz Federal no Maranhão, lidei com índios. Conheci-os em suas aldeias, onde tive oportunidade de pernoitar, quando autenticava linhas de demarcação de suas terras.

Conheci, assim, índios, uns mais aculturados, e outros menos. Mas todos já habituados com os civilizados.

Nessa mesma época, uma estudante de etnologia da Sorbonne, pesquisando o Grupo GÊ no Maranhão, fez contato com índios de nação completamente infensa à civilização. Arredios, eles desapareceram na Serra de Piracambú, supondo-se sejam remanescentes da nação timbira, da qual dizia o Ministro do Império, na sua mensagem à Assembléia Geral, em 1865, que eram tão bravios que jamais se renderam ao conquistador branco.

Esses índios assim arredios, ainda em estado selvagem, são realmente incapazes de participar da vida civil, tal como a concebemos. A eles se aplicam integralmente as disposições do art. 6º do Código Civil.

Mas em Grajaú, fui fazer uma audiência de fixação de ponto de partida, numa demarcação de terra na qual os índios Guajajaras questionavam com seus vizinhos - «compadres» sempre interesseiros —, e lá o

Capitão da aldeia, na defesa dos interesses de sua gente, mostrou-me que sabia até ler teodolito. Disse-me ele que tal como o topógrafo alinhava o aparelho, as lagoas onde os índios pescavam ficariam para os brancos. Perícia posterior certificou que o índio tinha razão.

Esse índio, professor do Mobral, perfeitamente integrado na vida civil, dirige o seu povo, mas sabe tratar muito bem com as autoridades, em defesa dos direitos que lhes são conferidos.

A vida dúplice que leva o índio que assume o comando de sua nação, dá-lhe uma capacidade que o qualifica para a vida civil. E o que tanto ele como seus comandados logo aprendem é a noção dos direitos que a sociedade civil lhes atribui ou lhes reconhece.

Ora, o paciente é um desses chefes ou representantes de nação indígena, que ao mesmo tempo lidera sua gente e vive de gabinete em gabinete, nesta Capital e nos grandes centros. E tanta vivência tem desses meandros, que suas atividades e suas atitudes se tornaram notórias.

Tão notórias, que o projetaram no âmbito internacional. E foi em virtude dessa projeção que foi convidado para participar do Tribunal Russell.

A negativa da autorização para o paciente viajar tem a conotação política de contraposição a essa notoriedade. Nega-se-lhe a representatividade da comunidade indígena brasileira — sendo ele um índio, há muito aceito e acatado como representante de uma nação indígena.

Essa é, data venia, a coação mais severa que lhe fazem e que dá realce à sua impetração, pois nenhum mal advirá ao país da sua participação numa assembléia que trata de índios.

Há um direito fundamental que está sendo negado, um direito que não conflita com os direitos de tutela que a autoridade impetrada exerce.

Por isso, cabe a garantia constitucional.

Sirvo-me dos suplementos técnico-jurídicos dos que me antecederam e concedo o habeas corpus.

#### VOTO

O Senhor Ministro Aldir G. Passarinho: Senhor Presidente: Não creio que, em tema de habeas corpus, se torne necessário prévia nomeação de curador para vir postular em Juízo a outorga de consentimento. A medida é de caráter urgente, própria da índole do habeas corpus, e deve ser examinada dentro dos princípios que informam o instituto.

Os silvícolas, em face do disposto no art. 6º, inciso III, do Código Civil, são incapazes relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer, ficando eles, conforme prevê o parágrafo único do mesmo artigo, sujeitos a regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Veio o indígena a ficar sujeito a regime tutelar especial de há muitos anos, conforme o Decreto nº 9.214, de 1911, Decreto nº 5.484, de 1928, Decreto-Lei nº 736, de 1936, Decreto nº 10.652, de 1942.

Por último, o Estatuto do Índio — Lei nº 6.001/73 — reformulou a legislação, onde fixou a disciplina jurídica dos indígenas e das suas comunidades, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los progressiva e harmonicamente na comunhão nacional.

A tutela dos silvícolas, como ficou dito, cabe à FUNAI, mas certo que ao Judiciário, no exercício do seu po-

der constitucional (Art. 153, § 4º), compete suprir a omissão do consentimento do tutor, se ocorre lesão aos seus direitos e garantias individuais, entre os quais avulta a da liberdade de locomoção (§ 20, art. 153, da Constituição).

Pelo exposto, Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

É o meu voto.

### VOTO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: A impressão que me ficou até agora é a de que o Tribunal está dividido em afirmar, de um lado, que o direito de ir e vir constitui liberdade fundamental da pessoa humana e com ela não interferem as restrições da tutela; e de outro, que as restrições da tutela, instituídas pela lei civil, limitam o «ir e vir» do tutelado.

Aos que entendem naquela linha de afirmação, ocorre que tal liberdade estaria a cavaleiro das normas legais ordinárias, reguladoras da tutela especial concernente aos silvícolas, pois que essas normas não operariam, no caso *sub iudice*, contra o comando constitucional estabelecido no sentido de que:

«Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei» — art. 153, § 26.

D.m.v., a meu ver, ressalta razão na assertiva de que, em tema da saída do paciente do território nacional, não há impedimento de quaisquer preceitos da lei.

Na verdade, a proteger a pessoa humana, no plano de sua liberdade de locomoção, a norma-maior não há de se render às minúcias estatutárias que prendem o silvícola brasileiro a uma incapacidade fictio juris,

cuja relatividade se anula, teleologicamente, até mesmo pela aculturação factual permissiva do livre «ir e vir» do indígena adulto.

E por ser essa a colocação que me parece convincente, segundo os brilhantes votos proferidos, aceito a premissa da plena liberdade do paciente. Por isso, não cogito juízo de conveniência da ida do paciente ao exterior; sequer indago se sua viagem é de simples turismo, se de exercício cultural, ou até, com maior razão, se vai ele em missão política de sua etnia. Não indago, como não admito que a autoridade impetrada faça essa indagação. Dela estamos impedidos pela premissa maior do direito do paciente.

Daí porque, Senhor Presidente, sem nada acrescentar ao brilho dos fundamentos dos votos que estou acompanhando e, também, sem desmerecimento dos votos em contrário, não desmerecendo e nem acrescentando, concedo a ordem, nos termos do voto do Relator.

### VOTO MÉRITO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: A CF, em seu art. 153, preserva o direito de ir e vir e até mesmo de sair do País (§ 26), mas não há dúvida que essa liberdade sobre restrições em face da lei, de acordo com a vontade mesma do legislador constituinte, não para impedir, mas para dizer o que é preciso satisfazer-se no exercício de tal direito.

É como ensina Pontes:

«A lei pode dizer o que é preciso satisfazer-se para se exercer tal direito. Nada obsta a que se regulem, e. g., os passaportes, as comunicações necessárias à formação de estatísticas, ou de defesa da moeda, as comunicações e exigências de ordem sanitária. Lei, aí, é, como sempre, a regra jurídica fei-

ta pelo Congresso Nacional segundo a Constituição. Decretos do Poder Executivo não bastam; menos, ainda, avisos, instruções, portarias, circulares.» (Comentários, Tomo V, 1968, pág. 552).

Daí porque me filio à corrente daqueles que não admitem o emprego irrestrito da liberdade, desde que a própria Constituição a submete a razoáveis limites legais. É como no caso do silvícola, de que se trata, onde a limitação do direito está contida na Lei nº 6.001/73.

São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer os silvícolas (Código Civil, art. 6º, III). Eles ficarão sujeitos ao regime tutelar estabelecido no seu Estatuto. Esse regime somente cessará à medida que se forem os indígenas adaptando à civilização do País.

A incapacidade, no caso, poderá ser suprida, contudo, pelo meio e modo instituído na Lei nº 6.001/73, através da integração do índio, quando já incorporado à comunhão nacional e reconhecido no pleno exercício dos seus direitos civis (art. 4º, III).

Como tal teria o paciente, é certo, o livre exercício dos seus direitos civis e políticos, ex vi do disposto no art 7º da referida lei, mas para tanto impondo-se o reconhecimento judicial de sua integração, de acordo, ainda, com os arts. 9º I-IV, § único, 10 e 11.

Parece-me que assim não ocorre com o paciente. Não trouxe ele aos autos a provisão indicada, isto é, de que se encontra integrado, e a mesma fornecida mediante declaração formal do órgão de assistência, após decisão do Juiz.

Sendo assim, não tem o paciente o livre exercício dos direitos civis e políticos, pois não é legalmente integrado, estando submetido ao regime

tutelar, que opera à semelhança do direito comum, mas é exercido pela União através do órgão competente de assistência ao silvícola.

O paciente, porque considerado legalmente tutelado e, desse modo, sob a guarda da FUNAI, não poderá fugir a essa tutela, a qual consiste em reger o tutor a pessoa do tutelado e velar por ele (Código Civil, art. 422), respondendo, assim, pelos percalços que lhe possam sobrevir em virtude de negligência, culpa ou dolo.

Daí porque, muito embora conhecendo e aplicando as prerrogativas do cidadão, previstas no citado art. 153, §§ 1º, 4º e 26, não vejo como liberá-las em benefício do paciente, para suprimir a tutela legal, sem possibilidade de substituí-la, o que tampouco caberia na nossa decisão, tanto mais porque não nos foi deprecado no writ.

Acho, pois, que a concessão da ordem importará, além do que se viu, na outorga ao paciente da sua provisão de índio, integrado, por emancipação judicial fora do processo preconizado na Lei nº 6.001/73, o que liberará a FUNAI e, portanto, o Governo, de qualquer resquício de tutela, quanto a ele.

De alguns ilustres votos se verifica ser o paciente, reconhecidamente, um cidadão integrado na comunhão nacional, porque vive nas ante-salas de gabinetes governamentais, faz conferências, dá entrevistas e discute problemas do seu povo.

Tais seriam fortes razões para a sua emancipação, que ele, contudo, até agora não postulou, vivendo sem relutância sob a tutela da Nação, certamente com vantagens que não deseja refugar e que talvez não sejam, por certo, a opressão ou o des-caso das autoridades, conforme alardeia.

Em tais casos, desarmada a Administração de instrumentos não contidos na lei, tem de aguardar a iniciativa do silvícola atilado, que não na toma e sem que se possa outorgá-la de ofício, como seria certo, quando as circunstâncias apontassem o caminho.

Denego o writ.

É o meu voto.

### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Estudei com o devido cuidado o caso sob exame. Parece-me, no contexto desse julgamento, que ele transcende de um conflito entre o Cacique Juruna e o Governo Federal. Em verdade, trata-se do velho conflito entre o indivíduo e o Estado.

Neste posicionamento e com esta preocupação, achei que devia examinar tudo o que se disse em sentido contrário às suas pretensões e o que se lhe alegou favoravelmente.

Preocupado em examinar as coisas desde a sua origem, verifiquei que os malefícios aos índios começaram a ser praticados, no Brasil, no dia 22 de abril de 1500.

Como tudo o que digo está embasado em provas — quer as que se encontrem nos autos, quer as históricas, sociológicas, psicológicas ou de quaisquer outras origens —, verifiquei que a carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rei Dom Manuel continha essa preciosa informação:

«E mandou com eles, para lá ficar, um mancebo degredado, criado de Dom João Telo, de nome Afonso Ribeiro, para lá andar com eles e saber de seu viver e maneiras.»

Este foi o primeiro aprendiz de antropólogo que se colocou em contato com as tribos brasileiras e já se vê

que a sua qualificação de degredado, embora não se esclareça o motivo, e também de criado, isto é, de pessoa subserviente a outrem, não lhe poderiam dar nem independência, nem cientificidade, para estudar os índios, em sentido benéfico, e transmitir aos conquistadores as informações que eles desejavam.

Disse que os malefícios foram praticados a partir de 22 de abril de 1500 e ainda não cessaram, mas acredito que cessarão, na medida em que se integrarem à comunidade nacional, deixando de ser índios e, pois, de serem problemas; acredito que cessarão na medida em que Tribunais, como o nosso, se afirmem na preocupação do controle da legalidade dos atos, não só do Executivo, mas também do Legislativo, este, aliás, aqui brilhantemente representado pelos ilustres impetrantes dos *habeas corpus* que estamos a examinar. Não me preocupa se são da Oposição ou do Governo. Vejo neles, impetrantes, representantes do povo no Congresso Nacional e isto é o que me parece altamente relevante. Pois não lhes faria a injúria de supor que se prevalescessem de um caso como este para aviltar as relações entre a Oposição e o Governo. Nem é isto o que está em causa. Em causa e em julgamento estão os direitos e as garantias individuais, tema supra-estatal sobre o qual já falaram os meus eminentes antecessores, com o costumeiro brilho. Deu-se aqui enfoque civilista à tutela e ao regime tutelar, tendo em vista o disposto no art. 6.º, inciso III, e, também, no parágrafo único do Código Civil, que dizem relativamente incapazes os silvícolas, sujeitos a um regime tutelar, estabelecido em leis especiais, que cessará à medida que se forem adaptando.

Em primeiro lugar, a crítica que pude colher nos estudiosos do assunto, inclusive no próprio Clóvis Bevi-

láqua, autor do projeto, é a de que ele não incluía lá nenhuma disposição relativa a indígena, como também, já antes dele, Teixeira de Freitas, no corpo da sua Consolidação das Leis Civis, nenhuma referência fizera. Apenas em comentário de pé de página, ao art. 11 dessa Consolidação, esclareceu Teixeira de Freitas que os índios se equiparavam aos menores, porque sujeitos ao Juiz de Órfãos. Tão só por essa razão, de ordem processual, é que entendeu de lhes dar tal equiparação, não na Consolidação mesma, mas em nota explicativa. O grande Clóvis assinou que o seu projeto não destacava os índios entre os incapazes, não continha esse dispositivo, introduzido no Senado Federal por proposta de Muniz Freire, que ostentava tantas inconveniências — entre elas a de não incluir todos os índios — que foi retificada na Câmara, para abranger, não somente os do interior, como constava da emenda, mas também os do litoral, que eram numerosos e aguerridos. O Relator, Deputado Pires de Carvalho, insurgiu-se contra a emenda justamente porque ela criava um regime tutelar inadmissível. De qualquer sorte, porém, não somente Clóvis, mas Caio Mário da Silva Pereira, mais recentemente, nas suas Instituições, faz referência clara de que a reforma do Código Civil não deverá contemplar nenhuma disposição a respeito de silvícola, porque serão deferidos às leis especiais.

Falou-se, e o anotei, que o instituto da tutela, tal como concebido no Código Civil, é o que deveria estar presente aqui, para guiar este julgamento. Com a devida vênia daqueles que assim ensinaram, entendo que não devo colher esta lição. A tutela e o regime tutelar não são privativos do Direito de Família; são também do Direito Público Internacional, pois na Carta das Nações Unidas os

povos desenvolvidos se arrogam o direito de tutelar os menos desenvolvidos ou os subdesenvolvidos.

Ora, o instituto da tutela, essa mistura, esse hibridismo, que se colocou no Estatuto do Índio, mesmo com remissão ao Código Civil, desnatura o seu caráter privatista e embora não conhecido do Direito Administrativo, em verdade, a publiciza, como acentuou, aliás, o eminente Ministro Antônio de Pádua. Mas, nem o Estatuto, nem o Código Civil vedam àquele de quem se diz ser relativamente incapaz de usufruir do direito primário de liberdade de locomoção, que não se refere somente aos cidadãos, como aqui também ouvi, confundindo-se direitos individuais com os políticos ou civis, estes, sim, direitos do cidadão. Há índios que não são cidadãos, há cidadãos que ainda são índios e há cidadãos que não são índios. Não há confundir o nacional com o cidadão. O cidadão é aquele capaz de direitos políticos e civis, de votar e ser votado, por exemplo, e há índios assim. Há poucos dias, li na revista «Veja» que o índio Tukano, este que se deslocou para Rotterdam e lá se encontra, é eleitor, é cidadão, mas vive entre os seus. Há coisas estarrecedoras. Se mais não houvesse feito este julgamento, em benefício da Comunidade Indígena Brasileira, sem nenhuma dúvida, a análise do que se contém no Estatuto do Índio, constitui, indiretamente, um dos maiores benefícios desta causa, que não é dele, do Cacique Juruna, nem do seu povo, mas, em verdade, é uma causa do Homem, porque serve para a defesa de direitos fundamentais da pessoa humana.

O Estatuto do Índio, contraditoriamente, no seu art. 1º, estabelece:

«Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultu-

ra e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.»

A contradição, Srs. Ministros, é evidente: — como preservar sua cultura, se integrá-los à comunhão nacional é fazê-los renunciar a ela?

Essa é a crítica que posso e devo fazer tanto aos legisladores como aos membros do Poder Executivo, porque esta é a missão, no exercício do «judicial control», de qualquer juiz, especialmente num Tribunal como o nosso, de dar a dimensão, aos seus julgados, de que já falava Hamilton, no *Federalista*, quando demonstrou a prevalência do Poder Judiciário, pela qual lutamos, aqui e agora, e haveremos, mercê de Deus, de lutar sempre. Isto não significa que o Poder Judiciário se sobreponha ao Executivo, ou queira substituir-se ao Legislativo. Não. Quando ele examina o ato do Poder Legislativo, a lei, o faz para referi-la à Constituição e verificar se os mandatários do povo, no exercício da função por ele delegada, cumpriram o que está na Constituição mesma, porque o Estatuto Fundamental do Cidadão — a Constituição — é que delimita, como sabemos, a missão do degislador; e isso só o Judiciário pode dizer. E o estamos dizendo, aqui e agora, escalpelando — perdoem-me o vocábulo e a imagem infeliz — este Estatuto do Índio.

Em quanto ao Executivo, esse mesmo controle judicial lembra o que está escrito no parágrafo único do art. 1º, assegurando ao índio a proteção das leis do País, «nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros.» Nenhuma preocupação, pois, em restringir ao cidadão.

Encontrei uma situação interessantíssima no art. 37 do Estatuto:

«Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas

para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.»

Assim, os grupos tribais, isto é, tribos inteiras, têm capacidade e legitimação para irem a juízo, assistidos pelo Ministério Público. Mas, ocorre que nenhuma tribo jamais poderia comparecer a Tribunal algum, senão representados pelos seus caciques, que são os seus chefes e, por consequência, seus representantes naturais. Entretanto, se qualquer desses caciques pretender litigar por seus direitos individuais não o deixam fazê-lo sem a assistência do tutor, porque relativamente incapaz.

Tais contradições tornam absolutamente imprestável, por todos os títulos, quer nas suas intenções, quer nos seus objetivos, o Estatuto do Índio, a demandar, com urgência, dos eminentes legisladores uma providência no sentido de atualizá-lo, melhorá-lo, mesmo revogá-lo pura e simplesmente, substituindo-o por outro.

Por outro lado, Sr. Presidente, examinando e criticando esse tipo de representação, que se encontra no Estatuto, examinando e mostrando que não há qualquer restrição, segundo me parece, quer na lei civil, quer na estatutária, a que o índio possa livremente circular, não somente no Território Nacional, mas também fora dele, porque não estaria equiparado aos cidadãos, mas aos menores. Ora, os índios, no Brasil, segundo definição do próprio Estatuto, ou são não-integrados, ou em vias de integração, ou integrados — e já não são índios. O eminente Ministro José Cândido de Carvalho, com a competência que lhe é peculiar, seguido por outros eminentes Ministros, na mesma esteira, inclusive, o douto Ministro Pádua Ribeiro,

já afirmou que nem este habeas corpus seria meio idôneo para suprir o consentimento, nem ele o teria feito, para livrar-se da tutela que sobre ele pende.

Entendo, com a devida vênia...

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Como fui citado nominalmente e V.Exa. fez uma afirmação que não corresponde ao meu voto, gostaria de esclarecer que sustentei o aspecto de que o índio Juruna teria dois caminhos para vir ao Judiciário: o do suprimento de consentimento, para pedir a nomeação de curador, e admitir o habeas corpus, apenas que, ao examiná-lo, limitei o exame do suprimento de consentimento à hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder; portanto eu não neguei a possibilidade do habeas corpus, data venia.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Peço escusas ao eminente Ministro Pádua Ribeiro se interpretei mal sua afirmativa, já agora corrigida, no tocante ao que ele disse, mas, ainda assim, não em relação ao meu convencimento; porque S. Exa. deu dois enfoques: um, de ordem civilista quanto à pessoa relativamente incapaz — e essa é a consequência da tutela e tudo o mais que por aí veio - e o outro, o do direito público, a presunção de legalidade dos atos administrativos e a restrição de direitos, inclusive à liberdade, que a tutela implicaria. Com a devida vênia, a resposta se encontra na Constituição mesma. Enquanto se está a pretender integrar a capacidade do indivíduo ou torná-lo cidadão, para que possa reclamar seus direitos, — diz a Constituição, no capítulo dos direitos e garantias individuais:

«Art. 153. A Constituição assegurará aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabili-

dade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.»

Como se vê, o texto se refere «aos brasileiros». Dúvida não pode haver de que os índios são brasileiros, quer porque a Lei Fundamental afirma que são brasileiros natos os nascidos em nosso território, quer porque o seu Estatuto diz que lhes são aplicáveis as normas dos arts. 145 e 146 da Constituição, relativas à nacionalidade e à cidadania (art. 5º da Lei nº 6.001, de 19-12-73).

O alcance da norma, portanto, não se há de medir pela capacidade dos seus destinatários, que são todos os brasileiros, nem se destina, apenas, aos cidadãos, como se pretende restringir aqui.

Leio o § 20, para recordá-lo:

«Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.»

«Alguém» significa alguma pessoa. Não se há de duvidar que o índio não somente é alguém, como também que é brasileiro; por consequência, também a ele se destina a norma constitucional.

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Realmente, o art. 153 da Constituição se refere a todas as pessoas, tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros. Aí é o reconhecimento dos direitos individuais, aqueles chamados direitos naturais. Em outra parte é que se cuida do direito político. Todos são iguais perante a lei, diz o parágrafo seguinte. É igualdade jurídica, que significa que devem ser tratados igualmente situações iguais e desigualmente situações desiguais, porque dar tratamento igual a partes desiguais seria consagrar-se a injustiça. O silvícola tem um tratamento especial.

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Agradeço o aparte de V.E-xa., que, como sempre, enriquece o descolorido do que acabo de afirmar. Mas apenas reafirma o meu entendimento de que há uns chamados iguais e outros, infelizmente, menos iguais, diante da lei e, ao que se pretende, diante da própria Constituição.

É certo que as pessoas nascem livres e iguais; é certo, entretanto, que elas se desiguam, mas também não é menos certo que compete ao Juiz, como já ensinava Ruy Barbosa, tratar desigualmente os desiguais, para igualá-los. Para fazer isto, ou com esta pretensão, aí está o Estatuto do Índio, pretensão que a lei não cumpre, por contraditória, não as boas intenções dos dirigentes, se ultrapassam os seus poderes.

Disse-se, quanto à tutela, que seria necessária a condução do índio Juruna, do Cacique do seu povo, para fora do Território Nacional, por alguém que fosse o tutor, digamos assim. Mas, não é preciso que se mande ninguém daqui. Quem é o tutor do índio? Diz a lei que é a União. Essa tutela — e aí está a diferença essencial dela, quanto à tutela do direito civil — não é exercida por pessoa física, mas jurídica. A União dela se incumbe através de uma Fundação, que, na verdade, é uma autarquia, como acabei de demonstrar, na parte primeira do meu voto. E se é tutela que incumbe à União, nada impediria e tudo aconselha que os nossos diplomatas no exterior, por designação expressa, assistam ao índio Juruna, quer no Congresso, se ainda tiver tempo de lá ir, ou fora dele, onde quer, enfim, que se desloque, sob a proteção da Bandeira brasileira.

Sr. Presidente, escuso-me por estar-me alongando tanto, mas achei que devia analisar estes pontos: o Código Civil, que não proíbe e o Es-

tatuto, que também não proíbe e até colide com seus próprios propósitos. Agora analisemos, tendo em vista que foi lembrada, e também li, a Convenção nº 107, pelo eminente Ministro Miguel Ferrante, uma das culturas jurídicas e de grande sensibilidade desta Casa, rememorando que ela foi promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Nos próprios consideranda dessa Convenção Internacional se consubstancia mais uma demonstração da ilegalidade da coação:

«Considerando que a declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos têm direito de buscar o progresso material e o desenvolvimento espiritual, dentro da liberdade e dignidade e com segurança econômica e oportunidades iguais...»

Iguais oportunidades que não estão sendo concedidas ao Cacique Juruna e foram dadas, por exemplo, ao Cacique Aritana, que se deslocou para o México — e aí vai um reparo às informações, onde se diz que, por não conhecer qualquer dos três idiomas de trabalho, seria inconveniente a ida do Cacique Juruna. Ao que sei o Cacique Aritana, apesar de sua grande inteligência, ainda não atingiu este nível cultural. Devo confessar que eu mesmo não o atingi. Não falo alemão, mal entendo o inglês e o espanhol, como o brasileiro comum, entendo bem e falo mal. Mas isso não me obstou, por exemplo, de representar o Brasil, em 1969, para orgulho meu e acreditado que sem desdouro, na União Internacional de Telecomunicações, em Genebra. Isso vai dito apenas «en passant», para demonstrar que o argumento prova demais. E prova contra, porque precisamente não só a mesma FUNAI concedeu a outros Caciques a assistência que nega a este, desiguando-os, ilegalmente, inconstitucionalmente, verifiquei, por dois meios de divulga-

ção, a revista «Veja» e o «Jornal da Globo», que o índio Tukano — e agora já é um terceiro — se apresentou ao Tribunal Bertrand Russell, dele ninguém riu, não era nenhuma avizara, compareceu lá como gente, como pessoa, sem restrição, como sem restrição, se ainda puder comparecer, deverá ir o Cacique Juruna. Lá estavam representantes de vários países. Refiro-me a representantes tribais de vários países. Falaram, inclusive, pelo que ouvi, do tratamento discriminatório que se dispensava e ainda se dispensa na maior nação democrática da terra, os Estados Unidos da América do Norte. Nem por isso os Estados Unidos se abalaram, como não se abalará a Nação Brasileira, se porventura o índio depuser sobre eventuais maus-tratos que estariam sendo ou foram ministrados a membros de sua tribo. De qualquer sorte, porém, não me preocupa — pois isto é um aspecto muito pequeno — diante do direito de locomoção, se ele o usará para comparecer a um Tribunal que o Governo não reconhece, o Tribunal Bertrand Russell, nome de uma das maiores personalidades que o mundo já conheceu, que não é um tribunal qualquer, mas um tribunal moral, como de resto todos os Tribunais, porque já Ruy Barbosa acentuava que a autoridade dos juizes é moral. Nenhum de nós tem aqui condições de impor a execução de seus julgados. Parece incrível que votando contra interesses do Executivo, a ele tenhamos de requisitar os meios para que cumpra as nossas decisões. É este o primado do Direito. Esta é a grandeza dos Tribunais, precisamente por ser um poder desarmado, no sentido de não ter à sua disposição arma alguma, senão o Direito, para fazê-lo prevalecer sobre aqueles que dispõem das armas, da força e do poder.

A mesma Convenção diz, no art. 2º:

«1. Competirá principalmente aos governos por em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países.

2. Tais programas compreenderão medidas para:

a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população;

b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida;

c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.

3. Esses programas terão essencialmente por objetivo o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo.

4. Será excluído à força ou à coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional.»

Não obstante tratar-se aqui do que chama de «populações interessadas» — e as populações interessadas são precisamente as populações indígenas dos países signatários do Pacto — consignou ela, expressamente, que se deve respeitar a dignidade e se propiciar a iniciativa do indivíduo, os indivíduos das comunidades tribais.

«Essas medidas especiais» — continuo lendo art. 3º, nº 3 — «de proteção não deverão importar em qualquer prejuízo para o gozo, sem discriminação, da generalidade dos direitos inerentes à qualidade do cidadão.»

Porque é dito «à qualidade do cidadão,» não se há de entender que, pelo fato de o Brasil ter aderido a esse Pacto, somente ao cidadão se restrinja. Evidentemente não, pois a Constituição Brasileira, não obstante distinguir entre nacional e cidadão, concedeu a todos os brasileiros, entre os quais os índios, a sua proteção.

É mais, Srs. Ministros, o art. 5º, da aludida Convenção, diz o seguinte:

«Na aplicação das disposições da presente convenção relativa à proteção e integração das populações interessadas, os governos deverão:

a) procurar a colaboração dessas populações de seus representantes;

b) proporcionar a essas populações a possibilidade de exercer plenamente seu espírito de iniciativa;

c) incentivar por todos os meios possíveis, entre as referidas populações, o desenvolvimento das liberdades cívicas e o estabelecimento de órgãos eletivos ou a participação em entidades dessa natureza.»

Não me parece que esteja em causa, portanto, o Tribunal Bertrand Russell, o qual, aliás, não é uma instituição qualquer — é um órgão da Fundação Bertrand Russell, sediada na Inglaterra, que se dedica à missão nobilíssima de propiciar a defesa dos direitos da pessoa humana, seja de que país for.

Já se demonstrou a ilegalidade da coação partindo do Código Civil, analisando-se o Estatuto do Índio e as obrigações internacionais do Brasil, que firmou a Convenção nº 107, em Genebra; já se demonstrou que nada impede, e tudo aconselha, que este Tribunal deva conceder a ordem impetrada: quanto à ilegalidade, porque os dirigentes da Funda-

ção estariam a exercer a tutela em sentido contrário aos benefícios e direitos do seu tutelado; e quanto ao abuso de poder, porque a autoridade apontada como coatora, o Sr. Ministro do Interior, encampou a decisão daqueles dirigentes, ou ele próprio tomou a deliberação de impedir a viagem do Paciente, assumindo o exercício da tutela, que é da FUNAI, pelo seu dirigente.

Por estas considerações, tendo em vista o disposto na Constituição, que não restringe, como se pretendeu, apenas aos cidadãos a fruição dos direitos, entre os quais o direito de viajar e não somente o de locomover-se internamente, pois o direito de viajar é parte da liberdade, segundo julgado da Corte Suprema dos Estados Unidos, referido por Andrew Weinberger no livro «Liberdade e Garantias», o caso Kent v. Dulles, na defesa de direitos como este; defesa que se destina a atravessar os tempos, pois esta é uma decisão histórica, não para o Tribunal Federal de Recursos, mas para a Nação brasileira.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, para arrematar, partindo do mínimo para o máximo, desde o privatista, o Código Civil, ao início do publicista, o Estatuto do Índio, do Direito Público Interno e Externo, à própria Constituição e às Convenções Internacionais a que a Nação se obrigou, desaguamos na Declaração Universal dos Direitos do Homem onde se lê que «todo homem tem o direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres» (Artigo X). E onde também se estabeleceu que todo homem (também aí sem restrição, e não somente o capaz) todo homem, toda pessoa «tem direito à liberdade de locomoção e residên-

cia dentro das fronteiras de cada Estado. Todo homem tem direito a sair de qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar» (Artigo XIII).

Sr. Presidente, vejo, com tristeza, que o Brasil está cheio de problemas com os seus nacionais, inclusive os índios, tratados, até hoje, ao que parece, como vencidos. E eu os conheço como no poema de igual denominação, de Pereira da Silva, em «Alta Noite»:

«Sim! eu conheço todos os Vencidos.

Passam por nós como despercebidos

De tudo que interessa ou que fascina.

São seres de alma em crise e corpo em ruína.

Sim eu conheço todos os Vencidos.

Seus ares humilhados e ofendidos.

Dizem demais o que padecem só.

Olham de um modo estranho para nós

E é toda a gente desesperançada,

Vinda de um nada para um outro nada.

Sim! eu conheço todos os Vencidos.

São os homens de gestos combatidos

Que após longa existência delusória,

Na qual lutaram sempre sem vitória,

Acabam lamentando intimamente

O seu passado como o seu presente.

Sim! eu conheço os Vencidos.

Os que tiveram sonhos desmedidos,

Ânsias de heróis, de gênios ou de Santos,

Mas que sofreram tais desdêns e tantos

Que acabaram nos coutos dos bandidos

Ou nos abrigos para os indigentes

Ou nos refúgios para os penitentes

Ou nas prisões de onde não voltam mais

Ou nos Hospícios ou nos Hospitais...

Sim! Eu conheço todos os Vencidos!»

Srs. Ministros, a Nação espera que, pelo menos hoje e pelo menos aqui, os vencidos sejam vencedores.

#### VOTO VOGAL MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente: A meu ver, a questão não envolve direito supra-estatal, nem direito constitucional, devendo ser apreciada sob o ângulo das leis que regem a matéria. Não se cogita aqui de desrespeito a direitos humanos, no sentido universalmente empregado hoje em dia.

Não se justifica, portanto, a atroada que se formou em torno deste julgamento.

Vejam os.

O paciente é relativamente incapaz, uma vez que ainda não se integrou à comunhão nacional.

Deste modo, está sujeito ao regime tutelar (Lei nº 6.001/73, art. 7º), necessitando, para a prática de determinados atos, da assistência do tutor que é a Fundação Nacional do Índio (Lei nº 5.371/67, art. 1º, § único).

O art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.001/73 dispõe que a esse regime tutelar se aplicam, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum.

À aludida Fundação, portanto, cabe reger a pessoa do índio, assistindo-o e suprindo-lhe o consentimento.

Assim como não pode o menor púbere agir sozinho, por vontade própria, em dadas circunstâncias, assim também não pode o silvícola, que necessita do assentimento do órgão tutelar. É este que dita a conveniência de tal agir, na sua função de caráter eminentemente protetivo.

É certo que o pupilo dispõe de ação para pedir o suprimento judicial da outorga do tutor. Faz-se mister que ele prove, todavia, que a recusa não é justa ou redundante em prejuízo a interesse seu.

Ora, indigenistas autênticos, como os irmãos Vilas Boas, condenaram a participação do paciente no «Tribunal Bertrand Russel» e prestigioso órgão da nossa imprensa assinalou que «a reunião de Rotterdam vai configurar apenas mais uma diversão para europeus, entretidos em distrair-se durante alguns dias com a contemplação das tribos brasileiras».

Tais assertivas induzem a convicção de que a entidade tutelar não extravasou os limites do razoável no exercício do seu munus, desmerecendo, por isso mesmo, qualquer reparo do Judiciário.

Ilegalidade haveria, se o paciente fosse emancipado. Como não possui tal status, porque não quis ou porque ainda não reúne as condições necessárias, reputo legítimo o ato da Fundação, visto que inserido nos limites dos poderes que a lei lhe confere.

Denego a ordem, data venia dos que votaram em sentido contrário.

#### VOTO MÉRITO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Duas palavras, apenas: reitero o voto que proféri na Sessão de quinta-feira passada, quando deferi a liminar do presente «writ». Ali estão os fundamentos

pelos quais defiro o habeas corpus impetrado pelo Cacique Mário Juru-na.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Nada me resta a acrescentar ao que aqui já foi dito pelos eminentes Ministros em seus doutos votos.

A matéria foi por demais debatida em todos os seus ângulos.

Acompanho, assim, a fundamentação do voto do eminente Relator para, também, conceder a ordem.

#### VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Pela legislação brasileira (Lei nº 6.001/73), compete à FUNAI o exercício da tutela do indígena, que é considerado relativamente incapaz.

Assim, os atos do silvícola, segundo a lei, devem ter a indispensável assistência do órgão tutelar.

Os preceitos constitucionais são observados e cumpridos, quando não auto-executáveis, através das normas legais que os regulam ou sobre eles dispõem.

Cabe, pois, à FUNAI decidir da conveniência e oportunidade de sua assistência aos atos a serem praticados pelos indígenas.

Data venia, não vejo ilegalidade ou abuso de poder no ato da autoridade federal que proibiu a saída do paciente do território nacional para participar de congresso na Holanda.

O suprimento de consentimento para o índio deve ser concedido na forma da lei vigente (art. 9º), o que não houve no caso em apreço.

Por estes motivos, indefiro a ordem requerida.

### VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro William Patterson Sr. Presidente: O ordenamento jurídico é expresso em reconhecer a incapacidade relativa do silvícola, consoante se infere do art. 6º, III, do Código Civil, c/c o art. 7º, da Lei nº 6.001, de 1973.

O regime de tutela submete o índio às prescrições legais pertinentes. A sua liberação desse regime está sujeita a um processo específico, após cumpridas determinadas condições, expressamente relacionadas (arts. 9º e 10º da Lei nº 6.001/73).

A concessão da presente medida significaria autorizar aquela liberação, sem observância das regras legislativas em comento, o que não é possível.

Os aspectos social e de solidariedade em prol da causa indígena, ainda que sentimentalmente relevantes, in casu, cedem ao império da lei, cuja inspiração é, igualmente, preservar aqueles princípios de real proteção ao tutelado.

A emancipação só se dá mediante suprimento judicial, consoante se extrai do próprio ordenamento e está proclamado no brilhante trabalho do Professor Antônio Chaves (in Rev. Inf. Legisl. Bras. nº 16, pág. 122) o qual ainda assinala:

«Preenchidos os requisitos de: I) idade mínima de 21 anos; II) conhecimento da língua portuguesa; III) habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV) razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional, qualquer índio poderá obter do Juiz competente a sua liberação do regime tutelar indicado, investindo-se na plenitude da capacidade civil.

Realizada instrução sumária, na qual serão ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério

Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil, a pedido escrito do interessado poderá o órgão de assistência, mediante declaração formal, reconhecer ao índio a condição de integrado, cessando toda restrição à sua capacidade.»

Também Gervásio Leite, em monografia sobre a «emancipação do índio» (in Rev. Inf. Legisl. nº 15, pág. 170), não obstante as severas críticas à Lei Básica, reconhece a circunstância, assinalando:

«A emancipação do aborígene depende de critérios outros que devem ser examinados pelo Juiz que há de decretar a emancipação mediante sentença, a requerimento do interessado.

A emancipação assim se efetiva nos termos do Estatuto do Índio». Denego a ordem.

### VOTO MÉRITO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Hermillo Galant: Sr. Presidente: Denego a ordem, por entender que o paciente, por ser relativamente incapaz, não dispõe de condições para participar do Congresso em foco. Trata-se de tutelado sob permanente assistência de órgão governamental competente que pode, inclusive, decidir pela conveniência ou inconveniência da viagem.

### VOTO QUANTO À EXTENSÃO DO DEFERIMENTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo, Relator: São causas conexas. Trata-se de pedido de habeas corpus em ambos os processos, que guardam essa estreita ligação, não só pela pessoa do paciente como ainda pelo fundamento em ambos os pedidos, qual seja, o de ser permitido ao paciente sair do país.

Estendo também o deferimento para que se lhe confira o passaporte.

De maneira que meu voto, no particular, é com a extensão constante do pedido no habeas corpus nº 4.880.

#### VOTO QUANTO À EXTENSÃO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente: Entendo deva ser autorizado o salvo-conduto, nos termos do pedido constante do habeas corpus nº 4.876.

#### VOTO QUANTO À EXTENSÃO DO DEFERIMENTO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: A violação do direito do paciente esteve, justamente, em que lhe negaram o passaporte, por falta da autorização do tutor. Toda a tônica dos votos vencedores foi negar a necessidade desta autorização, porque acima dela estava o preceito constitucional.

Então, este deve ser o deferimento ajustado ao voto do Relator: concessão do passaporte, independentemente de autorização; os efeitos e o alcance do passaporte não estão em causa.

Acompanho o Senhor Ministro-Relator.

#### VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Meu voto é concedendo o habeas corpus, para que o impetrante se afaste do Brasil para o exterior, a fim de comparecer às reuniões do Tribunal Bertrand Russel, determinando que lhe seja expedido o competente passaporte.

O impetrante é tutelado; segundo a lei brasileira, não posso conceder-lhe um salvo-conduto indiscriminadamente, para que ele viaje pelo mundo e retorne quando achar conveniente. Diante do pedido, entendo

que é legítima a aspiração de comparecer a uma reunião de um Tribunal que discute os problemas indígenas; por isso, concedi a ordem. Todavia, limito a concessão do habeas corpus, para que o paciente se ausente do Brasil, a fim de comparecer às reuniões do Tribunal Bertrand Russel, e neste sentido determino que lhe seja expedido o competente passaporte comum. Mas não chego a dizer que concedo uma ordem para que retorne ao Brasil quando lhe parecer conveniente, porque entendo que, se o fizesse, assim com tal extensão, estaria retirando-lhe a tutela da FUNAI, que somente ele, impetrante, pode fazer, por vontade própria, dirigindo-se ao Juiz competente, o Juiz de 1º grau. Limito a concessão da ordem ao seguinte: para comparecer a reuniões do Tribunal Russel e voltar ao Brasil, imediatamente.

#### EXTRATO DA MINUTA

##### Decisão

O Tribunal Pleno, preliminarmente, por maioria de votos, tomou conhecimento do pedido de habeas corpus, rejeitando a preliminar de incompetência, vencidos os Srs. Ministros José Cândido, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Lauro Leitão, Gueiros Leite e Carlos Mário Velloso, que deles não tomaram conhecimento. No mérito, o Tribunal, também, por maioria de votos, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, para assegurar ao paciente Mário Juruna o direito de viajar para o exterior e regressar ao Brasil, livre e desembaraçadamente, quando julgar que assim é de sua conveniência, e, independentemente de autorização tutelar ou suprimento desta, garantindo-se-lhe, nas mesmas condições, a expedição do passaporte comum, requerido ao Serviço de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras do DPF no Distrito Federal, vencidos os Srs.

Ministros Hermillo Galant, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Lauro Leitão, Gueiros Leite, Torreão Braz, Wilson Gonçalves e William Patterson, que denegaram o habeas corpus. Os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante e Carlos Mário Velloso concederam o habeas corpus para assegurar ao paciente viajar ao exterior, a fim de assistir às reuniões do Tribunal Bertrand Russel, nos termos do pedido constante do Habeas Corpus nº 4.876, sem a extensão do pedido do Habeas Corpus nº 4.880. Preliminarmente, votaram com o Relator os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro

Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves e William Patterson. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Américo Luz, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro e Otto Rocha. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda e Pereira de Paiva. (Data do julg. em 27-11-80).

#### RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.125 — SP

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

Rec. Ex Of.: Juízo Federal da 3ª Vara — SP.

Recorrente: Justiça Pública.

Recorrido: José Roberto Silva.

Paciente: José Roberto Silva.

#### EMENTA

Habeas Corpus. Vista dos autos em inquérito policial sigiloso.

O habeas corpus não é a medida apropriada para a defesa, pelo advogado, da sua prerrogativa profissional, pertinente ao exame dos autos (CF, art. 153, § 20). Concedida a ordem, porém, é de ser resguardada a provisão contida na sentença que se desmerece, todavia, em face dos recursos para efeito de reforma, pois não deve ser tida como precedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento aos recursos, para reformar a sentença, com a ressalva feita no voto do Sr. Min. Relator e de

acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Impetrou-se a presente ordem de habeas corpus contra o Sr. Delegado de Marília — SP., em favor de José Roberto Silva que se encontra preso em flagrante, alegando o impetrante cerceamento de defesa por parte daquela autoridade policial, por não lhe permitir vista das peças do inquérito policial do qual faz parte, entre outros, o seu paciente.

O Dr. Juiz concedeu a ordem e recorreu de ofício (fls. 16/17). Recorreu também o Ministério Público, pedindo a reforma da sentença, por incabível o writ na espécie (fls. 20/21).

Subiram os autos e, aqui no Tribunal, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento de ambos os recursos (fls. 26/27).

E o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Assim dispõe o art. 153, § 20, da Constituição Federal.

Como se vê, a hipótese dos autos não se enquadra no texto, tanto mais por ser evidente, em lugar do habeas corpus, o mandado de segurança, capaz de proteger direito líquido e certo do impetrante, no tocante ao exercício de sua profissão, tal como garantida na Lei 4.215/63.

Nesse sentido opinou, com acerto, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer de fls 27, quando disse não possuir a respeitável sentença base jurídica, data venia, tanto mais que o habeas corpus foi impetrado em nome do acusado José Roberto Silva, quando o direito não é dele, mas do bacharel José Cláudio Bravos.

Não se discute aqui, decerto, o direito do advogado de examinar os autos do processo, desde que resguardado o sigilo imposto pela digna autoridade policial. Não há dúvida, porém, que o exame pretendido deverá ser feito na Secretaria da Vara.

Sendo assim, devem ser providos os recursos de ofício e voluntário para a reforma da sentença, em face dos seus fundamentos, que não adoto, sem prejuízo, contudo, da providência que na mesma foi dada acertadamente.

E o meu voto.

## EXTRATO DA MINUTA

RHC-nº 5.125 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Recte.: Ex.: Juízo Federal da 3ª Vara — SP. Recte.: Justiça Pública. Recdo.: José Roberto Silva. Pacte.: José Roberto Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos, para reformar a sentença, com a ressalva feita no voto do Relator. (Em 25-9-81 — 2ª Turma).

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

## RECURSO CRIMINAL Nº 746 — GO

Relator: Sr. Ministro José Cândido

Recte.: Ex officio: Juízo Federal em Goiás

Partes: Alcides Mendes de Souza — Justiça Pública

## EMENTA

Reabilitação. Regra do art. 119, § 1º, do Código Penal.

Atendidas as exigências de que trata a lei penal, defere-se ao postulante o benefício da reabilitação.

Sentença confirmada.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso ex officio, para confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquígráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1981 (data do julgamento). — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente. — Ministro José Cândido, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Alcides Mendes de Souza, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado em Buriti Alegre, Goiás, nos termos do art. 743 do C.P.P., requereu sua reabilitação, visto ter cumprido a pena que lhe foi imposta por sentença da Justiça Federal de Goiás, confirmada por essa Egrégia Corte, cuja execução da pena principal já terminou há mais de cinco anos.

O pedido está instruído com os documentos exigidos no art. 744 e o

douto representante do Ministério Público, ouvido, manifestou-se favorável à concessão pleiteada.

Beneficiado por indulto (fl. 186 v.), o requerente foi colocado em liberdade na mesma data, ou seja, 18 de janeiro de 1974 (fl. 187).

O MM. Juiz Federal no Estado, Dr. José de Jesus Filho, concedeu a reabilitação criminal, determinando a subida dos autos, nos termos do art. 746 do C.P.P.

Nesta superior instância, o Dr. A.G. Valim Teixeira, ilustre Subprocurador-Geral da República, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): O ilustre Juiz a quo reconheceu que o postulante reúne as exigências definidas em lei, para a obtenção do benefício.

O eminente Subprocurador-Geral da República, A.G. Valim Teixeira, à fl. 208, manifesta-se favoravelmente à sua concessão.

Desta forma, atendidas as prescrições legais, confirmo a sentença. Nego provimento ao recurso de ofício.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

R. Cr. nº 746 — GO — Rel.: Sr. Min. José Cândido. Recorrente: Juízo Federal em Goiás. Partes: Alcides Mendes de Souza e Justiça Pública.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ex officio, para confirmar a sentença. (Em 24-2-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.