
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 870 — RJ
(Registro nº 3.347.834)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Autor: *Geraldo de Freitas Calado*

Réu: *IAPAS*

Advogados: *Drs. José Duarte e Celso Renato D'Ávila*

EMENTA: Processual civil. Ação rescisória. Cabimento. Nulidade de julgamento. Acórdão proferido sem observância do art. 552, § 1º, do CPC.

1. O art. 485 do CPC não impede a ação rescisória fundada em matéria processual que afete a validade da sentença de mérito. O que ali se preceitua é que só a decisão sobre essa matéria dá ensejo à rescisão.

2. Acórdão proferido com inobservância do prazo mínimo do art. 552, § 1º do CPC. Nulidade de julgamento. Ação rescisória julgada procedente para anular o acórdão, devolvendo-se à Turma o novo julgamento do apelo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, preliminarmente, conhecer da ação rescisória, para anular o acórdão rescindendo e devolver os autos à turma de origem, para apreciar o mérito do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1984 (data do julgamento).

Ministro CARLOS MADEIRA, Presidente. Ministro JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Pretende o Autor rescindir o v. acórdão proferido em decisão unânime de 14-4-80 da antiga 3ª Turma, assim ementado:

«Administrativo. Concurso público. Múltipla escolha. Prova. Opções.

I — Numa prova de Direito, em forma de múltipla escolha, nem todos os juristas costumam ficar de acordo com as respostas consideradas, pela Ban-

ca Examinadora, como certas. Essa divergência, todavia, não autoriza revisão judicial, em nome da garantia do juiz natural (CF, art. 153, § 4º), das opções adotadas pela Banca. O que o Judiciário examina, em caso tal, é se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo. Porque, se as opções foram exigidas para todos os candidatos, todos foram tratados igualmente. Em caso assim, não há que se falar em lesão a direito individual.

II — Precedentes do TFR: EAC 25.695-GB, EAC 30.675-GB e AC nº 40.096-GB, Relator Ministro José Néri da Silveira.

III — Recurso desprovido» (fl. 131).

2. Na longa e minuciosa inicial, invoca o Autor o item V do art. 485 do CPC e alega, em resumo:

a) nulidade do acórdão rescindendo por infringência ao § 1º do art. 552 do CPC, porque a pauta de julgamento foi publicada numa 6ª feira e a decisão proferida na 2ª subsequente, com desrespeito ao prazo de 48 horas ali previsto;

b) infringência, no tocante ao mérito, de diversos dispositivos legais que aponta no longo desenvolver da petição.

A respeito da alegação contida na letra a, o Autor procura apoiar-se na Súmula 310 do Supremo Tribunal Federal, que declara iniciar-se na 2ª feira ou primeiro dia útil subsequente o prazo das intimações feitas na 6ª feira, e na decisão proferida no RE 84.834-RJ, afirmando a nulidade de julgamentos refratários ao princípio. Relativamente à outra alegação, o acórdão rescindendo, ao confirmar decisão de 1º grau que deixara de anular as questões nºs 20, 32, 33 e 40 do processo seletivo a que na autarquia-ré se submetera o Autor como optante pela clientela geral de Procurador Autárquico, teria violado, por tabela, literal disposição de preceitos legais contrariados pelas aludidas questões.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 14/224.

Deu à causa o valor de Cr\$ 10.000,00, depois retificado para Cr\$ 200.000,00 (fl. 230), complementando o depósito (fl. 236).

3. Contestando, o IAPAS suscitou *preliminar* referente à falta dessa complementação (fl. 237) mas, como se vê pelo confronto de datas, é que o comprovante ainda não estava nos autos quando a autarquia os examinou. Outra *preliminar* foi argüida pela autarquia — a qual deve ser julgada pela Seção. Refere-se ao não cabimento de rescisória pelo alegado descumprimento do art. 552, § 1º, por se tratar de matéria processual (fl. 238). O Autor se pronunciou a respeito (fl. 243/244).

No *mérito*, alega a autarquia que o Autor não Demonstrou que a sentença confirmada pelo acórdão houvesse violado qualquer dispositivo de lei. Desenvolve considerações em torno do que seria até inépcia da inicial e termina recapitulando as questões apresentadas no concurso, com o propósito de mostrar que as respostas dadas como certas pela Banca Examinadora, embora não excluam entendimento em favor de outras, são pelo menos compatíveis com o tipo de prova aplicada (fls. 238/241).

4. Havendo as partes manifestado desinteresse por novas provas, mandei abrir prazo para razões finais (fl. 251). O Autor se reportou às que antecipara (fl. 252) e o IAPAS falou às fls. 254/256.

5. Mandei abrir vista à douta Subprocuradoria-Geral da República e esta se manifestou às fls. 258/260, pela improcedência.

É o relatório.

EMENTA: Processual civil. Ação rescisória. Cabimento. Nulidade de julgamento. Acórdão proferido sem observância do art. 552, § 1º, do CPC.

1. O art. 485 do CPC não impede a ação rescisória fundada em matéria processual que afete a validade da sentença de mérito. O que ali se preceitua é que só a decisão sobre essa matéria dá ensejo à rescisão.

2. Acórdão proferido com inobservância do prazo mínimo do art. 552, § 1º do CPC. Nulidade de julgamento. Ação rescisória julgada procedente para anular o acórdão, devolvendo-se à Turma o novo julgamento do apelo.

VOTO (Preliminar)

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Reputo de grande importância a questão preliminar suscitada nestes autos. Trata-se, mesmo, de questão *prejudicial*, se assim designarmos aquela constituída de relação ou situação jurídica que, por si só, poderia ser objeto de processo autônomo (José Frederico Marques, «Manual de Direito Processual Civil», Vol. 3, pág. 55, nº 548). Ela está contida no primeiro fundamento da presente ação rescisória, assim como poderia ter sido ajuizada como rescisória autônoma. Trata-se da questão da nulidade do v. acórdão rescindendo pela inobservância do intervalo mínimo de 48 horas entre a intimação (publicação da pauta) e o julgamento.

Na verdade, estes autos apresentam duas ações rescisórias cumuladas: esta da nulidade e a que se relaciona somente com o mérito da decisão.

Peço, pois, para a preliminar, o necessário destaque (art. 560 do CPC).

2. O fato ocorreu indiscutivelmente e a própria autarquia ré o aceita. Tem-se da do repetidamente neste egrégio Tribunal e continuará a se dar, porque resulta da atuação independente da repartição incumbida da edição do Diário da Justiça. Quando do fato é alertado o Relator ou Presidente do órgão julgador, facilmente se resolve a questão pelo adiamento do processo. Mas nem sempre isto acontece.

3. O resultado é a nulidade do julgamento, como reconhece a doutrina (Frederico Marques, ob. e vol. cit., pág. 113; Pontes de Miranda, «Comentários», VIII — 224) e a jurisprudência:

«É nulo o julgamento do processo no Tribunal, quando inobservado o prazo do § 1º do art. 552 do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido.» (RE 84.834-RJ, *in DJ* de 8-7-76, pág. 5136, fl. 2).

No mesmo sentido, RTJ 71/907, 76/252 e 92/1245.

Recentemente, sendo Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, decidiu neste mesmo sentido o colendo Supremo Tribunal Federal:

«Prazo. Intimação na 6.^a feira. Termo inicial. Prazo hora a hora. CPC, art. 184, § 2º (aplicação). Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, o primeiro dia útil subsequente, como diz a Súmula 310. A regra não sofre exceção, mesmo que se trate de prazo contado por hora, dado que a norma legal em causa não contém qualquer restrição. Publicada a pauta do julgamento na sexta-feira, o prazo de quarenta e oito horas somente se pode contar a partir do início do dia da segunda-feira, não sendo cabível realizar a sessão na terça-feira, com o prazo ainda em curso. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 100.692 — *in DJ* 9-12-83).

Nem o IAPAS, nem a douta Subprocuradoria-Geral da República repelem a arguição de nulidade. Apenas objetam com o descabimento, no caso, da ação rescisória, por se tratar de matéria processual e o art. 485 do CPC, por motivos que não ficaram esclarecidos, só admitir esse remédio excepcional contra decisão de mérito. Diz a douta Subprocuradoria-Geral:

«Posto que tenha razão no particular da inobservância do prazo para o julgamento, pela E. Terceira Turma, da indigitada apelação, contudo não é

matéria cabível na via eleita, pois a teor da lei instrumental civil, art. 485, rescindível é a decisão de mérito, que não é o caso dessa preliminar, atacável por recurso adequado de que na época não se valeu, eficazmente.» (Fl. 259).

5. A objeção apresenta, como se vê, dois fundamentos: o de ser a nulidade atacável por recurso adequado, de que não se valeu eficazmente o Autor, e o descabimento, em tese, da rescisória.

A primeira objeção não se me afigura aceitável. De um lado, suposto cabível em tese a rescisória, não se poderia condicionar seu uso à interposição doutro remédio, pois nesse sentido não há lei expressa e art. 153, § 2º, da Constituição dá à parte o direito de escolher entre os caminhos que o sistema legal lhe ofereça. Doutro lado, a afirmativa não encontra base nas provas. Os autos mostram que o Autor tem sido pertinaz na perseguição de seu objetivo. Assim, opôs os embargos declaratórios exigidos pela Súmula 356 (fls. 132/150) — os chamados embargos de «prequestionamento» — que foram rejeitados (fl. 157); mesmo sem esse prequestionamento, interpôs recurso extraordinário (fl. 160) e, indeferido este (fl. 175), agravou de instrumento (fl. 179), vindo afinal a perder o prazo de preparo desse último recurso (fl. 185), cujo insucesso qualquer um poderia prever, pois sem o reconhecimento, pelo Tribunal *a quo*, da matéria de fato, é sabido que as Súmulas 279 e 356 trancam inapelavelmente o extraordinário.

Sobre isto, aliás, vale a pena lembrar uma passagem do voto do eminente Ministro Antônio da Pádua Ribeiro, que ficou vencido no julgamento dos embargos. A uma parte do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, que insistia no descabimento dos embargos e em que a exigência de prequestionamento dizia respeito ao Supremo e não a este Tribunal, respondeu S. Exa.:

«Quereria deixar explícito que essa matéria de fato é de suma relevância para a interposição de recursos futuros. Em razão disso, prefiro, para evitar qualquer cerceamento de defesa, dar por prequestionada a questão, a fim de possibilitar ao advogado a utilização do remédio próprio, para, se for o caso, obter a nulidade do acórdão embargado.

Por esse aspecto, conheço dos embargos, mas os rejeito.» (Fl. 155).

6. Estou, pois, em que se deve enfrentar com seriedade a matéria do cabimento da rescisória, visto que a questão se vem repetindo e se repetirá, enquanto não se encontrar meio de entrosar a marcação de pauta deste Tribunal com o ritmo das publicações oficiais. Enfrentar com seriedade a matéria significa examiná-la tão-somente à luz do art. 485, sem desvios ou considerações em torno do que a parte poderia ou deveria fazer. Em outras palavras, entendo que é dever do Juiz examinar o pedido da parte tal como apresentado e no momento em que é apresentado. Se a lei o autoriza, deve ele ser conhecido e apreciado em seu merecimento. Se não, não deve ser conhecido.

É o que passo a fazer.

7. Pontes de Miranda, que foi, como se sabe, um dos maiores críticos de nossos erros legislativos e muito contribuiu, por isto, inclusive para algumas melhorias que a atual lei processual apresenta sobre o Código de 1939, não perdeu a inovação do art. 485, que ele tachou de simples erroria. Disse ele:

«Sentença que não julgaram o mérito podem ser rescindidas. A alusão do art. 485 a «sentença de mérito» foi erro grave, que a doutrina e a jurisprudência não podem acolher, nem suportar. Se um juiz prevaricou, foi concusso, ou corrupto, ao ter de julgar e julgou com tão grande vício (art. 485, I), como se poderia admitir que valesse e fosse irrevocável, por exemplo, a sentença que indeferiu a petição inicial, ou que deu por extinto o processo por ilegitimidade das partes, ou por dissidência do autor, ou por litisdependência, ou coisa julgada?» (Cf. Pontes de Miranda, «Tratado da Ação Rescisória», 5ª ed., Forense, 1976, pág. 171).

8. Não vão tão alto. Mas os que sabem que o simples indeferimento da inicial pode até eliminar de vez o direito da parte (por exemplo, pela sobrevinda da prescrição ou pela morte do autor) a sugestão do saudoso mestre fica de pé.

De minha parte, apenas entendo que o art. 485 não exclui a rescisão das decisões proferidas em matéria processual mas, apenas, *desloca* a impugnativa para a sentença de mérito ou, como se costuma dizer, para a preclusão máxima. Quer dizer, se a decisão proferida numa questão processual *preclui* (o que pode ocorrer por vários motivos), e contra ela pode a parte argüir qualquer dos defeitos graves arrolados no art. 485, deve o interessado aguardar a decisão de mérito, onde não somente poderá, em certos casos, renovar a questão (incompetência absoluta, coisa julgada etc.), como, ocorrida preclusão máxima, propor rescisória de todo o processo.

9. O próprio art. 485, aliás, enumera casos estritamente processuais como causa de rescisão. E algumas necessariamente ocorriáveis antes da decisão de 2º grau.

É o caso, por exemplo, de sentença proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente (item II), com ofensa à coisa julgada (item IV), prova falsa (VI) e erro de fato (VIII). Qualquer desses motivos dá ensejo não somente à rescisão da sentença em sentido estrito como do acórdão que haja confirmado sentença com esses vícios. E isto acontece pela simples razão de que, embora nada tenha a ver o acórdão com o defeito da sentença, esta o contamina. É o princípio contido no art. 278 do Código de 39 e repetido no art. 248 do atual, de que o vício de um ato se comunica aos que dele sejam consequência.

Seria impensável, por exemplo, que, verificada a nulidade de uma sentença por incompetência absoluta ou peita do juiz, não se pudesse rescindir o acórdão que a houvesse confirmado; ou que, ajuizada a rescisória de um acórdão sob alegação de equívoco do juiz ao verificar o prazo e admitir a apelação em que proferido, sendo clara, portanto, a ofensa à coisa julgada (art. 485, IV), não se conhecesse de tal rescisória, sob argumento de ser tal despacho de natureza processual.

10. O que importa, pois, em regra, é que somente a partir da decisão de mérito se pense em rescisória. Mas, o defeito que a justifica pode estar em qualquer ponto do processo. Digo «em regra» porque, como bem demonstrou o mesmo insigne Pontes de Miranda, o próprio art. 485, ao admitir rescisão de sentença que haja homologado a *desistência* (item VIII), quebrou o princípio, pois o art. 267, inciso VIII, diz que tal sentença não é de mérito (Cf. autor, obra e pág. citados).

11. Penso que, no caso concreto, nulo o acórdão por *error in procedendo*, seja por violação do art. 552, § 1º, seja por erro *de fato* da Turma ao supor atendido o prazo desse preceito, aberto está o caminho da rescisória pelos itens V e IX do art. 485. A alternativa, diante dessa nulidade flagrante, reconhecida por todos desde os embargos de declaração, que só não foram acolhidos por manifestamente inadequada a via, seria a *querela nullitatis*, sempre reconhecida como persistente em nosso sistema jurídico (Pontes de Miranda, «Comentários ao C. Processo Civil», 1976, XI-93, nº 6, c; RE 96.374-GO, in DJ de 11-11-83, p. 175.542, Rel. Min. Moreira Alves). Mas, como afirmar de início, não se exclui o uso de um remédio pela existência de outro.

12. Em situações como a presente, o corpo julgador da rescisória rescinde o acórdão (*iudicium rescindens*) e devolve ao órgão jurisdicional competente no novo julgamento do recurso em seu mérito (*iudicium rescissorium*), no caso, a Turma julgadora do apelo (Pontes de Miranda, «Tratado da Ação Rescisória», pág. 545, nº 6). Retoma-se o processo a partir do ponto em que ocorreu a nulidade, assim restituindo-se as partes ao *status quo*.

13. Assim sendo, *preliminarmente* conheço da ação e julgo-a procedente para anular o acórdão, e determinar novo julgamento do apelo à Turma a que couber a distribuição, tendo em vista a nova estrutura do Tribunal. Arbitro os honorários da sucumbência em 10% do valor atribuído à causa (fl. 230), devolvido o depósito.

É o voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO LEITÃO KRIEGER: Não vejo como enquadrar a presente ação no elenco posto no art. 485 do Código de Processo Civil. Dos vários casos em que a lei processual admite ação rescisória, aquele que mais se aproxima da hipótese em exame é o que está prevista no inciso V do mencionado artigo; «violar literal disposição de lei».

Mas, a meu entendimento, essa transgressão à lei, ali prevista, deve significar: violação à lei no apreciar o mérito, isto é, acolhendo ou não a pretensão, com transgressão flagrante de norma legal. Tal se deduz do *caput* do art. 485, que expressamente restringe o emprego da rescisória aos casos de ataque a sentenças de mérito.

Esse não é o caso dos autos. A ação não encontra fundamento em qualquer dos incisos do prefalado art. 485.

Segundo reconhece o douto voto do eminente Relator, o autor interpôs recurso extraordinário, a que foi negado seguimento. Agravou de instrumento, o qual resultou deserto por falta de preparo. Quero crer que, com esse agravo, teria o autor logrado bom êxito, no que diz com a pretendida declaração de nulidade, à vista do disposto no § 1º do art. 552 do CPC.

Entretanto, pecou o autor por omissão. Não me parece possa essa omissão ser sanada mediante ação rescisória, transformada esta em recurso o que constituiria audaz precedente, a iniciar a proliferação de tais ações.

Muito embora o respeito que nutro pelos altos dotes morais e intelectuais do Eminente Relator, dele divirjo, para julgar inadmissível a ação proposta, determinando que o depósito reverta em favor do réu, condenando ainda o autor nos honorários advocatícios, que arbitro em dez por cento sobre o valor da causa.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO PINHEIRO: Sr. Presidente, *data venia*, fico de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO EVANDRO GUEIROS LEITE: O ponto básico desta rescisória e ao qual restrinjo a vista é a violação do art. 552, § 1º, do CPC, da qual resultaria a nulidade do julgamento. É que a pauta respectiva fora publicada na sexta-feira e a decisão proferida na segunda-feira subsequente, fora portanto do mínimo de quarenta e oito horas.

A alegação do autor é verídica e está documentada nos autos. Houve realmente julgamento contrário não só ao disposto no texto citado, como também à Súmula nº 310, do Supremo Tribunal Federal. A consequência seria a *rescindibilidade*, conforme temos decidido e a Suprema Corte também (RE nº 84.834/RJ).

O tema não é controvertido, tanto mais porque se cuida de princípio básico pertinente à ampla defesa das partes. O IAPAS acha, porém, incabível a ação, por se tratar de matéria processual alheia à causa (à *res in iudicium de ducta*). O art. 485 trata de sentença de mérito.

Aborda o contestante, portanto, um tema cujo exame enternece, particularmente, os doutores no assunto: a locução *sentença de mérito* aplica-se precipuamente, ao ato pelo qual, no processo de conhecimento, se acolhe ou se rejeita o pedido, ou se julga a lide (Barbosa Moreira, *Comentários*, 4ª ed., 1981, pág. 133). Assim, ao *meritum causae* não afetaria um mero vício de pauta, ato praticado no processo, mas que não seria ato do processo.

Acho que não tem razão o contestante. Basta verificarem-se alguns dos pressupostos específicos da rescisão, tais como a prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, seu impedimento ou incompetência, dolo da parte, colusão e ofensa à coisa julgada, entre outros (CPC, art. 485, I, II, III e IV). A sentença (ou acórdão) assim proferida não seria *nula*, mas *desconstituível por meio de ação autônoma de impugnação* (rescisória), pois das nulidades cuidam os recursos.

De qualquer modo, se o julgamento for *defeituoso*, pode ocorrer a rescisão, quer o defeito se configure *ex parte judicis*, resulte de vício atribuído à atividade da máquina judiciária ou ao próprio juízo emitido pelo órgão julgante (*error in procedendo* ou *error in iudicando*). A incorreção pode *repercutir* no desfecho do processo, quando então o vício da decisão é *conseqüencial* (Aut. o obr. citados, págs. 141/142).

Pedi vista dos autos apenas para conferir este tópico e fiquei satisfeito com a decisão do Ministro Costa Lima.

Voto com ele.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 870 — RJ — (Reg. nº 3.347.834) — Rel.: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Autor: Geraldo de Freitas Calado. Réu: IAPAS. Advogados: Drs. José Duarte e Celso Renato D'Ávila.

Decisão: A Seção por maioria, preliminarmente, conheceu da ação rescisória, para anular o acórdão rescindendo e devolver os autos à turma de origem, para apreciar o mérito do recurso, vencido o Sr. Ministro Leitão Krieger, que julgava inadmissível a ação rescisória. (Em 28-3-84 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson e José Cândido votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Senhores Ministros: Jarbas Nobre e Flaquer Scartezzini. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Lauro Leitão e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS MADEIRA.

EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA Nº 870 — RJ
(Registro nº 3.347.834)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Embargante: *IAPAS*

Embargado: *Geraldo de Freitas Calado*

Advogados: *Dr. Fidelis Rodrigues (Embgte), Dr. José Duarte (Embgdo)*

EMENTA: Processo civil. Rescisão de sentença. Violação de literal disposição de lei. Cabimento.

I — Tendo o julgamento sido procedido com infringência ao disposto no art. 522, § 1º, do Código de Processo Civil, cabe ação rescisória para desconstituir o acórdão dele resultante, vez que a violação de literal disposição de lei pode docorrer tanto de error in iudicando como de error in procedendo.

II — Contraria o sistema de nulidade do Código de Processo Civil, em que avulta, dentre os princípios que o norteiam, o princípio da causalidade, agasalhado no art. 248, no sentido de que o vício de um ato processual contamina todos os subsequentes que dele dependam, restringir o cabimento da rescisória, fundada no item V, do art. 485, à hipótese de a violação ter ocorrido na apreciação do mérito da causa. O que o Código exige é que a decisão rescindenda seja de mérito.

III — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, 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, 11 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social opôs embargos infringentes ao acórdão desta

Seção proferido na ação rescisória referenciada, da lavra do eminente Ministro Costa Lima, assim enunciado:

«Processual civil. Ação rescisória. Cabimento. Nulidade de julgamento. Acórdão proferido sem observância do art. 552, § 1º, do CPC.

1. O art. 485 do CPC não impede a ação rescisória fundada em matéria processual que afete a validade da sentença de mérito. O que ali se preceitua é que só a decisão sobre essa matéria dá ensejo à rescisão.

2. Acórdão proferido com inobservância do prazo mínimo do art. 552, § 1º, do CPC. Nulidade de julgamento. Ação rescisória julgada procedente para anular o acórdão, devolvendo-se à Turma o novo julgamento do apelo.»

O embargante intenta fazer prevalecer o voto-vencido do eminente Ministro Leitão Krieger, posto no sentido de que só cabe rescisão, com base no item V, do art. 485, do Código de Processo Civil, quando a violação à lei ocorre na apreciação do mérito da causa.

Admitidos, os embargos foram impugnados. O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República é pelo recebimento.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O art. 485, do Código de Processo Civil, definiu, no *caput*, o objeto da ação rescisória, ou seja, a sentença de mérito transitada em julgado, elencando, nos itens I a IX, os chamados pressupostos ou fundamentos de rescindibilidade, uns dizendo respeito a vícios da própria sentença e outros a vícios consequenciais.

Com efeito, o pressuposto relativo à violação de literal disposição de lei, em que se funda esta rescisória, de fato, gera controvérsia, sendo certo que, na doutrina, há respeitáveis processualistas, dentre os quais desponha Bueno Vidigal, defendendo a tese de que a rescisão, por tal motivo, só tem lugar no caso de *error in iudicando*, na linha, pois, do douto voto-vencido.

Penso, no entanto, que a melhor inteligência do art. 485, V, do Código de Processo Civil, está com a corrente doutrinária prestigiada pelo douto voto-condutor do aresto embargado, invocando o magistério do insigne Pontes de Miranda. O que importa é que a decisão rescindenda seja de mérito, podendo a violação resultar tanto de *error in iudicando* como de *error in procedendo*. Restringir o cabimento da rescisória à hipótese de a violação ter ocorrido na apreciação do mérito da causa implica contrariar o sistema de nulidades do Código de Processo Civil, em que avulta, dentre os princípios que o norteiam, o princípio da causalidade, agasalhado no art. 248, no sentido de que o vício de um ato processual contamina todos os subseqüentes que dele dependem.

Como, na espécie vertente, o julgamento da apelação foi procedido contra a letra do art. 522, § 1º, do Código de Processo Civil, já que menos de 48 horas mediarão a publicação da pauta e a assentada respectiva, o *error in procedendo* alcançou a decisão proferida pela Turma, impondo-se, assim, a sua desconstituição.

Do exposto, Senhor Presidente, rejeito os embargos. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

EAR nº 870 — RJ — (Reg. nº 3.347.834) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Embte.: IAPAS. Embdo.: Geraldo de Freitas Calado. Advs.: Dr. Fidelis Rodrigues (Embte) e Dr. José Duarte (Embdo).

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos (1.ª Seção — 11-5-88).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Edson Vidigal, Fleury Pires, Otto Rocha, William Patterson, Costa Lima e Carlos Thibau votaram com o Ministro Relator. Os Srs. Ministros Washington Bolivar, Flaquer Scartezini, Nilson Naves, e Assis Toledo não compareceram à sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.119 — RJ
(Registro nº 5.637.970)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Autora: *União Federal*

Rêus: *Antônio João Dutra e outros*

Advogados: *Drs. Edmundo Lins Neto*

Sust. Oral: *Drs. Edmundo Lins Neto (pelo Réus) e Cláudio Lemos Fonteles (pela Subprocuradoria-Geral da República)*

EMENTA: Militar. Reserva por aceitação de cargo público permanente, estranho à sua carreira. Remuneração. É a desse cargo, inacumulável com os proventos do posto militar. Aplicação do art. 182, §§ 3º e 5º da CF/46. Caso em que a sentença violou literal disposição de lei. Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados este autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar as preliminares, e no mérito, julgar procedente 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, 2 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: No ano de 1976, Antônio João Dutra, Douglas Saavedra Durão, José da Cunha Ribeiro e José Barreto de Assumpção, os três primeiros majores do Exército R-1 e o último capitão de corveta R-1, propuseram ação ordinária contra a União Federal, pleiteando, em suma, proventos de acordo com suas patentes militares, quando então alegaram, no início da petição, o seguinte:

«1. Por decretos vários, foram os Sptes. transferidos para a Reserva do Exército e da Marinha de Guerra, em face do que dispunham os §§ 3º e 5º do art. 182 da Constituição Federal de 1946, porque então nomeados para cargos específicos, e por esta razão perdendo os Sptes. o direito aos proventos correspondentes aos postos a que foram promovidos à época.

2. Realmente àquele tempo — 1951 — os Sptes. foram nomeados, respectivamente, Delegado-Fiscal da Receita do Distrito Federal (ora aposentado) e por último Escrivães das Varas da Fazenda Pública Estadual e o 3º, Oficial do Protesto de Títulos, onde continuam como seus titulares.»

Por sentença do ano de 1978, o Juiz Federal Victor de Magalhães C. R. Júnior julga procedente a ação, nesses termos:

«Ao que tudo indica, a matéria de fato restringe-se à situação dos Autores: são servidores não remunerados pelos cofres públicos, ou melhor, ocupam cargo ou função pública sem usufruir qualquer remuneração pelo Estado.

Na Justiça do atual Estado do Rio de Janeiro ainda existem ocupantes de cargos a quem se pode denominar de remanescentes do antigo Distrito Federal; foram nomeados por Decreto Presidencial sem direito à percepção de remuneração pelos cofres públicos.

A Organização Judiciária do Estado previu, para esses cargos não remunerados, um ponto de referência dentro da estrutura judiciária, para efeito de incidência de contribuição previdenciária. Tão-somente para essa finalidade foi fixado o teto salarial.

Nesse sentido, pronunciou-se o ilustre e saudoso Consultor Jurídico do Ministério do Exército, Dr. Demonsthenes Madureira de Pinho, ao aprovar Parecer de sua Procuradoria. Diz, em certo trecho:

‘Acolho o excelente parecer da Procuradoria que feriu, com a habitual acuidade, o ponto nodal da controvérsia, mostrando não ocorrer, na espécie, vinculação proibida pelo art. 97, parágrafo único, da Constituição, mas observância do preceito legal em vigor (Lei nº 2.622/55), que erigiu determinado parâmetro de vencimentos no caso ao pertinente ao cargo de Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal Federal — como ponto de indispensável referência, para o cálculo dos proventos da aposentadoria e contribuição previdenciária (IPASE) dos Titulares das Serventias de grau mais elevado, não retribuídas pelos Cofres Públicos’. (‘Rev. de Drt. Admt.’, vol. 123, Janeiro/Março de 1976).

O aludido Parecer fundamentou-se em pronunciamento da Excelsa Corte, no Rec. Extr. nº 75.990, *in DJU*, de 31-8-73, o qual passou a constituir a jurisprudência dominante nessa matéria.

II

Partindo-se, não apenas de premissa, mas, já agora, de fato verdadeiro e incontestável, a matéria de direito invocada pelos Autores parece — *data venia* — ser favorável à sua pretensão.

Cotejando os dispositivos constitucionais que regiam e disciplinam a espécie, tem-se — como marco inicial — o invocado art. 182, da Carta de 1946, que assegura aos Oficiais das Forças Armadas, em geral, a garantia de suas patentes:

‘Art. 182. As patentes, com as vantagens, regalias e prerrogativas a elas inerentes, são garantidas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva, como aos reformados’.

A restrição veio, então, no § 5º, do aludido artigo:

‘§ 5º Enquanto perceber remuneração de cargo permanente ou temporário, não terá direito o militar aos proventos do seu posto, quer esteja em atividade, na reserva ou reformado’. (Meu, o grifo).

Isso porque ficara estabelecido, no § 3º, do mesmo dispositivo, que:

‘O militar em atividade que aceitar cargo público permanente, estranho à sua carreira, será transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei’.

Aconteceu, entretanto, que a Emenda Constitucional nº 1/69 alterou esse preceito, dispondo, no § 6º, do art. 93:

‘§ 6º Enquanto perceber remuneração do cargo a que se refere o parágrafo anterior, o militar da ativa não terá direito aos vencimentos e vantagens do seu posto, assegurada a opção’.

O Parágrafo anterior, o 5º, estabelece:

‘§ 5º A lei regulará a situação do militar da ativa nomeado para qualquer cargo público civil temporário, não eletivo, inclusive da administração indireta. Enquanto permanecer em exercício, ficará ele agregado, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a inatividade, e esta se dará depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, na forma da lei’.

Quanto ao mais, o § 4º, do mesmo art. 93, manteve ou repeliu o que a Carta de 1946 prescrevia:

‘§ 4º O militar da ativa, empossado em cargo público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente transferido para a reserva com os direitos e deveres definidos em lei’.

Correto o ato que transferiu os Autores para a reserva. Incorreto, porém, o que os privou de perceber os proventos de militares reformados, em virtude da inexistência de acúmulo de remuneração, uma vez que os cargos que passaram a ocupar não constituíam ônus para o erário público.

Essa foi a conclusão exposta pelo mencionado Consultor Jurídico do Ministério do Exército, encerrando o parecer acima aludido:

‘Face o exposto, estamos em que é possível o pagamento de proventos de inatividade aos militares da reserva ou reformados, no exercício de cargo de Tabelião ou de Escrevente Juramentado, uma vez que ditos cargos, como é sabido, não são remunerados pelos Cofres Públicos’.

Adoto essa tese para fundamentar a presente decisão. A situação dos Autores é *sui generis*: militares reformados, ocupantes de cargos públicos civis, sem, entretanto, perceberem remuneração por estes cargos. Não acumulam proventos. A Lei Maior não consigna qualquer vedação para esta hipótese.

Em face do exposto, julgo, por sentença, para que produza seus devidos efeitos, procedente a presente ação ordinária, de nº 17.237, para os fins pedidos na inicial, exceto o que concerne às parcelas atingidas pela prescrição quinquenal.

Como consequência, condeno a Ré a pagar as custas do processo, bem como honorários do advogado dos Autores, que arbitro em dez por cento (10%), sobre o valor que for apurado em execução.

Decorrido o prazo legal, encaminhe-se o processo ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em obediência ao disposto no art. 475, nº II, do Código de Processo Civil.»

Por ato do ano de 1982, o Juiz Federal Paulo Freitas declarou improcedentes os embargos infringentes do julgado.

2. No ano de 1984, a União Federal ajuizou a presente ação rescisória, com referência do art. 485, inciso V, do Cód. de Pr. Civil, visando desconstituir a sentença de mérito, transitada em julgado, ao fundamento de violação literal ao disposto no

Decreto-Lei nº 9.698, de 2-9-46, e nos arts. 182, §§ 3º e 5º e 141, § 3º da Constituição de 1946. Argumentou, em resumo, desta forma:

«É mais do que evidente a conclusão. Somente haveriam de ser inativados com remuneração aqueles militares que tivessem implementado as condições expressamente especificadas pela lei: tempo de serviço bastante e suficiente. Admitir-se o contrário seria desprezar toda a lógica jurídica.

Os oficiais contra quem se propõem a presente Ação não possuíam, em 1951, tempo de serviço que lhes permitisse a reserva remunerada, haja vista que o Maj. Dutra possuía 12 anos, 09 meses e 13 dias de serviço; o Maj. Douglas, 14 anos, 04 meses e 16 dias; o Maj. Cunha Ribeiro, 15 anos, 03 meses e 19 dias e o Capitão de Corveta Assumpção, 21 anos, 04 meses e 11 dias de serviço.»

«Esclareça-se, ainda, que os citados militares foram promovidos aos postos de Major e Capitão de Corveta, por força da Lei nº 1.156, de 11 de setembro de 1950, unicamente para os efeitos de reserva das Forças Armadas, onde permaneceriam à disposição da Instituição Militar, para efeitos de mobilização em caso de guerra, além de outras prerrogativas de lei, mas sempre sem proventos da inatividade, pois que não haviam implementado a condição essencial, ou seja, tempo de serviço.

Dúvidas, portanto, não restam. Os militares em apreço foram transferidos para a reserva não remunerada por ato administrativo perfeito, acabado e emitido em estreita consonância com a legislação vigente e aplicável à época. Além do mais, de cristalina e transparente a legalidade e legitimidade de tal ato, que os militares contra ele vieram a insurgir-se, serodidamente, apenas e tão-somente em 1978, ou seja, 27 (vinte e sete) anos depois daquele evento.

De todo o exposto exsurge conclusão óbvia, *data venia* do mérito Julgador *a quo*.

O ato administrativo praticado pela Administração Militar, em 1951, revestiu-se de todas as formalidades e elementos essenciais. Ademais, teve como escopo as disposições legais e constitucionais pertinentes, ou sejam, a Constituição Federal de 1946, artigo 182, bem como o Decreto-Lei nº 9.698/46. Assim sendo, o ato que os réus contestaram revestiu-se de plena legalidade e constitucionalidade, que a sentença que se pretende rescindir violou frontalmente, maculada sobremaneira tanto a Carta maior, como a lei federal.»

3. Citados, Antônio João Dutra, Douglas Saavedra Durão, José da Cunha Ribeiro e José Barreto de Assumpção constestaram, com a preliminar de prescrição, neste termos:

«4. Ora, a sentença rescindente transitou em julgado em 28 de maio de 1982 (doc. nº 1, trazido pela Autora) e antes do biênio a presente ação, a segunda, deu entrada a 22 de maio, sendo que V. Exa. lhe após o 'cite-se' a 23.

5. Mas como restava pouco prazo para a prescrição, cumpria à Autora diligenciar para a imediata citação válida, único ato que a interrompe (CPC, 219), quer agindo na forma do § 2º do citado artigo 219, quer pedindo nos 5 (cinco) dias seguintes ao termo dos primeiros 10 (dez), a prorrogação do prazo (idem § 3º), pelo máximo de 90 (noventa) dias. É a regra de nosso direito positivo, que um mestre resume tão bem, relativamente aos efeitos materiais da citação válida: ...».

No mérito, invocando parecer do Consultor Madureira de Pinho, as Súmulas 343/STF e 400/STF, defenderam-se em síntese, nos termos seguintes:

«27. Cuida-se aliás, de uma Ação Rescisória. Os artigos de lei dados como violados não o foram. Sofreu, antes, nosso direito positivo, razoável interpretação. Razoável e acertada, inclusive, convém repetir, com um parecer favorável da própria Autora. Não parece igualmente, na decisão rescindenda, qualquer erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. Todos foram analisados e aprovados e não foram indispensáveis, nos termos do § 2º do artigo 485 do CPC. O erro deve ser tal que, sem ele outra não seria a decisão, como ensina Bueno Vidigal. Se documento novo houvesse, que não há, deveria ser bastante para que se julgasse procedente a primitiva ação (Pontes, *Digesto do Processo, verbis Ação Rescisória*, p. 273). Nada disso ocorre.»

«42. Conclui-se, então, ser exato quanto afirmaram os Réus: o que a União pretende, com o presente pedido, não é uma Rescisória; procura, isto sim, um novo julgamento. E isso não cabível, sob pena de desmoralizar fundamentado pronunciamento.»

4. Sem provas.

Razões finais às fls. 114/115 e 117/118.

5. À fl. 120 informou a Secretaria:

«Em obediência ao r. despacho de fl. 119, informamos a V. Exa. que consta em nossos registros a existência da Ação Rescisória nº 1.067/RJ (registro 5.589.878), em que figuram como autora a União Federal e como réus Antônio João Dutra e outros, ação essa que foi distribuída ao Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar e julgada sem objeto em despacho que foi publicada no *Diário da Justiça* de 8-8-84; tal decisão transitou livremente em julgado, razão por que remeteu-se os autos ao Arquivo do Tribunal em 20-8-84.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quando da vista para a indicação de provas, os réus fizeram juntar aos autos longo arrazoado, onde, entre outros pontos, quase todos objeto da contestação, houveram por bem argüir de inepta a petição inicial. Malgrado cuidar-se de arguição fora de tempo, pois compete ao réu deduzir, na contestação, toda a matéria de defesa, à vista dos arts. 300 e 201-III do Cód. de Proc. Civil, vou examiná-la, e digo que o faço para rejeitá-la. Com efeito, inepta não o é a petição inicial desta ação rescisória, com alguns textos já por mim lidos no relatório. Então, pelo visto, percebeu-se ter ela começo, meio e fim, com perfeita aptidão para a abertura da demanda, não se lhe aplicando a censura do art. 295, parágrafo único do Cód. de Pr. Civil.

2. Agora, quando da contestação, os réus, invocando o art. 253 do Cód. de Pr. Civil, sobre distribuição por dependência, começaram por reclamar da distribuição desta ação rescisória, em face de uma outra, de nº 1.067, então da relatoria do Sr. Ministro Washington Bolívar. Impertinente a reclamação, pois, no momento da resposta, já havia pedido da Subprocuradoria-Geral da República nos termos seguintes:

«Verificou-se, entretanto, existir, no Tribunal Federal de Recursos, a supra referida Ação Rescisória de nº 1.067 (5.589.878), distribuída a V. Exa., que tem a mesma causa de pedir, as mesmas partes, faltando-lhe, no entanto, *representatividade*, pois a inicial está assinada por Procurador da República não por Subprocurador-Geral da República.

Isto posto, prestando estas informações, a Subprocuradoria-Geral da República requer a V. Exa. se digne julgar sem objeto a mencionada Ação Rescisória nº 1.067.»

E o Sr. Relator, reconhecendo a perda de objeto do pedido, determinou o seu arquivamento, *ut* arts. 90, § 2º da Lei Complementar nº 35/79 e 33, § 1º do Regimento Interno deste Tribunal.

3. No que concerne ao prazo para a propositura da rescisória, não se extinguiu, no caso presente, o direito. Reconhecem os próprios Réus, conforme relatório, item 3, que o despacho que ordenou a citação veio aos autos antes do biênio. Interrompida, assim, a precrição, ou decadência, à luz dos arts. 219, § 1º e 220 do Cód. de Pr. Civil, tudo o mais encontra abrigo na Súmula 78/TFR: «Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição». De fato, o excesso de prazo, pouco por sinal, deveu-se à demora na citação, em decorrência da expedição e cumprimento da carta de ordem.

4. Sobre as críticas à ação proposta, fls. 35/37, o assunto tem a ver com o mérito, que passo a examinar.

5. Com a ação ordinária ajuizada no ano de 1976, os seus autores, em número de quatro, um deles, naquela época, já aposentado, então nomeado, no ano de 1951, para o cargo de Delegado-Fiscal da Receita do Distrito Federal, e os outros três, em exercício, então nomeados, também no ano de 1951, para os cargos de Escrivães das Varas da Fazenda Pública Estadual e Oficial do Protesto de Títulos, pleitearam, na condição de militares, proventos de acordo com suas patentes, bem como outros pontos, e lograram êxito na sentença de 1978, mantida quando do julgamento dos embargos infringentes do julgado, por se entender, em suma, que não são eles, ou não eram, remunerados, em razão do cargo civil, pelos cofres públicos, segundo, por daí não advir, conseqüentemente, acumulação proibida de proventos. Em resumo, o tema destes autos diz com a acumulação remunerada. Repito um pequeno trecho da sentença: «Correto o ato que transferiu os Autores para a reserva. Incorreto, porém, o que os privou de perceber os proventos de militares reformados, em virtude da inexistência de acúmulo de remuneração, uma vez que os cargos que passaram a ocupar não constituíam ônus para o erário público».

6. Cuido que o assunto sob exame encontra-se no campo da Constituição de 1946, vez que os atos de transferência para a reserva foram expedidos em sua vigência. Dispunha o texto maior, em seu art. 182 e §§ 3º e 5º:

«Art. 182. As patentes, com as vantagens, regalias e prerrogativas a eles inerentes, são garantidas em toda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva, como aos reformados.

.....

§3º O militar em atividade que aceitar cargo público permanente, estranho à sua carreira, será transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei.

.....

§ 5º Enquanto perceber remuneração de cargo permanente ou temporário, não terá direito o militar aos proventos do seu posto, quer esteja em atividade, na reserva ou reformado.»

7. De acordo com o texto de 1946, qualquer que fosse o cargo público permanente, de natureza não militar, o militar que o aceitasse era transferido para a reserva. Se se cuidasse de cargo público temporário, era o militar agregado ao respectivo quadro, conforme o § 4º. Em ambos os casos, o militar não teria direito aos proventos do seu posto, enquanto percebesse remuneração do cargo civil.

Sobre os §§ 3º, 4º e 5º, escreveu Pontes de Miranda, na 3ª edição, de seus Comentários à Constituição de 1946:

«4. Reserva por aceitação de cargo ou comissão estranha à função militar — Qualquer que seja o cargo público, que não seja militar e da sua carrei-

ra, se permanente, o militar passa à reserva; e.g., a entrega da diretoria de uma fábrica de aviões não pertencente ao Exército a um oficial do Exército, ou qualquer função diplomática, ainda comissão internacional, permanente, de que os membros possam ser civis. Sempre que um civil pode exercer a função, tal função não é militar. Se organismo supraestatal ou interestatal prevê que os membros dele, ou de comissão interna, não de ser militares, não incide o art. 182, § 3º. Se o cargo ou comissão não é permanente, o art. 182, § 3º, não incide. A função por tempo que possa ser, sem novo ato, até a idade máxima, é permanente; aliter, a função em conferência ou Congresso.

A aceitação de cargo público temporário rege-se pelo art. 182, § 4º. Não é cargo público permanente, ou temporário, para incidência no § 3º, ou 4º, o cargo em que o militar figura como unidade da sua carreira, e. g., comissão permanente, ou temporária, em que se prevê, para a composição, que um dos membros seja oficial do Exército, ou da Marinha, ou da Aeronáutica.

Sabido que o cargo público não é militar, tem-se de indagar se é permanente, ou não; se é permanente, incide o art. 182, § 3º; se não é permanente, incide o art. 182, § 4º.

5. Reserva, Agregação ou quadro e reforma — O militar que é eleito Senador, Deputado, ou Vereador, fica apenas agregado ao cargo, e após oito anos de agregação — continua ou não — é transferido para a reserva ou reformado.

O militar que assume cargo público permanente (e.g., é nomeado Promotor Público) passa para a reserva, desde logo.

A agregação ao quadro, à diferença da reserva, é estágio, algo de transitório, de jeito que ou cessa antes de oito anos ou se transforma em passagem à reserva ou perde razão de ser com a reforma.

Embora em cargo público, com o tempo de antiguidade a favor, está o militar sujeito à reserva ou à reforma, desde que satisfeitos os pressupostos para ela, que são autônomos.

6) Remuneração — Qualquer que seja a remuneração de cargo permanente ou temporário, o militar, que o aceitou e exerce, somente percebe essa remuneração, ainda se reformado.» (Tomo VI, págs. 257/258).

Em parecer sobre a reintegração de militar, em decorrência de sentença judicial, o então Consultor-Geral da República, hoje Ministro Luiz Rafael Mayer, examinou questão envolvendo também o aludido § 5º, e de seu parecer extraio dois tópicos:

«Questiona-se, porém, sobre a compatibilidade dessa situação com a que ostentava como funcionário civil. Para o deslinde cabe buscar suprimentos nos princípios constitucionais reguladores da hipótese. É certo que a execução da sentença, quanto aos efeitos patrimoniais, importará numa acumulação indevida de vencimentos, no período de vigência da Carta de 1946, que não admitia a percepção de proventos do militar da ativa, da reserva ou reformado, concomitante com remuneração de cargo permanente ou temporário (§ 5º, do art. 182). A proibição teria e terá sentido após a publicidade do ato que cumpriu a sentença reintegratória, porque não parece justo fazer incidir os efeitos proibitivos num período em que a percepção dos vencimentos pelo exercício do cargo público civil representava a contraprestação do trabalho, como único meio de subsistência do cidadão.

A partir, todavia, da declaração oficial de cumprimento da sentença, ou seja, da publicação do decreto respectivo (DO de 29-1-63) estabelecia-se, de fato e de direito, duas situações paralelas, sujeitas a normas superiores que regulam e disciplinam possibilidades e impossibilidades neste campo. Na data em referência, reconhecia-se ao servidor a condição de militar da Reserva Remunerada, detentor, também, de um cargo em comissão, no qual permaneceu

até 13-12-63, quando se deu a agregação prevista no art. 60 da Lei nº 3.780/60. Na oportunidade, vigia a Constituição de 1946, de cujo texto realçava o preceito do § 5º do artigo 182, recusando ao militar o direito aos respectivos proventos enquanto percebesse remuneração de cargo permanente ou temporário. Nenhuma razão de natureza social ou jurídica, poderia prevalecer para que o suplicante recebesse, no período de 29 de janeiro a 13 de dezembro de 1963, as duas remunerações. Somente a do cargo civil seria cabível, nos exatos termos da regra da Lei Maior.» (Parecer L-080, de 30-9-75, vol. 86, pág. 139/144).

8. Pelo visto, era desenganadamente vedada a acumulação remunerada. A remuneração era uma só, a de cargo permanente ou temporário.

9. No texto atual, e já a partir de 1967, possibilitou-se a acumulação de proventos, mas «quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados» (CF/67, art. 94, § 6º e EC nº 1/69, art. 93, § 9º).

10. Mas, no caso sob exame, a sentença rescindenda afastou o óbice da acumulação remunerada. Fê-lo, tanto ainda com apoio em parecer do então Consultor Jurídico do Ministério do Exército, no sentido de que «os cargos que passaram a ocupar não constituíam ônus para o erário público». Aditou ainda: «militares reformados, ocupantes de cargos públicos civis, sem, entretanto, perceberem remuneração por estes cargos».

11. Sucede, no entanto, que, com as nomeações, foram eles investidos, os militares, nos idos de 1951, em cargos públicos, sob o fiel controle do Estado, inclusive quanto à remuneração, ainda que não diretamente a expensas dos cofres públicos.

A propósito dessa relação de trabalho com o Estado, envolvendo serventuários do foro judicial e extrajudicial do antigo Estado da Guanabara, sublinhou o Supremo Tribunal Federal, na ementa da Rp-895: «Os ofícios de Justiça e de Notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como servidores públicos» (RTJ 67/327).

Em seu voto de Relator, disse o Sr. Ministro Djaci Falcão, nesses trechos:

«Emerge daí que os titulares dos cartórios não oficializados se não se enquadram como funcionários públicos propriamente ditos, guardam a indubitável qualidade de servidores públicos, dês que mantêm com o Estado relação de trabalho de natureza profissional, de caráter permanente, sob certo vínculo de dependência. Apenas não são remunerados diretamente pelos cofres públicos. Não se cuida de agente público que colabora com a Administração, sem caráter profissional. Aos demais, em relação àqueles que eram titulares da vitaliciedade por força do art. 187 da Carta Política de 1946, foi mantida essa garantia funcional (artigo 194, da EC nº 1, de 17-10-69).

É verdade que não há uniformidade no modo de percepção dos estípidios dos serventuários da Justiça. Assim, enquanto os titulares das serventias ou cartórios não oficializados percebem custas, exclusivamente, os que se acham sob o regime de oficialização ora percebem vencimentos diretamente dos cofres públicos, ora vencimentos e custas, cumulados (arts. 41, 81 e 89, da Lei nº 2.085-A).

Dá-se que a adoção de qualquer desses critérios de remuneração não caracteriza natureza intrínseca do serviço prestado, que se reveste sempre de caráter público. A natureza do serviço, quer se trate de cartório oficializado, seja de cartório não oficializado, não se transmuta, enquanto as custas constituem contraprestação de um serviço público, na modalidade de taxa remuneratória. Dispõe o art. 2º, do Regimento de Custas do Estado (DI, 122, de 13-8-69):...» (RTJ 67/348).

Acrescentou o Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, votando logo após:

«Com referência à retribuição, percebem remuneração tabelada pelo Estado, exigida das partes e interessados. E embora não se qualifique taxa, essa remuneração, está ela sujeita a alterar-se por força do poder, reconhecido ao Estado, de mudar a tabela ou regimento de custas.

Porque os serventuários prestam serviço público, o Estado pode adicionar, à exigência direta de remuneração aos interessados, a exigência de taxas a favor do próprio Estado. Assim se compreende que, v.g., em feitos judiciais, a par de taxas exigidas pelo Estado, cobráveis por este mediante executivo fiscal como dívida sua, senão satisfeitas oportunamente pelas partes, possa o serventuário cobrar suas custas por meio de ação executiva (C. Pr. Civ., art. 298, I).

Considerando, embora, e com ressalva de peculiaridades decorrentes das leis locais, como especial retribuição a dos serventuários de cartórios ou officios de Justiça (excluídos os casos chamados de oficialização das serventias), resta saber se é lícito à lei estadual reduzir a remuneração, com a exigência de parte dela pelo Estado.

Ora, como se trata de serviço público, atribuído ao serventuário, como é o Estado quem lhe fixa a tabela da retribuição, tenho que pode o Estado, do mesmo passo, reservar-se uma parcela dessa retribuição...» (RTJ 67/353-4).

12. Diante da exposição feita, o meu entendimento é o de que, quando da inativação, não era lícita a percepção dos proventos correspondentes aos respectivos postos militares. Daí porque ponho-me de conformidade com a autora desta ação rescisória, cuja inicial, embora transcrita no relatório, reproduzo, aqui, em dois tópicos:

«Os oficiais contra quem se propõem a presente Ação não possuíam, em 1951, tempo de serviço que lhes permitisse a reserva remunerada, haja vista que o Maj Dutra possuía 12 anos, 9 meses e 13 dias de serviço; o Maj Douglas, 14 anos, 4 meses e 16 dias; o Maj Cunha Ribeiro, 15 anos, 3 meses e 19 dias e o Capitão de Corveta Assumpção, 21 anos, 4 meses e 11 dias de serviço».

«O ato administrativo praticado pela Administração Militar, em 1951, revestiu-se de todas as formalidades e elementos essenciais. Ademais, teve como escopo as disposições legais e constitucionais pertinentes, ou sejam, a Constituição Federal de 1946, artigo 182, bem como o Decreto-Lei nº 9.698/46. Assim sendo, o ato que os réus contestaram revestiu-se de plena legalidade e constitucionalidade, que a sentença que se pretende rescindir violou frontalmente, maculada sobremaneira tanto a Carta Maior, como a lei federal.»

13. Esclareço, em resposta à contestação, fl. 39, que, como se trata de tema constitucional, à espécie não se aplicam os princípios das Súmulas 343/STF e 400/STF, conforme RTJ's 89/877 e 101/207, por todos.

14. Por entender contrariados os §§ 3º e 5º do art. 182 da Constituição de 1946, julgo procedente a ação rescisória, para rescindir a sentença de mérito, e, passando de um juízo a outro, julgo improcedente a ação ordinária. Custas e honorários advocatícios a cargo dos réus, arbitrados os últimos em dez por cento (10%) sobre o valor da causa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, em relação à existência de uma ação rescisória anteriormente proposta e a invocada tentativa de burlar a distribuição, tenho que o Sr. Ministro Relator colocou as coisa muito bem, porquanto

aquela primitiva ação, em realidade, não existia, porque tinha sido assinada por quem não tinha legitimidade para fazê-lo — não foi assinada por um Subprocurador-Geral da República e sim por um Procurador, possivelmente do Rio de Janeiro, que quis atacar a coisa julgada.

Em relação à decadência, posta em preliminar, tenho também que não têm razão os réus, porquanto, requerida a ação, está promovida a citação dos réus, e é assim que tem decidido esta Seção, dizendo que não há necessidade de se pedir a prorrogação a que se refere o art. 219, que, não obstante, no caso, houve, como ficou evidenciado.

Então, a demora da citação, que foi pequena, como destacou o Relator, deveu-se à mora da própria organização judiciária. Com relação ao mérito, tenho que não podiam esses militares passar para a reserva remunerada, porque não tinham tempo de serviço para isto. E, se passassem, não poderiam acumular.

Então, pelos dois motivos, a sentença rescindenda ofendeu os princípios vigentes na Constituição de 46.

Por isso, acompanho o eminente Relator, em todos os seus termos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, também acompanho o eminente Relator, tanto no que toca à questão preliminar como na questão de mérito.

Realmente, não seria possível debitar-se ao autor a demora dos serviços forenses em efetivar a citação. A Jurisprudência tem entendido que, quando há culpa da parte, aplicam-se os princípios que foram mencionados pelo eminente advogado da tribuna. Não é o caso dos autos, em que a citação se realizou com retardamento de cerca de dez dias, sem que se pudesse atribuir culpa à autora.

No mérito, também acompanho o eminente Relator.

Realmente, os réus, nesta ação rescisória, foram investidos em cargos ou funções altamente remunerados, e se beneficiaram com isso. Por isso, optaram pelo afastamento das fileiras do Exército. E a legislação da época não permitia a reserva remunerada.

Assim sendo, parece-me que, pelos fundamentos do voto do Ministro Relator e os acréscimos trazidos pelo eminente Ministro Dias Trindade, não há outra solução legal e justa, no caso, senão a procedência integral da ação rescisória.

Nesse sentido é o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, penso que o eminente Relator feriu, com notável precisão, o *punctum dollens* da controvérsia, consistente na questão da acumulação, posto que, mesmo que contassem os réus com tempo de serviço suficiente à inativação, não poderiam ser incluídos na reserva remunerada, à luz da Constituição de 1946.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.119 — RJ — (Reg. nº 5.637.970) — Relator: Sr. Ministro Nilson Naves. Autora: União Federal. Réus: Antônio João Dutra e outros. Advogado: Dr. Edmundo Lins Neto. Sust. Oral: Drs. Edmundo Lins Neto (pelos réus) e Cláudio Lemos Fonteles (pela Subprocuradoria-Geral da República).

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (1ª Seção, 2-3-88).

Firmou suspeição o Sr. Ministro Carlos Thibau.

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, Edson Vidigal, Fleury Pires, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.



ACÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.577 — RJ
(Registro nº 9.594.310)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Autor: *IAPAS*

Réus: *Osmar da Costa Machado e cônjuge*

Advogado: *Dr. Isaac Rubem Israel*

EMENTA: Processual civil. Acção rescisória. Sentença. Julgamento extra petita. Inocorrência.

Inexiste o vício de julgamento extra petita na sentença que ressalvou a situação do terceiro interessado, que veio a juízo reclamar seus direitos, ameaçados pela pretensão ajuizada.

Ação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar improcedente a acção, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 10 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O IAPAS ajuizou a presente acção objetivando rescindir sentença de primeiro grau que, ao julgar procedente acção ordinária que moveu contra Osmar da Costa Machado e sua mulher, para o fim de rescindir o compromisso de compra e venda celebrado entre as partes relativamente a imóvel ocupado pelos últimos, decidiu ressalvar a situação de terceiro, Sebastião Nunes da Silva, inclusive para reconhecer a este o direito de adquirir a unidade residencial.

Alega que a decisão contém o vício do julgamento *extra petita*, violando assim o disposto no art. 460, c/c os arts. 2 e 128, todos do CPC.

Para excluir do dispositivo esse acréscimo indevido, pediu a rescisão parcial da sentença.

À lide compareceu Maria Julia da Silva, através da petição de fls. 50/51, sustentando sua condição de concubina de Sebastião Nunes da Silva, reconhecida em sentença da 23ª Vara Cível do Rio de Janeiro, daí surgindo seu legítimo interesse jurídico. Sustenta que a decisão impugnada tem caráter interlocutório, motivo pelo qual não pode ser rescindida.

Os Réus, citados, não contestaram a ação.

Saneado o feito (fl. 82), somente o Autor manifestou-se sobre a produção de provas (fl. 84) e ofereceu razões finais (fls. 87/88).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação (fls. 90/91).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O extinto IAPI ajuizou ação ordinária contra Osmar da Costa Machado e sua mulher Odila Garrido da Silva Machado, com pedido de rescisão da escritura de promessa de compra e venda, pertinente à casa n.º 8 da rua Inácio Acioli n.º 55, Braz de Pina, sob alegação de que os Réus infringiram cláusula contratual ao efetuar a transferência dos seus direitos, sem a concordância do Instituto.

A Dra. Maria Rita Soares de Andrade, eminente Juíza Federal, sentenciou nestes termos:

«Quanto à infração contratual está provada. Dou provimento à ação para julgar rescindido o compromisso da compra e venda do Autor com o Réu. Ressalvo, porém, a situação do ocupante do imóvel — Sebastião Nunes da Silva. A Lei n.º 4.388/64 visou, justamente, resolver fatos como este de segurados que, sem qualquer título, ocupam imóvel dos Institutos. Mandou que se respeitasse a situação, vendendo os imóveis aos ocupantes.

Eis por que, embora julgando rescindido o compromisso de compra e venda do Autor com Osmar da Costa Machado, resolvo que esta decisão não pode surtir efeito contra Sebastião Nunes da Silva, ocupante do imóvel, ao qual a lei deferiu o direito de adquiri-lo.

Não julgo como oposição, por não comportar a espécie o requerido às fls. 63/64 pelo mesmo. Reconheço, porém, que a lei vigente lhe assegurou o direito à compra do imóvel que ocupa, do qual, embora em nome de terceiro, já pagou parte do preço ao INPS. Basta dizer que esta ação foi ajuizada em 1955. E só agora, 14 anos depois, está a terminar, em primeira instância.

A citação, requerida em 1955, só foi feita em 1958. O pedido de autorização para transferência é de 23-10-53 — data de 16 anos, no mínimo, a ocupação. O direito do ocupante à compra do imóvel decorre de lei expressa (§ 8.º do art. 65 da Lei n.º 4.380/64).

Condeneo o Réu a pagar as custas do processo e honorários de advogado que arbitro em 10% sobre o valor da causa.»

A apelação ofertada não foi conhecida, em face do disposto no art. 4.º, da Lei n.º 6.825, de 1980, consoante acórdão da Egrégia 1ª Turma, lavrado pelo Ministro Costa Leite (cfr. fls. 22/27). Ao apreciar os embargos infringentes, o MM. Juiz a quo manteve a sentença monocrática, ensejando, a presente rescisória.

Inicialmente deve ser ressaltada a curiosa intervenção, no processo originário, de Sebastião Nunes da Silva (fls. 63/65), onde, a título de oposição, peticionou para requerer o reconhecimento da legitimidade da transferência do contrato, e em nenhum momento foi resolvida essa situação, inobstante o protesto da Autarquia (fls. 92/93).

Na verdade, ainda que não se possa conceber como oposição a intervenção manifestada por Sebastião Nunes da Silva, o certo é que tinha ele interesse na causa, na condição de litisconsorte passivo necessário, a teor do disposto no art. 47 do CPC, pois, na oportunidade, já tinha, certo ou errado, transacionado com Osmar da Costa Machado a transferência do contrato e ocupava o imóvel desde 1953, consoante expressa declaração constante de fl. 86 (apenso).

Ora, na pior das hipóteses, tinha a posse mansa e pacífica da unidade e, por conseguinte, legítimo interesse na causa.

Portanto, ainda que haja equívoco na figura escolhida para seu ingresso no feito, não se pode conceber como um estranho ao processo. Até mesmo como terceiro prejudicado (art. 499 do CPC), poderia Sebastião integrar a lide, para recorrer se a sentença afetasse sua situação.

É certo que a decisão rescindenda teceu considerações dispensáveis, quando se referiu ao direito de compra do imóvel por parte do seu ocupante. Todavia, há de se entender os comentários como reforço à ressalva feita em relação ao mesmo. Ora, constituiria omissão a ausência de exame da cessão de direitos, já que o cessionário veio ao processo reclamar a sua legitimidade. Ao conceber que o pleito da Autarquia não poderia alcançá-lo, em virtude do ordenamento jurídico que assegurava a compra do imóvel, ao sentenciante outra solução não cabia senão a de opor a ressalva que fez. E para justificá-la teve de registrar o direito à aquisição, não como cláusula condenatória, e sim como argumento para declarar o inalcance da rescisão do contrato ao terceiro interessado.

Não houve, desta forma, julgamento *extra petita*, nos moldes da previsão ínsita no art. 460 do CPC. O Juiz decidiu a lide nos termos do pedido, ao decretar a rescisão do compromisso de compra e venda firmada entre o Instituto e Osmar da Costa Machado. Parece evidente que, conhecendo a situação de Sebastião Nunes da Silva, que integrou o processo, não poderia silenciar permitindo que a sentença o atingisse, por via oblíqua, principalmente diante da circunstância de ser ocupante do imóvel, já por longo período, e haver dado continuidade ao regular pagamento das prestações devidas, ainda que em nome do cedente.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação. Condeno o Autor em honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa, além de reversão do depósito em favor do Réu (art. 494 do CPC).

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.577 — RJ — (Reg. nº 9.594.310) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Autor: IAPAS. Réus: Osmar da Costa Machado e cônjuge. Advogado: Dr. Isaac Rubem Israel.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação. (Em 10-8-88 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal não participaram do julgamento. Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves e Dias Trindade votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Otto Rocha não compareceu à Sessão por motivo justificado. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.304 — RJ

(Registro nº 9.564.306)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Agravantes: *Ana Maria Lercher e Maria Rosa Santi*

Agravada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Maria Lucília Ferreira Mendes*

EMENTA: Penal. Estrangeiro. Regime carcerário. Progressão. Agravo de execução penal.

A Constituição Federal assegura direitos iguais a brasileiros e estrangeiros e, por sua vez, nossas legislações específicas, tanto penal como das execuções penais, não obstam a progressão nos regimes prisionais, desde que sejam satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos determinados nas normas concernentes, contudo, unicamente a circunstância de ser a pena imposta igual e não superior a oito (8) anos de reclusão não obriga ao julgador a fixação inicial no regime semi-aberto de prisão.

Além dos critérios estabelecidos no artigo 59 do C. Penal, o julgador deverá sopesar, se existentes, circunstâncias próprias de cada caso em exame.

Assim, as condições para a admissibilidade da progressão do regime fechado para o aberto hão de ser compatibilizadas com a situação de nacional, estrangeiro com visto permanente ou não. Sendo indispensável ainda a classificação na forma dos arts. 5º e seguintes da Lei de Execução Penal, que poderá ser determinada pelo MM. Juiz das Execuções Criminais.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 9 de outubro de 1987.

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Ana Maria Lercher e Maria Rosa Santi, com fundamento no art. 197 da Lei nº 7.210/84, oferecem agravo de instrumento contra a r. decisão do MM. Dr. Juiz da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que indeferiu requerimento formulado no sentido de progredirem do regime fechado a que se acham subordinadas para o regime aberto, na modalidade prisão albergue, por se tratarem de apenados estrangeiros.

Alegam as agravantes fazerem jus à progressão no regime carcerário porque, além de atenderem os pressupostos legais prescritos para a sua concessão, a nossa Lei Penal não diferencia sua aplicação entre brasileiros e estrangeiros.

Com vistas dos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvemento do recurso quanto à progressão do regime carcerário fechado para o aberto, e pela concessão de *habeas corpus ex officio* para que sejam tomadas as providências do art. 117 da Lei das Execuções Penais no sentido de ser verificada a possibilidade de serem progredidas para o regime carcerário semi-aberto.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, Ana Maria Lercher e Maria Rosa Santi agravam da r. decisão que indeferiu pedido de progressão do regime carcerário de prisão fechada, para o regime aberto, face à inexistência da diferença entre estrangeiro e nacional na obtenção da referida progressão.

O r. despacho atacado, mantido posteriormente pelo seu ilustre prolator, está vazio nos seguintes termos:

«Entendo que apenas progressão parcial aplica-se nos casos que envolvem apenados estrangeiros, condenados sobretudo por crimes de tráfico de drogas.

Não se pode conceder regimes diferentes dos fechados, desde que aquela permitiria saídas extramuros de pessoas em situações irregulares (cf. *Celso Delmanto*: «Tóxicos», 1982, pág. 88). (Lei nº 6.815, de 19-8-80, art. 98).

Indefiro, portanto, o pedido, inclusive de conformidade com a promoção.»

Inquestionavelmente, a Constituição Federal assegura direitos iguais a brasileiros e estrangeiros e, por sua vez, as nossas legislações específicas, tanto penal como das execuções penais, não obstam a progressão nos regimes prisionais, desde que sejam satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos determinados nas normas concernentes, contudo, unicamente a circunstância de ser a pena imposta igual e não superior a oito (8) anos de reclusão não obriga ao julgador a fixação inicialmente do regime semi-aberto de prisão.

Além dos critérios estabelecidos no artigo 59 do C. Penal, o julgador deverá sopesar, se existentes, circunstâncias próprias de cada caso em exame.

No particular, verifica-se que o I. Julgador considerou e não poderia deixar de fazê-lo a circunstância da situação irregular das ora agravantes no país, como impeditiva de suas saídas extramuros do estabelecimento prisional.

As ora agravantes não trouxeram para os presentes autos qualquer elemento comprovador de que tivessem ingressado em nosso território com visto permanente, que as possibilitaria aqui se domiciliarem, trabalharem, estudarem ou exercerem outra atividade autorizada.

Ante tal situação, não vejo como possa atender a pretensão das requerentes estabelecendo-lhes o regime aberto de prisão, pois não teriam condições de exercer permanentemente atividade laboral, caso contrário estar-se-ia, como salienta a ilustrada

Subprocuradoria-Geral da República, dando aos estrangeiros não residentes e criminosos mais direitos do que se daria a estrangeiros não residentes e não criminosos.

Embora tenha para mim que as agravantes possam beneficiar-se com o cumprimento da pena no regime semi-aberto, trabalhando em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, verifico a inexistência nos autos de elementos que possibilitem tal progressão, pois sequer há referência de que se tenha procedido à classificação determinada nos artigos 5º e seguintes da Lei de Execução Penal, o que poderá ser determinado pelo MM. Juiz das Execuções Criminais, para que seja verificada a possibilidade de progressão.

Com estas considerações nego provimento ao agravo.

É como voto.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Ana Maria Lercher e Maria Rosa Santi, com fundamento no art. 197 da Lei nº 7.210/84, oferecem agravo de instrumento contra a r. decisão que, nos autos da Ação Penal a que responderam perante o Juízo da 13ª Vara-RJ, ora em fase de execução, indeferiu requerimento formulado no sentido de progredirem do regime fechado a que se acham subordinadas para o regime aberto, na modalidade prisão albergue.

A r. decisão atacada tem o seguinte teor:

«Entendo que apenas progressão parcial aplica-se nos casos que envolvem apenados, estrangeiros, condenados sobretudo por crimes de tráfico de drogas.

Não se pode conceder regimes diferentes dos fechados, desde que aquela permitiria saídas extramuros de pessoas em situações irregulares (Cf. *Celso Delmanto*: «Tóxicos» (1982, pg. 88). (Lei nº 6.815, de 19-8-80, art. 98).

Indefiro, portanto, o pedido, inclusive de conformidade com a promoção.»

Em contra-razões, o Ministério Público opina no sentido da concessão do benefício (fl. 19).

Subiram os autos sem manifestação expressa do Dr. Juiz mantendo ou reformando a r. decisão recorrida.

Nesta Superior Instância, o douto Ministério Público Federal, às fls. 23/24, requer sejam baixados os autos em diligência para que o MM. Juiz *a quo* mantenha ou reforme sua decisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, acollo o parecer do douto Ministério Público Federal (fls. 23/24), nestes termos:

«Não consta dos autos o despacho mantendo ou reformando a decisão agravada, cf. fl. 20.

A Lei nº 7.210/84 prevê a figura do agravo, sem fixar-lhe a tramitação.

O RI/TFR, prevendo a figura do agravo regimental (art. 258/259), fixa o juízo de retratação como necessário.

O RI/STF, do mesmo modo (§ 2º do art. 317), assim considera:

Acreditamos que, na espécie, deve ser mantido o juízo de retratação que é regra na tramitação do agravo, devendo se pronunciar o d. Juiz mantendo ou reformando o despacho agravado.

Assim que sejam os autos baixados em diligência para que o d. Juiz reforme ou mantenha o seu despacho, após o que emitiremos parecer sobre o mérito do Recurso.»

Desta forma, reportando-me ao parecer «suso», determino a baixa dos autos em diligência, para que o MM. Juiz *a quo* mantenha ou reconsidere o r. despacho agravado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgEPen. nº 1.304 — RJ — (Reg. nº 9.564.306) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scar-tezzini. Agrtes.: Ana Maria Lercher e Maria Rosa Santi. Agrda.: Justiça Pública. Adv.: Maria Lucília Ferreira Mendes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (3ª Turma — 9-10-87).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.808 — SP
(Registro nº 7.902.565)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*
Agravante: *Iapas/BNH*
Agravada: *Refrigeração Mereso Ltda.*
Advogado: *Dr. Tirso da Silva*

EMENTA: Execução fiscal. Não localização de bens da executada. Pedido de requisição de informações.

Cabe à exequente esgotar todas as diligências, a seu cargo, na colheita dos elementos necessários ao prosseguimento do feito. Injustificável, em tais casos, a substituição da iniciativa do interessado pela do órgão judiciário.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, representando o Banco Nacional da Habitação — BNH, nos autos do executivo fiscal que move contra Refrigeração Mereso Ltda., agrava de instrumento da decisão transladada à fl. 15, que indeferiu o pedido de requisição de informações à Delegacia de Imposto de Renda, ao Posto Fiscal Estadual e aos cartórios de registros de imóveis, pertinentes à localização de bens da executada.

Formado o instrumento, foram os autos conclusos ao MM. Juiz *a quo* que manteve a decisão agravada.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 15/18, pelo provimento do agravo «para determinar a expedição de ofício requisitando as informações necessárias ao prosseguimento da execução».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): O Código Tributário Nacional, no seu artigo 198 *caput*, obsta a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de informação obtida em razão de ofício, «sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades». Contudo, no parágrafo único desse dispositivo, excetua de vedação os casos que prevê no artigo seguinte, bem como «os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça».

Em diversas oportunidades tenho, em nome do interesse da justiça, dado atendimento à pretensão de exequente em obter, junto à Receita Federal, informações que possibilitem a prestação jurisdicional, quando caracterizada a sua impossibilidade de lograr, de outro modo, tais informações (vg entre outros o AI 41.599-SP, transcrito no parecer da Subprocuradoria-Geral da República).

No caso em tela, porém, o requerimento da agravante para que se expedisse, também, ofício aos cartórios de imóveis objetivando a obtenção de informações acerca da existência de bens em nome da executada, deixa claro que não esgotou, de todo, as diligências a seu cargo, na colheita dos elementos necessários ao prosseguimento do feito.

A essa constatação não merece reparo o despacho atacado, posto nestes termos:

«Fl. 14 vº. Indefiro.

Tais diligências cabe ao A. promover. O Judiciário só age nesses casos após exauridas as vias ordinárias.»

Nego, pois, provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 49.808 — SP — (Reg. nº 7.902.565) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Miguel Ferrante. Agrte.: IAPAS/BNH. Agrda.: Refrigeração Mereso Ltda. Adv.: Dr. Tirso da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (em 14-9-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.217 — MG
(Registro nº 7.991.339)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *SANVEL — Santos Veículos Ltda.*

Agravada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Fernando Luiz Castanon Conde e outros*

EMENTA: FINSOCIAL. Desnecessidade da prova pericial.

Desnecessidade da realização de perícia, no caso, posto que, em se cuidando de FINSOCIAL, não se aplicam as regras do art. 166 do CTN e da Súmula 546 do STF.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, 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, 21 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: SANVEL — Santos Veículos Ltda., nos autos da ação de repetição de indébito que move contra a União Federal, agrava de instrumento da decisão trasladada à fl. 26, que deferiu a realização de perícia contábil para se apurar a repercussão de ônus tributário.

Contra-razões às fls. 30/31.

Formado o instrumento, foram os autos conclusos ao MM. Juiz *a quo*, que manteve a decisão agravada.

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer às fls. 35/36, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): Examinando matéria análoga à versada nestes autos, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 49.736-MG, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, esta Turma decidiu, por maioria:

«Processual Civil. Tributário. FINSOCIAL. Restituição. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula 546-STF. Prova pericial. Indeferimento. CPC, art. 130.

I — Tratando-se de FINSOCIAL, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta (DL 1.940/82, art. 1.º, §§ 1.º e 2.º). Destarte, não está a ação de restituição do FINSOCIAL sujeita ao art. 166, CTN, e à Súmula 546-STF.

II — Prova pericial desnecessária: deve o juiz indeferi-la (CPC, art. 130).

III — Agravo provido.»

Prevaleceu, com minha adesão, o voto do Ministro Carlos Velloso, forte em sustentar que deve o juiz indeferir provas desnecessárias (art. 130 do CPC).

Deveras, a pretendida perícia é de todo inútil, no caso, posto que, em se cuidando de FINSOCIAL, não se aplicam as regras do art. 166 do CTN e da Súmula 546 do STF, pertinentes à restituição de tributos que, por sua natureza, comportam a transferência do encargo financeiro. É que o ônus financeiro, resultante do recolhimento das contribuições, na hipótese, é suportado diretamente pelo contribuinte, sem ensejo à repercussão, consoante o pacífico entendimento jurisprudencial.

Em tal situação, não há porque o Tribunal, que substitui o juiz à vista do recurso, autorizar a realização de uma prova que somente acarretará despesas para as partes, sem nenhum proveito prático à solução da demanda.

A essas considerações, dou provimento ao agravo.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Nego provimento, nos termos do voto que proferi no Agravo de Instrumento 49.736-MG:

«A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, em se tratando da contribuição relativa ao FINSOCIAL, não há cogitar da incidência do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Esta matéria, entretanto, não pode ser examinada e decidida nesta fase, afrontando-se o entendimento do Juiz que naturalmente considera necessária a prova para formar seu convencimento. Há que se facultar ao julgador de primeiro grau a reunião de todos os elementos que tenha como relevantes para embasar a sentença.

Nego provimento».

EXTRATO DA MINUTA

Ag n.º 51.217 — MG — (Reg. n.º 7.991.339) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Miguel Ferrante. Agrte.: SANVEL — Santos Veículos Ltda. Agrda.: União Federal. Advs.: Fernando Luiz Castanon Conde e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, deu provimento ao agravo (em 21-9-88 — 6.ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.542 — RJ
(Registro nº 7.758.286)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Agravantes: *Carmelinda Rosa e outros*

Agravada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Gustavo Vianna de Siqueira e outros*

EMENTA: Processo civil. Ação de repetição de indébito. FNT. Perícia.

A realização de prova pericial é direito da parte, que somente pode ser negado se configurada qualquer das hipóteses referidas no parágrafo único do art. 420 do CPC, do que decorre a impossibilidade de ser indeferida sem qualquer justificativa. Agravo provido para anular a decisão recorrida e determinar que outra seja proferida atendendo ao disposto na norma processual própria.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro **ARMANDO ROLLEMBERG**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Em ação proposta contra a União pleiteando a repetição de importâncias relativas à sobretarifa do FNT, os autores requereram a realização de perícia na contabilidade das empresas que as arrecadaram, e, indeferida tal providência pelo Juiz, interpuseram agravo de instrumento, que foi processado.

A Subprocuradoria, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): De acordo com o disposto no parágrafo único do art. 420 do CPC, o juiz indeferirá a perícia quando:

- «I — a prova de fato não depender do conhecimento especial de técnico;
- II — for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III — a verificação for impraticável.»

Tem-se, assim, que a realização de prova pericial é direito da parte, que somente pode ser negado se configurada qualquer das hipóteses referidas, do que decorre a impossibilidade de ser indeferido, como ocorreu no caso sob apreciação, sem qualquer justificativa.

Meu voto, por isso, é dando provimento ao agravo, para anular a decisão recorrida e determinar que outra seja proferida atendendo ao disposto na norma processual própria.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 51.542 — RJ — (Reg. nº 7.758.286) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agrtes.: Carmelinda Rosa e outros. Agrda.: União Federal. Advs.: Drs. Gustavo Vianna de Siqueira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 27-4-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.076 — RS
(Registro nº 9.554.351)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Agravante: *Cia. Indl. Linheiras S/A*

Agravada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Roberto Rubem Pinheiro Rangel*

EMENTA: Processual Civil. Remição da execução e remição de bens. Prazo. Arrematação. CPC, arts. 751 e 788.

I — A remição da execução, ou o resgate da dívida (CPC, art. 651), que se distingue da remição de bens (CPC, arts. 787 a 790), pode ser requerida até a assinatura dos autos de arrematação ou adjudicação, ou da publicação da sentença de adjudicação (CPC, arts. 694 e 715).

II — Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de setembro de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de agravo de instrumento tomado por Cia. Indústrias Linheiras S/A contra a decisão reproduzida à fl. 68, através da qual o Dr. Juiz da 1ª Vara Cível de Pelotas-RS, nos autos da execução fiscal promovida pela União Federal contra a ora agravante, indeferiu o pedido de remição (fl. 61) feito por esta última, porque posterior à arrematação.

Assim a decisão agravada:

«A pretensão da devedora foi remir a dívida e não o bem, eis que depositou o valor aproximado da dívida e não aquele pelo qual o bem foi alienado.

Conf. o art. 651 do CPC, a remissão da dívida só é possível antes da arrematação, o que não é o caso presente.

Assim, indefiro o pedido da devedora, de fl. 57. Exp. Alvará de levantamento do valor de Cz\$ 56.170,75, que foi depositado para tal fim, em favor da devedora, após o trânsito em julgado desta decisão.»

..... (fl. 68).

Sustenta a agravante que «a remição da execução, o resgate da execução, é possível a qualquer momento do processo de execução, consoante dispõe o art. 651 do CPC», sendo certo que o direito do devedor poderá ser exercido até a assinatura dos autos de arrematação ou adjudicação, ou da publicação da sentença de adjudicação. Observa que seu pedido de remição ficaria prejudicado se feito após a expedição da carta de arrematação. Diz que a doutrina é unânime em reconhecer esse direito do devedor.

Respondeu a agravada à fl. 73v.

Subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 81/82, opina pelo improvimento do agravo, por entender que o pedido de remição não atendeu ao prazo previsto no art. 651 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): No voto que proferi por ocasião do julgamento do Ag. nº 41.597-PR, examinei a matéria aqui discutida e estabeleci a distinção entre a *remição da execução* (CPC, art. 651) e a *remição de bens* (CPC, art. 787).

Destaco do voto que então proferi:

«Há que distinguir a *remição da execução* (CPC, art. 651) da *remição de bens* (CPC, art. 787).

A *remição da execução* é o resgate da dívida, mediante o pagamento do principal, mais juros, custas e honorários advocatícios, o que poderá ocorrer antes da arrematação ou adjudicação dos bens penhorados (CPC, art. 651).

Podem remir a execução «tanto o devedor (art. 651 do CPC), como qualquer terceiro, interessado ou não (art. 930 e parágrafo único do C. Civil) (1). E esse direito pode ser exercitado enquanto não assinado o auto de arrematação ou de adjudicação, ou não publicada a sentença de adjudicação, pois até então não se consideram arrematados ou adjudicados os bens penhorados (2).» (Humberto Theodoro Jr., «Processo de Execução», EUD, São Paulo, 1979, 5ª ed., p. 447).

A *remição de bens* executados (CPC, arts. 787 a 790) «é benefício inspirado na equidade, para evitar que bens de estimação saiam da família, enquanto isso seja possível sem prejudicar a execução» (E. T. Liebman, «Processo de Execução», Saraiva, São Paulo, 1963, 2ª edição, p. 122) e «consiste na liberação dos bens penhorados, feita pelo cônjuge, o descendente ou o ascendente do devedor, após a arrematação ou a adjudicação (mas antes da assinatura do auto ou publicação da sentença), mediante o depósito do preço por que foram alienados ou adjudicados». (Humberto Theodoro Jr., ob. cit., p. 448).

A remição de bens e a remição da execução não se confundem, pois, na sistemática processual (Orlando de Souza, Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete «Remição de Bens Executados — II», vol. 64., p. 487), certo que, se, «no Código revogado permitia-se ao próprio devedor, além dos parentes, o exercício da remição de bens, o que era motivo para infundáveis polêmicas a respeito da possibilidade ou não de renovação de penhora sobre a coisa resga-

tada», o mesmo não ocorre no sistema do CPC de 1973, que restringe «aos parentes e ao cônjuge o direito de remir os bens executados (5). Ao devedor, portanto, só cabe agora o direito de remir a execução, o que se faz mediante resgate integral da dívida e acessórios (art. 651)». (Humberto Theodoro Jr., ob. cit., p. 448).

II

Posta assim a questão, força é concluir no sentido do desprovemento do agravo.

É que a devedora, uma pessoa jurídica, pretendeu remir os bens executados, após o leilão, pelo preço porque foram alienados.

Não tinha direito a fazê-lo, porque, conforme acima dissertamos, o CPC de 1973, art. 787, não conferiu ao devedor a faculdade de remir os bens executados.

Confirmo a decisão agravada.

Nego provimento ao recurso.»

Conforme a lição de Humberto Theodoro Jr., acima transcrita, o resgate da dívida, ou a remição da execução, pode ser exercido enquanto não efetivada a arrematação ou adjudicados os bens (CPC, art. 651), vale dizer, enquanto não assinado o auto de arrematação ou de adjudicação, ou não publicada a sentença de adjudicação. Essa lição é também de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, em nota ao art. 651, escreveu: «Esse direito pode ser exercitado até a assinatura dos autos de arrematação ou adjudicação, ou da publicação da «sentença» de adjudicação (arts. 694 e 715). Não se confunde este instituto com o da remição de bens (arts. 787 a 790)». (Sálvio de Figueiredo Teixeira, «Código de Processo Civil Anotado», Forense, 1984, art. 651, pág. 288).

No voto que proferiu por ocasião do julgamento do RE nº 91.053-RJ, o Relator, eminente Ministro Djaci Falcão, deixou claro, forte nas lições de Amílcar de Castro («Comentários ao CPC», VIII/315) e Celso Neves («Comentários do CPC», 2ª ed., VII/133), que o prazo de 24 horas para lavratura ao auto de arrematação foi instituído para que pudesse ser exercido o direito de remição previsto nos artigos 651 (remição da execução) e 788 (remição de bens) (RTJ, 94/386, especialmente pág. 392).

No caso, o pedido de remição da execução foi feito antes da assinatura do auto de arrematação. Isto ficou claro no parecer do 1º Curador Cível, o Dr. Manoel Cipriano de Moraes, que escreveu (fl. 73v.):

«Tenho para mim que assiste razão à agravante.

Realmente a remição da execução e a remissão de bens são institutos diferenciados. O primeiro é privilégio do devedor, com o depósito do valor da dívida e encargos, o segundo é permissão ao cônjuge, ascendente ou descendente do devedor para, mediante o depósito do preço da alienação ou adjudicação, liberarem os bens objeto da execução.

O momento processual para remir a execução ou os bens, entretanto, é o mesmo: o do artigo 788 do CPC.

É verdade que para remir a execução o devedor pode se antecipar àquele prazo, pode fazê-lo a todo tempo, antes da arrematação, faculdade do art. 651 do CPC. O prazo limite, entretanto, é o do art. 788 do CPC, uma vez assinado o auto, acabada está a arrematação.

É o parecer.»

.....(fl. 73v.).

Do exposto, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 52.076 — RS — (Reg. n° 9.554.351) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Agrte.: Cia. Indl. Linheiras S/A. Agrda.: UNião Federal. Adv.: Dr. Roberto Rubem Pinheiro Rangel.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. 23-9-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 53.408 — SP
(Registro nº 7.626.118)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Agravante: *FURNAS — Centrais Elétricas S/A*

Agravado: *Aldino Pinotti — Espólio*

Advogados: *Drs. Jacy de Paula Souza Camargo e outros (agrite)*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação. Honorários do perito do juízo. Fixação.

I — Conquanto disponha o Regimento de Custas da Justiça Federal (Lei 6.032/74) seja observada a Tabela V, itens II e III, não há negar que ditas observações hão de ser aplicadas cum granum salis.

II — Nas ações expropriatórias, o trabalho do perito não se cingiu, apenas, à avaliação dos bens expropriandos, por isso que cabe ao juiz, considerando a complexidade da perícia, as condições financeiras das partes, a natureza da demanda, dentro dos limites da prudente discricão, maior elasticidade na remuneração do trabalho pericial.

III — Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por FURNAS — Centrais Elétricas S/A, inconformada com a r. decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, que, nos autos da ação de desapropriação proposta contra o Espólio de Aldino Pinotti, arbitrou honorários periciais.

Aduz a agravante, em síntese, que os honorários do perito teriam que cingir-se aos limites postos na Lei 6.032/74.

Recebido o recurso, extraídas as peças indicadas pelas partes, e devidamente contraminutado, foram os autos conclusos ao ilustre magistrado de primeiro grau, que manteve a decisão agravada.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, insurge-se a agravante, como visto, contra a fixação dos honorários do perito. Sem razão, entretanto, a irresignação, porque a pretensão da agravante, em síntese, pugna por remuneração não condigna ao trabalho do perito, desrespeitando, destarte, o princípio constitucional da justa indenização, eis que obstacula o comparecimento de profissionais competentes.

Ora, o trabalho do perito, *in casu*, demandou pesquisas de preço com elementos comparativos hauridos de anúncios de ofertas em jornais do Estado em que se situa o imóvel expropriado, pesquisas em cartórios, avaliação da área atingida, o que faz ver a execução de trabalho minudente, a ensejar remuneração digna.

Ademais, impende frisar que o juiz monocrático, perto dos fatos controvertidos, sopesando o trabalho do louvado do juízo e atento à complexidade da perícia, condições financeiras das partes e natureza da demanda, dentro dos limites da prudente discricção fixará a remuneração do trabalho pericial.

Aliás, em julgando o Agravo de Instrumento nº 51.406-SP, do qual fui Relator, em data de 25 de fevereiro do corrente ano, esta colenda Turma, em decisão unânime, negou provimento ao agravo, ficando o aresto assim ementado, *verbis*:

«Administrativo. Desapropriação. Honorários do perito do juízo. Fixação.

I — Conquanto disponha o Regime de Custas da Justiça Federal (Lei 6.032/74) seja observada a Tabela V, itens II e III, não há negar que ditas observações não de ser aplicadas *cum granum salis*.

II — Nas ações expropriatórias, o trabalho do perito não se cingiu, apenas, à avaliação dos bens expropriandos, por isso que cabe ao juiz, considerando a complexidade da perícia, as condições financeiras das partes, a natureza da demanda, dentro dos limites da prudente discricção, maior elastério na remuneração do trabalho pericial.

III — Agravo desprovido.»

Como a espécie em julgamento adequa-se ao paradigma referido, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 53.408 — SP — (Reg. nº 7.626.118) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Furnas — Centrais Elétricas S/A. Agrdo.: Aldino Pinotti — Espólio. Advogados: Drs. Jacy de Paula Souza Camargo e outros (agрте).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 12-8-87 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.243 — MG
(Registro nº 9.733.868)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *IAPAS*

Agravada: *CONTEC S.A. — Construtora Técnica*

Advogados: *Drs. Maria do Carmo de Aquino e outro e Dr. Sebastião Baptista de Vasconcelos*

EMENTA: Ação Anulatória de Débito Fiscal. Substituição do depósito prévio por carta de fiança.

O depósito preparatório, previsto no art. 38 da Lei nº 6.830/80, não é condição de procedibilidade da ação anulatória do ato declarativo de dívida, mas tem, apenas, efeito de suspender a exigibilidade do crédito (art. 151, II — CTN). O dispositivo legal cuida de depósito em dinheiro do valor da dívida, não abrindo espaço ao julgador para aceitação de outra garantia, em substituição à exigida, ainda que idônea.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O IAPAS — Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, nos autos da ação ordinária que lhe move CONTEC S.A. — Construtora Técnica, agrava de instrumento da decisão trasladada à fl. 53 que admitiu a substituição do depósito, efetuado pela agravada, por carta de fiança.

Resposta, às fls. 86/90.

Formado o instrumento, foram os autos conclusos ao MM. Juiz *a quo* que manteve a decisão agravada.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 94/95, pelo improviamento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): Em ação anulatória de débito fiscal, o despacho agravado admitiu a substituição do depósito prévio por carta de fiança.

Contudo, a Lei 6.830, de 1980, dispõe, no seu art. 38, *in verbis*:

«Artigo 38. A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos».

A doutrina e a jurisprudência dominantes concluem que há inquestionável colisão dessa norma com o disposto no § 4º do art. 153 da Constituição Federal, afastando a idéia de que o depósito prévio possa constituir condição de procedibilidade da ação anulatória do ato declarativo de dívida fiscal. A satisfação do ônus desse depósito tem, apenas, efeito de suspender a exigibilidade do crédito (art. 151, II, do CTN), desautorizando, via de consequência, a instauração da execução fiscal.

Dentro desse contexto, o ingresso da Autora em Juízo para pleitear a anulação do débito está condicionado à exigência do depósito de seu valor. Realmente, objetivando a ação a suspensão da exigibilidade do crédito, impõe-se a observância da lei que, no caso, exige depósito prévio «do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos».

Evidentemente o texto legal cuida de depósito em dinheiro do valor da dívida, não abrindo espaço ao julgador para aceitação de outra garantia, em substituição à exigida, ainda que idônea. Com razão aduz a autarquia agravante:

«Exatamente por se tratar de coisa pública é que o dever nos impele a exigir, com respaldo na lei como ficou demonstrado às fls. 3/6, uma garantia que não seja a mais efêmera, a mais instável e insegura.

Conquanto não se discuta a idoneidade do fiador — Banco do Progresso S.A., as graves mutações político-sócio-econômicas que abalam o mercado nacional e internacional, com profundas repercussões no sistema financeiro, nos levam a assegurar que o depósito em dinheiro, na forma efetuada, é a forma de garantia mais segura.

Se hoje a idoneidade do fiador é incontestada, o que dizer do final da lide, se o exemplo hodierno nos revela, vez por outra, a fragorosa ruína de sólidos conglomerados financeiros, outrora de indiscutível idoneidade?»

A essas considerações, dou provimento ao agravo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, o depósito, como salientou o eminente Ministro Relator, só se faz necessário na medida em que a parte pretenda inibir a execução fiscal. Se se limitasse o seu pedido à anulação do débito, claro está que, consoante jurisprudência pacífica, não haveria sequer necessidade de depósito para admitir-se o exame do seu pedido.

Acompanho S. Exa., com essa observação.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 54.243 — MG — (Reg. n° 9.733.868) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Agrte.: IAPAS. Agrda.: CONTEC S.A. — Construtora Técnica. Advs.: Maria do Carmo de Aquino e outro e Sebastião Baptista de Vasconcelos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (em 26-9-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Eduardo Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Carlos Velloso e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.663 — DF
(Registro nº 9.918.809)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*
Agravante: *União Federal*
Agravado: *Alubraz Empresa Técnica de Montagem Ltda.*

EMENTA: Execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional contra sociedade não localizada — Citação de sócio.

Se, proposta execução fiscal contra sociedade de pessoas, não é localizada a sede ou estabelecimento desta, a providência admissível é a citação na pessoa de sócio, o qual, se for o caso, comprovará a existência da sociedade, com bens bastantes, afastando assim a sua responsabilidade solidária, ou que não exerceu cargo de direção e nem praticou ato nas condições previstas no art. 135 do CTN, não sendo, por isso, responsável pelo débito. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos dar provimento ao agravo, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A União ajuizou execução fiscal contra Alubraz Empresa Técnica de Montagem Ltda., e, certificado pelo Oficial de Justiça que no endereço da executada estava instalada outra empresa, e que fora informado da sua mudança para o Rio de Janeiro, requereu fossem citados os sócios da devedora, pedido que veio a ser indeferido pela decisão seguinte:

«É indevida a citação do responsável tributário, por substituição, se a empresa executada sequer foi citada ainda, nem mesmo por edital, já que não localizado o seu endereço no domicílio fiscal.

No caso, há notícia, nos autos, de bens — dois automóveis — registrados no domicílio fiscal da executada (DF — cf. fls. 23/24), em nome dela.

Por isso, revogo os despachos de fl. 34 e fl. 31.

«Solicite-se, por telex, a devolução, independente do cumprimento, da CP de fl. 32.

Promova a exequente o andamento do processo como de direito.»

Dessa decisão a exequente interpôs agravo de instrumento invocando julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, assim ementados:

«Execução Fiscal. Legitimidade passiva.

As pessoas referidas no inciso III do artigo 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim sendo, se lhes aplica o disposto no artigo 568, V, do Código de Processo Civil, não obstante seus nomes não constarem no título extrajudicial. Assim, podem ser citadas — e ter seus bens penhorados — independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no artigo 135, *caput*, do CTN. Matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida amplamente em embargos à execução (art. 745, parte final, do CPC, j. 16-12-80, *DJ* de 3-4-81, p. 2856, *apud* Milton Flaks, obra citada pág. 139).»

«Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. Responsabilidade tributária. Sócio-gerente.

Basta a condição de sócio-gerente do diretor de sociedade, com gestão à época do fato gerador, para justificar o pedido de citação do ex-sócio, na execução fiscal contra pessoa jurídica extinta irregularmente, que pode ter seus bens penhorados, independentemente de seu nome constar no título executivo.

A matéria a que alude o art. 135 do CTN poderá ser amplamente discutida em embargos. Precedentes.

Deu-se provimento ao agravo» (AI nº 45.298-SP, Relator Min. Sebastião Reis, j. 25-3-85, *DJ* 18-4-85, pág. 5393).

«Tributário. Sócio. Responsabilidade. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Penhora de bens do sócio-gerente (Decreto 3.708/1919, art. 10; CTN, artigo 135, III).

I — Não pode ser indeferido, liminarmente, pedido de citação do sócio dirigente, para responder pela execução, pessoalmente, no caso de inexistência de bens da firma. Por que, em tese, é possível a penhora de bens do patrimônio pessoal do administrador da empresa, uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Decreto 3.708/1919, art. 10; CTN, art 135, III).

II — Agravo provido» (AI nº 45.634-PE, Relator Min. Carlos M. Velloso, j. 13-3-85, *DJ* 18-4-85, pág. 5380).

«Execução fiscal. Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio.

I — Em regra, os sócios, na sociedade por quotas, não podem ser acionados por dívida da mesma; excepcionalmente, admite-se a execução contra eles, se a sociedade tiver sido dissolvida irregularmente, sem que se encontrem bens da sua propriedade, nada esclarecendo, a propósito, os sócios (Lei nº 3.708/1919, art. 10). Precedentes do TFR.

II — Agravo parcialmente provido» (AI nº 46.430-SP, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 25-2-85, *DJ* 25-4-85, pág. 5722).»

A Subprocuradoria ofereceu parecer pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): De acordo com o disposto no art. 134 do CTN, nos casos de impossibilidade de exigência de cumpri-

mento de obrigação por sociedade de pessoas que haja sido liquidada, os sócios respectivos respondem solidariamente pelos atos nos quais intervieram ou pelas omissões de que foram responsáveis.

De sua vez, nos termos do art. 135 do mesmo Código, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes e obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Tem-se assim que, se proposta execução fiscal contra a sociedade de pessoas, não é localizada a sede ou estabelecimento desta, a providência admissível é a citação na pessoa dos sócios, que, se for o caso, comprovarão a existência da sociedade, com bens bastantes, afastando assim a sua responsabilidade solidária, ou que não exerceu cargo de direção e nem praticou ato nas condições previstas no art. 135, não sendo, por isso, responsável pelo débito.

O que não é possível é afastar-se sumariamente, como fez a decisão recorrida, a citação dos sócios no caso de não localização da sede ou do estabelecimento da sociedade.

Dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 54.663 — DF — (Reg. nº 9.918.809) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agte.: União Federal. Agdo.: Alubraz Empresa Técnica de Montagem Ltda.

Decisão: A Turma deu provimento ao agravo, unanimemente. (Em 29-6-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.760 — MG
(Registro nº 9.920.668)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Agravante: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*

Agravado: *Joaquim Florentino de Almeida*

Advogados: *Dr. Paulo Chaves Correa Filho e Dr. João Bosco de Oliveira*

EMENTA: Processual Civil. Notificação. Prevenção.

A notificação não tem a força necessária para fazer com que a ação principal seja distribuída por dependência, pois o Juiz da notificação apenas faz levar ao conhecimento de uma das partes o que foi requerido pela outra, sem julgar ou decidir.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ofereceu exceção de incompetência da 14ª Vara Federal — MG, nos autos da ação de despejo que lhe move Joaquim Florentino de Almeida. Alegou ser competente para o julgamento da referida ação o Juízo Federal da 6ª Vara — MG, perante o qual teve curso a notificação para desocupação do imóvel objeto daquela ação.

Contra a decisão (fl. 10) que julgou improcedente a referida exceção, agrava a ECT, alegando que a notificação é medida preparatória para a ação principal, tornando-se, pois, preventivo para decidir aquela ação o Juízo que ordenou tal notificação, *in casu*, o da 6ª Vara Federal.

Contraminuta do agravado à fl. 21.

Após ser mantida decisão agravada (fl. 24), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

É o relatório.

EMENTA: Processual Civil. Notificação. Prevenção.

A notificação não tem a força necessária para fazer com que a ação principal seja distribuída por dependência, pois o juiz da notificação apenas faz levar ao conhecimento de uma das partes o que foi requerido pela outra, sem julgar ou decidir.

Agravo improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Apesar de encontrar, neste eg. Tribunal, um precedente entendendo que a notificação torna preventivo, para a ação principal, o juízo que a ordenou (Ag 48.337-DF, DJ 10-4-86), a melhor doutrina inclina-se de modo contrário.

A respeito, Galeno Lacerda esclarece que a notificação mais se parece com ato de molde administrativo, «onde o magistrado ora jurisdiciona, ora simplesmente administra, sem nada julgar ou decidir» (*in* «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. VIII, tomo I, pág. 263 — Ed. Forense, 1984).

Outro não é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, que, em seu livro «Processo Cautelar» (Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1976, pág. 346), afirma:

«Na realidade, a atividade do juiz é meramente administrativa, nada tendo de jurisdicional. É em tudo igual à do Oficial de Registro de Protestos, nos casos de protestos de títulos cambiários. «Toda função julgadora se exaure com o deferimento ou indeferimento» da medida.

Por isso, do protesto, da interpelação ou da notificação não resulta prevenção de competência para o futuro e eventual processo, como se dá nas verdadeiras ações cautelares preparatórias».

Nessa mesma linha, julgados de Tribunais de Alçada: RT 554/72; RT 541/199; TA Civis SP 89/168 e 89/270.

Acompanho a segunda corrente, por entender que a notificação não tem a força necessária para fazer com que a ação principal seja distribuída por dependência. Não contém ela ato decisório. Apenas leva ao conhecimento de uma das partes o que foi requerido pela outra, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 54.760 — MG — (Reg. nº 9.920.668) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Agravante: ECT — Agravado: Joaquim Florentino de Almeida. Advogados: Drs. Paulo Chaves Correa Filho e João Bosco de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 9-2-88 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.145 — GO
(Registro nº 000.994.805-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza*

Agravante: *INPS*

Agravado: *Nacim Abdala*

Advogados: *Drs. Helenita Pereira Saud e Habib Tamer Merhi Badião*

EMENTA: Processual Civil.

Valor da causa.

Impugnação julgada improcedente.

Não se trata de ação declaratória, mas sim de justificação (art. 861 do CPC), portanto não cabe aplicar-se ao caso o disposto no art. 261 do CPC.

Recursos: agravo de instrumento, desprovimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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, 13 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: O INPS interpôs agravo de instrumento contra decisão do D. Juiz Federal da 4ª Vara do Estado de Goiás, que rejeitou impugnação ao valor da causa.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, Nacim Abdala alega ter sido empregado, de 14 de janeiro de 1949 a 31 de dezembro de

1954, ininterruptamente, como comerciário, da firma individual Abdala Antonio, inscrita em 28 de outubro de 1938 na Junta Comercial do Estado de Goiás, estabelecida com comércio de secos e molhados, a qual paralisou suas atividades há muitos anos. Acrescenta que aquela empresa não adotava escrituração mercantil, razão pela qual necessita agora provar o alegado «com a inquirição das testemunhas arroladas, em dia e hora que forem designados», razão pela qual requer «seja a presente Ação julgada por sentença e entregue os Autos ao declarante, independente de traslado» (*sic*).

2. A inicial atribuiu à causa, em agosto de 1986, o valor de Cz\$ 100,00.

3. Citado, o INPS impugnou o valor, dizendo inteiramente arbitrária a estimativa da inicial e sustentando, com fundamento no art. 258 do CPC e no valor presumível do benefício da aposentadoria, que o valor correto é de Cz\$ 8.683,20, não podendo por isso conformar-se com a subtração da causa ao eventual reexame por esta Corte, em apelação.

A autarquia previdenciária aduz, em abono da impugnação, precedentes deste Tribunal, seja no sentido de convalidar a referência ao equivalente a doze prestações mensais, consoante o art. 260 do CPC (AG 48.575-GO, Segunda Turma, unânime, Rel.: Ministro José Cândido, *DJU* 11-9-86); seja no sentido de que «ainda de forma indireta, o que se pretende é um benefício de natureza previdenciária» (AG 49.309, Terceira Turma, unânime, Rel. Ministro Flaquer Scartezzini, *DJU* 2-10-86); seja, enfim, para «reconhecer infima a quantia registrada na inicial, ensejando, portanto, atribuir-se importância que atenda, pelo menos, alçada recursal» (AG 50.260-RJ, Segunda Turma, unânime, *DJU* 2-10-86).

4. Para rejeitar a impugnação, inicialmente o digno Magistrado assim circunscreveu a questão (fl. 21):

«Trata-se de Ação Declaratória de Tempo de Serviço em que, reconhecida a relação laboral entre o autor e a firma Abdala Antonio, nesta Capital, seja-lhe expedida certidão de serviço para fins de aposentadoria».

A seguir, S. Exa. argumentou do seguinte modo (fls. 21/22):

«O objetivo imediato da ação é a sentença declaratória de tempo de serviço e, como conseqüência, expedição de certidão relativa a esse tempo, a saber, o seu objetivo mediato. É este corolário daquele.

Dessa forma, na ação principal não se colima especificamente a obtenção de benefícios previdenciários em si mesmos, de molde a que pudessem vir a ser, desde logo, avaliados precisamente ou quantificados.

É que, em verdade, não se pode inferir diretamente de uma certidão de tempo de serviço, expedida para futura e eventual utilização, valor econômico imediato, que nela, como tal, não se acha consignado e a que se chegaria não só mediante uma ilação que não se presume fundada em dados duvidosos.

Não há, portanto, como se levar em conta, para tal fim, o valor dos benefícios futuros. Não é isto o que se discute ou pleiteia.

Há que aceitar-se a estimação do autor, já que não se trata de causa incluída no elenco do art. 259 do CPC. É sabido que a lei prevê duas hipóteses: para algumas causas, o valor é taxativamente determinado (art. 259); para outras, nada dispõe, deixando à discricão do autor atribuir-lhe o valor que parecer adequado. No primeiro caso, pode haver correção de ofício, no segundo, dependerá de impugnação da parte, se errônea e abusiva a estimação feita pelo autor (V. E. D. Moniz Aragão, Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., II vol., p. 354/355).

Não reputo errônea ou abusiva a estimativa feita pelo autor».

5. Louvou-se o Magistrado, para assim concluir pela improcedência da impugnação, igualmente em julgados desta Corte, consoante às seguintes ementas (fl. 22):

«Valor da causa. Desconhecimento da exata repercussão econômica da demanda. Correta aplicação do art. 258 do Código de Proc. Civil. Impugnação rejeitada. Agravo de instrumento desprovido» (Ag 45.636-PR, Rel.: Min. Nilson Naves. 3ª Turma, 31-5-86. Unânime).

«Processual Civil. Valor da causa. Ação Declaratória. Impugnação.

— Não cabe atribuir à ação declaratória, que visa obter certidão de tempo de serviço, valor equivalente ao benefício patrimonial de futura aposentadoria.

— Agravo desprovido» (Ag 50.330-GO, Rel.: Min. William Patterson. 2ª Turma, 16-9-86. Unânime. *DJ* de 16-10-86, p. 19477).

II

6. Na verdade, nossa jurisprudência exemplifica a observância de critérios, sob certo aspecto, discrepantes, uma vez que esta Segunda Turma se pronunciou no sentido de que a comprovação do tempo de serviço em face do INPS configura ação declaratória e que o art. 260 do CPC é, por isso, aplicável, devendo-se, portanto, atentar para o benefício patrimonial visado, ainda que de modo indireto ou mediato (Ag 48.575-GO, Rel. Min. José Cândido, 11-9-86). No mesmo sentido, embora sem qualquer fundamentação concernente ao ponto controvertido, também decidiu a Terceira Turma, consoante esta Ementa:

«Processual Civil e Previdenciário. Fornecimento de Certidão de Tempo de Serviço. Competência.

Compete à Justiça Federal ou à Justiça Estadual do domicílio do segurado o processo e julgamento das ações em que se visa obter o reconhecimento do tempo de serviço, pois, ainda que de forma indireta, o que se pretende é um benefício de natureza pecuniária, a cargo da Previdência Social (art. 125, § 3º, da CF).

Agravo desprovido» (AG 49.309-SP, Terceira Turma, unânime, Rel.: Min. José Dantas, 13-6-86).

7. Em sentido oposto, decidiu esta mesma Segunda Turma, no AG 50.330-GO, Rel.: Ministro William Patterson, unânime, em 16-9-86, de conformidade com a ementa seguinte:

«Processual Civil. Valor da causa. Ação declaratória. Impugnação.

— Não cabe atribuir à ação declaratória, que visa obter certidão de tempo de serviço, valor equivalente ao benefício patrimonial de futura aposentadoria.

— Agravo desprovido.»

Assim, também, no AG 45.723-GO:

«Processual Civil. Valor da causa. Ação declaratória. Impugnação.

Não cabe atribuir à ação declaratória, que visa obter certidão de tempo de serviço, valor equivalente ao benefício patrimonial de futura aposentadoria.

Agravo desprovido.»

8. Tenho para mim, no entanto, que a divergência se situa em outro plano, ou seja: na adequada identificação do que é pedido ao Juiz, em cada caso, aspecto que deve preponderar sobre a outra designação empregada, muitas vezes, impropriamente, pelas partes.

Assim é que, no caso dos autos, como já inicialmente ressaltado, não se pretende propriamente sentença para o fim de declarar a existência de relação jurídica regida pelo Direito Previdenciário entre o requerente e a autarquia. Ao contrário, da leitura da petição inicial se extrai, como também já acentuei, não haver controvérsia quanto ao

fato de ser o requerente contribuinte da previdência social e, portanto, segurado ou beneficiário. A divergência, segundo se conclui, é restrita apenas ao exercício de trabalho remunerado por parte do requerente no período indicado na inicial, como empregado de certa empresa já extinta.

Quer-se, assim, a comprovação de fato por meio de testemunhas, o que não se há de confundir com pretensão à obtenção de sentença declaratória da existência da relação jurídica, sobre a qual não se discute.

A este propósito, vale atentar para os autorizados comentários de Galeno Lacerda ao art. 861 do CPC, *verbis*:

«Consiste a justificação em documentar «a existência de algum fato ou relação jurídica» para utilização futura, ou não, a critério do requerente, sem o elemento de cautelaridade presente na asseguaração de prova do art. 846. O juiz exerce função de mero agente documentador, sem nada julgar ou decidir, desenvolvendo atividade de natureza administrativa, salvo se houver questão que exija pronunciamento. Compreende-se que assim seja porque o ato que lhe é reclamado, consistente em deferimento de prova, é meramente ordinatório ou próprio da chamada «jurisdição» voluntária. Na justificação, como elucidada Pontes de Miranda, «não se pede a declaração, nem condenação, nem execução, nem mandamento, pede-se constituição de prova. Somente isso».

Não se pode falar, aqui, em ação cautelar, nem muito menos em sentença jurisdicional. Ação só existe onde houver lide e, por isto, se reclamar juízo, atividade jurisdicional, decisão, sentença, execução.

Por isso, não constituindo ação, no pedido de justificação não se desce ao exame do *fumus boni iuris*, ainda mais que o interessado nem sempre necessitará ou desejará propor ação principal e nem sempre se identificará com o autor desta.

Certos, pois, os seguintes acórdãos: a justificação, em regra geral, é apenas um documento ou meio de prova da existência de ato ou relação jurídica, não sendo feito em que se decida direitos convertidos, nem meio para declará-los (2ª Câm. Civ. do TAMG, 21-9-77, RT 531/217); para pleitear a justificação de fatos, não precisa o requerente estar com o pensamento voltado para futuro processo de conhecimento ou execução (6ª Câm. Civ. do TJSP, 10-2-77, maioria, RT 504/86; a justificação denominada avulsa é ato de jurisdição voluntária, não comportando, em rigor, sentença alguma; a que proferida vale como homologação, sem que o juiz possa entrar em qualquer apreciação sobre o valor da prova produzida (1ª Câm. Civ. do TJSC, 8-5-75, RT 488/97) consoante Pontes de Miranda (Comentários, IV/297, ed. de 49), a pretensão de provar ou assegurar prova, através de justificação, existe independentemente da pretensão correspondente à relação de direito material, ou formal, que se quer provar (6ª Câm. Civ. do TJSP, 9-4-70, RT 423/154 — nota: como na vistoria, trata-se de exercício de direito processual à prova; daí, a não aplicação do n. III do art. 801 e a impertinência de qualquer vínculo com a demanda futura hipotética. Ainda: na justificação não se cuida de assegurar prova e, sim, de a constituir).

Por igual, dispensa-se o requerente da comprovação do *periculum in mora*. Não se trata de segurança de prova colocada em risco por algum fato, mas de mera documentação. Note-se a distinção entre assegurar prova testemunhal, no sentido do art. 846, e justificar «a existência de algum fato ou relação jurídica» a que alude o art. 861. Lá, a ovida de testemunha pode não acontecer em razão de ausência, idade, moléstia grave ou outro risco de dano, e por isso colhe-se o depoimento, prevenindo-se o receio de lesão. Aqui, não se cogita de assegurar determinado depoimento, senão de documentar «a existência de algum fato ou relação jurídica», mediante ovida de testemunhas,

para eventual utilização futura» (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1988, VIII vol., tomo II, pp. 461/3).

Note-se que o requerente pede sejam-lhe os autos entregues, afinal, o que patenteia seu verdadeiro propósito de se munir de prova idônea do fato que, por outro modo, a autarquia não pode reconhecer verídico, à falta de anotação ou registros habituais.

9. Acentuo que, ao integrar momentaneamente a Primeira Turma, posicionei-me com o Ministro Thibau Guimarães, Relator, no julgamento, em 6-4-84, do AG 45.157-SP, cuja ementa está assim resumida:

«Processual Civil — Valor da causa — Pedido sem conteúdo econômico.

Impossibilidade de aplicar-se à hipótese o disposto no art. 260 do CPC. Agravo a que se nega provimento» (DJU 7-6-84).

Observo, ademais, que este aspecto da questão não escapou à reconhecida argúcia do Ministro Gueiros Leite, Relator do AG 45.578-GO, unânime, Segunda Turma, 4-9-84, pois em seu d. voto anotou:

«Não se deve comparar a causa principal, neste caso, com a ação declaratória, onde o interesse do autor seja o reconhecimento da existência ou não de certa relação jurídica, nas mais das vezes com valor predeterminado. O mesmo não se diria se ação visasse à declaração da autenticidade ou falsidade de documento (art. 40).

Não há dúvida que o autor visa benefício futuro de uma aposentadoria, para o que terá de ajuizar outra ação, caso não seja atendido na via administrativa. Terá, então, de indicar um valor que corresponda, pelo menos proporcionalmente, à finalidade da pretensão, tal como previsto no art. 259, VI, do CPC.

Nego provimento ao agravo e confirmo a decisão agravada» (DJU 18-10-84).

Este mesmo entendimento S. Exa. reiterou como Relator do AG 45.725-GO, Segunda Turma, unânime, DJU 25-10-84.

10. Verifica-se, em face do que venho de expor, que, em verdade, se cuida de mera justificação testemunhal destinada a servir de prova de determinado fato (prestação de serviços assalariados em certo período a certo), no interesse do requerente, que, de posse dos autos respectivos, poderá obter da autarquia previdenciária, na via administrativa, o reconhecimento do mesmo fato e, oportunamente, a obtenção de seus conseqüências de natureza previdenciária.

Assim também, caso a autarquia não reconheça suficiente a comprovação e se recuse a atender o requerente, a este não restará senão valer-se, então, da ação adequada, a ser decidida por sentença.

No momento, portanto, nem mesmo de ação cautelar se trata, mas de mero procedimento de jurisdição voluntária, consoante a doutrina a que venho de aludir, razão pela qual não se há de controverter sobre valor da causa, quando nenhuma causa foi, em verdade, ajuizada (CPC, art. 258).

Ante o exposto, pelos fundamentos que acabo de desenvolver, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 55.145 — GO — (Reg. n° 000.994.805-8) — Rel.: O Exmo Sr. Ministro Bueno de Souza. Agrte.: INPS. Agrdo.: Nacim Abdala. Advogados: Drs. Helenita Pereira Saud e Habib Tamer Marhi Badião.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 13-9-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.974 — SP
(Registro nº 88.134.114)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Agravante: *INPS*

Agravados: *Adirson Brás Francisco e outros*

Advogados: *Drs. Eugênio Egas Neto, Elson Luiz da Rocha Noronha*

EMENTA: Processual Civil. Assistência judiciária. Aplicação da Lei nº 1.060/50. Recurso cabível. Condições para a obtenção do benefício.

1. Das decisões proferidas em virtude da aplicação da Lei nº 1.060/50 cabe recurso de apelação, recebida somente no efeito devolutivo, quando conceder o pedido de assistência judiciária.

2. A impugnação que repousa, exclusivamente, no fato de vir o assistido percebendo benefício previdenciário de dois salários mínimos, não elide o direito à assistência judiciária, cujos pressupostos são os de não poder pagar despesas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, conhecer o recurso como de apelação, no mérito, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão recorrida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 12 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Agravou o INPS da decisão do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos-SP, que indeferiu a impugnação oferecida pelo instituído ao pedido de justiça gratuita feito por Adirson Brás Francisco e outros, nos autos da ação que movem contra a autarquia agravante.

Formado o instrumento e contraminutado o MM. Juiz manteve a decisão agravada subindo os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973, ao adaptar o art. 17 da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, estabelece como cabível o recurso de apelação, das decisões proferidas em consequência da sua aplicação.

Aliás, foi apelação o recurso interposto pela autarquia, embora recebido e processado como agravo de instrumento.

Conheço, pois, do recurso, como apelação, mas lhe nego provimento, porquanto a impugnação oferecida pela autarquia, com base exclusivamente em alegação de que os apelados percebem benefícios de dois salários mínimos, não elide a situação de pobreza ensejadora do benefício de assistência judiciária.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 55.974 — SP — (Reg. nº 88.134.114) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Agrte.: INPS. Agrdos.: Adirson Brás Francisco e outros. Advs.: Drs. Eugênio Egas Neto, Elson Luiz da Rocha Noronha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do recurso como de apelação, no mérito, negou-lhe provimento, para confirmar a decisão recorrida (Em 12-4-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. William Patterson e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.093 — PR
(Registro nº 880.015.369-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

Agravantes: *João Hernandes Soares Martins e outros*

Agravado: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Assis Corrêa e outros (agrtes.), Dr. Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outro (agrdo)*

EMENTA: Processo Civil. Competência. Execução. Critério funcional.

I — A competência para o processo de execução é do juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, a teor do disposto no art. 572, II, do CPC. Tal competência é de natureza absoluta, vez que determinada pelo critério funcional, não se aplicando, assim, a ressalva constante da parte final do art. 87 do CPC.

II — Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de agravo de instrumento interposto por João Hernandes Soares Martins e outros da r. decisão trasladada às fls. 43/46, destes autos, pelo que o MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, em autos de liquidação de sentença proposta pelos agravantes contra o Estado do Paraná, declinou da competência em favor de uma das Varas da Fazenda Estadual do Paraná.

Sustentam os agravantes que a competência, no caso, é mesmo da Justiça Federal, por isso que é determinada no momento em que a ação é proposta, a teor do disposto no art. 87 do CPC.

Formado o instrumento e negativo o juízo de retratação, subiram os autos. Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Conquanto respeitáveis os argumentos nela expendidos, estou em que a r. decisão agravada merece reforma.

No caso de denunciação da lide, o juiz competente para a ação principal tem a sua competência prorrogada para o processo e julgamento da demanda secundária, decidindo ambas as causas por meio de uma única sentença.

O que importa saber, pois, é se o Juiz Federal tem competência para a execução da sentença em relação ao denunciado da lide, decorrente do reconhecimento do direito do denunciante de ser por ele indenizado, na demanda secundária, já que na ação principal, que firmou a sua competência *ratione personae*, para o processo de conhecimento, foi julgado improcedente o pedido.

Tenho que sim. A competência para o processo de execução, a teor do disposto no art. 572, II, do Código de Processo Civil, é do Juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, sendo tal competência determinada pelo critério funcional, como sustentam os doutrinadores, pontificando, no particular, Agrícola Barbi, Alcides Mendonça Lima e Frederico Marques.

Tratando-se, pois, de competência funcional, exsurge indubitosa a competência do Juízo Federal, vez que a mesma é de natureza absoluta.

É ver-se que a colenda Primeira Seção, em julgamento recente, decidiu exatamente nessa linha, assentando que, em relação ao processo de execução, prevalece a regra processual antes aludida, não se aplicando a ressalva constante do art. 87, do mesmo Código, a respeito de ulterior alteração de competência. Confira-se o CC nº 8.187-GO.

Assim sendo, Senhor Presidente, dou provimento ao agravo, para reformar a r. decisão agravada e determinar que o feito prossiga na Justiça Federal. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 56.093 — PR — (Reg. nº 880.015.369-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Agrtes.: João Hernandes Soares Martins e outros. Agrdo.: Estado do Paraná. Advs.: Dr. Assis Corrêa e outros (agrtes) e Dr. Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outro (agrdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (1ª Turma — 23-8-88).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e William Patterson votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.141 — SP
(Registro nº 8.800.165.320)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Agravante: *Ernesto Bertoldi Ramos*

Agravada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Dr. Olímpio Carvalho dos Santos, Dra. Sueli Ferreira da Silva, Dr. Nilo Arêa Leão*

EMENTA: Execução hipotecária. Lei nº 5.741/71. Agravo. Pedido de remição indeferido por intempestivo.

Caso em que a intempestividade não se verificou, eis que manifestado o pedido antes da assinatura do auto de arrematação, momento que deve ser considerado como terminus ad quem do prazo do artigo 788 do CPC.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados 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 relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro **ARMANDO ROLLEMBERG**, Presidente. Ministro **ILMAR GALVÃO**, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Agravo de Ernesto Bertoldi Ramos contra despacho do MM. Juiz de Direito da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo que, nos autos da carta precatória extraída dos autos da execução que a Caixa Econômica Federal propôs contra seu pai, Paulo Gilberto Machado Ramos, perante a Oitava Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, lhe indeferiu pedido de remição dos bens levados à praça, ao fundamento de que fora ele manifestado fora do prazo previsto no art. 788 do CPC.

Sustentou que o mencionado prazo, no caso em tela, não pode ser considerado pre-remptório, em razão de não ter ainda sido assinado auto de arrematação ou de adjudicação.

Contraminutou a Agravada.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução hipotecária. Lei nº 5.741/71. Agravo. Pedido de remição indeferido por intempestivo.

Caso em que a intempestividade não se verificou, eis que manifestado o pedido antes da assinatura do auto de arrematação, momento que deve ser considerado como *terminus ad quem* do prazo do art. 788 do CPC.

Agravo provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Agravante está com inteira razão.

Com efeito, não há óbice a impedir a remição, enquanto não lavrado o auto de arrematação, já que se trata de instituto processual «inspirado na equidade, para evitar que os bens de estimação saiam da família, enquanto isso seja possível, sem prejudicar a execução», conforme ensina Liebman (Proc. de Exec., pág. 131). Por isso mesmo, na opinião de Humberto Theodoro Júnior (Proc. Exec., 11ª ed., pág. 429), «pode se dar (ela) a todo tempo, antes da arrematação ou adjudicação dos bens penhorados».

Merece lembrar, por oportuno, que, tratando-se de execução prevista na Lei nº 5.741/71, não pode realizar-se a praça senão pelo valor do débito exequendo, efetuando-se, em caso contrário, a adjudicação do bem ao credor, como previsto no art. 6º, parágrafo único, do referido diploma legal.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento ao agravo, para o fim acima explicitado.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 56.141 — SP — (Reg. nº 8.800.165.320) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Agrte.: Ernesto Bertoldi Ramos. Agrda.: CEF. Advs.: Dr. Olímpio Carvalho dos Santos, Dra. Sueli Ferreira da Silva e Dr. Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (4ª Turma — 31-8-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 57.807 — RJ
(Registro nº 880.046.903-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

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

Agravada: *Dina Martins Taranto*

Advogados: *Dr. Jurandyr de Sá Palmeira (agrte). Dra. Maria de Lourdes da S. Souto (agrda)*

EMENTA: Execução fiscal. Penhora. Embargos de terceiro. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 25. Intimação do representante judicial da Fazenda Pública.

I — A intimação pessoal do representante judicial da Fazenda Pública, a que se refere o art. 25 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, não se aplica aos embargos de terceiro.

II — Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de outubro de 1988 (data de julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Agrava o IAPAS da decisão (fl. 26), proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Dina Martins Taranto, apensos à execução fiscal que move contra Aldo Taranto, que, por intempestivo, deixou de receber o recurso apelatório que interpôs contra a sentença que julgou a causa.

Diz o agravante que o seu representante judicial não foi intimado pessoalmente da sentença, como determina o artigo 25 da Lei nº 6.830, de 22-9-80.

Sem contraminuta (fl. 43), após mantida a decisão agravada (fl. 45), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

É o relatório.

EMENTA: Execução fiscal. Penhora. Embargos de terceiro. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 25. Intimação do representante judicial da Fazenda Pública.

I — A intimação pessoal do representante judicial da Fazenda Pública, a que se refere o art. 25 da Lei nº 6.830, de 22-9-80, não se aplica aos embargos de terceiro.

II — Agravo desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao negar seguimento à apelação, por intempestiva, fundou-se a decisão agravada em que a sentença transitou em julgado.

Sustenta o agravante que o seu representante não foi intimado pessoalmente da sentença, conforme determina o art. 25 da Lei nº 6.830, de 22-9-80.

Tenho votado no sentido de que, na execução fiscal, inclusive no processo de embargos do devedor, a intimação do representante judicial da Fazenda Pública deve ser feita pessoalmente, na consonância do invocado preceito da Lei das Execuções Fiscais (Ag 50.269 — AL; AC 132.520 — MT; AC 132.521-MT, de que fui Relator). Todavia, afigura-se que o questionado dispositivo não tem aplicação aos embargos de terceiro, como no caso. Com efeito, a lei, em cujo bojo se encontra, não se refere a embargos de terceiro e, em se tratando de norma de exceção, há de ser aplicada restritivamente.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 57.807 — RJ — (Reg. nº 880.046.903-5) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Agravante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Agravada: Dina Martins Taranto. Advogados: Dr. Jurandyr de Sá Palmeira (Agrte) e Dra Maria de Lourdes da S. Souto (Agrda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 12-10-88 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.949 — RJ

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso*

Apelante: *Swissair — Sociéte Anonyme Suisse Pour La Navigation Aerienne*

Apelada: *The Home Insurance Company*

Advogados: *Dr. Luiz Lebre Pereira das Neves (apte.) e Dr. Cláudio Renato de Moraes Moreira (apdo.)*

EMENTA: Transporte aéreo internacional. Responsabilidade. Limitação. Convenção de Varsóvia e Protocolo de Haia.

I — Aplicabilidade, no caso, do art. 22, alínea 2, da Convenção de Varsóvia, emendada pelo Protocolo de Haia, art. XI. Responsabilidade do transportador fixada em 250 francos franceses por quilograma, na cotação correspondente ao que dispõem as alíneas 2.a e b e 5 do Protocolo, sem prejuízo dos acréscimos da alínea 4 e de acordo com a cotação indicada na alínea 5.

II — Correção monetária devida.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, vencido em parte o Sr. Ministro Armando Rollemberg, 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, 19 de novembro de 1979.

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: A r. sentença de fls. 43/45, lavrada pelo então Juiz Federal e hoje eminente Ministro Evandro Gueiros Leite, assim relata e decide a espécie:

«The Home Insurance Company propõe esta Ação Ordinária contra a Swissair — Sociéte Anonyme Suisse Pour La Navigation Aerienne, visando ao reembolso de seguro pago em virtude do extravio de mercadoria transportada por via aérea.

Trata-se da remessa de cinco caixas contendo relógios, de Zurich para o Rio de Janeiro, por avião da Ré, mercadoria consignada à Brasil — Swiss Relógios, Comércio e Indústria S.A. e que chegou em falta no destino.

A falta foi constatada em vistoria oficial, a que esteve presente a Ré. E o prejuízo resultante foi pago pela Autora. Mas como a responsabilidade é da transportadora, que reembolse, por isso, a Autora.

A Ré contestou na oportunidade da audiência (pois a ação se iniciou como sumaríssima — fl. 30), pedindo aplicação à hipótese do art. 22, item II, da Convenção de Varsóvia, no sentido da limitação de sua responsabilidade, em função do peso da mercadoria.

Para ela a Autora limitou-se ao valor do faturamento dos relógios faltantes, sem comprovar a pesagem, nos termos da Convenção, o que se faz indispensável para efeito de acolhimento do pedido, impossível no caso.

O processo esteve suspenso para acordo que não foi feito, não sem que a Autora, valendo-se de prévia vista, tenha replicado à defesa (fls. 33/37) e regularizado a sua representação. Também foram conferidas as fotocópias (fl. 41).

Tudo visto e examinado, decido:

1

A Ré não nega a sua responsabilidade pela falta dos relógios, tanto mais que comprovada à fl. 13. O que ela pretende é um rebate no valor da indenização e, portanto, apenas uma restrição ao pedido.

Da aplicação dos acordos internacionais pretende a Ré tirar partido no tocante aos cálculos da indenização, feitos em função do peso dos relógios.

Alega, ainda, que o embarcador não pagou a taxa suplementar, sujeitando-se, portanto, à limitação da responsabilidade do transportador. O conhecimento registra apenas as iniciais N. V. D., o que quer dizer «nenhum valor declarado».

2

Ao caso dos autos aplica-se, sem dúvida, o art. 22, alínea 2, da Convenção (com a redação que lhe deu o art. XI, do Protocolo de Haia, 1955).

Assim, fixa-se a responsabilidade do transportador em 250 francos franceses por quilograma, na cotação correspondente ao que dispõe as alíneas 2.a e b e 5 do Protocolo, sem prejuízo dos acréscimos da alínea 4 e de acordo com a cotação indicada na alínea 5.

3

Nestes termos, julgo procedente, em parte, a ação e condeno a Ré a pagar à Autora importância correspondente à moeda estrangeira padrão, pelo seu equivalente em cruzeiros ao câmbio do dia do julgamento e de acordo com o peso da encomenda registrada no conhecimento de carga, condenação a que se acrescentam os juros de mora, as custas processuais, os honorários advocatícios (20%) e a correção monetária.

Liquida-se em execução por arbitramento.» (Fls. 43/45).

Apelou a vencida, Swissair (fls. 47/50).

Resposta às fls. 52/54.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 58, dizendo esperar que o Egrégio Tribunal decida com justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (Relator): A sentença bem aplicou o art. 22, 2, da Convenção de Varsóvia, emendada pelo Protocolo de Haia, mandando fixar a responsabilidade do transportador em 250 francos franceses por quilograma, na cotação correspondente ao que dispõem as alíneas 2.a e b e 5 do Protocolo, sem prejuízo dos acréscimos da alínea 4 e de acordo com a cotação indicada na alínea 5.

Correta a sentença, no particular.

A correção monetária é devida, presente o enunciado na Súmula nº 562 do STF.

A execução por arbitramento é adequada, no caso, observando-se o peso total do volume afetado, exatamente como esclarece a apelada às fls. 53/54.

Confirmo a sentença, por seus fundamentos.

Nego provimento ao apelo.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Acompanho o Sr. Ministro Relator, fazendo entretanto uma observação: entendo que a indenização há de ser calculada considerando a importância correspondente nos dias de hoje ao franco «Poincaré» citado na Convenção de Varsóvia.

EXTRATO DA ATA

AC nº 50.949 — RJ — Rel.: Exmo. Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Swis-sair — Société Anonyme Suisse Pour La Navigation Aérienne. Apda.: The Home Insurance Company. Advs.: Drs. Luiz Lebre Pereira das Neves e Cláudio Renato de Moraes Moreira.

Decisão: A Turma negou provimento à apelação, vencido em parte o Sr. Min. Armando Rollemberg. (Em 19-11-79 — 3ª Turma).

O Sr. Min. Adhemar Raymundo da Silva votou com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. ARMANDO ROLLEMBERG.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 50.949 — RJ

(Registro nº 3.235.971)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Embargante: *Swissair Société Anonyme Suisse Pour La Navigation Aérienne*

Embargada: *The Home Insurance Company*

Advogados: *Drs. Sérgio Gonzaga Dutra e outros, Cláudio Renato de Moraes Moreira e outros e Joaquim Jair Ximenes Aguiar*

EMENTA: Comercial. Transporte aéreo internacional. Limite à responsabilidade do transportador estabelecido na Convenção de Varsóvia, de 1929, e no Protocolo de Haia, de 1955.

Inexistência de critério de fixação, pela legislação brasileira, do equivalente a 250 francos «Poincaré» ou 250 francos franceses por quilograma, correspondendo, cada franco, a sessenta e cinco e meio miligramas de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino (art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as alterações das alíneas 2.a e 5, do Protocolo de Haia). Impossibilidade de vigência imediata, no País, das alterações procedidas no art. 22 da Convenção de Varsóvia pelos Protocolos de Montreal, de 1975, que substituíram o padrão ouro pelos «direitos especiais de saque».

Divergência apenas aparente entre os votos vencedores e o voto vencido, que se reportam, na verdade, ao mesmo padrão ouro para limitar a responsabilidade do transportador aéreo.

Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conhecer dos embargos, vencidos os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, Garcia Vieira, Bueno de Souza e Costa Lima, que conheciam 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, 21 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em ação de responsabilidade do transportador aéreo pelo sinistro coberto por contrato de seguro, Swissair Société Anonyme Suisse Pour La Navigation Aérienne opõe embargos infringentes na Apelação Cível nº 50.949-RJ, julgada pela antiga Terceira Turma, relator o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, cujo acórdão foi assim ementado:

«Transporte aéreo internacional. Responsabilidade. Limitação. Convenção de Varsóvia e Protocolo de Haia.

I — Aplicabilidade, no caso, do art. 22, alínea 2, da Convenção de Varsóvia, emendada pelo Protocolo de Haia, art. XI. Responsabilidade do transportador fixada em 250 francos franceses por quilograma, na cotação correspondente ao que dispõem as alíneas 2.^a e 5 do Protocolo, sem prejuízo dos acréscimos da alínea 4 e de acordo com a cotação indicada na alínea 5.

II — Correção monetária devida.

III — Recurso desprovido» (fl. 68).

Fundamenta-se o embargante no voto vencido do Sr. Ministro Armando Rollemberg, no sentido de que seja a indenização calculada, considerando-se a limitação de 250 francos ouro (Poincaré), mencionada na Convenção de Varsóvia (fl. 65), e não de 250 francos franceses, como fixada nos votos vencedores.

Os embargos foram admitidos (fl. 90) e impugnados (fls. 94/95).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Ao acolher os embargos de declaração opostos ao mencionado acórdão, confirmatório da sentença do então Juiz Federal Dr. Evandro Gueiros Leite, o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso bem circunscreveu a suposta divergência objeto destes embargos, *verbis*:

«O Acórdão, pois, bem ou mal, mandou adotar *franco francês*. A divergência do Sr. Ministro Rollemberg, cujo voto, vencido em parte, está à fl. 65, situa-se, justamente, nesta parte: enquanto a maioria ficou com a sentença, que adotou o *franco francês*, S. Exa. deixou expresso: «entendo que a indenização há de ser calculada considerando a importância correspondente nos dias de hoje ao franco Poincaré citado na Convenção de Varsóvia» (fls. 79/80).

O chamado franco ouro Poincaré foi o padrão monetário fixado no art. 22 da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, realizada em Varsóvia, em 1929, como parâmetro para a limitação da responsabilidade no transporte aéreo de cargas, caso o expedidor não firmasse uma declaração especial de interesse na entrega, mediante o pagamento de uma taxa suplementar. Esse limite correspondia a duzentos e cinquenta francos franceses, por quilograma, então equivalente, cada um, a sessenta e cinco e meio miligramas de ouro, ao título de noventa milésimos de metal fino. Henri Poincaré era o nome de um matemático, irmão do Presidente Raymond Poincaré, que calculou a correspondência em ouro do valor do franco francês.

Como se tratava de uma moeda abstrata, surgiram problemas para a conversão respectiva para as moedas dos países convenientes, tanto mais que, na economia mundial o padrão ouro foi substituído pelos chamados «direitos especiais de saque» do Fundo Monetário Internacional. Era de tal ordem a perplexidade em relação ao parâmetro a ser adotado, pela falta de um ato legislativo específico, que a Suprema Corte Norte-Americana, no caso Transworld Airlines, Ince *versus* Franklin Mint Corp. e outros, pelos votos dos Juizes O'Connor, relator, Burger, Brennan, White, Marshall, Blackmun, Powell e Rehnquist, em mais uma de suas *constructions*, concluiu que seria

perfeitamente aplicável nos Estados Unidos da América do Norte, sem necessidade de qualquer ato legislativo interno, o limite da responsabilidade estipulado na Convenção de Varsóvia que, após o Protocolo de Haia de 1955, foi alterada para permitir a conversão do franco Poincaré em moeda nacional dos países convenientes, de acordo com o valor ouro de tais moedas, na data do julgamento, em processos judiciais.

É que, com o surgimento do mercado livre do ouro passaram a existir duas cotações, a oficial e a ditada pelas leis do mercado, vigendo, ainda, o art. 22 da Convenção de Varsóvia, com a alteração do Protocolo de Haia, nos seguintes termos:

«1. No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador à importância de duzentos e cinquenta mil francos por passageiro. Se a indenização, segundo a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder àquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite da responsabilidade.

2.a) No transporte de mercadorias, ou de bagagem registrada, a responsabilidade do transportador é limitada à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo declaração especial de «interesse na entrega» feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha na entrega.

b) Em caso de perda, avaria ou atraso de uma parte das mercadorias ou da bagagem registrada, ou de qualquer objeto nelas contido, somente o peso total do volume ou volumes em questão é tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade do transportador. Entretanto, quando a perda, avaria ou atraso de uma parte das mercadorias ou da bagagem registrada ou de algum objeto nelas contido atingir o valor de outros volumes compreendidos no mesmo talão de bagagem ou no mesmo conhecimento aéreo, o peso total destes volumes deve ser tomado em consideração para determinar o limite de responsabilidade.

3. Quanto aos objetos que o passageiro conservar sob sua guarda, limita-se a cinco mil francos por passageiro a responsabilidade do transportador.

4. Os limites estabelecidos pelo presente artigo não poderão impedir o tribunal de conceder ainda, em conformidade com sua lei, uma quantia correspondente ao total ou a parte das despesas e outras custas que o processo haja acarretado ao demandante. A disposição precedente não será aplicada quando o montante da indenização concedida, excluídas as despesas e outras custas do processo, não exceder à soma que o transportador tenha oferecido, por escrito, ao demandante, dentro de um prazo de seis meses a contar do fato causador dos danos, ou antes do início da ação, se esta for posterior a esse prazo.

5. As quantias indicadas em francos no presente artigo consideram-se referentes a uma unidade monetária constituída de sessenta e cinco miligramas e meio de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino. Estas somas poderão se converter, em números redondos, na moeda nacional de cada país. A conversão destas somas em moedas nacionais, que não a moeda ouro, será efetuada, em caso de ação judicial, segundo o valor ouro destas moedas na data do julgamento».

Por isso que, a despeito do erudito voto vencido do *justice* Stevens, a Corte Suprema fixou o limite de responsabilidade em nove dólares e sete centavos por libra peso.

No Brasil, a mesma perplexidade se apresenta, pois, embora já tenham sido objeto de promulgação pelo Decreto Legislativo nº 22, de 28-5-79, as alterações procedidas no

art. 22 pelos Protocolos de Montreal de 1975, mais recentes, que substituíram o padrão ouro pelos «direitos especiais de saque», essas alterações ainda não vigoram porque esses atos internacionais ainda não foram ratificados pelo número necessário de países (30), conforme exigência neles expressamente contida.

Portanto, no Brasil, como nos demais países convenientes, ainda vigora a cláusula limitadora da responsabilidade da transportadora a 250 francos por quilograma, sendo esses francos as quantias referentes àquele parâmetro em ouro, conversíveis na moeda nacional de cada país. O problema, contudo, reside na fixação dessa base de conversão, por inexistência de lei interna a respeito, não podendo o nosso Judiciário suprir essa omissão, como ocorreu nos Estados Unidos.

A conversão dos francos ouro de Varsóvia em moedas nacionais foi objeto de estudos pelos Comitês Jurídicos da OACI e da IATA, prevalecendo a tendência, encampada pelos Protocolos de Montreal, de que tal conversão não deveria ser feita na base do preço do ouro do mercado livre, mas considerando-se o valor ouro dessas moedas. Mas, qual a referência a ser adotada no nosso País, se, de um lado, a inflação aviltou a moeda e impossibilitou a adoção dessa sugestão e de outro, a referência do valor do ouro no mercado livre conduziria a verdadeiro enriquecimento sem causa de uma das partes? Para obviar esse problema, o Departamento de Aeronáutica Civil, do Ministério da Aeronáutica, chegou a propor a adoção do valor do franco ouro estabelecido em função do último valor oficial desse metal, que era de 38 dólares norte-americanos a onça *troy*, ou sejam, 7.202 décimos de milésimos de dólar para cada franco ouro, segundo o Ministério das Relações Exteriores.

Como quer que seja, esses cuidados deverão ficar a cargo do Juiz da execução, porque nestes embargos infringentes o exame respectivo deve restringir-se à matéria objeto da divergência, no dizer do art. 530 do CPC.

E da leitura atenta e repetida que fiz do art. 22 da Convenção de Varsóvia na redação do Protocolo de Haia, chego à conclusão de que não há, a rigor, diferença entre o voto condutor e o voto vencido pois, se de um lado, neste último, recomendou-se que a indenização fosse calculada considerando-se «a importância correspondente, nos dias de hoje, ao franco Poincaré citado na Convenção de Varsóvia» (fl. 65), naquele tomou-se como parâmetro a cotação de 250 francos franceses por quilograma, de acordo com o que dispõem as alíneas 2, a e b, e 5, do Protocolo, sem prejuízo dos acréscimos da alínea 4 (fl. 64). Esses dois critérios são rigorosamente idênticos, pois os «francos franceses» a que se refere o Sr. Ministro Velloso, posto que jungidos ao art. 22 da Convenção de Varsóvia, nada mais são do que os «francos Poincaré», ambos sendo calculados tomando-se por base uma unidade monetária constituída de sessenta e cinco miligramas e meio de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino.

Pelo exposto, considerando inexistir divergência entre os doutos votos mencionados, não conheço dos embargos.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, decidi muito sobre essa matéria quando Juiz Federal no Rio de Janeiro e sempre entendi que se devia adotar, para a composição do sinistro, o limite de indenização, com base no «franco Poincaré», que tem por base quantidade de ouro fino, estabelecida em função do valor, na época, da moeda francesa, daí por que, na liquidação, em qualquer país, dois que adotaram a Convenção de Varsóvia, como o Brasil, fácil será saber-se o valor do franco em função da cotação do dia do ouro, enquanto que, a indenização em francos franceses, como deferido no acórdão, estará sujeita apenas à variação da moeda, sem correspondência metálica.

Enxergo, portanto, divergência entre o acórdão e o voto vencido do Sr. Ministro Armando Rollemberg, pelo que com a devida vênia, voto no sentido de conhecer dos embargos.

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Costa Lima: De acordo (sem explicitação).

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, estou de acordo com o voto do Ministro Armando Rollemberg. Com a devida vênia, acompanho o Senhor Ministro Dias Trindade.

EXTRATO DA MINUTA

Embargos Infringentes na AC n° 50.949 — RJ — (Reg. n° 3.235.971) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Embargante. Swissair Société Anonyme Suisse pour la Navigation Aérienne. Embargada: The Home Insurance Company. Advs.: Drs. Sérgio Gonzaga Dutra e outros, Cláudio Renato de Moraes Moreira e outros e Joaquim Jair Ximenes Aguiar.

Decisão: A Seção, por maioria, não conheceu dos embargos, vencidos os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, Garcia Vieira, Bueno de Souza e Costa Lima, que conheciam dos embargos. (Julg. 21-9-88 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Edson Vidigal, William Patterson e Flaquer Scartezzini votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.368 — RJ
(Registro nº 3.007.430)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Apelante: *Glass Laboratories Company*

Apelada: *Metalúrgica Nova Estrela Ltda.*

Advogados: *Drs. Boris Feuer, Herlon Monteiro Fontes e outros*

EMENTA: Propriedade Industrial. Nulidade de Patente de Invenção. Prescrição. Decreto-Lei nº 7.903/45.

I — A exemplo do que dispunham os Decretos-Leis nº 254/67 e 1.005/69 e dispõe a Lei nº 5.772/71 — atual Código de Propriedade Industrial, a ação de nulidade de patente expedida sob a égide do Decreto-Lei nº 7.903/45, pode ser proposta durante o período em que vigorar o privilégio, não se lhe aplicando a prescrição prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/33.

II — *Apelação desprovida.*

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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 setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de Ação Ordinária de nulidade de patente proposta por Metalúrgica Nova Estrela Ltda. contra Glass Laboratories Company, sociedade americana, estabelecida em Nova York, representada no Brasil pela firma Daniel & Cia., com o objetivo de que seja decretada a nulidade da patente nº 67.738, de que é titular a Ré, expedida pelo antigo Departamento Nacional da Propriedade Industrial em 7-10-63 em decorrência de pedido depositado em 27-10-59, porque antes deste já seria do domínio público o objeto da patente, vez que no segundo semestre do ano de 1958, sua especificação completa fora publicada em Lon-

dres, relativamente à Patente 801.934 (doc. fl. 32/57); sendo que o mesmo objeto fora igualmente depositado nos Estados Unidos da América em 1-4-55 (doc. fl. 41).

O INPI pronunciou-se sobre o pedido e a contestação da Ré (fls. 94/99), sustenta que o Código de Propriedade Industrial de 1945 em seu art. 156, § 1º declarava que as ações de nulidade de registro de marcas, nomes comerciais, títulos e sinais de propaganda só poderiam ser propostas dentro do prazo de cinco anos, contados da data da expedição do registro inicial e que os Egrégios Supremo Tribunal Federal e Tribunal Federal de Recursos entendiam que em ações de nulidade de patente seria aplicável o prazo prescricional regido pelo Decreto nº 20.910/32.

No mérito, a ação seria improcedente, vez que a patente teria sido concedida com observância dos requisitos legais.

O douto Dr. Juiz rejeitou a preliminar e julgou procedente o pedido inicial, decretando a nulidade da patente expedida em favor da Ré, com as condenações devidas pelo princípio da sucumbência.

Irresignada, apelou a Ré com as razões de fls. 212/217, alegando, apenas, prescrição, citando julgados deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, além de texto legal do Decreto nº 20.910/32, art. 1º.

Contra-razões às fls. 223/225.

Vindos os autos a esta instância, aqui oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República, entendendo «diante da total ausência de novidades do invento, reconhecida pelo próprio órgão que concedera a patente e confirmada pelo laudo do perito do Juízo, não vemos como nos opor à confirmação da douta sentença apelada» (fl. 234).

Foram os presentes autos distribuídos ao Exmo. Sr. Ministro Wilson Gonçalves; redistribuídos ao Exmo. Sr. Ministro Jarbas Nobre, vindo-me conclusos nos termos do art. 52, *in fine* do Regimento Interno.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Propriedade industrial. Nulidade de patente de invenção. Prescrição. Decreto-Lei nº 7.903/45.

I — A exemplo do que dispunham os Decretos-Leis nºs 254/67 e 1.005/69 e dispõe a Lei nº 5.772/71 — atual Código de Propriedade Industrial, a ação de nulidade de patente expedida sob a égide do Decreto-Lei nº 7.903/45, pode ser proposta durante o período em que vigorar o privilégio, não se lhe aplicando a prescrição prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/33.

II — Apelação desprovida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O Ilustrado Dr. Juiz *a quo*, hoje nosso eminente colega nesta Corte, Carlos Thibau, julgou procedente o pedido e decretou a nulidade da Patente nº 67.738, expedida em favor da Ré. Para assim proceder argumentou:

«Rejeito a preliminar de prescrição levantada pela ré.

Sem entrar no exame da aplicabilidade, ou não, da prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910, nas ações de nulidade de patentes, o certo é que, a partir do Decreto-Lei nº 254, de 28-2-67, que revogou o antigo Código de Propriedade Industrial de 1945,

«a ação de nulidade poderá ser proposta em qualquer tempo de vigência do privilégio.» (Art. 67, parágrafo único).

Tendo sido a patente concedida em 1963, estava ainda em vigor quando foi baixado o Decreto-Lei nº 254/67 que, com o mencionado dispositivo, revogou tudo o que havia anteriormente a respeito.

Com o advento do Decreto-Lei nº 1.005, de 21-10-69, a mesma regra foi mantida (art. 66, parágrafo único), o mesmo ocorrendo também com a Lei nº 5.772/71 (art. 56).

Quanto ao mérito, razão assiste à autora.

Conquanto o INPI tenha, prudentemente, feito a ressalva sobre a idoneidade do documento apresentado pela autora às fls. 32/57 (sem que essa ressalva implicasse em qualquer desconfiança de sua parte), ocorre que o documento acha-se revestido de todos os requisitos legais e formais para fazer prova em juízo, além do que, não foi impugnado pela ré.

Antes mesmo que a perícia fosse realizada, o INPI pronunciou-se sobre a existência de colidência entre as duas patentes, do que não discreparam os laudos do perito do Juízo e do assistente técnico da autora.

A patente britânica é anterior à da ré, sendo de se aplicar ao caso o artigo 83, item 1º, do Decreto-Lei nº 7.903/45 e o artigo 55, letra a, da Lei nº 5.772/71.

No Decreto-Lei nº 254/67, o dispositivo correspondente é o art. 66, e no Decreto-Lei nº 1.005/69, é o artigo 65.»

A Ré, ora Apelante, em suas razões, limitou-se apenas, à prescrição renovando os argumentos defendidos, neste particular, na contestação. Nesta, alegou estar prescrito o direito de propor a ação, alegando que a matéria ficou vinculada ao Dec.-Lei nº 7.903, de 27-8-1945, primitivo Código de Propriedade Industrial, sob cuja vigência seu pedido foi depositado e decidido. A ação de nulidade de patente se submete ao instituto da prescrição quinquenal e que a lei nova não pode modificar prazo prescricional iniciado na vigência de lei antiga.

As patentes de invenção são concedidas por determinado prazo previsto em lei e a arguição de nulidade desse privilégio só poderá ser apreciada no judiciário.

Assim, em princípio, tais concessões não devem estar sob o pálio do instituto da prescrição, tanto que ao expedir a patente, o antigo Departamento ressaltava os direitos de terceiros, a responsabilidade do Governo quanto a novidade e utilidade da invenção e estabelecia que o prazo de validade contar-se-ia da data de expedição do documento.

Ora, se prevalecesse o princípio da prescrição, decorrido este prazo, qualquer nulidade que viesse a ser conhecida, não poderia ser argüida, prejudicando terceiros e comprometendo a credibilidade do poder concedente e a boa-fé pública.

Na espécie em exame, a patente foi concedida à Ré em outubro de 1963, nos termos do Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-45, antigo Código de Propriedade Industrial (doc. fl. 16).

Admitindo, apenas para argumentar, a existência da prescrição quinquenal, com base no art. 1º, do Decreto nº 20.910/33, esta começaria a fluir na mesma data e findaria em outubro de 1968.

Acontece que antes do término desse período de cinco anos, sobreveio o Decreto-Lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967 — novo Código de Propriedade Industrial, com vigência a partir de 29 de maio do mesmo ano, em cujo capítulo da nulidade dos privilégios de invenção, estabeleceu em seu art. 67, que:

«A arguição de nulidade de privilégios de invenção, de desenho ou de modelo industrial só poderá ser apreciada judicialmente.

Parágrafo único. A ação de nulidade poderá ser proposta em qualquer tempo de vigência do privilégio».

Nas disposições transitórias estabeleceu a lei que «os recursos interpostos anteriormente à data da vigência deste Código serão decididos de acordo com o que nele se dispõe.» (Art. 175) e no art. 178 revogou quaisquer leis e disposições em contrário.

Portanto, se havia prescrição a ser considerada foi ela afastada pelo novo Código, e ante a norma explícita afastada está a controvérsia, até porque não havia nenhum direito adquirido pela Apelante.

Acrescente-se que o Código de Propriedade Industrial que sucedeu o de 1967 — Decreto-Lei nº 1.005/69, manteve a mesma redação anterior em seu artigo 66, e o atual Código — Lei nº 5.772/71, além de manter o princípio em seu art. 56, estendeu no art. 58, a possibilidade de serem esses privilégios revistos e cancelados, também na via administrativa, nas hipóteses que enumera.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 55.368 — RJ — (Reg. nº 3.007.430) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Apte.: Glass Laboratories Company. Apda.: Metalúrgica Nova Estrela Ltda. Advs.: Drs. Boris Feuer, Herlon Monteiro Fontes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 14-9-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.106 — RJ
(Registro nº 4.700.066)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelantes: *Paulo Joaquim da Silva Pinto e outros*

Apelados: *União Federal e Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. João Guilherme de Moraes Sauer e outros, Paulo B. de Araújo Lima e outros*

EMENTA: Administrativo. Terras de marinha. Demarcação. Coisa julgada administrativa. Revisão, por autoridade incompetente, do ato administrativo definitivo. Ilegalidade, consistente na inobservância de procedimento estabelecido em lei para a fixação da linha de marinha.

É de ser anulado, pelo Judiciário, o ato administrativo que implicou na revisão dos parâmetros respectivos, fixados pelo extinto Conselho de Terras da União, não somente porque infringente a coisa julgada, operada com a decisão definitiva proferida no recurso administrativo interposto pelos interessados, como também porque praticado por autoridade incompetente para fazê-lo e, além disso, porque contrário ao disposto no art. 10 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

Apelação parcialmente provida, para reformar-se a sentença e julgar-se procedente a ação ordinária 10.090, homologando-se, outrossim, a desistência de parte do recurso, em relação à ação ordinária 9.692.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, preliminarmente, homologar o pedido de desistência da apelação manifestada quanto à primeira ação nº 9.692 e dar provimento ao apelo dos autores em relação à ação remanescente nº 10.090, para os fins consignados no voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 26 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Com vistas ao desenvolvimento do turismo fluminense e à instalação de mais um porto de mar, foi o governo do antigo Estado do Rio de Janeiro autorizado pelo Decreto-Lei Federal nº 3.674/41, a utilizar, para fins de urbanização da cidade de São João da Barra e das povoações balneárias de Atafona e Grussaí, os terrenos de marinha ali existentes e não aforados, inclusive os acrescidos, nas testadas de 14.750 metros sobre o mar e 9.000 metros sobre a margem direita do Rio Paraíba do Sul.

Poderia o Estado, inclusive, desapropriar, na zona mencionada, o domínio útil dos terrenos aforados e as benfeitorias existentes em áreas de ocupação, bem assim lotear e relotear, à sua custa, as marinhas e seus acrescidos, de acordo com o plano de urbanização que estabelecesse, e alienar, em nome da União, o direito de preferência dos lotes assim obtidos, aplicando o preço da alienação em seus serviços, cabendo à União outorgar as escrituras de aforamento mediante comunicação dessas transações, a ser feita ao SPU.

No art. 3º estipulava-se que a execução do decreto-lei cessaria se, dentro de 18 meses contados de sua vigência, o Estado não apresentasse à União minucioso projeto de obras, revertendo ao ente federal os terrenos que não interessassem à urbanização.

Embora apresentando à União em 1942 esse plano de urbanização, somente através de sucessivos atos, a partir de 1952, é que o Estado do Rio de Janeiro resolveu por em prática a autorização da União e declarar a existência de um plano diretor básico, ou sejam, passados dez anos do êxito federal.

Por isso é que o Dr. Godofredo Saturnino da Silva Pinto, já falecido, pai do primeiro dos apelantes, Dr. Paulo Joaquim da Silva Pinto, na qualidade de titular de terras que se confrontam pela frente com os terrenos acrescidos de marinha, ao longo da praia de Grussaí, acrescidos esses formados pelo recuo do mar, resultante do assoreamento de materiais carreados pelo Rio Paraíba do Sul, cuja foz, em Atafona, está sete quilômetros ao norte, juntamente com outros proprietários, insistiu administrativamente na inalterabilidade dos projetos e planos de urbanização tornados públicos desde 1952, imodificáveis, a seu ver, senão por nova lei federal que reabrisse a outorga antes conferida ao Estado pelo Decreto-Lei nº 3.674/41, porque o Delegado do SPU estipulou que o prazo de dezoito meses, fixado pelo art. 3º, só começaria a fluir a partir da data do despacho que aprovou a linha do preamar médio de 1831, sendo esta fixada, no entender daqueles particulares, contrariamente à legislação dominial da União e aos interesses desses confrontantes com o mar.

O Dr. Godofredo Pinto e demais interessados foram chamados pelo SPU, em 1954, para acompanhar o trabalho respectivo e impugnaram-no, porque foi desprezada pelo órgão federal a planta elaborada, em 1875, pelo engenheiro inglês Sir John Hawkshaw, autor de estudos sobre o porto de São João da Barra, que se encontram na Biblioteca Nacional, havendo o Conselho de Terras da União, mediante acórdão de dezembro de 1958, à vista do recurso desses proprietários, interposto contra a decisão de primeira instância do Diretor-Geral do SPU, decidido converter o julgamento respectivo em diligência para que, entre outras providências, fosse considerado o levantamento de Sir John Hawkshaw, e não como fora efetuado pelo engenheiro do SPU, em 1954.

O acórdão, no entanto, jamais chegou a ser cumprido pela Delegacia do SPU em Niterói, inobstante a insistência do colegiado, que foi extinto pelo Decreto nº 73.977/74, tendo sido transferidas ao Sr. Ministro da Fazenda e, supostamente, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, as atribuições respectivas.

Sem embargos do parecer de sua assessoria jurídica, no sentido de que se dovesse dar integral cumprimento à decisão do órgão extinto, o processo foi remetido pelo SPU ao Delegado no Estado do Rio de Janeiro, onde se resolveu adotar como linha do preamar a que fora aprovada em 1954 e que fora objeto da impugnação e do recurso.

Isso, porque, ao que parece, foi ao recurso negado provimento, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em maio de 1976, de modo que a linha de preamar médio foi estabelecida sem se levar em consideração a planta de Sir John Hawkshaw, como determinado pelo Conselho de Terras da União.

Por esses motivos é que os ora apelantes ingressaram com duas ações ordinárias na 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra a União Federal e o Estado do Rio de Janeiro.

Na primeira, de nº 9.692, pediram que:

1º) o Estado observasse e cumprisse o plano de urbanização apresentado à União em 1942, na faixa fronteira a seus imóveis, para preservar as características naturais e a beleza paisagística da região, sem substituí-lo por outro; e

2º) fosse lhes assegurado o direito de preferência para aforamento em qualquer plano de urbanização, loteamento ou alienação dos acrescidos de marinha, na faixa fronteira de seus imóveis.

Na segunda ação, de nº 10.090, pleitearam que:

1º) fosse decretada a nulidade dos atos do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que negou provimento ao recurso do Dr. Godofredo Pinto e outros e aprovou a linha de preamar médio de 1831, elaborada contrariamente ao disposto no art. 10 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

2º) fosse declarado nulo, também, o ato do Diretor do Departamento Imobiliário do Estado do Rio de Janeiro, que mandou demarcar essa linha, considerando-a não fixada na faixa fronteiriça aos imóveis dos apelantes.

3º) fosse determinado à União, através do SPU, o cumprimento à decisão do Conselho de Terras da União, para se estabelecer a linha de preamar médio de 1831, com observância dos parâmetros fixados por aquele colegiado, procedendo-se à respectiva demarcação.

Após prova pericial, os dois processos, apensados, foram julgados conjuntamente pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara, Dra. Tânia de Melo Bastos Heine, que deu pela procedência dos pedidos (fls. 360/370).

Apelaram os autores (fls. 374/393).

Depois das contra-razões dos réus (fl. 398 e 399/402, respectivamente), pronunciou-se a douta SGR, pelo improvimento do recurso (fls. 406/423).

Posteriormente, os recorrentes desistiram da apelação em relação à primeira ação, porque, segundo alegaram, dado o tempo decorrido, obras de urbanização foram realizadas no local, tendo sido comercializadas centenas de lotes por terceiros, tornando inviável a pretensão.

Remanesce a apelação, portanto, somente em relação à segunda ação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Preliminarmente, com fundamento no art. 501 do CPC, homologo a desistência parcial da apelação, manifestada em relação à primeira ação ordinária.

Quanto à parte remanescente do recurso, prende-se a dois fundamentos básicos: o de que seria de observância obrigatória pela Administração o acórdão do Conselho de Terras da União, que estabeleceu parâmetros para a demarcação da linha de preamar médio de 1831 em frente aos imóveis dos apelantes, não podendo o Procurador-Geral da Fazenda Nacional determinar a alteração desse critério, sob pena de ofender a coisa julgada administrativa, e o de que, ao assim proceder o seu agente, a apelada desobe-

deceu, também, ao disposto no art. 10 do Decreto-Lei nº 9.760/46, que dispõe sobre os bens imóveis da União.

Apreciados inicialmente apenas sob o ponto de vista administrativo e econômico na época colonial, os terrenos de marinha no Brasil já figuravam entre as preocupações do Rei de Portugal que, em carta régia de 1698, dirigida ao Governador-Geral, ordenava que

«... daqui em diante...» «... se não dê mais sesmarias de terras sitas junto às marinhas, porque essas se devem requerer a mim, e dando-se algumas se haverão por nullas a todo o tempo que constar forão dadas sem ordem e graça especial minha...»

Embora sempre presente ao Governo português a preocupação com a renda que lhe adviesse pelos aforamentos de tais terras, somente a partir da Lei Orçamentária de 15 de novembro de 1831 (art. 51 — 14), já no Império, é que os terrenos de marinha passaram a integrar o nosso direito positivo, havendo a Instrução de 14 de novembro de 1832 estipulado que

«Hão de considerar-se terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até à distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega a preamar média.»

E no Decreto Imperial nº 4.105, de 22-2-1868, o primeiro a regular a concessão de aforamento de terrenos de marinha, foi mantida a medida das 15 braças craveiras, equivalentes a 33 metros lineares.

Também na República continuou-se a discutir sobre a nova figura jurídica, sendo que, em 1904, no Clube de Engenharia do Rio de Janeiro, ilustres associados como Alfredo Lisboa, Miguel Galvão, Aarão Reis, Saturnino de Brito, Carlos Sampaio e Paulo de Frontin, lançaram-se a estudos sobre o processo de demarcação da linha de preamar média (*apud* «Terras de Marinha», obra da Procuradora da Fazenda Nacional, Dra. Rosita de Souza Santos — Forense — 1985, páginas 118/122). E para a determinação das terras de marinha, o art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46 estabeleceu como ponto de referência a posição das linhas da preamar média do ano de 1831.

Voltando à questão destes autos, recorde-se que, na qualidade de proprietário de imóveis, pertencentes a suas famílias desde fins do século passado, situados nas praias de Grussaí e Atafona e confrontantes com o mar, segundo rezam os titulares de domínio, os Drs. Godofredo Saturnino da Silva Pinto e outros foram chamados pelo SPU, em conformidade com o disposto no art. 11 do DL 9.760/46, para acompanhar e oferecer elementos concernentes à demarcação dos terrenos de marinha confrontantes com suas terras, o que fizeram, apresentando a planta executada, em 1875, pelo engenheiro inglês Sir John Hawkshaw, trabalho esse cuja excelência de precisão técnica foi atestada pelos peritos que assistiram aos interessados no processo administrativo, os engenheiros Julio Cesar Alves de Barcelos (fls. 234/237), Raoul Michel de Thuin (fls. 247/256), Alberto Lamego e Saturnino de Brito Filho (fl. 48 dos autos apensados da segunda ação).

O engenheiro Hawkshaw era presidente da «Institution of Civil Engineers» da Grã-Bretanha e foi comissionado pelo Governo Imperial brasileiro para estudar os portos de Recife, Rio Grande, Fortaleza, Atafona e São Luiz, tendo sido o resultado de seu trabalho publicado em inglês e português sob os títulos «Brazilian Harbours» e «Melhoramentos dos Portos do Brazil», cujos originais se encontram na Biblioteca Nacional (catálogo V, 164, 6, 9).

Inobstante, o engenheiro do SPU José Brandão Paraízo resolveu desprezar o trabalho de Sir John Hawkshaw por entender que a escala seria muito reduzida e que a linha de costa nela indicada não representaria a linha da preamar média. Preferiu o engenheiro do SPU basear-se em levantamento realizado em 1941, pelo DNPRC, e em perícia efetuada doze anos antes, em litígio ocorrido entre particulares, complementan-

do esses dados com depoimentos de velhos moradores do local, não sem deixar transparecer sua preocupação pelo distanciamento, no tempo, desse levantamento, em relação ao ano de 1831, pela pequenez do período considerado para cálculo, face à extrapolação que seria feita, a remontar àquele ano e pela inexistência de qualquer elemento que pudesse fixar, de maneira precisa, a posição da preamar de 1831 (fls. 219/233).

E a linha da preamar média de 1831 foi, assim, aprovada na primeira instância administrativa, de acordo com o trabalho do engenheiro José Brandão Paraízo (fl. 233), a despeito de estipular o art. 10 do Decreto-Lei nº 9.760/46, a respeito dessa demarcação, que

«Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade inescusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, à época que do mesmo se aproxime.»

Esse dispositivo, inobservado pelo SPU, encontra-se em pleno vigor, tendo até sido objeto do inciso 120 da Instrução Normativa nº 1, de 30-3-81, do próprio órgão, que consolidou as Ordens e Instruções de Serviço, Circulares, Ofícios Circulares e demais atos relativos à aplicação da legislação imobiliária da União, *verbis*:

«Capítulo XI — Da determinação da posição da linha preamar média de 1831

117. ...

118. ...

119. ...

120. Plantas e documentos antigos — deverão ser preferentemente utilizados plantas e documentos antigos, de autenticidade inescusável, remontando ao ano de 1831 ou à época que mais se aproxima daquele ano.

120.1. O procedimento para a determinação da cota básica referente à preamar média, através de plantas ou documentos antigos do trecho em análise, obedecerá à seguinte seqüência:

120.1.1. Pesquisa nos arquivos públicos e bibliotecas ou outras fontes de informações, inclusive Instituições Religiosas, onde possam ser encontrados documentos ou plantas que indiquem a posição da preamar ou da orla marítima.

120.2. A escolha de plantas e documentos mencionados ou anexados na forma do art. 11 do Decreto-Lei nº 9.760/46 deverá recair sobre aqueles que apresentem alguns dos seguintes requisitos técnicos, tais como: curvas de nível ou cotas de nivelamento, escala, pontos de identificação, dados relativos às marés, indicação da orla marítima, de prédios ou obras antigas, orientação geográfica e data.»

Embora datando de 1981 essa instrução normativa do SPU, como que revestiu de maior credibilidade técnica a planta Hawkshaw, cuja cópia se encontra à fl. 44 dos autos apensados da segunda ação, por isso que, coincidentemente, o Conselheiro Soares de Mattos, do Conselho de Terras da União, ao emitir seu voto, no recurso interposto pelos interessados, teceu as seguintes considerações críticas sobre o levantamento adotado pelo SPU e o trabalho Hawkshaw:

«No fenômeno de formação das restingas, o recuo do mar não é uniforme: há sempre pequenas transgressões que alteram a continuidade do trabalho de acumulação. Mesmo que se verifique regularidade aparente no afastamento do mar, é inevitável um erro na fixação da média do recuo anual que servirá à extrapolação.

É preciso, pois, que na aplicação desse processo se procure reduzir ao mínimo este erro, tomando a média do maior espaço de tempo possível, com elementos colhidos em fontes idôneas e fazendo-se a extrapolação no menor

número de ano possível. Daí a exigência do art. 10 do Decreto-Lei 9.760, de 1946. Verificadas essas condições e não havendo outro meio de determinar a linha da preamar média de 1831, não se pode dizer que o processo adotado pelo SPU contraria os preceitos da técnica. Cumpre-nos, entretanto, saber:

a) Se os estudos do SPU se basearam em documentos e cartas rigorosas e de autenticidade indiscutível e se o cálculo da média se fez com a aproximação da média verdadeira, ou seja com o erro mínimo;

b) se as plantas e documentos em que se baseou o cálculo são os mais próximos do ano de 1831, para evitar que o erro mínimo seja multiplicado por um número muito grande de anos.

Com relação ao primeiro item, o SPU serviu-se de uma planta do porto de São João da Barra, levantando em 1941 pelo DNPRC, e fez observações locais até 1954, ou seja em 13 anos. A média obtida foi generalizada, por extrapolação, até 1831, ou seja em 123 anos.

Sem entrar na análise dos elementos que serviram ao cálculo da média anual de recuo nesse período, podemos dizer que a planta usada é um documento que merece fé, porque foi levantada por triangulação geométrica, com os detalhes necessários ao estudo de um porto de mar e em escala de. É, porém, uma planta muito distanciada do ano de 1831; e o período de 13 anos para o cálculo da média é, no caso, demasiadamente pequeno. Não pode haver segurança de que essa média se aproxime suficientemente da média exata; além disso, o erro cometido será multiplicado por um número muito grande de anos.

Com relação ao segundo item, encontram-se no processo várias plantas mais próximas do ano de 1831 de que o do DNPRC, que acabamos de mencionar, e muitas dessas plantas são, em nossa opinião, documentos preciosos para o estudo que se tem em vista. Entre estas sobressai a planta de Sir John Kawkshaw, de 1875 (documento 1, 4.º volume), que é, incontestavelmente, um documento básico de grande valor e que não pode, em absoluto, ser desprezado. É uma planta minuciosíssima, com referências de nível precisas, cotada para o traçado das curvas batimétricas e altimétricas, registrando sondagens em terra para conhecimento dos terrenos, enfim com detalhes topográficos e hidrográficos importantíssimos para o estudo que se pretende fazer.

Alega o SPU, que na planta de Sir John Hawkshaw não figura a linha de preamar da época, porque essa linha não podia interessar ao estudo de um porto; e sendo a escala adotada muito reduzida, os dados que se poderiam colher na planta não ofereceriam segurança. Há evidente engano nesta afirmativa. Nas plantas marítimas, a linha de preamar é sempre uma curva de nível importante, como veremos adiante, mesmo porque a sua cota é elemento básico para o estudo de um porto. Quanto à escala (1:14.500), ela não é tão reduzida que não permita a medida dos dados necessários aos cálculos, com suficiente aproximação. Tanto é assim que o próprio SPU serviu-se, mais tarde, dessa planta para confirmar o recuo médio do mar obtido com a planta do DNPRC. E chegou a resultado muito próximo do que havia encontrado. A verdade, porém, é que não se encontra no processo outra planta com elementos de maior valia e que tenha sido elaborada em época mais próxima de 1831. As cartas de 1767 e de 1785, que se poderiam chamar de esquemáticas, não oferecem dados numéricos seguros.

Assim sendo, parece-nos que a planta de Sir John Hawkshaw é o documento que deve ser tomado como base para a determinação da linha de preamar de 1831. Não importa que os resultados a que chegaram os recorrentes e o SPU, ao usarem essa carta, acentuem ainda mais as divergências do processo. É que ambos, ao interpretarem a planta de Sir John Hawkshaw, cometeram, a nosso ver, erros de definição e de raciocínio que falsearam os resulta-

dos. O erro dos recorrentes foi o de confundir o preamar médio com o nível do mar, como se verifica do estudo do processo (laudais e «croquis» de fls. 252 e 253). Dessa confusão resultou uma cota mais baixa para o preamar de 1875 (0,55) e, em consequência, um recuo médio anual menor (1,50m).

O erro do SPU, foi o de tomar a orla marítima ou linha de costa, figurada em traço forte na planta, como linha do zero hidrográfico, quando ela representa, como vamos demonstrar, a linha do preamar médio de 1875. Desse engano, e dos que se lhe seguiram, resultou um recuo médio anual maior (2,724m), que serviu para confirmar o resultado obtido com a planta do DNPRC (2,689m).

A nossa convicção de que a orla marítima ou linha de costa figurada na carta de Sir John Hawkshaw representa a linha de preamar médio de 1875 se funda nas seguintes razões:

I — Nas plantas marítimas, a orla do mar ou linha de costa se representa, normalmente, pela linha de preamar, não só porque, sendo esta o limite da costa banhada pelas águas, é a linha que efetivamente separa a parte terrestre da parte marítima, como porque, deixando a preamar sinais evidentes na praia, pode a linha ser levantada, facilmente, pelos processos topográficos e planimétricos comuns e até pela aerofotometria; e pode também ser fixada pela respectiva locação, em função de elementos colhidos em prévios estudos.

O mesmo não acontece com a linha do zero hidrográfico, que, referindo-se a um plano arbitrário, que deve ficar sempre debaixo d'água, é, por motivos óbvios, uma linha de levantamento difícil. Basta lembrar que nas cartas náuticas européias o zero hidrográfico é fixado a 0,30m a 0,35m abaixo da maré baixíssima; nas plantas marítimas da França, para o estudo de seus portos de mar, o zero hidrográfico é fixado a 5 metros abaixo do zero normal do nivelamento geodésico do país, que é o nível do mar, em Marselha. (Alfredo Lisboa — Estudo dos Portos de Mar na Europa — e a. Berget — Vagues et Marées, pag. 135).

II — O Departamento do Comércio dos Estados Unidos, por sua seção Costas e Levantamentos Geodésicos (Coast and Geodetic Survey), em publicação oficial nº 249, de 1949 (Imprensa Oficial dos Estados Unidos), não deixa a menor dúvida sobre nossa asserção, quando define a linha de costa (*shoreline*), ou orla marítima, e fixa normas para sua representação em planta. Eis o que diz a referida publicação, no capítulo 5421, intitulado «Linha de Costa (Linha de preamar médio)», às páginas 338 e 339: «A linha traçada nas plantas topográficas e planimétricas como linha de costa (ou orla marítima) é a linha de preamar médio (*mean high water line*), ou seja a linha de interseção do plano do preamar médio, com o terreno, exceto nas áreas pantanosas, cobertas de mato, arbustos ou arvoredos do charco ou outra vegetação marinha semelhante, onde a linha de costa ou orla marítima (preamar médio) é muitas vezes obscurecida e não pode ser cartografada.

Nestas áreas uma linha de costa aparente (*apparent shoreline*) será traçada no ponto onde a linha de vegetação é uma linha definitiva em cima da preamar média.

Como esta é a linha que aparece ao navegante como orla marítima (*shoreline*) ela é traçada como tal e é locada como a linha de preamar médio atual.»

A tradução foi feita por nós, por isso transcrevemos a seguir o trecho em inglês:

5421. *Shoreline (Mean High-Water Line).*

«The line delineated on planimetric, shoreline and topographic manuscripts as the *shoreline* is the mean high-water line (the line of intersection of

the mean high-water plane with the ground) except in areas of marsh grass, mangrove, cypriss, or other similar marine vegetation, where the *shoreline* (mean high-water) is often obscured and cannot be mapped. In these areas an *apparent shoreline* is mapped at the point where the line of vegetation is a definitive line above mean high water.

As this is the line that appear to the navigator as the shore line, it is delineated as such and is located in lieu of actual mean high-water line (U.S. Coast and Geodetic Survey-pags. 338 e 339 — Part II).»

III — Nada mais decisivo, porém, do que a prova que podemos tirar da própria planta, analisando os seus preciosos detalhes. Com efeito.

O engenheiro Sir John Hawkshaw, ao fazer as sondagens para traçar as curvas batimétricas, tomou como plano de referência (para maior segurança) o das marés mínimas, como se procede nos levantamentos de cartas náuticas; e a isto ele faz expressa menção.

Também as cotas determinadas em terra tiveram como plano de referência o das marés mínimas. É o que se verifica pela posição do ponto em que se efetuou a sondagem geológica, A, situado à margem direita do Rio Paraíba, onde o terreno (início da perfuração) tinha uma cota de 2,2m, aproximadamente, deduzidas pela escala gráfica de sondagens no terreno, o qual distanciava 22m da orla d'água.

Sendo o plano de referência de nivelamento o mesmo, e atendendo à natureza do terreno, acusada pela respectiva sondagem nesse ponto, não pode haver dúvida de que dita orla corresponde ao preamar de 1875, conclusão essa corroborada pela cota de 1,9m do outro ponto de sondagem E, muito pouco distanciado da orla marítima (cerca de 10m), que assim teria uma cota pouco inferior a 1,9 metros.

Em resumo: os perfis das sondagens geológicas feitas por Hawkshaw, nos pontos A e E, que se acham, praticamente, sobre o traço que representa a orla marítima, registram, para esses pontos, cota sensivelmente igual à cota de preamar calculada pelo SPU, com os dados acusados pela análise harmônica efetuada em Atafona pelo DNPRC (Ofício n.º 535/55, de 2-6-55) e os elementos fornecidos pela planta de Hawkshaw, ou seja, aproximadamente 2 metros (1,61 metros mais a diferença de 0,326 metros entre os dois zeros hidrográficos).

Com esta exposição, parece-nos não haver mais dúvidas de que à orla do mar ou linha de costa, figurada na planta Hawkshaw, é a linha de preamar médio (*shoreline*) de 1875.

Foi este, justamente, o engano em que incorreu o DSPU no Estado do Rio de Janeiro (fl. 124 — 1.º vol.), ao querer demonstrar que o resultado por ela obtido, como média do recuo do mar, estaria bem próximo do que fora deduzido da planta de Hawkshaw; esse engano deu origem a outro, que foi o de considerar como se encontrando num só declive uniforme a cota batimétrica -3m e a cota do terreno + 3m, para obter, por interpolação linear, a posição correspondente à cota + 2, como se fora a do preamar de 1875 e, por isso, distante 520m da igreja (*chapel*, na planta de 1875). A declividade dessa seção transversal não pode ser constante e única: no mínimo deveria haver dois declives: — um no ponto cotado + 3m sobre o terreno, até um ponto próximo do verdadeiro preamar de 1875 e, — outro deste último até o ponto final, no fundo do mar, onde terminasse o mesmo declive. Tal processo de acumulação pode ser observado em qualquer praia oceânica; e o próprio SPU dá uma idéia perfeita dessa ocorrência no esquema de fl. 194 do 4.º volume. Desse raciocínio, a nosso ver errôneo, resultou a grande divergência dos resultados obtidos pelas partes, como é fácil de demonstrar.

Feitas essas observações, e com o intuito único de colaborar na orientação dos trabalhos, vamos fazer um ensaio preliminar, indicando o meio que nos parece mais acertado, neste caso, para determinar, definitivamente, a posição da linha de preamar médio de 1831, eliminando as causas dos erros que apontamos.

Sendo a planta de Sir John Hawkshaw o documento que mais atende à legislação em vigor, sobre a matéria, e mais se aproxima de 1831, o recuo médio do mar deverá ser calculado em função dessa planta e de outro documento semelhante, a fim de que se possa fazer a extrapolação linear para o período de 1875 a 1831. No caso está indicada a planta da E. Ferro Leopoldina (fls. 195 — 4º vol.), que o SPU informa ser de 1906, embora não conste a data na carta.

Pela planta de 1875, a capela (chapel) dista 575 metros da orla marítima (preamar de 1875, conforme ficou demonstrado), e, pela planta de 1906, a distância em apreço é de 631 metros, ou seja, a diferença de 56 metros em 31 anos, isto é, um recuo anual médio de:

$56 = 1,806$ metros, nesse período.

31

Para o período anterior, de 1875 a 1831, a extrapolação nos dá:

$(1875 - 1831) \times 1,806 = 79,46$, sejam 79 metros.

Assim, em 1831, o preamar estaria à distância de 496 metros (575 — 79 — 496) da citada capela, e não à de 407 metros, a que chegou o SPU, tomando como base o recuo médio de 2,69 metros, conforme demonstração feita à fl. 196 e planta à fl. 193 do IV volume. Verifica-se, assim, pelo cálculo do SPU, uma diferença contra os recorrentes de:

$496 - 407 = 89$ metros.

Assim procedendo, a extrapolação sofrerá, apenas, a influência que decorre de possível mas desconhecido avanço do mar, que se tivesse verificado no período de 44 anos (de 1831 a 1875), que talvez tenha sido compensado por idêntico fenômeno ocorrido no período de 31 anos (de 1875 a 1906); e ficará escoimada (a extrapolação) de qualquer influência do aceleração do recuo do mar, ultimamente verificado, em consequência de fatores diversos, já apreciados no processo.

Do exposto se conclui haver necessidade de uma revisão dos trabalhos executados pela DSPU e, para que a matéria seja apreciada como indicamos, torna-se necessário: 1) refazer o cálculo do recuo do mar, examinando-se inclusive o original da planta de 1875 e o respectivo relatório; 2) considerar a questão relativa à data da planta elaborada pela E. F. Leopoldina, se em 1906 ou em 1902, como alegam os recorrentes, porquanto a cópia de fls. 195 nada indica a respeito; 3) determinar a preamar média atual, com os resultados que poderão ser obtidos, mediante a instalação de marégrafos, em curto período (de 30 dias).

Com essas providências desaparecerão as dúvidas do bem elaborado relatório de fls. 66/85 do 1º volume, em relação à vila de Atafona, ficando determinada, com elementos mais seguros, a posição da linha do preamar médio de 1831.» (Fls. 257/265).

Esse relatório a que alude o Conselheiro Soares de Mattos é aquele do engenheiro do SPU, Brandão Paraízo.

Por isso é que o Conselho de Terras da União, em sessão de 21-11-58, resolveu o seguinte:

«Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que Godofredo Saturnino da Silva Pinto e outros recorrem a este Conselho contra a determinação da

posição da linha de preamar média de 1831, nas localidades de Atafona e Grussaí, bem como na zona entre elas compreendida, no litoral do Estado do Rio de Janeiro; e

Atendendo a que a planta elaborada em 1875 pelo Engenheiro John Hawkshaw, referente a trecho compreendido na zona da determinação realizada, consigna elementos que a credenciam como documento de valor técnico incontestável, e que, por outro lado, não se oferecem provas que contradiquem a adoção da orla marítima nela figurada como representativa da posição da linha da preamar média àquela época;

Atendendo a que, por igual forma, a planta organizada em 1913, pela Comissão de Estudos do Porto de São João da Barra, referente à zona objeto de tal determinação, constitui documento de incontestável valor técnico e contém elementos que permitem deduzir a posição da linha da preamar média naquela data;

Atendendo a que a posição da linha da preamar média atual constitui valioso elemento para o conhecimento, em comparação com a de outras épocas, da lei de variação do litoral;

Atendendo a que, na forma da lei, a determinação da posição da linha da preamar média de 1831 deverá ser feita à vista de elementos técnicos fidedignos, coligidos pelo Serviço do Patrimônio da União ou, como contribuição, ainda oportuna, por outrem oferecidos a estudos, elementos esses de que deverá ser dada ciência aos interessados conhecidos, notadamente aos recorrentes Godofredo Saturnino da Silva Pinto e outros, e aos intervenientes no feito, Norival Moll Filho e Alberto de Assunção Branco;

Atendendo a que, frente à inexistência de planta relativa a 1831, a determinação da posição da linha da preamar média naquele ano terá que louvar-se na lei de variação do litoral, deduzida de elementos conhecidos referentes a outras épocas;

Atendendo a que as plantas, pareceres e outros documentos técnicos deverão ser assinados por profissional legalmente habilitado, e que atos e trabalhos de tal natureza a estes privativamente competem;

Acorda o Conselho de Terras da União, por unanimidade de votos, em converter em diligência o julgamento, para que, na determinação da posição da linha da preamar média de 1831, na zona de que se trata:

I — seja considerada como posição da linha da preamar média de 1875 a orla marítima figurada na planta do Engenheiro John Hawkshaw, daquela data e, como posição da linha da preamar média de 1913, o lugar dos pontos da cota da preamar média deduzida da planta de tal data e, elaborada pela Comissão de Estudos do Porto de São João da Barra;

II — seja determinada a posição da linha da preamar média atual, em diligência de que se dê prévio conhecimento aos interessados;

III — sejam, para a determinação da posição da linha da preamar média em outras épocas, adotados outros elementos técnicos fidedignos coligidos pelo Serviço do Patrimônio da União ou oferecidos por outrem, elementos esses de que a todos os interessados conhecidos seja dada ciência;

IV — sejam deduzidas em função das posições da linha da preamar média nas diversas épocas, determinadas na forma dos itens I, II e III, as variações ocorridas no litoral, referidas a pontos fixos, identificados com precisão;

V — sejam, finalmente, autenticadas por profissional habilitado, na forma da lei, as plantas e demais documentos técnicos integrantes do processo, que ainda não o estejam, bem como observadas, na execução dos trabalhos, as normas e exigências estabelecidas no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, no

Decreto-Lei nº 23.569, de 1933, e no Decreto-Lei nº 8.620, de 1946, e nos atos complementares destes últimos diplomas legais.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 1958. — José Soares de Matos, Presidente — João Nicolau Mäder Gonçalves, Relator. — Adhemar Barbosa de Almeida Portugal. — Francisco Behrendorf Júnior. — Jaime Poggi de Figueiredo Filho. Manuel Martins dos Reis» (fl. 49 dos autos apensados).

A despeito desse acórdão da segunda Instância administrativa, providência alguma foi tomada pelo SPU, motivo pelo qual o Conselho de Terras da União reiterou a determinação anterior, em sessões de 16-10-61 (fls. 50/51) e de 5-10-71, sendo que, nessa última, foi repelida, por intempestividade, preliminar do Departamento do Patrimônio do Estado do Rio de Janeiro sobre a legitimidade processual dos recorrentes, tendo sido, no mérito, conhecido o recurso e novamente convertido o julgamento respectivo em diligência para que fossem cumpridos integralmente os acórdãos anteriores (fl. 52).

É ler-se:

«Atendendo a que a situação do curso, instituído ao se iniciar o processo, já foi amplamente apreciado com o seu conhecimento, não tendo sido ele sequer impugnado oportunamente;

Atendendo a que os Acórdãos de fls. 156 e segs., datados de 24-2-53, de fls. 265 a 268, de 21 de novembro de 1958 (ambos no 4º volume), reiteraram essa demissão com o seu conhecimento sucessivo, tanto assim que determinaram diligências para a elucidação da controvérsia, sem que as mesmas obtivessem a devida consideração;

Atendendo a que tais diligências como elementos de prova refletem salutar providência processual recomendável, na forma reconhecida pela doutrina dos mais eméritos processualistas e pela prática diuturna dos Tribunais, sempre que necessário (ver Octávio Kelly, Mand. de Jurisprudência Federal, 3º Sup., nº 499);

Atendendo a que ao CTU, por efeito dos artigos 6, 14, 186 e 199 da Lei número 9.760, de 5-9-1946, compete dirimir, na esfera administrativa, as questões concernentes a direitos e propriedades ou posse de imóveis entre a União e terceiros;

Atendendo a que este Conselho, com tais atribuições e sem desobedecer seu Regimento, tem procurado refletir, na esfera administrativa, as normas acostadas pelos órgãos judiciários, na aplicação da Justiça;

Atendendo a que, sem a realização das diligências ordenadas, não se encontra ele habilitado a proferir, com segurança de justiça, sua decisão sobre a controvérsia solicitada;

Atendendo a que, no mesmo sentido oficiou a Fazenda Nacional, por manifestação última, proferida na sessão, a que se refere este julgamento;

Acorda o Conselho de Terras da União, na sua unanimidade, em julgar intempestivas as preliminares argüidas na fl. 2 do Processo apensado com o nº 110.631-69; e assim, no mérito, com o conhecimento do recurso, converter novamente seu julgamento em diligência, a fim de que sejam realizados, com a maior brevidade possível, os atos discriminados nos Acórdãos anteriores, dando-se atualidades às soluções que forem recomendadas e evitando-se, desarte, a reincidência no descumprimento e insatisfação de atribuições conferidas por lei.

Sala das Sessões, em 5 de outubro de 1971. — Jair Tovar, Presidente-Relator — Francisco Behrendorf Júnior — José Soares de Mattos — Ney da Costa Palmeira — Homero Duarte — Aníbal Teófilo Veras de Queiroz.

Fui presente: Esther Coelho Lara dos Reis, Procuradora-Representante da Fazenda Nacional.

Processos n.ºs: 299.501-53, 146.815-68 e outros anexos.» (Fls. 52/52v da 2ª ação).

Continuaram, no entanto, sem atendimento as determinações do Conselho de Terras da União, sobrevindo o Decreto n.º 73.977, de 22-4-74, que extinguiu esse órgão de deliberação coletiva e dividiu entre o Ministro da Fazenda e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional as atribuições que lhe competiam, cabendo supostamente a este, por delegação daquele, a apreciação dos recursos pendentes no CTU.

E a Direção Geral do SPU, em 1976, com base em parecer de sua assessoria, que reapreciou toda a matéria decidida pelo CTU (fls. 266/300), propôs a observância dos critérios de demarcação sugeridos pelo engenheiro Paraizo, do SPU.

O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, por isso, desprezando as decisões anteriores do CTU, resolveu aprovar a linha de marinha segundo a proposta do SPU (fl. 82).

Ora, embora tivesse o Conselheiro Soares de Mattos sugerido a realização do que modestamente denominou de «um ensaio preliminar» para que fosse determinada a linha de marinha, o certo é que o Conselho de Terras da União, ao acolher sua sugestão, como visto, estabeleceu parâmetros definitivos para esse trabalho, só deixando para depois a homologação do respectivo resultado.

Embora haja, no primeiro acórdão, dito que convertia o julgamento em diligência, o CTU, na verdade, fixou critérios que implicaram no conhecimento do próprio mérito do recurso, como aliás esclareceu no acórdão derradeiro. Com tais critérios foi atendida a pretensão de fundo dos recorrentes na segunda instância administrativa, ainda que parcialmente, cabendo observar que, nos termos de seu Regimento Interno, vigente com as alterações aprovadas pela Resolução n.º 9, de 25-8-52, das decisões daquele colegiado cabia, em princípio, ainda, recurso para o próprio Conselho, no prazo de 20 dias (arts. 13 e 21, IV).

Se os representantes das Fazendas Federal e Estadual, que eram as partes contrárias aos apelantes, deixaram de recorrer do primeiro acórdão em tempo hábil, ou o fizeram sem êxito, como tudo indica que ocorreu, o certo é que as reiteradas decisões da segunda instância administrativa, proferidas em contencioso em que se observaram o contraditório e o devido processo legal, conferiram à questão decidida o predicamento da coisa julgada administrativa (*vide* «La Cosa Juzgada En El Derecho Administrativo», de Alfredo R. Zuanich, Editorial Penot, Buenos Aires, 1952, pág. 91, e «La Teoría para Del Derecho», de Hans Kelsen, Ed. Losada, Buenos Aires, págs. 115/116), que se caracteriza pela irrevogabilidade da decisão ao criar direitos subjetivos para terceiros.

Como, ao contrário do sistema francês (*vide* «Contentieux Administratif», de G. Peiser, 4^{ème} édition, 1983, Mémentos Dalloz), no Brasil foi adotado o sistema judicialista norte-americano, em que o Judiciário é autônomo e independente, e constitui garantia constitucional o exame, por esse Poder, de qualquer lesão de direito individual (art. 153, § 4º), os parâmetros fixados pelo CTU, no caso concreto, para demarcação das terras de marinha, só poderiam ser alterados judicialmente, ou então pela própria Administração, nesse caso se constatasse a existência de algum vício que contaminasse capitalmente a decisão daquele colegiado, o que não ocorreu.

Não poderia, portanto, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional adotar critério diametralmente oposto àquele estabelecido pelo CTU, pela só circunstância de estar extinto o antigo colegiado, evento que, obviamente, não poderia acarretar o desfazimento da decisão que operou efeitos em relação a terceiros.

Se é certo que a discricionariedade da Administração consiste em que ela possa, na expressão de Fritz Fleiner, escolher «entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei» («Instituciones de Derecho Administrativo», Madri, 1ª ed., pág. 117), não menos acertada me parece a advertência de Goodnow, de que o poder discricionário não autoriza nem legítima mendidas arbitrárias ou caprichosas (Frank J. Goodnow, «The Principles of Administrative Law of the United States», 1905, pág. 383).

Seja por esse, seja por qualquer outro motivo de conveniência ou oportunidade, não poderia a Administração fazer *tabula rasa* do ato do CTU e, em verdadeira *reformatio in pejus*, revogá-lo simplistamente, adotando outro critério que lhe parecesse mais adequado.

Ainda que assim não fosse, a reapreciação do ato administrativo por parte da PGFN peca, ao meu ver, por vício de competência, pois, pelo Decreto nº 73.977, de 22-4-74, que extinguiu o Conselho de Terras da União, o julgamento dos recursos, inclusive daqueles pendentes, foi transferido para o Ministro da Fazenda, que poderia, ou não, delegar essa incumbência a «outra autoridade», não necessariamente ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Com efeito, estabeleceu o Dec. 73.977 o seguinte:

«Art. 1.º Fica extinto o Conselho de Terras da União, órgão de deliberação coletiva do Ministério da Fazenda.

Art. 2.º Nas controvérsias relativas a direito de propriedade ou posse de imóveis entre a União e terceiros, caberá recurso na esfera administrativa, ao Ministro da Fazenda ou à autoridade a quem for delegada competência, à qual serão igualmente encaminhados os recursos pendentes.

Art. 3.º Passam à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional as atribuições de consultoria jurídica e decisão sobre legitimidade de títulos imobiliários, que eram da competência do Conselho extinto por este Decreto, ouvido, porém, o Serviço do Patrimônio da União quanto às questões de fato.

Art. 4.º ...

Art. 5.º ...»

Como a fixação da linha de marinha não implica em decisão sobre legitimidade de títulos imobiliários, mesmo porque os títulos dos recorrentes administrativos nunca foram questionados, o processo deveria ter passado à esfera de decisão do Ministro de Estado, nos termos do disposto no art. 2.º, ou a quem fosse por ele delegada essa competência, não me parecendo bastante, para tal finalidade, a portaria ministerial de 26-4-74, a seguir transcrita:

«O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista a extinção do Conselho de Terras da União, resolve:

Designar o Dr. Álvaro de Carvalho Cesário Alvim, Procurador da Fazenda Nacional de 1.ª Categoria, matrícula nº 3.189.101, para coordenar as providências necessárias ao levantamento e remoção do acervo, assim como à redistribuição de pessoal do órgão extinto, observadas as seguintes instruções:

I — a redistribuição do pessoal será feita, após o término dos trabalhos de que trata esta Portaria, ao Departamento do Pessoal, atendidas as requisições da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional;

II — o arquivo será removido para a Procuradoria da Fazenda Nacional ou para o Serviço do Patrimônio da União, consultados os interesses desses órgãos;

III — Os processos existentes na Secretaria e os que eventualmente estejam em poder dos Conselheiros serão encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, para os devidos fins;

IV — o material existente, salvo o que interessar à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, será entregue ao Serviço do Patrimônio da União;

V — as salas, onde funcionava a área da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.»

E como não foram atendidas pela União Federal as requisições determinadas pela MM. Juíza Federal, aliás insistentemente solicitadas pelos apelantes desde as iniciais, os

processos administrativos não foram trazidos a Juízo, tendo sido examinados pelo perito no SPU, conforme se lê em seu laudo (fl. 209). Já ao assistente técnico dos apelantes foi dito que esses processos não teriam sido localizados naquele órgão, razão pela qual não foi possível ao *expert* responder a quesito formulado pelo Estado do Rio de Janeiro (fl. 199).

Por *fas* ou por *nefas*, o que consta é que os processos administrativos desaguarão, ao que parece, no Processo 0768-41.938/75, onde o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, segundo o Ofício nº 687, de 18-6-76, do Delegado do SPU no Estado do Rio de Janeiro ao Exmo. Sr. Governador (fl. 82 da primeira ação), teria aprovado definitivamente a linha de marinha, com isso revendo a decisão do extinto CTU.

Face a essa deficiência na instrução efetuei pesquisa para me cientificar sobre se teria ocorrido, realmente, a delegação de competência. Somente encontrei a portaria de 26-4-74, que, como é óbvio, não satisfaz, motivo pelo qual concluo que não houve delegação expressa do Ministro da Fazenda ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional para julgar os recursos que antes revolviam-se no CTU.

Ora, inexistindo «ato próprio que indique, com a necessária clareza e conveniente precisão, a autoridade delegante, a delegada e o objeto da delegação» (confira-se em «Direito Administrativo Brasileiro», de Hely Lopes Meirelles, 12ª edição, pág. 642), torna-se impossível saber-se, com exatidão, se o Procurador-Geral da Fazenda Nacional recebeu, com efeito, expressa delegação para julgar os recursos que antes eram da seara do CTU ou se o chefe do órgão jurídico do Ministério da Fazenda ficou apenas incumbido de assessorar o Ministro de Estado e decidir sobre a legitimidade de títulos imobiliários, como, aliás, consta do Decreto 73.977/74.

E nem no Regimento Interno da PGFN, aprovado pela Portaria Ministerial nº 486, de 6-9-77, essa questão ficou devidamente esclarecida, pois, enquanto a esse órgão coube «representar e defender os interesses da Fazenda Nacional junto aos Conselhos de Contribuintes e em outros órgãos de deliberação coletiva (art. 1º, V, c), ao Procurador-Geral incumbiu, no particular, proferir decisões, em grau de recurso, sobre atos e despachos de *autoridades subordinadas* (art. 22, I, f), e emitir parecer jurídico e proferir decisão, ouvido antes o SPU, quanto às questões de fato, sobre a legitimidade dos títulos imobiliários a que se refere o art. 3º do Dec. 73.977/74 (art. 22, V, e), não se encontrando aí, ao que me parece, a delegação de competência procurada, pois não faria sentido que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em contencioso administrativo, funcionasse ao mesmo tempo como autoridade julgadora maior e parte interessada.

Mas, mesmo que assim também não fosse, mesmo que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, uma vez extinto o CTU, tivesse competência, em princípio, para re apreciar as decisões do colegiado, ele não poderia fazê-lo contrariamente ao que está expressamente determinado no art. 10 do Decreto-Lei nº 9.760/46, pois o trabalho técnico elaborado em data mais próxima do ano de 1831 era a planta de Hawkshaw, como já se viu.

Por contrária à lei, é essa decisão de PGFN que merece o «anulamento» a que se refere Miguel Reale, ou seja, o controle jurisdicional que acarreta o seu desfazimento («Revogação e Anulamento do Ato Administrativo», Forense, 1980).

Assim sendo, dando-se de barato, só para argumentar, que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional teria competência para revogar, em princípio, a decisão do CTU, e que poderia fazê-lo, mesmo em sacrifício da situação jurídica individual por ela constituída, o desprezo ao comando legal que o ato impugnado consubstanciou representa quebra da ordem jurídica incompatível com o estado de direito a que se apegava este País e que cumpre ao Poder Judiciário fiscalizar, uma vez provocado pelos interessados.

Também, de modo algum poderia o Departamento imobiliário do Estado do Rio de Janeiro proceder à demarcação da linha de marinha, não somente porque essa incumbência é do Serviço do Patrimônio da União (art. 9º do Decreto-Lei nº 9.760/46)

como também porque tomaria por base os critérios aprovados pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional que, como se viu, contrariam o que textualmente estabelece o art. 10, antes referido.

Com efeito, ainda que se considerasse operante o Decreto-Lei nº 3.674/41, tal incumbência não caberia ao Estado. A ele a União cedeu o direito de lotear e alienar os terrenos de marinha, mas não o de demarcá-los.

Ante o exposto, considerando que os atos administrativos da União e do Estado do Rio de Janeiro implicariam, se postos em prática, na invasão, pelo Poder Público, dos terrenos alodiais dos apelantes, acarretando óbvios prejuízos para esses proprietários, dou provimento à parte remanescente da apelação para reformar a sentença nessa parte e julgar procedente o pedido formulado na Ação Ordinária 10.090 (registro 4.700.074, na Vara de Origem).

Em consequência, anulo o ato do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional de aprovação da linha de marinha e o ato do Diretor do Patrimônio Imobiliário do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao órgão estadual que procedesse à demarcação, devendo o Serviço do Patrimônio da União fazer esse trabalho, com observância dos parâmetros fixados no acórdão de 21-11-58, do Conselho de Terras da União.

Condeno os apelados a reembolsar os apelantes em metade das custas que despenderam, bem assim a pagar-lhes, sempre em rateio, honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Senhor Presidente, já ao ler o memorial que me foi entregue, formei convencimento a respeito do núcleo da controvérsia, que reside, como acentuou o percuciente voto do eminente Ministro Relator, apenas em saber se, em relação à decisão do Conselho de Terras da União, operou-se, ou não, a preclusão administrativa.

Tenho que sim. Embora haja determinado a baixa dos autos em diligência, fê-lo em ordem a balizar a ação do SPU na fixação da linha do preamar médio, definindo os critérios a serem observados. Houve, pois, apreciação do mérito. Como tal decisão não foi atacada, operou-se a preclusão administrativa, tornando-se, assim, irretratável no âmbito da Administração.

Com essas breves considerações, adiro ao voto do eminente Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também penso que o acórdão do Conselho de Terras da União vinculou a administração àqueles parâmetros fixados para a determinação da linha do preamar de 1831, tanto mais que ela se louvou no documento mais próximo desse ano não, podendo ser assim desprezado, para que se adotasse um outro bem mais remoto.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.106 — RJ — (Reg. nº 4.700.066) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelantes: Paulo Joaquim da Silva Pinto e outros. Apelados: União Federal e Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. João Guilherme de Moraes Sauer e outros, Paulo B. de Araújo Lima e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, preliminarmente, homologou o pedido de assistência da apelação manifestado quanto à primeira ação (9.692) e deu provimento ao

apelo dos autores em relação à ação remanescente (10.090), para os fins consignados no voto do Relator. (Julg. 26-8-88 — 1.^a Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.885 — MS
(Registro nº 3.463.303)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelante: *Messias da Silva Rocha*

Apelada: *União Federal*

Ag. Retido: *Às fls. 143/147 — Tamie Nakashima Yassim*

Advogados: *Dr. Alfredo Cândido Santos Ferreira e outro*

EMENTA: Processual Civil. Execução fiscal. Adjudicação.

Se existe apenas um candidato à adjudicação, o juiz não profere sentença, mas simples decisão interlocutória, atacável por via de agravo de instrumento.

Apelação e agravo não conhecidos, a primeira por seu descabimento, o segundo por sua intempestividade.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não conhecer da apelação e do agravo retido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de execução fiscal intentada pela Fazenda Nacional contra Bugarelli & Cia. Ltda. — Imp. e Com. de Madeiras, o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Ponta Porã, MS, adjudicou à exequente os imóveis arrematados por Messias da Silva Rocha e Tamie Nakashima Yassim, nos termos do art. 24, II, *b*, da Lei nº 6.830/80.

Inconformados, o primeiro arrematante agravou e o segundo interpôs apelação, com as razões que se encontram às fls. 144/146 e 155/158.

Contra-razões às fls. 161/164.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): É ponto incontroverso que, concorrendo mais de um pretendente à adjudicação, instaura-se a licitação e o juiz decide por sentença. A apelação é o recurso cabível. Se existe apenas um candidato à adjudicação, o juiz não profere sentença, mas simples decisão interlocutória, atacável via de agravo de instrumento.

No caso concreto, somente a União Federal requereu a adjudicação, acolhida pelo juiz, daí resultando o descabimento da apelação manifestada por Messias da Silva Rocha. Quanto ao agravo, conforme ressaltado pela Subprocuradoria-Geral da República, a agravante tomou ciência da decisão que deferiu o pedido de adjudicação em 30-9-82, quando requereu reconsideração ao magistrado, e só a 25.10.82 protocolizou o recurso, após o decurso de vinte e cinco dias, muito além do prazo legalmente estabelecido (fls. 133 a 143).

Pelas razões expostas, não conheço dos recursos: a apelação, em virtude do seu descabimento; o agravo, em face da sua intempestividade.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.885 — MS — (Reg. nº 3.463.303) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: Messias da Silva Rocha. Apda.: União Federal. Ag. Retido às fls. 143/147 — Tamie Nakashima Yassim. Advs.: Dr. Alfredo Cândido Santos Ferreira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação e do agravo retido, nos termos do voto do Relator. (Em 29-8-88 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.529 — RS
(Registro nº 4.494.288)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Apelante: *Associação dos Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul*

Apelados: *IAPAS e Centro dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — CSIPE*

Advogados: *Dr. Nestor José Forster e outro, Dra. Lucy Mathias de Carvalho Borcelli, Dr. Plínio Caminha de Azevedo e outro*

EMENTA: Civil. Comodato.

Contrato sem estipulação de prazo. Término do prazo pela cessação da necessidade do imóvel, ante a perda do fim a que se destinava.

Alienação do imóvel a terceiro pela comodante. Legalidade.

Benfeitorias. Falta de prova de que não se limitaram às despesas com o uso e gozo da coisa emprestada e que, além disso, eram necessárias.

Recurso da comodatária improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 1 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A Associação dos Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul propôs ação contra o IAPAS e a Associação dos Funcionários do IPE, pedindo:

- a) nulidade do ajuste entre os réus, para alienação do imóvel cedido à autora, onde instalou sua sede;
- b) perdas e danos pelas benfeitorias realizadas, a serem apuradas em liquidação;
- c) custas e honorários;
- d) juros e correção monetária.

O IAPAS contestou, alegando, preliminarmente, carência de ação, por ter sido o IPASE extinto pela Lei nº 6.439/77. No mérito, nega direitos possessórios à autora, afirmando que deixou de notificar a autora para desocupar o imóvel porque, a seu ver, tal associação não mais existe. Diz não haver provas de que as benfeitorias tenham sido realizadas às expensas da autora, defende a legalidade no negócio jurídico impugnado na inicial e conclui que, equiparando-se ao comodato a permissão de ocupação do imóvel concedida à autora, estava esta obrigada a restituí-lo, desde que notificada, sob pena de esbulho.

A associação-ré também ofereceu contestação, aderindo à preliminar do litisconsorte e, no mérito, defendendo a legalidade da alienação do imóvel.

Precedeu à ação, propositura de medida cautelar, com liminar indeferida. Distribuída aquela por dependência, sobreveio sentença julgando-a improcedente, nestes termos:

«.....

Os autos da ação cautelar, em apenso, dão conta de que, em 3 de setembro de 1965, o então Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado adquiriu do casal Bertholdo M. Tebich um terreno sito à rua Heitor Vieira, no Bairro de Belém Novo, nesta Capital. A Cláusula V da respectiva escritura declara que «o imóvel ora adquirido pelo IPASE e acima descrito se destina à instalação de uma colônia de férias da Associação dos Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul» — em cuja posse esta sempre esteve até que o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social decidiu aliená-lo.

O desate da lide depende de saber se esse imóvel pode ser vendido ao Centro dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, sem ofensa à citada cláusula V. Salvo melhor juízo, sim. Diversamente do que está dito na inicial, o teor daquela cláusula não se refere à finalidade do contrato de compra e venda, mas a seu motivo, isto é, ao por quê do negócio. No exemplo de Fernando Henrique Mendes de Almeida, se Tício quer um imóvel e efetiva o respectivo negócio de compra e venda, ele alcança a finalidade do ato pela aquisição da propriedade. Agora, se «tem em mira retalhar o imóvel e vendê-lo em lotes, é o seu motivo, a razão por que compra» (Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969, p. 48). Aqui o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado adquiriu a propriedade do imóvel (finalidade) para destiná-lo à implantação de uma colônia de férias da Associação de Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul (motivo).

A finalidade do negócio de compra e venda era, evidentemente, lícita. Já o seu motivo sugere algumas dúvidas a esse respeito. Com efeito, até que ponto pode um bem público ser imobilizado para a fruição de uns poucos? Seja como for, a referida cláusula declarou simplesmente o porquê da compra e venda, sem qualquer conotação implícita de que o imóvel pudesse, em algum tempo, ser transferido para a Associação de Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul. Nessas condições, proprietário dele e sem qualquer gravame, sequer a nível obrigacional, que impedisse a respectiva disposição, o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social podia, como fez, aliená-lo ao Centro dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Com a só obrigação de indenizar as benfeitorias, se tivessem sido feitas provas de tais existências e das verbas com elas dispendidas. Na ausência dessas provas, mesmo nessa parte o pedido improcede. É que o direito à indenização deve ser apurado no processo de conhecimento. «Na liquidação apura-se apenas o *quantum*» (RE 99.040-2-MG, Rel. Mil Soares Muñoz, DJU 4-2-83, p. 622).

Ante o exposto, julgo a ação improcedente e condeno a Associação dos Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes à base de dez por cento sobre o valor da causa.»

Inconformada, apela a autora, insistindo na procedência da ação, pois, segundo a prova, tomou posse do imóvel, que passou a ser desfrutado por seus associados. Assim acontecia quando a Autarquia-ré, sem considerar a situação jurídica constituída, resolveu simplesmente alienar dito imóvel a outra entidade, sem ouvir a recorrente, sem indenizar-lhe as benfeitorias ou oferecer-lhe preferência na aquisição.

Sustenta, em síntese, que a aquisição do imóvel pela Autarquia-ré foi um «ato complexo», destinado a propiciar local de lazer aos servidores públicos, razão pela qual a mudança de destinação do referido imóvel não poderia ser feita como se fez.

Contra-razões às fls. 86/88.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Quando da aquisição do imóvel pelo extinto IPASE, inseriu-se, na cláusula V da escritura de compra e venda, esta declaração:

«O imóvel ora adquirido pelo IPASE e acima descrito se destina à instalação de uma colônia de férias da Associação dos Funcionários do IPASE do OL do Rio Grande do Sul.»

No processo administrativo que precedeu à compra (nº 39.590/65), essa cláusula constou da minuta da escritura, aprovada pelas autoridades administrativas.

Assim, embora se trate de uma cláusula extravagante, sem relação com o negócio jurídico em foco, conjuga-se com os fatos subseqüentes, alegados e não contestados, para prova indubitável da dação em comodato do imóvel em foco à autora, *sem prazo convencional*.

Nessa hipótese, não havendo estipulação sobre o termo do contrato, a sua duração será a necessária para o uso concedido (art. 1.250 do Cód. Civil).

Segundo lição de Carvalho dos Santos, entende-se como prazo necessário ao uso concedido

«aquele que for suficiente, em condições normais, ao comodatário, para se servir do objeto emprestado.» (CC Interpretado, 11ª ed., vol. XVII, p. 404.)

No caso dos autos, para uma associação que tem por objeto oferecer lazer e outros benefícios aos servidores do IPASE, cessou aquele prazo com a extinção do IPASE e a dispersão de seus servidores por outros órgãos da Administração Federal.

Assim, embora não extinta legalmente dita Associação, sendo a natureza do comodato sua temporariedade, cessada a necessidade do imóvel, pela perda do fim a que se destinava, isso autorizava o comodato suspender o uso e gozo da coisa emprestada, ao seu arbítrio.

Não vejo, pois, ilegalidade no ato da autarquia-ré, alienando a terceiro o imóvel em foco, tanto mais que essa alienação se fez em concorrência pública (fl. 32 dos autos apensados), da qual poderia ter participado a autora.

Não há dúvida de que, no imóvel, havia benfeitorias. O edital de alienação, de autoria do IAPAS, menciona-as.

Não obstante, incumbia ao comodatário, à luz do que dispõe o art. 1.254 do Cód. Civil, provar — e não o fez — que tais benfeitorias não se limitaram às despesas com o «uso e gozo da coisa emprestada». Além disso, incumbia-lhe, ante a contestação da au-

tarquia, demonstrar que eventuais benfeitorias, extraordinárias e necessárias, fizeram-se às suas expensas.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 84.529 — RS — (Reg. n.º 4.494.288) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: Associação dos Funcionários do IPASE do Rio Grande do Sul. Apdos.: IAPAS e Centro dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — CSIPE. Advs.: Drs. Nestor José Forster e outro, Lucy Mathias de Carvalho Borcelli e Plínio Caminha de Azevedo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 1-12-87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Nilson Naves. Ausente o Exmo. Sr. Min. Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.640 — PR
(Registro nº 5.573.106)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara/PR*

Apelantes: *União Federal e Brasil — Reflorestamento e Celulose Ltda.*

Apelados: *Os mesmos*

Agravado Retido: *União Federal*

Advogados: *Drs. José Cid Campelo e outros*

EMENTA: Confisco de bens. Impossibilidade de apreciação, pelo Judiciário, dos atos praticados com fundamento nos atos institucionais e complementares. Extinção do processo.

Excluídos de apreciação pelo Judiciário os atos praticados com fundamento nos atos institucionais ou complementares, insustentável a sentença que ordenou a restituição de imóvel confiscado por Decreto do Presidente da República com base naqueles atos. Extinção do Processo em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Sentença anulada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, dar provimento ao agravo retido de fl. 80 e, no mérito, reformar a sentença para julgar extinto o processo, 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, 14 de junho de 1988 (data do julgamento).

O presente acórdão deixa de ser assinado por impedimento definitivo do Sr. Ministro.

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Brasil Reflorestamento e Celulose Ltda. ajuizou ação contra a União Federal, pleiteando ação anulatória de decreto de confisco, cumulada com devolução de área de terras e perdas e danos.

Contestou a ré, sustentando ser a autora manifestamente carecedora de ação, dada a impossibilidade jurídica do pedido, e concluiu pedindo a extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Por sentença de fls. 108/116, o MM. Juiz Federal julgou procedente, em parte, a demanda, nos seguintes termos:

«*Declarando* inválido o Decreto nº 68.471/71, porque desatendeu ao disposto no AC nº 42/69 e ao DL nº 359/68, não sendo por isso imune à apreciação judicial, *determinar* a imediata *restituição* do imóvel «Fazenda Morungava», com 25.237 hectares à autora, que será de pronto imitada na posse integral do mesmo, tanto que transitada em julgado a presente decisão e o *cancelamento* da averbação de confisco e incorporação ao patrimônio nacional que está lançada à margem do registro 58, L. 3, fl. 14 — Registro de Imóveis de Sengés-PR.

Quanto aos demais pedidos, julgô improcedente a demanda.»

Inconformaram-se ambas as partes e interpuseram o apelo voluntário, com as razões de fls. 117/121 e 122/129.

Contra-razões às fls. 131/156 e 158/159.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela decretação da carência de ação ou, então, pela improcedência, condenando-se a autora nas custas e em honorários de advogado.

Há agravo retido contra a decisão de fls. 78/79, que dera como lícito e juridicamente possível o objeto da demanda.

É o relatório.

EMENTA: Confisco de bens. Impossibilidade de apreciação, pelo Judiciário, dos atos praticados com fundamento nos atos institucionais e complementares. Extinção do processo.

Excluídos de apreciação pelo Judiciário os atos praticados com fundamento nos atos institucionais ou complementares, insustentável a sentença que ordenou a restituição de imóvel confiscado por Decreto do Presidente da República com base naqueles atos. Extinção do processo em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Sentença anulada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Na fundamentação da sentença recorrida, devem ser ressaltados os seguintes pontos, assim expressos:

«O Ato Complementar nº 42/69, que foi editado com específica autorização do AI nº 5 para execução dele e que estabeleceu o confisco de bens de pessoas que houvessem enriquecido ilícitamente em suas relações com a administração, deve ser observado rigidamente na aplicação da pena incomum, tanto porque é regra de inaudita excepcionalidade no direito moderno como porque é exigência mínima com que se deve haver o Administrador por força do próprio decreto-lei regulamentador. Sem dúvida, o Dec.-Lei nº 359/68 e o Dec.-Lei nº 760/69 supõem o enriquecimento ilícito sem o qual o processo de confisco é verdadeiramente ilegítimo.

A ré não nega, e em nenhum ponto da contestação existe qualquer referência em defesa da legitimidade e legalidade do processo confiscatório, cuja culminância é o Decreto atacado». (Fl. 111).

Mais adiante, afirma o Juiz, incisivamente:

«A questão não é dizer se os fundamentos ou a forma do ato são apreciáveis e não este, mas é ter presente que se aqueles não estiverem concordes com

a lei de regência também este, o ato, o decreto, ficam realmente expostos à apreciação judicial porque não mais opera a cláusula excepcional. A razão é simples. O interesse político de manutenção de certos atos jurídicos por insuscetibilidade de exame judicial deve ser verificado à luz de seus próprios predicados e pressupostos. Ninguém se atreve a dissentir de que o confisco só é aceitável, dentro dos postulados políticos que nortearam o AI 5 e o AC 42, se houvesse enriquecimento ilícito. Se não houve o enriquecimento ilícito, ou não foi o confiscado que enriqueceu ilicitamente, ou se não houve procedimento apuratório, e até mesmo se o enriquecimento não foi ilícito, parece inadmissível por todos os modos a operatividade da cláusula de inapreciação judicial». (112/113).

Entendeu o Juiz, em consequência, de afastar a preliminar levantada pela União Federal, de carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido.

A União, no entanto, teima na apreciação da tese de carência de ação, requerendo, no recurso contra a sentença, o julgamento do agravo retido, interposto às fls. 80/81. Suas razões estão assim expostas às fls. 119/120, reproduzidas no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

«No caso dos autos, é certo que todo o procedimento, bem como seu ato final — o Decreto presidencial de confisco — fundara-se expressamente na legislação excepcional expedida pelos governos do período pós-1964 (fl. 35). Ocorre que o art. 11 do Ato Institucional nº 5/68 *excluiu da apreciação judicial* todos os atos praticados com fundamento nesse Ato e em seus Atos Complementares, assim como os respectivos efeitos. A Emenda Constitucional 11/78, por sua vez, dispõe:

«Art. 3º São revogados os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, *ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial*».

Portanto, apesar de ter sido revogada a legislação excepcional, os efeitos dos atos nela fundados continuam excluídos da apreciação judicial, *sem qualquer exceção*.

Se o próprio texto constitucional contém tal vedação, é evidente a *impossibilidade jurídica* do pedido formulado pela recorrida. Nem se argumente, como fez ela na inicial, que o citado art. 3º da Emenda Constitucional nº 11/78 seria inaplicável ao caso, visto que não pretenderia ela a revisão do Decreto de confisco, mas sim a anulação do procedimento. Em primeiro lugar, o procedimento que antecedeu o ato de confisco não tem existência autônoma, de modo que sua anulação implica, necessariamente, a do ato final. Além disso, a apelada expressamente requereu a anulação do Decreto e o consequente retorno do bem a seu patrimônio (fl. 12).

Igualmente inaceitável, porque esbarra na vedação constitucional, é a interpretação do MM. Juiz *a quo*, segundo a qual se o ato de confisco ou seus elementos não estiverem de acordo com as normas legais, serão passíveis de apreciação judicial. Reitere-se o que já se afirmou: *a vedação em causa não admite exceção alguma*, como se verifica pelo simples exame do texto constitucional. Em outras palavras: os atos praticados com fundamento na legislação excepcional fogem inteiramente ao controle jurisdicional. E é óbvio que o confronto do ato ou do procedimento com a lei, feito pelo Judiciário, constitui inequívoca apreciação da legalidade, ato de controle, proibido expressamente pelo ordenamento jurídico.

Observe-se, ainda, que tal vedação estende-se ao ato em toda a sua estrutura, isto é, diz respeito a todos os seus elementos e pressupostos, inclusive o motivo e a forma, não apenas ao conteúdo. Respeita, também, aos efeitos do ato e ao procedimento, que não tem existência autônoma e cuja apreciação implica, necessariamente, a do ato" (fls. 119/120).

Ora, intocáveis pelo Judiciário os efeitos dos atos revolucionários — os praticados com base nos atos institucionais e complementares — parece-me de total procedência o argumento da ilustre Procuradora que subscreveu o recurso da União Federal, a Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, da impossibilidade da anulação do procedimento, que não tem existência autônoma, pois que a sua anulação implicaria, necessariamente, na do ato final, resguardado do controle do Judiciário.

Se assim é, muito claro, indiscutível o texto — pois que a Resolução não admitia confronto — a discussão pretendida carece de possibilidade, pois poderia atingir o último ato, o confiscatório, e os seus efeitos, que permanecem ao abrigo de revisão.

Não trouxe a autora ao processo uma nova decisão, deste ou do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido do seu pleito. Nas razões de apelada refere-se a julgados a propósito da legalidade do ato administrativo, que não pode escapar ao controle judicial. Mas nem uma palavra encontrei admitindo o controle do ato revolucionário produzido sob a égide da legislação excepcional.

Em julgamento do pleno, ao contrário, no caso do confisco dos bens do espólio de Fuad Lutfalla, de cujos interesses foi defensor o ilustre ex-Ministro Alfredo Buzaid (MS nº 20.194, Relator Ministro Cordeiro Guerra, Rev. Trib. de Justiça, vol. 92), a Ementa expressou bem a excepcionalidade da legislação e dos poderes revolucionários:

«Mandado de segurança contra ato de confisco fundado no Ato Complementar nº 42, retificado pelos AI 5 e 14.

A indenidade exclui de apreciação os atos praticados com fundamento nos atos institucionais ou complementares, quer sejam eles conformes, quer sejam desconformes a esses mesmos atos, pois, em qualquer das hipóteses, haveria apreciação judicial vedada pela norma constitucional.»

Apenas contra o voto do Ministro Décio Miranda, que concedia em parte o Mandado, não foi o mesmo conhecido.

Embora se possa dissentir, por todas as razões, da legislação em causa, não vejo como sequer entrar no mérito do pedido de restituição do imóvel confiscado à autora, em face da impossibilidade amplamente demonstrada nas razões do agravo e da apelação.

Dou, assim, provimento ao agravo e anulo a sentença, julgando extinto o processo, e condeno a autora nas custas e honorários de advogado, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

É o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, como se depreende, esta é uma área em que o legislador ainda não incursionou com as propostas de anistia.

Assim sendo, curvo-me ao mandamento superior do preceito constitucional trazido pelo eminente Relator e à jurisprudência formada a respeito.

Acompanho o Sr. Ministro Relator na preliminar e no mérito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.640 — PR — (Reg. nº 5.573.106) — Rel.: Exmo. Sr. Min. José Cândido. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara/PR. Aptes.: União Federal e Brasil — Reflorestamento e Celulose Ltda. Apdos.: Os mesmos. Ag. Retido: União Federal. Advs.: Drs. José Cid Campelo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, deu provimento ao agravo retido de fls. 80 e, no mérito, reformou a sentença, para julgar extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. José Cid Campe-lo. (Em 14-6-88 — 2ª T.).

Os Srs. Mins. Edson Vidigal e Otto Rocha votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.442-SC
(Registro nº 5.585.988)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Embargante: *Julieta Maurício de Souza*

Embargado: *INPS*

Advogados: *Drs. Megalvio Carlos Mussi, Celso Renato D'Ávila e outros*

EMENTA: Previdência Social. Pensão.

Acumulação do benefício. Inexistência de vedação legal. Cancelada ao arpejo do entendimento enunciado na Súmula 170-TFR, a pensão por morte do marido não se impede pela percepção de pensão deixada pelo companheiro, cuja morte sobreveio ao convívio more uxore estabelecido durante a viuvez da beneficiária.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber 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, 30 de outubro de 1985 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O v. acórdão embargado esposou a tese da inacumulatividade de pensões previdenciárias, como a reconheceu a sentença em favor da Autora, ao restabelecer-lhe a pensão deixada pelo marido — cancelada em face de novas núpcias religiosas —, ao lado da que ultimamente lhe deixara o companheiro. Fê-lo à base do voto do relator, o Sr. Ministro Costa Lima, ao qual aderiu o Sr. Ministro William Patterson, tudo a rigor desta compreensível síntese:

«A própria lógica repele a possibilidade de se acumular benefício da mesma natureza por parte da mesma instituição previdenciária. Coloque-se em exame a seguinte situação:

- a) pensão por morte do esposo civil;
- b) pensão por morte do esposo religioso;
- c) pensão por morte do companheiro.

E tudo pago pela mesma instituição previdenciária.

« Pode dar-se a acumulação de benefícios de natureza diversas: salário-família e auxílio-doença; salário-família e salário-maternidade» (fl. 67).

Em voto de vista, discordou o Sr. Ministro Gueiros Leite, partindo da colação de precedentes sobre condenar-se o cancelamento da pensão por força de novas núpcias (AC 41.871, 3ª T., Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 12-11-78; AC 33.047, 2ª Turma, Relator Ministro Décio Miranda, DJ de 13-5-74; e AC nº 86.403, do qual S. Excia. mesmo foi relator), e prosseguindo com asseverações desta ordem:

«Acho que a recíproca é verdadeira, tanto mais porque a mulher legítima ou a companheira integram a economia do lar com o seu labor. A mulher legítima é meeira; e a companheira, mal comparando, uma verdadeira sócia de indústria. As sociedades de fato têm sido reconhecidas pelos Tribunais, quando há impedimento matrimonial ou o casamento se faz com separação de bens. A comunicação dos aqüestos é matéria tranqüila.

Enfim, a própria CLPS indica a esposa e a companheira mantida há mais de cinco anos, como dependentes do segurado (arts. 13 e 14). E estritamente, a perda da pensão, a saber:

a) No art. 16 — o cônjuge desquitado, sem direito a alimentos. Nem o que, voluntariamente, tenha abandonado o lar há mais de cinco anos, ou que, por tempo inferior, o tenha abandonado e a ele se recuse a voltar, desde que essa situação haja sido reconhecida por sentença judicial transitada em julgado (art. 21);

b) Art. 58 — a cota da pensão extingue-se pela morte do pensionista e para a pensionista do sexo feminino, pelo casamento (incisos I e II).

Quanto a esta última hipótese, aliás já referida, têm-la descartada do elenco das perdas.

A CLPS só não permite a acumulação ou percepção conjunta de auxílio-doença com aposentadoria de qualquer natureza e auxílio-natalidade quando o pai e a mãe forem segurados (art. 25, incisos I/II). Há outros casos de vedação, em leis especiais. Principalmente no âmbito da previdência assistencial (Lei da Pensão Militar; Lei Complementar nº 16/73, art. 5º, § 2º). Mas não no plano básico do benefício como contraprestação, tanto mais se as origens dos benefícios forem diversas. Para mim a pensão, como direito da mulher, não sofre as limitações das novas núpcias ou mesmo do concubinato.

Dou parcial provimento ao recurso da autarquia tão-somente para reduzir a verba de honorários advocatícios, de 20% para 10%, *ex vi* do disposto no art. 20, § 3º, do CPC» — (fls. 70/72).

Os embargos da sucumbente defendem o voto vencido, destacando-lhe o fundamento de que não existe dispositivo legal que vede a acumulação de pensões previdenciárias e o da recíproca do tratamento da incancelabilidade do benefício por novas núpcias, findando por aludir que os dois valores, como pretendido somarem-se, sequer alcançarão o salário mínimo — fl. 80.

A impugnação exalta a asserção do que são inacumuláveis os benefícios da mesma natureza, e verberam a viabilidade do acúmulo de benefício, com o qual não poderia arcar o já combalido sistema previdenciário — fl. 85.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, a meu modesto pensar, foi das mais felizes a inspiração deste Tribunal ao construir o entendimento de que a convalidação de núpcias não retira da viúva o direito à percepção da pensão previdenciária deixada pelo *de cujus*.

Remontando às origens, colhe-se dos acórdãos precursores, como referenciados ao pé da Súmula 170 deste Tribunal, a combinação dos elementos que serviram de base a essa salutar compreensão; enredou-a, inicialmente, a valoração do casamento como objeto de proteção do Poder Público, e assim infenso à causação da perda do direito à pensão, isso aliado à cláusula de que do novo casamento não resulte melhoria da situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar disponível o benefício.

Daí que, em seqüência aos precedentes e amadurecimento da interpretação afinada sumulada, deu-se destaque à natureza do benefício previdenciário como contraprestação resultante de contribuições feitas pelo segurado a termo futuro em favor da família (AC 86.403, 2ª Turma, *in DJ* de 22-3-84).

Convenha-se, pois, na linha de aplicação desses parâmetros à hipótese de acumulação de pensões, como contraprestações distintas, como distintas tenham sido as contribuições prestadas e a situação familiar visada a proteger. Repita-se que nenhuma regra legal veda essa acumulação — de pensão ou até mesmo de aposentadoria —, ordinariamente ocorrente, a exemplo, digamos, dos menores por morte do pai e da mãe, sendo ambos contribuintes, ou a exemplo do segurado facultativo e obrigatório, com direito a aposentar-se por implemento de condições próprias a cada uma dessas fontes de contribuição, exceção esta última que entendo compreensivo fazer-se à alínea *d* do art. 20 da CLPS.

Logo, ao caso dos autos vem a examinada Súmula 170, a teor da qual se legitima o vindicado restabelecimento da pensão que a Autora não deveria ter perdido pelas novas núpcias religiosas; tal como vem ao mesmo tempo, a compreensão legal da acumulatividade do benefício, pelo que a pensão agora percebida não impede o perseguido restabelecimento da anterior, indevidamente cancelada.

A propósito, em recente decisão da Egrégia Terceira Turma, fui honrado com a adesão dos Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Hélio Pinheiro, da forma como decidimos a AC 105.061, cujo acórdão foi ementado nestes termos:

«Previdência Social. Pensão.

Mãe do contribuinte falecido em estado de solteiro. Direito ao benefício, desde a provada dependência econômica, independentemente da percepção de outra pensão deixada por morte do companheiro.» — Sessão de 15-10-85.

Ali, como aqui, no tema da dependência econômica, pesa o fato de a soma dos dois benefícios acumulados sequer alcançar o salário mínimo; pelo que, responda-se ao embargado, se combatido está o sistema previdenciário, certamente que não o é por conta de acumulações de valor tão irrisório, para o que, diga-se mais, no caso, suaram os minguados salários dos contribuintes obrigatórios dos quais a ora embargante foi dependente, isto é, do marido civil e do companheiro.

Por essas considerações, alinhadas ao bom espírito do voto vencido, é que recebo os embargos; faço-o para o fim ali declarado de dar parcial provimento ao recurso da autarquia, tão-somente para reduzir a verba de honorários advocatícios de 20 para 10%.

Assim voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, na Turma limitei-me a aderir ao voto do Sr. Ministro Costa Lima. Lembro-me que fiquei impressionado com o seu argumento de que, em tese, não haveria limite para esse tipo de acumulação, constituindo um incentivo ao concubinato.

Ainda que, na hipótese, os parcos recursos da Embargante possam conduzi-la a uma situação fática capaz de ensejar o reconhecimento do direito, por um sentimento de justiça, não se pode negar a imprevisão legal para o caso.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, os votos prevalentes na Turma deixaram-se impressionar por considerações de natureza ética, segundo verifiquei no relatório do eminente Ministro José Dantas, e, depois, no voto vista do eminente Ministro Washington Bolívar. Mas, como nos círculos concêntricos de Jeremias Bentham, trata-se de examinar a questão sob o ponto de vista do Direito, em que a esfera é menor, porém é mais densa. Assim sendo, não encontro nenhum óbice legal à cumulatividade desses benefícios.

Com estas considerações, acompanho o eminente Relator, *data venia*, para receber os embargos.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, não pude redigir o voto, mas tive o ensejo de meditar sobre o tema posto em debate nestes embargos infringentes. De qualquer sorte, para rememorar, sintetizo a hipótese em debate:

«A r. decisão embargada merece ser mantida por seus jurídicos fundamentos, sendo totalmente inviável a pretensão da embargada em se ver beneficiada com a pensão decorrente da morte de seu marido, se já está recebendo pensão pelo falecimento de seu companheiro.

O r. voto vencedor não deixa margens para qualquer dúvida, pois repele taxativamente o acúmulo de benefícios da mesma natureza, não podendo a Instituição Previdenciária arcar com uma série de pensões decorrentes da morte do esposo civil, do esposo religioso e do companheiro, ou até mais de um.

Fatalmente, a prevalecer a tese esposada pelo r. voto vencido, aprontar-se-ia, *data venia*, mais um passo para a falência do já combalido sistema previdenciário.»

Sr. Presidente, depois de haver meditado sobre o tema, cheguei à conclusão, com a devida vênia do Sr. Ministro Costa Lima, de quem foi o voto condutor do acórdão, e do Sr. Ministro William Patterson, que lhe deu sua valiosa adesão, de que melhor atende ao objetivo social da lei a interpretação feita por V. Exa. E não só isto: atende, também, àquele preceito de justiça, *data venia*.

É que, como V. Exa. salientou, há uma distinção entre essas legislações. Há legislação de cunho meramente assistencial, como, por exemplo, a pensão do ruralista: — mesmo que não houvesse contribuição alguma, ele recebe, porque o Estado reconhece o estado de penúria; essa, é de outro tipo, é a título de contraprestação.

V. Exa. salientou muito bem, Sr. Ministro Gueiros Leite, em seu voto vencido, que se pretende restabelecer, que a pensão deixada, na verdade, é o fruto de uma contraprestação.

Para esta pensão, digamos, quase que para este pecúlio, contribuiu, também, a mulher com seu trabalho doméstico, trabalho penoso, como todos sabem, e nós, Juizes, constituídos Ministros de Justiça sobre o nosso povo, temos o dever de compreender o que se passa nos lares dos jurisdicionados, qual o trabalho doméstico, especialmente como no caso da embargante, que litiga sob o pálio da Justiça Gratuita e, pois, não deve ser dessas que possuem empregada, mas, ao revés, é a que faz tudo para manter a estabilidade e a limpeza do lar em todos os sentidos. A contribuição da mulher é realmente muito eficaz para que o marido — e veja-se, marido de poucos recursos, quer o marido, quer depois o companheiro — pudesse retirar, às vezes do salário mínimo, aquela quota de que se faz o desconto para a Previdência Social; quer dizer, sem esta colaboração, sem a economia doméstica, sem a rotina que a mulher desempenha, especialmente as mulheres mais pobres, esse recolhimento talvez nem se fizesse possível.

Entendo, pois, com a devida vênia dos doutos Ministros que compuseram a maioria, que melhor realiza a justiça o recebimento dos embargos, para restaurar a situação dada pela sentença de primeiro grau, em que se reconheceu exatamente tais circunstâncias.

O que me impressionou, à primeira vista, e por isso logo não acompanhei o eminente Ministro José Dantas, foi a aparente lógica da situação, que se acha destacada no voto do eminente Relator do acórdão embargado: não poderia a mesma entidade previdenciária pagar duas ou três pensões. Mas, bem examinadas as coisas, verifica-se que não se trata de uma benesse, mas, como se destacou, e V. Exa. o fez muito bem, trata-se de uma contraprestação, para a qual colaborou a mulher, decisivamente, a fim de que o marido pudesse contribuir para a Previdência Social.

Na verdade, essa embargante, como verifiquei nos autos, litiga sob o pálio da justiça gratuita. Somados todos esses benefícios, sequer atingem o salário mínimo. A situação, portanto, verdadeiramente, é esta. Ela não é sobrevivente dos casamentos desfeitos, pura e simplesmente. Ela é uma espécie de sobrevivente do naufrágio desses casamentos, não pelo abandono voluntário, como muitas vezes acontece por aí, mas porque a sorte lhe foi tirando, sucessivamente, aqueles a quem dedicou a sua vida e o seu trabalho; isso desde 1939. Portanto, ao longo de um tempo mais do que razoável, agarrou-se a esses companheiros, muito provavelmente para não cair na prostituição.

Juízes do nosso povo, não podemos deixar de conhecer essa realidade subjacente, existente no País.

Por essas considerações, com a devida vênia dos eminentes Ministros que compuseram a douda maioria, recebo os embargos, como o fez, com brilho incedível, o eminente Ministro Relator, o Sr. Ministro José Dantas.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, em face desta intervenção e dos termos do voto do eminente Ministro William Patterson, devo prestar à Seção um esclarecimento, até porque os votos ficam registrados.

Recordo-me de ter dito ao eminente Relator, ao chegar aqui, que não tinha tido oportunidade de escrever meu voto, como pretendia. Mas, receoso de que houvesse prolongamento desnecessário de uma situação social perfeitamente definida como de carência, achei que deveria fazer um esforço e trazer logo o processo. Não poderia supor, jamais, que não encontraria, aqui, o Relator do acórdão. De qualquer sorte, o Regimento permite claramente e o faz, se não me engano no art. 151, que o voto vista seja proferido, em face de sua urgência que é também a da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, na primeira sessão em que isso seja possível, presente, ou não, o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 87.442 — SC — (Reg. nº 5.585.988) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Embe.: Julieta Maurício de Souza. Embdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Megalvio Carlos Mussi, Celso Renato D'Ávila e outros.

Decisão: A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro William Patterson, recebeu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 30-10-85 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar, Otto Rocha, José Cândido, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Costa Leite e Nilson Naves votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Costa Lima. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.745 — MT
(Registro nº 6.148.395)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelante: *Johannes Prinz Von Thurn Und Taxis*

Apelado: *INPS*

Advogados: *Drs. Salvador Pompeu de Barros Filho e outros e Antonio Manoel Bicuado e outro*

EMENTA: Ação declaratória. Pedido e causa de pedir.

Para que possa obter pronunciamento jurisdicional sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, o autor haverá de explicitá-la, deduzindo todos seus termos. Impossibilidade de a sentença emitir comandos genéricos, não referidos a uma situação concreta, perfeitamente identificável.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 24 de agosto de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Adoto o relatório da sentença (fls. 62/4).

Acrescento que a ação foi julgada improcedente, condenando o autor nas cominações de praxe.

Apelou o vencido. Sustentou que a discussão dos autos está afeta somente à vinculação previdenciária, porque ninguém poderia ser obrigado a pagar duas vezes contribuições para o mesmo fim. Assim, prossegue, não se cuida de discutir a natureza do trabalho realizado ou os conceitos de empregado e empregador rural. Requer, pois, que seja reconhecida a sua vinculação e a de seus empregados à previdência rural.

Em contra-razões, requer-se a confirmação da sentença apelada.

Manifestação do Ministério Público Federal, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O pedido formulado pelo autor foi de que fosse «declarada a filiação Previdenciária do FUNRURAL, unicamente, isto é, que os pagamentos previdenciários do Suplicante e seus empregados sejam só aqueles previstos como contribuição ao FUNRURAL».

A atividade jurisdicional tem por finalidade decidir os litígios, compor as lides. Será exercida relativamente a uma concreta relação jurídica. Ao contrário do legislador, o juiz não emite comandos genéricos e indeterminados no tempo, mas pronuncia-se quanto a uma certa relação, identificável pelas pessoas e também pelas coordenadas de tempo e lugar. A sentença visa a estabelecer a certeza. O comando dela emergente não pode depender da verificação de outros fatos.

O pedido declaratório deve dirigir-se à obtenção de pronunciamento jurisdicional sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Para alcançá-lo, o autor deverá de explicitá-la com exatidão, deduzindo todos seus termos, o que envolve a integralidade das circunstâncias que interessam a seu aparecimento. No caso, seria indispensável precisar quais os trabalhadores, as funções que exercem, onde o fazem. Ai seria viável dizer se existe ou não o questionado vínculo jurídico com a Previdência. Nos termos em que colocada a inicial, não poderia haver julgamento do pedido.

Dou provimento, tão-só para modificar a conclusão da sentença que passa a ser de extinção do processo, sem julgamento do mérito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 95.745 — MT — (Reg. nº 6.148.395) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: Johannes Prinz Von Thurn Und Taxis. Apdo.: INPS. Advs.: Drs. Salvador Pompeu de Barros Filho e outros e Antonio Manuel Bicudo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (6ª Turma — em 24-8-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 100.059 — RJ
(Registro nº 6.078.460)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*
Embargante: *CIAB — Cia. Imobiliária Atlântica Brasileira*
Embargada: *União Federal*
Advogado: *Dr. João Ribeiro de Moraes*

EMENTA: Processual Civil. Tributário. Imposto de Renda. Ação declaratória. Cabimento.

A ação declaratória tem por finalidade eliminar o estado de incerteza nas relações jurídicas. Diante de tal situação fática, não se há de negar à parte o direito ao uso da referida ação, pois o seu interesse, conforme permissivo legal (CPC, art. 4º e parágrafo único), pode limitar-se à mera declaração, ainda que já tenha ocorrido a violação do direito.

Lucro de pessoa jurídica decorrente de erro contábil relativo à correção monetária do capital. Cabimento da ação declaratória para a declaração da não-incidência do imposto de renda, uma vez comprovada a alegação.

Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Miguel Ferrante, receber 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, 27 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ. A Eg. 6ª Turma, por maioria, confirmou a sentença de primeiro grau, que julgou a CIAB — Companhia Imobiliária Atlântica Brasileira carecedora de ação declaratória movida contra a União Federal, nos termos do voto do Ministro Miguel Ferrante, *verbis* (fls. 89/93 — lê).

O acórdão está assim ementado (fl. 98):

«Ação Declaratória — Imposto de renda — Retificação de erro material.

A retificação de erro material por ventura ocorrido em declaração de rendimentos, refoge ao âmbito da declaratória, limitada à simples declaração de existência de relação jurídica, de autenticidade ou falsidade do documento.

Apelação improvida.»

A esse acórdão opõe a autora os embargos infringentes de fls. 100/103, pleiteando a prevalência do voto vencido do Ministro Eduardo Ribeiro, do seguinte teor (fls. 94/95 — lê).

Os embargos foram admitidos e impugnados (fls. 104 e 107/109).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, objeto da ação declaratória pode ser qualquer direito ou relação jurídica. O que a distingue da ação condenatória ou da ação constitutiva é que ela visa tão-somente a alcançar uma certeza jurídica mediante sentença transitada em julgado. É uma forma de tutela específica, cabendo à parte a escolha, pois talvez não lhe interesse, posto que momentaneamente, como lembrava Chiovenda, um bem de vida garantido pela vontade da lei, consista ele numa prestação do obrigado ou numa modificação do estado jurídico atual. Esta doutrina, aliás, está consagrada no art. 4.º e seu parágrafo único do vigente Código de Processo Civil, onde se diz que o interesse do autor pode limitar-se à mera declaração, ainda que já tenha ocorrido a violação do direito.

No concernente à relação de direito público, não é de hoje o entendimento que sustenta ser cabível a ação declaratória para a declaração de ilegalidade de lançamento tributário. Alfredo Buzaid, em sua conhecida monografia, cita acórdão do STF datado de 1936, em que o Ministro Costa Manso, por sinal um dos autores do anteprojeto do Código de Processo Civil de São Paulo e de uma exposição preliminar sobre a ação declaratória no mesmo anteprojeto, afirma que «para prevenir o litígio resultante de lançamento ilegal, pode a parte lançar mão da ação declaratória», concluindo: «Por meio da ação declaratória pode ela pedir se declare inexistente a dívida, demonstrando a sua ilegalidade» («A Ação Declaratória no Direito Brasileiro», Saraiva, 1943, págs. 106/107).

Na espécie *sub judice*, alegou a autora que erro contábil atinente à correção monetária do capital transformou o lucro real anteriormente declarado em prejuízo efetivo e pediu que se declarasse a *não-incidência* do tributo por efeito da inoccorrência da disponibilidade econômica ou jurídica.

A meu ver, exemplo típico de incerteza jurídica que pode ser afastada por intermédio da ação declaratória.

Do quanto foi exposto, recebo os embargos a fim de que, cassados o v. acórdão embargado e a sentença, tenha prosseguimento o processo.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Ratificando o voto que profere no julgamento da apelação, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 100.059 — RJ — (Reg. nº 6.078.460) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Embgte.: CIAB — Cia. Imobiliária Atlântica Brasileira. Embgdo.: União Federal. Adv.: Dr. João Ribeiro de Morais.

Decisão: A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Miguel Ferrante, recebeu os embargos. (Em 27-9-88 — 2.ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Velloso, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus e Armando Rollemberg. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.948 — RN
(Registro nº 7.257.368)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelante: *Alpargatas Confecções Nordeste S.A.*

Apelada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Paulo Akiyo Yassuz e outros, Alberto Tostharu Yanagiura e outro e Hugo Mósca*

EMENTA: Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). Ação de repetição de indébito.

A prestação para o Programa de Integração Social (PIS) se insere na categoria de contribuição social sem caráter tributário, instituída com fundamento nos arts. 43, item X, e 165, item V, da Constituição da República.

Aplicam-se-lhe, não obstante, as regras jurídicas concernentes ao pagamento indevido no direito tributário, em virtude de tratar-se de obrigação ex lege, exigida coativamente pelo Poder Público, entre as quais avulta a que consagra o princípio da legalidade, assegurando ao indivíduo o direito de pagar tão-só o imposto previsto em lei.

A restituição da exação paga indevidamente deve vir acompanhada da correção monetária e dos juros da mora (CTN, art. 167).

Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Juiz Federal do Rio Grande do Norte expôs a controvérsia nestes termos (fls. 95/96):

«Alpargatas Confeccões Nordeste S.A., firma qualificada nos autos, promove a presente Ação Ordinária de Repetição de Indébito contra a Caixa Econômica Federal, agência local, alegando, em síntese, que:

a) Em 29-2-84, ao recolher a contribuição do PIS, elaborou em equivoco, tendo feito mais do que o devido no montante de 943,64 ORTNs, o que, na época, correspondia a Cr\$ 7.818.519.

b) Após verificar o engano, conseguiu receber da ré, em 18-12-84, a importância de Cr\$ 7.818.519, que havia pago a maior, sem que a devolução da importância tenha sido corrigida monetariamente, conforme solicitou.

c) Sendo o PIS considerado tributo, há de se aplicar, na repetição do indébito, as regras do art. 165, do CTN, em combinação com a Súmula nº 46, do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo que na devolução devia ter incidido correção monetária desde a data do pagamento até o efetivo recebimento da importância reclamada, bem como juros de mora.

2. O pedido da A. é para que a Ação seja julgada procedente, condenando-se a suplicada a devolver a correção monetária e juros de mora aplicados sobre a importância já restituída, a partir da data do recolhimento indevido, acrescida de honorários, do reembolso das custas e despesas judiciais.

3. A ré respondeu. Na oportunidade, disse que:

a) A A. procedeu ao recolhimento indevido por sua culpa exclusiva, uma vez que não contou com nenhuma participação da ré no preenchimento da guia. Outrossim, no instrumento de quitação, nenhuma ressalva fez no sentido de protestar pela cobrança dos juros e correção monetária, o que importa na valorização do seu silêncio como extinção de qualquer obrigação acessória.

b) É aplicável, no caso, a regra contida no art. 963, do Código Civil, segundo a qual não incorre em mora o devedor pela ausência de fato ou omissão a ela imputável.

4. A ré quer a improcedência do pedido com aplicação da sucumbência.»

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a autora nas custas e nos honorários de advogado de 20% sobre o valor da causa.

Apelou a autora, com as razões de fls. 107/118.

Contra-razões às fls. 130/135.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Na AMS nº 102.858 — SP, do meu relato, julgada na sessão de 20-8-86, sustentei a tese consoante a qual a prestação para o Programa de Integração Social (PIS) se insere na categoria de contribuição social sem caráter tributário.

Afirmo então, citando autores de reconhecida autoridade, que nesse tipo de imposição, por paradoxal que pareça, embora o Estado exija o pagamento no exercício do seu *jus imperii*, atua na realidade como sujeito passivo da obrigação de garantir ao trabalhador o direito social assegurado pela Constituição.

Depois da emenda Constitucional nº 8, de 1977, esse entendimento não pode ser posto em dúvida porque, ao acrescentar ao art. 43 o inciso X, torna-se claro que ela quis estrear as contribuições sociais dos tributos, que permanecem no inciso I, propósito que transparece também na redação dada ao art. 21, § 2º, item I, em que retirou a contribuição do empregado e do empregador e deixou apenas as contribuições especiais

de natureza tributária, tais sejam, a contribuição de intervenção no domínio econômico, contribuição para atender à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social e contribuição para programas de interesse das categorias profissionais.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal (RE nº 100.790-7-SP, Plenário, DJ de 13-3-87, Relator Min. Francisco Rezek).

Todavia, se é certo que a prestação para o PIS não tem caráter tributário, não menos certo é que se trata, como asseverou o Ministro Sebastião Reis em voto na AC nº 84.030-SP, de «obrigação *ex lege*, prestada em dinheiro, exigida coativamente pela Constituição Federal, inserindo-se, assim, nos domínios de direito público, inaplicáveis à espécie, princípios de direito privado relacionados com a espontaneidade do recolhimento».

A prestação é recolhida não por decorrência de vínculo contratual entre o contribuinte e o Estado, mas por imposição de lei contra a qual não opera a vontade do prestador. Relação de direito público, caracterizada pela sujeição do sujeito passivo, aplicam-se-lhe, por equidade e até mesmo por razão ética, as regras jurídicas concernentes ao pagamento indevido no direito tributário.

Nesse campo específico, exerce domínio absoluto o princípio da legalidade, conferindo ao indivíduo o direito subjetivo de pagar somente os tributos previstos na lei. Daí a diferença entre os fundamentos da repetição de indébito no direito privado e no direito tributário, que Brandão Machado sintetiza escrevendo: «No direito privado, o *accipiens* não pratica ilicitude; no tributário, transgredir direito subjetivo do *solvens*, comete ato contrário ao direito. A falta de fundamento jurídico no direito privado não pode, portanto, equiparar-se à falta de fundamento no direito tributário; aqui é a falta de lei; no direito privado, é a falta de ato de vontade do *solvens*, que, no entanto, poderia ser posteriormente suprida, ao passo que, no direito tributário, a vontade do *solvens* seria ineficaz para suprir a falta da lei, ainda que ele desejasse pagar o tributo indevido, como ineficaz seria a lei posterior que criasse o tributo. No direito privado a ação repetitória visa a restabelecer o equilíbrio do patrimônio do demandante, desfalcado pelo pagamento indevido; no direito tributário, o remédio judicial objetiva proteger a propriedade do *solvens* sobre o dinheiro desembolsado, a título de tributo, em favor do Estado, restaurando-lhe o direito subjetivo de pagar tão-somente os tributos que a lei determina. A ilicitude do Estado, na violação desse direito fundamental, é que origina a pretensão do contribuinte, aquele que o Estado escolheu como devedor, de reaver o que pagou contrariando o direito» («Repetição do Indébito no Direito Tributário», *in* «Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira», Saraiva, 1984, págs. 85/86).

O contribuinte do PIS faz jus à repetição do excesso de recolhimento pelo mesmo fundamento, eis que se trata de exação paga compulsoriamente e na medida dos parâmetros legais. E tal como está expresso na lei de regência e na Súmula nº 46 deste Colégio TFR, a devolução deve vir acompanhada de juros e correção monetária.

Do quanto foi exposto, dou provimento à apelação e reformo a sentença apelada para julgar a ação procedente e condenar a ré a devolver à autora o montante representado pela correção monetária a partir da data do recolhimento e pelos juros moratórios de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado do acórdão, tudo acrescido das custas e dos honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor a ser restituído.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.948 — RN — (Reg. nº 7.257.368) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torquato Braz. Apte.: Alpagatas Confecções Nordeste S.A. Apda.: CEF. Adv.s: Drs. Paulo Akiyo Yassuz e outros, Alberto Tostharu Yanagiura e outro e Hugo Mósca.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 14-9-88 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 107.964 — PR
(Registro nº 7.270.801)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelantes: *União Federal e INPS*

Apelados: *José Frederico Augusto Braunn e outros*

Advogados: *Drs. Benedito Xavier da Silva e outro, Jackson Sponholz e Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes*

Remte. Ex Officio: *Juiz Federal da 6ª Vara-PR*

EMENTA: Administrativo. Ferrovários aposentados. Complementação de proventos. Direito reconhecido administrativamente. Pagamento de diferenças correspondentes ao período que vai da inativação à implantação dos carnês.

Direito que se assegura aos apelados, porque foram o INPS e a RFFSA, através de resoluções e circulares de 1982, que deram ensejo ao pagamento cuja atualização é mera decorrência do reconhecimento respectivo na área administrativa.

Apelações improvidas.

Remessa oficial prejudicada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento às apelações, para confirmar a sentença de primeiro grau, prejudicada a remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: José Frederico Augusto Braunn e outros ferroviários ajuizaram ação ordinária contra a União Federal, o INPS e a Rede Ferroviária Federal S/A, objetivando o pagamento de diferenças da complementação de suas aposentadorias, de modo a ajustar os respectivos valores aos da remuneração

do pessoal em atividade, observada a equivalência de cargos. Essa complementação foi paga administrativamente, restando agora as diferenças correspondentes ao período que vai da inativação à implantação dos carnês.

O MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, Dr. José Carlos Cal Garcia, julgou a ação procedente, submetendo-a ao duplo grau de jurisdição (fls. 305/307).

Inconformados, apelaram somente os dois primeiros réus.

A União Federal, arguindo a carência do direito de ação, por falta de interesse de agir, e pedindo a reforma da sentença para que a ação seja julgada improcedente.

Caso mantida a decisão recorrida, que seja reduzido o percentual da verba honorária (fls. 309/311).

O INPS, por sua vez, arguindo ilegitimidade passiva *ad causam* e no mérito, sustentando a inaplicabilidade do Decreto-Lei nº 3.769, de 1941, àqueles que não sejam funcionários públicos, porque a Lei nº 2.622, de 1955, não operou a equiparação pretendida (fls. 313/325).

Contra-razões às fls. 327/339.

Nesta instância, pronunciou-se a douta SGR pela manutenção da sentença apenas em relação a Ludy Ludwig, funcionário autárquico, aposentado, com mais de 35 anos de serviço (fls. 347/354).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Não se trata, aqui, de se indagar se ou quais ferroviários aposentaram-se antes ou depois da vigência do Decreto-Lei nº 956/69, pois que a todos foi reconhecido administrativamente o direito de receber essa complementação. Tanto é assim que a União, em sua contestação, alegou que lhes falta o interesse de agir, porque sua pretensão já fora atendida (fls. 224/225).

O que eles desejam é o pagamento das diferenças que decorreram desde o momento da aposentadoria de cada um e a inclusão desses valores nos respectivos carnês.

A tal eles têm direito, porque foram o INPS e a RFFSA, através de resoluções e circulares de 1982, que deram ensejo ao pagamento cuja atualização é mera decorrência do reconhecimento respectivo na área administrativa.

Nego provimento às apelações, prejudicada a remessa oficial, esclarecendo que não consta da relação processual o ferroviário Ludy Ludwig, apontado pela douta SGR como o único que teria direito à pretensão, por haver se aposentado antes da edição do Decreto-Lei nº 956/69.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 107.964 — PR — (Reg. nº 7.270.801) — PR Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelantes: União Federal e INPS. Apelados: José Frederico Augusto Braun e outros. Advs.: Drs. Benedito Xavier da Silva e outro, Jackson Sponholz e Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes. Remte. *Ex officio*: Juiz Federal da 6ª Vara-PR.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento às apelações, para confirmar a sentença de primeiro grau, prejudicada a remessa necessária (Julg. 20-9-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 108.146 — RJ
(Registro nº 7.044.186)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Relator para Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Apelante: *José da Silva Amaral*

Apelada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Aureliano Martins Alcântara e outro. Dr. Elísio da Costa Pinheiro e outros*

EMENTA: Compra de imóvel mediante financiamento hipotecário. Inadimplência do mutuário. Execução promovida com fundamento no Dec.-Lei nº 70, de 30-11-1966. Arrematação, pela credora-apelada, pelo montante do saldo devedor. Pretensão do devedor de ser ressarcido por alegado prejuízo. Improcedência da Ação Ordinária por ele intentada.

Se fosse adotada a execução judicial, com praça única, conforme a Lei nº 5.741, de 1-12-71, art. 6º, chegar-se-ia a resultado idêntico. Se adotado o direito processual comum, em segunda praça far-se-ia a venda a quem mais desse (CPC, art. 686, inciso V), não se levando em conta a avaliação (Código Civil, art. 618), bem assim o saldo devedor (Dec.-Lei nº 70/66, art. 32, § 1º).

Ação julgada improcedente, por sentença que se confirma.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 29 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: José da Silva Amaral, qualificado nos autos, propôs, perante o Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal, alegando

em resumo: que, por escritura de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, lavrada no Ofício da Comarca de Petrópolis, Livro 252, fl. 082, em 20-1-81, o requerente obteve um financiamento para compra do imóvel localizado naquela cidade; que o preço ajustado foi Cr\$ 2.500.000,00, dos quais a CEF apenas financiou Cr\$ 1.800.000,00, e o saldo foi pago com recursos próprios; que, o financiamento contratado pelo prazo de 15 anos, o requerente pagou apenas 20 prestações, tornando-se inadimplente a partir do mês de outubro de 1982, quando perdeu o seu emprego; que, em função disso, a CEF, por intermédio da HASPA S/A, Crédito Imobiliário, iniciou a execução extrajudicial, que, em se tratando de financiamento parcial do preço de aquisição do imóvel, a via a ser escolhida pela credora, como faculta a própria resolução do BNH, deveria ter sido a judicial, de modo a permitir ao executado os meios legais para sua defesa, que, além do mais, o requerente aplicou no imóvel em apreço, a título de melhorias e benfeitorias, a importância de Cr\$ 1.200.000,00, que, por meio de procedimentos judicial e extrajudicial, notificou à CEF; que objetivava não fosse permitida a arrematação ou adjudicação do imóvel por preço que não comportasse o pagamento do saldo devedor do financiamento, dos encargos e do *quantum* despendido pelo requerente; que, indo o imóvel a leilão, foi adquirido pela própria CEF pela importância de Cr\$ 30.736.099,31, abaixo do que havia sido convencionado contratualmente; que, se não houve dolo, houve, pelo menos, culpa por parte da CEF, que não levou em consideração a cláusula contratual firmada entre as partes; que tal omissão acarretou sérios prejuízos para o requerente; que espera seja julgada procedente a ação para que a CEF seja condenada a reparar o dano causado ao requerente, conforme demonstrado, no valor de Cr\$ 7.825.038,67, corrigido monetariamente, além dos encargos de lei.

O MM. Juiz *a quo*, às fls. 64/67, julgou improcedente a ação, condenando o autor a pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios, fixados em 20 ORTNs da data do efetivo pagamento.

Inconformado, o sucumbente apela, com as razões de fls. 70/74: (lê).

Contra-razões, às fls. 76/78.

Às fls. 87/88, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): Consoante relatado, por escritura pública de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, o apelante obteve da apelada financiamento para compra do imóvel referido na inicial, mas, após pagar vinte prestações, tornou-se inadimplente, procedendo-se à cobrança da dívida na forma e modo do Decreto-Lei nº 70, de 30 de novembro de 1966.

O imóvel foi arrematado pela credora-apelada, pelo saldo devedor, resultando daí a pretensão ajuizada, informada na existência de alegado dano por inobservância de cláusula contratual que assegura preço mínimo para arrematação, superior ao pago pela apelada. Consta da exordial:

«O imóvel foi a leilão, tendo sido arrematado pela própria CEF, pela importância de Cr\$ 30.736.099,31 (trinta milhões, setecentos e trinta e seis mil, noventa e nove cruzeiros e trinta e um centavos), conforme faz prova o auto do leilão em anexo.

O valor da arrematação não respeitou a importância mínima ajustada entre as partes no contrato de empréstimo, cláusula décima segunda, onde se declarava para os fins do disposto no art. 818 do C. Civil, que o valor do imóvel hipotecado era, naquela data (aquisição do imóvel), Cr\$ 2.782.340,70 (dois milhões, setecentos e oitenta e dois mil, trezentos e quarenta cruzeiros e setenta centavos), equivalente na época a 3.76755681 UPCs.

Seria este o preço mínimo estipulado entre o requerente e a requerida, por contrato, para a efetivação de leilão, arrematação ou adjudicação, sem a necessidade de avaliação do imóvel.

Aplicando-se o valor da UPC do mês de maio do corrente ano, data da efetivação da arrematação, encontraremos o preço mínimo de Cr\$ 38.561.137,98 (trinta e oito milhões, quinhentos e sessenta e um mil, cento e trinta e sete cruzeiros e noventa e oito centavos), que deveria ter sido pago pela CEF quando da arrematação do imóvel.»

A ação objetiva reparar o mencionado dano, no montante de Cr\$ 7.825.038,87 (CZ\$ 7.825,03), com os consectários de direito, inclusive correção monetária.

A doutra sentença singular, porém, julgou-a improcedente, em suma, à consideração de que, *in casu*, «com a execução extrajudicial, o acionante não pode invocar prejuízo, eis que a arrematação se consumou pelo valor do saldo devedor atualizado (fls. 35/36), resultado esse idêntico a que chegaria, caso adotada a execução judicial, com praça única (Lei n.º 5.741, de 1-12-71, art. 6.º)».

A esse enfoque, tem-se que de fato as partes acordaram na celebrada escritura de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca que:

«O valor do imóvel hipotecado para os fins do artigo 818 do Código Civil é de Cr\$ 2.782.340,70 (dois milhões, setecentos e oitenta e dois mil, trezentos e quarenta cruzeiros e setenta centavos), equivalente a 3.787,55681 UPCs, ficando à CEF o direito de pedir nova avaliação» (cláusula 12.ª).

O citado artigo 818 do Código Civil dispõe, *in verbis*:

«Art. 818. É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustados dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação.»

Assim, a arrematação teria de levar em conta o valor mínimo ajustado entre as partes. Não o fazendo frustrou-se a avença, descumprindo-se, via de consequência, o contrato ao qual as partes estavam vinculadas.

A asseveração sentencial de que «o acionante não pode invocar prejuízo, eis que a arrematação se consumou pelo valor do saldo devedor atualizado», carece, *data venia*, de relevo nas circunstâncias dos autos, posto que aqui se cuida, sem preocupações de outra ordem, a dar cumprimento a um contrato, livremente ajustado entre as partes.

Na realidade, afigura-se com razão o apelante quando aduz, após transcrever o citado artigo 818 do Código Civil:

«Onde se conclui, sem a menor sombra de dúvida, que, em qualquer das duas hipóteses (arrematação e adjudicação), o valor base a ser pago pelo imóvel hipotecado teria que ser obrigatoriamente o equivalente a 3.767.556 UPCs. Isto por dois motivos principais: o primeiro é que a arrematante foi a própria credora, aliás, o certo teria sido adjudicação; o segundo motivo é que terceiros não tomaram conhecimento da praça, visto que a Apelada não publicou os editais de que tratam o art. 714 do C. de Processo Civil e art. 32 do Decreto-Lei 70.366, que serviu de base para a execução extrajudicial ou pelo menos não fez prova.»

De quanto foi exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença monocrática em ordem a julgar procedente a ação nos termos do pedido vestibular, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

VOTO (REVISÃO)

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Estou em que a respeitável sentença apelada deu adequado tratamento à espécie, ao dizer seu ilustre prolator, *in verbis* (fls. 66/67):

«Na espécie vertente, com a execução extrajudicial, o acionante não pode invocar prejuízo, eis que a arrematação se consumou pelo valor do saldo devedor atualizado (fls. 35/36), resultado esse idêntico a que se chegaria, caso adotada a execução judicial, com praça única (Lei nº 5.741, de 1-12-71, art. 6º). De resto, se adotado o direito processual comum, a solução ainda seria pior para o devedor, porquanto, em segunda praça, far-se-ia a venda a quem mais desse (CPC, art. 686, inc. V), sem se levar em conta a avaliação ou valor ajustado para substituí-la (Cód. Civil, art. 818), e sem se levar em conta o saldo devedor (Dec.-Lei nº 70/66, art. 32, § 1º; Lei nº 5.741/71, art. 6º).»

Afigura-se-me correta a fundamentação sentencial, aliás conforme sustentou em seu douto parecer a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 87/88).

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Prende-se a decisão da causa à exata exegese do artigo 818 do Código Civil. Considero que há de ser interpretado, quando se cogita de execução, em consonância com as normas processuais pertinentes. Aí não se estabelece um preço mínimo para as alienações judiciais e menos ainda extrajudiciais. Dispensa-se apenas a avaliação. Simplifica-se o processo com a prefixação do valor para este fim. Na alienação, entretanto, serão observadas as leis de processo. A ser de modo diverso, eventual retração no mercado imobiliário tornaria inviável a efetivação da garantia, já que ninguém faria lanço que superasse o valor que naquele pudesse vir a alcançar.

Peço vênia para negar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 108.146 — RJ — (Reg. nº 7.044.186) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Relator para o acórdão: Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: José da Silva Amaral. Apelada: Caixa Econômica Federal. Advogados: Dr. Aureliano Martins Alcântara e outro, Dr. Elisio da Costa Pinheiro e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao apelo, e do Sr. Ministro Américo Luz, ao recurso, negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Em 8-6-88 — 6ª Turma).

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao apelo. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz (Em 29-6-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 109.895 — DF
(Registro nº 7.856.270)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara — DF*

Apelantes: *Kavo do Brasil S.A. Indústria e Comércio e União Federal*

Apeladas: *As mesmas*

Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros*

EMENTA: Processual Civil e Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Acessórios. Honorários advocatícios.

I — Consoante vem decidindo esta egrégia Corte, reconhecido à autora o direito à compensação de créditos relativos ao IPI, por meio de termo de garantia de manutenção dos incentivos fiscais a programas de exportação, em determinado prazo, sua alteração unilateral não pode ser efetuada pela administração, mais que, por Portaria. Precedentes.

II — Os juros de mora são devidos à taxa de 1% (um por cento) ao mês e contados a partir da citação.

III — A correção monetária, in casu, é calculada nos termos e a partir da Lei nº 6.899/81.

IV — A verba honorária foi bem fixada, coerente com a orientação desta egrégia Corte, devendo, portanto, ser mantida.

V — Remessa oficial e apelação da União desprovidas. Recurso da autora parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, e dar provimento, em parte, à apelação da autora, 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 agosto de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. José Alves de Lima, assim resumiu a espécie:

«Kavo do Brasil S.A. Indústria e Comércio, com sede em Joinville-SC, propõe Ação Declaratória cumulada com Ação Condenatória contra a União Federal visando declaração de existência de relação jurídica e ressarcimento de créditos oriundos de incentivos fiscais.

Alega:

A Autora é empresa industrial exportadora e fazia jus ao crédito-prêmio do IPI, incentivo fiscal criado pelo art. 1º do Dec.-Lei nº 491/69 e os produtos fabricados e exportados por ela estavam classificados em posições que lhe garantiam o direito a mencionado incentivo fiscal.

Em 7-12-79 foram publicados o Dec.-Lei nº 1.724 e a Portaria nº 960, expedida pelo Sr. Ministro da Fazenda, que, a partir dessa data, suspenderam a vigência do incentivo, o qual só foi restaurado novamente a partir de 1-4-81, através das Portarias nºs 78, de 1-4-81, e 89, de 8-4-81.

O Dec.-Lei nº 1.724/79, que concedeu o Sr. Ministro da Fazenda poderes para aumentar ou reduzir as alíquotas do crédito-prêmio, e até mesmo permitiu para extingui-lo, é inconstitucional, e a Portaria nº 960/79 é ato ilegal, por descumprir a delegação de poderes do Dec.-Lei nº 1.724/79.

As delegações feitas pelo Dec.-Lei nº 1.724/79 ao Sr. Ministro da Fazenda são inconstitucionais, por ter havido, além da delegação regulamentar, que é indelegável (art. 81, III e § único, da CF), mas também da própria competência tributária, permitindo ao Ministro que fizesse o que o próprio Presidente da República não poderia fazer, ou seja, extinguir o próprio estímulo fiscal, criado pelo Dec.-Lei nº 491/69, o qual só poderia ser revogado ou extinto pela mesma forma legislativa.

O Dec.-Lei nº 491/69 permaneceu em pleno vigor no período de suspensão (de 7-12-79 a 31-3-81), tendo a Autora o direito de creditar-se em sua escrita no montante do crédito-prêmio do IPI, calculado, segundo a legislação então vigente, sobre suas exportações de manufaturados favorecidos pelo estímulo.

Pede a declaração da existência e certeza da relação jurídica, qual seja, o direito da Autora de creditar-se, em seu livro Registro de Apuração do IPI, do incentivo em questão. Pede também que se declare que o incentivo deverá ser aproveitado na forma definida na legislação de regência.

Pede, ainda, seja declarado seu direito de obter o ressarcimento na forma da legislação específica e mediante anotação no livro de Registro de Apuração do IPI, modelo 8.

Pede, por fim, seja declarado seu direito de converter os valores das exportações expressos em moeda estrangeira em cruzeiros, para cálculo dos estímulos fiscais, pela taxa cambial de compra, do dia em que for efetuado o crédito e aplicando-se a alíquota vigente à data da efetiva exportação, ou com atualização monetária na época do aproveitamento e a partir da data em que o incentivo deveria ter sido apropriado e que seja declarado, por último, o seu direito de receber juros moratórios de 1% ao mês, a partir do dia seguinte em que foi efetuada cada exportação e juros compensatórios de 12% ao ano.

A União Federal, ao contestar o pedido (fls. 106/115), sustenta, preliminarmente, não ter a Autora interesse de agir e estarem prescritas as parcelas que antecederam a 2-2-80.

Quanto ao mérito, sustenta que nenhum princípio constitucional foi ofendido, sendo legítimo o ato de suspensão dos incentivos, e que o IPI não está sujeito ao princípio da anualidade, não havendo nenhuma ilegalidade ou ofensa ao texto constitucional da suspensão, supressão ou modificação do estímulo do referido imposto.

Sustenta também que o Sr. Ministro da Fazenda, ao suspender temporariamente o direito à fruição do benefício, praticou ato tido como um *minus* em face da competência que lhe foi atribuída de, em certos casos, até extinguir o incentivo.

Sustenta, ainda, que, na eventualidade de procedência da Ação, deve ser utilizada a taxa cambial da data da exportação dos produtos manufaturados; que só é cabível a correção monetária após a vigência da Lei nº 6.899/81, que são indevidos juros compensatórios, e que os moratórios devem ser calculados à taxa de meio por cento ao mês, na forma do art. 1.062, do Código Civil.

Inicial instruída. Manifestou-se a Autora sobre as preliminares» (fls. 163/165).

Decidindo, o ilustre magistrado *a quo* julgou procedente a ação, condenando a ré nos consectários legais. Submeteu seu *decisum* ao duplo grau obrigatório.

Inconformada, a autora interpôs apelação (fls. 169/202), pleiteando a reforma parcial da sentença, relativa aos acessórios da condenação, quais sejam: pede a correção monetária plena; que os juros de mora sejam de 1% (um por cento) ao mês, a contar de cada exportação; juros compensatórios; e elevação dos honorários advocatícios para 20% (vinte por cento).

A União Federal também recorreu (fls. 211/228), repetindo, na essência, os mesmos argumentos expendidos em primeira instância.

Recebidos os recursos e devidamente contra-arrazoados (fls. 231/237 e 239/256), subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República se manifestado pela reforma da sentença.

Dispensei a revisão (art. 33, IX do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O insigne magistrado de primeira instância bem decidiu a controvérsia, ao assim dispor, *verbis*:

«Rejeito a preliminar de falta de interesse de agir, pois a Autora se encontra diante de incerteza jurídica, objetiva e atual com possibilidade de dano.

Quanto à prescrição também não assiste razão à Ré. Pleiteia a Autora o ressarcimento de créditos oriundos de incentivo fiscal não utilizados no período de 7-12-79 a 1-4-81, sendo certo que a presente Ação foi proposta em 7-12-84.

Ao instituir estímulos fiscais à exportação de manufaturados, dispôs o Dec.-Lei nº 491/69:

Art. 1º As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos inteiramente.

§ 1º Os créditos tributários acima mencionados serão deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre as operações do mercado interno.

§ 2º Feita a dedução, e havendo excedente de crédito, poderá o mesmo ser compensado no pagamento de outros impostos federais, ou aproveitado nas formas indicadas por regulamento.

A Autora vinha recebendo o crédito-prêmio do IPI até a vigência do Dec.-Lei nº 1.724/79 e da Portaria nº 969/79, expedida pelo Sr. Ministro da Fazenda. Pelo Dec.-Lei nº 1.724/79, o Presidente da República autorizou o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir ou extinguir os estímulos fiscais previstos no Dec.-Lei nº 491/69. O Ministro da Fazenda, entretanto, resolveu, através da Portaria nº 960/79, suspender, até decisão em contrário, o estímulo fiscal de que trata o art. 1º do Dec.-Lei nº 491/69, para os produtos exportados. A suspensão do estímulo fiscal perdurou até 1-4-81, quando a Autora voltou a recebê-lo. Vê-se do art. 1º do Dec.-Lei nº 1.724/79 que o Senhor Presidente da República autorizou o Sr. Ministro da Fazenda a aumentar, reduzir ou extinguir o estímulo fiscal criado pelo Dec.-Lei nº 491/69 (art. 1º) e não suspendê-lo. O Sr. Ministro da Fazenda somente poderia suspender o estímulo se o Senhor Presidente da República o tivesse autorizado, expressamente, e isso não ocorreu. Se somente a Lei pode criar as hipóteses de suspensão de créditos tributários (CTN, art. 97, VI) e definir fato gerador da obrigação principal (CTN, art. 114), o Sr. Ministro da Fazenda, com base no Dec.-Lei nº 1.724/79, só poderia aumentar, reduzir ou extinguir o crédito-prêmio do IPI. A Portaria nº 960/79, que determinou a suspensão, extrapolou a autorização prevista no Dec.-Lei nº 1.724/79. Cumpre, ademais, acrescentar que, assim como os tributos, os incentivos fiscais só podem ser criados, aumentados, reduzidos ou suspensos através de lei ou através de Dec.-Lei, nos casos de urgência ou de interesse público relevante (CF, art. 55).

O Dec.-Lei nº 1.724/79 poderia aumentar, reduzir, suspender ou extinguir o incentivo fiscal criado pelo Dec.-Lei nº 491/69 mas não poderia autorizar o Sr. Ministro da Fazenda a fazê-lo por simples Portaria. E, como o fez, referido Dec.-Lei nº 1.724/79 ofende o princípio da legalidade.

De outra parte, não faculta a Constituição Federal ao Presidente da República o poder de delegar atribuições para alterar as alíquotas do IPI ou para aumentar, reduzir, extinguir ou suspender os incentivos fiscais do IPI. O Dec.-Lei nº 1.724/79, assim, ao autorizar o Ministro da Fazenda a aumentar, reduzir ou extinguir o estímulo fiscal criado pelo art. 1º do Dec.-Lei nº 491/69, ofende à Constituição Federal (art. 21). Se o incentivo em exame foi criado por Dec.-Lei (nº 491/69), só por outra norma legal da mesma hierarquia poderia ser suspenso e não por simples Portaria.

Isto posto, julgo procedente a Ação Declaratória cumulada com Condenatória para declarar o direito da Autora em receber o crédito-prêmio do IPI, no período de 7-12-79 a 31-3-81. Declaro também que o estímulo fiscal será calculado sobre a venda dos produtos manufaturados, exportados no referido período. O crédito tributário deverá ser deduzido do valor do IPI incidente sobre as operações no mercado interno, e havendo excedente de crédito o mesmo deverá ser compensado no pagamento de outros tributos federais ou na forma indicada pelo Regulamento do IPI. Declaro, ainda, que o ressarcimento do crédito-prêmio do IPI deverá ser corrigido monetariamente nos termos e a partir da Lei nº 6.899/81, após a conversão dos respectivos valores da moeda estrangeira em moeda nacional, levando-se em conta os valores da época em que o crédito-prêmio deveria ter sido reconhecido à Autora, no período de suspensão, acrescidos de juros de mora no percentual de meio por cento ao mês, na forma do art. 1.062, do Código Civil, e contados a partir da citação.

Condeno a Ré a ressarcir a Autora do total do crédito-prêmio do IPI, referente ao período de suspensão, acrescido de correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81. Condeno também a Ré a restituir as custas ante-

cipadas pela Autora e a pagar a verba honorária, que arbitro em 10% sobre o valor da causa. Deixo de condenar a Ré em juros compensatórios por serem indevidos, na espécie.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição» (fls. 165/167).

Incensuráveis as doutas ponderações formuladas na sentença supratranscrita, as quais adoto como razão de decidir.

Aliás, esta colenda 5ª Turma já apreciou matéria idêntica, quando do julgamento da Apelação Cível nº 117.199-SP (4.842.405), em 29-4-87, Rel.: Min. Pedro Acioli, decisão unânime, *in DJ* de 25-6-87, cujo aresto ficou assim ementado:

«Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Honorários de Advogado.

I — Reconhecido à autora o direito à compensação de créditos relativos ao IPI, por meio de termo de garantia de manutenção dos incentivos fiscais a programas de exportação, em determinado prazo, sua alteração unilateral não pode ser efetuada pela administração, mais que, por Portaria. Precedentes.

II — A verba honorária há de ser fixada em *quantum* a remunerar dignamente o advogado, não se tendo como justa quantia fixada em montante aquém do real valor do trabalho desenvolvido.

III — Improvimento do recurso voluntário da União e da remessa oficial e provimento do recurso voluntário da autora».

Por conseguinte, o apelo da União não merece prosperar.

Passo, destarte, a apreciar o recurso da autora, onde pleiteia a reforma parcial da sentença com relação aos acessórios da condenação, isto é, a correção monetária plena; juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de cada exportação; juros compensatórios; e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento).

Quanto à correção monetária, concordo com os argumentos postos pela União Federal, em suas contra-razões, do seguinte teor:

«... a pretensão da autora a equiparar o ressarcimento de incentivos fiscais à repetição de indébito, para obter correção monetária, não tem qualquer fomento jurídico, eis que na repetição do indébito devolve-se o tributo pago pelo contribuinte indevidamente, ao passo que no caso de incentivo fiscal o que há é a suspensão de um favor fiscal concedido pelo Poder Tributário, por cessarem os motivos do favor fiscal, como autorizado pela Constituição, no caso do IPI e impostos de importação e exportação, face a natureza extrafiscal desses tributos.

Em não havendo, como se vem sustentando, autorização legal para a correção monetária da indenização dos incentivos fiscais, só se corrige a partir da Lei nº 6.899/81, como é expressa a Lei nº 5.670/71, no art. 1º, que determina:

«Art. 1º 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 instruiu».

A jurisprudência do E. STF é indiscrepante nesse sentido:

«Se a correção monetária deve incidir sobre o débito em decorrência tão-somente da Lei nº 6.899/81, ela há de fazer-se a contar da data da vigência de tal diploma legal» (RE 99.869-SP-RTJ 113/1.248).

É que, «não havendo reserva legal para fazer incidir a correção monetária anteriormente à Lei nº 6.899/81, a obrigação a respeito, desta decorre, no particular» — diz o v. Acórdão — pois, em caso contrário, dar-se-ia a negativa de vigência da lei federal.

Aliás, mesmo em caso de repetição de indébito, como ocorreu com as hipóteses de retenção, pelo INCRA, da parcela do produto da ITR arrecadado,

julgada inconstitucional, o Eg. STF firmou o entendimento de que caberia a correção monetária somente em razão — e a partir da vigência — da Lei nº 6.899/81 (RE 104.412-MG — RTJ 112, pág. 1412, e RE 97.387, referido no Relatório).

E, em julgado mais recente, firmou-se:

«Correção monetária quanto a quantias retidas pelo INCRA com base em lei que veio a ser julgada inconstitucional.

«Há pouco, em sessão de 5 de setembro de 1984, o Plenário desta Corte, por voto de desempate do Presidente, decidiu, ao terminar o julgamento dos ERE 99.830-6-PR, que, em casos como o presente, ou seja, de retenção com base em lei que, posteriormente, vem a ser julgada inconstitucional, a correção monetária, em qualquer hipótese, só é devida com base na Lei nº 6.899/81» (RE 103.098-DF — 2ª Turma — RTJ 113/377)» (fls. 233/234).

No que pertine aos juros de mora, tenho que o *decisum* merece ser parcialmente provido, tão-somente para que os mesmos sejam fixados em 1% (um por cento) ao mês e não 0,5% (meio por cento), porém devendo incidir a partir da citação. Portanto, a apelação merece ser parcialmente provida, para elevar os juros de 0,5% (meio por cento), para 1% (um por cento) ao mês.

Com referência aos juros compensatórios, por não haver qualquer semelhança com a ação de desapropriação, não se pode admitir, *in casu*, tal condenação.

Finalmente, quanto à elevação dos honorários advocatícios, tenho que não merece acolhida, uma vez que os mesmos foram bem fixados, estando em consonância com a jurisprudência desta colenda Corte, devendo, portanto, ser mantida a verba de 10% (dez por cento) fixada na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União, e dou parcial provimento ao recurso da autora, nos termos acima explicitados.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 109.895 — DF — (Reg. nº 7.856.270) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — DF. Aptes.: Kavo do Brasil S.A. Indústria e Comércio e União Federal. Apdas.: As mesmas. Advs.: Drs. Domingos Novelli Vaz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, e deu provimento, em parte à apelação da autora, nos termos do voto do Relator (Em 26-8-87 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 112.878 — DF
(Registro nº 7.895.003)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Apelante: *União Federal*
Apelado: *Wagner Urubatan Neves*
Advogada: *Dra. Hercília de Souza Lima*

EMENTA: Administrativo. Aposentadoria. Revisão, para incorporação aos proventos da vantagem de função gratificada. Procedência da ação. 1. Prescrição. Voto vencido do Relator. 2. Inexistência de contrariedade ao art. 102, § 2º da Constituição. 3. Correção monetária. Incidência do art. 1º, § 2º da Lei nº 6.899/81. 4. Apelação provida, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a arguição de prescrição; no mérito, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do 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, 23-2-88 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Ajuizada a ação ordinária em 3-5-84, a sentença, ao julgá-la procedente, em parte, assim sumariou o pedido do autor e a resposta da ré:

«Wagner Urubatan Neves, qualificado na inicial, propôs a presente ação ordinária contra a União Federal, cujo objeto é a revisão de seus proventos de aposentadoria.

Relata, o autor, que a ré concedeu-lhe a aposentadoria pela Portaria GM-830, de 6-9-77, publicada no *DOU* de 18-9-77 quando o mesmo exercia o cargo de Engenheiro — Código NS-916.6, classe B, referência 48.

Argumenta, o suplicante, que exerceu, por mais de dez anos, funções gratificadas, nos termos da documentação acostada, sendo que a última delas foi

a de Chefe da Seção de Projetos e Cadastro Técnico, a partir de 7-12-73, sendo dispensado dela antes da aposentadoria.

Pede que a ré seja condenada a incorporar aos seus proventos as vantagens de função gratificada, acrescidas das alterações que se verificarem e mais o pagamento de atrasados e demais cominações.

Juntou documentos, fls. 7/19.

Custas pagas, fls. 21-verso.

Citada, a ré contestou, fls. 26/27, tendo sido argüida prescrição quinquenal e, caso não seja admitida, que a prescrição atinja as prestações anteriores a 15-6-79, ou seja, cinco anos anteriores à citação.

Quanto ao mérito, entende a suplicada que a concessão da aposentadoria foi correta, obedecendo a legislação vigente».

Cito, agora, os fundamentos com os quais a sentença rejeitou a prescrição total:

«Repilo a argüição de prescrição, porque, com a aposentadoria, não se desfaz o vínculo existente entre a Administração e seu servidor que, pelo contrário, pode ser revertido ao cargo que anteriormente ocupava. A considerar-se o desfazimento do liame, a situação que se poria seria a de readmissão.

Dessa forma, considerando a manutenção do vínculo entre o autor e a demandada, ocorre, tão-somente, a prescrição das prestações anteriores à data da prolação do despacho inaugural, uma vez que teve lugar citação válida».

Apelação da União Federal às fls. 40/42, com esta preliminar:

«A União Federal reitera o pedido de prescrição, pois com a ação pretende o autor rever ato dotado de 13 de setembro de 1977, isto é, a sua aposentadoria.

Esta é, no caso, o próprio fundo de direito, cujo reexame a prescrição quinquenal existente em panos da União veda. Ora, entre o ato de aposentadoria e as parcelas dos proventos há uma relação de causa e efeito. Se a causa não pode ser revista, a mesma sorte alcança os efeitos, que não podem ser considerados isoladamente, como o fez a sentença».

Contra-razões às fls. 44/46.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

Para o exame da prescrição, é este o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A meu ver, procede a preliminar contida no apelo da União Federal, tal como argüida à fl. 41. Com efeito, ocorreu, aqui, a prescrição, não a prescrição das prestações anteriores, mas, sim, a prescrição total, nos moldes do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, como temos dito em casos semelhantes.

Quando se trata de enquadramento, o direito de requerer revisão prescreve em cinco anos. Em cinco anos, disse eu na ementa da AC-111.647, a partir do respectivo Decreto, e concluí no sentido de que a relação jurídica estabelecida, nesses casos, não é a de trato sucessivo, com a prescrição parcial, mas a que atinge o próprio direito, com a prescrição total. Nesse acórdão, após citar, pelas ementas, as AC's 77.155, 91.089 e 92.877 e a REO-81.582, apontei o seguinte:

«No mesmo sentido dos padrões acima, relatei, nesta 3ª Turma, as AC's 97.029 e 100.060. Cito, ainda, as AC's 79.113 e 90.362, de 1987, Sr. Ministro Dias Trindade, a AC-103.962, de 1986, Sr. Ministro Costa Leite, a AC-

88.963, de 1984, Sr. Ministro Hélio Pinheiro, a AC-83.026, de 1984, Sr. Ministro Adhemar Raymundo, e a AC-87.051, de 1984, Sr. Ministro Carlos Madeira».

Quando se cuida de militar, questionado o ato de sua reforma, a 1ª Seção, recentemente, editou a Súmula 250: «Prescreve em cinco anos a ação revisional da reforma do militar, a contar da publicação do respectivo ato».

A título ilustrativo, quando em causa contrato de trabalho, temos orientação segundo a qual, findo o contrato, prescreve em dois anos, nos termos do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, o direito de pleitear qualquer reparação.

Por fim, na sessão do dia 13.11, esta 3ª Turma, honrando-me com o seu apoio, deu pela prescrição do aludido art. 1º num caso de revisão de proventos. Fora o autor aposentado por ato do ano de 1946, no cargo de Contador, Classe H, do Ministério da Fazenda, mas só ajuizou a ação bem após os cinco anos. Refiro-me à AC-101.832.

Bem se vê que, à luz do princípio adotado nos precedentes, ocorreu, aqui, a prescrição do art. 1º do Decreto nº 20.910, pois que, aposentado por ato publicado no dia 13-9-77, Wagner Urubatan Neves, com o pleito de revisão dos proventos, só ajuizou a ação no dia 3-5-84. A prescrição, nas palavras dos ERE-99.936, *in* RTJ-112/1260, é a do «próprio direito não postulado oportunamente».

Na RTJ-119, que lia neste último fim de semana, encontrei, nas páginas 908/910, acórdão do Ministro Djaci Falcão, com essa ementa: «Servidor público, aposentado. Revisão de cálculos de proventos. Ocorrência da prescrição do próprio direito (art. 1º do Dec. nº 20.910/32). Recurso extraordinário provido» (RE-110.530).

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação, para, reformando a sentença, extinguir o processo, com fundamento no art. 269, inciso IV do Cód. de Pr. Civil, condenando o autor nas custas e nos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa.

VOTO (MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Vencido quanto à prescrição, que reconhecia em voto preliminar, prossigo, tornando à sentença:

«A Lei 1.711/52, em seu art. 180, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.481/77, dispôs que o funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para a aposentadoria voluntária será aposentado com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo ou função de confiança haja compreendido um período de 10 anos, consecutivos ou não (alínea b).

Nos termos da declaração de fls. 8/10, o suplicante foi designado para exercer função gratificada de Chefe da Seção de Engenharia da DAP, a partir de 6-3-64 até 7-12-73 e, desta data até 18-11-75, veio a responder pela função gratificada de Chefe da Seção de Projetos e Cadastro Técnico, aposentando-se em 13-9-77.

Com o advento da Lei 6.732/79, foram adicionadas mais 3 hipóteses ao art. 180, da Lei 1.711/52.

A União Federal argumenta que na forma da regra constitucional — art. 102, § 2º, em nenhum caso os proventos de inatividade podem exceder a remuneração percebida na atividade.

A compatibilização do art. 180, da Lei 1.711/52, com o § 2º do art. 102 da Constituição Federal é feita ao se entender que a afronta à Constituição Federal só ocorre quando o pagamento dos proventos excede os vencimentos pagos ao pessoal ativo em igualdade de condições.

O autor comprovou o exercício da chefia, de cujos benefícios hoje quer ver acrescidos em seus proventos e, assim, não há excesso, ficando inatcada a norma constitucional.

Pelo exposto, julgo procedente, em parte, o pedido, para conceder revisão de proventos ao autor, correspondentes aos vencimentos recebidos como Chefe da Seção de Projetos e Cadastro Técnico, a partir dos cinco anos anteriores à data do ajuizamento desta ação, 2-5-79, pagando-se-lhe os atrasados monetariamente corrigidos, com incidência de juros moratórios, desde 15-6-84. Condeno, ainda, a ré, à indenização das custas antecipadas pelo autor, e em honorários de advogado que arbitro em 5% sobre o valor da condenação».

Digo que estou de acordo com a sentença, dela divergindo, no entanto, no que tange ao termo inicial da correção monetária. A propósito, pediu a União Federal, em seu apelo:

«... a União pede a reforma da sentença para que a correção monetária se faça na forma da Lei 6.899/81, isto é, a partir do ajuizamento da ação, respeitada a prescrição quinquenal das parcelas de proventos, aliás já reconhecida na sentença».

De fato, no particular, procede o recurso, à vista da orientação desta 3ª Turma, que tem aplicado, em casos análogos, o art. 1º, § 2º da Lei nº 6.899, de 8-4-81.

Dou, pois, provimento, em parte, à apelação, para determinar a incidência da correção monetária tão-só a partir do ajuizamento da ação.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: *Data venia* do eminente Relator, tenho compromisso com tese contrária à sustentada em seu voto, como tive oportunidade de sustentar com o apoio dos Ministros José Dantas e Flaquer Scartezini, em recente julgado unânime desta Turma, na Apelação Cível nº 115.313.

O voto que então proferi está assim redigido:

«A autora ajuizou ação contra a União Federal, pretendendo a inclusão nos seus proventos de aposentadoria das vantagens do art. 180, letra b, da Lei 1.711/52.

A ação foi proposta em 19 de dezembro de 1985 e a funcionária aposentada em 3 de setembro de 1974.

Com base no art. 1º do Decreto 20.910/32, o juiz monocrático declarou extinto o processo.

A questão cinge-se em saber se o direito que se insere na relação jurídica do funcionário público com o Estado, é atingido pela prescrição quinquenal ou apenas as prestações não reclamadas.

A matéria não é pacífica, como afirmado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, e, para ilustrar, trago à colação voto proferido pelo eminente Ministro Cunha Peixoto, *verbis*:

«A questão prende-se em saber, se, relativamente ao funcionário público, o direito, que se insere na relação jurídica, é atingido pela prescrição quinquenal, ou apenas as prestações a que tem ele direito.

A matéria está longe de ser pacífica. A jurisprudência deste colendo Supremo Tribunal Federal ainda está vacilante.

No sentido de a prescrição só atingir as prestações, encontramos, entre outros, os seguintes julgados: RREES nºs 58.953 (RTJ 46-44), 62.592 (RTJ 56-167) e 64.252 (RTJ 53-532) — Relator o Sr. Min. Eloy da Rocha; 68.080 (RTJ 54-119) e 61.385 (RTJ 50-639) — Relator o Ministro Thompson Flores; 60.338 (RTJ 46-108) — Relator o Ministro Hermes Lima.

Em sentido contrário, então os Recursos Extraordinários nºs 67.635 (RTJ 51-708) — Relator o Min. Luiz Gallotti; 46.231 (RTJ 47-439) — Relator o Min. Thompson Flores; 67.297 (RTJ 52-489) e 68.447 (RTJ 61-418) — Relator o Ministro Djaci Falcão.

O problema havia se pacificado no sentido da segunda corrente, quando o eminente Ministro Eloy da Rocha, com o peso de sua autoridade, passou a sustentar não atingir a prescrição o direito que se insere na relação jurídica do funcionário com o Estado. Distinguindo, das prestações, o regime jurídico do servidor. Sua Excelência lecionou:

«A relação estatutária do servidor público compõe-se ao todo os direitos e obrigações. Os direitos não se sujeitam à prescrição. O que pode prescrever são os efeitos produzidos, as prestações. O direito à gratificação, que tem o servidor, é um dos que integram a relação. Quando o servidor não recebe e não reclama essa gratificação, decorridos cinco anos, a respectiva prestação cai na prescrição. Mas, o direito, que se insere na relação, que não se pode separar dela, nada sofre, não é atingido pela prescrição» (RTJ 46-45).

Neste sentido é ainda o ensinamento de Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 101, nº 6). Também Pontes de Miranda conclui que «o direito à promoção ou à nomeação, ou à aposentadoria, ou à disponibilidade, ou aos vencimentos adicionais, escapa ao art. 2º daquele decreto (refere-se ao Dec. nº 20.910-32)». *Tratado de Direito Privado*, vol. VI, pág. 394, § 714).

A opinião contrária foi defendida, neste colendo Tribunal, com a autoridade de ser ele um dos maiores administrativistas brasileiros, pelo Ministro Themístocles Cavalcanti, que, no RE nº 64.262, teve oportunidade de proclamar:

«... a relação jurídica de emprego é extremamente complexa, é constituída de numerosos elementos que integram a função pública — direito à nomeação, à promoção, aos vencimentos, às gratificações, etc...

O direito decorrente da relação de emprego sofre as modificações legais e essas modificações se refletem sobre a posição do servidor no serviço público e no seu patrimônio.

Dentro do regime estatutário, a relação de emprego obedece a um regime jurídico fixado pela lei e que se manifesta, principalmente, nos efeitos sobre a vida funcional e o patrimônio do funcionário.

A prescrição não corre sobre o direito do funcionário à função, mas sobre a relação jurídica disciplinada pela lei, e seus efeitos» (RTJ 53-536).

A relação entre o funcionário e o Estado, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, é estatutária; e isto leva a admitir, em tese, a imprescritibilidade de seu direito, já que este direito está preso às modificações necessárias ao interesse do Estado. O que comanda é o interesse público, e se este leva a conceder determinada situação ao funcionário, este direito não precisa ser pleiteado, nem mesmo invocado. A administração deve enquadrá-lo na nova situação.

Dáí não se pode dizer que o direito do funcionário à nova condição atribuída por lei prescreve, se a administração não o coloca nesta posição e ele não reclama dentro de cinco anos. O que prescreve é a parte

patrimonial decorrente da nova situação, se o funcionário, não a recebendo, deixa de reclamar neste período.

A esta conclusão também leva o Decreto nº 20.910-32. Com efeito, depois de, em seu art. 1º, declarar que «as dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual e municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos». Dispõe no art. 2º:

«Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças».

E estatui o art. 3º:

«Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto».

Portanto, verifica-se não abranger, como diz o art. 1º, a prescrição todo e qualquer direito, pois, do contrário, não precisaria estabelecer que «prescrevem no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas e ou por vencerem, ao meio soldo...»

Note-se que este dispositivo, após afirmar prescrever direito ao meio soldo, etc., assinala ainda, para não deixar dúvida, que prescrevem as prestações vencidas ou por vencerem, mostrando, assim, que neste caso, prescreve o próprio direito, tanto que prescritas as prestações «por vencerem».

Todavia, no caso do art. 3º, prescrevem apenas as prestações vencidas e, como não se admite dispositivo inútil em lei, a única conclusão a se chegar é que existem direitos que não prescrevem e, entre estes, não se pode deixar de incluir aqueles que integram a própria relação jurídica do funcionário.

A imprescritibilidade da relação jurídica do funcionário deve ser entendida, no entanto, no sentido de que ele pode, em qualquer tempo, exigir seu direito, pois é a própria Administração que compete, na hipótese, aplicar a lei ao caso concreto.

Entretanto, se ele provoca, sem sucesso a Administração, daí passa a fluir o prazo prescricional, que finda em cinco anos.

Fora de dúvida, portanto, que a partir do dia em que a Administração negou direito ao funcionário, e, portanto, surgiu a possibilidade de propor a ação, passou a fluir o prazo prescricional, que, neste caso, é de cinco anos.

Um exemplo melhor explicitará nosso pensamento: o funcionário tem direito a adicionais. O fato dele não o requerer dentro de cinco anos, não faz com que perca este direito, mas decairá dele, se requerido, ou por outra forma lhe é negado, expressamente, pela Administração e ficar inerte por mais de cinco anos».

O acórdão ficou assim ementado:

«Funcionário Público. Direitos derivados da relação jurídica de emprego de natureza estatutária. Prescrição.

A imprescritibilidade do direito decorrente da relação de emprego de natureza estatutária deve ser entendida no sentido de que o funcionário pode, a qualquer tempo, exigir esse direito, vez que compete à própria Administração aplicar a lei ao caso concreto. Se o titular do direito subjetivo, entretanto, provoca, sem sucesso a Administração, daí passa a fluir o prazo prescricional que, no caso sob exame, é de cinco anos.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE 82.879 — SP, *in* RTJ 100/1277-1279).

No caso *sub judice*, o direito à gratificação que foi instituída por lei não foi reclamado pela funcionária durante esse longo tempo. Competia à Administração incluir tal gratificação nos proventos de aposentadoria. Note-se que não dependia da vontade da funcionária nem da Administração, mas se trata-va de um comando legal.

Se a funcionária tivesse provocado a Administração e esta negado o direito à incorporação das vantagens, passados cinco anos, o seu direito decairia. Contudo, isso não aconteceu. Portanto, o seu direito não prescreveu, mas somente as parcelas cinco anos anteriores à propositura da ação.

Por estas razões, dou provimento ao recurso para determinar o prosseguimento normal do processo».

O caso dos autos é semelhante.

A União não fez prova de que o indeferimento do pedido de concessão da vantagem em exame se deu há mais de cinco anos da propositura da ação. Portanto, tenho para mim, que a prescrição não ocorreu.

O precedente do Supremo Tribunal Federal, citado pelo Relator, relativo ao ERE 99.936, RTJ 112/1.260, cuida de hipótese dissemelhante, já que nele se objetiva não o direito a certa prestação pecuniária, mas o próprio ato de aposentadoria.

O outro (RE 110.530, RTJ 119/908) não me parece tenha enfrentado as teses suscitadas no voto acima transcrito da lavra do Ministro Cunha Peixoto.

Ante o exposto, afasto, no caso, a alegada prescrição.

É como voto.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, no mérito, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, no dizer dos votos já proferidos, tanto prestei adesão ao entendimento aduzido pelo Sr. Ministro Nilson Naves — sobre a prescrição quinquenal da ação revisional de enquadramento funcional (AC 111.647) —, como também a teria prestado à tese da imprescritibilidade do fundo de direito funcional, tal o entendimento do Sr. Ministro Assis Toledo, tocante à revisão de proventos da inatividade (acórdão na AC 115.313), matéria discutida nestes autos.

De fato, procedem ambas as informações, de cuja veracidade nunca duvidei.

No entanto, reconferido meu posicionamento sobre a matéria, objetivo da vista que pedi na sessão passada, tranqüilizei-me do temor da incoerência que parecesse revelada pela colação daqueles precedentes. É que, na realidade, ao que me adverti de acórdãos da minha própria lavra, sempre me pus em distinguir as espécies trazidas ao confronto, supracitado.

Na verdade, de pertinência à imprescritibilidade do direito decorrente da relação estatutária, verifico que nunca adotei a tese, na sua generalidade, adepto que sempre fui, no particular, da prescrição do chamado fundo de direito, da qual dão notícia os recentes pronunciamentos do STF relacionados pelo Sr. Ministro Relator em seu voto (ERE 99.936 e RE 110.530, *in* RTJ 112/1260 e 119/908). Aliás, orientação consentânea é a deste Egrégio Tribunal, a exemplo de sua Súmula 250, tocante à revisão de proventos da inatividade militar.

Doutra parte, porém, no que se prende às vantagens dos proventos civis, mais especificamente decorrentes dos arts. 180 e seguintes, da Lei 1.711/52, venho transigindo

com o rigor dessa exegese, à consideração de que aquelas disposições estatutárias sofreram radical alteração redacional, pela Lei nº 6.732, de 4-12-79 e pelo Decreto-Lei 1.746, de 27 daquele mês e ano, a título da conformação das vantagens ali tratadas com a chamada Lei de Incorporação dos Quintos (nº 6.481/77). Dai que, no referente àquelas normas estatutárias, via de tais leis, criou-se direito novo, de relação aos servidores anteriormente aposentados, consoante mesmo a sumulação da jurisprudência do Tribunal no seu verbete nº 179, a cujo teor interpretativo da nova redação estatutária, valoriza-se o exercício comissionado mesmo que não contemporâneo à data da aposentadoria.

Penso, pois, que sumulação dessa ordem não teria sentido para os antigos aposentados, permitindo-lhes as benesses da lei nova, se também não lhes abrisse ensejo à revisão dos proventos, certamente que acionável no quinquênio contado do direito sobrevida, e não a contar da antiga aposentação.

Assim é que explico minha adesão ao referenciado voto do Sr. Ministro Assis Toledo, naquele caso, que outro não é, senão que o mesmo caso dos autos.

Com efeito, aposentado muito antes da reforma estatutária, para beneficiar-se da pretendida incorporação dos proventos do cargo de chefia, exercido, ao que diz, por mais de 10 anos, certamente que o Autor somente teve ação a contar da nova regência legal da matéria, isto é, a partir de dezembro de 1979; pelo que, propondo-a em abril de 1984, deveras o fez no quinquênio que se seguiu à dita vigência legal.

Desse modo, peço vênia ao Sr. Ministro Relator para, embora que por fundamento distinto da genérica tese do voto do Sr. Ministro Assis Toledo, acompanhá-lo na rejeição da prejudicial de prescrição, aguardando pronunciar-me sobre o mérito, após se pronuncie o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 112.878 — DF — (Reg. nº 7.895.003) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Apte.: União Federal. Apdo.: Wagner Urubatan Neves. Adv.: Dra. Hercília de Souza Lima.

Decisão: A Turma, por maioria, rejeitou a arguição de prescrição; no mérito, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro Relator (3ª Turma — 23-2-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Ficou vencido na preliminar o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.479 — SP
(Registro nº 7.902.948)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara-SP*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Carlos de Abreu*

Advogados: *Drs. Hélio Dejtiar e outra (Apdo)*

EMENTA: Tributário. Administrativo-Fiscal. Processual Civil. Pena de perdimento. Irregularidade na importação de veículo de procedência estrangeira.

I — Comprovada a falsidade na documentação do veículo, não há porque regularizar-lhe a situação, mesmo porque não ilidida pelo autor, indigitada falsificação.

II — A alegação de boa-fé por se achar o veículo documentado pela repartição fiscal não tem o condão de afastar a apreensão, pelo fisco, e a conseqüente imposição da perda do bem que ingressou irregularmente no país.

III — Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 17 de junho de 1987. (Data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O MM. Juiz *a quo* assim sumariou a controvérsia, *verbis*:

«Carlos de Abreu, qualificado à fl. 2, alega na inicial ter adquirido um automóvel identificado no item I do libelo, esclarecendo que o mesmo fora importado pela Embaixada da Bolívia, com isenção fiscal, inclusive com 4ª

via e que, decorridos quase dois anos da importação, tem o direito de recolher os tributos concernentes.

Outrossim, pediu sua nomeação como depositário do veículo, bem como officio ao Detran-SP e à Receita Federal, para elaboração do cálculo do imposto devido.

Por respeitável despacho de fl. 13 vº, o suplicante foi nomeado depositário do automóvel, em consequência lavrando-se o termo de fl. 15.

O douto Ministério Público manifestou-se à fl. 17, para dizer que, em pesquisas preliminares, a autoridade policial verificou a falsidade dos documentos alusivos ao automóvel, esclarecendo que os supostos vendedores jamais integraram o corpo diplomático da Bolívia e que a guia de importação diz respeito a papéis turísticos destinados ao Consulado da República Federal da Alemanha, assim pedindo a revogação do despacho de fl. 140 vº.

Na sua manifestação de fls. 28 vº, Carlos de Abreu disse ter obtido chapa do veículo e o respectivo lacre, ocasião em que recolheu os tributos devidos, não só porque a documentação era válida até então e também porque adquiriu o carro como terceiro de boa-fé, circunstância esta reconhecida pela douta Procuradoria da República na manifestação de fl. 64.

À fl. 321, o ilustrado Ministério Público pediu a extinção do feito.

O Certificado de propriedade do veículo encontra-se por fotocópia à fl. 39, estando o mesmo em nome de quem vendeu o veículo ao requerente, ou seja Klaus Ressmann, constando a chapa YS-9933, correspondente a 1981.

O automóvel foi desembaraçado com isenção de impostos e sem cobertura cambial.

No officio de fl. 59, o eminente Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo acentua que, se ainda vigente o artigo 5º do Dec.-Lei 399/68 e se o possuidor do veículo pretendesse converter em multa a pena de perdimento a que o veículo estaria sujeito, os tributos e demais gravames seria os indicados à fl. 59, no total de Cr\$ 4.772.082,53, importância esta que o suplicante depositou, por intermédio de seu advogado, conforme guia de fl. 66.

Na promoção de fl. 64, disse a douta Procuradoria da República que «ainda que existisse boa-fé a multa é devida, pois, caso contrário, haveria enriquecimento ilícito. Por outro lado, o cálculo deve ser refeito com o valor atual do dólar» (fls. 68/69).

Sentenciando, S. Exa. deferiu o pedido, submetendo o r. *decisum* a apreciação desta egrêgia Corte.

Irresignada, apelou a União Federal, aduzindo, em síntese, que os vendedores do indigitado veículo «jamais pertenceram ao corpo diplomático e que houvera falsificação de documentos, pois, a guia de importação se referia a folhetos turísticos em nome do Consulado da República Federal da Alemanha» e que no Offício de fls. 59, o Delegado da Receita Federal em São Paulo esclarece da impossibilidade de pagamento dos tributos e regularização da mercadoria porque foi ela introduzida no Brasil irregular ou fraudulentamente.

Recebido o recurso e devidamente contra-arrazoado, subiram os autos a este Pretório, vindo-me conclusos, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinado pelo provimento do recurso.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, está em que mereça reforma a r. sentença monocrática. Para tanto, adoto, integral-

mente, os argumentos expendidos pela Doutra Subprocuradoria-Geral da República, que transcrevo, *verbis*:

«Colhe-se dos autos que o requerente, em petição deficientemente instruída, tentou regularizar a situação de veículo supostamente adquirido do Consulado Geral da Bolívia, no Rio de Janeiro, na pessoa Klaus Ressimann. Ocorre, porém, que ficou constatada a falsidade da documentação, apresentada pelo recorrido, consoante demonstração feita na contestação e documentos que a instruem.

O autor não ilidiu a falsidade apontada, embora alegasse que adquirira o veículo de boa-fé (fl. 28 vº). A par de o recorrido não ter esclarecido suficientemente a sua posição no episódio de aquisição do veículo, de tal modo que se pudesse aquilatar estar ou não de boa-fé, a jurisprudência desse Colendo Tribunal é firme em asseverar que a boa-fé do adquirente não inibe o Fisco de apreender e decretar a perda de mercadoria, com ingresso irregular no território nacional, *verbis*:

«EMENTA: Tributário. Administrativo-fiscal e Processual Civil. Importação irregular de veículo de procedência estrangeira.

Pena de perdimento.

Mandado de Segurança impetrado contra o ato ministerial de sua imposição.

Alegação de boa-fé do impetrante, por se achar o veículo documentado pela repartição de trânsito.

Irrelevância.

Segurança denegada.

Precedente.

O fato de o veículo se achar documentado por repartições disciplinadoras do trânsito não basta para assegurar a legitimidade de sua introdução no território nacional, desde que o serviço de trânsito não é autorizado a reconhecer e declarar regularidade de importação de mercadoria, outros cuidados sendo necessários para que o adquirente de mercadoria procedente do exterior possa sentir-se seguro da legalidade do ato de aquisição.

Constitui ônus do proprietário provar a legítima aquisição do bem importado, não somente em face do alienante mas, também, perante o poder público, desde o momento em que a importação de bens é disciplinada por leis e regulamentos obedientes a determinada orientação da política governamental.

A boa-fé do adquirente (relevante que possa ser, juridicamente, para efeitos outros) é, no entanto, inoponível à administração; não fosse assim, resultaria comprometido o propósito da administração.

Precedentes.» (AMS nº 106.039-DF. Reg. 6.167.314. Rel. Min. Bueno de Souza. Publ. no DJ de 9-5-85. Pág. 6726).

EMENTA: Tributário. Perdimento de bens (Decreto-Lei nº 37/66, art. 105, X; Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 23, *caput*, IV, Parágrafo único).

Legitima-se a aplicação da pena de perdimento de mercadorias de procedência estrangeira, quando não restar comprovada a sua importação regular (MS nº 96.471/DF. Pleno).

A aquisição da mercadoria no mercado interno não exige o contributo e proprietário daquela comprovação, que é ônus seu (MS nº 86.014-DF; MS nº 106.039-DF; MS nº 96.495-DF).

O elemento de boa-fé, relevante que seja, juridicamente, para outros efeitos, é inoponível à Administração nestes casos (MS nº 93.116-DF). (MS

nº 107.808-DF. Rel. Min. Gueiros Leite. Publ. no *DJ* de 12-12-85. Pág. 23048).

EMENTA: Tributário. Descaminho. Pena de Perdimento.

I — Comprovado o ingresso irregular das mercadorias apreendidas, impõe-se a pena de perdimento, a teor do disposto no art. 105, VI, do Decreto-Lei nº 37/66.

II — A boa-fé, trazida a prol do impetrante, não tem o condão de inibir o Fisco de apreender e decreta a perda das indigitadas mercadorias, como disposto, aliás, no art. 136, do Código Tributário Nacional.

III — Apelação desprovida.

Sentença confirmada.» (AMS nº 111.003-DF. Reg. 7.873.336. Rel. Min. Geraldo Sobral. Publ. no *DJ* de 23-4-87, pág. 7076, 5ª Turma).

No presente feito, a fraude na documentação do veículo foi denunciada pelo Ministério Público que requisitou a abertura de inquérito policial. De outra parte, é patente que o autor omite intencionalmente fatos relacionados com a aquisição do veículo e obtenção da respectiva documentação, não podendo, merecer assim, a chancela de uma decisão favorável» (fls. 82/85).

Do exposto, dou provimento à remessa de ofício e à apelação para reformar a r. sentença monocrática na forma acima explicitada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 113.479 — SP — (Reg. nº 7.902.948) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara-SP: Apte.: União Federal. Apdo.: Carlos de Abreu. Advs.: Drs. Hélio Dejtiar e outra (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 17-6-87 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.462-RJ
(Registro nº 697.889-4)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Cinematográfica F. J. Lucas Netto Ltda e outros*

Advogados: *Dr. Célio Rodrigues Pereira e outros (Apdos)*

EMENTA: Administrativo. Censura. Filmes eróticos. Liberação. Perdas e danos. Inocorrência.

I — Confirma-se a sentença que, com ponderação, aplicou à espécie os textos constitucional e legais pertinentes, afastando a pretensão de indenização por perdas e danos.

II — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Cinematográfica F. J. Lucas Netto Ltda e outros promoveram a presente ação ordinária contra a União Federal, objetivando, em suma, o reconhecimento do seu direito de exhibir, em todo o território nacional, os filmes que relacionou, para maiores de 18 anos, com aviso de «Cenas de sexo explícito», em suas versões originais e, ainda, «trailers» e anúncios de publicidade, condenando a ré ao pagamento de custas e honorários, com a devida correção.

O MM. Juiz Federal julgou, em parte, procedente a ação para o fim de permitir a exibição dos filmes relacionados, com as ressalvas necessárias, de proibição a menores de 18 anos e de que as películas contêm, cenas de sexo, em todo o território nacional.

Apelou a UF (fls. 207/208). Sustenta que a vedação dos filmes encontra-se solidamente embasada nos arts. 1 e 7 do Decreto-Lei 1.077/70 e nos arts. 3 e 19 da Lei 5.536/68, bem como no art. 153, § 8º da CF.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 210/213), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da sentença (fls. 216/220).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Censura. Filmes eróticos. Liberação. Perdas e danos. Inocorrência.

I — Confirma-se a sentença que, com ponderação, aplicou à espécie os textos constitucional e legais pertinentes, afastando a pretensão de indenização por perdas e danos.

II — Apelação desprovida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A sentença está assim fundamentada (fls. 202/205):

«A proibição, em que se estribou a autoridade teve como fundamento o § 8º do art. 153 da Constituição Federal, segundo se pode depreender da leitura destes autos e da documentação que a parte autora ofereceu.

Referida disposição constitucional, preconiza:

«§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, *salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.*

É assegurado o direito de resposta.

A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade

Não serão, porém, tolerados a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes».

Tal dispositivo, no meu entender, careceria de regulamentação, que, por sinal, não poderia ir além da restrição bem demonstrada no texto constitucional, ficando no ar a interpretação de ... «as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes».

Em princípios, logo se afasta a pretendida igualdade de conceituação de certos atos ou fatos como «contrários à moral e aos bons costumes», se de dez anos para cá a liberdade assumida pelo povo, por concessão legal, assolou o teatro, o rádio e a televisão, principalmente este meio de transmissão e comunicação que diariamente os lares têm à sua disposição. Não se faz muita distinção dos dois conceitos para impedir, ou censurar, algumas transmissões que em que pese representarem a realidade da vida cotidiana, ainda assim, não estão encerradas para circuito fechado, com as restrições de «impróprias para menores de 18 anos», etc..

Ao cinema, como ao teatro, vai quem realmente tem condições legais (maioridade) para assistir a determinadas peças ou tal ou qual filme, pornochanchadas, ou «eróticos». Também freqüentam determinados ambientes, como as conhecidas «casas de massagens» etc., quem realmente estiver em condi-

ções de fazê-lo. Ninguém obriga que o cidadão, respeitável por certo ângulo da conceituação social, vá ao teatro assistir uma peça mais forte; também ao cidadão, ou à mulher adulta, ninguém obriga ou impede de assistir a um filme considerado pornochanchada, ou erótico. Basta, simplesmente que a pessoa tenha convicção do que deseja, e condições legais (maioridade) para cumprir a sua determinação. É questão pessoal, que cada um do povo deve assumir, sem que a censura tenha necessidade de dispendar suas energias, de certa forma infrutíferas para esse mister, até porque, o que se assiste na via pública, nas praias e nas boates, não fique muito aquém da realidade em que nos colocamos, de certa época para cá.

Tenho para mim que o primordial é a conscientização do indivíduo; a sua escolha deve ser respeitada; o direito de publicar, escrever, filmar e representar, é sagrado, assumindo, cada um, a parcela de responsabilidade do que pretendeu fazer ou está fazendo.

Celso Bandeira de Mello, citado pela autora (fls. 14/16), explicou:

«A lei, ao regular certas situações, pode deixar margem de liberdade de apreciação para a administração, quanto:

- a) Ao momento da prática do ato;
- b) à forma do ato;
- c) ao motivo do ato;
- d) à finalidade do ato;
- e) ao conteúdo do ato.

O grau de discricionariedade administrativa é crescente quando se caminha da primeira para a última hipótese. Além do mais, a liberdade relativa eventualmente fluível pelo administrador pode se referir a um, a vários ou a todos os aspectos mencionados, dependendo da disciplina legal. Em função disto a discricionariedade será maior ou menor».

Ora, o Egrégio Supremo Tribunal já firmou entendimento, citado pela autora como publicado na Rev. de Direito Administrativo vol. 108/276), que «O Ato Administrativo Discricionário torna-se arbitrário e nulo por falta de motivação legal».

Conforme se pode ler destes autos, a *fundamentação legal* em que se apoiou a censura proibitiva dos filmes relacionados na inicial, é aquela mesma: o *conceito de imoralidade* que impediria a exibição, em determinados circuitos de cinemas, dos filmes considerados pornográficos.

A situação é bastante diversa quando a lei deixa ao Poder Público certa margem de prática do ato. Assim, considere-se o caso da autorização do porte de arma. Se o particular o solicita, a Administração deferirá, ou não, posto que a lei não a constrange à prática do ato, dado que faculta ao Poder Público examinar no caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado.

Vejamos outra hipótese: *ao censurar filmes ou peças de teatro a fim de preservar a moralidade pública, a administração desfruta de certa liberdade para fixar as cenas ou diálogos que devem ser interditados ou a que limites de idade devem ser liberados os espetáculos em causa*, posto que a lei não fixa, nem tem como fixar antecipadamente com rigor objetivo, o que especificamente deve ser suprimido ou para quem deve ser proibido *em vista da idade do espectador*. O mesmo se pode dizer com respeito aos programas de televisão. Com relação a obras consideradas subversivas ou atentatórias à moral e aos bons costumes — que não sofreram censura prévia, mas poderão ser apreendidas, se incursas em uma destas vedações (art. 153, § 8º do Texto Constitucio-

nal) — também ocorre certa liberdade de apreciação por parte das autoridades públicas, existindo então margem de discricionariedade para cumprir a Lei.

O Decreto-Lei nº 1.077/70, sempre invocado nestes casos, determina, no seu art. 1º:

«Não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, quaisquer que sejam os meios de comunicação».

Essa disposição não precisaria ser reproduzida, porque é reduntante ao § 8º do art. 153 da Constituição.

O art. 7º e seu parágrafo único, do mesmo Decreto-Lei nº 1.077/70, assim estão redigidos:

«Art. 7º A proibição contida no art. 1º deste Decreto-Lei aplica-se às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão. «Parágrafo único: O Conselho Superior de Censura, o Departamento de Polícia Federal e os juizados de menores, no âmbito de suas competências, assegurarão o respeito ao disposto neste artigo».

No que se pode compreender, a *diversão pública* e o *espetáculo público*, no caso, deve ser entendido o que é feito *abertamente ao público*, em logradouros públicos, porque aí, sim, as cenas ou os atos que se podem dizer imorais, *mais fortes, ou contrários aos bons costumes*, devem ser proibidos. Aí a pornochanchada afetaria a todos de um modo geral, possibilitando às crianças assistirem, mesmo contra a vontade dos pais, ante a eventualidade da exibição neste ou naquele logradouro, de *diversão pública* ou de *espetáculo público*. O cinema, como o teatro têm a seu favor a responsabilidade de não permitirem o ingresso de menores, sob pena de responderem, os responsáveis, pelas penalidades que a lei prescrever.

Não há, porém, aqui, que se falar em «danos», como a autora imaginou. A Administração não feriu *direito líquido e certo* da A., senão direito discutível, aqui interpretado e decidido».

O transcrito decisório aplicou os textos constitucional e legais pertinentes, com ponderação. Em caso análogo, a Egrégia 5ª Turma decidiu na consonância da seguinte ementa:

«Administrativo. Censura. Filmes Eróticos. Liberação. Perdas e danos. Inocorrência.

Confirmação da sentença que, ponderadamente, aplicou a lei à espécie, condicionada a liberação às proibições necessárias, afastada a pretensão de indenização por perdas e danos.

Improvemento do recurso.» (AC nº 155.190-RJ — (7.004.478) — Rel.: Sr. Min. Sebastião Reis Julg. em 23-3-88 — Publ. DJ de 5-5-88 — 5ª Turma).

Isto posto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 115.462 — RJ — (Reg. nº 6.978.894) — Rel. Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: União Federal. Apelados: Cinematográfica F. J. Lucas Netto Ltda e outros. Advogados: Dr. Célio Rodrigues Pereira e outros (Apdos).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (4ª Turma — 31-8-88)

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.477 — RS
(Registro nº 7.930.836)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado*

Remetente: *Juízo de Direito da 2.^a Vara Cível de Passo Fundo*

Apelante: *Comércio de Roupas Passo Fundo Ltda.*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Nestor César Buaes e outro*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Desclassificação da escrita. Processo administrativo-fiscal. Perícia. Cerceamento de defesa.

I — Não se justifica a exigência de imposto de renda, com base no lucro arbitrado, se a escrituração contábil é posta em condição de exame pelo fisco antes do julgamento administrativo da ação fiscal.

II — Tendo a autuada, em sua impugnação, afirmado já dispor de escrituração, e pedido a realização de perícia contábil para comprovar sua regularidade, o indeferimento dessa prova configura cerceamento de seu direito de defesa, tornando nulo o lançamento do tributo.

III — Apelação provida

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 1.^o de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HUGO MACHADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO: Leio na sentença:

«Comércio de Roupas Passo Fundo Ltda., qualificada à fl. 2, interpôs Embargos à Execução Fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, alegando ter sido autuada para efetuar um pagamento na quantia de Cr\$ 1.273.995,00, por ter a fiscalização desclassificado a escrita contábil, arbitrando o lucro na base

da receita bruta, nos exercícios de 1978, 1979 e 1980, à razão de 15%, 18% e 21%, em virtude de não estarem transcritas as folhas-matrizes que continham os lançamentos contábeis da empresa.

Acrescentou que a fiscalização tinha os elementos necessários para a verificação do lucro real da empresa, não sendo o caso de desclassificação e arbitramento de lucro, mas sim de incidência de multa, pelo atraso.

Na inicial, foram transcritos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, tendo sido, após a manifestação do representante do MP, determinada a perícia, requerida pela Embargante.

O laudo foi juntado, de fls. 42 a 45, havendo a devida manifestação das partes.

Requisitado o procedimento administrativo, veio cópia integral que se encontra em apenso».

O MM. Juiz *a quo* julgou os embargos procedentes, em parte, «determinando o prosseguimento da Execução, para a cobrança do imposto de renda decorrente do lucro arbitrado no período de janeiro de 1977 a maio de 1978, descontados, evidentemente, os valores já pagos. As custas processuais serão suportadas em partes iguais pela embargante e pela embargada, compensando-se as verbas a título de honorários» (fls. 56/57).

Apelou a embargante, argumentando:

«A contabilidade e escrituração são uma seqüência de fatos e registros que obedecem lançamentos, que além da ordem cronológica, apresentam resultados e seqüências que não podem ser desprezados. Assim é que, em considerar-se a escrita a partir de maio de 1978, seria impossível desconsiderar os lançamentos anteriores, uma vez que a escrita em si é um todo, que depende de um seguimento natural de registros dos atos e fatos administrativos.

Além do mais, no processo administrativo, isto é, quando da primeira contestação ao auto, foram juntadas todas as folhas-matrizes, dando conta dos documentos e dos elementos que estavam em poder do comerciante por ocasião da fiscalização.

Os dados constantes das matrizes do período de janeiro de 1977 a maio de 1978, coincidem perfeitamente com os documentos existentes na firma, com os lançamentos realizados nos livros fiscais e nas folhas do livro Razão e, por último, no Balanço apresentado à repartição do Imposto de Renda, por ocasião do encerramento do exercício e apresentação da Declaração de Renda.

A perícia realizada foi taxativa em afirmar que a fiscalização tinha todos os elementos para apuração do lucro real, sem lançar mão do malfadado lucro arbitrado, que não reflete a realidade e tanto prejudica as empresas.

Já foi dito que as folhas-matrizes do período de janeiro de 1977 a maio de 1978 são coincidentes com outros lançamentos nos demais livros e escrituras com base em documentos existentes na empresa por ocasião da fiscalização.

A apelante não tinha nenhum motivo de não apresentar tais folhas, embora os fatos evidenciem que as mesmas existiam e já estavam elaboradas.

Não há como dizer que os fiscais não tinham elementos para apurar o lucro real, pois embora as folhas não fossem apresentadas imediatamente, tinham eles elementos para apurar o lucro real, mediante a verificação de documento e de outros registros.

Não se pode colocar qualquer dúvida quanto à idoneidade das folhas apresentadas no processo administrativo e se foram entregues com algum atraso, poderia o fisco ou dar uma dilatação maior no prazo para a sua apresenta-

ção, ou restaurar a escrita, pois para isso tinha todos os elementos e parâmetros em outros livros».

Em contra-razões, diz a apelada:

«Os fundamentos invocados no recurso da embargante não podem ser aceitos. Com efeito, à época, a própria apelante informou que as matrizes do livro Diário, correspondentes ao período de 1º de janeiro de 1977 a 31 de maio de 1978, não foram encontradas na firma; não foi encontrado, igualmente, o livro Registro de Inventário (processo administrativo, fl. 2). No mais, conforme consigna o termo de verificação fiscal (fl. 3 do proc. administrativo), a escrituração do livro Diário estava paralisada desde 31-12-76, além do que o livro de Apuração de Lucro Real estava totalmente em branco.

Assim, além do atraso na escrituração, havia falta absoluta de elementos que pudessem propiciar o cálculo do lucro real. Por outro lado, nos termos da douda sentença, não era exigível que o fisco aguardasse, indefinidamente, a busca de elementos que deviam integrar a contabilidade da empresa».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento da remessa oficial, prejudicado, a apelação da embargante.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Desclassificação da escrita. Processo administrativo-fiscal. Perícia. Cerceamento de defesa.

I — Não se justifica a exigência de imposto de renda, com base no lucro arbitrado, se a escrituração contábil é posta em condição de exame pelo fisco antes do julgamento administrativo da ação fiscal.

II — Tendo a autuada, em sua impugnação, afirmado já dispor de escrituração e pedido a realização da perícia contábil para comprovar sua regularidade, o indeferimento dessa prova configura cerceamento do seu direito de defesa, tornando nulo o lançamento do tributo.

III — Apelação provida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO (Relator): Da informação prestada pelo Fiscal de Tributos Federais que lavrou o auto de infração, desclassificando a escrita da ora apelante, destaco:

«Para impugnação, o prazo normal foi insuficiente, inclusive, da prorrogação, a última permitida pela lei, conforme, pedido à fl. 9, onde estão descritos os motivos que fundamentaram esta solicitação.

Precisou de um prazo de sessenta e seis dias, a partir do início da ação fiscal, para que fosse colocada em dia a escrituração, para que fosse encontrado os elementos faltantes. Ou este prazo não seria o necessário para confeccionar aquilo que antes nunca tinha sido feito?...

Somos pela negativa à solicitação da perícia contábil, tendo em vista que o momento próprio para apurar a situação efetiva e real da escrituração da empresa, conforme a finalidade a que se propõe a solicitação, o foi por ocasião da ação fiscal, num período prolongado de 23 dias.»

Do julgamento proferido pela autoridade administrativa, em primeira instância, destaco:

«Considerando que a perícia pretendida pela impugnante não tem cabimento, desde que a mesma teve o tempo necessário e suficiente, durante os 23 dias da ação fiscal, para apresentar os lançamentos relativos às suas opera-

ções, não o tendo feito, apesar de competir-lhe manter seus documentos contábeis à disposição das autoridades fiscalizadoras, devendo, por isso, arcar com o ônus de sua incúria.»

Vê-se que a apelante colocou sua escrituração em condições de exame pelo fisco, antes do julgamento da ação fiscal. Pediu a realização de perícia contábil que comprovaria sua regularidade e esta lhe foi negada.

Não se justifica a exigência de imposto de renda, com base no lucro arbitrado, se a escrituração contábil é posta em condição de exame pelo fisco antes do julgamento administrativo da ação fiscal.

Tendo a autuada, em sua impugnação, afirmado já dispor de escrituração e pedido a realização de perícia contábil para comprovar sua regularidade, o indeferimento dessa prova configura cerceamento de seu direito de defesa, tornando nulo o lançamento do tributo.

Dou provimento à apelação, para reformar a sentença, na parte atacada, tendo em vista a nulidade do lançamento feito contra a apelante.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Comércio de Roupas Passo Fundo Ltda. apelou de sentença do MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Passo Fundo, que rejeitou parcialmente embargos por ela opostos à execução que lhe move a Fazenda Nacional, por imposto de renda.

Sustentou que o aludido ato foi correto em considerar válida a escrita contábil da empresa para parte do exercício de 1979 e para o exercício de 1980, pois existiam todos os elementos para apuração do lucro real da escrita, não havendo espaço, pois, para o arbitramento realizado pelo Fisco.

Errou, entretanto, quando manteve o arbitramento quanto à parte do exercício de 1978 e ao exercício de 1979, já que, a seu ver, a contabilidade e escrituração são uma seqüência de fatos e registros que obedecem lançamentos, os quais, além da ordem cronológica, apresentam resultados e seqüências que não podem ser desprezados. Assim, seria impossível desconsiderar os lançamentos anteriores, após haver considerado os posteriores.

Aduziu haver instruído a impugnação que fez ao auto com todas as folhas-matrizes dos lançamentos do «Diário», os quais correspondiam a fatos comprovados por documentos, pelos livros fiscais e pelo Livro «Razão», bem como ao balanço apresentado ao Imposto de Renda, por ocasião da declaração. Assim sendo, a fiscalização tinha todos os elementos necessários à apuração do lucro real, mediante restauração da escrita, tornando-se desnecessário o arbitramento.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, além de rebater as razões do Apelante, sustenta a necessidade de reforma parcial da sentença, para o fim de rejeição dos embargos por inteiro, ao argumento de não haver nenhuma comprovação nos autos de que as «folhas-matrizes» existiam à época da fiscalização ou mesmo depois.

O eminente Relator, Ministro Hugo de Brito Machado, votou pelo provimento da apelação e pela reforma da sentença.

Pedi vista para melhor exame da matéria de fato, e, havendo-o feito, reponho os autos em mesa, para continuação do julgamento.

Tenho por acertado o voto do eminente Relator.

Com efeito, uma leitura da informação prestada pelo Fiscal responsável pela autuação (fl. 185 do proc. adm) revela que, não obstante os livros contábeis da Apelante se achassem com sua escrituração atrasada, fora-lhe apresentado «um amontado de folhas, ditas matrizes copiativas do Diário», as quais solicitou ele, fossem passadas para os livros. Revela mais haver-lhe sido informado que as matrizes alusivas aos períodos

de jan/77 a mai/77 não haviam sido encontradas, circunstâncias que, na verdade, constitui justificativa para os atrasos da escrituração.

Em nenhum momento, entretanto, foi dito pelo Fiscal que a empresa não possuía os documentos comprobatórios dos negócios sociais, ou mesmo que tais documentos, conquanto solicitados, não lhe foram apresentados.

Vale dizer que não ficou demonstrada a impossibilidade de apuração do lucro real, sabido que é que tal operação não está condicionada à existência de contabilidade atualizada.

Ademais, é de reconhecer-se que a exibição, pela empresa, das fichas-matrizes alusivas aos lançamentos verificados a partir de junho/78, autoriza presumir-se que as fichas anteriores, efetivamente, se extraviaram, pelo singelo motivo de que a contabilidade constitui uma seqüência de fatos e registros que devem guardar um encadeamento não apenas numérico, mas também cronológico, não sendo razoável admitir ter havido o hiato invocado pelo Fisco.

Configura-se, no caso, pois, a hipótese da Súmula nº 76 desta Corte, que afasta a possibilidade de arbitramento.

Ante o exposto e mais pelas razões invocadas no voto do eminente Relator, também dou provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 115.477 — RS — (Reg. nº 7.930.836) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado. Remte.: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Passo Fundo. Apte.: Com. de Roupas Passo Fundo Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Nestor César Buaes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (4ª Turma — 1-6-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 122.572 — MT
(Registro nº 9.528.105)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelantes: *Inkra e Adalberto Antonio da Silva e outros*

Apelados: *Os mesmos, Oscar Tomazoni, Agropecuária Jarina S/A e Fae — Florestal Agrícola Exportadora*

Advogados: *Drs. Alceu Ribeiro Teixeira, Carlos Yoshikazu Kanashiro, Eliezer Valadares Rebello, João Afonso da Costa Ribeiro e Salvador P. de Barros Filho*

EMENTA: Administrativo. Discriminação de terras. Exclusão de terras situadas em área indígena. Exclusão de terras objeto de ações distintas. Possesiros.

1. A ação discriminatória comporta o exame de validade ou invalidade de títulos dominiais exibidos, não sendo condição para o exercício da ação, a prévia desconstituição de títulos irregularmente obtidos.

2. A aquisição de terras do Estado de Mato Grosso é feita mediante processo regulado em lei, com a publicação de editais e cuidados especificados, de modo que não podem ser opostos títulos dominiais que teriam sido obtidos de forma diferente daquela preconizada na legislação estadual, para ver discriminadas como terras particulares as que, em faixa ao longo da rodovia federal, passaram ao domínio da União, como necessárias à segurança nacional, tanto mais quando tais aquisições dizem respeito a áreas superiores ao limite da EC nº 10/64, sem a necessária autorização do Senado.

3. Tem-se por correta a exclusão do processo discriminatório de áreas, dentro do perímetro discriminando, que foram declaradas, por decreto, como de posse de silvícolas, ainda que susceptíveis de serem separadas, de logo, como públicas.

4. Não tem legitimidade para recorrer quem não sucumbiu, a tal equiparados os possuidores de áreas no polígono discriminado, excluídos do processo discriminatório por encontrarem em litígio sobre domínio e posse, cujo desate foi deixado aos juízos onde propostas as ações, malgrado o princípio do art. 23 da Lei nº 6.383/76.

5. Aos possesiros se reserva o direito de promover a legitimação de suas posses, segundo a lei.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, após rejeitadas as preliminares arguidas, dar provimento ao apelo do INCRA, para os efeitos consignados no voto do Sr. Ministro Relator, negar provimento à apelação de fl. 2.104 e não conhecer das demais apelações, tudo nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): De sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso, em ação discriminatória promovida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA, sobre terras situadas ao longo da rodovia Transamazônica, apelam a autarquia de terras e Adalberto Antonio da Silva e outros; Claudiovino Antonio da Silva e outros; Oswaldo Luiz Tanaka e outros.

Recebidas e processadas as apelações, subiram os autos a este Tribunal, onde determinei fossem os mesmos à Subprocuradoria-Geral da República, visto estar a autarquia autora na representação da União, detentora do domínio sobre as terras devolutas na área, que se pronunciou pelo provimento da apelação do INCRA e pelo improvimento das demais apelações.

Em face da edição do Decreto-Lei nº 2.375, de 24 de novembro de 1987, que revogou o Decreto-Lei 1.164, de 1 de abril de 1971, o qual considerara indispensáveis à segurança nacional as terras devolutas dos Estados situadas nas faixas de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo das rodovias federais, determinei a intimação do Instituto Jurídico das Terras Rurais — INTER, que substituiu em suas atribuições, a Procuradoria-Geral do extinto INCRA, que disse do seu interesse na causa, em face da regra contida no art. 2º, § 2º, inciso III, do referido Decreto-Lei 2.375/87.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): São quatro as apelações, contudo há preliminares, argüidas nas interpostas pelos particulares e nas respostas do INCRA, que devem ser de logo examinadas, até porque prejudiciais do exame do mérito.

A primeira, diz com a falta de vistoria prévia, como previsto no art. 6º da Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976, que regula a discriminação de terras da União, que estaria a acarretar a nulidade do processo.

Não têm razão, contudo, os apelantes, por isso que a vistoria a que se refere o art. 6º da Lei indicada é obrigatória no processo de discriminação administrativa, o qual não se apresenta como pressuposto ou condição para a propositura da ação judicial.

Dispõe o art. 19 da Lei:

«O processo discriminatório judicial será promovido:

I — Quando o processo discriminatório administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia;

II — contra aqueles que não atenderem ao edital de convocação ou à notificação (arts. 4º e 10 da presente Lei);

III — quando configurada a hipótese do art. 25 desta Lei.»

Vê-se que não se apresenta imprescindível, para o desencadeamento da ação discriminatória, a realização da vistoria prévia, que é obrigatória no processo discriminatório administrativo e nem que se apresenta como necessária essa realização de vistoria no próprio processo discriminatório judicial, que visa ao exame dos títulos dominiais que forem exibidos pelos interessados, restando ao processo demarcatório que se seguir, a realização do trabalho topográfico de demarcação das lindes entre as terras discriminadas.

Rejeito, pois, a preliminar.

A segunda preliminar, de nulidades da sentença, por haver excluído de sua apreciação as partes que tinham demandas em outros juízos, seja de caráter demarcatório, seja de ações possessórias, depois de avocados as referidas ações, se me apresenta, também superável.

É que o art. 23 da Lei reguladora do processo discriminatório estabelece, textualmente:

«O processo discriminatório judicial tem caráter preferencial e prejudicial em relação às regras em andamento, referentes a domínio ou posse de imóveis situados, no todo ou em parte, na área discriminada, determinando o imediato deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Parágrafo único. Nas ações em que a União for parte dar-se-á, para os efeitos previstos neste artigo, a sua intervenção».

Ora, é certo que, no despacho inicial da ação, determinou-se a avocação, para o juízo discriminatório, como ordena a lei, dos seguintes processos judiciais:

a) Ação Demarcatória nº 9.837, em que são partes Osvaldo Luiz Tanaka e outros e o INCRA;

b) Interdito Proibitório nº 281/80, entre partes Agropecuária Jarinã S/A e outros e Djalma Pereira Nunes e outros;

c) Agravo de Instrumento nº 74/81 de José Leonel Franco e Agropecuária Jarinã;

d) Representação nº 60/82 de José Leonel Franco contra o Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá;

e) Ação de Atentado nº 11.648/83 entre a Agropecuária Jarinã S/A e Djalma Ferreira Nunes, Almor Rosa, José Leonel Franco e José Galindo;

f) Ação cautelar proposta por Rafael Alves Pinto e outros contra Jonas Francisco Rolla.

O primeiro e os dois últimos originários da 2ª Vara da Justiça Federal do Mato Grosso e os outros três, da 6ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá.

Ao sentenciar, contudo, o MM. Juiz da discriminatória assim decidiu a respeito dessas demandas:

10. «Nesta oportunidade, falo sobre as demandas deslocadas para este Juízo, em razão da discriminatória.

No meu entender, devem ser reiteradas ou prosseguirem, conforme o caso, no Juízo Comum Estadual e Federal respectivo, não compete ao Juízo da Ação Discriminatória, decidir sobre este ou aquele proprietário, ou da melhor propriedade como se supôs, em obediência ao art. 23 e seu parágrafo único da Lei 6.383/76.

A preferencialidade e prejudicialidade com que o legislador dotou o «processo discriminatório judicial» é processual sempre atenta à finalidade primor-

dial do instituto de separar propriedade pública da particular, e visando uniformidade de julgamento nos limites do pedido inicial. Se existe litígio entre particulares, cujos imóveis foram reconhecidos pela União como tal, não há sentido nem autorização legal para o Juiz da Discriminatória adentrar no exame da questão particular. A cautela do legislador então se justifica porque tanto nas ações petitórias como nas possessórias entre aqueles incidentes pode ser o exame da legitimidade do domínio particular. Daí a prejudicialidade só será material e definitiva quando a União for parte em qualquer dessas demandas mencionadas no art. 23, porque aí o deslinde excluirá a petição ou a possessória.

Assim a Ação Declaratória nº 9.837/82, o Interdito Proibitório nº 281/80; o Agravo de Instrumento nº 74/81; a Representação nº 60/82; Ação de Atentado nº 11.648/83 e 13.141/84 deverão ser devolvidas à origem.»

Embora entenda que o princípio de atração dos processos em curso, envolvendo terras situadas, no todo ou em parte, no polígono discriminando, tenha sido desobedecido, no caso em exame não se apresenta como capaz de determinar a nulidade da sentença, por isso que restou indefinida a lide discriminatória tão-só em relação às áreas em conflito nas referidas ações, sem prejuízo para os contentores, entre os quais a própria União.

É que a sentença, que definiu, dentre as contidas no polígono discriminando, a situação da maior parte das áreas, transitou em julgado, quanto a essas mesmas áreas, não mais havendo como desconstituí-la, sem grave prejuízo para a União.

Rejeito, pois, mais esta preliminar.

Argüiu o INCRA, ao responder às apelações de particulares, a intempestividade destas, sob o argumento de que, cuidando a ação discriminatória de lides distintas em relação a cada um dos particulares interessados, não se poderia dizê-los litisconsortes, daí porque não se lhe aplicaria o princípio da dobra do prazo para recorrer.

Sem razão, contudo, por isso que, embora dissociados os interesses dos particulares, o que o art. 191 do Código de Processo Civil teve em mira, ao dilatar de outro tanto os prazos, foi atender aos diferentes patronos dos que se acham na lide, sem importar se a mesma versa objeto comum ou interesses autônomos, até porque não é a comunhão do objeto o único elemento que caracteriza o litisconsórcio.

Rejeito, pois, a preliminar de intempestividade, repetida em cada uma das respostas às apelações dos particulares.

MÉRITO

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito, fazendo-o em relação a cada uma das apelações, que são em número de quatro, obedecendo a ordem em que interpostas nos autos.

1. Apelação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Na ação discriminatória de terras devolutas, a União ingressa em Juízo com a sua pretensão fundada, de fato e de direito, sem necessitar apresentar provas do seu domínio, que é originário e decorre da própria soberania, eis que lhe pertencem as terras que não se acham incluídas, por qualquer meio legítimo, no domínio dos demais entes públicos ou dos particulares.

Embora em relação ao nosso país, não se apresente adequada a expressão «terras devolutas», para significar aquelas que, pela conquista do descobrimento, se incorporaram ao domínio da Coroa Portuguesa e, depois, pela elevação do Brasil a Reino e pela independência, se integraram no domínio do novo Estado Brasileiro, acha-se consagrado o seu uso, posto que a elas se aplicaram as regras legais das Ordenações sobre as terras que, abandonadas pelos particulares, após exauridas, se tornavam maninhas.

Aquí não houve domínio anterior, senão dos silvícolas que habitavam as terras descobertas, mas que não se achavam organizados em forma de Estado, com poder contrastado perante a comunidade internacional, de modo que são os particulares que têm que provar os seus direitos em face do Estado, na ação em que este quer separar das suas aquelas terras que lhe não pertencem.

Com estas considerações, tenho que a respeitável sentença merece reforma, no que diz ao apelo do INCRA, representante da União, por isso que a prova da regularidade dos títulos dos apelados, a eles incumbia, mas, não obstante, trouxe a autarquia prova de que os títulos originais foram obtidos irregularmente, o que acarreta a desconstituição dos que deles provieram.

Assim, provou a autarquia que ditos títulos originários foram obtidos nos últimos meses de 1965 e primeiros de 1964, do Estado do Mato Grosso, mas sem que existam processos administrativos nas repartições estaduais competentes e nem publicação de editais, exigidos pela lei de terras daquele Estado — Lei 336, de 6 de dezembro de 1949.

Dita Lei Estadual, ao dispor, em seus arts. 12 e seguintes, sobre aquisição de terras devolutas, exige:

«art. 13. As aquisições a título de compra poderão ser feitas da maneira seguinte:

a) mediante requerimento da parte interessada dirigido ao Diretor da Repartição de Terras competente;

b) por compra de título definitivo de terras medidas e demarcadas e vendidas na conformidade das Leis em vigor».

E o art. 20 exige:

«... que se faça publicar editais com prazo de trinta dias, no *Diário Oficial*, na imprensa do município, se houver, e à porta da Exatoria Estadual do município em que se achar situado o imóvel...»

Deverá o interessado juntar ao processo administrativo prova da publicação dos editais, no prazo de 60 dias, sob pena de se considerar insubsistente o pedido.

Decorrido o prazo de publicação, sem impugnações, o Diretor determinará levantamento pela Seção Técnica, para verificar «se as terras requeridas compreendem ou não terras pertencentes a terceiros, ou reservadas para qualquer fim».

A autarquia autora trouxe aos autos provas, fornecidas pela Repartição de Terras do Mato Grosso e pela Imprensa Oficial do Estado de que as terras, cujos títulos dominiais são contestados, não foram adquiridas regularmente, posto que inexistem processos administrativos a propósito e nem foram publicados os editais, exigências da legislação de terras do aludido estado.

Demais disto, os títulos exibidos, originários dos irregularmente adquiridos, ressentem-se de outro vício, de maior gravidade, por violação de preceito constitucional, introduzido pela Emenda nº 10, de 9 de novembro de 1964, vedativa da alienação de terras devolutas de área superior a 3.000 hectares, sem autorização do Senado.

É que os títulos originários, todos eles referentes a áreas superiores a três mil hectares, teriam sido obtidos já na vigência da norma constitucional indicada, como consta das certidões trazidas de seus registros imobiliários, que, deste modo, não podem prevalecer.

A amplitude da ação discriminatória, que tem caráter declaratório quanto ao domínio sobre as áreas discriminandas, definindo e separando as terras públicas das particulares, comporta o exame da autenticidade e da validade dos títulos que forem exibidos pelos particulares, que estão a invocar direito contra o domínio público, que é originário.

A lei registrária, não obstante a presunção que milita em favor dos registros públicos, não exige que a declaração de falsidade ou a invalidade seja feita em ação direta, visando a desconstituir o título registrado, mas, simplesmente, a existência de decisão judicial passada em julgado, para determinar o cancelamento do registro, decisão esta que pode e deve ser produzida no curso de qualquer ação que envolva o reconhecimento de validade ou invalidade do título.

E a lei que trata da discriminação de terras devolutas da União não cuida de prévia desconstituição de títulos dominiais como condição para o exercício da ação discriminatória.

2. Apelação de Adalberto Antonio da Silva, José Antonio da Silva e esposa, Albertina da Silva Vaz e Claudiovino Antonio da Silva Sobrinho

As terras que estariam na posse dos apelantes foram excluídas do processo discriminatório, por se integrarem na «Área Indígena Capoto», delimitada pelo Decreto 89.643, de 10 de maio de 1984, daí por que ressalvada a possibilidade de que os apelantes discutam o seu direito, em vias ordinárias ou administrativas, quando da demarcação da área indígena. Não há, pois, sucumbência.

Tenho por correto o entendimento da sentença, embora não fosse impróprio definir a situação na ação discriminatória, dado o caráter público das terras dos silvícolas.

3. Apelação de Claudiovino Antonio da Silva e esposa, Nivaldo Antonio da Silva, Gilberto Antonio da Silva e Paulo Roberto Tanaka.

A sentença determinou a exclusão das terras que já se achavam em litígio e determinou a volta à origem dos processos judiciais respectivos, situação que, em preliminar, foi considerada correta.

Vê-se, portanto, que os apelantes não têm legítimo interesse para recorrer, posto que não sucumbiram na ação.

4. Apelação de Osvaldo Luiz Tanaka, Ermírio Ebner e esposa, Ivanira Marazi Ruvira, Tsuyako Hamamura, Toshimi Hamamura e esposa.

Os apelantes foram excluídos da discriminatória, por não possuírem títulos dominiais, embora trouxessem notícias de que tinham em tramitação processo de legitimação de posses, o que indica a inexistência de direito à discriminação, que é ação de domínio, ainda que se ressalve a continuidade dos processos administrativos de legitimação de posses.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento à apelação do INCRA, sucedido pelo Instituto Jurídico das Terras Rurais — INTER, na representação da União, para modificar a sentença e desconstituir os títulos dominiais de Aquiles Bernadino Mendes, Gentil de Almeida, Palmiro Dias Couto, Silvano Luiz Soares, José Sales Leitão, Saturnino Chagas, Walter Rodrigues da Costa Julio Mertais, Praxedes Coutinho, Salustiano Francisco da Silva, José Neves, Ormas de Campos Borba, Antonio Ferreira Freitas, Aolavo Barbosa e Felisberto de Assunção e os que deles se originaram, especialmente aqueles dos ora apelados, declarando públicas as áreas neles referidas, invertidos os ônus da sucumbência, fixados os honorários de advogados em dez por cento do valor da causa, não conhecer das apelações de fls. 2.099 e 2.101 e de negar provimento a de fl. 2.104.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 122.572 — MT — (Reg. nº 9.528.105) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Aptes.: INCRA, Adalberto Antonio da Silva e Outros. Apdos.: Os mesmos. Oscar Tomazoni, Agropecuária Jarinã S/A, FAE — Florestal Agrícola Exportadora. Advs.: Drs. Alceu R. Teixeira, Carlos Yoshikazu Kanashiro, Eliezer Valladares Rebelo, João Afonso da Costa Ribeiro e Salvador P. de Barros Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, após rejeitadas as preliminares argüidas, deu provimento ao apelo do INCRA, para os efeitos consignados no voto do Sr. Ministro Relator, negou provimento à apelação de fls. 2.104 e não conheceu das demais apelações, tudo nos termos do voto do Relator. (Em 31-5-88, 1ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Carlos Thibau, votaram com o Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.073 — MG

(Registro nº 9.533.346)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Apelante: *Organizações Di Paulo Ltda.*

Apeladas: *Caixa Econômica Federal e União Federal*

Advogados: *Drs. Roberto Rodrigues de Moraes e outro e Alexandre Nunes Silveira e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. PIS. Base de cálculo.

I — O valor a ser recolhido a título de PIS incide sobre o faturamento da empresa. No conceito de faturamento está inserido o lucro operacional da empresa, pelo que não se pode excluir as parcelas do ICM, porquanto estas estão inseridas no conceito e lucro operacional ou capacidade econômica da empresa.

II — O ICM integra, para todos os efeitos, o preço final da mercadoria, pelo que não se pode excluí-lo da base de cálculo para o PIS. Precedentes.

III — Jurisprudência uniformizada no sentido de incluir-se o ICM na base de cálculo para o PIS.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Américo Luz, Carlos Velloso, Sebastião Reis e Miguel Ferrante, uniformizar a jurisprudência de acordo com o decidido pelas 4ª e 5ª Turmas, isto é, no sentido da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de incidente de uniformização da jurisprudência, em face da divergência acerca da base de cálculo da contribuição

do PIS, preponderantemente, sobre a inclusão ou não, no faturamento da parcela do ICM embutida no preço.

Na Turma proferi voto preliminar nos seguintes termos (fls. 102):

«Senhores Ministros.

A questão de direito discutida nestes autos versa sobre a inclusão ou não do ICM na base de cálculo do PIS.

Até então, na Turma, tem sido vencido o eminente Ministro Sebastião Reis, a partir do voto que proferiu na REO 107.054-SP, reiterando-o em outros casos.

O voto de S. Exa. fez-me repensar o tema no que repesquisando as decisões das Turmas, proferidas pelos nossos eminentes companheiros, verifiquei estarem as Turmas decidindo a matéria diversamente, como se vê dos acórdãos — REO 110.448-SP, AMS n.º 107.916-SP Rel. Min. Miguel Ferrante, restou vencido o Min. Eduardo Ribeiro; AMS — 111.970-SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro (vencido); AMS 103.512-SP, Relator Min. Américo Luz — dentre vários temos estes, os quais foram postos diferentemente com os acórdãos desta Turma, a exemplo dentre outros os de números AMS 103.675 — SP, AMS n.º 104.398-SP, AMS 103.675-SP, todos, Relator Min. Torreão Braz; REO n.º 107.054-SP, Rel. Sebastião Reis (vencido) — enumera-se, ainda, precedentes meus e do eminente Min. Geraldo Sobral em sentido diverso da 6.ª Turma.

Assim, dada a divergência de decisões entre as Turmas suscito o respectivo incidente de uniformização de jurisprudência para que a Seção decida a matéria.» (Fls. 102/103).

Sobre o incidente foi ouvida a SGR — fls. 107/124 — que em bom e lastreado parecer se pronunciou no sentido de que:

«I — A contribuição para o PIS, de caráter não tributário (RE. 100.790-7, instituída pela LC n.º 7/70 (art. 3.º — letra b), tem como base de cálculo o faturamento (somatório das vendas mensais), assumindo o preço da mercadoria destacada relevância, no qual está embutida a parcela do ICM (Dec. Lei número 406/68, art. 2.º — § 7.º).

II — Embora pertencente a Estados e Municípios, o produto da arrecadação do ICM (CF, art. 23 — § 8.º), a respectiva parcela, como grandeza difusa embutida no preço, desprovida de atributos de coisa (direito real), não goza de *status* de bem alheio dotado de proteção específica.

III — Consagrou-se a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas pela forma indireta (CF, art. 165-V), através de fundo especial, desvinculando-se a participação de qualquer conotação de lucro, daí não representando o faturamento «índice de lucratividade», para o fim previsto na LC 7/70, art. 3.º, letra b.

IV — O caráter indireto e não-cumulativo do ICM não favorece à tese da exclusão da parcela do dito imposto estadual da base de cálculo da contribuição do PIS.

V — Não afronta o art. 81, III, da Constituição, o regulamento autorizado que, em correspondência com a lei, revela o direito nela contido.

VI — *Parecer*: Uniformização da jurisprudência, no sentido da tese adotada pela eg. Quinta Turma.» (Fls. 107/108).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão da não exclusão do ICM da base de cálculo do PIS já foi muito debatida nas Turmas.

Por primeiro, retomo o entendimento da 4ª Turma, que é no sentido da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS e, nos precedentes que examinei, não constatei voto vencido, porque entendimento unânime de seus membros.

As decisões da 4ª Turma nesse sentido somam-se várias.

No que respeita à 5ª Turma, a mesma tem decidido na linha da 4ª Turma, mandando incluir na base de cálculo do PIS o ICM; tem restado vencido o eminente Min. Sebastião Reis, a partir do seu brilhante voto proferido na REO 107.054-SP, que é pela exclusão do ICM.

Já quanto à 6ª Turma, as decisões têm sido no sentido de excluir o ICM da base de cálculo, à exceção do Min. Eduardo Ribeiro que tem ficado vencido — AMS 111.970-SP, *in DJ* 6-8-87, e REO 110.448-SP, *in DJ* 5-3-87.

Esta é a matéria objeto do presente incidente.

As razões postas na r. sentença me bastam para decidir na mesma linha, quando destacou-se: (fls. 79/80):

«Quanto ao mérito, *data venia* da tese brilhantemente sustentada na inicial e réplica, a ação é improcedente porquanto, como enfatizado no julgamento da AC nº 103.675 — SP, pelo colendo Tribunal Federal de Recursos, o ICM integra o 'preço da mercadoria para todos os efeitos, inclusive para cálculo do IPI, ao contrário deste último, cujo montante não integra a base de cálculo daquele'.

Ademais, como ressaltado pelo ilustre Procurador da República, corroborando estudo inserido na Revista de Direito Tributário nº 32, de Marcelo Uchoa da Veiga Júnior, em comentários ao acórdão que contém a AC nº 100.198-SP, também do TFR, o ICM, por força de disposição expressa do Decreto-Lei nº 406/68, 'diploma legal de natureza complementar', 'não integra o valor da operação, constituindo o respectivo destaque na nota fiscal mera indicação para fins de controle (art. 2º, § 7º)...' estando correta a legislação ao mandar excluir o IPI do cálculo da receita bruta e vedar esta dedução relativamente ao 'ICM que, na realidade, somente pode ser excluído da receita líquida'.

Mais recentemente, no julgamento da AC 105.043-MG (*DJ* de 4-9-86), o Ministro Sebastião Reis voltou a enfatizar que 'o valor do ICM integra a base de cálculo do PIS', de forma coerente com a jurisprudência do Eg. TFR, *ut* AC 92.652 e AC 45.698, embora estes últimos julgados sejam referentes ao problema da integração do valor que serve de base de cálculo para o IPI. Consulte-se, a propósito, a AC 83.912-SP — Relator o Ministro Eduardo Ribeiro — *Idem* a AC 85.104-SP — Relator o Ministro José de Jesus Filho, quando expõe:

'Sendo o ICM tributo indireto e não seletivo, agrega-se ele ao valor da operação.

Em face e diante desta torrente de julgados, ociosas se mostram outras considerações a respeito do caráter tributário da contribuição para o PIS, haja vista a nenhuma influência da matéria no desate da causa. Vale acrescentar, por fim, consoante considerações tecidas em decisão anterior, que o fato gerador deste gravame (PIS) é a atividade empresarial, sendo a base de cálculo — faturamento — 'mera expressão econômica ou parâmetro utilizado pelo legislador a fim de apurar-se o *quantum* devido ao Programa...'. Não existe, na realidade, qualquer impedimento de o ICM participar da hipótese de incidência da contribuição em apreço, como, por exemplo, ocorre, sem maiores discussões em relação àquela para o FUNRURAL (súmula 175 do TFR). Por estas razões, com exclusão da CEF, julgo improcedente a ação e condeno a A. no pagamento das custas e dos honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.»

Em outra oportunidade destaquei trecho de outra brilhante sentença, nesses termos:

«De fato, «faturamento», para efeito de incidência do PIS, nada mais é do que a soma dos preços das vendas, registrados nas notas fiscais; houve aí a presunção do legislador de que «o volume de vendas é índice indireto da lucratividade ou capacidade econômico-financeira da empresa, de que o empregado, por essa forma, passa a participar» (Ruy Barbosa Nogueira, Faturamento ou Receita Operacional, IPI e Contribuição ao PIS. A problemática do Tributo, fl. 110 dos Autos).

2.6 Receita bruta, necessariamente no «faturamento» se incluirá, então, o valor do ICM, é que, ao contrário do IPI, o ICM integra o custo das mercadorias, nos termos do art. 2º, § 7º, do Dec.-Lei 406/68, comentam-no, entre outros, Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio, 1976, 8ª ed., p. 222), Hugo Machado (Imposto de Circulação de Mercadorias, Sugestões Literárias, SP, 1971, 1ª ed., p. 97), Alcides Jorge Costa (ICM na Constituição e na Lei Complementar, Resenha Tributária, SP, 1978, p. 154) e Ylves José de Miranda Guimarães (ICM, Análise e Princípios Estruturais, LTR, SP, 1976, p. 121).»

Quando recebi diversos casos para julgamento já existia uma vasta jurisprudência sobre a matéria no sentido de se incluir na base de cálculo do PIS o ICM.

Ora, o ICM integra o preço da mercadoria para todos os efeitos.

A Lei Complementar 7/70, art. 3º, estabelece que a base de cálculo do PIS é o «faturamento», cuja definição veio a ser dada pelo art. 7º, § 2º, do Regulamento editado pela Resolução 174, de 1971, do Banco Central, nos seguintes termos:

«§ 2º Para o fim previsto neste artigo, entende-se por *faturamento* o valor definido na legislação do Imposto de Renda como *receita operacional*, sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.»

Daí que a contribuição do PIS é calculada sobre o «faturamento» da empresa na presunção de que o volume de vendas é índice indireto de lucratividade ou capacidade econômico-financeira da empresa.

Não vou me alongar, filio-me à corrente jurisprudencial das 4ª e 5ª Turmas, espelhada em alguns dos seguintes precedentes: DA 4ª Turma: AMS 114.511-SP, in DJ 28-5-87; AMS 112.071-SP, in DJ 11-6-87; REO 110.444-SP, in DJ 28-5-87; AMS 109.989-SP, in DJ 28-5-87; REO 114.726-SP, in DJ 28-5-87; REO 108.673-SP, in DJ 6-8-87; AC 127.339-MG, in DJ 3-9-87; AMS 110.764-SP, in DJ 6-8-87; AMS 110.348-SP, in DJ 6-8-87; AMS 114.260-SP, in DJ 6-8-87; AMS 116.095-SP, in DJ 6-8-87 e AMS 116.231-SP, in DJ 6-8-87.

Da 5ª Turma: REO 110.843-RS, in DJ 13-11-86; AMS nº 104.398-SP, in DJ 13-11-86; AMS 114.596-SP, in DJ 11-6-87; AMS 103.675-SP, in DJ 17-4-86 e REO 107.054-SP.

Portanto, uniformizo a jurisprudência na conformidade destes precedentes da 4ª e 5ª Turmas.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Eminentíssimo Ministro, incluindo o ICM na base de cálculo do PIS?

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Sim, é inclusão.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, tenho vários votos excluindo o ICM da base de cálculo do PIS.

Data venia do eminente Ministro Relator, uniformizo-a no sentido de excluir o ICM na base de cálculo do PIS.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, fiz um levantamento de *quorum*, e não há possibilidade de uniformização da jurisprudência acerca da matéria questionada.

Por isso, peço vista dos autos, a fim de propiciar que, em assentadas posteriores, os ilustres Ministros, que já têm conhecimento do assunto, possam votar. Se assim não proceder, frustrada ficará a uniformização, perdurando a divergência: a Sexta Turma decidindo num sentido e a Quarta e Quinta noutra sentido.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, nós temos um colega substituindo.

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o Sr. Ministro Hugo Machado pode adiantar o seu voto. De acordo com a Lei Complementar isso é possível, tanto mais que este é o último dia em que S. Exa. comparece a esta Seção, vez que está prestes a terminar o seu período de convocação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO: Sr. Presidente, em face da manifestação dos Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Américo Luz, no sentido de que deveria proferir o meu voto, verifico que não haverá descortesia de minha parte se o fizer, em relação ao eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Portanto, se V. Exa. me permite farei a minha manifestação logo.

Essa questão tem sido examinada, acho que em todo Brasil — inclusive no Primeiro Grau de Jurisdição já a examinei em várias oportunidades — e verifico que o argumento mais ponderável dos que defendem a tese contrária, aqui expressa pelo eminente Ministro Pedro Acioli, parte apenas de uma tentativa de tratamento isonômico, relativamente ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

Na verdade, porém, é absolutamente infundada, *data venia*, essa tese, porquanto o regime jurídico do IPI é nitidamente diverso do regime jurídico do ICM. Enquanto o IPI é imposto que se destaca do preço da mercadoria vendida, o ICM é imposto embutido nesse mesmo preço. Portanto, destacar o ICM para fins de cálculo do PIS, ou qualquer outra contribuição que venha a incidir sobre o faturamento, é violar disposição expressa do Decreto-Lei nº 406, que determina esteja, como está, o ICM incluído no faturamento.

Em trabalho publicado no Suplemento Tributário LTR nº 75/87, Schubert de Farias Machado sustenta exatamente a tese aqui adotada pelo eminente Ministro Relator. Desse trabalho destaco:

«A tese dos que sustentam a não inclusão do valor do ICM na base de cálculo das contribuições para o PIS e para o FINSOCIAL funda-se especialmente no argumento de que o valor do ICM constitui receita do Estado, e não da empresa, que é mera intermediária na arrecadação do imposto.

Esse argumento não nos parece procedente. O ICM é devido pelo vendedor, vale dizer, pelo comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria. E não pelo comprador. E nos termos do art. 2º, § 7º, do Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, integra «o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria».

Na tentativa de contornar aquele obstáculo legal, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, em brilhante parecer, sustentam que:

«O conceito de «faturamento» não pode submeter-se a esse tipo de manipulação, ou artificialismo. Portanto, quando a Lei Complementar nº 7 referiu-se a «faturamento» ignorou — isso é certo — as contingenciais distorções desse conceito, provocadas por injunção da legislação especial do ICM. Esse efeito não está contido no conceito de «faturamento» referido na lei complementar; «faturamento», para os efeitos do PIS, não pode deixar de ser, objetivamente considerado, senão a soma do límpido e singelo valor das operações negociais realizadas, excluído o *quantum* de ICM que nelas se reputa integrado, em virtude de expressa determinação da lei fiscal, só para efeito de cálculo do IPI e ICM» (PIS — Exclusão do ICM de sua Base de Cálculo, Revista de Direito Tributário 35/160).

Contudo, não existe critério jurídico que fundamente a distinção entre «faturamento» para fins de ICM e «faturamento» para fins de PIS e FINSOCIAL. E com o próprio Professor Geraldo Ataliba aprendemos ser inadmissível o uso, pelo hermenêuta, de critérios metajurídicos. Assim, não nos parece admissível a interpretação de um determinado dispositivo legal que exclua, por critérios metajurídicos, os efeitos de um outro dispositivo legal.»

Esclareço que, na verdade, existe um dispositivo legal que determina expressamente o que é o faturamento. O que os defensores da tese oposta sustentam é que existem dois conceitos de faturamento: um para fins de IPI e ICM e outro para fins de PIS. Parece-me que só poderia conceber essa duplicidade de conceito de faturamento se a lei definisse expressamente uma coisa e outra. Como não há disposição legal, estabelecendo essa distinção, ela é absolutamente inadmissível.

Portanto, meu voto é acompanhando o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DE MINUTA

IUJ AC nº 123.073 — MG — (Reg. nº 9.533.346) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Apte.: Organizações Di Paulo Ltda. Apdas.: CEF e União Federal. Adv.: Drs. Roberto Rodrigues de Moraes e outro e Alexandre Nunes Silveira e outros.

Após o voto do Sr. Ministro Relator, uniformizando a Jurisprudência de acordo com o decidido pelas 4ª e 5ª Turmas, isto é, no sentido de incluir o ICM na base de cálculo do PIS, e do Sr. Ministro Américo Luz, de acordo com a 6ª Turma, em sentido contrário, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Afirmando estar apto a votar o Sr. Ministro Hugo Machado, o fez acompanhando o Sr. Ministro Relator. (Em 7-6-88 — 2ª Seção).

Aguardam os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Sebastião Reis e Miguel Ferrante. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Torreão Braz e José Cândido, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, a questão diz respeito a saber se o ICM integra ou não a base de cálculo do PIS. Na assentada anterior, pedi vista dos autos apenas por questão de prudência, uma vez que em razão do *quorum* existente não seria possível fixar-se a jurisprudência no sentido das decisões das Egrégias 4ª e 5ª Turmas, nem das proferidas pela Egrégia 6ª Turma; mas como hoje já existe *quorum*, submeto os autos à Egrégia Seção, a fim de que o julgamento tenha prosseguimento. A minha posição sobre o assunto já é por demais conhecida: é a posição da 4ª Turma. Entendo que como o ICM integra o faturamento, em decorrência o PIS incide sobre a parcela a ele correspondente.

Com esta breve observação, acompanho o voto do eminente Relator, uniformizando a jurisprudência no sentido preconizado pelas 4ª e 5ª Turmas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, tenho posição firmada sobre o assunto, conforme consta de voto (REO nº 119.108-RS), cuja cópia anearei oportunamente, no sentido do pronunciamento do eminente Sr. Ministro Relator.

ANEXO

Remessa Ex Officio nº 119.108 — RS
(Registro nº 7.816.138)

VOTO

EMENTA: Tributário. PIS. Parcela prevista no art. 3º, *b*, da Lei Complementar nº 7/70. Base de cálculo.

Predomina nesta Corte o entendimento de que, para cálculo do tributo previsto no dispositivo legal em referência, há de ser considerado o montante das vendas da empresa, sem discriminação da parcela de ICM que o integra, tal qual ocorre com os demais fatores que formam o preço das mercadorias.

Sentença reformada.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O artigo 3º da Lei Complementar nº 7/70 dispõe que o PIS será constituído de duas parcelas: uma consistente em percentual deduzido ao Imposto de Renda devido pela empresa; e outra representada por recursos próprios do contribuinte, calculados com base em seu faturamento.

Sustenta-se nesta ação que no conceito de faturamento não está compreendido o ICM que deve ser recolhido pela empresa com base no preço de venda da mercadoria faturada, como ocorre relativamente ao IPI, correspondendo ele, ao revés, exclusivamente à contraprestação auferida pelas empresas como riqueza própria.

Alega-se que a desvirtuação do conceito foi introduzida pelas Resoluções 174/71 e 482/80 do Banco Central, que passaram a exigir a inclusão do ICM na base de cálculo das mencionadas contribuições, malferindo, por esse modo, o princípio da legalidade e, ainda, a norma do art. 81, III, da CF.

Ressalte-se, de logo, ser a questão da inconstitucionalidade acima mencionada de todo irrelevante para o deslinde da controvérsia, de vez que reside esta, como se percebe de logo, em saber-se o exato sentido de faturamento, para os efeitos da Lei Complementar nº 7/70.

Dispõe a prefalada Lei Complementar nº 7/70, em seu art. 3º, *b*, *verbis*:

«Art. 3º O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a)

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue: ...»

Da leitura do trecho transcrito, sobressai de imediato a convicção de que o termo «faturamento» não corresponde com exatidão ao ato de extrair fatura, documento de emissão obrigatória «em todo contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 dias», conforme previsto na Lei nº 5.474/68. É fora de dúvida que foi ele aí empregado no sentido vulgar, comum, usual, de vendas realizadas em determinado período, quer a prazo, quer à vista.

De outra parte, não havendo na lei em tela qualquer referência a faturamento líquido — o que importaria na necessidade de serem especificadas as parcelas a serem excluídas do montante — não há como fugir-se à conclusão de que o faturamento, no caso, deve corresponder à soma das vendas, sem qualquer consideração a impostos ou outras despesas nela incluídos.

Ora, é sabido que o ICM — diferentemente do que ocorre com o IPI — encontra-se incluído no preço de venda das mercadorias, contribuindo para a sua formação, ao lado do custo, das despesas de seguro, de transporte, etc., que também constituem encargos do produtor ou do distribuidor.

Na verdade, a vingar-se a tese de que o faturamento deve corresponder tão-somente à receita própria da empresa — como defende a Autora — haveria de excluir-se de seu somatório não apenas o ICM, mas também aquelas outras parcelas indicadas, restando apenas o lucro líquido, o que, em absoluto, não está no propósito da lei.

Veja-se que o destaque do ICM quando da emissão das notas fiscais não tem outro efeito senão indicar a parcela a ser recuperada, a esse título, pelo adquirente da mercadoria, se for o caso, já que se trata de tributo não acumulável.

No IPI, ao revés, o tributo não concorre para a formação do preço, sendo registrado ao lado deste nos documentos de venda de mercadorias, de maneira distinta, não integrando, por isso, o faturamento. Em relação a esse imposto, o vendedor figura como mero agente arrecadador, com a responsabilidade de fiel depositário que o sujeita, no caso de inadimplemento de sua obrigação, à prisão administrativa e às penas do crime de apropriação indébita (Lei nº 4.367/64, art. 11, letra b).

Acresce que a inclusão do IPI na base de cálculo do PIS feriria o princípio da isonomia, em virtude do princípio da seletividade dos produtos, de que decorre a seletividade das alíquotas, o que não se verifica com o ICM.

Patente, pois, a desigualdade que separa os dois tributos, está perfeitamente justificado o discrimen que ocorre no tratamento jurídico da matéria, impedindo que se estenda ao primeiro, a regra consagrada na Súmula 161 desta Corte, alusiva ao segundo.

Por fim, não há que causar espécie a incidência de imposto sobre imposto, fenômeno correntio no campo do direito tributário, e que se repete, desenganadamente, no caso sob exame. Conquanto seja de lamentar-se que tal se dê, não há que fugir à vontade da lei.

No sentido esposado é a orientação que predomina nesta Corte, como mostram os seguintes acórdãos:

«AMS nº 104.398 — SP — Rel. Min. Torreão Braz

EMENTA: Programa de Integração Social (PIS).

O valor do ICM inclui-se na sua base de cálculo.

Sentença confirmada». (Julg. 1-10-86 — DJ 13-11-86).

«REO nº 106.627-SP — Rel. Min. Armando Rollemberg

EMENTA: Tributário. Programa de Integração Social (PIS). Base de cálculo.

O valor do ICM recolhido, por isso que passa a integrar o preço da mercadoria, não pode ser excluído da base de cálculo do PIS». (Jul. 24-11-86 — DJ 28-11-86).

Ante o exposto, meu voto é no sentido de reformar a sentença, invertidos os ônus da sucumbência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, o meu voto é idêntico ao do Sr. Ministro Relator, no sentido de que o ICM integra a base de cálculo do PIS.

VOTO — VENCIDO

Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS: impossibilidade.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, sustento a tese no sentido de que a parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS. Assim votei, por ocasião do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 111.970-SP, na Egrégia Sexta Turma, cuja cópia faço anexar, pelo que fica fazendo parte deste.

O enfoque maior, Sr. Presidente, que dou à questão está no fato de que o PIS é modalidade de participação do empregado nos lucros da empresa. Bem por isso, Sr. Presidente, está claro, no art. 3º, letra *b*, da Lei Complementar nº 7/70, que a segunda parcela do PIS constitui-se — que é justamente a aqui tratada — com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento desta. Ora, se o ICM não pertence à empresa, constituindo receita do Estado-membro, não seria razoável, *data venia*, fazer com que citado tributo integrasse o resultado das operações mercantis da empresa, para que também sobre ele fosse calculado o PIS.

Com essas breves considerações, Sr. Presidente, peço vênha ao Sr. Ministro Relator e aos Srs. Ministros que o acompanharam, para uniformizar a jurisprudência de conformidade com o decidido pela Egrégia Sexta Turma, vale dizer, no sentido de que a parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

ANEXO

Apelação em Mandado de Segurança nº 111.970 — SP

Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS: impossibilidade. Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 3º, *b*.

I — A parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança objetivando recolher a contribuição para o PIS sobre o faturamento da impenetrante, do mesmo excluído o ICM.

A segurança foi denegada.

O eminente Ministro Eduardo Ribeiro, Relator, em longo e magnífico voto, concluiu «que o ICM compõe o preço da mercadoria, como compõem as parcelas que se referem aos custos suportados pelo comerciante para exercer sua atividade. O faturamento consistirá na soma, além de outros elementos, dos preços de todas as mercadorias vendidas. E se assim é, para o cálculo da contribuição relativa ao PIS haverá de ser considerado ovalor correspondente ao ICM».

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento da matéria.

Passo a votar.

Quando do julgamento da AMS nº 107.916-SP, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, em que se discutiu matéria igual, pedi vista dos autos e proferi voto concluindo no sentido de que o ICM não se inclui na base de cálculo do PIS. Destaco do voto que então proferi:

«O PIS foi instituído pela Lei Complementar nº 7, de 1970, destinando-se a «promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas» (art. 1º), constituindo-se de duas parcelas: uma, mediante dedução do Imposto de Renda pela empresa; outra de recursos próprios da empresa,

calculados com base no faturamento desta (art. 3º). Estabeleceu a Lei Complementar nº 7, de 1970, no seu art. 11, que, dentro de 120 dias, contados da sua vigência, à Caixa Econômica Federal submeteria à aprovação do Conselho Monetário Nacional o regulamento do Fundo, fixando as normas para o recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação. Em decorrência, editou-se a Resolução nº 174, de 25-2-71, do Banco Central do Brasil, comunicando a aprovação, pelo referido Conselho Monetário Nacional, do Regulamento a ela anexo. Conceituou-se, então, *faturamento*, da seguinte forma:

«§ 2º Para o fim previsto neste artigo, entende-se por faturamento o valor definido na legislação do Imposto de Renda como receita operacional, sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.»

Seguiu-se a Norma de Serviço CEF-PIS nº 2/71, de 27-5-71, que, em seu item 3, esclareceu:

«Entende-se por faturamento o valor definido da legislação do Imposto de Renda como receita bruta operacional (artigo 157 do Regulamento do Imposto de Renda) sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.»

Bem esclareceu o Sr. Ministro Ferrante, no seu voto, a conceituação de faturamento, pelas referidas normas regulamentares, ensejou controvérsia no que tange à inclusão do IPI na base de cálculo da contribuição do PIS. A controvérsia foi dirimida por esta Corte, que editou a Súmula nº 161-TFR, a dizer que «não se inclui na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao IPI.» A Resolução nº 462/78, do Banco Central, acolheu esse entendimento jurisprudencial.

Cumpra perquirir, agora, se também o ICM deve ser excluído da base de cálculo do PIS.

Examinemos a questão.

III

A hipótese de incidência inscrita no art. 3º, *b*, da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o *faturamento* da empresa, ou, mais precisamente, são os «recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento». Este há de ser considerado, de conseguinte, como o somatório das operações mercantis, ou das operações de vendas de mercadorias, ou das operações similares.

O somatório, pois, dessas operações, constitui a materialidade da hipótese de incidência, cuja quantificação expressa-se no faturamento, ensina Geraldo Ataliba. Indaga-se: o ICM deve incluir-se aí?

A resposta a essa indagação exige análise detida da questão.

Se uma operação mercantil estiver sujeita ao ICM, este integrará a sua própria base de cálculo (DL 406, de 1968, art. 2º, § 7º). Ficou, assim, vedada a transferência do ICM do vendedor para o comprador em parcela separada do preço da venda.

O ICM é, por isso mesmo, na linguagem dos financistas, um «imposto por dentro», ao contrário do IPI, que é um «imposto por fora», porque, quanto ao IPI, não existe norma legal idêntica.

A primeira consequência que decorre de integrar o ICM a sua própria base de cálculo, ou a primeira consequência decorrente do «imposto por dentro», aponta Geraldo Ataliba, é o aumento do valor da operação, ou do preço. Tem-se, então, um valor, um valor fiscal da operação, ou um preço fiscal, que é o valor para tributação, e em valor mercantil, que é o preço real da mercadoria, sem a inclusão do ICM.

Segundo Ataliba, a adoção de tal «mecânica significou método oblíquo de elevação das alíquotas de ICM, por via de artificial elevação da sua respectiva base de cálculo. Parece até bastante claro que essa cláusula do Decreto-Lei nº 406 (posteriormente reproduzida nas legislações ordinárias dos Estados) é inconstitucional, ofendendo, de modo indireto, o comando do parágraf. 5º *in fine*, do art. 23 da Constituição, relativo ao teto das alíquotas do ICM». (Geraldo Ataliba, «PIS — Exclusão do ICM de sua base de cálculo.»)

Essa inclusão do ICM na sua própria base de cálculo, fazendo com que esse tributo seja um «imposto por dentro», na linguagem dos financistas, tem induzido muitos a sustentarem que o ICM deve integrar o faturamento das empresas para o fim de ser calculado o PIS.

Assim, entretanto, não deve ser entendido.

É que a inclusão do ICM na sua base de cálculo tem finalidade específica, própria; noutras palavras, na lição de Ataliba, «o ICM não integra o valor da operação a não ser para os específicos efeitos de cálculo dele próprio. O ICM não integra o preço, senão para facultar a chamada «recuperação econômica do tributo», que foi legalmente impedida — pela mesma Lei Fiscal — por outras vias. Isso decorre de lei tributária voltada, portanto, a ter eficácia exclusivamente no estrito âmbito de atuação do tributo estadual.» (Ob, cit.).

Acrescente-se, de outro lado, que, no tema aqui versado, uma questão maior se impõe. É que o PIS é forma de participação dos empregados nos resultados operacionais da empresa, para integrá-los na vida e no desenvolvimento destas, com vistas a dar cumprimento à disposição constitucional inscrita no art. 165, V, da Constituição. Bem por isso, está claro, no art. 3º, b, da Lei Complementar nº 7, de 1970, que o PIS constitui-se — a segunda parcela, aqui tratada — «com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento» desta.

Ora, se o ICM não pertence à empresa, constituindo receita do Estado-membro, não seria razoável fazer com que citado tributo integrasse o resultado das operações mercantis da empresa, para que também sobre ele fosse calculado o PIS. O direito é um todo orgânico, sabemos todos, e as normas legais não podem ser interpretadas isoladamente. A interpretação isolada da norma inscrita no artigo 2º, § 7º, do DL nº 406/68, é que tem levado à conclusão no sentido de que o ICM deve incluir-se na base de cálculo do PIS. Essa interpretação, entretanto, *data venia*, é desautorizada pela *ratio* da Lei Complementar nº 7, de 1970.

IV

Registre-se, também, que o ICM e o IPI são tributos que, em substância, tendo em vista a materialidade da hipótese de incidência, são idênticos, recaindo, ambos, sobre operações de venda relativas a mercadorias. O IPI, ensina Ataliba, com a sua costumeira precisão, «alcança apenas certas operações — especificamente as que se refiram a certas mercadorias qualificadas pela designação «produtos industrializados». O ICM, por outro lado, é genérico, gravando operações relativas a qualquer mercadoria, seja qual for a sua qualidade e natureza.» Ambos — ICM e IPI — são impostos não-cumulativos (CF, art. 21, § 3º, art. 23, II) e não integram o faturamento da empresa, para fim indicado no art. 3º, b, da Lei Complementar nº 7/70, porque não constituem «recursos próprios da empresa», mas receita da União e dos Estados. Indicados nas notas fiscais e recebidos pela empresa, deverão ser recolhidos, no prazo estabelecido em lei, aos cofres públicos federais e estaduais.

No que tange ao IPI, esta Eg. Corte, através do enunciado da Súmula nº 161, o excluiu do faturamento, para o fim de ser calculado o PIS. Ora, se o

ICM, tendo em vista, conforme já falamos, a materialidade de sua hipótese de incidência, não difere do IPI, a ele, ICM, deve ser dispensado tratamento igual.

V

Do exposto, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator. Em consequência, dou provimento ao apelo e concedo a segurança.»

Nada é preciso acrescentar. Forte no que acima está exposto, peço vênia ao eminente Ministro Relator para divergir de S. Exa.

Dou provimento ao apelo e concedo a segurança.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Sr. Presidente, a minha posição também já é conhecida e assim, *data venia*, peço licença ao eminente Relator e aos ilustres colegas que o acompanharam para uniformizar a jurisprudência no sentido da tese vitoriosa na Egrégia Sexta Turma. Para isso, juntarei voto que proferi na AMS n.º 107.054.

ANEXO

Remessa Ex Officio n.º 107.054 — SP

(Registro n.º 6.590.047)

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): A r. sentença de primeiro grau, após excluir o gerente da CEF da lide e afastar as preliminares suscitadas, concedeu a segurança sob esses fundamentos:

«Baseia a Impetrante sua argumentação na impossibilidade de norma inferior alterar outra superior na hierarquia dos comandos. Inquestionavelmente, assiste-lhe razão em suas ponderações, pois no sistema jurídico vigente as disposições contidas na lei não podem ser modificadas por dispositivos constantes em mera resolução que, quando muito, poderia explicitar as disposições legais, observando-as, porém, fielmente.

Sem qualquer respaldo a alegada competência residual, como pondera a autoridade coatora, pois seu acatamento implicaria no total disvirtuamento do sistema jurídico que alberga a hierarquia das leis, determinando sua estrita observância.

Mas ainda que não houvesse sido estipulada essa alteração por comando inferior, não poderia subsistir, mesmo que impecável fosse sua origem jurídica.

Na verdade, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias não pode ser incluído no faturamento das empresas, pois delas não pertence, sendo destinado aos Estados. Toda a argumentação expendida para o IPI se aplica *in totum* ao ICM, dada a similitude existente: ambos são tributos indiretos, que não integram a receita das empresas, sendo simplesmente destacados nas notas fiscais, para posterior recolhimento aos seus destinatários, a União no caso do IPI e os Estados, na hipótese do ICM. Estes impostos não integram o preço dos produtos vendidos, portanto não se inserem na receita própria operacional das empresas, não podendo, conseqüentemente, servir de base de cálculo para o PIS.

O E. Tribunal Federal de Recursos tem reiteradamente decidido pela exclusão do IPI, como é exemplo o acórdão:

«EMENTA: Ação de restituição do indébito. Programa de Integração Social (PIS). Exclusão do IPI. No cálculo da contribuição em causa não se inclui o IPI, dada à sua natureza de tributo indireto.

Precedentes na AC 68.932 — RS — 5ª Turma do TFR (DJ de 19-11-81).

Sentença confirmada.

Apelação improvida.

AC 70.345 — Rel. Ministro Américo Luz — 6ª Turma — 10-8-82 — Unânime.

Pelas mesmas razões de decidir, o ICM por ser tributo indireto, não integrante da receita da empresa, que constitui mera arrecadadora de seu valor aos cofres públicos, não deve integrar o faturamento para efeito de cálculo da contribuição do PIS.»

Sub specie juris, antes de tudo, é de consignar-se que a LC 7/70, ao instituir o Programa de Integração Social, estatuiu sua execução através de Fundo de Participação, constituído por depósitos efetuados na Caixa Econômica Federal abrangendo duas parcelas, uma, mediante dedução do imposto de renda da empresa, outra, com recursos próprios da mesma, essa calculada, no que interessa ao caso concreto, com base no faturamento; outrossim, o diploma complementar não conceituou a dicção «faturamento», dispondo, ainda, que a CEF elaboraria o Regulamento do Fundo de Participação, fixando normas para o recolhimento, submetendo-o à aprovação do Conselho Monetário Nacional, e, também, que a mesma Caixa resolveria os casos omissos, de acordo com os critérios estabelecidos pelo CMN, no tocante às parcelas componentes do Fundo (art. 3º, a e b, § 5º, e art. 11).

A Resolução nº 174, de 25-2-71, do Banco Central, ao aprovar o Regulamento acima referido, no § 2º do seu artigo 7º, dispôs entender-se «por faturamento o valor definido na legislação do imposto de renda como receita operacional, sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza».

A Caixa Econômica Federal, em sua Norma de Serviço PIS-2/71, no item 3, prescreveu entender-se «por faturamento o valor definido na legislação do imposto de renda, como receita bruta operacional (art. 157 do RIR/66), sobre a qual incidam ou não impostos de qualquer natureza».

Paralelamente, o Parecer Normativo nº 464/71 da CST repetiu a mesma linguagem da Norma acima, explicitando «sem exclusão de quaisquer valores, sejam relativos à exportação, impostos ou outros».

Aos 26-6-78, o Banco Central, com aprovação do CMN, editou a Resolução 482, alterando a de nº 174/71 já referida, estabelecendo que a contribuição em tela «será calculada sobre a receita bruta assim definida no artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598 de 26-9-77, compreendendo o produto de venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados» (item I), excluindo, no seu item II, da sua base de cálculo a parcela do IPI, quando se tratar de contribuinte desse imposto, vindo, mais tarde, através da Resolução BC 757/82, prever a exclusão, também, dos créditos tributários concedidos no Decreto-Lei nº 491/69 (art. 1º).

Delineada, assim, a legislação pertinente, de início, friso que, na sistemática da Constituição Federal vigente, o constituinte, quando pretende fixar competência privativa do Chefe do Executivo, refere-se *tout court* a Presidente da República (arts. 11, 17, §§ 5º e 2º dos arts. 27, 29, b, art. 30, d, art. 51, entre outros) e se quer distribuir competência administrativa no seio da Administração alude a Poder Executivo (art. 21, I, art. 71, *verbi gratia*).

De outro lado, a Constituição é explícita em atribuir privativamente a Presidente da República a competência relativa à expedição de regulamentos para a fiel execução da lei (art. 81, III), aliás, indelegável (parágrafo único).

Nesse contexto, o regulamento é ato normativo de segundo grau, no sentido de que sua força provém direta e imediatamente da lei subordinada, essa, de seu turno, à Constituição.

De outro lado, quer se considere a contribuição em apreço como tributo ou ente não-tributário (art. 43, X, da CF), o certo é que se cuida de prestação pecuniária compulsória, e, enquanto tal, sua hipótese de incidência e grandeza quantitativa só podem decorrer de lei prévia (arts. 153, § 2º, e 29).

Na seqüência dessas considerações, a regulamentação atribuída ao Conselho Monetário Nacional na LC nº 7/70, de um lado, não pode invadir espaço reservado à lei, e, de outro, não tem o alcance de regulamento privativo do Presidente da República, estando seu domínio reduzido ao estágio do recolhimento da receita ali referido, nos seus aspectos instrumentais e formais.

Dessarte, as Resoluções, Normas e Parecer Normativo trazidos à colação, no que exorbita do campo restrito que acaba de debuxar valem como respeitáveis contribuições de pareceres técnicos, sem eficácia propriamente jurídica, devendo a definição de faturamento — base de cálculo do PIS — emergir da lei complementar respectiva, de outras que hajam cuidado dessa categoria jurídica, da doutrina e jurisprudência qualificadas, e quaisquer afirmativas daqueles atos administrativos normativos só poderão ser recebidas se compatíveis com as fontes, ora assinaladas.

Postas essas ressalvas, lembro, também, que a matéria debatida — inclusão da parcela do ICM na base de cálculo do PIS — tem sido associada ao tratamento, para o mesmo efeito, dispensado ao IPI, havendo aqueles, como a douta julgadora de primeiro grau, que admitem a identificação respectiva, e outros que a afastam, em face das peculiaridades que individualizam esse último imposto.

Nesse particular, a integração do IPI na base de cálculo foi objeto de análise qualificada por vários juristas no Caderno de Pesquisas Tributárias nº 2, sob o título «Contribuições Especiais Fundo PIS-PASEP» (ed. Resenha Tributária), havendo respondido afirmativamente Bernardo Ribeiro de Moraes (p. 79) e José Carlos Graça Wagner (pp. 286/88/99) e negativamente, Carlos Rocha Guimarães (p. 158), Evaldo Brito (pp. 132/6), Hamilton Dias de Souza (p. 249), Rui Barbosa Nogueira (pp. 324 e 334), Ylves José de Miranda Guimarães (pp. 372 e segs.) e Zelmo Damari (p. 372), todas aos fundamentos básicos do princípio da seletividade e falta de pertinência do IPI com a base de cálculo do PIS.

Rui Barbosa Nogueira já estudara o tema anteriormente (Dir. Trib. Aplicado e Comparado II/92 e segs.), bem como Hamilton Dias de Sousa, *in* Estudos Tributários pp. 271 e segs.; no mesmo sentido da exclusão, Fábio Fanucchi (Res. Trib. IR — Comentários 1.3 — 1971 — Ed. 1 a 30 — Aspectos Trib. do Programa de Integração Social) e Luiz Mélega — Suplemento LTr — nº 100 — 73 — Programa de Integração Social.

Da mesma sorte, pela exclusão do IPI o verbete 161 da Súmula desta Corte.

Fixando-me, agora, no ponto nuclear do debate — inclusão do ICM na base de cálculo do PIS — no Caderno de Pesquisas Tributárias citado, manifestaram-se incidente ou implicitamente pela integração Bernardo Ribeiro de Moraes, José Carlos Graça Wagner e Evaldo Brito; já Luiz Mélega e Fábio Fanucchi responderam negativamente, nos comentários de suas autorias atrás referidos, em fundamentação explícita.

Nesta Egrégia Turma, sufragaram a tese da inclusão, em doutos votos, os Ministros Torreão Braz, Pedro Acioli e Geraldo Sobral, o que provocou de minha parte vários pedidos de vista.

Posicionando-me nestes de que sou Relator, partindo da C. Federal, recorro que a mesma, no seu artigo 165, V, assegura aos trabalhadores «integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei», norma constitucional de eficácia limitada, sujeita à integração por lei, vazada em linguagem flexível, autorizadora de alternativas várias,

desde que compatíveis com os objetivos ali perseguidos, ou mais especificamente, no tangente à participação nos lucros, essa poderá revestir forma direta ou indireta, desde que dê ao empregado condições concretas de integração na vida e no desenvolvimento da empresa.

Fixado o espírito que comanda o preceito constitucional enfocado, e considerando que a LC 7/70 (art. 1.º) estabelece que o PIS se «destina a promover a integração do empregado na vida e aos desenvolvimentos da empresa», participação realizada através da Constituição do Fundo respectivo, alimentado, entre outros, por recursos próprios da empresa, calculados sobre seu faturamento (arts. 3.º e 6.º), cotização representada por depósitos, em nome do empregado, conforme critérios indicados, com rendimento de juros e correção monetária (art. 7.º), cabe, nesta altura, indagar se a base de cálculo adotada — o faturamento — se afeiçoa aos propósitos pretendidos pelo constituinte.

Sem derivar a discussão para o plano constitucional, como o fizeram os autorizadosíssimos Geraldo Ataliba (Caderno cit. pp. 189 e segs.) e Carlos Rocha Guimarães (Caderno cit. pp. 91 e segs.) que vêm, na hipótese, o ICM disfarçado sem o princípio da não-cumulatividade, é opinião dominante entre os que versaram o tema que a produtividade da empresa é critério válido para aferir-se a participação nos lucros (Pontes de Miranda — Com. à C. Fed. de 1967 Emenda n.º 1, de 1969; Hamilton Dias de Sousa, (ob. cit. p. 279), Eugenei Gudín — Digest. Econ., nov/dez 1.066; Paulo Sarasate (A Const. do Brasil ao Alcance de Todos p. 214), e, se assim o é, também pode sê-lo o faturamento, como saleintou Hamilton Dias de Sousa (Estudos Trib. p. 279), valendo ambos como índices presuntivos de lucratividade, sem apresentar os inconvenientes que a participação direta pode oferecer, abstração feita como já disse, do debate constitucional que o faturamento como hipótese de incidência para uns ou seu *quantum* como base de cálculo para outros pode suscitar.

Sem embargo das conotações, na linguagem comum, no vocabulário jurídico-comercial ou nos léxicos que a dicção «faturamento» comporta, de modo geral, o termo cogitado pode ser aceito para efeito do debate como compreensivo da soma das operações mercantis, no período indicado, com vista ao recolhimento.

A Administração, talvez para fugir à associação com impostos da competência de outra unidade federada, identificou o faturamento com a «receita bruta» assim definida no art. 157 do RIR/66, e, mais tarde, no artigo 12 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, pretendendo aqui incluir o IPI e o ICM, só mais tarde, em 1978 (Res. 482 do BC), vindo a dela excluir o IPI, mantida a mesma orientação anterior quanto ao ICM.

Em face da imprecisão do parágrafo adotado, pois o art. 157 do RIR/66 apenas enumerava as verbas dela integrantes, e, mais tarde o art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, embora de redação mais técnica, não se mostra decisivo para o debate, a controvérsia acerca da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS permanece acesa.

O saudoso Fábio Fanucchi, emérito tributarista e especialista do imposto de renda, no trabalho citado, talvez o primeiro a enfrentar a divergência, ao manifestar-se pela exclusão do ICM, fê-lo nesses termos:

«É de se perguntar, então: o que acaba fazendo a pessoa jurídica em relação a impostos como o de produtos industrializados e o de circulação de mercadorias? Não parece demais responder-se: representa simples intermediária entre o contribuinte de fato (o que paga aqueles impostos) e o Poder Tributante, recebendo o imposto, compensando os créditos que tenha pelas incidências nas mercadorias de revenda, nos insumos e nos materiais de embalagem adquiridos e recolhendo o saldo que se verifique favorável à Fazenda. Atua, assim, em operação de conta alheia (da Fazenda) e não obtém nenhum resultado que possa carrear para sua receita operacional. Logo, tanto o IPI (dissociado do preço dos bens por ela, empresa, vendidos) como o ICM (embora integrado no preço dos bens vendidos) não se constituem numa «receita operacional», portanto, não se comportam no conceito de «faturamento», base de cálculo da contribuição do PIS.»

Luiz Mélega (ob. cit), ao analisar a Resolução nº 174/71 e parecer da CST-SRF, já referido, para o fim específico do ICM, acentuou:

«É exato que tal entendimento não é limpo de dúvidas e nem extreme de censura, pois a receita operacional a que alude o artigo 157 do Regulamento do Imposto de Renda não pode comportar verbas, quantias ou parcelas, que não concorram para a formação ou apuração do lucro, ainda que indiretamente, como é o caso dos tributos que o empresário deve cobrar por imposição de lei, mas que não lhe pertencem, não integram a sua receita, já que se destinam às entidades políticas titulares dos ingressos derivados.»

No caso especial do ICM, a controvérsia se amplia, à vista do disposto no § 7º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406/68, *verbis*:

«O montante do Imposto de Circulação de Mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação, para fins de controle.»

O alvo pretendido pelo preceito transcrito reside em proibir a transferência do vendedor para o comprador em parcela separada do preço respectivo, apresentando-se, assim, sob esse aspecto, o ICM como o chamado «imposto por dentro», diversamente do IPI, cujo perfil é o denominado «imposto por fora».

A esse propósito, em primeiro lugar, é de frisar-se que, em se cuidando de imposto constitucionalmente não-cumulativo, o legislador complementar não pode ter pretendido torná-lo cumulativo, vale dizer, a integração ali referida não deve ultrapassar a meta objetivada — a do cálculo do imposto, sem projetar-se além da esfera do tributo estadual, restrita ao efeito específico de viabilizar a transferência do respectivo encargo financeiro, de acordo com a natureza do tributo, para usar a linguagem do art. 166 do CTN.

Em outras palavras: a integração em causa não pode ser recebida em sentido duplo, econômico, ou jurídico, pois mantido o princípio da não-cumulatividade, o montante do ICM terá destinação diversa do preço ou valor da operação, sendo utilizado na contabilidade fiscal para reduzir o recolhimento do imposto, podendo inclusive afirmar-se que o ICM não é imposto de circulação da mercadoria, mas de circulação de mercadoria, não havendo confundir-se o seu cálculo referente ao valor de cada mercadoria com o seu recolhimento, em função do conjunto de mercadorias, em dado período.

Aliás, José Carlos de Graça Aranha, em douto estudo sobre a incidência de impostos sobre impostos e o sistema tributário acena com a inconstitucionalidade desse preceito, por importar em alteração de alíquota em briga com os princípios da não-cumulatividade (Res. Trib. — 1974 — Comentários 2.1 pp. 273 e segs.).

Aliomar Baleiro, ao comentar o parágrafo em apreço, adverte que o ICM incluído na sua própria base de cálculo entra na dedução para apurar-se o valor acrescido (Dir. Trib. Bras. p. 245) vale dizer, a parcela respectiva não se integra na receita do contribuinte.

De outro lado, Bulhões Pedreira reporta-se à IN-SRF nº 51/78, posterior ao parecer invocado pelos impetrados onde se fixou não se incluírem na receita bruta os impostos não-cumulativos.

Retornando a uma das premissas básicas assentadas no preâmbulo do voto, a do espírito que informa o comando constitucional integrado pela LC 7/70 — representando o PIS técnica de participação do empregado nos lucros da empresa, em face de tudo quanto foi aduzido e deduzido, não sendo o ICM componente do lucro da empresa, não se inserindo nos seus recursos próprios, constituindo, antes receita do Estado-membro, afigura-se-me incivil, incurial, integrar a sua parcela na base de cálculo do PIS, ou na materialidade da sua hipótese de incidência — o faturamento.

Pelo exposto, com a máxima vênia dos eminentes colegas que pensam opostamente, confirmo a sentença remetida.

Nego provimento à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

IUJ AC nº 123.073 — MG — (Reg. nº 9.533.346) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Apte.: Organizações Di Paulo Ltda. Apdas.: CEF e União Federal. Advs.: Drs. Roberto Rodrigues de Moraes e outro e Alexandre Nunes Silveira e outros.

Decisão: A Seção, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Américo Luz, Carlos Velloso, Sebastião Reis e Miguel Ferrante, uniformizou a jurisprudência de acordo com o decidido pelas 4ª e 5ª Turmas, isto é, no sentido da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS. (Em 14-6-88 — 2ª Seção).

Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Hugo Machado e Torreão Braz acompanharam o Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Torreão Braz deu-se como habilitado para votar, uma vez que não compareceu ao início do relatório. Ausentes, nesta assentada, o Sr. Ministro Américo Luz, e justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 124.940 — PE
(Registro nº 9.563.490)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *João de Albuquerque Rocha e Universidade Federal de Pernambuco*

Apelada: *Magda Maria Sales Carneiro Sampaio*

Advogados: *Drs. Fernando Eduardo de Miranda Ferreira e outros, Nilton Wanderley de Siqueira e Josias de Holanda Caldas.*

EMENTA: Administrativo. Magistério superior. Concurso público.

Controle judicial. Se bem que cabível no tema da alegação de ilegalidade, tal controle extrapola os lindes de sua permissão, quando incursiona ao campo do merecimento do ato administrativo, como aconteceu no caso, ao negar-se o valor intrínseco atribuído pela Comissão Examinadora à tese improcedentemente acusada de plágio.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento às apelações, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação; prejudicado o Agravo nº 52.746, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Submetida a exame para Professor Titular de Clínica Pediátrica Médica, da Universidade Federal de Pernambuco, não se conformou a Autora, ora apelada, com o resultado do concurso, particularmente com a classificação no segundo lugar e a do candidato João de Albuquerque Rocha no primeiro. Donde a ação motivada na invalidade da tese do 1º classificado, pois que, em apertada síntese, se constituiria de verdadeiro plágio, calçada que fora literalmente em dados fornecidos por pesquisa publicada pela Sociedade Brasileira de Pediatria, desafeita, assim, ao requisito regulamentar de constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para o conhecimento do tema — Cap. V do Edital do Concurso.

Contestada a ação pela Universidade-ré (fls. 255/59) e pelo litisconsorte passivo (fls. 103/140), deferiu-se a produção de prova pericial, contra o que agravou a Ré, conforme processo que mandei apensar à apelação (AG 52.746).

Sentenciando, após recusa das preliminares, o Juiz Petrócio da Silva julgou procedente a ação para considerar sem qualquer efeito, prejudicada, pois, conforme estabelece o Edital do Concurso, a tese apresentada pelo litisconsorte passivo, assegurando não poder a Autora ser preferida na nomeação por candidato que se lhe siga na classificação final do concurso, inclusive o próprio litisconsorte passivo. Louvou-se, ao que diz, na perícia levada a cabo, por conclusão desta ordem:

«Diante do constatado na prova pericial; e que se atente, neste momento ao elevado percentual encontrado nas respostas coincidentes dos senhores peritos, como acima já se registrou, não há como deixar de afirmar-se, que, na verdade, conforme observou o perito do juízo às fls. 380, respondendo à pergunta 33 da autora, a tese do litisconsorte passivo «se se considerar apenas o primeiro objetivo da tese (pág. 53 do livro do professor João de Albuquerque Rocha), ela não seria nem original nem resultante de reflexão pessoal. A tese da Dra. Maria Helena Benício, em sua pág. 08, já fornecia a informação visada. Todavia, a abordagem da incidência de baixo peso ao nascer com as variáveis listadas à pág. 53 da tese do professor João Rocha constitui uma contribuição do autor à matéria examinada. É certo que a parcela do serviço pessoal prestado ao deslindamento do assunto é reduzida. Enxugada a tese das gorduras que contém, restaria, efetivamente, um feixe limitado, estreito, para um trabalho real que o autor realizou como tese...». Ou ainda, conforme observou o próprio assistente técnico do litisconsorte passivo «à exceção da primeira parte do primeiro objetivo da tese já constante da professora Maria Helena d'Aquino Benício, a tese do professor João Rocha é uma contribuição original à epidemiologia do Baixo Peso, peso insuficiente e peso adequado do recém-nascido do Recife, e como tal implica em tomada de posição e resulta de reflexão ... do ponto de vista estritamente legal (tem valor intrínseco) ... É verdade, entretanto, que o valor intrínseco do regimento da UFPE é mais que mero valor científico do trabalho, pois, inclui «aspectos de domínio do tema, poder de sistematização e elaboração de o candidato tomar posição própria, devendo, mais, a tese, constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para o enriquecimento do tema» — não há pois como deixar de afirmar-se que a mesma, por:

ter adotado a mesma metodologia encontrada no Estudo Antropométrico do Recém-Nascido Brasileiro;

ter usado, com diferenças apenas ligeiras, as variáveis analisadas naquele referido estudo, basicamente não divergindo tal tese do mesmo estudo;

por apresentar inclusive várias e significativas semelhanças, em nível bastante alto, em relação a trechos encontrados como quase idênticos, quer em relação ao Estudo Antropométrico do Recém-Nascido Brasileiro, quer em relação à tese da Dra. Maria Helena Benício, inclusive em relação à própria bibliografia daquela tese, repetindo inclusive técnicas na citação;

por ter sido encontrado cometendo fragmentariamente pecados de plágio;

por ter extravasado o direito de citação e dele ter se socorrido abundantemente de uma forma que o rigor com que se elabora a produção científica não pode aprovar;

por seu valor intrínseco ficar comprometido e sua contribuição pessoal quase desaparecer;

por não ter sido original nem resultante da reflexão pessoal em um dos seus dois objetivos e a parcela de serviço pessoal prestado ao desvendamento do assunto ser reduzida, tudo conforme se achou na perícia realizada; é de afirmar-se que a mesma, em razão inclusive de não ter sido calcada em pesquisa desenvolvida pelo autor, como igualmente assim foi encontrada em tal perícia, não foi elaborada com a observância das normas prescritas, art. 116, § 1º, do Regimento Geral da ré, pois como observou o próprio assistente técnico do litisconsorte passivo, «o valor intrínseco do Regimento da UFPE é mais que um mero valor científico do trabalho, pois inclui «aspectos do domínio do tema, poder de sistematização e elaboração pessoal, qualidade e rigor da exposição, capacidade do candidato tomar decisão própria, devendo, mais, a tese constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para conhecimento do tema», o que leva a concluir que a mesma tese que deveria nos termos do Edital constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para o conhecimento do tema, com base na alínea a do item IV do mesmo Edital, que trata da defesa da tese, deverá restar prejudicada, pois a administração pública, em aproveitando tal tese, através da Comissão Examinadora do falado concurso, não agiu em conformidade com o estabelecido na lei, quer a própria lei interna do concurso-edital, quer o Regimento da própria ré, e não se conformando tal ato administrativo com a norma administrativa, a própria administração feriu na prática de tal ato o princípio básico da legalidade administrativa, esquecendo que a eficácia e a validade de toda atividade administrativa estão condicionadas ao atendimento da lei, esquecendo que na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal, só lhe sendo permitido fazer o que a lei autoriza, esquecendo que para ela, a administração pública, a lei significa dever fazer assim.

Em nome, pois, da moralidade administrativa para que o interesse público, o bem-estar coletivo, o atendimento das exigências da comunidade, como únicos objetivos da administração pública, sejam reconhecidos, pela ré, pois todo ato que se apartar de tais objetivos, como ocorreu com o ato ora impugnado, carecerá de finalidade administrativa, julgo a presente ação procedente para, pelos motivos acima expostos, considerar sem qualquer efeito, prejudicada, pois, conforme estabelece o Edital do Concurso, a tese apresentada pelo litisconsorte passivo João de Albuquerque Rocha ao Concurso de Professor Titular da Área de Estudo de Clínica Pediátrica Médica do Departamento Materno-Infantil, do Centro de Ciências da Saúde da UFPE.» — Fls. 604/5.

A apelação do litisconsorte volta à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, inépta que resultara a inicial ao pedir reparo do concurso, em proveiro da Autora, e não a sua anulação total, como conseqüência fosse do flagrante de qualquer vício de legalidade; quanto mais porque de tal espécie de mácula não cuidou denunciar a Autora, senão que se prendeu a acusar a falta de idoneidade técnica da Comissão Examinadora, na medida em que propôs a substituição de seu juízo de valor pelo do Judiciário, inversão essa ao todo impossível, consoante a uníssona doutrina pertinente aos limites do controle judicial do ato administrativo. No mérito, ambos os apelantes castigam a sentença, por haver buscado no corpo de uma perícia leiga na disciplina médica de que se trata os elementos de seu juízo próprio sobre o valor intrínseco da tese malsinada pela Autora, tudo, em suma, com indevida e total incursão ao campo do merecimento do ato administrativo.

Contra-razões à fl. 665, de louvores à sentença.

Oficiando, a douta Subprocuradoria-Geral da República é de parecer seguinte:

«Concurso público para o cargo de Professor Titular de Universidade. Sentença que, apreciando o valor científico da tese apresentada pelo candidato classificado em 1º lugar, a juízo da banca examinadora, considerou-a prejudicada e sem efeito para aquele fim. Parecer pelo provimento de ambos os recursos, para que, reformada a sentença apelada, se considere improcedente a demanda, restabelecendo-se, em consequência, o veredito da banca examinadora. Senhor Relator,

Em procedimento sumaríssimo, a ora Apelada, Doutora Magda Maria Sales Carneiro Sampaio, candidata inscrita em concurso público para Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE pleiteou e obteve fosse considerada sem qualquer efeito, e prejudicada, tese apresentada por outro concorrente, Doutor João de Albuquerque Rocha, ora Apelante, que alcançara o 1º lugar no aludido concurso, do que resultou ser este aliado daquela colocação, restando íntegro o resultado obtido pelos demais concorrentes, inclusive a candidata ora recorrida.

2. Para assim decidir, o digno magistrado louvou-se, essencialmente, em prova pericial, cujo deferimento foi impugnado, via de agravo de instrumento, pela UFPE, ora também Apelante.

3. Contra a sentença, apelaram a Universidade Federal de Pernambuco, como Ré, e o candidato João de Albuquerque Rocha, este na condição de litisconsorte necessário passivo, respectivamente, às fls. 655/663 e 614/650, sendo ambos os recursos contra-arrazoados pela Autora, ora Apelada, às fls. 664/690.

4. A controvérsia, em que pese à extensão volumosa dos autos, é, a nosso ver, de fácil deslinde, porque a própria fundamentação da sentença impugnada põe em relevo aquele que é seu aspecto vulnerável, qual seja, o de haver seu digno prolator se substituído à própria banca examinadora do concurso, fazendo do perito do Juízo e dos assistentes técnicos avaliadores do mérito do trabalho acadêmico apresentado pelo candidato João de Albuquerque Rocha, ora Apelante, e dele, Julgador, o órgão supremo de exame e crítica, não apenas da tese apresentada, mas do próprio veredito científico que sobre ela produziu a comissão universitária legitimamente instituída para julgar o concurso.

5. Assim procedendo, o digno Julgador ultrapassou os limites do que, na espécie, é permitido ao Judiciário, ao qual é defeso o exame dos critérios técnico-científicos adotados, no âmbito universitário, para a avaliação crítica do trabalho acadêmico.

6. A prosperar esse esdrúxulo entendimento, estará irremediavelmente comprometida a própria autonomia universitária, transferida, que será, para a esfera judicial, a derradeira palavra sobre o valor científico da produção acadêmica.

7. Isto posto, nosso parecer é pelo provimento de ambos os recursos, para que, reformada a sentença apelada, se pronuncie, afinal, a improcedência da ação.

Brasília, 12 de agosto de 1987 — *Inocência Mártires Coelho*, Subprocurador-Geral da República» — fl. 695.

Distribuem-se xerocópias aos Srs. Ministros componentes da Turma para o julgamento da apelação.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, acentue-se que as preliminares suscitadas pelos contestantes, ora apelantes, entrelaçam-

se estreitamente com o mérito, da forma como o pedido, se bem que arrematado por favorecer a Autora com a pretendida exclusão do primeiro classificado naquele concurso, fulcrou-se, na verdade, em acusar de ilegal o ato administrativo, até onde a Comissão Examinadora acolhera tese desafeita às exigências do Edital específico e dos atos normativos genéricos. Nesse quadro, na verdade, não era dado ao julgador eximir-se ao conhecimento da ação, antecipando a decretação de carência e da sua impossibilidade jurídica, se com maior ou menor extensão a procedência do pedido bem poderia se conter em escoimar do ato a ilegalidade irrogada.

Donde, em primeira conseqüência remetida ao agravo de instrumento apenso, dever-se reputar incensurável a determinação da prova pericial, evidentemente cabível para verificação do ponto-mor da incriminação deduzida a peso de ilegalidade do ato, qual a de haver admitido tese que se constituiria de mero plágio. Até aí não se requeria do Judiciário controle extravasante dos limites permissivos da sujeição dos atos administrativos, porquanto, *modus in rebus*, a verificação do vício independeria de juízo valorativo mais aprofundado do que a conferência de textos tanto ou quanto superpostos genericamente em contrafação.

Todavia, ultrapassada essa margem de conferência mais singela, para adentrar-se substancial juízo de valor oposto ao merecimento do próprio ato, sem dúvida que a intervenção jurisdicional pecará contra os cânones demarcatórios da divisão dos poderes.

Desça-se, pois, ao caso dos autos, na linha de raciocínio em que se pôs a sentença, no particular, *verbis*:

«10. Em comentários tecidos sobre a tese do professor João de Albuquerque Rocha, o assistente técnico por ele indicado, após afirmar que «a análise cuidadosa dos documentos existentes levam-me a concluir pela não configuração de plágio», e após registrar em tal trabalho ser «certo que existem semelhanças, algumas delas sem explicações, principalmente no que tange às referências bibliográficas, além de transcrições quase literais na descrição da metodologia», e que «evidentemente algumas conclusões são semelhantes de vez que algumas variáveis analisadas são comuns», é conclusivo quando textualmente diz: «É verdade, entretanto, que o valor intrínseco do Regimento da UFPE é mais que o mero científico do trabalho, pois inclui «aspectos de domínio do tema, poder de sistematização e elaboração pessoal, qualidade e rigor da exposição, capacidade de o candidato tomar posição própria, devendo, mais, a tese constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para o conhecimento do tema». Não diverge de tais assertivas o perito do juízo quando, igualmente tecendo comentários sobre a referida tese do professor João de Albuquerque Rocha, inicialmente diz: «Considero que a tese do professor João de Albuquerque Rocha comete, fragmentariamente, pecados de plágio, sobretudo por algumas semelhanças muito suspeitas observadas com respeito à tese da Dra. Maria Helena Benício...» e se observe que em tais comentários aquele perito, inclusive, afirma que, atendendo ensinamentos de Alexander Lindey, procedeu uma leitura dos trabalhos rivais em sua inteireza, e, como resultado de tal trabalho, chega à conclusão de que «a tese do professor João Rocha extravasa o direito de citação, que lhe é assegurado, para incorporar alguns fragmentos do trabalho anterior da Dra. Maria Helena Benício. Não é, de forma alguma, uma cópia servil do trabalho alheio, mas dele se socorre abundantemente, de uma forma que o rigor com que se elabora a produção científica não pode aprovar. Daí seu valor intrínseco ficar comprometido e sua contribuição pessoal quase desaparecer. Academicamente falando, por outro lado, a incidência, mesmo restrita, de plágio invalida qualquer tese universitária (de concurso de mestrado, de doutorado). É esta uma tradição dos grandes centros de saber».

Quase que resumindo todo o seu juízo a respeito do trabalho do professor João de Albuquerque Rocha, é taxativo o mesmo perito do juízo, quando, em resposta à pergunta 33ª da autora, afirmou: «... Enxugada a tese das gor-

duas que contém, restaria efetivamente um feixe limitado, estreito, para o trabalho real que o autor realizou como tese» e pergunta: «Uma banca de mestrado em uma Universidade exigente (Harvard, Colúmbia, Stanford) aprovaria o trabalho? «Idêntica pergunta é feita pelo professor Roberto Moreira Nunes da Silva, à qual, responde nos seguintes termos: «Entretanto, excluindo universidades alienígenas totalmente desconectadas da realidade brasileira, poderíamos eleger a Universidade de São Paulo como um dos padrões de referência contra os quais seriam julgadas as outras. Verificamos então que uma tese semelhante à do Dr. João Rocha (a tal ponto de ele ter sido acusado de plagiá-la), a da professora Maria Helena d'Aquino Benício, mesmo padecendo de alguns defeitos comuns — utilização dos dados da Sociedade Brasileira de Pediatria, extensão excessiva das referências bibliográficas, assunto já muito estudado etc. — foi aprovada na USP a nível de doutorado» — fls. 591/592.

Ora, desse ponto alto da análise da prova, no que lhe fosse permitido indagar o plágio como razão de ser da nulidade do ato, vê-se que o juiz teve por afirmativa a linguagem com que os *experts* negaram o plágio em si mesmo — ...«a análise cuidadosa dos documentos existentes levam-me a concluir pela não configuração de plágio» (AT do litisconsorte); ... «não é, de forma alguma, uma cópia servil do trabalho alheio ...», porém, «Enxugada a tese das gorduras que contém, restaria, efetivamente, um feixe limitado, estreito, para o trabalho real que o autor realizou como tese (Perito do Juízo). De fato, na esteira dessas considerações realmente negativas do plágio, findaram os ditos louvados por pronunciar verdadeiros juízos de avaliação gradual do mérito da obra examinada, ou porque «o valor intrínseco» requerido fosse mais do que «o valor científico do trabalho», no dizer do Assistente Técnico do litisconsorte, ou ainda porque, socorrida abundantemente de trabalho alheio, comprometerá o seu valor intrínseco, ao ver do Perito do Juízo.

Por isso que, a contar desses julgamentos, realmente extrapolantes da antecipada negativa da presença do vício incriminado, veja-se que a sentença, preferindo entre uma ou outra das opiniões meritórias expendidas pelos peritos, também extrapolou os lindes do controle jurisdicional a que fora chamada. Lançou-se, inegavelmente, a julgar ela própria o merecimento da tese impugnada, naquela linha do raciocínio pericial de que, enxugada a tese das gorduras que contém, restaria efetivamente um feixe limitado, estreito, para o trabalho real que o autor realizou como tese.

Contudo, convenha-se que tal enxugamento, levado a cabo para suporte do juízo sobre o feixe limitado restante ao trabalho do autor, é cometimento inadmissível no campo judiciário dada a indevida invasão da área administrativa de pesagem do maior ou menor valor do trabalho criticamente enxugado, cometimento este, deveras, da exclusiva atribuição da Comissão Examinadora.

Desse modo, a par mesmo da farta doutrina que invocou, convenha-se que, dmv, a sentença foi além do controle de legalidade permitido ao Judiciário, pois que, em suma, o de que cuidou foi reparar o critério de aferição de que se valeu a Comissão Examinadora, adotando, então, o modelo sugerido pela perícia, segundo a qual, as semelhanças de idéias e métodos, com reprodução de trechos sem referência à fonte, embora não sejam suficientes para prejudicar integralmente a tese perante os termos do Edital do concurso, contudo, a análise de sua validade frente às exigências da UFPE para o concurso de Professor Titular deve levar em conta a inteireza da originalidade e concepção do trabalho como contribuição científica e acadêmica para a área de estudos (fl. 412).

Acrescente-se mais que, ainda quando viável fosse esse aconselhamento pericial de maior rigor avaliatório da suficiência acadêmica da tese, conforme a concepção do trabalho como contribuição científica (missão na qual se demorou a sentença, socorrendo-se, eruditamente, até de Jacques Maritain, na sua «... Lógica Menor», e da «Metaphisica Generalis» de Paulus Dezza e seu modelo de silogismo), tal processo estimativo do merecimento do ato administrativo atacado, ainda assim, restaria parco, com subestima

das aferições recomendadas para a espécie. De fato, restaria atender-se previsão de distintas fases da prestação do exame pelos candidatos, conforme alude em boa lógica o recorrente, textual:

«Essas normas estão contidas no art. 116 do Regimento Geral da UFPE, que prescreve:

Art. 116. Na tese será considerado o valor intrínseco do trabalho apresentado e, subsidiariamente, as respostas do candidato às arguições formuladas.

§ 1º Na apreciação desse valor intrínseco serão considerados os aspectos discriminados no parágrafo 3º do art. 115, bem como a capacidade de o candidato tomar posição própria, devendo a tese constituir trabalho de pesquisa e reflexão pessoal, importando em real contribuição para o conhecimento do tema.

Por seu turno, o § 3º do art. 115, que discrimina os demais aspectos que deverão ser considerados pela Comissão Examinadora na apreciação do restando valor intrínseco do trabalho, determina que:

No julgamento da prova será considerado o domínio do tema, o poder de sistematização e elaboração pessoal, a qualidade e rigor da exposição.

Ora, Doutos Julgadores, pelo simples enunciado do *caput* do acima transcrito art. 116 se constata que o MM. Juiz *a quo* jamais poderia, como o fez, considerar que a obra intelectual do apelante infringiu essa norma.» — Fl. 630.

.....

«Vê-se, portanto, que o aludido art. 116 do Regimento Geral da UFPE impõe dois momentos, ou duas situações, ambos de apreciação subjetiva, que se completam, nada obstante um deva ser considerado primacialmente e o outro, subsidiariamente.

Aquele, o valor intrínseco da tese em si, e o segundo momento o desempenho do candidato frente à arguição da Comissão Examinadora.

O que não se pode pretender é se julgar a tese, à luz desse art. 116, sem se considerar as duas etapas que essa norma prescreve inseparáveis.

Daí por que o exame previsto no Edital do concurso é o de defesa de tese, e não apenas o de elaboração de uma tese.

Se assim não fosse, bastaria a entrega, pelo concorrente, dos diversos exemplares de seu trabalho à Comissão Examinadora, o qual seria valorado tão-somente pelo seu conteúdo.

Daí por que, ainda, o preliante pode até apresentar uma tese de menor brilho, mas, na sua defesa, se demonstrar brilhante, desenvolto, seguro, com perfeito domínio do tema.

E quem já presenciou uma defesa de tese em concurso público para o magistério superior sabe perfeitamente da importância do desempenho do candidato durante a arguição, frente às costumeiras mas duras provocações dos membros da Comissão Examinadora, justificadas pela necessidade de se aferir até que ponto o preliante consegue dominar os seus nervos, prosseguindo em sua exposição mesmo em meio a um ambiente hostil ao seu trabalho.» — Fls. 631/632.

Na linha de todas essas considerações, em conclusão, tenho por aplicável à espécie a incontroversa orientação deste Eg. Tribunal, quanto a gizar o campo da legalidade como inviolável fronteira do controle judicial do ato administrativo, a qual, em matéria de concurso público, se traduz a rigor de asseverações deste teor:

«Concurso público.

O critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido pelo Judiciário, incorrendo questão de legalidade do ato.

Não pode o Judiciário substituir-se à Banca Examinadora na valoração das respostas, em termos a discutir com os próprios examinadores. Isso conduziria, se admissível, a abrir-se exceção, inclusive quanto à forma de julgar certas questões de prova, tão-somente em relação ao candidato-autor, o que constituiria quebra do princípio da igualdade de todos os candidatos. Embargos recebidos.» — EAC 30.675, Rel.: Min. José Néri, T. Pleno, 29-10-74.

«Administrativo.

Concurso público. Inocorrência de ilegalidade.

Alegação única de que, na correção de provas e atribuição de notas pela Banca Examinadora, os critérios adotados afastam-se da melhor e mais moderna orientação médica. Impossibilidade de o Poder Judiciário discuti-los.» — REO 79.129, 3ª Turma, Rel.: Min. Adhemar Raimundo, DJ de 10-3-83.

«Administrativo. Concurso público. Critério de correção de provas.

1. O critério de correção de provas e atribuição de notas não é suscetível de impugnação perante o Judiciário.

2. Precedentes do TFR.

3. Apelo improvido.» — AMS 90.738, Rel.: Ministro Washington Bolívar, 1ª Turma, DJ de 15-5-84.

«Administrativo. Concurso público. Extensão do controle judicial.

I — O controle judicial, cuidando-se de concurso público, fica restrito à verificação da legalidade do processo seletivo, não alcançando os critérios de aferição adotados pela Banca Examinadora.

Precedentes do Tribunal.

II — Apelo desprovido.» — AMS 93.668, Rel.: Min. Costa Leite, 1ª Turma, DJ de 19-12-85.

Pelo exposto, no que pese ao esforçado conteúdo dogmático da sentença, dou provimento às apelações, para reformá-la e julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência. Finalmente, julgo prejudicado o agravo apenso (Ag 52.746).

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Com razão, no meu sentir, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República. Inocorreu a comentada ilegalidade.

Através da r. sentença, *data venia*, seu ilustre prolator assumiu as funções da banca examinadora do concurso, analisando não só o próprio mérito do trabalho apresentado pelo candidato, ora apelante, como também o julgamento científico que fora emitido pela comissão universitária incumbida de apreciar as causas.

Em suma, como bem salientou o citado parecerista, S. Exa., o digno e culto magistrado extrapou aos limites do Judiciário ao proceder exame dos critérios técnico-científicos obedecidos em casos tais, no âmbito universitário para apreciação do trabalho acadêmico proposto.

A prevalecer o entendimento esposado, de nada mais valeriam os veredictos científicos produzidos pelas bancas examinadoras legitimamente constituídas pelos renomados cientistas integrantes dos corpos docentes das Universidades, pois bastaria o descontentamento de um candidato não satisfeito com o resultado do concurso para que, aciona-

do o Judiciário, este se prestasse a substituir a própria banca examinadora, como órgão superior de avaliação científica.

Inquestionavelmente, caberia ao Judiciário o exame das formalidades legais exigidas na realização do concurso, que não satisfeitas ou não cumpridas poderiam permitir sua anulação, contudo defeso é ao Judiciário o exame dos critérios adotados pela banca legalmente constituída para avaliação do mérito científico dos trabalhos apresentados pelos candidatos, pretendendo com essa esquisita inversão substituir o juízo de valor formado pelos membros da competente comissão examinadora, pelo seu próprio critério de apreciação.

É o meu voto.

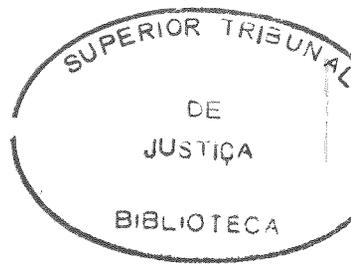
EXTRATO DA MINUTA

AC nº 124.940 — PE — (Reg. nº 9.563.490) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Aptes.: João de Albuquerque Rocha e Universidade Federal de Pernambuco. Apda.: Magda Maria Sales Carneiro Sampaio.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação; prejudicado o Ag nº 52.746. Sustentação oral dos Drs. Fernando Eduardo de M. Ferreira (apte.) e Roberto Rosas (apda.). (Em 22-9-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.





APELAÇÃO CÍVEL Nº 125.172 — RS
(Registro nº 6.007.252)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Therezinha da Silva Maya e outro*

Remetente: *Juiz Federal da 10ª Vara/RS*

Advs.: *Drs. Antonio Carlos de Araújo Chagas e outros*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Pensão especial. Lei nº 6.782, de 1980. Filha.

A Lei nº 6.782, de 1980, não criou pensão nova ou tipo diverso daquela prevista no art. 242, da Lei nº 1.711, de 1952, pois seu propósito foi de estender às doenças profissionais e às especificadas em lei o conceito de acidente em serviço, para os fins da regra estatutária.

In casu, a viúva já recebe pensão nos moldes da legislação pertinente (Lei nº 3.738, de 1960), descabendo a alteração cogitada, principalmente com o objetivo de alcançar a filha, em sucessão.

Recurso provido. Ação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo da União Federal, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Dr. Jirair Aram Megue-rian, eminente Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, assim relatou a espécie:

«Theresinha da Silva Maya e sa mãe Lyra da Silva Maya, na qualidade de assistente, devidamente qualificadas na inicial, ingressam com a presente

ação ordinária para que seja assegurado à primeira autora, após o falecimento da segunda, o recebimento de pensão temporária ou especial na qualidade de filha do ex-funcionário público federal Delamar Dias Maya. Referem-se, como respaldo legal, à Lei nº 3.373/58 ou Lei nº 6.782/80.

Fundamentam tal pedido, após historiarem todos os percalços que antecederam a concessão do pensionamento à segunda autora, o fato de ter sempre vivido a primeira às expensas da segunda, eis que jamais pode trabalhar em razão de ser portadora «de débil sistema nervoso» (sic). Assim hoje já com 54 anos de idade, no caso de vir a mãe a falecer (está com 85 anos), ficará aquela totalmente desamparada, já que a pensão recebida por esta é percebida na qualidade de viúva de funcionário público federal.

Aduzem que chegaram a postular administrativamente (proc. Adm. nº 1.080-016.425/82-99) a habilitação do pensionamento da primeira autora sob a modalidade de pensão provisória, o que, caso concedido, implicaria numa redução imediata da pensão recebida pela segunda autora, fato que não teria maior relevância uma vez que têm vida em comum, tipo «caixa única» no que se relaciona a finanças. Todavia, tal pedido foi indeferido sob fundamento de que o pai e marido das autoras não era contribuinte do Montepio Civil.

Asseverando ser legal e justa a pretensão indeferida pela administração, citando vários dispositivos legais pertinentes e decisão do Colendo Tribunal de Contas da União a dar guarida à mesma, culminam por requerer que seja julgada procedente a ação, assim como a requisição dos processos administrativos nºs 1.019-81.173/73 e 1.080-016.425/82-99 para fins probatórios.

Acostam ainda à inicial os documentos de fls. 9/21.

Pelo despacho de fl. 24 foi determinada a citação da ré e a expedição de ofício requisitando os procedimentos administrativos requeridos. Estes vieram aos autos conforme se vê às fls. 42/165 e 179/188, enquanto aquela, regularmente citada, apresentou contestação de fls. 29/33, acompanhada dos documentos de fls. 34/39.

Em sua contestação afirma a ré não encontrar a pretensão das autoras amparo nos diplomas legais invocados, nem em qualquer outra norma pertinente. Argumenta que no período compreendido entre a admissão e o óbito do servidor falecido, não era este segurado de qualquer plano de previdência e seguros, o que inviabiliza definitivamente a pretensão deduzida, face exigência da Lei nº 3.373/58.

Em suma, que a filha solteira, por falta de prévia pensão previdenciária, não faz jus tanto ao benefício de que trata a Lei nº 6.782/80, como não assiste direito à mesma de haver, no futuro, a pensão da Lei nº 3.738/60, atualmente recebida por sua genitora (segunda autora), eis que se trata de direito personalíssimo da viúva de ex-funcionário, consequentemente intransferível; pede, assim, seja julgada totalmente improcedente a ação, com a condenação das autoras aos efeitos da sucumbência».

Sentenciando, julgou procedente a ação para declarar que Therezinha da Silva Maya é titular do direito de pensão, nos termos da Lei nº 6.782, de 1980, em razão do falecimento do seu pai, servidor público, pensão que passará a ser paga à referida Autora, após o falecimento de sua genitora Lyra da Silva Maya. E, a seguir acrescentou:

«Caso esta venha a falecer antes do trânsito em julgado desta sentença e seja sustado o pagamento da citada pensão, a primeira autora Therezinha da Silva Maya perceberá os atrasados desde a data de sustação do pagamento devidamente atualizados pela variação da OTN, se o pagamento ocorrer após 28 de fevereiro de 1987, acrescidos de juros de 6% ao ano».

Condenou a União Federal a ressarcir as custas adiantadas, na forma que indica, além de honorários advocatícios de 15% sobre o valor dado à causa.

Inconformada, apelou a Ré, com as razões de fls. 205/207, em críticas ao v. decisorio.

Contra-razões às fls. 212/217.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da decisão para que se conceda a pensão pleiteada com base no Decreto nº 5.128, de 1926, e não com fulcro na Lei nº 6.782, de 1980.

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Consta dos autos que o funcionário Delamar Dias Maya, Fiscal de Imposto de Consumo, faleceu em 7-12-34, acometido de «tuberculose pulmonar e meningite tuberculosa», consoante registra o atestado de fl. 12.

Também se extrai do processo que a viúva, Lyra da Silva Maya, vem recebendo a pensão prevista na Lei nº 3.738, de 1960, que assim dispõe:

«Art. 1º É assegurada pensão especial, na base do vencimento mensal do marido, à viúva de militar ou funcionário civil atacado de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia ou cardiopatia grave».

Como visto, a pensão vem sendo paga nos exatos termos da legislação de regência. A ação tem o objetivo de ver declarado o direito de a filha suceder à mãe, na percepção do benefício, invocando-se, para tanto, a aplicação da Lei nº 3.373, de 1958, ou da Lei nº 6.782, de 1980.

O digno sentenciante recusou a interpretação da Ré sobre não conter a Lei nº 6.782, de 1980, a instituição de novo benefício, ao entender que o *caput* do art. 1º, desse diploma, ao fazer remissão ao art. 242, da Lei nº 1.711, de 1952, estava admitindo uma outra vantagem.

Com a devida vênia, já me pronunciei em sentido contrário, vale dizer, no sentido de que a Lei nº 6.782, de 1980, não criou benefício novo, pois seu propósito foi, e é, estabelecer equiparação conceitual. É o que se extrai do voto que proferi na AC nº 113.787-RS, *verbis*:

«O texto questionado nestes autos (Lei nº 6.782, de 1980, art. 1º, está assim redigido:

«Art. 1º A doença profissional e as especificadas em lei ficam equiparadas ao acidente em serviço para efeito da pensão especial de que trata o art. 242, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952».

Como visto, não houve qualquer inovação em termos de requisitos para a concessão do benefício, pois a norma cogitou de incluir no conceito de acidente em serviço, aquelas doenças, para fins da pensão especial de que cuida o art. 242, da Lei nº 1.711, de 1952».

É certo que o art. 1º, da Lei nº 6.782, de 1980, estabeleceu a equiparação para as futuras pensões e o seu parágrafo único dirige-se às pensões já concedidas. Ambas disposições, porém, não se afastam do texto básico que é o art. 242, do EFPCV. Assim, descabe falar em benefícios diversos.

No que tange ao sistema da Lei nº 3.373, de 1958, prevendo ele a filiação obrigatória a instituição previdenciária (art. 1º), forçoso é reconhecer inaplicável à hipótese destes autos, à míngua de preenchimento dessa condição.

Inferre-se desses elementos que a viúva do falecido servidor vem recebendo a pensão que lhe é devida, na forma do ordenamento pertinente, ou seja, a Lei nº 3.738, de 1960, e, como tal, de caráter personalíssimo e intransferível, pois destinada somente àquela.

A ação, procurando dar conotação diversa e, em conseqüência, sujeitar o caso a outra regra legislativa, tem o objetivo, apenas, de poder assegurar a transferência à filha, por morte de sua genitora, o que não seria possível pela Lei nº 3.738. Isso, porém, não é cabível.

Tenho, ainda, como inadmissível a possibilidade de declarar o direito à pensão antes da oportunidade do seu nascimento. Como se sabe, mesmo perante o regime da Lei nº 3.373, à filha são exigidas certas condições que devem ser atendidas no momento oportuno, circunstância que afasta, de pronto, a declaração antecipada, como ocorreu no particular.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo da União Federal para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, condenando as Autoras nas custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor dado à causa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 125.172 — RS — (Reg. nº 6.007.252) — Rel.: Ministro William Patterson. Apte.: União Federal. Apdos.: Therezinha da Silva Maya e outro. Remte.: Juiz Federal da 10ª Vara/RS. Advs.: Drs. Antonio Carlos de Araújo Chagas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo da União Federal, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (Em 24-5-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 125.293 — AL
(Registro nº 9.569.740)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Apelantes: *S/A Leão Irmãos — Açúcar e Alcool, IAPAS/BNH*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Gerson Lopes de Oliveira e outros, Maria do Carmo Cardoso Rodrigues Prado, José Tenório Ferro e outro*

EMENTA: Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-63. Lei nº 5.889, de 8-6-73. Lei nº 5.107/66.

I — Cabe ao IAPAS, em nome do BNH, proceder aos levantamentos dos débitos devidos ao FGTS, bem assim fazer as cobranças administrativas e judiciais. Lei nº 5.107/66, art. 20. Destarte, na ação anulatória de lançamentos de contribuições do FGTS, é o IAPAS que deve figurar no pólo passivo da ação.

II — Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

III — 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, negar provimento aos recursos, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 9 de setembro de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: S/A Leão Irmãos — Açúcar e Alcool ajuizou «ação anulatória de levantamento de débito» contra o IAPAS e o BNH, para se exonerar do pagamento de importância correspondente a contribuições para o FGTS. Alegou a autora que os réus, sem maiores indagações, utilizando as denominadas RAIS (Relação Anual de Informações), passaram a considerar todos os seus empregados cujos nomes constavam dessas relações, como se vinculados fossem ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e a notificou pra o recolhimento de contribuições no valor de Cr\$ 53.534.017. Sustentou que, nos termos do art. 2º da Lei nº 5.107/66 e de conformidade com jurisprudência já pacificada, os trabalhadores rurais constantes da referida relação não são filiados ao FGTS.

A sentença de fls. 131/139, lavrada pelo Juiz Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, julgou a autora, «em parte, carecedora de ação em relação ao réu BNH, à míngua de legitimidade passiva *ad causam*», e, em consequência, condenou-a no pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atribuído à causa. No que tange ao mérito, julgou procedente a ação em relação ao IAPAS, para declarar a nulidade das NRD n.ºs 0.000.809-50 e 0.000.808-70 (fls. 6/7) e condenou o IAPAS a indenizar as despesas processuais realizadas pela autora, inclusive a perícia, e a pagar honorários advocatícios de 10% do valor atribuído à causa, com as correções de lei, conforme for apurado em liquidação. Argumentou que o BNH é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação processual, porque, não obstante ser o gestor do FGTS, cabe ao INPS, como seu representante, na forma do art. 20 da Lei nº 5.107/66, proceder aos levantamentos dos débitos devidos ao Fundo e efetivar as cobranças administrativas e judiciais. No mérito, disse que, de acordo com a doutrina e jurisprudência já pacificada, os trabalhadores rurais não estão sujeitos ao recolhimento de parcelas devidas ao FGTS, por não estarem vinculados a esse Fundo. Salientou que uma empresa agroindustrial pode ter em seus quadros trabalhadores submetidos ao regime da CLT e ao regime do Estatuto do Trabalhador Rural, pelo que é falsa a argumentação do BNH de que os empregados da autora deveriam, obrigatoriamente, estar regidos por apenas um desses regimes. Além disso, como se observa do laudo pericial, notadamente nas respostas aos 4º, 5º, 6º e 7º quesitos, a autora efetuou o depósito das parcelas devidas ao FGTS sobre o montante das folhas de pagamento aos seus empregados urbanos. O levantamento efetuado pelo réu englobou, no entanto, os empregados urbanos e rurais, muito embora as RAIS trouxessem dados identificadores do regime jurídico de cada um. Concluiu, por isso, a sentença que não há elementos seguros que justifiquem o levantamento do débito exigido pela autora.

Apela, então, a autora (fls. 140/143), manifestando seu inconformismo contra a parte da sentença que declarou o BNH parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação e condenou a apelante, em consequência, no pagamento de verba honorária, por entender que se aplica ao caso o art. 46, I, do CPC, pois, na execução fiscal, o IAPAS e o BNH agiram conjuntamente, objetivando um interesse comum. Tendo em vista a edição do DL nº 2.291, de 21-11-86, que extinguiu o BNH, requer o apelante, de acordo com a norma contida no art. 1º, § 1º, a citação da Caixa Econômica Federal, sucessora da empresa pública extinta, para que «na forma estabelecida pelo artigo 41, do Código de P. Civil, venha se manifestar sobre a substituição ora requerida, na forma da lei».

Apela, de igual modo, o IAPAS (fls. 144/146), postulando a reforma da r. sentença, sobre o fundamento de que o levantamento de débito que fez, através da emissão da Notificação para Recolhimento de Depósitos — NRD, está correto, em face das divergências existentes entre os elementos constantes da RAIS e os lançamentos consignados nas guias de recolhimento de depósitos para o FGTS. Ressalta que não foram trazidos aos autos os comprovantes dos depósitos para o FGTS concernentes aos empregados do setor urbano da empresa, não obstante haja o perito oficial se referido a eles, quando assevera que os depósitos foram efetuados regularmente.

Com as respostas de fls. 148/152 e 153/154, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Para excluir da li-de o BNH, argumentou assim a sentença:

«1. É consabido que o Banco Nacional de Habitação — BNH é o gestor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS, enquanto o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS é o representante judicial deste.

2. Resulta daí que compete, exclusivamente, a este último, na forma do art. 20 da Lei nº 5.107/66, proceder, em nome daquele, aos levantamentos dos débitos acaso devidos ao Fundo, bem como às respectivas cobranças administrativas e judiciais.

3. Assim, tendo sido o IAPAS que procedera à autuação de que resulta a NRD emitida pelo BNH, como se observa das respostas ao 5º quesito e a formulação do 7º quesito pelo Réu/IAPAS (fl. 110), resulta a ilegitimidade do Réu/BNH para figurar no pólo passivo da relação processual.»

..... (fl. 135).

Está correta a sentença, no ponto, por isso que cabe ao IAPAS, na forma da Lei, art. 20 da Lei nº 5.107/66, em nome do BNH, proceder aos levantamentos dos débitos devidos ao FGTS, bem assim fazer as cobranças administrativas e judiciais. Ao IAPAS, portanto, é que cabe figurar, em casos como este, no pólo passivo da ação.

Nego provimento ao apelo da autora.

Examino o recurso do IAPAS.

Na AC nº 94.088-SP, de que fui relator, decidi a Egrégia 4ª Turma:

«Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-63. Lei 5.889, de 8-6-73. Lei 5.107/66.

I — Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei 5.107, de 13-9-66).

II — Recurso provido.» (DJ 4-9-86).

Para boa compreensão do meu pensamento, faço anexar cópia do voto que proferi por ocasião do julgamento da citada AC nº 94.088 — SP. Esclareço que, com base no voto vencido do Sr. Ministro Armando Rollemberg, o IAPAS ofereceu embargos infringentes, que a Egrégia 2ª Seção rejeitou (EAC 94.088-SP, Relator, Ministro Miguel Ferrante, em 10-2-1987).

Esta Egrégia 6ª Turma, na AC nº 111.738-MG, por mim relatada, não discrepou do entendimento acima exposto, em acórdão que porta a seguinte ementa:

«Processual Civil. Ação Anulatória de Débito. Depósito prévio. Tributário. Previdenciário. Contribuições. Carvoeiros. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei 4.214, de 2-3-63. Lei 5.889, de 8-6-73.

I — O depósito prévio inscrito no art. 38 da Lei 6.830, de 1980, não é condição de ingresso em Juízo através da ação anulatória de débito fiscal. A norma do citado art. 38, da Lei 6.830/80, deve ser interpretada no sentido de que o depósito ali referido é exigível apenas para impedir o ajuizamento da execução fiscal.

II — Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR, situação que não se modificou com a Lei 5.889/73, que revogou o ETR.

III — Recurso desprovido.» (DJ 18-9-86).

De ser improvido, destarte, o apelo do IAPAS.

Do exposto, nego provimento aos recursos.

ANEXO

Apelação Cível nº 94.088 — SP

«Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador Rural, Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-1963. Lei nº 5.889, de 8-6-73, Lei nº 5.107, de 1966.

I — Tributário. FGTS. Trabalhador Rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

II — Recurso provido.»

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de cobrança de FGTS relativamente a trabalhadores do setor agrícola da apelante, Usinas Brasileiras de Açúcar S.A. A sentença julgou improcedente os embargos do devedor. Argumentou:

«A questão resume-se na apreciação do previsto pela Lei nº 5.107/66, para a qual aquele que é considerado empregador industrial, tanto no setor agrícola como no de transformação da matéria-prima, sendo, pois, seus empregados assim considerados.

Desta forma, não importa a conceituação de *safristas*, para descaracterizar o débito fiscal, uma vez que mesmo nessas condições estão eles enquadrados como empregados, como aliás é entendimento da Justiça Obreira, posto que já decidiu ser industriários aqueles trabalhadores de empresas industriais e que prestam serviços no campo, aludindo de forma específica às usinas canavieiras, conforme AC 267, da 1ª turma do TST, datada de 2-4-74.

Aliás, também o Eg. STF conceitua como *industriários* mencionados trabalhadores, conforme se observa da Súmula 196 daquele Pretório, considerando os denominados *safristas* como de fato abrangidos pela Lei 5.107/66, não

restando outra alternativa, em termos jurídicos, a não ser a de enquadrá-los nessa categoria, que, por consequência, lhes proporciona os benefícios do FGTS.» (fls. 116/117).

Apreciando o apelo da embargante, o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator, a ela negou provimento, com o seguinte voto:

«A Lei 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nada dispôs, de especial, quanto à aplicação das normas respectivas aos trabalhadores rurais.

A Lei 5.889/73, entretanto, no seu art. 20, estabeleceu que lei especial disporia a respeito com o que expresso ficou não estar dito trabalhador abrangido no regime referido.

Ao dispor por tal forma, porém, o diploma legal mencionado definiu o empregado rural como a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (art. 2º), e, logo depois, deixou expresso ser empregador rural, para os efeitos que previa, a pessoa física ou jurídica que explorasse atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3º).

Da conjugação de tais normas conclui-se que ao regime do FGTS não estão sujeitos os trabalhadores rurais, como tal se entendendo os que prestam serviços de natureza rural a empregador que explore atividade agroeconômica, do que decorre estarem abrangidos pelo regime do FGTS os que prestam serviços, mesmo de natureza rural, a empresas industriais, como as Usinas de açúcar.

Tendo em conta tal orientação, o meu voto é negando provimento à apelação.»

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Abrindo o debate, anoto que o período mais remoto da dívida é dezembro/67 (execução fiscal, fls. 4/5).

Na AC n.º 70.075-MG, de que fui relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Tributário. Contribuições previdenciárias. Decadência. Prescrição. Carvoeiros. Relação de Emprego. Segurado obrigatório.

I — Contribuição previdenciária é tributo, sujeita, como tal, às regras legais atinentes ao regime tributário, inclusive quanto aos prazos de decadência e de prescrição do CTN, artigos 173 e 174.

II — O crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade, formalizando-se em auto de infração ou notificação fiscal (Decreto n.º 70.235/72, art. 9º). Os recursos, na esfera administrativa, são forma de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, constituído, então, já se encontra este quando da interposição dos recursos administrativos. Destarte, enquanto os recursos administrativos estão pendentes, não há mais que se falar em decadência (CTN, art. 173). Essa causa de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal é, também, causa de suspensão da prescrição, em obséquio ao princípio da «actio nata», que comanda o instituto da prescrição.

III — Inocorrência, no caso, de prescrição.

IV — Pequeno empreiteiro — carvoeiro da Cia. Sid. Belgo Mineira — sem capacidade econômica para arcar com os riscos do negócio, que trabalha-

va na fabricação de carvão em terrenos e matas da companhia siderúrgica, era, em realidade, empregado desta. E não podia ser considerado trabalhador rural, porque exercia o seu trabalho numa atividade essencial da indústria. Sua sujeição, portanto, ao regime previdenciário.

V — Recurso provido.» (DJ 4-6-81).

No caso, importa considerar o que está posto no item IV (quatro) da ementa acima transcrita.

O lançamento objeto da ação que deu origem à AC nº 70.075-MG, cujo acórdão foi acima transcrito, dizia respeito ao período setembro/1960 a dezembro/1961.

Isto é importante anotar.

Disse eu, no voto que proferi por ocasião do julgamento, no ponto que interessa, aqui:

«No mérito, o lançamento diz respeito ao período setembro de 1960 a dezembro de 1961, incidente sobre pagamentos feitos pela autora, ora apelada, a *carvoeiros*, pessoas que trabalhavam na produção de carvão vegetal e que a apelada denomina «*empreiteiros*», ou que seriam, no entendimento desta, trabalhadores rurais.

O laudo pericial, às fls. 112/118, esclarece que «os pagamentos relacionados pela fiscalização em seu relatório não se referem a pagamento de salários a trabalhadores mas a pagamento a *empreiteiros de carvão*», que recebiam «um pagamento normal pelo fornecimento de carvão e ainda prêmios de produção e outros valores pela construção de barracos, conservação de estradas, construções de fornos e serviços correlatos» (fl. 113).

Acontece que tais serviços — produção de carvão — são essenciais à atividade da autora-apelada, uma siderúrgica que utiliza, em seus altos fornos, o carvão vegetal.

Isto é fora de dúvida.

Os *carvoeiros*, por outro lado, que a apelada denomina de *empreiteiros*, são pessoas humildes, que habitam o interior de Minas, comumente na região onde o carvão vegetal é produzido, e que, na realidade, não tinham condições de assumir empreitada nenhuma. Sob esse nome, tenta-se mascarar uma realidade.

É o que deflui da prova pericial.

Os «*empreiteiros*» recebiam os pagamentos mensalmente (fl. 116); não havia contrato escrito de empreitada (fl. 117), certo que os pagamentos eram registrados «em livro especial denominado Diário dos *Carvoeiros*» (fl. 116). Esses pagamentos, outrossim, feitos mensalmente, caracterizavam: produção de carvão, reparo de cercas, reparação de benfeitorias, transporte de carvão, construções de fornos, prêmios de produção de carvão (fl. 116). De outro lado, «a madeira empregada na fabricação de carvão pertence, ou melhor, é plantada em terrenos de propriedade da Autora. A autora também adquire matas em pé de propriedade de terceiros...» (fl. 116).

A prova pericial é expressa no afirmar que os *carvoeiros*, que a apelada denomina «*empreiteiros*», «são pessoas sem condição econômico-financeira». É verdade que acrescenta: «mas que podem trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a Autora de apresentar um número de metros cúbicos de carvão, de acordo com as necessidades a que se propôs junto à Autora». (Fl. 117). Esta afirmativa, todavia, reforça o entendimento de que não passavam esses *carvoeiros* de miseráveis indivíduos, autênticos cumpridores de ordens da apelada, assim autênticos empregados desta, «*empreiteiros*», que, por não poderem contratar empregados a fim de atenderem as necessidades da autora, podiam «trabalhar com a

ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a Autora...» (fl. 117). Essa «ajuda de companheiros», aliás, decorre de mera presunção do perito, já que este não aponta o dado objetivo em que se fundamentou para fazer a afirmativa. O que deflui da prova pericial é, em verdade, o seguinte: o que os miseráveis carvoeiros empreitavam nada mais era senão a sua força de trabalho.

Os *carvoeiros*, empreiteiros de uma única coisa que dispunham, a sua força de trabalho, assim os seus braços e o seu suor, não passavam, em realidade, de empregados da apelada. É que o contrato de trabalho, todos sabemos, é um contrato realidade.

Ademais, os Tribunais têm decidido, num rol de casos, iterativamente, que os pequenos empreiteiros, pessoas sem condição econômica de assumirem os riscos de um contrato de empreitada, não passam de simples empregados, ou empreiteiro-operário (CLT, art. 652, III).

V

De outro lado, o entendimento no sentido de que os carvoeiros da apelada seriam trabalhadores rurais, assim excluídos do regime da Previdência Social, não encontra amparo na legislação vigente à época da prestação do trabalho (1.960/1.961).

É que essa prestação de trabalho dava-se numa atividade essencial da apelada. Esta, conforme já falamos, é uma siderúrgica, que utiliza, nos seus altos fornos, o carvão vegetal. Sem esse carvão a atividade industrial da apelada não prosperaria. Observada, então, a finalidade do trabalho desenvolvido pelos carvoeiros, devem os mesmos ser enquadrados, para fins previdenciários, como industriários, ou empregados de uma indústria, assim segurados obrigatórios do INPS.

Tenho como acertada a exegese posta nas razões de recurso, às fls. 149/150, nestes termos:

.....
 «Face ao período a que se refere o levantamento do débito, ora *sub judice*, o exame da questão não pode ser feito senão à luz das disposições legais, aplicáveis à espécie, na época do fato gerador do débito. A LOPS, Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua primitiva redação dispunha que seriam excluídos do seu âmbito os trabalhadores rurais, assim entendidos, os que cultivam a terra.

Claro está que a fabricação de carvão (atividade típica do carvoeiro), embora exercida em área rural e mediante processo rudimentar, não era e não é atividade caracterizada como rural, para fins previdenciários, filiando-se, portanto, à época, ao ex-IAPI, estando neste caso, não só o «carvoeiro», como o oleiro, o carpinteiro, o electricista, o tratorista, etc.

Não obstante, o artigo 3º do Regulamento da LOPS (Decreto nº 48.959-A de 1960), em fazendo menção ao art. 7º, letra *b*, da CLT, dava preponderância à finalidade das operações da empresa. Seja por uma ou outra interpretação, porém, não podem ser considerados trabalhadores rurais os relacionados no levantamento do débito, cuja anulação é objeto desta ação, a uma porque não cultivam a terra e a duas porque, notoriamente, a apelada Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira, como o próprio nome indica, sem dúvida é uma *indústria de siderurgia*, e, como tal, abrangida pelo regime da LOPS.

Em suma, a própria lei a ser aplicada (artigo 3º da LOPS) se encarregou de aclarar o texto por exclusão, pois, somente os trabalhadores rurais que cultivassem a terra não seriam filiados ao Instituto de Previdência. Os outros,

porém, seriam, obviamente, como os carvoeiros. Frise-se que a filiação à Previdência Social decorre *automaticamente* do exercício da *atividade remunerada*, compreendida, no regime da LOPS (art. 6º da Lei nº 3.807/60). Portanto, qualquer arazoado, decisão, pareceres, jurisprudência com fulcro em leis ou decretos posteriores, tratando da espécie, como pretende a apelada, são despiciendos e de nenhum valor para o desate justo da questão.

Finalmente, com respeito à dúvida levantada pela apelada (não examinada e apreciada pelo MM. Juiz *a quo*, se os carvoeiros seriam empregados ou empreiteiros, há que se ver que os ditos carvoeiros tinham vínculo empregatício com a apelada, caracterizados que são os requisitos do art. 3º da CLT. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho, devidamente formalizados, mesmo porque qualquer avença no contrato de empreitada entre as partes firmada, escrita ou verbalmente, será nula de pleno direito, desde que venha desvirtuada as normas tutelares trabalhistas (artigo 9º da CLT).

Nas respostas aos quesitos constantes do laudo de fls. 112/118, transluz-se a condição de autênticos empregados. De fato, é difícil conceber os cognominados carvoeiros como empreiteiros se seus serviços são dirigidos, fiscalizados e remunerados pela empresa, a apelada, seja na produção do carvão, produzido este em terras da própria Companhia, ou em «matos em pé», adquiridos de terceiros, além de que todo o material e mão-de-obra, como seja: construção de fornos, barracas e limpeza de estradas, linhas etc., são fornecidos e pagos pela Companhia.»

Nas AACC nºs 72.761-MG e 76.590-MG, relatadas pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg, não foi outro o entendimento desta Egrégia 4ª Turma.

Referido entendimento, todavia, não se aplica neste caso.

É que, aqui, o período mais remoto da dívida é dezembro de 1967.

Na AC nº 56.495-RS, por mim relatada, sustentei que, com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, *b*, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante do empregador. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades industriais, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR. Invoquei, para assim decidir, o precedente do nosso Tribunal Pleno, havido no MS nº 62.743-DF, de que foi relator o Sr. Ministro Henocho Reis (Tribunal Pleno, em 26-6-68), convido esclarecer, aliás, que o acórdão proferido no citado MS 62.743-SP, de que foi relator o Sr. Ministro Henocho Reis, foi confirmado pela Corte Suprema, no RE nº 74.347-DF, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz (RTJ, 87/479).

O acórdão da citada AC nº 56.495-RS, de que fui relator, ficou assim ementado:

«Tributário. Previdenciário. Trabalhador rural. Contribuições. Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 2-3-1963, artigos 2º, 3º, § 1º.

I — Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, artigos 2º, 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no artigo 7º, *b*, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR.

II — Precedente do TFR: MS nº 62.743-DF. Tribunal Pleno, em 27-6-1968, Relator Sr. Ministro Henocho Reis.

III — Recurso desprovido.» (DJ 3-6-82).

O Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214, de 1963, foi, é verdade, expressamente revogado pela Lei nº 5.889, de 8-6-73. Esta última, Lei nº 5.889, de 1973, regula algumas situações do trabalho rural e manda aplicar as normas da CLT às relações de trabalho rural naquilo que com ela, Lei nº 5.889/73, não colidirem (Lei nº 5.889/73, artigos 1º e 21). Os trabalhadores do campo foram, em consequência, praticamente equiparados aos trabalhadores urbanos. Não obstante, aos trabalhadores rurais não se estendeu o FGTS (v. Circular nº 3/78, de 27-3-78, PRÉ-IAPAS/21.002.0).

Destarte, é de ser provido o apelo.

Em caso igual, AC nº 84.755-MG, por mim relatada, assim decidimos:

«Processual Civil. Recurso. Sucumbência. Tributário. FGTS. Carvoeiros. Trabalhador Rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-1963, Lei nº 5.889, de 8-6-73. FGTS. Lançamento. Nomes dos Empregados. Lei nº 5.107/66, art. 2º, parágrafo único.

I — Processual Civil. Recurso. Sucumbência: Só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe, no todo ou em parte (CPC, art. 499). Se a parte não sucumbiu, não pode recorrer, nem é possível recurso que visa, apenas, a modificar os fundamentos da sentença.

II — Tributário. FGTS. Trabalhador Rural: Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, *b*, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

III — Tratando-se de FGTS, o lançamento deve mencionar os nomes dos empregados (Lei 5.107, de 1966, artigo 2º, parágrafo único).

IV — Recurso da autora não conhecido. Desprovimento dos recursos do IAPAS e do BNH (DJ 27-10-83).

Diante do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator, dou provimento ao apelo, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 125.293 — AL — (Reg. nº 9.569.740) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Aptes.: S/A Leão Irmãos — Açúcar e Alcool, IAPAS/BNH. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Gerson Lopes de Oliveira e outros, Maria do Carmo Cardoso Rodrigues Prado, José Tenório Ferro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos. 9-9-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.387 — MG
(Registro nº 9.649.476)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Apelante: *CIBRAP-Cia. Brasileira de Papéis*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. José Carlos de Souza*

EMENTA: Execução fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69. Requisitos do art. 458 do CPC.

Certidão de dívida ativa que reúne os requisitos do art. 202 e parágrafo único do Código Tributário Nacional.

O encargo de 20%, do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substituí, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios. TFR-Súmula 168.

Decisão singular que contém os requisitos essenciais do art. 458 do Código de Processo Civil.

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: CIBRAP — Cia. Brasileira de Papéis, qualificada nos autos, opôs, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova-MG, embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, alegando, em resumo: que a certidão de dívida ativa que instrui a execução não

é documento hábil, uma vez que não possui os requisitos de liquidez e certeza; que é totalmente descabida a pretensão da embargada em cobrar o acréscimo de 20% do DL 1025/69, eis que inconstitucional.

Os embargos foram rejeitados, à fl. 10.

Inconformada, apela a sucumbente, com as razões de fls. 15/17 (lê:).

Contra-razões, à fl. 19.

Às fls. 27/28, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do apelo.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE (Relator): A apelante não contestou o débito.

Limita-se a argüir a imprestabilidade da Certidão de Dívida Ativa como título hábil para embasar a execução por falta de requisitos legais, bem assim, o descabimento da cobrança do acréscimo do Decreto-Lei 1.025, de 1969.

Os embargos foram rejeitados pela sentença monocrática que a apelante pretende carente de motivação, e, portanto, nula.

Ora, a esse enfoque, tem-se, em primeiro lugar, o caráter nitidamente protelatório dos embargos.

Deveras, de um lado, ao contrário do alegado, não há reparo a fazer à validade formal do título exequendo (fl. 3 dos autos em apenso) que reúne os requisitos do artigo 202 e parágrafo único do Código Tributário Nacional. De outra parte, o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais aparelhadas pela União e substitui, nos embargos, a cobrança do devedor em honorários advocatícios, a teor da jurisprudência da Corte, consubstanciada na Súmula nº 168.

Por derradeiro, a decisão singular contém os requisitos essenciais do art. 458 do CPC.

Na realidade, traz o relatório os fundamentos, abordando o ponto relevante de defesa (nulidade do título executório) e o dispositivo. A circunstância de ter sido lançada em termos sucintos não a desmerece, nem pode ser invocada como motivo de nulidade. A jurisprudência é forte no sentido de que o fato da fundamentação sucinta do decisório não acarreta a sua nulidade (v.g. STF — 2ª Turma, RE 88.439-4-SP; RTFR 125/165, 125/249; RT 594/109; RJTJESP 61/42 e 62/184, *apud* Theotônio Negrão, «Cód. Proc. Civil...», 17ª ed., pág. 204).

A essas considerações, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 130.387 — MG — (Reg. nº 9.649.476) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Apte.: Cibrap-Cia. Brasileira de Papéis. Apda.: União Federal. Adv.: José Carlos de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 12-9-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.825 — SP
(Registro nº 7.441.193)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Rubens Fonseca*

Advogados: *Drs. Iara Aparecida Ruco Pinheiro, Ricardo Estelles e outro*

EMENTA: Previdência Social e Direito Processual Civil.

Benefícios previdenciários: aposentadoria.

Ação de reajustamento.

Alegada ausência de pressupostos processuais e pretensão da autarquia de produção de prova pericial.

Sentença que julga procedente a demanda.

Recursos; agravo de instrumento e apelação: desprovemento de ambos.

1. O INPS é parte legítima para responder a ação de atualização de benefícios previdenciários.

2. Para o respectivo cálculo não é mister prova pericial.

3. Em se tratando de reajustamento de benefícios previdenciários de conteúdo econômico, a prescrição não atinge o direito, em si; mas, somente o direito às parcelas vencidas antes do quinquênio que precede o ajuizamento da causa.

4. Ilegalidade do critério estabelecido pelo INPS para o primeiro reajuste do benefício, ao deixar de aplicar o índice integral de aumento a ser observado, fazendo-o proporcionalmente, em função dos meses decorridos desde a concessão.

5. Na vigência da Lei 6.708/79, o enquadramento da renda mensal do benefício nas faixas da política salarial deve refletir o salário mínimo vigente por ocasião dos reajustamentos e não o do anterior.

6. Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao Agravo de Instrumento nº 53.507 (Reg. 9.351.354); e, no

mérito, 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, 11 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente (Impedido definitivamente, por aposentadoria — RI., art. 89 § 2º). Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: A sentença de primeiro grau julgou procedente ação proposta contra o INPS em que se postula a revisão dos critérios adotados pela autarquia para o reajustamento de benefício previdenciário, ao fundamento de que o primeiro deve ser integral e não proporcional ao número de meses decorridos desde a concessão do benefício; e, ainda, de que o enquadramento da renda mensal nas faixas salariais, durante a vigência da Lei 6.708/79, deve observar o salário mínimo vigente nos meses dos reajustamentos e não o anterior. Daí a condenação do INPS à revisão dos valores, com pagamento de diferenças vencidas e acréscimo de juros de mora e correção monetária.

2. Apelou a autarquia, pleiteando a improcedência da demanda, pelos mesmos fundamentos aduzidos na contestação.

3. Bem processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, as questões suscitadas nestes autos são todas do conhecimento da Egrégia Turma, porque freqüentemente reiteradas em numerosíssimos precedentes.

2. Eis por que, *brevitatis causa*, faço juntar cópia do voto que proferi, como Relator, na sessão de 20 de outubro último, com a honrosa aprovação de meus ilustres Pares, na AC 131.111-SP, o qual considero, à guisa de fundamentação, como integrante do presente.

3. Na consonância do precedente a que me reporto, preliminarmente, nego provimento ao agravo de instrumento, que insiste na prova pericial; e nego também provimento à apelação.

É como voto.

ANEXO

AC nº 131.111 — SP (Registro nº 7.510.292)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, cumpre, desde logo, repelir, como o fez a r. sentença recorrida, a preliminar de falta de pressupostos processuais em que o apelante, em verdade, nada objetou contra a presença de partes formalmente capazes e bem representadas; a aptidão do juiz para julgar ou, enfim, a dedução de litígio perfeitamente determinado e original; nem mesmo quanto a nulidades processuais.

Não há, portanto, falar em ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Ademais, a inicial vem instruída com prova documental da concessão do benefício, suficiente para o deslinde da controvérsia relativa à revisão do critério utilizado pelo INPS na fixação ou reajustamento dos valores respectivos.

Bem rejeitada foi, também, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A propósito, é oportuno recordar que a lei não somente institui as diversas formas de benefício previdenciário de conteúdo patrimonial ou econômico, como também estabelece os critérios que hão de presidir ao cálculo e fixação dos respectivos valores. E, atendendo à situação econômica do país, de acentuado ritmo inflacionário, também dispõe sobre as formas de reajustamento ou atualização de valores a serem observadas pela autarquia previdenciária.

Quando quer, portanto, que esta se recuse a efetuar os cálculos devidos ou insista em fazê-los de forma diversa da recomendada por lei, emergirá legítima pretensão do beneficiário, de obter pronunciamento judicial.

Acresce que o INPS é parte legítima passiva *ad causam*, pois se trata da entidade incumbida da administração e execução do benefício previdenciário (Constituição, art. 165, XVI) cujo reajustamento é objeto da demanda, certo que a CLPS aprovada pelo Decreto 89.312, de 23-1-84, dispõe:

«Art. 180. Cabe às entidades do SIMPAS referidas no item II do artigo 179:

I — INPS: conceder e manter os benefícios e outras prestações em dinheiro e prestar os serviços de assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional, inclusive os relativos a acidente de trabalho, devidos aos trabalhadores urbanos, aos servidores públicos federais regidos pela legislação trabalhista e aos seus dependentes, bem como conceder e manter a renda mensal vitalícia, na forma desta Consolidação.» (*Omissis*)

Assim se vê que o INPS é, de fato, parte legítima para responder em juízo, como autarquia da União, às demandas concernentes à determinação do valor dos benefícios devidos, criado que foi precisamente para tal finalidade, a exercer mediante o emprego dos recursos financeiros previstos em lei. Aplicam-se, pois, à espécie os arts. 3º e 6º do CPC.

Neste sentido já decidiu o Tribunal, por sua Terceira Turma, unânime, na AC 112.014-RS, Relator Ministro Nilson Naves (DJU 23-10-86), consoante a seguinte ementa:

«Processo Civil. Legitimidade Passiva.

Como o ato concreto proveio da autarquia, é o instituto parte legítima no pólo passivo. Aposentadoria. Proporcionalidade.

Não se pode reduzir o valor dos proventos «em função apenas da diversidade do mês da aposentação do segurado» (AC 104.126).

Inexistência de contrariedade ao art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal. Apelação desprovida.»

Nesta mesma orientação, confirmaram-se, *interplures*: AG 50.738-RS, Segunda Turma, unânime (DJU 27-11-86), Rel. Ministro Costa Lima; AG 49.841-RJ, Primeira Turma, unânime (DJU 9-10-86), Rel. Ministro Dias Trindade e AC 137.704-SP, Segunda Turma, unânime (DJU 23-6-88), Rel. Ministro Fleury Pires.

Passando ao mérito, primeiramente acentuo que não ocorre prescrição do direito de ação. Cuida-se, em verdade, de ação objetivando revisão de benefício previdenciário. De há muito se pacificou nossa jurisprudência no sentido de não ocorrer, no caso, prescrição da ação ou do fundo do direito; mas apenas das parcelas ou prestações devidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (AC 86.277-Rs. Segunda Turma, Relator Ministro Gueiros Leite, *in DJU* de 12-4-84, pág. 5493, dentre outros arestos).

Quanto ao mais, a r. sentença bem decidiu, na consonância de nossos reiterados precedentes.

Com efeito, é sabidamente pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de que os reajustes periódicos devem incidir sobre o valor da aposentadoria previdenciária, sem qualquer limitação decorrente da data da obtenção do benefício.

De fato, as Turmas integrantes da Primeira Seção vêm, invariavelmente, repudiar a pretensão da autarquia, de subordinar o cálculo do primeiro reajuste a critérios de proporcionalidade consoante a época do início do respectivo gozo, orientação administrativa esta em razão da qual, por se aposentar após a vigência de determinado reajuste salarial, o beneficiário não teria direito à integralidade da primeira atualização subsequente, consoante política salarial do governo.

É o que ficou decidido por esta Segunda Turma, na AC 72.254-RS, unânime, em 15-9-81 (DJU 29-10-81), Relator Ministro William Patterson, consoante a seguinte ementa:

«Previdência social. Proventos. Reajuste. Cálculo.

O cálculo do reajuste dos proventos da aposentadoria previdenciária, fixada esta com base no valor referência, não pode sofrer redução resultante de critério administrativo, se não autorizado em comando de natureza legislativa, principalmente para estabelecer distinção entre situações iguais.

Correção monetária devida, a teor do enunciado da Súmula nº 71 — TFR.

Sentença confirmada.»

Fiel ao mesmo entendimento, menciono, *inter plures*, os julgados desta Segunda Turma na AC 81.409-RS, unânime, em 15-4-83 (DJU de 12-5-83), Relator Ministro Gueiros Leite e na AC 104.122-RS, unânime, em 27-9-85 (DJU 24-10-85), Relator Ministro Otto Rocha; bem como, da Primeira Turma, na AC 103.300-RS, unânime, em 30-8-85 (DJU 10-10-85), Relator Ministro Carlos Thibau e na AC 103.215-RS, unânime, em 8-11-85 (DJU 19-12-85), Relator Ministro Costa Leite; e enfim, da Terceira Turma, na AC 99.023-RS, unânime, em 10-5-85 (DJU 13-6-85), Relator Ministro Carlos Madeira e na AC 101.784-RS, unânime, em 8-10-85 (DJU 14-11-85), Relator Ministro José Dantas.

É bem verdade que, nesta Segunda Turma, o Ministro José Cândido sustentou compreensão diversa, na linha das razões da autarquia, sempre, porém, vencido, como decidido na AC 106.411-RS, em 3 de junho de 1986, DJU 28-8-86.

Mas a Primeira Seção, em sucessivos julgados, perfilhou a opinião francamente majoritária, como se vê dos EAC 106.411-RS, Relator Ministro Flaquer Scartezini, em 25-3-87 (DJU 25-6-87), que já se tornou unânime, desde o voto de adesão do Ministro José Cândido nos EAC 115.000-PR, em 20-5-87 (DJU 27-8-87).

Cuida-se, aliás, de jurisprudência prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode conferir à luz de reiteradas decisões unânimes: da Primeira Turma, no RE 112.874-7-RS, em 10-4-87 (DJU 8-5-87), Relator Ministro Octávio Gallotti e RE 112.876-3-RS, em 19-5-87 (DJU 12-6-87), Relator Ministro Oscar Corrêa; e da Segunda Turma, no RE 112.641-1-RS, em 3-4-87 (DJU 24-4-87), Relator Ministro Carlos Madeira.

Já no que diz com os reajustes subsequentes da aposentadoria previdenciária, consoante as faixas salariais que regulam o enquadramento dos beneficiários nos diversos índices de atualização (Lei 6.708/79), é também reiterada a orientação da jurisprudência desta Corte no sentido de que, como consta da ementa do v. acórdão proferido em Embargos de Declaração na AC 115.017, Primeira Turma, Relator Ministro Washington Bolívar, unânime (DJU 26-2-87):

«Os benefícios em manutenção reajustam-se com o salário mínimo e os índices de reajustamento devem ser os mesmos da política salarial, considerando-se como mês básico o do início da vigência do novo salário mínimo.

(Decreto nº 83.080/79, art. 163; Decreto-Lei nº 2.171/84, arts. 1º, 2º e seu § 1º).»

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC n° 130.825 — SP — (Reg. n° 7.441.193) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Apte.: INPS. Apdo.: Rubens Fonseca. Advogados: Drs. Iara Aparecida Rucó Pinheiro e Ricardo Estelles e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao Agravo de Instrumento n° 53.507 (9.351.354); e, no mérito, negou provimento à apelação. (Em 11-12-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.579 — RJ
(Registro nº 7.760.493)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Apelante: *Nuclebrás — Equipamentos Pesados S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Manoel Thomaz de Carvalho Britto Davis e outros*

EMENTA: Tributário. Ação de repetição do indébito. Imposto de Importação e IPI. Projeto aprovado pelo CDI. Isenção verificada após o fato gerador. Correção monetária. Juros moratórios.

Apelação da Autora provida, em ordem a julgar procedente, in totum, a ação.

Correção monetária sobre o principal a ser restituído à Autora, a partir dos pagamentos efetuados.

Juros moratórios de 1% (hum por cento), a partir do trânsito em julgado (artigos 166, § 1º e 167, parágrafo único, do CTN).

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento 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, 19 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A sentença de fls. 63/65, para decretar a improcedência da ação, assim sumariou a controvérsia:

«Trata-se de Ação Ordinária proposta por Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A — NUCLEP — contra a União Federal, alegando o seguinte:

1. Que, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.630/78, está isenta dos pagamentos dos impostos de importação e sobre produtos industrializados.

2. Que importou os produtos especificados nas guias de nºs 01.82/2908 e 01.82/18094, antes da concessão da isenção a que faz jus, devido a necessidade de utilização imediata dos referidos produtos.

3. Que, certa da posterior restituição, recolheu CZ\$ 30.402.300,80 a título de Imposto de Importação, e CZ\$ 4.763.928,53 a título de IPI.

Assim, invocando a isenção assegurada no Dec.-Lei nº 1.630/78, espera a procedência da ação, com a condenação da União Federal a lhe restituir a importância recolhida, com juros e correção monetária.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 6/36.

Pagas as custas (fl. 37), foi citada a União Federal, que contestou o pedido à fl. 40, com as informações de fls. 41/56, segundo as quais não cabe a restituição pretendida, porque o imposto recolhido pela Autora não foi indevidamente, porquanto à época ainda não havia sido deferida a isenção».

Inconformada, apela a autora, aduzindo as razões de fls. 69/70. Contra-razões à fl. 77.

Nesta instância opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo improviamento do recurso (fls. 80/81).

Sem revisão, é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O Decreto-Lei nº 1.630, de 17-7-1978, dispôs:

«Art. 1º Poderá ser dada isenção do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados aos equipamentos, máquinas, aparelhos, instrumentos e demais materiais — sem similar nacional —, inclusive suas partes, peças, acessórios e sobressalentes, bem como ao combustível nuclear em qualquer etapa do ciclo de produção, a serem importados pelas Empresas Nucleares Brasileiras S/A — NUCLEBRÁS e suas subsidiárias, ou por empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, encarregadas da construção e operação de usinas nucleoeletricas, atendido o estabelecido neste Decreto-lei, e que visem às seguintes atividades do Programa Nuclear Brasileiro:

I — construção, instalação e operação de unidades industriais destinadas:

a) ao tratamento de minérios nucleares, de minérios de interesse para a energia nuclear, e de minérios que possuam elementos nucleares em coexistência e que constituam monopólio da União;

b) à fluorização e ao enriquecimento de urânio, ao reprocessamento de elementos combustíveis irradiados, ao tratamento de rejeitos radioativos, bem como à produção de elementos combustíveis e outros materiais de interesse para a indústria nuclear;

c) à fabricação de equipamentos e componentes para usinas de geração de energia elétrica de origem nuclear;

d) à geração de energia elétrica de origem nuclear.

II — lavra de jazidas dos minérios a que se refere a letra a do item anterior.

Art. 2º A isenção de que trata o art. 1º será concedida, em cada caso, pelo Presidente da República, por proposta dos Ministros da Indústria e do Comércio, das Minas e Energia, da Fazenda e Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República — SEPLAN.»

Como consta às fls. 10/12, a Autora requereu ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República isenção dos impostos referidos, obtendo-a (ut documento de fl. 13 — DO de 15-11-82).

Em 24-8 e 24-9-1982 a Autora recolheu os tributos pertinentes à importação que efetuou (fls. 15/29) e, em 21-11-1983, pleiteou do Sr. Ministro da Fazenda a restituição de quanto pagou, alegando (fls. 35/36):

«Que à época dos desembarços alfandegários desses bens, a Requerente providenciara, incontinenti, os recolhimentos retromencionados, apenas pela razão que tais importações eram urgentes e prioritárias para a montagem de máquinas auxiliares e fabricação de componentes nucleares. Não poderia ela aguardar o deferimento ao pedido de isenções fiscais em tramitação nesse Ministério, sob pena de prejuízos ainda mais vultosos pelo descompasso na sua produção.

Que a Requerente baseia suas reivindicações nos inúmeros despachos já exarados pelo Exmo. Sr. Presidente da República, concessivos das isenções previstas no Dec.-Lei nº 1.630, de 17-7-78 — EM/GM/Nº 084/82, de 22-9-82, DOU — 19-11-82.»

A pretensão da Autora foi indeferida na via administrativa.

Na sentença, o MM. Juiz Federal Clélio Erthal julgou improcedente a ação, para o que obtemperou (fl. 64):

«Por aí se vê que a antecipação da Autora, promovendo a importação antes de deferida a isenção, não lhe beneficia. Do contrário, seria o caos administrativo, pois se ficasse ao alvedrio dos importadores promover a compra do material, sob isenção, enquanto tramita o pedido, o controle seria a *posteriori* e não a *priori*, como quer o legislador. No caso, repita-se, a Autora ainda não havia adquirido o direito à isenção quando ocorreu o fato gerador da obrigação. E, por isso, os tributos que recolheu não eram indevidos, de modo a justificar sua posterior repetição.»

Concessa venia, entendo que assiste razão à apelante, segundo os argumentos que alinhou em suas razões (fl. 69):

«Releva acentuar que em situação semelhante como, *exempli gratia*, do Processo nº 0.711.002.764/83 (xerocópia anexa), a Suplicante teve sua pretensão atendida pelo Sr. Inspetor, em 3 de maio de 1985, considerando-se que «à época do fato gerador a contribuinte já havia preenchido as condições e os requisitos exigíveis para o gozo do benefício fiscal concedido pelo Decreto-Lei nº 1.630/78».

Assim, pelo entendimento da Suplicante, a isenção, concedida que foi, opera-se *ex tunc*, pois o que se objetiva, afinal, é a concessão de benefícios tributários ao Programa Nuclear Brasileiro (Dec.-Lei nº 1.630, de 17-7-78), cuja implementação interessa a toda a coletividade brasileira, pois visa a solução do problema energético.

O «caos administrativo» aludido pelo ilustre Dr. Juiz Federal (fl. 64) ocorreria, isto sim, na eventualidade de não ser reconhecido o direito da Apelante à restituição do Imposto de Importação (CZ\$ 35.166,22) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (CZ\$ 4.763,92).»

Em caso similar, no julgamento da AC nº 58.166-RJ, de meu relato, esta ilustrada Turma, por unanimidade, decidiu nos termos da seguinte ementa:

«Tributário. Ação de repetição do indébito. Imposto de Importação e IPI. Projeto aprovado pelo CDI. Isenção verificada após o fato gerador. Correção monetária. Juros moratórios.

Apelação da Autora provida, em ordem a julgar procedente, *in totum*, a ação.

Correção monetária sobre o principal a ser restituído à Autora, a partir de cada pagamento por ela efetuado.

Juros moratórios a partir da citação feita à Ré, e a esta carregados, integralmente, os ônus da sucumbência.

Prejudicado o recurso da União Federal.

Reforma parcial da sentença remetida.» (DJ de 7-6-85).

Junto cópia do voto condutor do acórdão.

No mesmo sentido os arestos exarados nos seguintes precedentes: AC nº 85.091-SP, relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, 6ª Turma, DJ de 19-5-83; AC nº 68.756-RJ, de que fui relator, 6ª Turma, DJ de 28-2-85; AMS nº 87.601-SP, relator o Sr. Ministro Carlos Velloso, 4ª Turma, DJ de 7-4-83.

Por compreender o *thema decidendum* na esteira da argumentação retro-especificada, dou provimento à apelação, para julgar procedente a ação, nos termos do pedido (fl. 65), invertidos os ônus da sucumbência impostos na decisão recorrida, contando-se os juros moratórios na forma prevista nos artigos 166, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN.

É o meu voto.

ANEXO

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O dispositivo sentencial contém as seguintes singelas considerações (fl. 167):

«Razão assiste à Procuradoria da Fazenda Nacional quando, à fl. 97, afirma que, no momento da ocorrência do fato gerador dos tributos, a autora não possuía qualquer direito subjetivo em relação aos benefícios fiscais do Decreto-Lei nº 1.137/70 porque o seu projeto industrial, ao invés de ser aprovado, foi indeferido.

Só em agosto de 1975 é que esse indeferimento foi reconsiderado, sem que essa circunstância implique em anulação do ato anterior e sim em sua revogação. Como essa revogação opera com efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc*, não há efeito retroativo que atinja os fatos geradores já ocorridos, mas tão-somente efeitos imediatos a atingir fatos geradores pendentes e futuros (art. 105 do CTN).

Parece, no entanto, que ocorreram fatos geradores posteriormente à expedição do Certificado do CDI, em 7-8-75, pois as partes estão de acordo em que as importações se verificaram no período de 24-10-74 a 25-8-75.»

Entendo a questão sob prisma diverso do enfocado na decisão recorrida, a principiar pelos seguintes argumentos da apelante (fls. 174/175):

«Mas o fato de o reconhecimento oficial só ter-se concretizado muito posteriormente não ilide, de nenhuma maneira, o direito à isenção, nem aos demais incentivos fiscais determinados naquele diploma legal.

Pois o ato da autoridade é simplesmente declaratório, e retroage à data da ocorrência do fato gerador para excluir o crédito tributário.

E a norma legal da isenção que cria o direito, no caso específico do Decreto-Lei nº 1.137/70, achava-se em pleno vigor ao ensejo da incidência fiscal.

Mesmo porque não se deve confundir o direito preexistente com o despacho posterior de reconhecimento do benefício fiscal, como se pode ler no artigo 179 do Código Tributário Nacional, assim:

«Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento

das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei para sua concessão.»

Assim, a autoridade administrativa competente para conceder a isenção dos tributos mencionados é o Ministro da Indústria e do Comércio, e somente ele (art. 2º do Dec.-Lei 1.137/70).

E, no caso, quem concedeu os incentivos fiscais foi, exatamente, a autoridade que tinha poderes para isso, o Ministro da Indústria e do Comércio, pelo Secretário-Geral do Conselho de Desenvolvimento Industrial (fls. 37/39), na forma determinada na Portaria Ministerial nº 91, de 23 de março de 1971 (fl. 45).»

A propósito do tema que ora se examina, esta ilustrada Turma já se pronunciou mais de uma vez, *verbi gratia* ao julgar a AC 85.091-SP, relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante (DJ de 19-5-83), vindo o acórdão assim ementado:

«Importação. Projeto aprovado pelo CDI. Condições das isenções verificadas após o fato gerador.

Subsistem as isenções reconhecidas pelo Conselho de Desenvolvimento Industrial, quando as condições de que as mesmas dependiam, embora verificadas após o fato gerador, tenham sido tempestivamente providenciadas pelo importador.

Responsabilidade dos órgãos competentes pelo atraso verificado no atendimento dos documentos comprobatórios das referenciadas condições. Apelação provida.»

E, em voto que proferi na AC 68.756-RJ, acolhido à unanimidade igualmente nesta 6ª Turma, ementei o aresto nestes termos:

«Tributário. Ação de repetição do indébito. Imposto de Importação e IPI. Isenção. Projeto aprovado pelo CDI.

Embora a Autora não tenha providenciado o «visto» do CDI, não pode este se constituir em empeco à pretendida restituição dos tributos recolhidos, posto que à época da liberação das mercadorias importadas estava ela, autora, em pleno gozo dos incentivos concedidos, consoante atesta o próprio CDI às fls. 17/18.

Apelação provida.

Sentença reformada.» (DJ 28-2-85).

Colacionei, naquela oportunidade, mais os acórdãos cujas ementas transcrevo:

1. AMS 85.403-SP — 5ª Turma — «Tributário — Imposto de Importação e IPI — Dec.-Lei 1.137 — Incentivo Fiscal.

As condicionantes da franquia fiscal respectiva poderão ser comprovadas após a chegada do material respectivo.

Negou-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.» (DJ de 17-3-83, relator Ministro Sebastião Reis).

2. AMS 87.601 — SP — 4ª Turma — «Tributário. Importação. Incentivos fiscais. CDI. Decreto-Lei nº 1.137, de 7-12-70; Decreto nº 67.707, de 7-12-70.

I — Cabe ao MIC a concessão dos incentivos fiscais previstos no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.137/70 e a fixação das condições a serem cumpridas pelos beneficiários (Dec.-Lei 1.137/70, art. 2º), certo que o CDI é o organismo do MIC encarregado da administração dos incentivos (Decreto nº 67.707/70, art. 2º).

II — Comprovação de inexistência de similar nacional e visto do CDI na Guia de Importação. Requisitos preenchidos após o despacho aduaneiro, mas

providenciados anteriormente, tanto que, naquela ocasião, foram apresentados os respectivos protocolos. Permanece de pé, em caso assim, o benefício fiscal.

III — Recurso desprovido.» (DJ de 7-4-83, relator Ministro Carlos Velloso).

Na linha dos invocados precedentes, a matéria central debatida nos autos leva-me a modificar a sentença, que lhe deu tratamento, *data venia*, inadequado.

Quanto ao termo inicial de incidência da correção monetária, o julgado de primeiro grau estabeleceu (fls. 167 *fine* 168):

«Condeno a União, também, a pagar à autora a correção monetária calculada sobre a importância a que foi condenada a devolver, com juros de mora, contados da citação.»

Aplica-se à espécie o que decidiu o Excelso Pretório no RE 88.663-0, de que foi relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. Eis a ementa do V. acórdão:

EMENTA: «Correção monetária na repetição do indébito tributário.

O entendimento de que a correção monetária cabe, tanto no caso em que o contribuinte deposita para discutir, como no em que paga para repetir, conduz ao princípio de que se deve calcular a correção monetária, assim a partir do pagamento indevido, como do depósito. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Recurso extraordinário conhecido e provido.» (DJ de 17-3-78 — pág. 1419).

Os juros moratórios, todavia, deverão ser contados desde a citação inicial, não tendo a União Federal estendido o seu apelo a esse particular (cfr. fls. 180/181, itens 11 a 13).

Em conclusão, reformo, em parte, a sentença remetida, e dou parcial provimento à primeira apelação, para julgar procedente a ação, *in totum*, incidindo a correção monetária sobre o principal a ser restituído à autora, a partir da data de cada pagamento por ela efetuado, os juros moratórios, a partir da citação feita à Ré (fls. 89 verso) e a esta carreados, integralmente, os ônus da sucumbência.

Julgo prejudicada a apelação da União Federal.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 133.579 — RJ — (Reg. nº 7.760.493) — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Ap. te.: Nuclebrás — Equipamentos Pesados S/A. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Manoel Thomaz de Carvalho Britto Davis e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação (Em 19-10-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Eduardo Ribeiro e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Min. MIGUEL FERRANTE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.624 — RJ
(Registro nº 8.851.146)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara*

Apelantes: *Engenharia de Edificações Ltda. e IAPAS/BNH*

Apelados: *Os mesmos*

Advogada: *Dra. Joselita da Silva e Sousa*

EMENTA: Executivo Fiscal. FGTS. Pagamentos efetuados pela empresa diretamente a ex-empregados, devidamente excluídos da execução. Ônus da sucumbência exclusivamente a cargo da executada. Juros de mora devidos desde o vencimento.

Havendo os ditos pagamentos sido efetuados sem comunicação ao Exeçúte, não há como atribuir a este parcela dos ônus da sucumbência.

Apurado, pela perícia, o saldo devedor devidamente especificado, em torno dele prosseguirá a execução, incidindo juros de mora desde o respectivo vencimento.

Apelação da Embargante desprovida.

Apelação do IAPAS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Engenharia de Edificações Ltda. apelou de sentença do MM. Juiz Federal da Terceira Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, que acolheu apenas parcialmente os embargos por ela

opostos à execução que lhe move o IAPAS, por contribuições devidas ao FGTS, para o fim de reduzir o valor do débito exequendo.

Disse não poder conformar-se com a sentença no ponto em que: a) deixou de reconhecer a incidência de juros e correção monetária sobre a parcela de custas que lhe deve ser reembolsada pelo IAPAS; b) considerou devidos juros de mora desde o vencimento do débito, o qual, todavia, lhe foi exigido por valor inexacto, como reconhecido pelo MM. Juiz; c) deu por líquido e certo o saldo devedor, somente apurado mediante perícia; d) deixou de considerar pagamentos efetuados quando da despedida de empregados; e) desconsiderou, igualmente, lançamentos constantes de sua escrita contábil, com violação da regra do artigo 25 do Código Comercial; e, por fim, f) deixou de declarar a decadência relativamente à contribuição de 1973.

Também apelou o IAPAS, alegando que a redução do débito se deu indevidamente, já que o perito efetuou dedução de parcelas que não haviam sido incluídas no levantamento realizado pelo Fisco. Aduziu ser imerecida a sua condenação em custas, já que a parte considerada indevida pela sentença resultou de pagamentos tidos como feitos diretamente aos empregados, sem comunicação ao IAPAS.

Contra-arrazoaram as partes.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Executivo Fiscal. FGTS. Pagamentos efetuados pela empresa diretamente a ex-empregados, devidamente excluídos da execução. Ônus da sucumbência exclusivamente a cargo da executada. Juros de mora devidos desde o vencimento.

Havendo os ditos pagamentos sido efetuados sem comunicação ao Exequente, não há como atribuir a este parcela dos ônus da sucumbência.

Havendo sido apurado, pela perícia, saldo devedor devidamente especificado, em torno dele prosseguirá a execução, incidindo juros de mora desde o respectivo vencimento.

Apelação da Embargante desprovida.

Apelação do IAPAS parcialmente provida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Primeiramente, é de considerar-se não haver ocorrido a decadência relativamente à parcela do débito alusiva ao ano de 1973, já que o lançamento foi feito em outubro/79, isto é, dentro do quinquênio legal que, para o efeito em tela, se conta do dia 1º de janeiro de 1974.

Um exame dos autos revela tratar-se de contribuições devidas ao FGTS, cujo levantamento deixou de considerar pagamentos que foram efetuados pela empresa diretamente a seus ex-empregados, mas que, todavia, não foram devidamente comunicados ao IAPAS no devido tempo.

Nessas circunstâncias, por motivos óbvios, não há como imputar-se à exequente uma parcela dos efeitos da sucumbência, como estipulado na r. sentença recorrida.

De outra parte, havendo sido apurado, com exatidão, pela perícia criteriosamente realizada, o saldo devedor da Embargante, é de ter-se por viável o prosseguimento da execução por este saldo, que exhibe, inegavelmente, os caracteres de certeza e liquidez. Sobre o *quantum* apurado, contrariamente ao que sustentou a Executada, não de incidir juros moratórios, desde o respectivo vencimento, como de direito.

Finalmente, não podem ser acolhidas as objeções feitas à perícia, por haver desconsiderado outros pagamentos tidos por registrados na escrita contábil da Embargante, ante a ausência da comprovação correspondente a tais lançamentos.

Meu voto, portanto, é no sentido de desacolher a apelação da Embargante, dando provimento parcial à do IAPAS.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 142.624 — RJ — (Reg. nº 8.851.146) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara. Apelantes: Engenharia de Edificações Ltda. e IAPAS/BNH. Apelados: Os mesmos. Advogada: Dra. Joselita da Silva e Sousa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da Embargante e deu parcial provimento ao recurso do IAPAS. (Em 23-3-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.654 — SP
(Registro nº 880.005.147-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Manoel Ferreira*

Advogados: *Drs. Simone Maria G. B. Toraci e outro e Sidnei de Oliveira Lucas e outros*

EMENTA: Aposentadoria invalidez. Suspeita de fraude.

Na verificação de suspeita de fraude é fundamental que os elementos que a geraram venham aos autos e, se pesa sobre o Autor a alegação de falsificação para a obtenção da aposentadoria, indispensável a prova médica pericial.

Sentença anulada para que a instrução seja completada.

Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Manoel Ferreira postula através da presente ação, o restabelecimento de sua aposentadoria invalidez, suspensa por suspeita de fraude.

Alega que o procedimento criminal intentado foi arquivado por falta de provas, e que a suspensão foi efetuada sem as formalidades legais.

A ação foi julgada procedente (sentença de fls. 60/62) e o Instituto, não se conformando, interpôs o recurso de fls. 66/70. Sustentou ter havido a prévia apuração da ilegalidade cometida pelo segurado e ressaltou que o aposentado por invalidez está sempre

sujeito à verificação da persistência da incapacidade, o que somente novos exames podem assegurar, o que não foi feito na presente ação.

Contra-razões às fls. 80/82.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Concedeu o INPS a aposentadoria por invalidez, a partir de 23 de julho de 1978 e em 14 de outubro do mesmo ano, suspendeu o benefício, sob a fundamentação de ter havido fraude (doc. de fl. 8). Esclareceu o INPS ter a aposentadoria sido conseguida pelo autor mediante a apresentação de documentos ideologicamente falsos, contratos de trabalho fictícios, endereço residencial fictício, atestado de afastamento e salário falsificado e atestado médico passado em formulário falsificado (doc. de fl. 74). Disse ainda o Instituto que, diante da suspeita de fraude, o autor foi submetido à perícia médica e esta concluiu pela inexistência da incapacidade laborativa (fl. 64), sendo instaurado inquérito policial que foi arquivado (doc. de fl. 9).

O MM. Juiz Federal da Sexta Vara da Seção Judiciária de São Paulo, sem instruir suficientemente o processo, proferiu a respeitável sentença de fls. 60/62, julgando procedente o pedido, para condenar o réu a restabelecer o benefício suspenso. O digno e culto Julgador de 1º Grau, com suporte no artigo 130 do Código de Processo Civil poderia ter requisitado os autos de inquérito policial, o processo administrativo e determinar a juntada dos documentos que o Instituto alega serem falsos (doc. de fl. 74). Se se trata de possível fraude, é fundamental que estes elementos venham para os autos se pesa sobre o autor a alegação de falsidade para a obtenção da aposentadoria, é indispensável a realização de prova pericial para se constatar se o autor está ou não incapaz para as atividades laborativas e o INPS insiste nesta prova, em suas razões.

Diante disso, meu voto é para anular a respeitável sentença de fls. 60/62 para que a instrução seja completada, inclusive com a realização da prova pericial.

Dou provimento ao recurso do réu para anular a sentença para que a instrução seja completada.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 142.654 — SP — (Reg. n.º 880.005.147-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Apte.: INPS. Apdo.: Manoel Ferreira. Advs.: Drs. Simone Maria G. B. Toraci e outro e Sidnei de Oliveira Lucas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (2ª Turma — 11-10-88).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.770 — RS
(Registro nº 88.187.285)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Apelante: *INPS*

Apelada: *Dora Bernardes Iglesias*

Advogados: *Drs. Therezinha de Jesus Alves Buarque, Juarez C. Jannone e outros*

EMENTA: Processual Civil. Revelia. Direito indisponível. Caracterização.

Cuidando-se de direito indisponível, não cabe aplicar-se o efeito do art. 319, por força do disposto no art. 320, II, todos do CPC.

Recurso provido.

Sentença anulada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo do INPS, para anular a sentença, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Dr. Pedro Máximo Paim Falcão, eminente Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, assim relatou e decidiu a questão:

«Relatório — Dora Bernardes Iglesias, qualificada na inicial, intenta, contra o Instituto Nacional de Previdência Social, a presente Ação Ordinária visando obter sua aposentadoria por invalidez ou concessão de auxílio-doença.

Diz, na inicial, que por diversos anos contribuiu, como faxineira, na base do salário mínimo regional. Em 1983, foi-lhe concedido o «auxílio-doença», posteriormente cancelado, sem qualquer processo de reabilitação ou readaptação. Expõe o quadro de patologias que a acomete, afirmando continuar incapacitada para o trabalho.

Pede, ante a rejeição de seus pedidos de perícia médica na esfera administrativa, a concessão da aposentadoria, ou auxílio-doença, a percepção de atrasados, contando-se como termo inicial a data em que cessou o pagamento do benefício, concedido em 1983, honorários, a concessão do benefício da justiça gratuita.

A inicial vem acompanhada dos documentos de fls. 5/6.

Despacho de fl. 7 defere a Assistência Judiciária e determina a citação do Réu.

Regularmente chamado ao feito, como se vê de certidão de fl. 9, deixou o Réu de contestar, razão pela qual foi decretada a sua revelia.

Desnecessária, ante a decretação da revelia, a produção de qualquer prova, eis que se presumem verdadeiros os fatos não impugnados, como dispõe o art. 302, *in fine*, do CPC.

Fundamentação — Deixando o Réu de apresentar sua defesa, admitiu, como corretas as alegações da Autora. Assim, reconheceu, ainda que de forma implícita, a justeza do pedido da Suplicante. É o que se depreende do contido no art. 319 do CPC.

Dispositivo — Isto posto, julgo totalmente procedente o pedido, determinando seja-lhe concedida a aposentadoria por invalidez, pagando os atrasados, desde 1983, corrigidos monetariamente até o advento do Dec.-Lei nº 2.284, de 1986, honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação.»

Inconformado, apelou o INPS, com as razões de fls. 17/18. Invoca, em seu profl, o disposto no art. 320, II, do CPC, pois se cuida de direito indisponível.

Contra-razões às fls. 20/23.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 26).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Ao examinar o alcance do art. 320, item II, do Código de Processo Civil, segundo o qual a revelia não induz o efeito do art. 319 (confissão ficta) quando versa sobre direitos indisponíveis, posicionei-me na linha da corrente interpretativa que recusa o caráter absoluto do princípio, mesmo quando se cuida de interesse de pessoa jurídica de direito público.

Com efeito, ao discorrer sobre o tema (AR. nº 1.625-SC), acentuei:

«É certo que a revelia não induz os efeitos mencionados no art. 319, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Mas, para se obter a verdadeira concepção dessa regra, há de se buscar o conceito de «direitos indisponíveis». Na verdade não há muita discrepância na definição do instituto. Até mesmo o Professor J. J. Calmon de Passos, crítico rigoroso dos efeitos processuais da revelia, define-o como «aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente se satisfeitos determinados controles». Por outro lado, classifica-o em absoluto e relativo, conforme se cuide de bem que se vincula ao sujeito e deste se torna indissociável, ou derivada dos limites fixados na lei em convenção dos interessados. Neste último enquadra todo e qualquer direito submetido, para efeito de sua disposição a controles estatais, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional (cfr. «Comentários ao Código de Processo Civil, III vol., pág. 406).

Nessa linha conceptiva pode-se acrescentar: a lição de Wellington Moreira Pimentel (*in* «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. III, pág. 333).

O Juiz Hélio Armond Wernech Cortes, em trabalho publicado na Revista dos Tribunais, vol. 471, págs. 26/36, sob o título «Revelia, Confissão e Transigência», opõe-se à conceituação dada pelo Professor Calmon de Passos, por entender mais aceitável aquela inscrita no Código de Processo Civil Português, segundo a qual existe direito indisponível «quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter.»

Conclui por adotar o conceito de que todo direito indisponível é aquele a que o seu detentor, preposto ou agente, não pode renunciar e, por consequência, a revelia, em processo judicial, não pode induzir à confissão de que fala o art. 319, do CPC.

In casu, observando os próprios limites que absorvo na configuração jurídica do princípio, entendo ocorrente a hipótese reclamada pela Autarquia. Na verdade, a revelia, no particular, não poderia, sob o estigma da confissão, dispensar elementos essenciais à composição do direito vindicado. Ora, tratando-se de pedido de benefício previdenciário por incapacitação física a prova pericial é requisito essencial, não podendo ser dispensada, ainda que revel o Instituto.

A defesa do patrimônio da entidade, naquilo que respeita à sua atividade fim, não pode ser renunciada, e, sendo assim, insere-se no contexto de seus direitos indisponíveis.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo do INPS para anular a sentença e determinar que outra seja proferida após a realização da perícia cabível.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 147.770 — RS — (Reg. nº 88.187.285) — Rel.: Exmo. Sr. Min. William Patterson. Apte.: INPS. Apda.: Dora Bernardes Iglesias. Advs.: Drs. Therezinha de Jesus Alves Buarque, Juarez C. Jannone e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo do INPS, para anular a sentença, nos termos do voto do Relator. (Em 24-5-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 149.638 — RS
(Registro nº 88.244.831)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelantes: *INPS, Bolívar Madruga Duarte*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Maria de Lurdes Pinto C. Silva, Raul Portanova e outro*

EMENTA: Previdenciário. Reajuste de benefícios. Correção monetária sobre os salários de contribuição.

1. Somente excluídos da abrangência da Lei 6.423/77 os benefícios mínimos da previdência social, os salários de contribuição que precedem os doze últimos deverão ser corrigidos pela variação das ORTN/OTN.

2. Os reajustamentos da renda mensal de benefícios previdenciários, a partir do primeiro, devem ser efetuados quando alterado o salário mínimo, segundo a base nova para a aplicação dos índices das respectivas faixas salariais, em sua integralidade, sem importar as datas em que concedidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação do autor e negar provimento ao recurso do INPS, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Nos autos da ação que Bolívar Madruga Duarte, move contra o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando revisão do benefício previdenciário, apelaram as partes da sentença do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, que julgou procedente a ação proposta.

Pretende o autor a reforma da sentença na parte que fixou os índices de recomposição salarial, e honorários advocatícios, enquanto que o INPS pede a reforma total da mesma.

Recebidas e processadas as apelações, subiram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O princípio de atualização monetária dos salários de contribuição anteriores aos doze últimos, para determinação do salário de benefício, com base no qual se calcula a renda mensal dos benefícios da previdência social, está assim enunciado no art. 21, § 1º da Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984:

«... os salários-de-contribuição anteriores aos doze últimos meses são previamente corrigidos de acordo com índices estabelecidos pelo MPAS».

Assim, não é dizer que esses índices sejam estabelecidos sem qualquer base legal, pois que os mesmos devem guardar coerência com o sistema jurídico em vigor, o que significa dizer que essa correção monetária dos vinte e quatro primeiros dos trinta e seis salários-de-contribuição deverá ser efetuado, segundo os indicadores estabelecidos em lei.

Desde a Lei 6.205, de 29 de abril de 1975, que se acha desconsiderado o salário mínimo, para quaisquer fins, exceto dentre outros poucos.

Art. 1º

§ 1º

Bem como os seguintes valores ligados à legislação da previdência social, que continuam vinculados ao salário mínimo:

I — Os benefícios mínimos estabelecidos no artigo 3º da Lei 5.890, de 08 de junho de 1973.»

Posteriormente, a Lei 6.423, de 17 de junho de 1977, reafirmou, em seu art. 1º, § 1º, a) a disposição acima:

«Art. 1º A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN).

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

a)

b) aos reajustamentos dos benefícios da previdência social a que se refere o § 1º do art. 1º da Lei 6.205, de 29 de abril de 1975».

Resta, portanto, definir o que sejam «benefícios mínimos», da norma da Lei 6.205/75, para dizer quais são os que se acham excluídos da aplicação dos percentuais de variação das ORTNs ou das OTNs, em sua atualização monetária.

Tenho que «benefícios mínimos», devem ser entendidos aqueles que são determinados como os menores que a previdência social concede, que atualmente, não podem ser inferiores a 95% do piso salarial.

O entendimento esposado na sentença, de que «benefícios mínimos» são todos previstos no art. 3º da Lei 5.890/73, sem distinguir os seus valores, com a devida vênia, não se apresenta acertado, porque equivaleria a dizer que todos os benefícios prestados pela previdência social são mínimos, o que dispensaria o qualificativo estampado na lei, que não pode conter palavras sem significação.

Deste modo, tenho que a correção monetária dos vinte e quatro salários-de-contribuição antes dos doze últimos, para a determinação do salário-de-benefício previ-

denciário, há de ser feita, a partir da Lei 6.205/75, pela variação da ORTN/OTN, pelo que os índices não podem ser determinados em função de outros parâmetros.

É de destacar que, ao responder à ação, a autarquia não impugna a afirmação da inicial de que os índices pelos quais vem sendo feita a correção do salário-de-contribuição se baseiam em outros princípios, quicá o da variação do salário mínimo, com base na legislação anterior.

Também na resposta à apelação dos autores a autarquia se limita a defender os seus indicadores de correção monetária, sem, contudo, esclarecer a partir de que dados são determinados. Daí concluir que prevalece a afirmação da inicial, não impugnada no ponto, ou seja, de que a autarquia não obedece aos princípios estabelecidos nas Leis 6.205/75 e 6.423/77, para dita correção.

No mais, adoto as razões que estão no voto que proferi na AC 120.544-SP.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento à apelação do autor, para modificar a sentença no ponto por ela atacado e julgar a ação totalmente procedente, de modo a crescer na condenação da autarquia-ré a obrigação de estabelecer a correção monetária a que se refere o art. 21, § 1º da CLPS, pela variação das ORTN/OTN, a partir de 29 de abril de 1975, mantida, no mais, a respeitável decisão apelada, negando provimento à apelação da autarquia, que suportará os efeitos da sucumbência.

ANEXO

(AC nº 120.544 — SP)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Já em vias de ser sumulada, por convergência, a matéria suscitada nesta apelação é bastante conhecida da Corte, que a tem decidido uniformemente, inclusive no que tange às preliminares opostas pela autarquia.

A primeira questão diz respeito à ilegitimidade passiva para a causa, por isso que os índices de atualização são baixados pelo Ministro da Previdência Social, estando, assim, a eles vinculados a autarquia.

Sem razão a apelante, porquanto os efeitos da decisão judicial recairão, em caso de procedência, sobre a própria autarquia, responsável pelo pagamento de tais benefícios e de seus reajustamentos periódicos.

Quanto à alegada ausência de fonte de custeio para a eventualidade de modificação do sistema de reajustamento dos benefícios, por igual se apresente improcedente, pois, além de não ser o caso de benefício novo, o custeio dos benefícios, de um modo geral, encontra sua fonte essencial na própria arrecadação de contribuições de seus segurados, além de recursos de natureza orçamentária da própria União. Assim, se é certo que, com a elevação dos níveis salariais crescem-se os salários-de-contribuição, incrementando a arrecadação da autarquia, certo é também, que seus deveres, em face das prestações deferidas aos segurados, são cobertos por essa maior oferta de recursos.

No que diz respeito ao mérito, duas são as razões que levam os autores a dizer ilegais a determinação da renda mensal dos benefícios e os reajustamentos subsequentes: a) ausência de previsão legal, para que, ao se fixar a renda mensal, e determinar o seu primeiro reajustamento se adote o critério de fazê-lo em proporção, segundo mais próxima ou mais remotamente for feito o requerimento, em relação à variação do salário mínimo; b) lesão ao direito dos beneficiários, por ocasião dos subsequentes por se considerar o fator de variação em relação ao salário mínimo anterior e não ao vigente no momento dos reajustamentos, considerado ainda indevido o expurgo de quaisquer dos indicativos da política salarial, aprovada pelo Decreto-Lei nº 15 de 29 de julho de 1966, ao comando do art. 67 da Lei 3.708, de 26 de agosto de 1960, com a modificação introduzida pelo Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966.

De relação à primeira, não há previsão legal, para a discriminação, que acarreta que, segurados, com o mesmo tempo de serviço e com a mesma média do salário de contribuição ou mesmo salário básico, venham a ter benefícios diferentes, segundo requeridos sejam em meses diferentes, um mais próximo e outro mais distanciado da época em que o salário mínimo tenha sofrido alteração, posto que o que a lei diz importar para a determinação da renda mensal é o salário de benefício, resultante do cálculo da média dos salários-de-contribuição. Para que tal critério pudesse ser aceito seria necessário que se introduzisse dado de variação mensal, segundo a modificação dos índices mensais de inflação, o que poderia determinar, por igual, que o primeiro reajustamento do benefício levasse em conta a data do início de sua fruição.

No que tange ao segundo tema, nada estava a justificar que os reajustamentos dos benefícios se fizesse com base em indicativo resultante do salário mínimo imediatamente anterior às datas para eles previstas, pois que nenhuma norma assim dispunha, anteriormente à edição do Decreto-Lei 2.171 de 13 de novembro de 1984, que definitivamente, pôs cobro à errada prática da autarquia, pois desajustada da própria legislação previdenciária, jungida que se achava à política salarial decorrente do Decreto-Lei nº 15/66, antes referido.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 149.638 — RS — (Reg. nº 88.244.831) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Aptes.: INPS, Bolívar Madruga Duarte. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Maria de Lurdes Pinto C. Silva, Raul Portanova e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do Autor e negou provimento ao recurso do INPS, nos termos do voto do Relator. Em 27-5-88 — 1ª Turma.

Os Srs. Ministros William Patterson e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 150.192 — RJ
(Registro nº 8.800.258.085)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Luiz Antônio de Souza Rodrigues*

Apelado: *INTER*

Advogados: *Dr. Luiz Antônio de Souza Rodrigues, Dr. Victor Geammal e outros*

EMENTA: Ação de expropriação. Dúvida quanto ao registro, em nome da autarquia expropriante, de imóvel que lhe serve de objeto. Objeção fundada na existência de registro superveniente, em nome de quem não figura da relação processual. Ilegitimidade.

Sendo indubitoso que o imóvel em apreço foi abrangido na expropriação, não há como impedir-se o seu registro em nome da expropriante, sendo irrelevante que haja ele mudado de mão, senão para o efeito de discutir-se o valor e o destino da indenização devida, matéria própria do âmbito da expropriatória.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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, 15 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Luiz Antônio de Souza Rodrigues apelou de sentença do MM. Juiz de Direito da Quarta Vara Cível da Comarca de Campos, que julgou improcedente dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis da Quarta Circunscrição da aludida Comarca, relativa ao registro dos imóveis objeto de desapropriação promovida pelo INTER contra Massa Falida de Usina Novo Horizonte S/A e outros, alegando, preliminarmente, ser ela nula, à falta de intervenção do Ministério Público no feito; e, quanto ao mérito, ser insustentável, já que determina

seja registrado em nome da autarquia expropriante imóvel que se acha registrado em seu nome, sem que seja o Apelante parte na expropriatória.

Contra-arrazoou o INTER.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação de expropriação. Dúvida quanto ao registro, em nome da autarquia expropriante, de imóvel que lhe serve de objeto. Objeção fundada na existência de registro superveniente, em nome de quem não figura da relação processual. Ilegitimidade.

Sendo indubitoso que o imóvel em apreço foi abrangido na expropriação, não há como impedir-se o seu registro em nome da expropriante, sendo irrelevante que haja ele mudado de mão, senão para o efeito de discutir-se o valor e o destino da indenização devida, matéria própria do âmbito da expropriatória.

Apelação desprovida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Conforme percucientemente decidiu o MM. Juiz *a quo*, ao julgar os embargos declaratórios, à fl. 35, «a questão aduzida pelo Embargante (ora Apelante) deve ser apreciada nos autos da ação de desapropriação, para onde serão remetidas cópias da sentença de fls. 29/30 e documentos de fls. 3/14».

Com efeito, sendo indubitoso que o imóvel do Apelante foi abrangido na expropriação, não havia como legitimamente impedir-se o seu registro em nome da autarquia expropriante, como determinado pelo MM. Juízo, sendo irrelevante que haja ele mudado de mão, senão para o efeito de discutir-se o valor e o destino da indenização devida, matéria própria do âmbito da ação em tela.

Ante o exposto, meu voto é pelo desprovimento da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 150.192 — RJ — (Reg. nº 8.800.258.085) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Apelante: Luiz Antônio de Souza Rodrigues. Apelado: INTER. Advogados: Dr. Luiz Antônio de Souza Rodrigues e Dr. Victor Geammal e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 15-6-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 151.317 — SP
(Registro nº 8.800.285.341)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Victor Farah*

Apelado: *IAPAS*

Advogados: *Drs. Ana Maria Paiva de Castro e Rogério Blanco Peres*

EMENTA: Execução fiscal. Embargos de devedor. Extinção da quase totalidade do débito exequendo, por meio de pagamento, reconhecida pelo exequente após haverem sido rejeitados os embargos do devedor.

Prosseguimento da execução pelo restante, independentemente da substituição do título, providência incabível após a sentença de primeira instância (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80), sem oportunidade para novos embargos.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Victor Farah e outros apelaram de decisão do MM. Juiz de Direito da Segunda Vara da Fazenda Pública de Santos, que rejeitou liminarmente embargos por eles opostos à execução que lhes move o IAPAS, alusiva a contribuições do FGTS.

Disse que a autarquia exequente, após o trânsito em julgado da decisão que rejeitou os seus primeiros embargos, reconheceu que a dívida já havia sido paga, à exceção de um saldo de Cz\$ 3,32, em relação ao qual expediu nova certidão, seguindo-se penhora e, conseqüentemente, novo prazo para os presentes embargos, os quais foram re-

cebidos pelo MM. Juiz para, em seguida, serem rejeitados, com o que não se podem resignar os embargantes.

Contra-arrazoou o embargado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução fiscal. Embargos de devedor. Extinção da quase totalidade do débito exequendo, por meio de pagamento, reconhecida pelo exequente após haverem sido rejeitados os embargos do devedor.

Prosseguimento da execução pelo restante, independentemente da substituição do título, providência incabível após a sentença de primeira instância (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80).

E sem oportunidade para novos embargos. Apelação desprovida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O fato de haver o MM. Juiz, de início, recebido os embargos para processamento não o impedia de, posteriormente, indeferir a inicial, por inepta, como o autoriza o art. 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, face à impossibilidade jurídica de reabrir-se oportunidade para novos embargos dos mesmos executados, já que os primeiros se acham definitivamente julgados, aliás, em seu desfavor.

Anote-se, mais, que a substituição do título, prevista no art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, só pode verificar-se antes da decisão de primeira instância, conforme consta de seu texto, circunstância que, no caso em tela, não ocorre.

Inibida a autarquia de prosseguir na execução do débito, por inteiro, em face de comprovantes de pagamento que veio a localizar, após o julgamento dos embargos, nada pode impedir, entretanto, que o faça relativamente ao saldo devedor — Cz\$ 3,32.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 151.317 — SP — (Reg. nº 8.800.285.341) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Apte.: Victor Farah. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Ana Maria Paiva de Castro e Rogério Blanco Peres.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 29-8-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.324 — BA
(Registro nº 5.621.127)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Apelantes: *Nilo Ferreira da Costa e Justiça Federal*

Apelados: *Justiça Pública e Arivaldo Ramos Albuquerque*

Advogados: *Drs. Raul Alves de Carvalho e Claudemiro Mendes da Silva*

EMENTA: *Apelação criminal. Acusado que praticou diversos fatos delituosos, em épocas diferentes, havendo sido submetido a exame psiquiátrico apenas em relação a um deles.*

Indispensável que novo exame psiquiátrico seja procedido, a fim de apurar-se o comprometimento do réu com os outros crimes que lhe são imputados. É preciso que se apure que ao tempo dos outros delitos ele estava ou não sob os efeitos da insanidade mental. O código vigente adota sobre o tema o sistema biopsicológico. Isto significa que, além da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é imprescindível que no instante do crime esteja o acusado inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (artigo 26 do Código Penal). Recurso provido, parcialmente, para reformar a sentença, e determinar que outra seja prolatada após o novo exame psiquiátrico perseguido pelo Ministério Público.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar parcial provimento ao recurso da Justiça Pública, 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, 9 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de ação penal promovida pelo Ministério Público Federal contra Nilo Ferreira Costa e Arivaldo Ramos Albu-

querque, à qual foram apensados os autos das ações penais n.ºs 23.801, 31.008 e 23.304, envolvendo outros réus, em razão dos fatos descritos pela MM. Juíza Federal, no Relatório da sentença proferida às fls. 223-30, assim:

«Narra a denúncia que em fevereiro de 1979, o primeiro denunciado entregou ao segundo o seu carnê, expedido pelo INPS, a fim de que fosse o mesmo regularizado.

O denunciado Arivaldo preencheu então um pedido de benefício por incapacidade, um atestado de afastamento e salário e uma solicitação de pagamento de salário-família, inserindo dados falsos, como por exemplo o de estar o primeiro denunciado vinculado na condição de empregado com a firma Santo André Montagem e Terraplenagem, salários, aumentos destes, etc. Também foi efetuada falsificação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, na qual aparecia o registro do fictício contrato de trabalho já aludido.

O primeiro denunciado, embora sabendo das falsificações, pois recebeu de volta os seus documentos, consentiu em receber indevidamente auxílio-doença do INPS no período que vai de 1.º-3 a 31-8-79, no total de Cr\$ 42.515,80 (quarenta e dois mil, quinhentos e quinze cruzeiros e oitenta centavos).

Recebida a denúncia, foram ouvidos os acusados às fls. 107 e 114, respectivamente, após ter sido decretada a prisão preventiva de Arivaldo Ramos Albuquerque (fl. 122).

Quando o interrogatório suscitou a defesa o incidente de insanidade mental do segundo réu, o qual, processado em apartado, chegou a termo com a conclusão médica de ser o paciente portador de doença mental (autos em apenso). Com a conclusão do incidente, já tendo sido transferido o réu para o Manicômio Judiciário (fl. 152), decidiu o julgador pela custódia domiciliar (fl. 156) em face do teor da certidão de fls. 155v., decidindo pelo prosseguimento do feito com a só presença do Dr. Curador (fl. 185).

À fl. 114 apresentou o primeiro acusado a sua defesa prévia e à fl. 192 designou o julgador o Dr. Claudemiro Mendes da Silva para funcionar como Curador do segundo réu, eis que o seu advogado constituído, inexplicavelmente, abandonara a causa.

O designado, à fl. 198, ofereceu a defesa prévia de Arivaldo Ramos de Albuquerque.

Iniciada a instrução, foi ouvida a única testemunha arrolada pelo MPF (fl. 200).

Sem testemunhas de defesa e sem diligências, ofereceram as partes as alegações finais. À fl. 203 o MPF, pedindo a procedência da ação. As fls. 212/213 o réu Nilo Ferreira Costa, peça na qual alega, em preliminar, não ter sido autor do crime descrito na denúncia.

À fl. 215 o Curador do segundo réu argüiu a conexão desta ação penal com as de números 23.801 e 31.008, com tramitação na 3.ª Vara. Ouvido, pronunciou-se o MPF à fl. 217, pedindo fosse reconhecida a conexão, determinando o julgador à fl. 219 a sua competência para, prosseguindo com a instrução da ação penal n.º 31.008, vir a, posteriormente, proferir sentença única.

Na ação penal n.º 23.304 o representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Arivaldo Ramos de Albuquerque, Maria Lúcia Correia Pereira, Humberto Lopes Falcão e Lindinalva Ribeiro Figueredo, alegando que, no dia 26-9-79, agentes da Polícia Federal apreenderam na residência do primeiro farta documentação da área previdenciária, bem como petrechos e carimbos utilizados em fraudes contra o INPS e ainda 3 (três atestados de

afastamento do trabalho em nome da denunciada Lindinalva Ribeiro Figueiredo. Tipificou tal conduta como a descrita no art. 171, c/c o art. 25 do Código Penal.

Recebida a denúncia (fl. 285), foram os réus ouvidos (fls. 292, 294 e 295), sendo pelo despacho de fl. 304 — instaurado o incidente de insanidade mental do denunciado Arivaldo Ramos de Albuquerque.

Às fls. 297, 298 e 302 apresentaram os denunciados Humberto, Maria Lúcia e Lindinalva as suas defesas prévias, respectivamente.

Na instrução foram ouvidas as quatro testemunhas arroladas pelo MPF às fls. 324, 324v., 325 e 325v., vindo à fl. 340 pedir a defesa da acusada Maria Lúcia a substituição das testemunhas que arrolou na defesa prévia.

À fl. 241 foram os autos remetidos ao Dr. Juiz da 1ª Vara, em face do impedimento declarado do Dr. Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto.

À fl. 350 determinou o julgador a instauração em apartado do incidente de insanidade do réu Arivaldo Ramos de Albuquerque e a separação do processo em relação ao mesmo, os quais, xerocopiados, tomaram o nº 31.008.

À fl. 369 pediu a defesa de Lindinalva Ribeiro Figueiredo a substituição das suas testemunhas.

Reiniciada a instrução, foram ouvidas as testemunhas do acusado Humberto em número de duas (fls. 379 e 381) e mais duas, às fls. 380 e 382, arroladas pela defesa de Lindinalva e Maria Lúcia, respectivamente.

Sendo os autos enviados à 2ª Vara, por força da conexão argüida e acatada na ação penal nº 23.801, despachou o julgador à fl. 389, ordenando a instrução, seguindo-se a ouvida de mais uma testemunha da denunciada Maria Lúcia, determinando o julgador na ata de audiência, à fl. 399, o encerramento dos depoentes de testemunhas.

No prazo do art. 499 pediu a defesa de Maria Lúcia fosse oficiado o órgão previdenciário, o qual, em resposta, remeteu a juízo os documentos de fls. 409 e 410.

Seguiu-se a apresentação das razões finais. O MPF à fl. 415, pedindo a procedência da denúncia. A defesa de Maria Lúcia às fls. 418/419, alegando que a mesma fora vítima de uma cilada armada pelo acusado Arivaldo, ressaltando o fato de ser a ré contribuinte do INPS e pedindo a sua absolvição.

A defesa de Humberto, apresentada às fls. 423/429, afirma ter sido ele a vítima de um débil mental e não um co-autor. Pediu a sua absolvição.

Silente a defesa da acusada Lindinalva, esta a cargo do defensor dativo que lhe foi designado pelo juízo, pelo despacho de fl. 425, foi designado o Dr. Antônio Vital dos Santos, o qual, às fls. 426/427, apresentou as razões finais, pedindo igualmente a sua absolvição.

Quanto aos autos nº 31.008, relativos ao acusado Arivaldo Ramos de Albuquerque, após o normal prosseguimento do feito, com a já ouvida das testemunhas arroladas na denúncia, tudo devidamente relatado quando do exame dos autos nº 23.304, foram os autos separados em face da suspeita de ser o acusado insano mental, com a instauração do competente incidente de insanidade, em autos apartados.

Verificada nos autos do incidente a inimputabilidade deste réu, portador de doença mental e totalmente irresponsável pelos seus atos (ver laudo médico nos autos em apenso), nos termos 151 do CPC, foi dado prosseguimento à demanda penal, ficando o réu revel. Intimado, apresentou o seu curador e defensor a defesa prévia à fl. 369 e como já tinham sido ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia e não arrolou a defesa testemunhas, encerrou-se a ins-

trução, seguindo-se a apresentação das alegações finais da defesa às fls. 380 e 381, nas quais foi pedida a sua absolvição.» (Fls. 223/26).

Sentenciando, a ilustre Juíza absolveu o réu Arivaldo Ramos de Albuquerque, em razão do art. 22 do Código Penal, aplicando-lhe medida de segurança de liberdade vigiada pelo período de um ano; condenou Nilo Ferreira Costa às sanções do artigo 171 do Código Penal, com uma pena de dezesseis meses de reclusão e multa de Cr\$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil cruzeiros), a ser cumprida na Penitenciária do Estado; a seguir, concedeu-lhe o benefício do *sursis*; condenou ainda os réus, Maria Lúcia Correia Pereira, Humberto Lopes Falcão e Lindinalva Ribeiro Figueredo ao pagamento de uma multa de Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões) para cada (artigos 171; § 1º, e 155, § 2º, do Código Penal).

Inconformado, recorre o Ministério Público Federal da absolvição do réu Arivaldo Ramos de Albuquerque, por considerar que ele praticou três ações penais, em largo espaço de tempo, e porque o «laudo pericial» só alude ao crime apurado na ação penal 23.801, não havendo quanto aos demais qualquer comunicação aos médicos. Igualmente, recorre Nilo Ferreira da Costa sob alegação de que foi induzido, e está «pagando o preço de sua honestidade» (fl. 241). Pede a sua absolvição.

Contra-razões, às fls.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria pronunciou-se pela manutenção da sentença quanto ao apelante Nilo Ferreira da Costa, e pela sua reforma quanto a Arivaldo Ramos Albuquerque, que deve ser condenado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Preliminarmente: Tenho como impossível o julgamento de Arivaldo Ramos Albuquerque, que foi absolvido em razão do artigo 22 do Código Penal. Como observa o ilustre Procurador da República, Arx Tourinho, o acusado praticou diversos fatos delituosos, em épocas diferentes, havendo sido submetido a exame psiquiátrico apenas em relação a um dos crimes. Observa-se que ele, efetivamente, respondeu a três ações penais. Sobre o tema da apelação, diz com acerto o seu ilustre subscritor, *verbis*:

«Aliás, antes da ação penal nº 23.801, restou apurado o preenchimento ideologicamente falso de documento, ocorrido em fevereiro de 1979.

Os autos da ação penal nº 23.304 alude a falsificações realizadas antes de 1978 e mais: que, em setembro de 1979, foi apreendida pela Polícia Federal, na residência do apelado, farta documentação da área previdenciária, inclusive petrechos e carimbos utilizados na defraudação» (fls. 234/5).

O laudo de exame de sanidade mental do apelado considerou, apenas, o delito descrito nos autos da ação penal 23.801. Quanto aos outros delitos, inexistiu qualquer comunicação aos médicos-peritos, de modo que ignoraram eles a teia criminosa, tecida pelo apelado, durante prolongado espaço de tempo (fl. 235).

A seguir, passa a criticar o laudo existente nos autos.

Não se pode deixar de atender à apelação do Ministério Público. Não é possível permanecer o apelado absolvido, quando não ficou apurada a sua sanidade mental nos outros momentos delituosos. Também não será razoável a sua condenação, por presumir-se tão-só que ao tempo dos outros delitos ele não estivesse sob os efeitos da insanidade mental. O Código vigente adota sobre o tema o sistema biopsicológico. Isto significa que, além da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é indispensável que no instante do crime esteja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do CP).

Conseqüentemente, impõe-se a reforma da sentença, a fim de que outro exame seja procedido com extensão aos crimes não examinados, aproveitando-se para a ação penal nº 23.801 o «laudo» constante dos autos. Ao acolher a perícia já procedida, estou repelindo a ofensa feita pelo apelante aos supostos vícios e deformidades do laudo já apreciado pela decisão recorrida.

Isto posto, dou, preliminarmente, provimento parcial ao recurso do Ministério Público para os fins ali perseguidos. Reformo a sentença a fim de que outra seja lavrada após o exame pericial reclamado às fls. 234/37.

Baixem os autos à Vara de origem independentemente de acórdão.

EMENTA: Penal. Imputabilidade. Redução do entendimento.

1. O Juiz não fica adstrito ao laudo, especialmente se este é contraditório.
2. Indicando as provas e o modo como se comportou o denunciado, que a perturbação da saúde mental apenas lhe diminuiu a capacidade de entender os ilícitos, acolhe-se o recurso do Ministério Público.

VOTO (Revisor)

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Mantenho a r. sentença, por seus próprios fundamentos, quanto ao Apelante Nilo Ferreira da Costa. O fato de ter sido induzido — segundo alegou — por servidores da Autarquia, não é motivo para absolvê-lo. Desde que sabia não satisfazer os requisitos indispensáveis ao benefício, quando aceitou o *modus faciendi*, o fez livre e deliberadamente. Responde pelo que praticou.

Assim, nego provimento ao apelo de Nilo Ferreira da Costa.

Quanto ao recurso do Ministério Público, tem-se a considerar: a) as partes não foram intimadas especificamente para se manifestarem sobre o laudo, o qual não foi homologado pela ilustre julgadora; b) apenas um laudo pericial existe, embora sejam várias as ações penais pelas quais responde, e relacionadas a fatos ocorridos em momentos diversos.

É lição que se encontra em «Processo Penal», 3º vol., nº 16, escrito por Fernando da Costa Tourinho Filho, *in verbis*:

«Em todos os casos de exame para a constatação de inimputabilidade, apresentado o laudo subscrito pelos dois peritos (podendo, entretanto, cada um elaborar o seu), será juntado aos autos do processo incidente. Sobre ele se manifestarão as partes, e, finalmente, na hipótese de o Juiz homologá-lo, podem surgir duas situações: a) os peritos reconhecerem a inimputabilidade ou a imputabilidade diminuída, existente à época da ação ou omissão; b) ser reconhecida a inimputabilidade ou responsabilidade diminuída, acentuando, entretanto, que a doença mental sobreveio à infração.

Na primeira hipótese, homologado o laudo, determinará o Juiz seja dado prosseguimento ao processo principal, com a presença do curador nomeado (art. 151). Se o exame se fez antes da denúncia ou queixa, nada obsta seja uma ou outra ofertada. Nesse caso, por razões óbvias, o réu não será citado nem interrogado. Cumprirá ao curador receber a citação, fazer a prévia e prosseguir nos demais atos próprios da defesa.»

É verdade que na fl. 19 do incidente em apenso há despacho mandando abrir vista ao Ministério Público Federal e intimar a Defesa, sem que tenham dito algo sobre o laudo. Acaso o tivesse examinado, o ilustre representante do Ministério Público Federal, por certo, teria dado pelas falhas apontadas no item 3 das razões do apelo. Por outra parte, o despacho de fl. 185 adquire a força homologatória do laudo pelas providências que determina. Do contrário, elas não teriam sido ordenadas.

Assim, não me deparo com motivo para anular a perícia ou dispor que outra seja realizada, considerando as datas em que foram praticados os dois outros delitos. Apa-

rentemente isso seria indispensável. Digo aparentemente porque, além do Juiz não ficar adstrito a laudo, o tipo de enfermidade que acomete o denunciado é dos mais comuns e que tem manifestado gênios na literatura, na política, nas armas e na arte. Acresce dizer que os próprios peritos entraram em contradição ao escreverem:

«... é sabido que os epiléticos, fora das crises e dos equivalentes epiléticos podem ter uma vida inteiramente normal, sobretudo quando conduzidos e controlados terapêuticamente em regime ambulatorial.» (Fls. 17/1)

«A análise de investigação anamnética, os dados colhidos dos autos e o exame eletroencefalográfico mostram de modo pleno que o paciente em questão é portador de um processo epilético do tipo focal frontotemporal direito. É ele, pois, um doente mental, portador de epilepsia focal. Os seus internamentos em hospitais psiquiátricos e a sua aposentadoria por invalidez oferecem subsídios inquestionáveis sobre a sua doença mental. Claro está, pois, que na ocasião do delito o paciente estava sob efeito dos chamados equivalentes epiléticos, sendo, destarte, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.» (Fls. 17/2)

A conclusão é ilógica, porquanto não demonstram que, no momento do delito, encontrava-se «sob o efeito dos chamados equivalentes epiléticos.»

A verdade é que se cuida de uma pessoa de cultura mediana, mas muito inteligente e perspicaz, tanto que arquitetou toda a trama criminosa, equipou-se com o material necessário e executou, com sucesso, a empreitada por mais de uma vez. Logo, para chegar ao fim a que pretendia, em absoluto, não podia encontrar-se em coma epilética ou com os tais «equivalentes.»

José Alves Garcia («Psicopatologia Forense», ed. de 1945 da Edit. Forense, p. 219 e seguintes) sinala:

«A síndrome epilética caracteriza-se essencialmente pela turvação ou perda da consciência, que acompanha uma série de fenômenos motores, piramidais, extrapiramidais e vegetativos, e dos quais sobressaem mais as convulsões tônicas e crônicas.»

Ora, isto não ocorreu, pois, examinado a 30-9-81, disse: «Historia a crise convulsiva há 8 anos atrás, mas há 5 anos que não tem mais isto.» (Fl. 16 do laudo).

Por fim, o fato pelo qual responde se deu em fevereiro de 1979, isto é, pouco mais de dois anos antes do exame.

Eis o que fez ele:

«O 2º denunciado preencheu, então, um «Requerimento de benefício por incapacidade», um «Atestado de Afastamento e Salários» e uma «Solicitação de pagamento de salário-família», inserindo dados falsos, como, principalmente, o de que existia vínculo empregatício entre o 1º denunciado e a firma Santo André Montagem e Terraplenagem. Daí decorreram todas as contrafações, como as referentes a salários e aumentos desses.»

Foram realizadas, também, pelo 2º denunciado, falsificações na Carteira de Trabalho e Previdência Social do 1º denunciado, relativas aos fictícios contratos de trabalho com a empresa aludida.» (Fls. 2/3)

Em atos dessa natureza não se vê deterioração da compreensão, da memória e da atenção, como é observável nos epiléticos.

O mesmo José Alves Garcia lembra que o perito, «chamado a dar o seu parecer sobre uma questão médico-forense, deverá analisar e penetrar os caracteres fundamentais do ato incriminado ou indiciado, mas a solução virá adaptada às particularidades de cada caso» — ob. cit. p. 227.

Os delitos praticados pelos epilépticos caracterizam-se pela violência, a instantaneidade do ato, a impulsividade, sendo capazes de praticar todas as espécies de crimes, inclusive os que demandam meditação e execução sofisticada e repetem as suas práticas, tornando-se reincidentes.

«Mas advertimos do perigo da demasiada extensão do conceito de *caráter epiléptico*, pois as infrações cometidas por um epiléptico, fora de toda crise e em estado mental aparentemente tranqüilo e seguro, não podem ser privadas da culpa moral e de suas conseqüências jurídicas, plenas em alguns casos e atenuáveis em outros.

Observa-se freqüentemente que epilépticos que levavam uma vida social ou profissional ordenada descambam subitamente ou progressivamente para os baixos estratos mundanos, tornam-se rufiões, cínicos, embriagam-se, entregam-se a trapaças e a negócios escusos; o perito não encontrará dificuldade então em reconhecer em tais enfermos a debilitação afetiva e intelectual, com a necessária e pertinente avaliação médico-legal.» (José Alves Garcia, *in* *Psicopatologia Forense*, ed. 1945 da Edit. Forense, p. 230)

Nada disso os Senhores Peritos foram capazes de explicar. Logo, embora epiléptico, não apresentou perturbação mental grave ou estável, o que deve ser considerado responsável pelo que fez.

Oswaldo Pataro observa:

«No plano da *responsabilidade* penal os crimes dos esquizofrênicos manifestos enquadram-se nos termos do art. 22 do CP brasileiro, ora vigente; mesmo cometidos durante a remissão, será cabível negar-lhes a imputabilidade, pois é de supor ainda a disposição mórbida aos atos delituosos.

Mas, nem sempre se isentam de pena esses doentes; o próprio *Bleuler* afirma que, *quando eles são diagnosticados com poucos sintomas, não se lhes deve negar a responsabilidade*. Isto quer dizer que, nos casos iniciais ou no curso da remissão, e quando o delito tem uma motivação compreensível e uma execução não marcadamente patológica, o esquizofrênico se beneficiará com o parágrafo único do art. 22 (diminuição facultativa da pena).

A absolvição, no entanto, faz presumir a periculosidade e esta, a seu turno, leva à adoção de medidas de segurança.» (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 33, p. 345)

A meu entender, o denunciado foi capaz de se definir entre o bem e o mal, entre o correto e o errado. Era capaz de entender e de querer no momento dos atos delituosos.

Responsabilidade — adverte Magalhães Noronha — «é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas do seu ato» (Direito Penal, SP, Saraiva, 1980, 1º vol., nº 100, p. 172).

E Damasio E. de Jesus afirma:

«Imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica.

A imputabilidade deve existir no momento da prática da infração. Daí dizer o art. 22, *caput*, ao tratar de causas de exclusão da imputabilidade, que a deficiência deve existir «ao tempo da ação ou da omissão.»

«Como veremos na ocasião própria, é insuficiente que o agente seja portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto (salvo o caso da menoridade) ou retardado, ou que pratique o fato em estado de ebridez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. É necessário que em decorrência dessas deficiências não tenha a capacidade de entender e de querer. A

presença da causa (doença mental, p. ex.) e do efeito (incapacidade de entender e de querer) é que faz surgir a inimputabilidade.» (Direito Penal, 1º vol., Parte Geral, p. 422)

Heleno Cláudio Fragoso, na última edição de sua obra «Lições de Direito Penal — A Nova Parte Geral», RJ, Forense, 1985, p. 206, nº 182, esclarece:

«O juízo sobre a imputabilidade, no entanto, é feito com critérios normativos e compete ao juiz. Não se trata apenas de saber se o acusado tinha, ou não, uma genérica capacidade de entender e querer, mas sim se era capaz de um obrar reprovável, ou seja, se era capaz de entender a ilicitude e de se determinar segundo esse entendimento. O juízo de imputabilidade considera o conjunto da personalidade do acusado, tendo-se em vista as exigências do ordenamento jurídico, sendo um juízo sobre a capacidade de culpa, que tem por base a capacidade de genérica atuação conforme o direito. Quem pode atuar conforme o direito é capaz de atuar culpavelmente.»

Foi realizando esse exame que cheguei à conclusão de que o denunciado ficou entre a sanidade e a plena insanidade ou «naquela faixa cinzenta» apontada por Aníbal Bruno, isto é, entre «os estados atenuados, incipientes e residuais de psicoses», os «transtornos mentais transitórios.»

A exposição de motivos da Nova Parte Geral acentua:

«22. Além das correções terminológicas necessárias, prevê o projeto, no parágrafo único, *in fine*, do artigo 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como consequência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida.» (Novo Código Penal, Editora Saraiva, 1985, p. 87, nº 22).

Atento, em suma, à prova dos autos, dou provimento ao recurso do Ministério Público para, considerando o grau da culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do denunciado, aos motivos, circunstâncias e consequências dos crimes, condenar Arivaldo Ramos Albuquerque por infração repetida do art. 171 do CP a 2 (dois) anos de reclusão e dez dias-multa, este no valor de um trigésimo do salário mínimo de 1979, pena que aumento de 1/3 (um terço) de acordo com o disposto no § 3º, ficando em 3 (três) anos de reclusão. Todavia, considerando o disposto no parágrafo único do art. 26, do CP, reduzo-a de 1/3, fixando-a definitivamente em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. O regime inicial do cumprimento da pena é o semi-aberto. Concedo-lhe, no entanto, o *sursis* pelo prazo de 4 anos, mediante as condições legais e outras que o prudente critério do Juiz houver por bem ditar.

VOTO VISTA

O Exmo. Sr. Ministro Otto Rocha: Estou com o eminente Relator quando, preliminarmente, tem como impossível o julgamento de Arivaldo Ramos Albuquerque, absolvido que fora em razão do artigo 22 do Código Penal, que dispõe:

— «Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem».

Acolho, de outra parte, o voto do eminente Relator quando destaca, *verbis*:

— «Não se pode deixar de atender à apelação do Ministério Público. Não é possível permanecer o apelado absolvido, quando não ficou apurada a sua sanidade mental nos outros momentos delituosos. Também não será razoável a sua condenação, por presumir-se tão-só que ao tempo dos outros delitos ele não estivesse sob os efeitos da insanidade mental. O Código vigente adota sobre o tema o sistema biopsicológico. Isto significa que, além da doen-

ça mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é indispensável que no instante do crime esteja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do CP).

Conseqüentemente, impõe-se a reforma da sentença, a fim de que outro exame seja procedido com extensão aos crimes não examinados, aproveitando-se para a ação penal nº 23.801 o «laudo» constante dos autos. Ao acolher a perícia já procedida, estou repelindo a ofensa feita pelo apelante aos supostos vícios e deformidades do laudo já apreciado pela decisão recorrida.

Isto posto, dou, preliminarmente, provimento parcial ao recurso do Ministério Público para os fins ali perseguidos. Reformo a sentença a fim de que outra seja lavrada após o exame pericial reclamado às fls. 234/37.

Baixem os autos à Vara de origem independentemente de acórdão».

A solução dada pelo eminente Relator tem semelhança com o que aqui nesta 2ª Turma decidiu o eminente Ministro Gueiros Leite, ao julgar a Apelação Criminal nº 5.877 — Bahia, em acórdão com a seguinte ementa:

— «Processual Penal. Defeito da prova. Diligência.

Sendo incerta a responsabilidade criminal, por suspeita (não desfeita) de enfermidade neurológica do agente, deve-se converter o julgamento em diligência para a sua apuração».

Com estas considerações, o meu voto é acompanhando o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.324 — BA — (Reg. nº 5.621.127) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Aptes.: Nilo Ferreira da Costa e Justiça Federal. Apdos.: Justiça Pública e Arivaldo Ramos Albuquerque. Advs.: Drs. Raul Alves de Carvalho e Claudemiro Mendes da Silva.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Revisor, deu parcial provimento ao recurso da Justiça Pública, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 8-8-88 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Otto Rocha votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.474 — RJ
(Registro nº 8.600.503)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelante: *Almir Oliveira da Silva*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Leopoldo Peres e outros*

EMENTA: Penal. Sonegação fiscal. Emenda do libelo. Réu primário. Pena de multa. Prescrição.

1. Embora o tipo do art. 1º da Lei nº 4.729/65 se confunda com o do art. 171 do CP, prevalece para a devida apenação o primeiro, em caso em que o ardil empregado se orienta para a sonegação de tributos, por aplicação do princípio da especialização.

2. Emenda-se o libelo, em grau de apelação, posto que a descrição da denúncia contém elementos essenciais do tipo de sonegação fiscal, afastada a classificação provisória como estelionato.

3. Ao sonegador primário se aplica pena de multa, como comanda o § 1º do art. 1º da Lei nº 4.729/65, que prescreve em dois anos, prazo já decorrido desde a sentença, pelo que se declara extinta a punibilidade do agente, pela prescrição, em face da pena aplicada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu, para os fins consignados no voto do Sr. Ministro Relator. Decidiu, ainda, de ofício, declarar extinta a punibilidade, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Almir Oliveira da Silva apela de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que o condenou à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, com di-

reito à suspensão condicional, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, do Código Penal, por ter recebido indevidamente quantia a título de restituição de imposto de renda.

Recebida e processada a apelação, vieram os autos a este Tribunal, onde a Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer opinando pelo parcial provimento da mesma, para afastar o ressarcimento do dano, como condição para a concessão do *sursis*.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ao fazer declaração de rendimentos com dados falsos, para eximir-se do pagamento do tributo e obter devolução indevida, o apelante praticou o delito do art. 1º, I, da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, ainda que a maneira pela qual agiu, apresentando documento relativo a rendimentos recebidos de empresa e tributo retido na fonte de que não era empregado, também afeioe a ação ao tipo do art. 171 do Código Penal.

É que, pelo princípio da especialização, prevalece a norma da lei de sonegação fiscal, para a apenação do infrator.

Da denúncia consta descrição que se ajusta ao delito da lei especial, de modo que, possível se apresenta a adequação do dispositivo da sentença, ao tipo penal praticado, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, de vez que a correção do libelo é possível nesta instância, o que não ocorre quando se trate de emenda do mesmo, por se dar nova descrição ao fato.

O apelante, como já ressaltado na respeitável sentença apelada, é primário e tem bons antecedentes sociais, daí por que incide a regra do § 1º do art. 1º da citada Lei nº 4.729/65, que determina a aplicação apenas da pena de multa do décuplo do valor do tributo sonegado.

Isto posto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar Almir Oliveira da Silva à pena de multa de dez vezes o valor do tributo sonegado, pela prática do delito do art. 1º, I, e § 1º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965.

Entre a data da última causa interruptiva, sentença condenatória de 29 de junho de 1984 e a presente, se passaram mais de dois anos, prazo em que se opera a prescrição da ação penal, quando aplicada apenas pena de multa, razão pela qual declaro, de ofício, extinta a punibilidade do agente, com fundamento no art. 61 do Código de Processo Penal, combinado com os arts. 107-IV, e 114 do Código Penal.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.474 — RJ — (Reg. nº 8.600.503) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Apte.: Almir Oliveira da Silva. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Leopoldo Peres e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do réu, para os fins consignados no voto do Sr. Ministro Relator. Decidiu, ainda, de ofício, declarar extinta a punibilidade. (Em 21-6-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Leite votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.849 — RJ
(Registro nº 8.603.910)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Revisor: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelantes: *Victor José Leal de Souza, Ivan de Abreu Lima, Tarcísio Loureiro Maia, Adelino Dias Lúcio, Solange Maia da Silva, Aierto Antonio Lauria e França Aldo Lauria*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Lauro Walter Leal de Souza, Dilma de Lima Faggioni e outro, Hugo Mósca e outros, Orlando Lopes Lamim e outros, Caio Monteiro de Barros Neto, Archimedes Pinto Amândo Júnior*

EMENTA: Penal. Estelionato. FGTS. Autoria e materialidade comprovadas. Associação. Ocorrência.

O saque feito em conta do FGTS, através de fraude comprovada, constitui o crime de estelionato, pois afeta o patrimônio do gestor desse Programa, o extinto BNH.

Induvidosas a autoria e materialidade, impõe-se a condenação dos Réus.

Não configurado o crime de associação em quadrilha.

Nulidades repelidas.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso de Tarcísio Loureiro Maia, para julgar improcedente a denúncia e, em consequência, em absolvê-lo por insuficiência de prova (art. 386, VI, CPP), e dar parcial provimento aos demais recursos, para julgar improcedente a denúncia no tocante ao crime do art. 288 do CP (quadrilha ou bando), excluindo da condenação as penas aplicadas em decorrência do mesmo; resolveu, ainda, conceder o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, com as condições que fixar o Juízo das Execuções.

Custas, comp de lei.

Brasília, 7 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A Dra. Julieta Lúcia Machado Cunha Lunz, eminente Juíza Federal da 13ª Vara, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim relatou a espécie:

«Aierto Antonio Lauria, qualificado à fl. 64, Belmiro Amatuzzi, qualificado à fl. 151, Ivan de Abreu Lima, qualificado à fl. 364, França Aldo Lauria, qualificado à fl. 158, Victor José Leal de Souza, qualificado à fl. 366, Tarcísio Loureiro Maia, qualificado à fl. 368, Adelino Dias Lúcio, qualificado à fl. 369, e Solange Maia da Silva, qualificada à fl. 371, todos estão processados como infratores dos artigos 304, c/c 51, § 2º, e 288 os primeiros, e 288 e 317 a última, porque:

«... Em março de 1979, através do escritório Control Contabilidade Assessoria e Planejamento, à R. Mayrink Veiga, 32, sala 1.003, do réu Ivan Abreu Lima, os acusados montaram uma máquina de manipulação indevida de FGTS que assim funcionou:

Mediante falsa documentação no sentido de que o trabalhador despedido passaria a trabalhar como autônomo, através de suborno à ré Solange Maia da Silva, funcionária do Serviço de Fiscalização do Setor Fundo de Garantia, a quadrilha obtinha liberação de FGTS de trabalhadores em casos incabíveis, como provam os docs. de fls. 6 a 14...».

Recebida a denúncia que veio instruída com os autos do Inquérito, foram os acusados citados e às fls. 364/365 e fls. 366/372 interrogados Ivan de Abreu Lima, Victor José Leal de Souza, Tarcísio Loureiro Maia, Adelino Dias Lúcio e Solange Maia da Silva, e apresentaram defesas prévias às fls. 376/384. Tendo em conta a não localização pelo Sr. Oficial de Justiça dos acusados Aierto Antonio Lauria, Belmiro Amatuzzi e França Aldo Lauria, como se evidencia da certidão de fl. 421, foram eles citados por Edital às fls. 422/430, expedindo-se precatória para a citação do último, França Aldo Lauria, consoante fl. 434, cumprida como se infere do mandado de fls. 442/442vº e 452/452vº, inobstante o que se fizeram revéis, como à fl. 458, apresentou defesa prévia pelos três acusados, a saber, Aierto Antonio Lauria, Belmiro Amatuzzi e França Aldo Lauria.

Prova de acusação consoante fls. 469/470 e 480/482; prova da defesa consoante fls. 512/516 e fls. 552/555. Superada sem requerimento a fase das diligências, como certificado à fl. 572, manifestaram-se as partes em alegações finais às fls. 573/574 e 576/631».

Sentenciando, julgou procedente a ação para condenar os Réus como infratores dos arts. 288 e 171, § 3º c/c o art. 70, do Código Penal, e, em conseqüência, atendendo à primariedade de todos os acusados, aplicar-lhes a pena mínima de um ano de reclusão (art. 171, § 3º, do CP), elevada para um ano e quatro meses de reclusão, além de multa de duzentos e dez dias à razão de três trigésimos do salário mínimo a multa imposta, penas que se elevam de um terço, em razão do concurso formal, dada a repetição e continuidade dos ilícitos saques do FGTS, para fixar-se definitivamente em um ano, nove meses e dez dias de reclusão, mais a multa de vinte e oito salários mínimos.

Pela infração do art. 288, do Código Penal, aplicou aos mesmos a pena de um ano de reclusão, que, somada à pena aplicada, perfez um total de dois anos, nove meses e dez dias, além de multa de vinte e oito salários mínimos no tempo da execução.

Inconformados, recorreram os Réus, resumidas as respectivas fundamentações nesses lances do parecer de fls. 746/759, *verbis*:

«O primeiro apelante, Victor José Leal de Souza, alega o seguinte:

a) nulidade do processo por inépcia da denúncia, que não individualizou a participação de cada um dos acusados no fato delituoso descrito na exordial acusatória;

b) nulidade do processo por falta do exame de corpo de delito, já que os documentos ditos falsos não foram submetidos à perícia, inexistindo assim a prova da materialidade do fato;

c) insuficiência de provas, seja em relação aos fatos ilícitos, que o apelante diz que inexistiram, seja em relação ao seu envolvimento, tendo a sentença impugnada se baseado exclusivamente na prova colhida na fase inquisitória;

d) ausência do elemento subjetivo, em relação ao estelionato, desde que pensava que as liberações eram legais;

e) desclassificação do delito de natureza patrimonial, para estelionato privilegiado em face do pequeno prejuízo causado (fls. 642/655).

O segundo apelante, em suas razões de fls. 398/400, alega o seguinte:

a) nulidade do processo por inépcia da denúncia;

b) inexistência dos crimes pelos quais foi condenado, aduzindo em relação ao art. 288 do Código Penal que sequer conhecia três dos co-réus e que a importância depositada no FGTS pertence ao beneficiário da conta, não constituindo crime de estelionato a entrega do valor do depósito ao próprio beneficiário do mesmo;

c) insuficiência geral de provas, estando a sentença fundada apenas na prova do inquérito.

O terceiro apelante levanta a preliminar de nulidade do processo por inépcia da denúncia, sustentando em relação ao mérito que não participou dos fatos anunciados na denúncia e que a prova é insuficiente para condená-lo, não sendo possível a edição de decreto condenatório com base em declaração de co-réu, no caso o co-réu Adelino Dias Lúcio (fls. 608/616).

O quarto apelante, às fls. 536/541 e 658/662, sustenta que o processo é nulo, por inépcia da denúncia, alegando quanto ao mérito que não participou dos fatos, tendo trabalhado no escritório em causa como mero estagiário, com remuneração fixa, sem receber nenhuma gratificação relacionada com os levantamentos ditos irregulares.

A quinta apelante, nas razões que apresentou às fls. 667/678, além da preliminar de inépcia da denúncia, sustenta a nulidade do processo por julgamento *extra petita*, vez que tendo sido denunciado como incurso nas penas dos arts. 288 e 317 foi condenada com base nos arts. 171 e 288. No mérito, alega que inexistem provas de seu envolvimento nos fatos, em apuração, pois nem conheceu os co-réus, sendo que sua confissão extrajudicial foi obtida sob coação.

Já o sexto e o sétimo apelantes, em suas razões de fls. 715/738, sustentam o seguinte:

a) nulidade do processo por inépcia da denúncia, que não individualizou a participação de cada réu;

b) nulidade do processo por falta do exame de corpo de delito, faltando a prova material do crime de estelionato;

c) nulidade da sentença porque os apelantes foram denunciados como infratores dos arts. 288 e 304, sendo condenados com base nos arts. 288 e 171 do Código Penal, sem as providências do art. 384 do Código de Processo Penal;

d) nulidade da sentença por estar fundada em provas coligidas na fase inquisitória, exclusivamente;

e) nulidade da sentença por falta de exposição ainda que sucinta da acusação e defesa;

f) inexistência de estelionato porque não houve emprego de artifício ou ardid, não tendo havido uso de documentos falsos, ocorrendo o fato irrelevante para o direito penal da não apresentação de documento necessário ao levantamento;

g) não houve induzimento ou manutenção em erro, porque Solange, a funcionária encarregada da liberação do FGTS, estava ciente da fraude como narra a denúncia;

h) inexistência de estelionato por ausência de prejuízo, desde que a importância depositada pelo FGTS pertence ao beneficiário;

i) não configuração do crime de quadrilha, seja por falta de sociedade permanente ou estável, seja pelo fato de que ainda existente a sociedade, o crime só se configuraria se visasse à prática de crimes variados, não sendo admitidos como tal a repetição do mesmo crime, que no caso seria o estelionato na forma continuada.»

Contra-razões às fls. 690/704.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovemento de todas as apelações (fls. 746/759).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: As diversas preliminares de nulidade argüidas nos apelos podem ser concentradas nestes itens:

1. inépcia da denúncia por falta dos elementos exigidos e por não individualização da participação de cada acusado;
2. falta do exame de corpo de delito;
3. julgamento *extra petita*;
4. desclassificação do delito sem a observância das providências do art. 384 do CPP;
5. sentença apoiada em provas coligidas, exclusivamente, na fase inquisitorial;
6. falta de exposição dos fatos, ainda que sucinta, na sentença;

No que tange à denúncia, não vejo como acolher a sua nulidade. É certo que a peça inaugural (fl. 2) não representa um modelo de trabalho. Todavia, a sua sumariedade não chega a afetar o processo, por isso que identifica e qualifica os acusados, relata os fatos e oferece sugestão de indiciamento.

A jurisprudência pretoriana recusa a possibilidade de rejeição, quando, mesmo resumida, a denúncia contém os elementos necessários. A propósito, lembro o seguinte acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, RHC nº 59.897-8-ES, Relator Min. Oscar Corrêa (*DJ* de 11-6-82), de cuja ementa se lê:

«EMENTA: Inépcia da denúncia.

Não se configura, se contém os elementos indicativos das circunstâncias do fato criminoso, qualificação do acusado e classificação do crime, possibilitando a defesa ampla. Denúncia concisa, mas contendo os elementos essenciais. *Habeas Corpus* denegado.»

No mesmo sentido são os v. arestos: RHC nº 60.391-2-SP, Relator Min. Rafael Mayer, *in DJ* de 11-3-83, RHC nº 58.364-4-SP, Relator Min. Djaci Flacão, *in DJ* de 21-11-80.

Também não se pode condenar a peça inaugural pela ausência de individualização da participação dos Réus. Em casos como o destes autos, onde os fatos delituosos en-

volvem vários agentes, a orientação predominante é no sentido de não se exigir a provi-dência. A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República relaciona vários acórdãos do Pretójo Excelso nessa linha de entendimento. É ler-se:

«EMENTA: Denúncia. Nos casos de autoria conjunta ou coletiva, não se faz indispensável individualizar a participação específica de cada agente, cuja conduta pessoal há de ser apurada no curso da ação penal e não pela via do *habeas corpus*.

É apta quando descreve fatos que, em tese, configurem crime, mesmo quando eventualmente insira errônea capitulação legal.

Menção à data precisa do crime só se torna necessária em casos como os de dúvida sobre transcurso de prazo de prescrição ou de inimizabilidade em razão da idade, hipóteses que não ocorrem, na espécie.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento». RHC nº 62.814-1-PE — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJ 7-6-85 — página 8.090.

«EMENTA: Processual Penal. Denúncia. Crime multitudinário. Exigências atendidas.

Nos crimes multitudinários não é de exigir-se que da denúncia constem maiores minúcias quanto ao exato comportamento de cada um, desde que nela se encontrem devidamente narrados os fatos e as participações dos denunciados nas ocorrências. Na instrução probatória as diferenças de comportamento de cada um, a maior ou menor intensidade do dolo e outros elementos diferenciadores entre eles, poderão surgir, proporcionando a absolvição ou a diferenciação das penas, no caso de condenação. Incabível pretender-se a nulificação da ação penal por pretender-se maior minúcia, na peça acusatória, se se tem como satisfeitas as exigências previstas no art. 41 do Código Proc. Penal». RHC nº 62.931-8-MT — Rel. Min. Aldir Passarinho — DJ 14-6-85 — página 9.569.

«EMENTA: Crime de autoria coletiva. Narração genérica, mas perfeitamente apta a possibilitar o exercício da defesa.

Pena-base fixada no limite mínimo, aquém do qual não poderiam as atenuantes operar.

Pedido indeferido». HC nº 64.870-3-DF — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJ 24-4-87 — página 7.195.»

Sobre as falhas processuais, indicadas como motivação de não prosseguimento do feito, não as concebo com a relevância que se deseja. A meu sentir, e diante do exame que fiz de todo o conteúdo destes autos, restou-me a convicção de sua normalidade. Sequer a alegada ausência de exame de corpo de delito pode ser invocada como causa de nulidade. Na espécie, a materialidade do crime é incontroversa, posto que a documentação trazida aos autos comprova a circunstância, sem necessidade da medida. Para tanto, basta a presença dos documentos de fls. 16/43 e 60/87, para a certeza da efetiva ocorrência delituosa. De pôr em realce, também, os corretos comentários da decisão monocrática, nesse ponto, *verbis*:

«Certa a materialidade da infração, disto fazendo prova as centenas de guias de retiradas cujos levantamentos foram obtidos no escritório da Rua Mayrink Veiga, nº 32/1.003, que acintosamente fez publicar os anúncios vistos às fls. 3, 18, 21 no Rio de Janeiro em diversos diários, bem como em São Paulo, como afirma o acusado Belmiro às fls. 151/152.

A certeza da materialidade advém dos documentos de fls. 6/14, 32/36, 39/42, 96/99, 102/105 e 110/113, bem como das declarações dos tantos interessados que acorreram à publicação dos acusados e obtiveram os saques, como se infere das declarações das testemunhas do Sumário às fls. 469/470 e

480/482, além das declarações de fls. 15/17, 30/37, 43/44, 115, 118, 120, 122, 124/125 e 127, colhidas na fase do Inquérito, as quais foram corroboradas pelos elementos já coligidos em Juízo.»

Acerca dos vícios da sentença, parece pouco provável que se prestigie alegação de julgamento *extra petita*, em razão de os Réus terem sido denunciados nos arts. 288 e 317 e condenados nas penas dos arts. 288 e 171. Não se cuida, como parece óbvio, da hipótese aventada. O Julgador deu, apenas, uma nova qualificação jurídica, sem que, para tanto, se possa exigir a cautela recomendada no art. 384 do Código de Processo Penal. O art. 383, do mesmo ordenamento, prescreve o procedimento adequado, para ocorrência como esta, sem a necessidade da providência do artigo 384. Lembro, nessa linha conceptiva, o seguinte aresto de minha lavra (ACr nº 4.526-RJ):

Penal. Falsidade ideológica. Desclassificação.

Ao juiz é facultado desclassificar o crime, ao dar definição jurídica ao fato descrito na denúncia (art. 383 do CPP).

A inserção de declaração falsa em documento público, com os objetivos censurados pela legislação, configura o crime de falsidade ideológica (art. 299) do CP) e não aquele conceituado no art. 297 do mesmo diploma.

Preliminares de nulidade processual rejeitadas.

Acerca da nulidade do item 5 — prova acolhida do inquérito, exclusivamente — a improcedência da alegação é manifesta. A leitura atenta da sentença demonstra que a culta Magistrada de primeiro grau analisou o elenco probatório de maneira ampla, vale dizer, tanto os elementos da fase inquisitorial como aqueles coligidos em juízo. A confirmação disso está na simples verificação das peças indicadas na sentença, em relação a cada acusado, onde se vê que os depoimentos colhidos na Justiça foram considerados.

De outro lado, não encontro justificativa plausível para reconhecer falha na sentença, no tocante à exposição dos fatos (item 6). O relatório transcreve a denúncia, registra todos os atos judiciais procedidos, além de referenciar os elementos de prova.

De meritis, parece-me irrefutável a constatação de que a autoria e a materialidade são incontestadas. Em relação à segunda, já se demonstrou que a documentação trazida aos autos revela, sem sombra de dúvida, a prática do delito, com o objetivo de fraudarem os saques do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 288 do CP), além do estelionato, resultante do levantamento indevido de importâncias daquele Programa (art. 171 do CP).

Quanto à autoria, a participação de cada Apelante na operação delituosa é incontestável. A MM. Juíza *a quo* examinou situação por situação, mostrando, com base nas provas que instruem a ação, o grau de envolvimento dos mesmos. Nada mais precisará ser acrescentado ao excelente trabalho, motivo pelo qual transcrevo o *decisum*, nesse passo:

Quanto à autoria por parte de Victor José Leal de Souza, inquirido às fls. 48/49 e 168, afirmou ser um dos integrantes da quadrilha, que funcionava como procurador nos ilícitos saques, vindo a integrar o bando através de Ivan, recebendo parte dos 30% (trinta por cento) cobrados de cada «cliente», declinando sua ligação com Adelino Dias Lúcio, Tarcísio Loureiro Maia, quando de suas declarações no Inquérito e detalhando sua participação quando de seu interrogatório perante este Juízo à fl. 366.

Quanto à autoria por parte de Ivan de Abreu Lima, dono da Firma Control, admite o envolvimento com os demais acusados que o assistiram em seu escritório visando à participação no rateio do dinheiro obtido com os ilícitos saques do FGTS; suas declarações vistas às fls. 55, 167 e 364 propiciam a certeza da autoria e de sua consciente participação dolosa nos ilícitos saques do FGTS.

Quanto à autoria por parte de Aierto Antonio Lauria, infere-se de suas declarações às fls. 65, 89 e 169, que foi o planejador e principal executor da fraude aplicada contra o BNH, sendo certo que isto já vinha aplicando em São Paulo, três anos antes da ocorrência no Rio de Janeiro; detalha o indigitado réu ter se mancomunado com Ivan de Abreu Lima e se estabelecido no escritório da Rua Mayrink Veiga com seu ilícito negócio, cuja clientela era arregimentada por anúncios nos jornais, em autêntico acinte às autoridades.

Quanto ao acusado Adelino Dias Lúcio, cujas declarações são vistas às fls. 82, 209 e 369, tem-se que as declarações de Solange dizem de sua participação no fato denunciado, visto que se prevaleceu de trabalhos no escritório do acusado Tarcísio, Fiscal do Trabalho, para ter acesso e poder de convicção no arregimentar a ré Solange à prática do delito.

Quanto ao acusado Belmiro Amatussi, descreve, às fls. 151 e 345/347, a fraude praticada em São Paulo, seu envolvimento com os irmãos Lauria, seu inicial contato com Tomazo e sua vinculação a Ivan de Abreu Lima e aos demais que aceitaram participação no esquema fraudulento aplicado contra o BNH, cujo ponto «comercial» foi estabelecido na Rua Mayrink Veiga, 32; detalhou a mecânica de divisão do lucro ilícito, no contrato com os acusados Tarcísio Loureiro Maia e Solange Maia da Silva, a intermediação de Adelino Dias Lúcio, empregado de Tarcísio, bem como o fracionamento do bando e o retorno de Belmiro Amatussi a São Paulo com França Aldo Lauria.

Quanto à autoria por parte de França Aldo Lauria, tem-se que sua confissão à fl. 158, com as confissões dos demais, encontra reflexo nos demais elementos dos autos e conciliando-se a confissão de cada um dos acusados entre si. Sendo certo ainda que o fato de ser irmão de Aierto Antonio Lauria lhe possibilitou a facilidade no desempenho de sua tarefa no bando, qual seja a de procurador dos interessados nos saques, cujas centenas de guias são vistas nos autos.

Quanto à autoria por parte de Tarcísio Loureiro Maia, sua negativa se apresenta como uma tentativa de eliminar os elementos de acusação contra si apontados por Adelino Dias Lúcio e Belmiro Amatussi, por quem foi reconhecido, ainda que tal reconhecimento tenha sido pouco formal, é ele corroborado pelas detalhadas declarações de Adelino no sentido de que:

«que conheceu o acusado Belmiro em início do ano de 1979, no Escritório onde o depoente trabalhava, ali comparecendo o dito acusado à procura do Advogado Tarcísio; que Belmiro já teria mantido contato com o Dr. Tarcísio que, por estar viajando ao Ceará, o depoente se comunicou com ele, Tarcísio, para lhe falar que estavam no escritório duas pessoas acompanhadas por Belmiro e pretendiam falar com ele, Tarcísio, sobre levantamento do Fundo de Garantia, assunto que já era do conhecimento dele, Tarcísio, que o problema dos levantamentos dos fundos de garantia se prendia à facilidade na obtenção de autorização para os ditos levantamentos, isto em razão de ser Tarcísio Inspetor do Trabalho; que Tarcísio em razão do telefonema do depoente mandou que o depoente fosse procurar o Sr. Zenon no Ministério do Trabalho; que o depoente passava dois dias após para obter a resposta de dona Solange; que Solange disse ao depoente que poderia mandar, inicialmente, umas quatro guias de movimentação do fundo de garantia diariamente; que o depoente comunicou a conversa que teve com Solange ao Belmiro e a outra pessoa que estava em sua companhia cujo o nome o depoente ignora; que comunicou ao Dr. Tarcísio a resposta positiva de Solange quanto às autorizações para a liberação do Fundo de Garantia, tendo o Dr. Tarcísio dito ao depoente que era só para que o depoente tomasse cuidado para que aquelas pessoas não o enrolassem e que ele, Dr. Tarcísio, manteria contato direto com aquelas pessoas; que as guias chegaram ao Escritório através de Belmiro e seu acompanhante e que o Dr. Tarcísio determinava que o depoente acompanhasse ditas

«Que outra pessoa envolvida é o Dr. Adelino Dias Lúcio, tendo certeza disso pois era ele o contato do escritório com o Ministério do Trabalho; que o Dr. Lúcio é assistente do Dr. Tarcísio Maia, que consta ser Inspetor do Ministério do Trabalho, e provavelmente é quem dá cobertura ao negócio.»

Também Victor nada afirmou sobre a participação de Tarcísio. À fl. 201 declarou o seguinte:

«Que realmente durante uma semana e em razão da ausência de Belmiro, foi o declarante que manteve o contato com Lúcio no escritório da Rua Almirante Barroso, nº 6, sala 1102, levando as AMS para serem liberadas a porcentagem referentes a eles, e recolhendo as AMS liberadas; que em virtude de sua função específica, na semana em que manteve contato com Lúcio, o fez rapidamente, e sempre no escritório em que o titular é Tarcísio L. Maia, o qual por ser dono do escritório deve saber da atividade de Lúcio junto ao MT.»

Já Aierto Antônio Lauria, França Aldo Lauria e Solange Maia da Silva nenhuma referência fazem à atuação de Tarcísio, circunstância que conduz à conclusão lógica de não ter o mesmo qualquer envolvimento na operação.

No concernente ao argumento de inexistência do crime de estelionato por falta de emprego de artifício ou ardid no uso de documento falso e ausência de prejuízo, louvo-me nas considerações contidas no parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, que, inclusive, cita precedente de minha autoria:

«Houve artifício, consistente na apresentação de documentação falsa e/ou incompleta, com o induzimento em erro do gestor do FGTS. O fato de a apelante Solange estar ciente da falsidade, autorizando ainda assim o levantamento indevido, não descaracteriza o estelionato, como pretendem dois dos apelantes, porque o lesado foi o gestor do fundo, no caso o BNH, não a sua funcionária, havendo evidente prejuízo, pois as importâncias foram indevidamente sacadas.

Inadmissível é a alegação preliminar de que não há estelionato porque as cotas sacadas pertenciam aos próprios titulares das contas, que não causaram assim prejuízo a ninguém. Primeiro porque do fato resultou um desfalque no montante do fundo administrativo pelo BNH, que poderá ser acionado para a reposição das cotas que indevidamente liberou. Segundo porque o FGTS, embora pertencendo ao trabalhador, é de saque vinculado à ocorrência de determinadas situações, obtendo indevida vantagem econômica quem consegue, fraudulentamente, levá-lo no todo ou em parte, prejudicando também os investimentos sociais do governo federal, baseados na disponibilidade eventual do fundo:

«EMENTA: Penal. Estelionato. FGTS. Saques. Autoria e materialidade comprovadas. Constitui crime de estelionato (art. 171 do CP), a ser processado e julgado na Justiça Federal, o saque feito em conta do FGTS, através de fraude comprovada, pois afeta o patrimônio do gestor desse Fundo, o BNH.

Induvidosas a autoria e a materialidade, impõe-se a condenação dos réus.

Sentença confirmada. ACr nº 6.788 — DF — Rel. Min. William Patterson — DJ de 16-10-86 — página 19.474.»

Em relação ao delito de associação em quadrilha, não me parece tenha ocorrido a figura do art. 288, porquanto não entendo ocorrente o elemento da composição estável e permanente, como exige o citado dispositivo, na interpretação que lhe dão os tratadistas e os Tribunais. Celso Delmanto, ao cuidar do assunto («Código Penal Anotado», 4ª edição, pág. 351), registra o seguinte:

«O núcleo associar-se implica a idéia de estabilidade, razão pela qual se exige que a associação seja estável ou permanente. Em quadrilha ou bando, diz a lei, usando vocábulos sinônimos, que se definem como associado estável ou permanente de delinquentes, «com o fim de praticar reiteradamente crimes, da mesma espécie ou não, mas sempre mais ou menos determinados» (H. Fragoso, Lições D. Penal, 1965, parte especial, III/934). A associação deve ser para o fim de cometer crimes».

In casu, ocorreu, a meu juízo, a prática de crime continuado e não a pluralidade de crimes. Não se pode entender como crime autônomo cada levantamento de depósito. A simples leitura da preceituação contida no art. 7º do CP, revela que a hipótese deste processo caracteriza a continuidade delitiva.

Vale lembrar, ainda, que a retratação em juízo, daqueles que confessaram na polícia, não veio lastreada por quaisquer elementos de prova. Aliás, isso não seria mesmo possível, porquanto a confissão extrajudicial está em perfeita harmonia com as demais provas colhidas na instrução do feito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de Tarcisio Loureiro Maia para julgar improcedente a denúncia e, em consequência, absolvê-lo por insuficiência de prova (art. 386, VI, do CPP).

Dou provimento parcial aos demais recursos para o fim de julgar improcedente a denúncia no tocante ao crime do art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando), excluindo da condenação as penas aplicadas em decorrência do mesmo.

Em consequência, concedo o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 anos, com as condições que fixar o Juiz das execuções.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Revisor): Os apelantes pretendem a reforma da sentença condenatória com os mais variados argumentos, conforme consta do relatório que acabamos de ouvir.

Precluiu o direito de arguir as preliminares de inépcia da inicial e de nulidade do processo, por falta de exame do corpo de delito, porque isso não foi feito no momento oportuno, achando-se convalidadas as nulidades diante do princípio adotado pelo art. 572 do CPP.

A denúncia é apta e eficaz porque, nos crimes de autoria coletiva, não há necessidade de que ela descreva a conduta individualizada de cada participante, desde que faça uma narração genérica do fato, apresentando o liame subjetivo existente entre os acusados, conforme iterativa jurisprudência do E. STF (RHC 58.544 — DJU 13-2-81, pág. 752, e RHC 58.802 — DJU 4-9-81, pág. 8.556; no mesmo sentido: TJSP-RT 538/352). Mesmo se não tivesse ocorrido preclusão em relação à segunda preliminar, inexistiria nulidade a ser reconhecida, porque o exame de corpo de delito foi suprido pela prova documental e testemunhal, conforme permite o art. 167 do CPP (fls. 47/48, 50/53, 54/57, 89/91, 136, 138, 141, 143/144, 146, 148, 150, 152, 154, 155, 157, 338 e 340).

Não procede a afirmativa de que a sentença é nula, por falta de exposição sucinta da acusação e da defesa, porque, no relatório, a MM. Juíza *a quo* chegou a transcrever parte da denúncia (fl. 379), não tendo ocorrido prejuízo algum para os apelantes, nesse aspecto.

Ademais, na desclassificação do crime do art. 304, CP, para o do art. 171, § 3º, a MM. Dra. Juíza levou em consideração circunstância *contida* explicitamente na denúncia, isto é, o uso da falsidade para iludir alguém. Mesmo em relação a Solange Maria da Silva, que fora denunciada por corrupção passiva, essa circunstância está contida implicitamente, porque, embora a falsidade não seja elemento integrante da corrupção passiva, ela se encontrava presente, a demonstrar a participação da agente no que o Código Penal chama agora de «concurso de pessoas» (art. 29).

Salvo em relação a Tarcísio Loureiro Maia, a autoria é incontroversa, diante das confissões dos réus, que guardam consonância com os demais elementos de prova (fls. 94/95, 102/103, 110/111, 119/120, 191/191v e 326).

A existência do elemento subjetivo, o dolo, está demonstrada em cada prova dos autos, onde se constata que os réus procuraram liberar o FGTS, de maneira indevida, sabendo da ilicitude de sua conduta.

Por outro lado, a denúncia, ao descrever os fatos, demonstrou que os crimes praticados eram da mesma espécie, de forma continuada; não se tipificando a quadrilha, por ausência da pluralidade de crimes, conforme ensina Nelson Hungria (Comentários ao CP, 1959, IX/178), inexistindo, assim, o delito do art. 288 do CP a ser punido.

Voltando a Tarcísio, parece-me não ser suficiente a prova para a condenação porque:

a) os acusados Victor e Ivan apenas supunham que Tarcísio fosse da quadrilha ou que soubesse da atividade ilícita de Adelino (fls. 95, 201, 323/324, 102/103, 200, 321/322);

b) Aierto e França não mencionaram o envolvimento de Tarcísio (fls. 110/111, 135, 202, 191); por isso que a incriminação feita por Belmiro (fls. 184v/185) não convence, tanto mais que Belmiro, às fls. 313v, nem menciona Tarcísio, ao contar como ele e Aierto contactaram Solange;

c) o fato de Belmiro haver reconhecido Tarcísio por fotografia não compromete a este, porque Belmiro, ao se encontrar com Adelino, pode tê-lo visto em seu escritório (de Tarcísio), na Av. Alm. Barroso, e que, aliás, não é o escritório do grupo (R. Mayrink Veiga);

d) Solange, apesar de ser funcionária do MTb, não incrimina Tarcísio, a quem, aliás, conhecia, como colega. Diz que Adelino foi-lhe apresentado por Zenon (fls. 212, 328/329);

e) Adelino, estagiário no escritório de Tarcísio, não o incrimina às fls. 129/233, só o fazendo às fls. 326/327, o que não se harmoniza com o que disse Zenon (fl. 214);

f) alegações do MP às fls. 480/481;

g) Tarcísio sempre negou tudo (fls. 249, 262 e 325).

Ante o exposto, dou provimento à apelação de Tarcísio Loureiro Maia, para reformar a sentença e absolvê-lo, por insuficiência de provas, e dou parcial provimento aos outros recursos para excluir o crime de quadrilha ou bando da condenação, diminuindo, em consequência, a pena total aplicada aos demais sentenciados.

Face a tal diminuição, podem e devem ser os condenados beneficiados com a suspensão condicional da pena, que ora concedo, no mesmo prazo estabelecido pelo ilustre relator e nas condições a serem fixadas pelo MM. Juiz Federal a quem compete a execução.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, das preliminares aventadas, superiormente apreciadas nos doutos votos de V. Exa. e do Ministro Revisor, impressionou-me a relativa à nulidade da sentença, por inobservância do art. 384 do Código de Processo Penal. Com efeito, ficou claro do voto de V. Exa. que há perfeita identidade entre os fatos narrados na denúncia e os fatos apurados no curso da instrução, de modo que ocorreu *emendatio libelli*, e não *mutatio libelli*.

Quanto ao mérito, autoria e materialidade estão perfeitamente delineadas, exsurto indubitosa a responsabilidade penal dos acusados, exceção feita ao apelante

Tarcísio Loureiro Maia. De fato, em relação a ele, como filtra do próprio trecho da sentença transcrito no voto de V. Exa., a prova é insuficiente para embasar decreto condenatório.

Entendo, também, que não se aperfeiçoou o crime da quadrilha ou bando.

Com essas breves considerações, Senhor Presidente, adiro ao voto de V. Exa.

QUESTÃO DE ORDEM

O EXMO. SR. DR. HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO (Advogado): Sr. Presidente, para evitar possíveis embargos de declaração, pediria apenas que se considerasse que este profissional, este advogado, levantou da tribuna, que integra o julgamento, um elemento novo, o da nulidade, qual seja, a não inclusão no processo, ou a não inclusão na denúncia daqueles que usaram os documentos falsos e que se beneficiaram, segundo agora a Turma, do prejuízo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): V. Exa. quer que registre a sua intervenção?

O SR. DR. HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO (Advogado): Sim, Exa., mereceria ser examinada, em face do que foi levantado da tribuna, a fim de que o julgamento se completasse desde logo.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): O julgamento já está encerrado. Cada Ministro já pronunciou o seu voto. Se houver algum equívoco, V. Exa. poderá, através dos embargos declaratórios ou do recurso próprio, ferir os pontos que desejar.

Peço que conste a intervenção do ilustre advogado.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.849 — RJ — (Reg. nº 8.603.910) — Rel.: Exmo. Sr. Min. William Patterson. Revisor: Sr. Min. Carlos Thibau. Apelantes: Victor José Leal de Souza, Ivan de Abreu Lima, Tarcísio Loureiro Maia, Adelino Dias Lúcio, Solange Maia da Silva, Aierto Antônio Lauria e França Aldo Lauria. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Drs. Lauro Walter Leal de Souza, Dilma de Lima Faggioni e outro, Hugo Mósca e outros, Orlando Lopes Lamim e outros, Caio Monteiro de Barros Neto, Archimedes Pinto Amando Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso de Tarcísio Loureiro Maia, para julgar improcedente a denúncia e, em consequência, absolvê-lo por insuficiência de prova (art. 386, VI, CPP) e deu parcial provimento aos demais recursos, para julgar improcedente a denúncia no tocante ao crime do art. 288 do CP (quadrilha ou bando), excluindo da condenação as penas aplicadas em decorrência do mesmo; resolveu ainda conceder o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, com as condições que fixar o Juízo das Execuções. Sustentação oral pelo Dr. Henrique Fonseca de Araújo, por Aierto Antônio Lauria e França Aldo Lauria e o Dr. Hugo Mósca por Tarcísio Loureiro Maia. (Em 7-6-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.674 — PR
(Registro nº 7.170.181)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar*

Suscitante: *Juiz Federal da 1ª Vara-PR*

Suscitado: *Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais de Curitiba-PR*

Parte A: *Justiça Pública*

Parte R: *Manoel Riatto*

EMENTA: Constitucional Penal e Processual Penal. Conflito positivo de competência. Execução criminal. Justiça Federal e Justiça Estadual.

1. Havendo concomitância entre a competência de Juiz Federal e de Juiz Estadual, prevalece a daquele, fixada na Constituição, sobre a deste, que é residual (cf. Pinto Ferreira, Enc. Saraiva de Direito, vol. 16/340-verbete «competência»). Inexistência, porém, de conflito, no caso, porque já proferida decisão por um dos magistrados, à disposição do qual também se encontrava o setenciado, que resolvera a incidente da execução — trabalho externo — não estando, assim, o respectivo processo pendente de qualquer julgamento.

2. Conflito não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do conflito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O Dr. Milton Luiz Pereira, MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, suscitou conflito positivo de competência, em que figura, como suscitado, o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais em Curitiba.

Expendeu o suscitante as seguintes considerações (fls. 03/06):

«O Juiz Federal da 1ª Vara, competente para as execuções criminais na Seção Judiciária do Estado do Paraná, com o devido acatamento, por meio desta representação, com base nas disposições do art. 122, I, e, da Constituição Federal, seguindo o caminho estabelecido pelos arts. 113, 114, I, 115, III, e art. 116 do Cód. Proc. Penal, suscita o presente Conflito Positivo de Jurisdição, estabelecido entre este e o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais, em Curitiba — PR, pelas razões seguintes:

1. *Manoel Riatto*, processado e julgado por est Juízo, foi condenado à pena de Três Anos e Um Dia de Reclusão, cumulada com a de multa, fixada em Cr\$ 60.000 (doc. I), aplicando-se-lhe a medida de segurança não detentiva (liberdade vigiada). Não provida a apelação (doc. II), para a execução do título punitivo transitado em julgado, foi expedida Carta de Guia da qual, para efeito de registro e correedoria dos presídios, foi dado conhecimento ao MM. Juiz suscitado (doc. IV);

2. durante a execução da pena privativa, com freqüência, os incidentes foram resolvidos no Juízo Federal da sentença (p. ex.: doc. V), até que, com surpresa, foi-lhe comunicado que, por decisão do MM. Juiz suscitado, o réu nominado «foi implantado na Colônia Penal Agrícola Manoel Ribas» e, depois, beneficiado com o «trabalho externo» (docs. VI, VII, VIII e IX). De pronto, foi rogada a revogação daquelas decisões (docs. X e XI), sem a solução aguardada;

3. destaque-se que, anteriormente, perante este Juízo, foi apreciada outra situação incidental da execução e indeferida, ensejando recurso improvido, em julgamento alcançado nessa Instância Superior (doc. XIII);

4. as decisões proferidas pelo MM. Juiz suscitado, sem revogá-las ao ser solicitado, claramente, põe à luz que compreende ser o competente para executar a sentença proferida pelo Juízo Federal, a meu ver, pelo fato do réu estar recolhido em presídio estadual.

Feito breve comemorativo, data vênia, entendo que falta competência ao MM. Juiz Suscitado para decidir, como fez, quanto aos incidentes pertinentes às sentenças proferidas no Juízo Federal, que submeteu o réu indigitado à prisão, ainda que presídio estadual, na conformidade do que dispõe o art. 85 da Lei 5.010/66, *verbis*:

Art. 85. «Enquanto a União não possuir estabelecimentos penais, a custódia dos presos à *disposição da Justiça Federal* e o cumprimento das penas por ela impostas far-se-á nos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios» (gf.).

«Denota-se que o recolhimento, no presídio estadual, é uma medida de mera colaboração, permanecendo o réu à *disposição da Justiça Federal*.

Por outro lado, tal diretriz encontra forte conforto nas disposições do art. 668, CPP, *verbis*:

Art. 668. «A execução, onde não houver Juiz especial, *incumbirá ao Juiz da sentença*, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente» (gf.).

Demais, sinale-se que, embora o MM. Juiz suscitado seja o «das Execuções Penais», o é, como *Juiz especializado* (especial), nos limites da competência da Justiça do Estado-Membro, por conclusão, sem albergar as execuções das sentenças prolatadas pelo Juiz Federal, que resolve as situações afeitas à execução dos seus julgados (art. 671, CPP). A nova Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/84), no particular, não modificou os princípios diretores em comento (arts. 65 e 66), comportando verificar que a referência «ao juiz indicado na lei local» (art. 65 rev.), não autoriza concluir a eleição de um Juiz de

Execuções único: para Justiça Federal e à Justiça Estadual. Conclusão ao contrário, *data venia*, seria ferir os limites de competência constitucionalmente estabelecida (art. 125, IV e VIII, Const. Fed., c/c. os arts. 668 e 671, CPP). Outrossim, em homenagem do disposto no art. 65 da Lei 7.210/84, alvoroça-se que, no caso, há Juiz Federal indicado (Provimento nº 264, de 14-3-84).

Tenho, pois, como injurídico manter na Justiça Estadual a competência em fase processual de execução de sentença, de cujo conhecimento sequer participou.

«A respeito, existe precedente:

EMENTA: «Compete à Justiça Federal, no Estado-Membro, decidir os incidentes de execução, em processo de que conheceu e decidiu, ainda que o setenciado esteja recolhido em presídio estadual, posto que tal significa medida de *mera colaboração*. Aplicação dos arts. 85 (Lei 5.010/66), 668 e 671, do CPP». (conf. de Jurisdição nº 2.222-PR — TFR — Rel. Min. Moacir Catunda).

Noutra vereda, poderia ser cogitado de que, no caso, o réu também está condenado pela Justiça do Estado do Paraná. A respeito, com ênfase, a uma, deve ser observado que a certidão expedida pelo 1º Ofício da Vara das Execuções Penais-PR (doc. XII), dando conta da anulação da sentença condenatória do réu Manoel Riatto, que estabeleceu a pena de Três Anos e Um Dia de Reclusão, mais a multa e a medida de segurança, resultou de equívoco. A anulação refere-se à outra ação (nº 1.290 — Ap. Crim. nº 6.063-PR — Registro nº 4.433.530), na qual o réu e outros foram condenados às penas de Dois Anos e Quatro Meses de Reclusão, Um Ano e Oito Meses de Reclusão, Um Ano e Quatro Meses de Reclusão, e Um Ano e Dois Meses de Reclusão (doc. XIII). Logo, as decisões, de parte do MM. Juiz suscitado, concedendo os benefícios aludidos (docs. VI, VII e IX), foram motivadas por «incidentes de execução», cativos à sentença guardada pela *res judicata* na Justiça Federal (doc. II).

Some-se, a duas, que, apesar da confusa certidão (doc. XII), deixar a impressão que o réu acabou sendo absolvido ou já cumpriu as penas pertinentes às condenações estaduais, mesmo perseverando alguma sentença do Juízo Estadual, quanto aos incidentes a competência é do Juiz Federal, *verbis*:

Omissis

«2. Competência do Juiz Federal para apreciar o pedido de soma ou unificação das penas, uma vez que a ele caberia o processo e julgamento de todas as infrações se procedida, oportunamente, a unificação dos processos» (conf. Jurisdição nº 6.072 — STF — Rel. Min. Leitão de Abreu — *in* Reposit. Jurisp. Penal — STF — vol. 24 — p. 41).

Sobressai, pois, que, se falece ao Juízo das Execuções Penais jurisdição competente para conhecer e apreciar pedido de unificação de penas, abrangendo condenação imposta pela Justiça Federal, por igual não tem competência no que tange aos demais incidentes de execução, mesmo nos casos de *dúplice* condenação (Justiça Federal e Justiça Estadual).

Estabelecidas as premissas, com os fundamentos aduzidos, assentando-se na Justiça Federal a competência para dirimir situações ocorridas na execução de sentenças criminais proferidas no seu âmbito jurisdicional, afirmando a competência deste Juízo para conhecer e apreciar os incidentes de execução da sentença condenatória do réu Manoel Riatto (Ação Criminal nº 1.413), suscito Conflito Positivo de Jurisdição, para que, conhecido e provido, seja declarada a competência do Juízo Federal das Execuções Criminais — Seção Judiciária do Paraná».

Suas razões vieram acompanhadas de documentação (fls. 7/28).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Mardem Costa Pinto e aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do conflito e, no mérito, se ultrapassada a preliminar, pela sua procedência, para declarar-se a competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Em seu parecer, assim se manifestou a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 31/33):

«2. Entendemos, preliminarmente, que os fatos, como narrados pelo douto suscitante, não caracterizam conflito de competência, uma vez que o Juiz Estadual da Vara das Execuções Criminais em Curitiba-PR já proferiu decisão no noticiado incidente, entregando a prestação jurisdicional requerida, decisão essa que transitou livremente em julgado (fl. 23).

3. Opinamos, pois, preliminarmente, pelo não conhecimento do conflito, desde que já existe decisão trânsito em julgado a respeito da pretensão do condenado no incidente em destaque.

4. Caso conhecido, entretanto, somos pela procedência do conflito.

5. Segundo dispõe o art. 85 da Lei 5.010/66, combinado com o art. 668 do Código de Processo Penal, compete ao Juiz Federal decidir os incidentes da execução, no caso de processo que conheceu e decidiu, o que está de acordo com entendimento dessa Egrégia Corte:

«Compete à Justiça Federal no Estado-Membro decidir os incidentes de execução, em processos de que conheceu e decidiu, ainda que o setenciado esteja recolhido em presídio estadual, posto que tal significa medida de mera colaboração. Aplicação dos arts. 85 (Lei 5.010/66), 668 e 671, do CPP». CC nº 2.222-PR. Rel. Min. Moacir Catunda.

6. Ainda no caso de condenado pela Justiça Estadual, nos termos do art. 27 da Lei 6.368/76, a competência para execução é da Justiça Federal, segundo recente decisão dessa Egrégia Corte:

«EMENTA: Processo crime. Entorpecente. Tráfico internacional. Execução da pena. Competência.

Compete ao MM. Juiz Federal da Vara de Execuções Penais a execução da pena, nos casos de crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, praticado em local que não seja sede de Vara da Justiça Federal.

Trata-se de competência constitucionalmente definida.

O uso da competência delegada pelo art. 27 da Lei nº 6.368/76 aos Juizes Estaduais é excepcionária e limitada, apenas, ao processo e o julgamento.

Exaurida a jurisdição do Juiz Estadual com a prolação da sentença, a execução há que ser promovida perante a Justiça Federal, pouco importando que o condenado esteja cumprindo pena na Capital ou no Interior.

Conflito procedente» CC 6.643-RS — Rel. Min. Flaquer Scartezzini — DJ 5-9-85 — página 14754.

7. Ante ao exposto, somos pelo não conhecimento do conflito. Se conhecido opinamos por sua procedência, declarando-se a competência da Justiça Federal.»

Verifica-se que o réu foi setenciado pela Justiça Federal e pela Justiça do Estado do Paraná.

Estou em que a jurisprudência mencionada não tem maior adequação à espécie, pois, nem foi condenado somente pela Justiça Federal, cumprindo a pena a título de colaboração em presídio estadual, uma vez que a real situação é a descrita acima, como também porque o invocado art. 27 da Lei nº 6.368/76 demonstra que o Juiz Estadual, naquela hipótese, age como se fora Juiz Federal, já que a jurisdição é federal no tráfico internacional de entorpecentes.

De qualquer sorte, porém, no caso, afigura-se-me a questão sem maior relevância, pois, em verdade, inexistente conflito, já que o Juiz Estadual resolvera a providência referente ao incidente da execução — trabalho externo —, não estando, assim, o respectivo processo pendente de qualquer julgamento.

Ante o exposto, embora ressalve que, em havendo concomitância entre a competência de Juiz Federal e a do Juiz Estadual, deve prevalecer a daquele, estabelecida na própria Constituição, sobre a do último, que é residual, como leciona Pinto Ferreira (Enc. Saraiva de Direito, vol. 16, pág. 340, verbete: Competência), estou em que, no caso, inexistente o conflito, porque já proferida a decisão por um dos Magistrados, à disposição do qual também se encontrava o setenciado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.674 — PR — (Reg. nº 7.170.181) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Paulo A. F. Sollberger. Suscte.: Juiz Federal da 1ª Vara-PR. Suscdo.: Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais de Curitiba-PR. Partes: Justiça Pública e Manoel Riatto.

Decisão: A 1ª Seção do TFR, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do conflito de competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 20-11-85).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves e José Dantas votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros José Cândido e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.882 — MA

(Registro nº 7.243.600)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar*

Suscitante: *Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal de Imperatriz-MA*

Suscitado: *Juiz de Direito da 11.ª Vara Criminal de Salvador-BA*

Partes: *Justiça Pública, Edvar Teixeira da Silva e Valdenir Figueiredo*

EMENTA: Constitucional e Penal. Conflito negativo de competência. Emissão de cheque sem fundos.

1. Já que não se trata de frustração de pagamento pela emissão de cheque sem fundos, mas de ardil para induzir estabelecimento bancário a efetuar pagamento, noutra praça, competente é aquele magistrado em cuja jurisdição foi tecida e desenvolvida a atividade fraudulenta.

2. Conflito negativo procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1.ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar a competência do Juiz de Direito da 11.ª Vara Criminal da cidade de Salvador — BA, 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 dezembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Mardem Costa Pinto e aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, assim relata e opina sobre o conflito negativo de competência de que cuidam os presentes autos (fls. 81/83):

«Instaurou-se, sob a responsabilidade do titular da Delegacia de Defraudações e Falsificações de Salvador — BA, investigações policiais visando à apuração do ilícito penal atribuído a *Edvar Teixeira da Silva* e outro, consistente na emissão dolosa de cheque sem suficiente provisão de fundos.

2. Consta dos autos que *Edvar Teixeira da Silva* levou a depósito o cheque que visto à fl. 14, de emissão do comparsa *Valdenir Figueiredo*, seu empregado, sacado contra o Comind, agência de Imperatriz-MA, conseguindo, arditosamente, a liberação de parte do valor do cheque como depósito em dinheiro.

3. O cheque, porém, apresentado ao banco sacado foi devolvido por falta de fundos.

4. Remetidos os autos ao MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal de Salvador-BA, este declinou de sua competência, determinando o envio dos autos ao Juízo Criminal de Imperatriz-MA, local da recusa do pagamento (fl. 55).

5. Entretanto, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Imperatriz, para onde os autos foram enviados, suscitou o presente conflito negativo de competência, arrimando-se em pronunciamento do Promotor de Justiça local, sustentando que teria ocorrido o crime previsto no *caput* do art. 171, consumado em Salvador-BA, e não o crime de emissão de cheque sem fundos (fls. 57/59 e 61).

6. Tem razão o ilustre suscitante. Efetivamente, para a configuração do crime previsto no inciso VI, § 2º, do art. 171 do Código Penal, deve haver fraude no *pagamento* por meio de cheque, o que não ocorreu na hipótese.

7. Os indiciados não efetuaram pagamento por meio de cheque sem fundos, apenas foi feito depósito em cheque de outra praça, liberando-se cinqüenta por cento de seu valor como se fosse depósito em dinheiro, confiando o gerente do banco lesado na boa aparência do indiciado Edvar.

8. A emissão do cheque sem suficiente cobertura, conluiados os réus, foi o meio iludente para a obtenção da indevida vantagem financeira, configurando-se o delito previsto no *caput* do art. 171, estelionato fundamental, que se consumou em Salvador — BA, no momento que o gerente do banco lesado liberou parte do valor do cheque como sendo depósito em dinheiro, efetivando-se a obtenção de indevida vantagem financeira.

9. Ante ao exposto, somos pela procedência do conflito, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal de Salvador-BA, ora suscitado.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Estou de acordo com o entendimento expressado pela douta Subprocuradoria-Geral da República.

Não se trata de frustração de pagamento pelo uso de cheque sem fundos, mas de ardil para induzir o Banco a efetuar o pagamento, noutra praça. A atividade fraudulenta foi toda tecida e desenvolvida em Salvador, Bahia.

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, Estado da Bahia, o suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.882 — MA — (Reg. nº 7.243.600) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Paulo A. F. Sollberger. Suscte.: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Imperatriz — MA — Suscdo.: Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal de Salvador-BA. Partes: Justiça Pública, Edvar Teixeira da Silva e Valdenir Figueiredo.

Decisão: A 1ª Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar a competência do Juiz de Direito da 11ª Vara Criminal da Cidade de Salvador — BA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 4-12-85).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Costa Leite, Nilson Naves e José Dantas votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.





CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.003 — SC
(Registro nº 7.870.345)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Suscitante: *Juízo de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul — SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 13ª Vara Cível de São Paulo — SP*

Partes: *João Ibrahim Abduch e Têxtil Cyrus S.A. Ind. de Malhas — Massa Falida e outro*

Advogada: *Dra. Maria Abduch*

EMENTA: Conflito negativo de competência. Ação de nulidade de títulos promovida em desfavor de massa falida. Incidência da vis atractiva do Juízo Falimentar. Ação regulada pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 7º, §§ 2º e 3º. Conflito improcedente. Competência do Juiz Suscitante.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul — SC, o suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Nos autos da ação de nulidade de título, proposta por João Ibrahim Abduch contra Têxtil Cyrus S.A. — Indústria de Malhas, sediada na Cidade de Jaraguá do Sul, Estado de Santa Catarina, o MM. Dr. Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Cidade de São Paulo, ante a prova de estar a Ré sob regime de concordata, remeteu os autos ao MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul, ao argumento de que incidiria, na hipótese, a *vis atractiva* do Juízo falimentar.

Por sua vez, o douto Juiz suscitante, ao receber os autos, suscitou o conflito, sob o fundamento de que a regra da universalidade do juízo falimentar não é absoluta, abrangendo, exclusivamente, as ações reguladas na própria Lei de Falências, conforme dispõe o seu art. 7º, § 3º.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento do conflito para declarar-se competente o Dr. Juiz suscitante.

É o relatório.

EMENTA: Conflito negativo de competência. Ação de nulidade de títulos promovida em desfavor de massa falida. Incidência da *vis atractiva* do juízo falimentar. Ação regulada pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, art. 7º, §§ 2º e 3º. Conflito improcedente. Competência do Juiz suscitante.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em parecer firmado pelo ilustre procurador Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo inclito Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, quanto ao mérito, assim se manifestou a Suprocuradoria-Geral da República:

«4. *Data venia*, não assiste razão ao MM. Juízo suscitante. É que o Decreto-Lei nº 7.661/45 afasta da *vis atractiva* do juízo falimentar apenas as ações não reguladas no referido diploma em que a massa falida seja autora ou litisconsorte (art. 7º, § 3º).

5. Ostentando a massa a posição de ré, como na espécie dos autos, ou mesmo a de litisconsorte passiva, firma-se a competência do juízo falimentar, inclusive para as ações não previstas na lei especial.

6. Neste sentido, já decidiu essa Colenda Segunda Seção, apreciando o Conflito de Competência nº 6.971-SC, também suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul e referente à mesma Têxtil Cyrus S.A. Indústria de Malhas — massa falida:

«Competência — Falência — Massa como litisconsorte passiva. Nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 7º da Lei de Falências, o Juízo falimentar será o competente para todas as ações previstas na lei específica, não importando a posição processual da massa, bem como para aquelas em que figura como ré. Coerentemente haverá de sê-lo, também, para as ações em que a massa seja litisconsorte passiva. A ressalva do § 3º entende-se como referindo-se apenas às hipóteses de litisconsorte ativo» (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 18-2-88, pág. 2381)».

Adotando este lúcido parecer como razões de decidir, conheço do conflito e declaro competente o MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul, suscitante.

Eis o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.003 — SC — (Reg. nº 7.870.345) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Suscte.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul — SC. Suscdo.: Juízo de Direito da 13ª Vara Cível de São Paulo — SP. Partes: João Ibrahim Abduch e Têxtil Cyrus S.A. Ind. de Malhas — Massa Falida e outro. Adva.: Maria Abduch.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Jaraguá do Sul — SC, o suscitante (2ª Seção — 12-4-88).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Euclides Aguiar, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.536 — MT
(Registro nº 9.678.905)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Parte Autora: *Justiça Pública*

Parte Ré: *Izabel Parreira Borges*

Suscitante: *Juízo Auditor da Auditoria da Justiça Militar de Cuiabá — MT*

Suscitado: *Juízo de Direito da Aragarças — GO*

EMENTA: Criminal. Policial Militar.

Competência. Sem conotação alguma de ordem militar o delito de tentativa de homicídio, praticado por policial militar estadual e de folga em Zona Alegre sita no território de outro Estado, não vem ao caso a competência da Justiça Castrense, regulada no art. 144, § 1º, d, da CF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Aragarças — GO, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Pela tentativa de homicídio imputada a um soldado da Polícia Militar de Mato Grosso, cometida contra pessoa de um soldado do Exército, como ocorreu na Zona Alegre da Cidade de Aragarças, Estado de Goiás, instauraram-se um IPM, pelo Ministério do Exército — conclusivo da natureza penal comum do crime e por isso arquivado; outro IPM, pela Polícia Militar de Mato Grosso — conclusivo da natureza militar do delito, cometido pelo seu soldado e assim remetido à respectiva Auditoria; e o Inquérito Policial, pela Delegacia de Segurança Pública de Aragarças — GO, conclusivo pela natureza comum do delito, e por isso remetido ao Juiz de Direito da Comarca.

Dai que, informada daquele inquérito pendente de denúncia perante a Justiça de Goiás (fls. 67/68), a Auditoria da Justiça Militar-MT atendeu sugestão de seu Ministério Público e suscitou o presente conflito positivo, posto em preservar a sua competência para a ação; aduz, em suma, tratar-se de delito praticado por policial militar em situação de atividade, contra soldado do Exército, em igual situação, pelo que, sequer a circunstância de sua prática fora do território do Estado influiria em frustrar-lhe a jurisdição especial — fl. 71.

Oficiando, a nobre Subprocuradoria-Geral da República é de parecer seguinte:

«Pela procedência do conflito para considerar competente o MM. Juiz Auditor do Estado de MT, suscitante.

Tratando-se de autor de infração policial militar de MT, e, considerando-se a finalidade da norma da alínea a do § 1º do art. 144, da CF, pela competência da J. Estadual Militar de Mato Grosso.

Excluído o foro pelo lugar da infração.

Trata-se de tentativa de homicídio, previsto o crime no Código Penal Militar.

A vítima é militar do Exército.

Assim, está a incidir a alínea a do inc. II do art. 9º do Código Penal Militar.

Assim, pela procedência do Conflito, para declarar competente o MM. Juiz Suscitante (Juiz Auditor de Cuiabá — MT).

Brasília, 8 de setembro de 1987.

Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre.

Procuradora da República.

Aprovo:

Cláudio Lemos Fonteles

Subprocurador-Geral da República» — fls. 76/77.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, rememore-se tratar-se de homicídio tentado ou de lesões corporais graves, conforme venha a ser a denúncia. Sua prática se deu por um PM do Estado de Mato Grosso, de folga na zona boêmia de Aragarças, no Estado de Goiás, e com o uso de um revólver que não se diz pertencer à corporação policial mato-grossense; ademais, sem interesse algum para o caso o *status* militar da vítima, também de folga naquela noite alegre, segundo as conclusões do IPM específico.

Logo, nenhuma conotação o delito guarda com os pressupostos de definição da competência castrense, os quais, no tema de policial militar, imprescindem cumprir-se ou porque o acusado esteja em missão, ainda que de policiamento civil, ou porque se dê o crime mediante uso de arma da corporação, consoante a melhor exegese do art. 9º do CPM, sumulada por este Eg. Tribunal — Súmulas 20 e 199.

Desse modo, com a devida vênia, reputo correto o procedimento da iniciativa do Delegado da Polícia de Aragarças, em identificar, pregressar e boletinar (*sic* — fl. 8) o acusado policial mato-grossense, a termo de inquérito que o Juiz da Comarca informa estar pendente de denúncia.

Pelo exposto, julgo improcedente o conflito positivo, e declaro competente o suscitado — Juiz de Direito de Aragarças — GO.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.536 — MT — (Reg. nº 9.678.905) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Parte A: Justiça Pública. Parte R: Izabel Parreira Borges. Suscte.: Juízo Auditor da Auditoria da Justiça Militar de Cuiabá-MT. Suscdo.: Juízo de Direito de Aragarças — GO.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Aragarças — GO, o suscitado. — (Em 23-9-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Costa Lima, Dias Trindade e Assis Toledo votaram com o Relator. Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Thibau e Costa Leite não compareceram por motivo justificado. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.002 — RS
(Registro nº 8.800.021.670)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Suscitante: *Ministério Público Federal*

Suscitados: *Juiz Federal da 3ª Vara — RS, Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai — SP*

Partes: *Justiça Pública, Bley Guedes da Silva, Renato Rosa, João Soares da Silva, Joir Tadeu da Silva, Luiz Carlos da Silva*

EMENTA: Penal. Falsificação de Guias de Arrecadação de Rendas Públicas. Crime praticado contra particulares. Competência.

A falsificação de guias de arrecadação de rendas públicas (Taxa Rodoviária Única e Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), que não causou danos ao patrimônio de entidades públicas federais, mas, tão somente, a particulares, constitui crime cujo processo e julgamento é da competência da Justiça Comum Estadual.

Conflito procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai-RS, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de conflito de competência instaurado entre o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai-RS, ora suscitado, e o Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, do mesmo Estado, ora suscitante.

Gerou-se o conflito em virtude de denúncia feita pelo douto Ministério Público de São Sebastião do Cai-RS, contra diversos indiciados, como incurso nas penas do art. 293, V, c/c art. 29, nas condições do art. 62, I, e 71, *caput*, todos do Código Penal.

Recebida a denúncia (fls. 335/vº), posteriormente (fls. 398/401), o Dr. Juiz de Direito, entendendo que os delitos abrangidos por ela envolviam falsificação de guias de arrecadação de rendas públicas, relativas ao recolhimento de tributos federais, que importaria em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Ali, em atendimento à cota do MPF de fls. 431/434, o Dr. Juiz da 3ª Vara se deu por incompetente e suscitou o presente conflito negativo de competência, determinando a subida dos autos a esta Superior Instância, os quais mereceram parecer da douta Subprocuradoria Geral da República no sentido do provimento do mesmo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, os crimes imputados aos denunciados, elencados no art. 293 do Código Penal, são os relativos à falsidade de títulos e outros papéis públicos. Com efeito, consta dos autos que os autores fabricaram e falsificaram guias de arrecadação de rendas públicas, relativas ao recolhimento de tributos federais (Taxa Rodoviária Única e Imposto sobre Propriedade de Veículos), com o que lesaram dezenas de clientes, que, posteriormente, tiveram de recolher os tributos aos cofres públicos, sob pena de apreensão de seus veículos, ou não terem renovados os emplacamentos.

Como diz a douta Subprocuradoria Geral da República, *verbis*: «Qual o prejuízo que sofreu ou sofrerá a União? Nenhum, porque nas fraudes se envolveram particulares, inexistindo prejuízo e conseqüentemente desinteresse na demanda por parte da União...»

Este E. Tribunal já tem posição firmada sobre o assunto, haja vista os inúmeros julgados sobre o assunto, como o que transcrevo:

«Competência Criminal. Falsificação de Guia para recolhimento da TRU.

Interesse da União. Incólume o crédito da União, pela viabilidade do seu perfazimento, não há falar-se em interesse seu a fim de deslocamento de processo-crime para a Justiça Federal» (CC 6.640-MG, Rel.: Min. José Dantas: Dec. unân. — 20-11-85 — DJ 29-3-86).

Com estas considerações, julgo procedente o conflito e determino a competência para apreciar e julgar o feito, do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai-RS, ora suscitado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.002 — RS — (Reg. nº 8.800.021.670) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scarcezini. Suscte.: Ministério Público Federal. Suscdos.: Juiz Federal da 3ª Vara — RS, Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai-RS. Partes: Justiça Pública, Bley Guedes da Silva, Renato Rosa, João Soares da Silva, Joir Tadeu da Silva, Luiz Carlos da Silva.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de São Sebastião do Cai-RS, o suscitado (Primeira Seção — 23-3-88).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Costa Lima, Carlos Thibau, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo, Edson Vidigal, Jacy Vieira, Fleury Pires, José Dantas e William Patterson.

O Sr. Ministro Costa Leite não participou do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.089 — SP
(Registro nº 8.800.128.211)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Suscitante: *Juiz Auditor da 4.^a Auditoria Militar do Estado de São Paulo*

Suscitado: *Juiz de Direito de Tietê — SP*

Partes: *Justiça Pública, Paulo Ribeiro e Luiz Donizete Machado*

EMENTA: **Processual Penal. Policial militar. Abuso de Autoridade. Competência.**

O crime de abuso de autoridade praticado por policial militar, ainda que no exercício da função administrativa, insere-se na competência da Justiça Comum.

Conflito procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1.^a Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Tietê-SP, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de conflito de competência entre o Dr. Juiz Auditor da 4.^a Auditoria Militar do Estado de São Paulo, ora suscitante, e o Dr. Juiz de Direito de Tietê, no mesmo Estado, ora suscitado.

Conforme consta do anexo I, fls. 3, Paulo Ribeiro e Luiz Donizete Machado foram denunciados perante a MM. Juíza de Direito da 4.^a Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo como incurso nas penas do art. 209, *caput*, c/c o art. 70, II, *g* e *i*, e art. 53, *caput*, todos do Código Penal Militar.

Conforme consta do anexo II, fl. 6, os mesmos indivíduos foram denunciados pela Promotoria de Justiça perante o MM. Juiz de Direito da Comarca de Tietê, como incurso nas penas do art. 129, *caput*, do CP, bem como no art. 3.^o, letra *i*, da Lei n.^o

4.898/65, c/c os arts. 29 e 69, ambos do referido Código. Ambas as denúncias foram recebidas e, pela cota de fl. 22, o MPM entendeu estar caracterizado o conflito positivo de competência, no que foi atendido pela MM. Juíza Auditora, razão da suscitação do presente, o qual, após subir a esta Superior Instância e receber parecer da douta Subprocuradoria Geral da República no sentido da procedência e competência do Dr. Juiz de Direito de Tietê, veio-me concluso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, com a transcrição de duas ementas do E. Supremo Tribunal Federal, a douta Subprocuradoria Geral da República opina pela procedência do conflito. São elas:

«Processo Penal e Constitucional. Competência. Crime de Abuso de Autoridade.

1. O crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9-12-65, e Lei nº 5.249, de 9-2-67), mesmo quando praticado por policial militar no exercício de policiamento civil, insere-se na competência da Justiça Ordinária estadual.

2. Precedente do STF e TFR» (CC nº 5.019-MG. Rel. Min. Jesus Costa Lima — DJ de 23-6-83, pág. 9327/8).

«EMENTA: Crime de abuso de autoridade. Policial Militar no exercício de policiamento civil. Competência civil. Competência. Lei nº 4.898/65, art. 4º, a e b. O processo e o julgamento de delito de abuso de autoridade, previsto apenas na Lei Penal Comum, compete à Justiça Comum, ainda que praticado por policial militar no exercício da função administrativa civil. Conflito de jurisdição conhecido para declarar competente a Justiça Comum» (CC nº 6.351-MG. Rel.: Min. Rafael Mayer. DJ de 14-5-82).

In casu a matéria em exame é idêntica, eis que o que se apura nos autos é o delito de abuso de autoridade, previsto apenas na legislação penal comum; logo, julgo procedente o conflito e declaro a competência para apreciar o feito, do MM. Juiz de Direito de Tietê, ora suscitado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.089 — SP — (Reg. nº 8.800.128.211) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Suscte.: Juiz Auditor da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo. Suscdo.: Juiz de Direito de Tietê-SP. Partes: Justiça Pública, Paulo Ribeiro e Luiz Donizete Machado.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Tietê-SP, o suscitado (Primeira Seção — 22-6-88).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Edson Vidigal, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson e Bueno de Souza.

O Sr. Ministro Assis Toledo não participou do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.107 — SP
(Registro nº 8.814.999-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Suscitante: *Juiz Federal da 4.ª Vara — SP*

Suscitado: *Juiz Presidente da 15.ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP*

Partes: *Augusto da Silva Souza, CIAM — Centro de Integração de Atividades Médicas e outro*

Advogado: *Dr. Antônio Edward de Oliveira*

EMENTA: Competência. Reclamação Trabalhista. Convênio INAMPS.

O simples fato de ter sido firmado convênio entre o CIAM — Centro de Integração de Atividades Médicas e o INAMPS não justifica o deslocamento da competência para a Justiça Federal, de reclamação trabalhista ajuizada com a finalidade de reconhecer vínculo empregatício.

Conflito procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1.ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o Suscitado — Juiz Presidente da 15.ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Dr. Juiz Federal da 4.ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, nos autos da Reclamação Trabalhista movida por Augusto da Silva Souza contra o CIAM — Centro de Integração de Atividades Médicas e outros, pleiteando o recebimento de verbas trabalhistas, em face do seu desligamento da empresa.

A ação foi proposta perante o Juízo Presidente da 15.ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP, que declinou de sua competência em favor da Justiça Fe-

deral sob o argumento de que «o órgão previdenciário da União era responsável pelas despesas dos recursos humanos da Reclamada» em razão de convênio com esta firma-
do.

Instada a se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela competência da Justiça do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: A reclamação trabalhista foi movida contra CIAM — Centro de Integração de Atividades Médicas e Fazenda do Estado de São Paulo, visando o reconhecimento do vínculo empregatício e pedindo várias parcelas (fls. 5/7).

A ação foi distribuída à 15ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo que declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, por ter sido celebrado um convênio entre o CIAM, o Estado de São Paulo e o INAMPS, segundo o qual o órgão Previdenciário fornecia os recursos financeiros.

Ora, o Instituto não é parte e não tem interesse na questão. O simples fato de ter sido firmado o convênio não justifica o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Neste sentido é a tranqüila jurisprudência desta Colenda Corte, bastando citar apenas alguns precedentes. A Primeira Seção, por unanimidade, no C. de Competência nº 7.251-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, em caso idêntico, firmou o entendimento de que:

«Visando a reclamante o reconhecimento de vínculo de emprego, pelo regime da CLT, em caso em que a admissão se verificou em face de convênio entre o Estado e o INAMPS, compete à Justiça do Trabalho o processo e julgamento da causa» (DJ de 6-8-87).

No mesmo sentido as decisões nos Conflitos de Competência nºs 3.944-AM, Relator Eminentíssimo Ministro Torreão Braz; 6.033-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Hélio Pinheiro e o de nº 6.569-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Costa Lima.

Meu voto é para julgar procedente o conflito e declarar competente a 15ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, a suscitada.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.107 — SP — (Reg. nº 8.814.999-5) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Suscte.: Juiz Federal da 4ª Vara — SP. Suscdo.: Juiz Presidente da 15ª JCI de São Paulo — SP. Partes: Augusto da Silva Souza, CIAM — Centro de Integração de Atividades Médicas e outro. Adv.: Dr. Antônio Edward de Oliveira.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o suscitado — Juiz Presidente da 15ª JCI de São Paulo — SP. (1ª Seção — 19-10-88).

Os Srs. Ministros William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade, Assis Toledo e Edson Vidigal votaram com o Sr. Min. Relator. Os Srs. Ministros Washington Bolívar, Bueno de Souza e Nilson Nunes não compareceram à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.114 — DF
(Reg. nº 880.015.285-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara — DF*

Suscitado: *Juízo Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF*

Parte A: *Gilton da Silva*

Parte R: *Jean Pelletier*

Advogados: *Drs. Francisco Gomes Macedo e outro e Roberto Rozemblum*

EMENTA: Processual. Conflito de Competência. Reclamação trabalhista. Agente diplomático.

A reclamação trabalhista movida por particular contra outro particular, ainda que agente diplomático, como pessoa natural (ou física), não é da competência da Justiça Federal.

Conflito procedente para declarar competente o Juízo Presidente da 5ª JCJ de Brasília-DF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o Suscitado — Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF, 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 setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Gilton da Silva propôs reclamação trabalhista contra Jean Pelletier, que, na qualidade de adido na Embaixada da França, invocou imunidade de jurisdição, com base no art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, e, quanto ao mérito, alegou relação de emprego doméstico com o reclamante.

A 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília, acolhendo a preliminar de imunidade de jurisdição, declinou de sua competência para a Justiça Federal, em face do que prescreve a Súmula 83 desta Corte, assim enunciada:

«Compete à Justiça Federal processar e julgar reclamação trabalhista movida contra representação diplomática de país estrangeiro, inclusive para decidir sobre a preliminar de imunidade de jurisdição».

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara, para quem foi distribuído o processo, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência, argumentando que a Súmula nº 38-TFR não se aplica ao caso concreto, visto que o seu teor refere-se a «reclamação trabalhista movida contra representação diplomática de país estrangeiro, inclusive para decidir sobre a preliminar de jurisdição», quando a hipótese é de reclamação entre particulares, ainda que um deles seja diplomata, a qual não está alcançada pela competência da Justiça Federal, prevista na Constituição Federal.

Remetidos os autos a esta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência do conflito para que se declare competente o Juízo Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília, ora suscitado.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, o presente conflito entre o Juiz Federal e o Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, ambos do Distrito Federal, originou-se de reclamação, movida por motorista particular, pleiteando direitos trabalhistas contra funcionário estrangeiro a serviço no Brasil.

É pacífico o entendimento de que não são da competência da Justiça Federal as causas entre particulares, ainda que uma das partes seja estrangeiro ou funcionário de embaixada estrangeira, mas somente aquelas de que tratam os incisos II e III do art. 125 da Constituição Federal.

A Súmula nº 83 do TFR se refere a reclamações trabalhistas contra representação diplomática estrangeira, isto é, de país estrangeiro, o que não é o caso dos autos.

Assim, ante tal entendimento, julgo procedente o presente conflito, para declarar competente o digno Juiz Suscitado, o ilustre Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.114 — DF — (Reg. nº 880.015.285-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara — DF. Suscdo.: Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF. Parte A: Gilton da Silva. Parte R: Jean Pelletier. Advs.: Drs. Francisco Gomes Macedo e outro e Roberto Rozemblum.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o Suscitado — Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF (em 14 de setembro de 1988 — 1ª Seção).

Os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, William Patterson, Bueno de Souza, Flaque Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade e Assis Toledo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.192 — RR
(Registro nº 8.800.242.383)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*

Suscitante: *Juízo de Direito de Boa Vista — RR*

Suscitado: *Juízo de Direito da 2.ª Vara da Circunscrição Judiciária de Roraima*

Partes: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e Marcelino Mendes da Costa*

Advogada: *Dra. Luzanira Teixeira Waldow*

EMENTA: Processual Civil. Execução Fiscal da União. Competência. Compete ao juízo, federal ou estadual, onde é domiciliado o devedor, processar e julgar execução fiscal da União.
Constituição Federal, art. 126. Lei nº 5.010/66, art. 15, I, CPC, art. 578.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito de Boa Vista-RR, o suscitante, 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 setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: O parecer da Subprocuradoria Geral da República, em sua parte expositiva, resume a espécie (fls. 16/17):

«Perante o Juiz de Direito da 2ª Vara da Circunscrição Judiciária de Roraima, Comarca de Caracarái, o INCRA ajuizou execução fiscal contra Herculano Manandro de Souza, domiciliado em Boa Vista, Capital do Território de Roraima.

Em face da certidão do Sr. Oficial de Justiça de que o executado não residia naquela Comarca, o Incra requereu a remessa dos autos à Circunscrição Judiciária de Boa Vista, invocando o teor da Súmula 40 do TFR.

O MM. Juiz proferiu despacho do seguinte teor:

«Defiro o pedido retro e declino da minha competência.

Remetam-se os autos à Seção Judiciária, Capital do Território-RR, (Justiça Federal). I.

Caracarái (RR), 8 de setembro de 1987.»

Os autos foram distribuídos ao Juiz de Direito da Circunscrição Judiciária de Boa Vista, que por sua vez suscitou conflito negativo de competência, ao argumento de que todos os Juizes dos Territórios têm jurisdição federal.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A hipótese, conforme ressaltai anteriormente, configura competência material em sentido amplo, porquanto se funda, na lição de Frederico Marques, em um dos elementos subjetivos da lide. Em outras palavras, a sede da demanda se estabelece *ratione personae*.

José Afonso da Silva defende a tese segundo a qual o art. 126 da Constituição da República tem eficácia limitada, porque depende de lei que a integre. Com o advento desta, conclui, «o texto passa a ter não só eficácia plena, mas inclusive eficácia derogatória da norma geral (art. 125, § 1º, 1ª parte), pois só se estabelece regra de excepcionalidade em face da regra geral indicada, e é dos princípios gerais de direito que a norma de exceção incide justamente afastando a norma geral» («Execução Fiscal», 2ª ed., pág. 53).

O Plenário do STF, ao apreciar o RE nº 90.866-RJ, decidiu que, sendo o devedor domiciliado em comarca do interior, não pode a União optar por ajuizar a execução fiscal na Capital do Estado e perante a Justiça Federal. O Ministro Xavier de Albuquerque, relator, alicerçou o seu voto, dentre outros, no ensinamento do autor acima citado. E o Ministro Moreira Alves, ao referir-se à outorga ao legislador comum de edição de lei a respeito, assinalou: «A necessidade de lei pressupõe exceção mais ampla, dependente de juízo de conveniência por parte do legislador comum, em atenção, não a circunstâncias eventuais, mas ao interesse da própria distribuição da Justiça, como — e é o caso — possibilitar ao contribuinte maior facilidade de defesa, sem ônus mais grave para a Fazenda Nacional» (RTJ, vols. 91/351).

O princípio é extensivo a dois juizes federais de Seções judiciárias diversas ou da mesma Seção Judiciária que sejam titulares de Varas em comarcas diferentes. É que a questão não está em saber se se trata de conflito entre dois juizes federais ou entre um juiz federal e um estadual ou entre dois juizes estaduais com jurisdição federal, mas em saber qual o juízo do domicílio do devedor, porque este é o comando que emerge do art. 126 da Carta Magna ao qual a lei integradora deve obediência.

Não ocorreu inovação com o advento do CPC de 1973. O art. 578, tal como o art. 15 da Lei nº 5.010/66, fixou como regra o foro do domicílio do devedor. As opções catalogadas no parágrafo único do mesmo art. 578, sob pena de inconstitucionalidade, só podem ser entendidas como exceções na hipótese única de o devedor não ter domicílio.

À vista do exposto, conheço do conflito e declaro competente o juízo de Direito de Boa Vista, Roraima, ora suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.192 — RR — (Reg. nº 8.800.242.383) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Suscte.: Juízo de Direito de Boa Vista-RR. Suscdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara da Circunscrição Judiciária de Roraima. Partes: INCRA e Marcelino Mendes da Costa. Adva.: Dra. Luzanira Teixeira Waldow.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do Conflito para declarar competente o Juízo de Direito de Boa Vista-RR, o suscitante. (Em 13-9-88 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus e Armando Rollemberg. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.202 — SC
(Registro nº 8.800.265.464)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Suscitante: *O Juízo Federal em Joinville — SC*

Suscitado: *Juízo Federal da 2ª Vara — SC*

Partes: *Hayashi e Cia./Ltda. e outros — União Federal*

Advogados: *Drs. Luiz Antônio Picolli e outro*

EMENTA: Processual Civil. Competência. Divisão de circunscrição judiciária. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Nos termos do artigo 88 do Código de Processo Civil, determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, não relevando, salvo exceções expressas, posteriores modificações no estado de fato ou de direito.

Não se compreendendo a divisão da circunscrição judiciária entre as ressalvas legais, a alteração é insusceptível de afetar a competência territorial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do Conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara-SC, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 4 de outubro de 1988.

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Encontrando-se em curso, perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Santa Catarina, ação movimentada por Hayashi e Cia. Ltda. e outros contra a União, declinou aquele da competência para a Vara Federal de Joinville, em cuja circunscrição estariam sediados os autores. O Juiz desta última suscitou conflito negativo.

O Ministério Público opina seja declarado competente o Juízo suscitado.

É o relatório.

EMENTA: Processual Civil. Competência. Divisão de circunscrição judiciária. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Nos termos do artigo 88 do Código de Processo Civil, determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, não relevando, salvo exceções expressas, posteriores modificações no estado de fato ou de direito.

Não se compreendendo a divisão da circunscrição judiciária entre as ressalvas legais, a alteração é insusceptível de afetar a competência territorial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Considero que tem razão o MM. Juiz suscitante, eis que aplicável à hipótese o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, acolhido expressamente no artigo 87 do Código de Processo Civil. Proposta a ação, não relevam as modificações do estado de fato ou de direito. Excetua-se o caso evidente de supressão do órgão judiciário e as hipóteses de a mudança implicar alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Verificou-se, no caso, nova divisão da circunscrição territorial, o que não se compreende nas exceções apontadas. A hipótese, aliás, inclui-se entre aquelas mencionadas na doutrina, pelo menos desde Chiovenda, como traduzindo modificação na situação de direito, insusceptível de afetar a competência. É o que se lê de seu trabalho sobre a «*perpetuatio jurisdictionis*» publicada em coletânea traduzida para o espanhol sob o título «*Ensayos de Derecho Procesal Civil*» (trad. Sentis Melendo — Bosch y Cia. editores — 1949 — v. II — p. 37 e 42). Aquele eminente autor, em trecho que Lopes da Costa colocou em relevo (Dir. Proc. Civil Bras., v. I, p. 303 — Forense 2 e ed.), chega a afirmar que não lhe era dado crer que alguém pudesse vacilar em admitir que os Juízes conservassem sua competência, ainda que nova lei modificasse o título de competência territorial em virtude do qual haviam sido requeridos. Modernamente o eminente Celso Barbi filia-se a entendimento, citando o mesmo exemplo como de modificação no estado de direito, incapaz de alterar a competência (Comentários ao CPC — For. — 1ª ed. v. I, tomo II, p. 391).

Dou pela competência do Juízo suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.202 — SC (Reg. nº 8.800.265.464) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Suscte.: Juízo Federal em Joinville-SC. Suscdo.: Juízo Federal da 2ª Vara-SC. Partes: Hayashi e Cia./Ltda. e outros e União Federal. Advs.: Drs. Luiz Antônio Picolli e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do Conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara-SC, o suscitado (2ª Seção — 4-10-88).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Américo Luz, Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Torreão Braz e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ CÂNDIDO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.332 — MT
(Registro nº 8.836.173-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Suscitante: *Juiz de Direito da Vara Criminal de Cáceres — MT*

Suscitados: *Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal de Franca — SP e Juiz de Direito da 2.ª Vara de Ituiutaba — MG*

Partes: *Justiça Pública e Edivaldo Rodante*

EMENTA: Competência. Furto de Veículo e Falsificação de Documentos.

Tratando-se de crimes conexos, competente é o Juiz do lugar em que foi cometida a infração mais grave.

Precedentes do Tribunal.

Conflito julgado procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1.ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara de Ituiutaba, em Minas Gerais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo de Direito da Vara Criminal de Cáceres-MT, o Juízo de Direito da 1.ª Vara de Franca-SP e o Juízo de Direito da 2.ª Vara de Ituiutaba-MG.

Noticiam os autos que Edivaldo Rodante foi preso em flagrante no dia 13-5-85, na Comarca de Mirassol D'Oeste-MT, conduzindo um veículo furtado na cidade de Ituiutaba-MG.

Interrogado à fl. 4, o indiciado negou a autoria do crime, alegando que havia adquirido o veículo na cidade de Franca-SP, sem prévio conhecimento de que se tratava de objeto de furto.

O inquérito policial instaurado foi remetido ao MM. Juiz de Direito da Vara Criminal de Cáceres-MT que, acolhendo parecer da Promotoria exarado às fls. 11/11vº, declinou de sua competência em favor do Juízo de Direito da Comarca de Ituiutaba-MG, local onde se consumou o delito de furto (fls. 11vº).

O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Ituiutaba-MG, a quem foram remetidos os autos, por sua vez, entendendo tratar-se de crime de receptação consumado na cidade de Franca-SP, julgou-se da mesma forma incompetente e determinou a remessa do processo para aquela Comarca.

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Franca ordenou o encaminhamento dos autos ao Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da manifestação do Promotor no sentido de que a competência é da Comarca de Cáceres-MT, uma vez que o denunciado estava usando documentos falsos — delito abstratamente mais grave do que o furto (fl. 65).

Consta às fls. 67/68 parecer da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, requerendo a remessa dos autos a este E. Tribunal Federal de Recursos, o que foi acolhido pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Cáceres-MT (fl. 70).

Instada a se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela competência do Juízo de Direito de Ituiutaba-MG (fls. 74/76).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, no dia 13 de maio de 1985, no Distrito de Cruzeiro D'Oeste, Comarca de Cáceres-MT, foi preso em flagrante Edivaldo Rodante. Este, ao perceber a presença da Polícia, tentou fugir, mas foi perseguido e preso. Depois de preso, tentou fugir novamente. Na oportunidade, afirmou ele ter adquirido o veículo em Franca de um amigo seu, de nome Arnaldo Ferreira, e exibiu a documentação que, segundo já foi comprovado, era falsa.

Descobriu a Polícia que referido veículo havia sido roubado na cidade mineira de Ituiutaba, do seu legítimo proprietário, Sr. Arino Alcântara da Fonseca (fls. 18/19), e fez a entrega do veículo a ele, que apresentou a documentação verdadeira (fl. 24).

O fato criminoso principal (o roubo do veículo) já está comprovado nestes autos de inquérito e ele ocorreu em Ituiutaba. Tudo indica ter sido o Sr. Edivaldo Rodante o autor ou co-autor do roubo. É sintomática sua desenfreada tentativa de fuga, ao ser preso em flagrante. Fora ele, como alega, simples vítima que teria adquirido o carro de um amigo, sem de nada saber, não teria por que fugir. Se é ele autor ou co-autor do crime de roubo, pode ser também autor ou co-autor da falsificação dos documentos e foi ele que usou os documentos falsos, ao exibí-los aos policiais de Cáceres.

Ora, se Edvaldo foi o autor ou co-autor dos crimes de roubo, falsificação de documentos e de uso de documentos falsos, não existiria o crime de receptação.

Como os crimes apurados são conexos, competente é o Juiz de Ituiutaba, lugar em que foi cometida a infração mais grave, conforme já decidiu esta E. Seção no CC 6.692-MT, Relator Eminentíssimo Min. Dias Trindade, em caso semelhante, também de roubo de veículo e uso de documentos falsos, com a seguinte ementa:

«Em caso de crimes conexos, competente é o Juiz do lugar em que foi cometida a infração mais grave ou de maior número delas (art. 76-II, c/c art. 78-II, letras a e b do CPP).»

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 74/76, opinou no sentido de que:

«O art. 70 do CPP determina que a competência é determinada pelo lugar da infração. *In casu*, o veículo foi furtado em Ituiutaba-MG, onde o crime se consumou, em que pese a falta de informações do proprietário que esteve em Cáceres-MT, à busca de seu veículo (fl. 24).»

Conheço do conflito e lhe dou provimento para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Ituiutaba — MG.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.332 — MT — (Reg. 8.836.173-0) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Suscte.: Juiz de Direito da Vara Criminal de Cáceres-MT. Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Franca-SP e Juiz de Direito da 2ª Vara de Ituiutaba-MG. Partes: Justiça Pública e Edivaldo Rodante.

Decisão: A seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Ituiutaba, em Minas Gerais. (1ª Seção — 19-10-88).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade, Assis Toledo e Edson Vidigal votaram com o Sr. Min. Relator. O Sr. Min. José Dantas não participou do julgamento. Os Srs. Ministros Washington Bolívar, Bueno de Souza e Nilson Naves não compareceram à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.362 — RJ
(Registro nº 880.042.219-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

Suscitante: *Juiz de Direito da 19ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ*

Suscitado: *Juiz Federal da 4ª Vara-RJ*

Parte A: *Justiça Pública*

Parte R: *Paulo Roberto Ornelas Linhares e outros*

EMENTA: Processo Penal. Competência. Agente de Polícia Federal. Falso Testemunho.

I — «Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados.» (Súmula 254-TFR).

II — Declarada a competência do Juízo Federal suscitado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara do Rio de Janeiro, ora Suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Leio o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Procuradora Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, com a chancela do Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles:

«Trata-se de conflito positivo de jurisdição, relativo ao crime de falso testemunho praticado perante a Justiça Comum por agentes federais, sendo suscitante o Juízo de Direito da 19ª Vara Criminal do Rio de Janeiro — RJ, e suscitado o Juízo Federal da 4ª Vara do Rio de Janeiro.

A Constituição Federal, em seu art. 109, inciso IV, estabelece a competência da Justiça Federal para processar e julgar

«Os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Estadual.»

Resulta, em consequência, que os crimes praticados por funcionários públicos federais, no exercício de suas funções, são da alçada federal, pois interessa ao Estado a execução normal da função, o desempenho regular do cargo.

Neste sentido, a Súmula 254 deste E. Tribunal:

«Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados».

In casu, a qualidade das pessoas, que, em princípio, fizeram afirmações falsas relativas a prisões em flagrante, no exercício, assim, de suas funções e a pretexto de exercê-las, desloca a competência para o âmbito da Justiça Federal, pois também prejudicado foi um serviço público, mantido pela União, principalmente no tocante à sua credibilidade junto à sociedade.»

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Merece acolhido o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que demonstrou a inteira aplicação à espécie da Súmula nº 254, deste Tribunal. Adotando os seus fundamentos como razão de decidir, julgo improcedente o conflito, para declarar a competência do MM. Juiz Federal suscitado, ou seja, o da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.362 — RJ — (Reg. nº 880.042.219-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Suscte.: Juiz de Direito da 19ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ. Suscdo.: Juiz Federal da 4ª Vara-RJ. Partes: Justiça Pública e Paulo Roberto Ornelas de Linhares e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara, do Rio de Janeiro, ora Suscitante. (1ª Seção — 19-10-88).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Flaque Scartezini, Costa Lima e Carlos Thibau votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Washington Bolívar, Bueno de Souza e Nilson Naves não compareceram à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

HABEAS CORPUS Nº 7.110 — SP
(Registro nº 9.941.851)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves

Impetrante: Fábio Salles Mota

Impetrado: Juízo Federal da 12.^a Vara

Paciente: Cláudio Moreno Rodrigues

EMENTA: Penal. Crime de sonegação fiscal. Pagamento do débito. Extinção da punibilidade. Aplicação do Decreto-Lei nº 2.303/86, art. 24, § 3º. Precedentes do TFR. Habeas corpus deferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder o *habeas corpus* e declarar extinta a punibilidade em relação ao paciente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 1-3-88 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Neste pedido de *habeas corpus* em favor de Cláudio Moreno Rodrigues, diz, em substância, o impetrante, advogado Fábio Salles Mota, e pede ao final da petição:

«1. O Pacte. foi denunciado perante o Eg. Juízo da 12.^a Vara Federal de São Paulo, por infringência do Art. 1º, inciso 1, da Lei nº 4.729/65 (doc. 1), o interrogatório do Pacte. foi designado para 24 de fevereiro de 1988, às 14:00 horas (doc. nº 2).

No mesmo despacho o MM. Juiz deferiu o pedido de identificação criminal formulado pelo d. representante do *parquet*.

2. Ocorre que o Pacte. tempestivamente recolheu o tributo, valendo-se do que dispõe expressamente o Decreto-Lei nº 2.331, de 28-5-87 (doc. nº 3).»

.....
«Portanto, existindo norma na qual foi criada uma forma de extinção de punibilidade, e cumprindo o interessado a obrigação, nos moldes preconiza-

dos, tem ele o direito líquido e certo de que o Estado cumpra sua parte, através de manifestação do Judiciário, decretando o fim da ação penal.

4. Esclarece-se que, em caso idêntico, *Habeas Corpus* nº 7.069-SP, cujo Relator é o ilustre Ministro Carlos Thibau, já foi concedida a medida liminar pleiteada, estando o processo em vias de ser julgado.

5. Pede-se a concessão de medida liminar sustentando-se o prosseguimento de feito até julgamento da presente Ordem, eis que o Pacte. encontra-se na iminência de ser indiciado formalmente na Polícia Federal, conforme se fez prova através do documento nº 2.»

2. Por despacho de 4-12-87, concedi a liminar, para o só efeito de sustar a identificação do acusado pelo processo datiloscópico.

3. Prestou-me informações o Juiz Federal André Nabarrete Neto, nestes termos:

«Cláudio Moreno Rodrigues foi denunciado (Doc. 1º) pelo Ministério Público Federal por infração ao artigo 1º, inciso I, da Lei nº 4.729/65, tendo sido recebida em 16 de março de 1987, pelo eminente Juiz Federal da 12ª Vara, Dr. João Carlos da Rocha Mattos (Doc. 2).

Em 4 de junho de 1987, o advogado do paciente-réu peticionou, nos autos, requerendo a juntada de documento comprobatório do pagamento dos tributos, o que se dera em 25 de maio de 1987, para os fins de extinção de eventual ilícito penal, à vista do que dispõe o artigo 24, § 3º, do Decreto nº 2.303, de 21-11-86.

Após o parecer contrário do *Parquet* Federal, sobreveio decisão indeferitória da pretensão da defesa, que decretou a inconstitucionalidade, *in concreto*, do artigo 24, incisos I, II e III, e de seu parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 2.303/86, com base no qual fora liquidado parcialmente o débito tributário, com a dispensa da multa punitiva do imposto (IR), que fora recolhido, apenas e tão-somente, com acréscimo da correção monetária, como ainda por ter admitido a possibilidade de ser decretada a extinção da punibilidade do ilícito penal, afastando a incidência da multa regulamentar, à vista do disposto no artigo 180, incisos I e II, do CTN, e no artigo 18, § 1º, da Constituição Federal.

No mesmo *decisum* ficou consignado que, ainda que se aceitasse a viabilidade de ser decretada a extinção da punibilidade nos crimes de natureza tributária por Decreto-Lei, tal só seria viável se fossem recolhidos todos os acréscimos legais (juros, multas e correção monetária).

Levando em consideração que o decisório em questão foi alentado e abor-da todos os argumentos do remédio heróico, dispenso-me de repeti-los, acostando a estes o documento.»

4. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela *não* concessão da ordem, revogando-se a liminar:

«Na hipótese, o recolhimento do tributo ocorreu após instaurada a Ação Penal, em 25-5-87 (doc. 3).

Importante seja frisado que o recibo em fotocópia não autenticada refere-se a pagamento em 25-5-87 (fl. 13), constando a observação de 'pagamento conforme Dec.-lei nº 2.303/86 e Dec.-lei nº 2.323/87, art. 1º e § 2º'.

Outrossim, há a observar-se que o recolhimento efetivado não envolveu todos os débitos relativos ao tributo.

Em que pese a Jurisprudência pela extinção da punibilidade por decreto (RECr. nº 100.299, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 107/888; RCr. nº 995, Rel. Min. Washington Bolívar, DJ 22-3-84, pág. 3865; Ap.Cr. nº 6.676, Rel. Min. José Dantas, DJ 23-10-86, pág. 20.168), preferimos ficar com jurisprudência

dência em sentido oposto (RHC nº 55.879, Rel. Min. Cunha Peixoto, *DJ* 14-4-78, pág. 2.345; RE nº 88.709, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* 28-12-78, pág. 10579).

Observe-se que o TFR, conforme ata publicada no *DJ* de 16-12-87, no HC nº 7.069, Rel. Min. Carlos Thibau, concedeu a Ordem para declarar extinta a punibilidade pela satisfação da pretensão fiscal, cf. Dec.-lei nº 2.303/86 (julg. em 8-12-87).»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Começo citando a petição em cópia à fl. 12:

«Cláudio Moreno Rodrigues, brasileiro, casado, do comércio, domiciliado nesta Capital, à Rua Pedroso Alvarenga nº 104, apto. 92, por seu advogado infra-assinado (doc. nº 1), vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., a fim de juntar o incluso DAREF, comprobatório do pagamento dos tributos, em relação a operação noticiada nestes autos.

Com o recolhimento, roga-se a manifestação do Ministério Público, no que tange ao feito, assinalando-se que o Decreto nº 2.303, de 21-11-86 (art. 24, § 3º), estabelece a extinção de eventual ilícito penal, em ocorrendo o pagamento, hipótese dos autos.»

A resposta a essa petição é o ato judicial em cópia às fls. 46/60, subscrito pelo Juiz Federal João Carlos da Rocha Matos.

A respeito do assunto principal destes autos, temos precedentes: em relação ao Decreto-Lei nº 2.163, de 19-9-84, alterado pelo o de nº 2.176, de 29-11-84, o RHC-6.406, de minha relatoria, confirmando a decisão que concedera a ordem para trancar o inquérito policial, e a ACr-6.676, da relatoria do Sr. Ministro José Dantas, reconhecendo extinta a punibilidade. Agora, no tocante aos Decretos-leis nºs 2.303, de 21-11-86, e 2.331, de 28-5-87, a petição inicial chama a atenção para o HC-7.069, que o seu Relator, Sr. Ministro Carlos Thibau, assim sumulou:

«Penal. Extinção da punibilidade, em crime de sonegação fiscal, pelo pagamento do tributo devido, de acordo com expressa estipulação de decreto-lei editado pelo Poder Executivo, revestido da aparência de constitucionalidade.

Diante do princípio da segurança jurídica que deve presidir o relacionamento entre cidadãos e Governo, não pode o Estado-Juiz insistir na repressão penal de quem agiu em consonância com as normas instituídas pelo Estado-Administração, que expressamente renunciou à pretensão punitiva de que se trata. *Habeas corpus* deferido.»

Noutro precedente, o do HC 7.078, em sua ementa, disse o Relator, Sr. Ministro Dias Trindade:

«Penal. *Habeas Corpus*. Sonegação Fiscal. Anistia de Encargos. Recolhimento dos Tributos. Operações 'Day Trade'.

Declara-se extinta a punibilidade, em caso de sonegação fiscal de tributos incidentes sobre operações 'day trade' da Bolsa, quando efetuado o recolhimento dos mesmos, com dispensa de encargos de multa e de juros, pois que não seria de exigir que os pacientes pagassem além do que o fisco quer receber.»

Nesta 3ª Turma, na sessão do dia 23 último, o Sr. Ministro José Dantas, no HC 7.072, em voto que prevaleceu após pedido de vista, disse o seguinte:

«Na linha dessas assertivas, fico em concordar com a posição do Sr. Ministro Relator, enquanto adianta juízo discordante da sustentação de inconsti-

tucionalidade da examinada norma legal; no entanto, peço vênia para rejeitar a exigência formal em que se pôs S. Exa., no tocante à prova do cumprimento das condições da anistia fiscal de que se trata.

Na verdade, a prova de quitação do débito — feita a rigor dos exibidos formulários oficiais do recolhimento, anexados à inicial — a mim parece suficiente para demonstrar o devido processamento do favorecimento fiscal. Ademais, dessa suficiência não duvidou o Juiz *a quo* nem o Ministério Público, mesmo porque, ao que nitidamente se vê dos documentos juntos (fls. 26, HC 7.072, e fls. 24/26, HC 7.109), tais formulários foram expedidos por Agência da Receita Federal, no que, sem dúvida, subentende-se o reclamado processamento das benesses da anistia de que se valeu o contribuinte.

Por outro lado, apesar de sua singeleza, tal prova do recolhimento tributário serviu aos precedentes indicados, construídos em face de similar anistia fiscal; como igualmente a simples prova do recolhimento vem servindo, neste Tribunal, ao reconhecimento dos favores do próprio Decreto-lei 2.303/86, segundo informam recentes decisões da Egrégia Primeira Turma, proferidas em sede mesmo de *habeas corpus* (contra relutância do mesmíssimo Juiz ora impetrado), e cujos autos tive ensejo de manusear — HC 7.069, 8-12-87, Rel. Min. Carlos Thibau, e 7.078, 11-12-87, Min. Dias Trindade. Eis as respectivas ementas:...».

Dáí por que, pondo-me conforme os precedentes da Corte, concedo a ordem de *habeas corpus*, para declarar extinta a punibilidade de Cláudio Moreno Rodrigues, o paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Com ressalva do entendimento que tive oportunidade de expor no julgamento do *Habeas Corpus* nº 7.072, e considerando que o voto do eminente Ministro Relator espelha a orientação predominante na Corte, acompanho o Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

HC 7.110 — SP — (Reg. nº 9.941.851) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves — Impetrante: Fábio Salles Mota — Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara — Paciente: Cláudio Moreno Rodrigues

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu o *habeas corpus* e declarou extinta a punibilidade em relação ao paciente (3ª Turma, 1-3-88).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 7.161 — SP
(Registro nº 8.850.131)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Impetrante: *Antônio Evaristo de Moraes Filho*
Impetrado: *Juízo Federal da 3ª Vara-SP*
Paciente: *Antônio Pavesi*

EMENTA: Processo Penal. Denúncia pelos crimes dos arts. 171 e 288 do Cód. Penal, e 34, I, e § 1º da Lei nº 4.595/64. Competência. Hipótese de crimes em detrimento de serviço ou interesse da União e entidade autárquica, por ofensa, no todo, ao Sistema Financeiro Nacional. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual. Aplicação do art. 125, inciso IV, da Constituição e da Súmula 52/TFR. Pedido de habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 12-4-88 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O advogado Antônio Evaristo de Moraes Filho pede a este Tribunal ordem de *habeas corpus* em favor de Antônio Pavesi, sob o fundamento da incompetência federal, *verbis*:

«... impetrar o presente *habeas corpus* em favor de Antônio Pavesi, qualificado na denúncia oferecida nos autos originais (doc. I), que se encontra sob constrangimento ilegal, posto que submetido a ação penal perante o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, incompetente para julgar a matéria objeto do processo, ...»

.....
«Por fim e pelo exposto, após prestadas as informações pela digna autoridade coatora, espera-se a concessão do presente *habeas corpus* para o fim de

declarar-se a incompetência da Justiça Federal para julgar a matéria em exame e determinar-se a remessa do processo para a Justiça Estadual de São Paulo, como de ...»

2. Na Seção Judiciária de São Paulo, perante a 3ª Vara, corre a ação penal, iniciada por denúncia de 1-4-85, recebida no 8-4, oferecida contra (1) Mário Bernardo Garnero, pelos crimes dos arts. 171, *caput* e § 3º, e 288, *caput*, ambos do Cód. Penal, bem como do art. 34, I e § 1º da Lei nº 4.595, de 13-12-64, todos c.c. os arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, do Cód. Penal; (2) Arlindo de Carvalho Pinto Neto, (3) Antônio Pavesi, *ora paciente*, e (4) Osmar Antônio Olivieri, pelos crimes dos arts. 171, *caput* e § 3º, e 288, *caput*, ambos c.c. os arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, todos do Cód. Penal.

Da denúncia, em cópia às fls. 27/42, recolho os seguintes tópicos:

«2.3. O desvio dos ativos do Brasilinvest S/A Banco de Investimento e sua conseqüente insolvência — declarada pelo ato que decretou a liquidação extrajudicial do mesmo — acarretou danos não apenas ao patrimônio dos credores da massa; também, e sobretudo, à segurança e credibilidade do próprio Sistema Financeiro Nacional, valores esses cuja promoção e defesa é legalmente imposta ao Banco Central do Brasil. Além disso, interrompidas as operações regulares da instituição, a Fazenda Nacional não só deixou de arrecadar o imposto de renda sobre elas incidentes — como também se viu privada de receber, no vencimento, importância de imposto retido, no valor (principal) de Cr\$ 2.956.873.137,00 (dois bilhões, novecentos e cinquenta e seis milhões, oitocentos e setenta e três mil, cento e trinta e sete cruzeiros) (v. doc. nº 34).

2.4. Em virtude das operações fraudulentas já noticiadas, os denunciados auferiram — por si ou por intermédio de cada uma das empresas a que foram destinados os recursos desviados — ilícita vantagem patrimonial, cujo valor, se computada a correção monetária e juros das importâncias apropriadas, poderá ascender à casa de Cr\$ 1.000.000.000.000,00 (hum trilhão de cruzeiros).

3. A concretização do desvio patrimonial constatado somente foi possível em face da consciente conjugação de vontades e condutas dos denunciados — cada um exercendo posição definida em cada um dos elos da monumental fraude —, dirigidas à consecução daquele objetivo.

4. Cada qual no seu papel, os denunciados — que se haviam associado com o fim de praticar tais fraudes — agiram com indisfarçável dolo, revelado pelas circunstâncias que cercaram cada uma das operações questionadas e o conjunto em que se integraram.

5. Mais do que o concurso para mera gestão fraudulenta, as condutas dos denunciados, devidamente situadas na cadeia dinâmica em que se inseriram, traduziram, de um lado, associação para o fim de cometer crimes; de outro, a deliberada intenção de, mediante os artificios e outros meios fraudulentos já referidos, iludirem a fiscalização do Banco Central do Brasil e a boa-fé dos credores do Brasilinvest S/A — Banco de Investimento, obtendo, em detrimento do patrimônio público e privado, dos serviços e interesses do Banco Central do Brasil e da credibilidade do sistema financeiro nacional, a ilícita apropriação da importância estimada — em 31-1-85 — em Cr\$ 340.399.000.000,00 (trezentos e quarenta bilhões, trezentos e noventa e nove milhões de cruzeiros). Incidiram, em razão disso, na prática dos delitos tipificados nos arts. 171 e § 3º, e 288, *caput*, do Código Penal.»

«6. Em conexão com os fatos acima narrados, outros ocorreram, imputáveis aos denunciados Mário Bernardo Garnero, configurando condutas delituosas autônomas.

7. Com efeito, na qualidade de Diretor-Presidente, Mário Bernardo Garnero é responsável pelas operações a seguir indicadas, que se ajustam à tipificação contida no art. 34, I, e § 1º, da Lei nº 4.595, de 13-12-64.»

3. Como dito acima, o fundamento do pedido é o da incompetência, com argumentos assim resumidos pelo parecerista de fls. 266/286:

a) errônea capitulação da denúncia, pois em verdade não há falar-se em estelionato uma vez que não determina o lesado ou lesados na trama considerada ilícita, o que poderia configurar crime contra a economia popular ou delito falimentar, mas nunca estelionato;

b) errônea capitulação da denúncia, pois não está configurado o crime de estelionato eis que a atividade de induzir a erro a fiscalização do Banco Central, com a concessão irregular dos empréstimos referidos na denúncia, ocorreu após consumadas as operações consideradas fraudulentas, sendo certo para a configuração do estelionato que 'a indução a erro deve preceder à consecução do ganho ilícito';

c) inexistência de prejuízo para o Banco Central do Brasil que não sofreu nenhum dano patrimonial, não se podendo falar em crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas, de modo a configurar a competência da Justiça Federal, nem do aumento de pena previsto no § 3º do art. 171 do Código Penal, pois o sujeito passivo do crime de estelionato é quem sofre a lesão patrimonial;

d) competente para o processo e o julgamento do feito é o Juízo da falência, de acordo com o que dispõe o art. 46 da Lei 6.024/74 em combinação com o art. 125, inciso I, da Carta Magna.»

Leio, na petição inicial, as conclusões, a partir do item 49, fl. 17 (lê).

4. Encontrando-se a ação penal, quando da entrada do *habeas corpus*, na fase de alegações finais, o impetrante requereu a liminar, nestes termos:

«69. O oferecimento das referidas alegações finais, inobstante seu texto corroborar a incompetência da Justiça Federal para decidir a matéria, torna manifesto o *periculum in mora*, pois é iminente o risco de o Paciente vir a ser julgado e, eventualmente, condenado por um Juiz incompetente.

70. Por este motivo, requer-se a concessão de medida liminar, para o único e exclusivo efeito de oficiar-se ao Juízo *a quo* no sentido de que se abstenha de prolatar sentença de mérito, enquanto não for decidido o presente *writ*.»

5. Após prestadas as informações, indeferi o requerimento de liminar (ver fls. 250 e 263).

6. Nas informações, o Juiz Federal André Nabarrete Neto buscou rebater os argumentos da inicial. Falou do princípio processual inscrito no art. 383, isto é, da *emendatio libelli*. Discorreu sobre o crime de estelionato (sujeito passivo, erro, vantagem ilícita, etc). Dedicou uma palavra à Lei nº 6.024, de 1974, acerca do juízo falimentar. Lembrou a recente Lei nº 7.492, de 16-6-86, a respeito dos crimes contra o sistema financeiro nacional, comparando-a, no que diz com o assunto em debate, com a Lei nº 4.595, de 31-12-64, concluindo assim:

«Iniludível, pois, sob esse aspecto, a competência da Justiça Federal. Mesmo que, por hipótese, não se considerasse o outro fato delituoso como de órbita deste Juízo, sendo competente para apreciar e julgar infrator do art. 34, inciso I e § 1º da Lei nº 4.595/64, a prevalência da jurisdição federal asseguraria o conhecimento de tudo o mais.»

.....
«A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, também veio infirmar a alegação do impetrante, no que toca ao aspecto em epigrafe. No seu artigo 26, pa-

rágrafo único, prevê a possibilidade de ser admitida a assistência do Banco Central do Brasil, quando o crime foi cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização. Mais um caso de interpretação autêntica.»

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Ruy Ribeiro Franca, opinou pela denegação da ordem, com esta ementa:

«Processo Penal — Competência — Estelionato e crime praticado contra o Sistema Financeiro Nacional. Em se tratando de estelionato praticado com ofensa a serviços e interesses do Banco Central do Brasil, competente para o processo e julgamento do feito é a Justiça Federal (art. 125, inciso IV, da CF).

Ainda que no crime de estelionato fosse descartada a ofensa a serviços ou interesses do Banco Central, estaria definida a competência da Justiça Federal na hipótese, pois o processo abrange crime contra o Sistema Financeiro Nacional, da competência da Justiça Federal (art. 26 da Lei 7.492/86), prevalecendo esta em face da conexão probatória que envolve as diversas infrações, segundo dispõe a Súmula nº 52 do Tribunal Federal de Recursos.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): No que concerne ao cabimento do pedido, como se lê de fls. 3/5 da inicial, dele não duvido, pois o *habeas corpus* tem sido empregado, e com êxito, até para suscitar a incompetência *ratione loci*, de que é exemplo o HC-53.595, in RTJ-78/679.

2. Em defesa da competência estadual, o impetrante alega, em substância, a falta de tipicidade, a saber, a do crime de estelionato, em relação aos fatos descritos na peça inicial da ação penal. Eis suas palavras, num trecho do memorial:

«Através do presente *habeas corpus*, sustenta-se que os fatos narrados na denúncia não tipificam um crime de estelionato e, muito menos, estelionato do qual tenha sido sujeito passivo aquela autarquia federal, pelo que se pretende o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para apreciar a matéria.»

3. À sua vez, em defesa da competência federal, a Subprocuradoria-Geral da República, a exemplo do Dr. Juiz em suas informações, desenvolve dois argumentos: de um lado, o da contrariedade, que entende presente, a um serviço federal, alcançando interesse da União, donde a incidência do art. 125, inciso IV, da Constituição, consoante o qual aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância, os crimes praticados «em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ...»; de outro lado, o da Lei nº 7.492, de 16-6-86, sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, cujo art. 26 fala da competência federal, que entende, a Subprocuradoria, aplicável à espécie, em se tratando, como se trata no pormenor, de lei processual.

4. De minha parte, confesso, desde logo, que sou pela competência federal, por entender que o assunto da ação penal, como um todo, melhor se adapta, em termos de competência, na área federal, por aplicação do aludido art. 125, inciso IV, da Constituição.

5. Como dito alhures, a mim também não me preocupa um eventual erro na capitulação dos fatos por parte do denunciante. Tem o juiz, ao sentenciar, meios para endireitar as coisas, se tanto necessário for, à vista do princípio inscrito no art. 383 do Cód. de Pr. Penal.

6. O que me parece importante para definir, aqui, a competência, não é uma situação individual, mas, sim, a repercussão dos fatos, em seu aspecto global. Iniludível-

mente, o *affaire* Brasilinvest, pela sua magnitude, atingiu o Sistema Financeiro Nacional, que tem, no seu ápice, de acordo com o art. 1.º da Lei nº 4.595, de 31-12-64, o Conselho Monetário Nacional, seguido pelo Banco Central do Brasil, uma autarquia federal, e a ela, autarquia, compete, privativamente, entre outras atribuições, a de «exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas», conforme o art. 10, inciso VIII. Ora, que esse Sistema e essa fiscalização, de uma forma ou de outra, foram, em tese, atingidos, de tal não se pode duvidar, pelo que se depreende da denúncia. A propósito, assinalou, em seu parecer, a Subprocuradoria-Geral da República:

«11. Com efeito, nos balancetes de rotina enviados pelo Brasilinvest S/A ao Banco Central do Brasil, para o efeito da fiscalização exercida pela autarquia, a realidade financeira e operacional da empresa era deliberadamente mascarada para evitar a constatação da irregularidade, o que, aliás, permitiu a continuidade da trama ilícita, ficando definida a competência da Justiça Federal porque houve ofensa a serviço federal, independente de qualquer prejuízo:

‘EMENTA: Falsificação de documento público em detrimento de serviço e interesse da União. Crime de competência da Justiça Federal, mesmo que não haja ocorrido prejuízo econômico da Fazenda’. HC 64.835-5-BA — Rel.: Min. Octávio Gallotti — DJ 28-8-87 — página 17.573.

12. Aliás, uma das testemunhas ouvidas, para citar apenas uma, deixa claro que o artifício da apresentação de balancetes ideologicamente falsos foi uma das razões, a mais expressiva delas, da tardia descoberta das operações fraudulentas por parte do Banco Central e pelo próprio Conselho de Administração do Brasilinvest S/A: ...»

«18. É certo que o Banco Central do Brasil foi enganado na sua atividade de fiscalização do sistema financeiro, e apesar de não ter sofrido prejuízo material, deve figurar ao lado dos investidores do Brasilinvest como sujeito passivo da infração como já demonstrado, pois a atividade fraudulenta levada a efeito pelo paciente e outros lesou serviço e interesse da entidade, que é uma autarquia federal, estando devidamente caracterizada a competência da Justiça Federal.

19. Inegavelmente que o Brasilinvest S/A, através de seus dirigentes, enganou a fiscalização ordinária do Banco Central por meio de balancetes ideologicamente falsos, que visavam deliberadamente ocultar a real situação da empresa, seja mascarando a iliquidez de seus créditos, seja buscando esconder a ofensa ao princípio da diversificação de riscos.

20. Se estes documentos eram ideologicamente falsos, como ficou comprovado, por ocultar a verdadeira situação financeira da empresa, não há como negar que houve uma ofensa, e de natureza grave, ao serviço de uma autarquia federal, resultando na gigantesca fraude em apuração, que sem dúvida serviu para alimentar o crescente descrédito das atividades de governo.

21. Não há dúvida, também, de que compete ao Banco Central do Brasil exercer a fiscalização das instituições financeiras (art. 10, inciso VIII, da Lei 4.595/84).

22. Além da ofensa a um serviço federal, a atividade ilícita do paciente e seus comparsas alcançou interesse da União, desde que a higidez do sistema financeiro, objetivo especial que a administração tem de preservar e garantir, restou enfraquecido e desacreditado, podendo-se dizer até que fraudes deste nível afetam substancialmente o mercado financeiro nacional, prejudicando o nível de poupança interna e externa, tão indispensáveis ao desenvolvimento do País.»

7. A respeito da competência federal para crime definido na Lei nº 4.595/64, cito o RE-90.773, in RTJ-97/1231, Ministro Leitão de Abreu, citado também à fl. 281 com essa ementa: «Sistema financeiro nacional. Atuação como instituição financeira, sem estar devidamente autorizada pelo Banco Central (Lei nº 4.595/64, artigo 44, § 7º). Crime praticado em detrimento de serviço ou interesse da União ou de entidade autárquica. Competência da Justiça Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido». Por igual, o HC-3.423, in Revista do TFR-46/207, com essas palavras do Relator, Ministro Amarílio Benjamin: «Os pacientes são acusados de haver ofendido a Lei 4.595, que disciplina a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias no território nacional, ou seja, a lei que regula o sistema financeiro nacional. O Tribunal tem decidido que as infrações desta lei são da competência da Justiça Federal». É certo que, no CC-3.234, com denúncia pelos crimes do art. 168 do Cód. Penal e art. 34, I, § 1º, da Lei nº 4.595/64, este Tribunal proclamou a competência estadual, mas, em seu voto, declarou o Sr. Ministro Gueiros Leite: «Não se trata, aqui, de uma exclusão plena da competência da Justiça Federal, mas da sua *dosagem*, como vem sendo feita pelo Tribunal, a teor de alguns dos seus julgados».

No ano de 1984, no caso Delfin S.A. — Crédito Imobiliário, com denúncia pelos crimes dos arts. 34, I, § 1º, da Lei nº 4.595/64, 3º, IX, da Lei nº 1.521/51, e 171, VI, e § 3º, do Cód. Penal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Quarta Câmara Criminal, reconheceu a incompetência estadual, ao conceder ordem de *habeas corpus* a Fábio Puccetti de Vasconcellos, com extensão aos demais acusados. Refiro-me aos HC's 33.376-3 e 33.185-3, requeridos pelo saudoso advogado Heleno Cláudio Fragoso, com parecer do Prof. Manoel Pedro Pimentel. Do acórdão extraio o trecho inicial, *verbis*:

«Na verdade a matéria posta em juízo refoge à competência da Justiça Estadual comum por pertencer à competência da Justiça Federal Comum, uma vez que se trata de crime (um deles, conexo) da alçada desta jurisdição por cogitar, em tese, de prejuízo a detrimento de órgãos ou instituições de cunho Federal. Na verdade nulo o despacho de recebimento da denúncia pois, como assevera Barbalho, a incompetência 'é a maior das nulidades' e declarável de direito público. Para tanto acolhe-se e adota-se em seu inteiro teor, como parte integrante do presente julgado, o parecer elaborado pelo Professor Manoel Pedro Pimentel que instrui o presente *habeas corpus*. Tal parecer está vazado nos seguintes termos: ...»

Os autos do caso Delfin S.A., remetidos à Justiça Federal, por lá tramitam, e, recentemente, um dos implicados pediu a este Tribunal uma ordem de *habeas corpus*, HC-7.106, sob o fundamento de falta de justa causa, mas do pedido houve desistência, homologando eu, na condição de Relator, a desistência.

8. Na espécie sob exame, lembro que o paciente encontra-se denunciado, item 2 do relatório, pelos crimes de estelionato e quadrilha ou bando, arts. 171 e 288 do Cód. Penal, mas em concurso de pessoas, sendo que a uma delas também se imputa o crime do art. 34, I, e § 1º, da Lei nº 4.595/64. De conseguinte, vem a pêlo a Súmula 52/TFR, com apropriada colocação neste trecho do parecer:

«32. Em se tratando de crimes conexos, pois a prova dos crimes de estelionato e de quadrilha ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influirá na prova do crime previsto no art. 34, inciso I, e § 1º, da Lei 4.595/64, havendo uma forte ligação entre as diversas infrações (art. 76, inciso III, do CPP), é obrigatória a reunião dos processos, propiciando ao julgador visão ampla e mais segura do conjunto probatório.

33. Portanto, ainda que fosse vitoriosa a tese da incompetência da Justiça Federal em relação aos crimes de estelionato e quadrilha, o que não é possível em face do que já foi demonstrado, admitida a hipótese apenas para argumentar, não seria o caso de se dizer incompetente o Juízo impetrado, pois o crime previsto no art. 34, inciso I, § 1º, da Lei 4.595/64, é inquestionavelmente da Justiça Federal (art. 26 da Lei 7.492/86), uma vez que estaria prova-

da a conexão entre crimes da competência Federal e Estadual, prevalecendo a primeira a teor do que dispõe a Súmula nº 52 do Tribunal Federal de Recursos:

‘Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos da competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, inciso II, a, do Código de Processo Penal’.»

9. Ante o exposto, por entender, como disse no item 4, aplicável à espécie o art. 125, inciso IV, da Constituição, por se tratar, em tese, de crimes praticados em detrimento de serviço ou interesse da União ou de entidade autárquica, denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.161 — SP — (Reg. nº 8.850.131) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Impte.: Antônio Evaristo de Moraes Fº Impdo.: Juízo Federal da 3ª Vara-SP. Pacte.: Antônio Pavesi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem (3ª Turma — 12-4-88).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas e Flaquer Scartezzini. Ausente o Sr. Ministro Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 7.206 — SP
(Registro nº 880.010.183-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

Impetrante: *Paulo Celso Antônio Sahyeg*

Impetrado: *Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto-SP*

Paciente: *Rafael Humberto Cortez Peña — Réu preso*

EMENTA: Penal. Execução. Progressão para o regime aberto. Estrangeiro.

I — Os benefícios relativos à execução da pena privativa da liberdade dependem, no caso do estrangeiro, da situação em que o mesmo se encontra no País. Assim, se por força dessa situação, não pode exercer atividade laboral remunerada, fora do estabelecimento carcerário, requisito essencial para o cumprimento da pena em regime aberto, correto o indeferimento da progressão.

II — Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de junho de 1983 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: O advogado Paulo Celso Antonio Sahyeg impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Rafael Humberto Cortez Peña, cidadão colombiano, atualmente recolhido à Cadeia Pública de São José do Rio Preto, em São Paulo, cumprindo pena que lhe foi imposta por sentença com trânsito em julgado, que o condenou como infrator dos artigos 12 e 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São José do Rio Preto, a impetração diz configurar constran-

gimento ilegal a decisão pela qual o magistrado indeferiu ao paciente a remição de parte do tempo de execução da pena, bem assim a progressão para o regime prisional aberto.

No que tange ao primeiro ponto, sustenta que o paciente remiu, pelo trabalho, comprovado este por declaração do encarregado do estabelecimento penal onde o mesmo se encontra recolhido, dois anos e três meses da pena, na conformidade do art. 126, da Lei de Execução Penal.

Quanto à progressão do regime, alega que o paciente preenche os requisitos estabelecidos nos itens I e II, do art. 114, do mencionado diploma legal, como demonstram o atestado de bom comportamento carcerário e o exame criminológico, não constituindo óbice para o ingresso no regime aberto a condenação por tráfico de entorpecentes, nem a condição de estrangeiro.

Culmina pedindo a concessão da ordem, nos exatos termos da inicial, «para o efeito de ser admitida a progressão pretendida, visando ao regime aberto em nível de prisão albergue (consoante tendo em vista a primariedade e a absoluta ausência de periculosidade), cujo trabalho diurno será exercido na firma Drogaria do Farto (Rua Missionários, 213, Santo Amaro, São Paulo, Capital), que desde 19 de fevereiro de 1988 ofereceu emprego ao paciente (doc. 12), apesar de estrangeiro, sob pena de ofensa ao princípio constitucional de isonomia (art. 153, § 1º, da CF) e na linha da melhor jurisprudência, obstando-se a remoção determinada, independentemente de eventual reconhecimento da remição...»

Ao tempo em que requisitei informações ao MM. Juiz impetrado, deferi medida liminar, com o fim de sustar a remoção do paciente para o Presídio de Taubaté, até o julgamento deste *habeas corpus*.

Como as informações não foram prestadas em tempo razoável, reiterei os termos do ofício por meio do que as requisitasse, vindo para os autos o telex de fl. 79, dando ciência de que os autos haviam sido remetidos ao MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais de São Paulo, face a transferência do paciente para a Casa de Detenção de São Paulo, ocorrida antes da notificação do deferimento da medida liminar.

Oficiei, então, ao MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais de São Paulo.

A requerimento do impetrante, no entanto, resolvi, pelo tempo decorrido, dispensar as informações, abrindo vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, cujo parecer é pelo deferimento da ordem.

Às fls. 90/91, veio para os autos a resposta do referido Juízo, informando que, em obediência à decisão concessiva da liminar, determinara o retorno do paciente para a Cadeia Pública de São José do Rio Preto.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A autoridade impetrada se encontra no exercício de jurisdição federal, nos termos do art. 27, da Lei nº 6.368/76, exsurto, assim, indubitosa a competência deste Tribunal para o processo e julgamento do *habeas corpus*, pelo que dele conheço.

Quanto ao mérito, a impetração objetiva a progressão para o regime prisional aberto, constituindo a questão relativa à remição da pena, fundamento para a concessão do *writ*, como giza a própria inicial, no seguinte passo:

«Conquanto não vise o *habeas corpus* à declaração da remição enquanto tal, constitui de toda sorte fundamento para a concessão do *writ* na medida em que, repete-se, a mesma somente foi alcançada por força do trabalho realizado pelo paciente.

Em sendo assim, o fundamento do pedido de remição constitui base, também, para demonstrar condições de ingresso no regime aberto, em relação ao paciente-condenado, pois comprovou não apenas a possibilidade de trabalhar, mas o próprio trabalho realizado.»

Com efeito, a comprovação da possibilidade de o paciente trabalhar é, no caso, irrelevante, dado que ele não pode, de qualquer modo, ingressar no regime aberto, não em razão do crime por que condenado, já que a lei não faz qualquer restrição a propósito, nem do só fato de ser estrangeiro, mas em virtude da situação em que se encontra no país.

Não há lugar sequer para invocar-se o constitucional princípio de isonomia, que pressupõe identidade de situação. E a situação do paciente se desiguala na medida em que, por força da legislação que cuida dos estrangeiros, lhe é defeso, por não ter visto de permanência, pelo menos não fez prova, exercer atividade laboral remunerada, fora do estabelecimento carcerário, requisito essencial para o cumprimento da pena em regime aberto.

Registre-se, nesse passo, que o colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso de *Habeas Corpus* nº 67.463-9, na assentada de 27 de novembro de 1987, examinou questão semelhante, relacionada com a outorga de livramento condicional, decidindo nos termos da seguinte ementa:

«EMENTA: *Habeas Corpus*. Estrangeiro. Turista. Livramento condicional. Requisitos objetivos e subjetivos. O só fato de o sentenciado ser estrangeiro não impede a concessão de livramento condicional. Código Penal, art. 60, II. A possibilidade de permanência do estrangeiro, no País, há de considerar-se, entretanto, como indispensável à outorga do livramento condicional, o que cumpre ser provado pelo requerente do benefício. Hipótese em que, como turista, sem residência fixa, não poderá o paciente fazer a aludida prova. Recurso desprovido.»

Por aí se vê claramente que os benefícios relativos à execução da pena privativa da liberdade dependem, no caso do estrangeiro, da situação em que o mesmo se encontra no País.

De outra parte, a questão da remição de pena deve ser examinada em sede própria, ou seja, quando do julgamento do agravo.

Nessas condições, Senhor Presidente, indefiro a ordem. É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, numa das últimas sessões desta Turma, tive a oportunidade de relatar uma apelação criminal da Bahia em que o Juiz havia concedido regime aberto a um estrangeiro nas mesmas condições deste paciente.

Acolhemos a apelação do Ministério Público, para reformar em parte a sentença, determinando que o estrangeiro não podia, por não estar com visto de definitividade no País, trabalhar e, por isso, não poderia cumprir a pena em regime aberto.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.206 — SP — (Reg. nº 880.010.183-6) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Impte.: Paulo Celso Antônio Sahyeg. Impdo.: Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto-SP. Pacte.: Rafael Humberto Cortez Pená — Réu preso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu a ordem, nos termos do voto do Relator. (1ª Turma — 14-6-88).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e William Patterson votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

HABEAS CORPUS Nº 7.444 — PA
(Registro nº 880.04.863-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza*
Impetrantes: *Walmir Santana Bandeira de Souza e outro*
Impetrado: *Juízo Federal da 4.ª Vara/PA*
Paciente: *Rubens Frank Rocha de Lira*

EMENTA: Processual Penal.

Liberdade provisória. Art. 310, parágrafo único, do CPP.

Não se concede liberdade provisória ao réu passível de ter contra si decretada a prisão preventiva.

Ordem que se denega.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Este *Habeas Corpus* é impetrado pelos mesmos advogados Walmir Santana Bandeira de Souza e Paulo Sérgio da Silva Rola, em favor do mesmo Rubens Frank Rocha de Lira, os mesmos personagens, portanto, do *habeas corpus* que relatei em primeiro lugar, nesta assentada.

Os fatos também a que se reporta a impetração são essencialmente os mesmos de que cuida o *habeas corpus* precedentemente julgado.

Então, somente neste caso a ordem é impetrada, alegando-se como coação ilegal o indeferimento da liberdade provisória sem fiança.

Diz assim: (lê)

«O Suplicante foi preso e atuado em flagrante, por autoridades policiais federais, que o deram como incurso nas penas dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, infrações inafiançáveis.

Recolhido à Cadeia Pública desta Capital, o Presídio São José, requereu à autoridade ora apontada como coatora a liberdade provisória independentemente de fiança (parágrafo único do art. 310, do CPP), exibindo documentação comprobatória da inexistência de empecilhos legais à pretensão, o que ensejou a autuação do Processo nº 35.227, cuja fotocópia devidamente autenticada junta ao presente pedido, a fim de melhor instruí-lo e de que Vossa Excelência melhor possa avaliá-lo.

Verificará Vossa Excelência que o Suplicante instituiu o pedido de liberdade provisória com documentação necessária à concessão do benefício, o que não impediu de o Ministério Público, instado a se manifestar, se pronunciar contrário à concessão do benefício.

Por sua vez, a digna autoridade coatora, decidindo o pedido, indeferiu o benefício buscado, tão-somente ao fundamento de que «sendo o requerente residente em Manaus, é da conveniência para a instrução do processo que ele seja mantido preso».

Trata-se, como se vê, de raciocínio que fere o direito, posto ignorar as condições permissivas da liberdade vigiada. Com efeito, já em o pedido efetivado à autoridade coatora, o Suplicante deduziu que a circunstância de não ser residente no Distrito da Culpa, por si só, não haverá de se sobrepor às demais que lhe são favoráveis, sendo certo que, a propósito, de inteira propriedade para aplicação ao pedido do paciente é a orientação dos Colegiados Judiciários Brasileiros, consoante adiante demonstrado:

«Não se justifica a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se o acusado tem residência fixa (embora fora do Distrito da Culpa), família constituída e não registra antecedentes criminais» (TACRIMSP, 2ª C., HC 18.421, rel.: Edmond Acar, *in* RT 414/245).

«Embora preso em flagrante por crime inafiançável, pode o réu ser libertado provisoriamente desde que inoçorram razões para a sua prisão preventiva» (TJSP, RT 523/376, *apud* Damásio Evangelista de Jesus, obra citada, pág. 176).

Igualmente, oportuno e pleno de sabedoria o remate da decisão recente proferida pela douta 2ª Turma, dessa Egrégia Corte de Justiça, no RHC 65.736, dec. U., DJ 89, de 12-5-88, em que foi relator o Eminentíssimo Ministro Francisco Rezek e a seguir transcrita:

«*Habeas Corpus*. Pedido de extensão. Decisão fundamentada em circunstância estritamente pessoal — Recurso de *habeas corpus* provido por motivo de caráter exclusivamente pessoal: a facilidade de movimentação, até para o exterior, não justifica negar-se o direito de responder em liberdade — não é aproveitável pelo co-réu.»

Entende, assim, o Suplicante que está submetido a intolerável constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*, sendo que o fundamento para a concessão da Medida Liminar requerida está extratificado na seguinte decisão dessa Egrégia Corte, vez que a manutenção da custódia do Suplicante até decisão final *writ* configurará prejuízo irreparável ao mesmo, ante os elementos constantes do pedido e do fundamento da decisão denegatória:

«*Habeas Corpus* nº 7.316 — RJ (Reg. nº 880.022.535-7)

Impetrantes: George Tavares e outros.

Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara — RJ.

Pacientes: José Mário Picozzi e outros.

Despacho

Vistos, etc.

1. Os pacientes foram presos e autuados em flagrante por infração do art. 334, § 1º, c, do Código Penal, delito afiançável. Requereram... exibindo documentação comprobatória da existência de empecilhos legais à pretensão... O Ministério Público Federal concordou... A digna autoridade judiciária... indeferiu a fiança tecendo considerações que não indicam, de modo explícito e preciso, qualquer das circunstâncias impeditivas do direito invocado, ...

2. Nestas condições, tenho por presentes os requisitos ensejadores da concessão liminar da ordem, posto que a manutenção da custódia dos pacientes até decisão final *writ* configurará prejuízo irreparável aos mesmos, ante as circunstâncias de fato e de direito trazidas, *prima facie*, à apreciação do Relator. *in DJ* nº 84, de 5-5-88).» (Fls. 3/5).

E, assim, no caso trazido como paradigma, foi concedido o *habeas corpus*.

Requerida a ordem, foi ouvida a autoridade coatora, que, em resposta, diz o seguinte: (lê)

«O ora paciente foi preso em flagrante nesta Capital no dia 8 de julho recém-findo, juntamente com o alienígena Rodney Delano Mahalla, por haver sido encontrado em poder dos mesmos certa quantidade de tóxico (três quilos e quinhentos gramas de cocaína, segundo Laudo de Constatação nº 007/88-SC/SR/PA, anexo ao Auto de Prisão em Flagrante), e denunciado pelo representante do Ministério Público, ainda juntamente com o estrangeiro Rodney e mais outros três, estes encontrando-se em local ignorado, mas que teriam participado da trama delituosa, como incursos nas penas dos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368 de 1986.

A denúncia foi recebida no dia 19 de julho, tendo sido designado o dia 25 seguinte para interrogatório dos acusados presos, o que efetivamente se realizou, e determinada a publicação de Edital com o prazo de 5 (cinco) dias, quanto aos demais, ficando designado o próximo dia 5 do corrente para os respectivos interrogatórios.

Os réus interrogados apresentaram alegações preliminares no tríduo, nas quais sustentam, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para o processo e julgamento, por não se tratar, segundo entendem, de tráfico internacional.

Com vista dos autos, o representante do Ministério Público Federal manifestou-se pela competência federal, aduzindo as seguintes considerações:

«Como consta dos autos, o brasileiro Rubens Frank Rocha de Lira e o surinamês, entrado neste País com *visto de turista e com passagem marcada para voltar a seus país*, Rodney Delano Mahalla, foram presos em flagrante ocultando, em um hotel onde estavam hospedados, nesta Capital, *três quilos e meio* de cloridrato de cocaína. Esses dois elementos e mais outros três, um deles também surinamês e turista com volta marcada para o Suriname, integravam uma quadrilha de tráfico de cocaína, está evidente nos autos. Ora, em primeiro lugar, a cocaína é produzida a partir de pasta de coca e não existem plantações de coca no Brasil. Trata-se, em consequência, de mercadoria produzida integralmente no estrangeiro ou, se produzido o sal neste País, a partir de pasta de coca nele introduzida no estrangeiro. Só isso daria à operação caráter internacional.

Mais, ainda, porém o surinamês Rodney Delano Mahalla, flagrado com três quilos e meio de cocaína, juntamente com Rubens Frank Rocha de Lira, *não reside no Brasil* e aqui estava com visto de turista e com passagem de volta ao Suriname *marcada*, o que deixa bem claro que a cocaína oriunda da Bolívia ou outro país dela produtor foi intro-

duzida criminosamente no Brasil e deste País seria levada para o Suriname pelos denunciados estrangeiros e provavelmente do Suriname seguiria para o grande mercado consumidor que é o norte-americano». (Destques do original).

O aspecto relacionado com a incompetência desta Justiça Federal para o processo e julgamento do feito encontra-se pendente de decisão, eis que somente nesta data foram recebidos os autos com a manifestação acima transcrita.

A propósito, porém, cabe assinalar que o ora paciente, ao depor na Polícia Federal, deixou claro que a droga apreendida seria levada para o Suriname, como se vê do Auto de Prisão em Flagrante:

«... Que, por volta das 02:00h da madrugada o interrogado já estava lanchando na lanchonete «Bety Balanço», localizada na Rua Paraíba, quando ali compareceram Diouro e dois dos estrangeiros anteriormente citados, oportunidade em que foi contratado para trazer para esta Capital uma partida de cocaína, a qual deveria ser entregue ao terceiro estrangeiro de nome Rodney, que estaria hospedado no Hotel Vila Rica que fica localizado próximo ao Aeroporto nesta Capital; que, ficou acertado que o interrogado receberia, após a entrega da mercadoria, a importância de quinze mil cruzados e mais passagem de ida e volta e hospedagem; que, no dia de ontem, quinta-feira, chegou a esta Capital no vôo da empresa VARIG, por volta das 07:00 horas da manhã; que, incontinenti se dirigiu para o hotel Vila Rica e ali encontrou-se com o estrangeiro Rodney que o aguardava no saguão do hotel; que, após cumprir as formalidades de hospedagem junto ao hotel, se dirigiu para o apartamento de nº 223-B em companhia do estrangeiro quando então lhe fez a entrega da cocaína; que, após procurarem um lugar adequado para esconder a droga optaram por introduzi-la num compartimento de ventilação que fica localizado ao lado do apartamento nº 223-B; que, o interrogado após a entrega da mercadoria continuou hospedado no hotel aguardando o retorno dos outros dois estrangeiros para receber o pagamento pelo serviço prestado; que, os dois estrangeiros deveriam chegar em um dos vôos da madrugada, possivelmente trazendo mais uma partida de cocaína que seria incorporada à trazida pelo interrogado e depois levada pelos mesmos para o Suriname...»

Por outro lado, e concomitantemente, requereu o interessado Rubens Frank Rocha de Lira liberdade provisória.» (Fls. 36/39).

O parecer é pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): O meu voto, Senhores Ministros, é também pela denegação, porque, conquanto, de fato, não esteja suficientemente justificado nas informações, nem mesmo no despacho de indeferimento da liberdade provisória, o que fosse mister para autorizar a prisão preventiva, contudo, extraído do conjunto das informações constantes dos autos que se trata de processo que deve se achar às vésperas de receber sentença. E, de fato, sendo o paciente residente em Manaus, correndo a ação penal em Belém, sendo estritíssimos os prazos da Lei de Tóxicos, facilmente poderia ocorrer o excesso de prazo e, assim, o enfraquecimento da *persecutio criminis*.

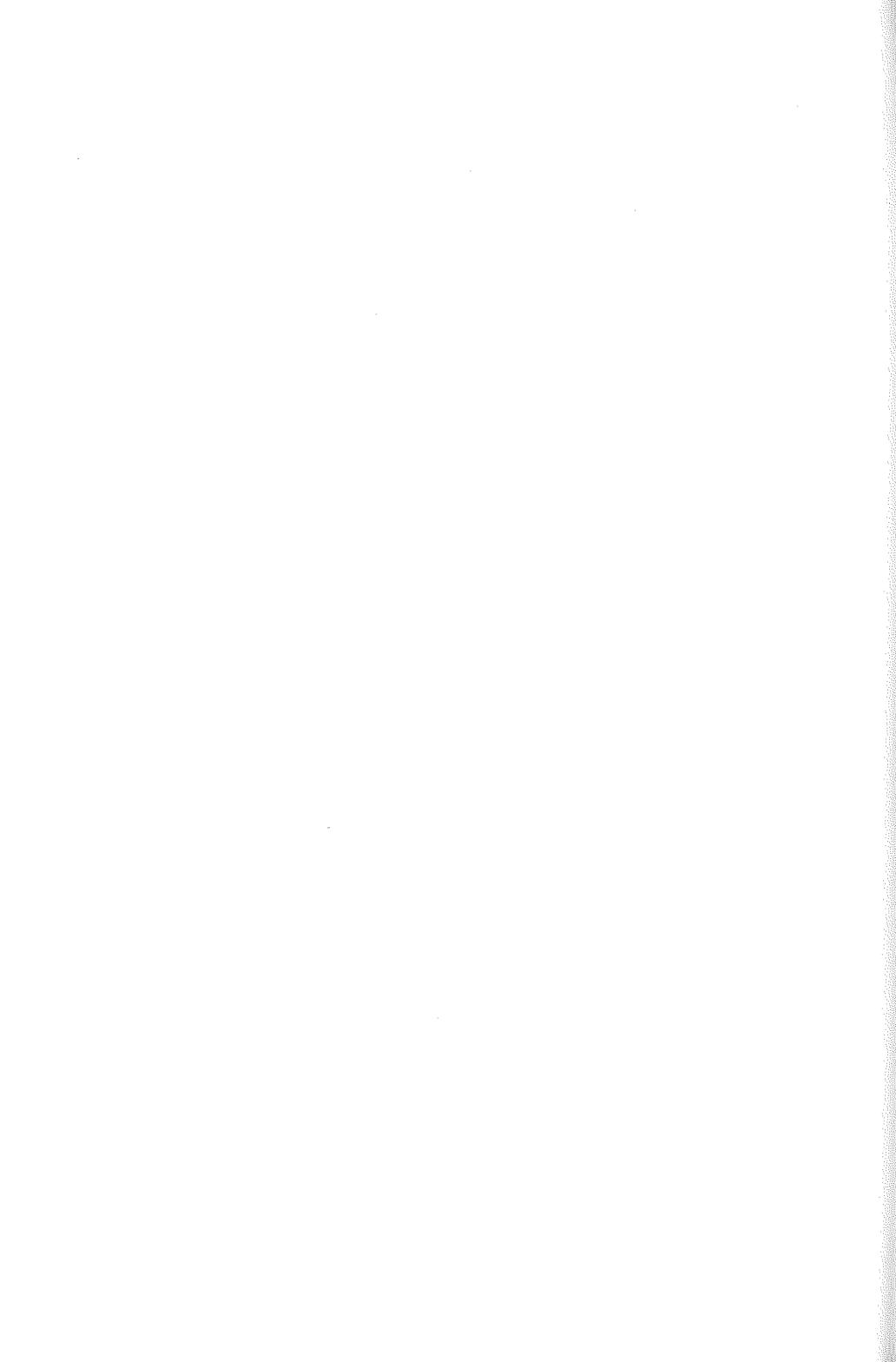
Por isso que, tendo em vista que a ação penal deve achar-se já a ponto de receber sentença, penso que os fatos increpados ao paciente (envolvimento em tráfico internacional de drogas) recomendam o indeferimento do *habeas corpus*.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.444 — PA — (Reg. nº 880.040.863-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Impetrantes: Walmir Santana Bandeira de Souza e outro. Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara-PA. Paciente: Rubens Frank Rocha de Lira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. (Em 27-9-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



HABEAS CORPUS Nº 7.446 — RJ

(Registro nº 880.041.249-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Augusto Moretoni Netto*

Impetrado: *Juízo Federal da 4.ª Vara — RJ*

Paciente: *Musa Muniru*

EMENTA: Habeas Corpus. Pena. Tóxicos. Regime semi-aberto. Estrangeiro.

Saída extramuros. A saída extramuros tem caráter excepcional, nele não se incluindo o estrangeiro condenado pela lei de tóxicos já com processo de expulsão em andamento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Ordem impetrada para que ao paciente, condenado nas penas dos arts. 12 e 18, I, da Lei nº 6.368/76, seja permitida saída extramuros, dentro do regime semi-aberto que cumpre, para que possa estudar a língua portuguesa e usufruir da cultura nacional.

As informações noticiam que, sendo o paciente estrangeiro, sua saída extra-muros se chocaria com o Estatuto do Estrangeiro, pois que sua permanência no País já não mais é regular.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem, aduzindo que a restrição do Juízo *a quo*, antes de constituir constrangimento ilegal, vale medida cautelar diante da existência do processo administrativo de expulsão.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, entendendo que não existe obrigatoriedade de permitir-se saídas extramuros aos condenados a regime semi-aberto e sim uma admissão em caráter excepcional, como bem afirmado no parecer, neste lanço:

«.....

Isto é, a lei não obriga o Juízo de Execução a conceder saídas externas a todos os reeducandos sob regime semi-aberto, mas admite que sejam concedidas estas saídas em casos excepcionais, quando preenchidos os requisitos do art. 123 da Lei de Execução Penal, entre eles o de compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

No caso em pauta entende o Juízo *a quo* que essa admissibilidade se choça com o Estatuto de Estrangeiros, a já citada Lei nº 6.815/80.

A Lei em questão estabelece a obrigatoriedade do processo de expulsão para o estrangeiro, autor de crime doloso. Em se tratando de tráfico de entorpecentes não é permitida nem a reconsideração do processo (arts. 68, 71 e 72).» — Fl. 26.

Inteiramente de acordo com essa orientação, denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.446 — RJ — (Reg. nº 880.041.249-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Impte.: Augusto Moretoni Netto. Impdo.: Juízo Federal da 4ª Vara-RJ. Paciente: Musa Muniru.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. (Em 20-9-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Costa Lima votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 7.452 — PE

(Registro nº 880.042.319-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recte. «Ex officio»: *Juízo Federal da 6ª Vara — PE*

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorridos: *João Lira de Carvalho e Antônio Péricles Modesto de Lira*

EMENTA: Penal. Apropriação indébita. Não recolhimento de IPI.

Tipicidade. Ação típica, constituindo crime previsto tanto no Código Penal Brasileiro (art. 168) como em legislação especial (D.L. 326/67), não podendo ser considerado como simples mora obrigacional.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Denunciados como incurso nas penas do art. 168 do Código Penal c/c o art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 e com o art. 71 do Código Penal, os réus foram beneficiados por *habeas corpus* de ofício concedido ao argumento de que o fato a eles imputado não constitui apropriação indébita, mas simples mora obrigacional que deverá ser resolvida em ação cível adequada, uma vez que é inadmissível a prisão por dívida — art. 153, § 17, da CF.

O apelo do Ministério Público Federal recorre em sentido estrito, argumentando que as disposições nas quais deu como incurso os réus estão em plena vigência, não podendo, assim, o sentenciante considerar atípica a conduta quando esta perfaz exatamente o tipo legal da apropriação indébita.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, com inteira razão o Ministério Público Federal apelante. Na realidade, a decisão atacada desconsiderou a existência do art. 168 do Código Penal e do Decreto-Lei nº 326/67, este cuja constitucionalidade já foi declarada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (RTJ 86/408). O débito dito apropriado na denúncia não foi pago, não se tratando, de conseguinte, de mora obrigacional, mas de ato criminoso típico. Não há nem ao menos falar-se em extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos.

Dou, pois, provimento aos recursos voluntário e de ofício, para determinar o prosseguimento da ação penal em todos os seus termos.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 7.452 — PE — (Reg. nº 880.042.319-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Justiça Pública. Recorridos: João Lira de Carvalho e Antônio Péricles Modesto de Lira. Rec. *ex officio*: Juízo Federal da 6ª Vara-PE.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos (em 13-9-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Bueno de Souza votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

HABEAS CORPUS Nº 7.467 — RJ

(Registro nº 880.043.555-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrantes: *Márcio Thomaz Bastos e outros*

Impetrado: *Juízo Federal da 13.ª Vara — RJ*

Paciente: *Lorenzo Borletti*

EMENTA: Processo Penal. Custódia preventiva.

Requisitos. A ausência de fundamentação no decreto da prisão preventiva converte em arbítrio inadmissível a discricionariedade que deve haver na apreciação dos motivos que a justifiquem.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de setembro de 1988. (Data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Insurge-se o paciente contra o prosseguimento da ação penal contra si instaurada e, também, contra o decreto de custódia preventiva. Alega inexistir no conjunto probatório qualquer fato que o incrimine e que justifique que a doutora Juíza da 13.ª Vara Federal do Rio de Janeiro decrete sua prisão preventiva.

A denúncia o dá como incurso nos arts. 12, 14 e 18, I, da Lei nº 6.368/76, em razão de servir de ligação entre os traficantes e os refinadores da cocaína apreendida, além de obtê-la para o tráfico.

Na parte em que interessa ao ora paciente, o despacho que decretou a custódia preventiva está assim redigido:

«Já quanto aos demais acusados, resulta dos autos e das próprias declarações do detido e de Diana Harvie Maher, todas voltadas no sentido de que

eram os três réus ligados a Lorenzo Borletti, que em São Paulo comandava com Esther Reysse, no Rio, o tráfico de cocaína no eixo Rio-Londres, tudo como se pode inferir de fls. 2/6, 25/28.

Tais indícios são robustecidos com a apreensão de fls. 28/29 (agenda de Diana), na qual se contém os dados referentes às ligações dos quatro acusados no tráfico internacional de entorpecentes» (fl. 159).

As informações limitam-se a aduzir que estão presentes suficientes indícios da autoria de fato materialmente comprovado.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão parcial da ordem apenas para que seja revogada a prisão preventiva por absoluta falta de fundamentação, assim resumindo o parecer:

«EMENTA: *Habeas Corpus*. Trancamento da Ação Penal e revogação de prisão preventiva.

— Existência, em tese, de crime e indícios de autoria eficientes à persecução penal e à decretação de prisão preventiva.

— Decreto, no entanto, carente de fundamentação.

— Parecer pela concessão parcial da ordem» (fl. 159).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, li com atenção todas as peças dos autos, tanto aquelas trazidas pela inicial, como as outras juntadas nas informações. Assim é que o decreto de prisão preventiva menciona que o envolvimento do paciente deflui das peças de fls. 2/6 e 25/28, nestes autos numerados como fls. 42/46 e 63/65. Lidas com todo o cuidado, nelas não se retira, realmente, muito de concreto contra o paciente. Nos depoimentos de fls. 42/46 nada é dito contra ele e sequer seu nome foi mencionado, embora o decreto de prisão preventiva cite tais depoimentos como incriminadores. Os depoimentos de fls. 63/65, porém, mencionam o nome do paciente nos seguintes lanços:

«Que, neste ato, ao ser perguntada, esclarece que dos nomes constantes na citada agenda telefônica, o único que mantinha relações de amizade com Esther Reisse, era a pessoa de nome Lorenzo Borletti, italiano, residente na Rua Manoel Marial Toninho nº 383 — Pacaembu-SP — Tel. 011-655728» (fl. 63).

«Que a declarante conheceu pessoalmente Lorenzo Borletti, cerca de quatro anos atrás, no restaurante de propriedade da mesma, de nome Bar Maçã Dourada, localizado no Bairro de Santa Tereza/RJ; que, na ocasião, Lorenzo trabalhava em um banco em São Paulo/SP; que, a cada seis meses, Lorenzo visitava a declarante, tendo em algumas ocasiões pernoitado na casa da declarante, juntamente com amigos brasileiros e italianos; que, a declarante certa época visitou Lorenzo, em sua residência, na cidade de São Paulo, onde pernoitou por uma noite; que, cerca de três meses atrás, Lorenzo ligou para a declarante, fazendo a apresentação de Esther Reisse, esclarecendo que se tratava de sua amiga, solicitando na ocasião para que a declarante cuidasse da mesma nesta cidade; que, dias após, Esther compareceu no restaurante da declarante, juntamente com uma outra inglesa de nome Joy, entretanto hospedaram-se em um hotel nesta cidade, cujo o nome desconhece; que, no último domingo, dia 17-7-88, Esther ligou para a declarante, avisando que se encontrava nesta cidade, acompanhada de um amigo inglês, e que mais tarde se encontraria com a declarante em seu restaurante, o que foi feito; que, nesse encontro, Esther reclamou que não se encontrava bem alojada no Hotel Astoria, tendo por esse motivo a declarante convidado-a para hospedar-se, juntamente com seu com-

panheiro de nome Paul Andre Jardine, em sua residência, tendo ambos, no mesmo dia, encerrado conta no Hotel Astoria, passando a residirem em sua casa;» (fl. 64).

Estas as duas menções ao nome do paciente que encontrei em todas as peças lidas.

Reputo suficientes os indícios que defluem desses depoimentos, pois que podem indicar co-autoria. Ora, o juiz local afere os fatos munido de elementos próximos, através da oitiva dos envolvidos, suas reações, etc.

Resta, porém, a alegada falta de fundamentação do decreto ora atacado. No caso dos autos, realmente, não apresentou-a a autoridade dita coatora, de forma a caracterizar a real necessidade ou mesmo conveniência da medida. Os indícios existem, embora frágeis. A fundamentação é nenhuma, o que converte a discricionariedade na apreciação dos motivos em arbitrio (RTJ 73/413).

Concedo, pois, parcialmente a ordem para revogar a prisão preventiva, prosseguindo-se na ação penal.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.467 — RJ — (Reg. nº 80.043.555-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Impte.: Márcio Thomaz Bastos e outros. Impdo.: Juízo Federal da 13ª Vara-RJ. Pacte.: Lorenzo Borletti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem. (Em 6-9-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão (art. 167, RITFR) e Costa Lima votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.





INQUÉRITO Nº 86 — AL
(Registro nº 7.988.753)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Autora: *Justiça Pública*

Indiciados: *Alcides Gusmão da Silva e Elpídio Estanislau da Silva*

EMENTA: Constitucional, Penal e Processual Penal.

Contravenção penal, de competência da Justiça Federal, atribuída a juiz estadual.

Competência por prerrogativa de função do Tribunal de Justiça do Estado (art. 144, § 3º, da Constituição Federal).

Dessemelhança de hipótese com a versada em precedentes sobre deputado estadual.

No Direito Constitucional, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a palavra «crimes» abrange as contravenções e a expressão «crime comum» se contrapõe a «crime de responsabilidade». Todo crime que não for de responsabilidade será, portanto, crime comum.

Decisão declinando da competência do Tribunal Federal de Recursos para o Tribunal de Justiça do Estado.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, declinar de sua competência para o Tribunal de Justiça de Alagoas, 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, 10 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de procedimento sumaríssimo contravençional instaurado, por Portaria da Polícia Federal, para a apuração da prática de exercício ilegal da Profissão de corretor de imóveis.

Expedido mandado de citação, um dos acusados — Dr. Alcides Gusmão da Silva — comprovando exercer as funções de Juiz de Direito, solicitou a remessa dos autos ao eg. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Não atendido nessa pretensão, ingressou com *habeas corpus* para trancamento da ação penal em curso, no que foi atendido, por sentença do MM. Juiz Federal de Maceió, que, todavia, entendendo competente para o processo esta Corte, assim concluiu sua decisão:

«33. Tudo bem examinado e com fundamento no que mais dos autos consta, julgo procedente a ação, para conceder a Ordem de *Habeas Corpus*, determinando ao ilustrado Delegado da Polícia Federal, que preside o respectivo processo contravencional, a trancar a ação penal, remetendo os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

34. Duplo grau de jurisdição necessário (art. 574, I do CPP).» (Fls. 61/62).

Nesta instância, em bem fundamentado parecer, da lavra do Dr. Guilherme Magaldi Netto, assim se pronunciou a douta Subprocuradoria-Geral da República:

«6. Há, com efeito, duas normas constitucionais que, simultaneamente, poderiam incidir na hipótese concreta: a do artigo 125, inciso IV, que regula a competência criminal da Justiça Federal, e a do artigo 144, § 3º, que trata do foro por prerrogativa de função concedida aos juizes de direito estaduais, qual delas deve prevalecer, sabendo-se que, na espécie, o crime, de natureza federal, foi supostamente cometido por um magistrado estadual?

8. O juiz *a quo*, respondendo esta indagação, entendeu que prepondera a norma do art. 125, inciso IV da Constituição Federal. E, para corroborar este seu convencimento, invocou julgado desse E. Tribunal Federal de Recursos, cuja ementa dispõe, *verbis*:

«Constitucional. Penal e Processual Penal. Competência. Delito Federal. Praticados por Deputado Estadual. CF, artigo 122, inciso I, letra b. CPP. Artigo 87.

I — *Tratando-se de crime de competência da Justiça Federal, o processo e julgamento da autoridade estadual, que tenha foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça do Estado, dar-se-á perante o Tribunal Federal de Recursos. Interpretação do artigo 122, inciso I, letra b, da Constituição Federal. Precedentes do STF.*

II — *Na espécie sob julgamento, tendo sido oferecido denúncia contra deputado estadual pela prática de crime de competência da Justiça Federal (moeda estrangeira falsa) compete ao Tribunal Federal de Recursos processar e julgar a lide.» (Inquérito nº 47, Rio de Janeiro, relator o Ministro Geraldo Sobral, in DJU de 25-9-89, p. 17568), grifamos.*

7. Nesse mesmo sentido orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A propósito, confira-se o decidido no RE 101.022, de Pernambuco, relatado pelo Min. Aldir Passarinho, cuja ementa afirma, *verbis*:

«Competência. Deputado Estadual: Acusação de prática de crimes contra bens, serviços ou interesses da União. Competência do Tribunal Federal de Recursos.

Já tendo o STF, pelo seu Plenário, decidido, que crime federal cometido por Secretário de Estado deveria ser processado e julgado pelo Tribunal Federal de Recursos (Inq. nº 94, in RTJ 102/pág. 1) e que crime eleitoral, praticado por deputado estadual, deveria ser julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral (CJ nº 6.113, RTJ 91, pág. 95), tem-se que os crimes federais de que é acusado Deputado Estadual deve ser julgado pelo Tribunal Federal de Recursos. Construção jurisprudencial para ade-

quação ao caso concreto dos princípios que inspiraram as normas constitucionais disciplinadoras da competência, em relação a determinadas autoridades estaduais.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.» (in DJU de 1-4-85).

8. Estes dois arestos, pelo que se extrai de seus douts fundamentos, não têm, contudo, nenhuma aplicação ao caso concreto, sobretudo porque não possuem identidade quanto à matéria de fato. Em ambos, tratava-se de crime de competência da Justiça Federal praticado por *deputado estadual*, o qual goza de foro por prerrogativa de função que lhe é assegurado pelo artigo 87 do CPP e também por norma da Constituição Estadual. Ou seja: nestes dois julgados o conflito estabeleceu-se entre normas de *hierarquia diversa*. De um lado, a Constituição Federal disciplinando a competência da Justiça Federal; e, de outro, normas infra-constitucionais (CPP e Constituição Estadual), que fixam regras de competência por prerrogativa de função.

9. É evidente, pois, que, se assim era, haveria de prevalecer a Norma Maior. E com isso, a competência da Justiça Federal sobrepunha-se ao foro especial do Tribunal de Justiça do Estado.

10. Mas na hipótese dos autos, a *questio iuris* é bastante diversa. O réu, no caso, ostenta a qualidade de magistrado estadual — é um juiz de direito, e não um deputado estadual ou outra autoridade do Estado (governador, secretário de estado, etc.). A sua função (a magistratura), portanto, garante-lhe a prerrogativa de ser processado e julgado perante o Tribunal de Justiça ao qual está subordinado. E esta prerrogativa advém de norma expressa do próprio texto da Constituição Federal.

11. Como se vê, o debate, aqui, há de se travar entre duas regras constitucionais de igual hierarquia, não cabendo invocar, por isso mesmo, os dois precedentes antes indicados.

12. De qualquer sorte, permanece a dúvida: quem deve processar e julgar o magistrado estadual que é apontado como autor de infração penal que ofende bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas? A nosso ver — repetimos — deve ser o Tribunal de Justiça do Estado, com a exclusão tanto da 1ª como da 2ª instâncias da Justiça Federal. E esse entendimento, com todas as vênias, tem apoio em fortíssimas razões de natureza lógica e interpretativa. Passamos, pois, em seguida, a decliná-las.

13. Logo de início, cumpre salientar que o conflito entre as regras dos artigos 125, inciso IV, e 144, § 3º, da Carta Magna pode ser solucionado com base em simples e tradicional princípio hermenêutico. Em matéria de competência, a primeira delas, porque fixa em tese e de modo amplo o âmbito de atuação da Justiça Federal, é típica norma de caráter geral: a outra, porém, é específica e diz respeito à situação especial criada em favor de determinada função pública. Melhor dizendo: a primeira é *norma geral* e a segunda é *especial*. O conflito, então, resolve-se em favor desta última, segundo o clássico princípio de exegese inserto na parêmia, *lex specialis derogat lex generali*; prevalecendo, assim, o foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, sobre qualquer das instâncias da Justiça Comum Federal.

14. Por outro lado, se se adota uma interpretação literal do texto do artigo 144, § 3º, da CF, a conclusão também é idêntica. A propósito, veja-se que o texto desse artigo está assim redigido: «Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, *ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*». (Grifamos). A Lei Maior, portanto, retirou da competência do Tribunal de Justiça o processo e julgamento dos magistrados quando estes porventura cometam *crimes eleitorais*. Ou seja:

o próprio legislador constituinte, antecipando-se a um eventual conflito entre o Tribunal de Justiça do Estado e Justiça Eleitoral, ressaltou a competência desta última, em detrimento do primeiro.

15. Ora, conforme bem anotou *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, o texto em estudo, bem se viu, quis expressamente ressaltar a Justiça Eleitoral; mas não pretendeu, de modo algum, ressaltar a competência dos juizes federais (ou do Tribunal Federal de Recursos) para processar e julgar os crimes enumerados no art. 125, incisos IV, V e VI, bem como da justiça militar federal (art. 129, § 1º), quando cometidos (os ilícitos) por magistrados pertencentes à justiça estadual de primeira instância ou a tribunais de alçada (*in Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional nº 1/69, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1977, 3 v., p. 34*).

16. Em suma, pois, a conclusão funda-se em uma simples questão de lógica jurídica: o constituinte fez a ressalva que entendeu ser necessária, retirando do magistrado estadual o direito ao foro por prerrogativa de função quando tratar-se de crime afeto à competência da Justiça Eleitoral. Nenhuma outra exceção foi aceita pelo legislador constituinte. Não cabe, por isso mesmo, ao intérprete, acrescentar nova ressalva a pretexto de dar exegese ao texto da Constituição (*in claris cessat interpretatio*).

17. Entendemos, portanto, que a norma do artigo 144, § 3º, da Constituição Federal ao referir-se direta e explicitamente aos juizes estaduais, garantiu-lhes, de maneira absoluta, um foro especial por prerrogativa de função, assegurando-lhes, com isso, o direito de serem processados e julgados exclusivamente pelo Tribunal de Justiça ao qual estão subordinados. E esta norma, em consequência, exclui, ou se sobrepõe, às outras regras que, no texto constitucional, distribuem a chamada (incorretamente, segundo alguns doutrinadores) «competência de jurisdição», nelas incluindo-se, também, as regras que delimitam a competência da Justiça Federal.

18. Na verdade, já com o advento da Constituição de 1946, essa nova conclusão era sufragada pelos melhores exegetas da Lei Maior. Naquela Carta ficara, por exemplo, assegurado aos juizes de inferior instância o foro especial por prerrogativa de função. Essa prerrogativa estava insculpida no artigo 124, inciso IX, assim redigido: «É da competência privativa do Tribunal de Justiça processar e julgar os juizes de inferior instância nos crimes comuns e de responsabilidade». Comentando tal regra, um dos mais conceituados intérpretes do texto constitucional de então, o eminente Professor Cláudio Pacheco, afirmava que ela deveria prevalecer sobre as outras competências especiais. A propósito, vale a pena transcrever um trecho desse comentário, cujas conclusões, *mutatis mutandis*, se adequam perfeitamente ao caso dos presente autos. Dizia o ilustre constitucionalista, *verbis*:

«Entendemos que o dispositivo, referindo-se assim direta e determinadamente a esses juizes, deve prevalecer sobre outras competências especiais. Excluirá, portanto, a competência da Justiça Eleitoral, estabelecida no art. 119, inciso VII, da atual Constituição, para o processo e o julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos, quando cometidos pelos mesmos juizes de inferiores entrâncias das justiças comuns. Estará também excluída a competência da Justiça Militar, estabelecida no art. 108, § 1º, que por lei tenha sido estendida aos civis, para processar e julgar tais juizes, quando acusados de crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares» (*in Tratado das Constituições Brasileiras, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, vol. 8, pp. 215/216*).

19. Mas além dessa argumentação — pode-se dizer, de cunho técnico-interpretativa —, existem ainda fundadas razões que nos fazem acreditar na

impossibilidade de se retirar dos juizes estaduais a prerrogativa de os mesmos verem-se processados perante seus respectivos Tribunais de Justiça, ainda que se trate de julgamento por crime afeto, originariamente, à Justiça Federal.

20. Em realidade, esse foro exclusivo já se incorporou à nossa tradição constitucional, mesmo antes da criação da própria Justiça Federal. Com isso, passou-se a tê-lo, modernamente, como um reforço das clássicas garantias da magistratura nacional (a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos). E como parte desse elenco de prerrogativas que, a nível constitucional, garantem a verdadeira independência da magistratura, é evidente que não pode (o foro) ser deslocado para outro Tribunal que não aquele definido explicitamente pelo legislador constituinte.

21. Por outro lado, cumpre acentuar que a regra do § 3º do artigo 144 inclui-se entre aquelas que asseguram o autogoverno da magistratura estadual. Compõe, pois, o rol de princípios que garante a independência do Judiciário Estadual e, por consequência, o equilíbrio do principio federativo.

22. Diante, enfim, de todas estas considerações, não vemos como possa um magistrado estadual ser processado e julgado perante o Tribunal Federal de Recursos, como preconizou o ilustre Juiz Federal de Alagoas.

23. Nessas condições, o *Ministério Público Federal* requer a Vossa Excelência seja reconhecida a incompetência desse E. Tribunal para processar e julgar o crime descrito na Portaria que inaugurou a ação contravencional, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal competente, que é o do Estado de Alagoas.» (Fls. 69/76)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Como salienta o parecer, os precedentes jurisprudenciais relativos a Deputado Estadual cuidam de hipótese diversa. Em relação a estes, inexistindo norma expressa na Constituição Federal, a competência, por prerrogativa de função, do Tribunal de Justiça resulta de preceitos das Constituições estaduais e de construção jurisprudencial. Tais preceitos e tal construção pretoriana não poderiam, obviamente, estabelecer conflito com a norma expressa do art. 125, IV, da Constituição Federal, pelo que se impunha a compatibilização que deu como resultado a bipartição da competência noticiada nos referidos precedentes: Tribunal Federal de Recursos para os crimes contra a União, suas autarquias e empresas públicas; Tribunal de Justiça, para os demais crimes comuns.

No caso dos magistrados, entretanto, a própria Constituição Federal estabeleceu, expressamente, norma especial de competência por prerrogativa de função, ressalvando apenas a competência da Justiça Eleitoral, *in verbis*:

«Art. 144.
.....

§ 3º Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.»

Ante a clareza desse texto, não há como se pretender excluir do Tribunal de Justiça competência para julgamento de qualquer infração penal comum imputada a magistrado estadual.

Firmou-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a expressão «crimes», na Constituição, é compreensiva das contravenções (CJ 6.196, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 10-9-79, p. 6.676). Por outro lado, sobre o conceito de «crime comum», tivemos oportunidade de escrever o seguinte:

«A expressão *crime comum* é empregada em doutrina para designar aqueles delitos em que o agente do fato pode ser qualquer pessoa, não uma classe determinada de autores. No direito brasileiro, contudo, por força de dispositivos constitucionais, essa mesma expressão tem sido utilizada em contraposição a *crimes de responsabilidade* (v. CF, arts. 32, § 3º, 119, I, *a* e *b* etc.). Todo crime que não for crime de «responsabilidade» será, portanto, nesse sentido, crime «comum». Já o crime de responsabilidade tem o significado de crime funcional; é o crime da função pública (RTJ, 22:58).» («Princípios Básicos de Direito Penal», 3ª ed., pág. 129).

Esse entendimento está hoje pacífico no Supremo Tribunal Federal, que vem reafirmando a abrangência ampla, totalizante, da dicotomia «crimes comuns — crimes de responsabilidade», como revela o acórdão prolatado na Ação Penal 271-9-DF, publicada in RTJ 106/449-51.

Ante o exposto, não há dúvida de que a contravenção noticiada nestes autos está compreendida entre os «crimes comuns», sendo, pois, competente, para o respectivo processo e julgamento, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Acolhendo o bem-lançado parecer, dou pela incompetência desta Corte, determinando a remessa dos autos àquele Tribunal estadual.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

INQ nº 86 — AL — (Reg. nº 7.988.753) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Autora: Justiça Pública — Indics.: Alcides Gusmão da Silva e Elpídio Estanislau da Silva.

Decisão: O Plenário, por unanimidade, declinou de sua competência para o Tribunal de Justiça de Alagoas. (Em 10-3-88 — Plenário).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Fleury Pires, Euclides Aguiar, José Dantas, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Ilmar Galvão e Dias Trindade.

Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Eduardo Ribeiro, José de Jesus e Edson Vidigal.

Licenciados os Srs. Ministros Bueno de Souza e Américo Luz, sendo convocados para substituí-los os MM. Juizes Federais Drs. Fleury Pires e Euclides Aguiar.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 83.500 — RJ
(Registro nº 3.161.633)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara-RJ*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Antônio Pinto Coelho*

EMENTA: Tributário e Processual Administrativo. Pedido de reconsideração.

I — O pedido de reconsideração, tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Sua supressão, portanto, só por lei poderia ocorrer, em virtude do art. 97, VI, do CTN.

II — Com a edição do Decreto nº 70.235/72, exauriu-se a competência do Poder Executivo para expedir normas sobre processo administrativo fiscal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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 1 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro HUGO MACHADO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUGO MACHADO (Relator): A ilustre Subprocuradoria-Geral da República assim relata o caso, e opina:

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado para compelir a autoridade apontada como coatora e encaminhar pedido de reconsideração ao Conselho de Contribuintes.

2. Alega o Impetrante, ora Apelado, em suma, que não poderia o Presidente da República suprimir através de decreto o referido pedido de reconsideração por ter tal recurso efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário. Somente a lei pode estabelecer hipótese de suspensão. (Art. 97, VI, CTN)

Por isso seria ilegal o ato de recusa ainda que baseado no Decreto nº 75.445/75, (fls. 2/15).

3. O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança (fls. 40/45). Entendeu, adotando a posição do Impetrante, que o Decreto 75.445/75 não se conforma com as normas da Constituição Federal na redação da Emenda nº 1/69, devendo prevalecer sobre o assunto o disposto no artigo 97, item VI, do Código Tributário Nacional, quanto à possibilidade de suspender o crédito tributário apenas por lei.

4. Realmente, a nosso ver, não há como ignorar o disposto no Código Tributário Nacional sobre a reserva legal relativa ao estabelecimento de hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. (Art. 97, VI, c/c art. 151, III, CTN).

5. No entanto, parece-nos dever ser entendida a palavra lei aqui no sentido formal. (Art. 46, CF). Assim, viabiliza-se a possibilidade de o Presidente da República estabelecer normas reguladoras do processo tributário administrativo já que a própria Constituição lhe confere poderes para expedir decretos-leis que consubstanciem normas tributárias. (Art. 55, II, c/c art. 153, § 2º).

6. Na hipótese foi exatamente o que ocorreu. O Decreto nº 75.445/75 que aboliu o pedido de reconsideração o fez com base no Decreto-Lei 822/69. E a validade deste continua assegurada não só pela sua consistência com a norma constitucional do artigo 55, item II, mas também expressamente pelo disposto no artigo 181, item III, da Constituição.

7. Aliás, há a rigor incoerência na pretensão articulada pelo Impetrante e acolhida pelo magistrado sob a égide de uma exegese do artigo 97, item VI, do Código Tributário Nacional, que exigiria lei em sentido estrito, i.e., ato do Parlamento na hipótese. Antes do Decreto-Lei 822/69 era também um decreto-lei que regulava o processo administrativo-fiscal: O Decreto-Lei 5.844/43, expedido em plena ditadura na convivência da repudiada Carta de 1937 que admitia dentre outras extravagâncias a dissolução da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República. (Arts. 74, b, c, e 13).

8. Merece, pois, reforma a sentença.

9. Ante o exposto, opinamos pelo provimento do recurso para denegar a segurança.»

É o relatório.

Apelação em Mandado de Segurança nº 83.500 — RJ

(Registro nº 3.161.633)

EMENTA: Tributário e Processual Administrativo. Pedido de reconsideração.

I — O pedido de reconsideração, tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Sua supressão, portanto, só por lei poderia ocorrer, em virtude do art. 97, VI, do CTN.

II — Com a edição do Decreto nº 70.235/72, exauriu-se a competência do Poder Executivo para expedir normas sobre processo administrativo fiscal.

VOTO

O SR. MINISTRO HUGO MACHADO (Relator): Inicialmente vacilante, fixou-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal no sentido de que não tem validade jurídica a norma do Decreto nº 75.445/75, que suprimiu o pedido de reconsideração, previsto no art. do Decreto nº 70.235/72.

Realmente, o pedido de reconsideração, tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Sua supressão, portanto, só por lei poderia ocorrer, em virtude do art. 97, VI, do CTN.

Não se diga que o Decreto-Lei nº 822/69, tendo atribuído ao Executivo a competência para legislar a respeito do processo administrativo fiscal, empresta ao Decreto nº 75.455/75 força de lei. O argumento é improcedente. Tal atribuição de competência não pode ser tida como permanente, até porque não se compatibiliza com a Constituição vigente.

Com a edição do Decreto nº 70.235/72, exauriu-se a competência do Poder Executivo para expedir normas sobre processo administrativo fiscal.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 83.500 — RJ — (Reg. nº 3.161.633) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara-RJ. Apte.: União Federal. Apdo.: Antônio Pinto Coelho. Advs.: Drs. Sérgio Augusto Malta e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (4ª Turma, 1-6-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.938 — SP
(Registro nº 2.370.760)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Remetente: *Juizo Federal da 6ª Vara*

Apelantes: *IAPAS, Associação Brasileira «A Hebraica» de São Paulo*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Irací Santos Pereira e outro, Hélio Bobrow e outros*

EMENTA: Tributário. Previdenciário. Contribuições previdenciárias. Clubes esportivos. Jogador profissional de futebol. Lei 5.939/73, art. 2º.

I — A Lei nº 5.939, de 1973, não concedeu isenção aos clubes da cota patronal previdenciária, mas, apenas, substituiu a contribuição de 8% sobre o salário de contribuição, por 5% (cinco por cento) da renda líquida dos jogos. Equiparação, aos clubes de futebol, de associações desportivas amadoras (art. 2º, § 1º). É razoável a exigência, no que tange a estas, de participarem de espetáculos com a cobrança de ingressos.

II — 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, negar provimento aos apelos, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Associação Brasileira «A Hebraica» de São Paulo impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe da Região Fiscal de Pinheiros do IAPAS, alegando, em suma, o seguinte: a) que é uma associação esportiva, filiada a diversas federações desportivas, e, por isso, tendo em vista a legislação previdenciária em vigor, no tocante ao recolhimento da contribuição empresarial, está enquadrada nos termos da Lei nº 5.939/73 e seu regulamento, isenta, assim, do recolhimento dessa contribuição; b) que, em 30-8-79, cientificou o IAPAS, Agência Pinheiros, de que atendia às disposições legais relativas ao recolhimento previdenciário,

para o que juntou a necessária documentação. Recebeu resposta em 21-1-80, em que o IAPAS comunicava o seu enquadramento naquelas disposições, a partir de agosto de 1979; c) que, em 22-9-80, recebeu novo ofício do IAPAS, comunicando que o seu enquadramento havia sido indeferido, com base no Parecer n.º PGC-144/80, ao argumento de que a impetrante não auferia renda em competições esportivas, fator condicionante para o enquadramento pretendido; d) que entende seja tal indeferimento uma afronta ao seu direito líquido e certo, pois o parecer em questão, além de totalmente improcedente e formalmente ilegal, não se aplica à hipótese dos autos; e) que pede a concessão da medida liminar, «a fim de cancelar a decisão proferida pela D. Autoridade Coatora, mantendo, por via de consequência a isenção anteriormente concedida, com base na legislação mencionada, bem como, de evitar o recolhimento das contribuições previdenciárias dos períodos em que estava acobertada pela isenção deferida».

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 73/77.

A sentença de fls. 91/94, lavrada pelo Juiz Federal Sebastião de Oliveira Lima, após rejeitar a preliminar de carência da ação, argüida pela autoridade impetrada, concedeu em parte a segurança «para que a impetrante não seja obrigada a recolher a contribuição patronal previdenciária relativa ao período em que esteve ao abrigo da decisão a ela comunicada pela carta do IAPAS de 21-1-80, isto é, da competência 08/79 a 08/80». Argumentou que a Lei n.º 5.939, de 19-11-73, que dispôs a concessão de benefícios pelo INPS ao jogador profissional de futebol, estabeleceu em seu art. 2.º, para substituir a contribuição empresarial prevista pela Lei n.º 3.807, de 26-8-69, art. 69, III, uma contribuição previdenciária, global e exclusiva, de 5% sobre a renda líquida dos espetáculos realizados pelos clubes de futebol. Dessa maneira, em vez de 8% sobre o salário de contribuição, até então devido pelos clubes, a previdência social passaria a receber 5% da renda líquida dos jogos. Saliou a sentença que não foi concedida aos clubes uma isenção da cota patronal previdenciária, mas, apenas, uma substituição de contribuição. O art. 1.º da mencionada lei equiparou aos clubes de futebol as associações desportivas que mantenham departamentos amadores dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos, o que possibilitou à impetrante pleitear seu enquadramento no regime de substituição de contribuição patronal previdenciária prevista por aquele diploma legal. A mudança de entendimento da Administração diz respeito à exigência de que as associações interessadas participassem de espetáculos remunerados, isto é, com a cobrança de ingressos. Com isso não concorda a impetrante que alega não constar da lei tal exigência. Acentuou a sentença que a lei não previu expressamente tal requisito, mas que ele resulta de uma razoável interpretação do texto legal. A lei não concedeu uma isenção, mas apenas uma substituição da contribuição patronal. Com a aplicação da lei, o IAPAS não ficaria privado do ingresso de recursos, mas o cálculo destes deixaria de ser de 8% sobre o salário de contribuição de seus empregados para ser de 5% da renda líquida dos espetáculos. Como a impetrante não promove espetáculos, pretende ela uma isenção, o que, sem dúvida, não representa a *voluntas legis*. Tem a impetrante razão, no entanto, quando afirma que não pode ser compelida a recolher a contribuição relativa ao período em que esteve ao abrigo da primeira decisão administrativa. A contribuição previdenciária, como tributo que é, aplicam-se as regras do CTN e este estabelece, em seu art. 146, que a modificação de entendimento da autoridade administrativa só se aplica a fato gerador ocorrido após tal alteração, concluiu a sentença.

Publicada a sentença, interpõe a impetrante embargos de declaração (fls. 98/99), pedindo fique esclarecido que a contribuição empresarial de que trata o item II, do art. 69, da Lei n.º 3.807/69, não é a quota de 8% devida sobre o salário contribuição, conforme consta do decisório.

O Dr. Juiz rejeitou os embargos (fl. 103), por entender que na sentença não há obscuridade, dúvida ou contradição e nem foi omitido ponto sobre que ela devesse pronunciar-se.

Apela, então, o IAPAS (fls. 104/106), postulando a reforma da r. sentença na parte em que exonera a apelada do pagamento das contribuições no período em que esteve

ao abrigo da decisão a ela comunicada pela carta de 21-1-80, vale dizer, da competência de 8/79 a 8/80, pois, a prevalecer essa decisão, ficará a apelada isenta de qualquer pagamento durante esse período. Ressalta que o enquadramento da apelante na Lei nº 5.939, de 19-11-73 foi feito de forma condicional, conforme se pode deduzir pelos termos do ofício encaminhado à impetrante em 21-1-80.

Apela, de igual modo, a impetrante (fls. 108/115), pugnando pela reforma parcial da r. sentença «na parte em que a impetrante pretende o seu enquadramento na Lei nº 5.939, de 19-11-73, que dispôs sobre a concessão de benefícios pelo IAPAS ao jogador profissional de futebol e estendidos às entidades esportivas amadoras que comprovarem preencher os requisitos exigidos para tanto pela mencionada Lei nº 5.939/73». Insiste a apelante nos argumentos da inicial.

Com a resposta de fls. 117/120, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 127/129, opina no sentido da confirmação da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A sentença deslinhou assim a controvérsia:

.....

No mérito, temos que o IAPAS, por carta de 21-1-80 (fl. 32), comunicou à impetrante estar ela «isenta» do recolhimento da cota patronal, a partir da competência 08/79, já que comprovava preencher os requisitos exigidos para tanto pela Lei nº 5.939, de 19-11-73, regulamentada pelo Decreto nº 77.210, de 20-2-76. Oito meses após, por carta de 22-9-80 (fl. 61), volta o IAPAS à impetrante para dizer que, tendo a Coordenadoria Regional de Arrecadação «procedido ao *reexame* de seu *entendimento* anterior relativo à substituição da contribuição empresarial prevista na Lei nº 5.939, de 19-11-73», fora indeferido o pedido da requerente. Contra este último ato rebelou-se a impetrante.

A Lei nº 5.939, de 19-11-73, que dispôs sobre a concessão de benefícios pelo INPS ao jogador profissional de futebol (texto à fl. 22), estabeleceu, em seu artigo 2º, para *substituir* a contribuição empresarial prevista pela Lei nº 3.807, de 26-8-69, artigo 69, item III, uma contribuição previdenciária, global e exclusiva, de 5% sobre a renda líquida dos espetáculos realizados pelos clubes de futebol. Vale dizer, *em lugar* de 8% sobre o salário de contribuição, até então devido pelos clubes, a previdência social passaria a receber 5% da renda líquida dos jogos. Insista-se: não foi concedida aos clubes uma isenção da cota patronal previdenciária mas, apenas, uma substituição de contribuição.

Pelo seu parágrafo primeiro, aquele mesmo dispositivo legal equiparou, aos clubes de futebol, as associações desportivas que mantenham departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos. Com isso, pôde a impetrante pleitear seu enquadramento no regime de substituição de contribuição patronal previdenciária prevista por aquele diploma legal.

A mudança de entendimento da Administração diz respeito à exigência, que passou a ser feita, de que as associações interessadas participassem de espetáculos remunerados, isto é, com a cobrança de ingressos. Com isso não concorda a requerente, alegando que essa exigência não consta da lei.

Na verdade, a lei não previu expressamente tal requisito. Entretanto, ele resulta de uma razoável interpretação do texto. Ora, como já frizado, a lei não concedeu uma isenção mas apenas uma substituição da contribuição pa-

tronal. O IAPAS, da aplicação daquele diploma, não ficaria privado do ingresso de recursos mas o seu cálculo deixava de ser 8% sobre o salário de contribuição de seus empregados para ser 5% da renda líquida dos espetáculos. Não promovendo espetáculos remunerados, resulta que a impetrante, na verdade, pretende uma isenção, o que, parece-me, não é *voluntas legis*.

Tem razão, contudo, a requerente quando diz que não pode ser obrigada a recolher a contribuição relativa ao período em que esteve ao abrigo da primeira decisão administrativa. Com efeito, é a contribuição previdenciária um tributo e, por isso, aplicam-se-lhe as regras do Código Tributário Nacional, e este, em seu artigo 146, esclarece que a modificação de entendimento da autoridade administrativa só se aplica a fato gerador ocorrido após tal alteração. A ilustre autoridade impetrada é clara ao dizer, em sua carta de 22-9-80 (fl. 61), que havia «procedido ao reexame do seu entendimento anterior».

..... (fls. 92/94).

Está correta a sentença.

A Lei nº 5.939, de 19-11-73, que dispõe sobre a concessão de benefícios pelo INPS ao jogador profissional de futebol, esclareceu, no seu artigo 2º e §§:

.....
 «Art. 2º Em substituição à contribuição empresarial prevista no item III do art. 69 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1969, incidirá sobre a renda líquida dos espetáculos realizados em todo território nacional entre as associações desportivas, uma percentagem de cinco por cento devida pelos clubes como contribuição previdenciária, global e exclusiva, que será recolhida diretamente ao Instituto Nacional de Previdência Social pela Federação promotora da partida, até quarenta e oito horas após a realização do espetáculo.

§ 1º As associações desportivas, que mantenham departamentos amadoristas dedicados à prática de, pelo menos, três modalidades de esportes olímpicos, estão incluídas no regime deste artigo.

§ 2º Os clubes de futebol profissional e as associações desportivas estão obrigados ao recolhimento das contribuições descontadas de seus empregados, atletas ou não, e do prêmio do Seguro de Acidentes de Trabalho.

§ 3º As federações promotoras de jogos serão responsáveis, individualmente, pelo recolhimento da contribuição a que se refere este artigo, respondendo as Confederações respectivas, subsidiariamente, pela inobservância das presentes disposições.»

..... (fl. 22).

Assim, os 8% sobre o salário de contribuição foram substituídos por 5% da renda líquida dos jogos. Bem esclarece a sentença, a lei não concedeu isenção, aos clubes, da cota patronal previdenciária, mas, apenas, substituiu a contribuição de 8% sobre o salário de contribuição, por 5% da renda líquida dos jogos.

A impetrante, pelo § 1º do art. 2º, acima transcrito, foi equiparada aos clubes de futebol. É razoável, entretanto, a exigência no sentido de que deve ela participar de espetáculos com a cobrança de ingressos. Porque, a não ser assim, os 5% incidiriam sobre que renda líquida? Não existindo sobre o que incidir, teria a impetrante uma autêntica isenção. E de isenção não cuidou a Lei nº 5.939/73.

É de ser improvido, destarte, o apelo da Impetrante.

Também o apelo do IAPAS não merece provimento.

É que a modificação do entendimento da autoridade administrativa só tem aplicação a fato gerador ocorrido após a ocorrência da citada alteração (CTN, art. 146).

Do exposto, confirmo a sentença, por seus fundamentos. Nego, em consequência, provimento aos recursos.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 93.938 — SP — (Reg. nº 2.370.760) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Aptes.: IAPAS. Associação Brasileira «A Hebraica» de São Paulo. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Iraci Santos Pereira e outro, Hêlio Bobrow e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos apelos. 14-9-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Ex-mo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.406 — SP
(Registro nº 2.752.107)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*

Apelantes: *HIMAFE Ind. Com. de Máquinas e Ferramentas Ltda. e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Salomão Sapoznik e outro*

EMENTA: Imposto de importação. Mercadorias nacionais reimportadas. Decidiu o Plenário deste Tribunal que inconstitucional a exigência do imposto, para mercadorias reimportadas, em virtude de a Emenda 18 referir-se a produtos estrangeiros e não a produtos de procedência estrangeira como anteriormente.

Tratando-se de IPI, entretanto, não se aplica a mesma argumentação uma vez que o CTN, tratando deste tributo, faz menção a produtos de procedência estrangeira.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 29 de junho de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: HIMAFE Indústria e Comércio de Máquinas e Ferramentas Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Santos que lhe exige o pagamento dos impostos de importação e sobre produtos industrializados, em virtude da reimportação de mercadoria que saíra do País para exposição internacional, retornando pouco após o prazo de um ano. Sustenta que incabíveis ambos, uma vez que se trata de produtos nacionais.

Prestadas as informações, a sentença concedeu a segurança apenas para isentar a impetrante do pagamento do imposto de importação.

Apelaram a impetrante e a União.

Parecer pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Esta Corte, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 94.512, houve por bem acolhê-la, declarando a inconstitucionalidade do artigo 93 do Decreto-Lei 37/66. O fundamento da decisão é, basicamente, o que está exposto no voto do Ministro Xavier de Albuquerque transcrito na inicial. A Emenda nº 18 substituiu a expressão, que até então vinha sendo adotada, ao referir-se ao imposto de importação. Em lugar de «produtos de procedência estrangeira», passou a referir-se a «produtos estrangeiros». Entendeu-se que a menção a produto estrangeiro não mais ensejava a tributação sobre produtos nacionais reimportados.

Ocorre que, como salientou a sentença, tratando do IPI, o Código Tributário Nacional usa exatamente da expressão «produtos de procedência estrangeira». Em relação a esse tributo, não prevalece a argumentação, desenvolvida quanto ao imposto de importação. Ao contrário, é ela no sentido de que produtos de procedência estrangeira são também os nacionais que reingressam no território nacional.

A alegação de que, havendo isenção do imposto de importação, haverá também do IPI, não se aplica à espécie. A isenção foi para a reimportação em certo prazo. Se obedecidos tais requisitos não será devido o IPI. Coisa diversa é a absoluta não incidência, reconhecida pelo Tribunal.

Nego provimento a ambos os recursos.

EXTRATO DA MINUTA

AMS. nº 103.406 — SP — (Reg. nº 2.752.107) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 7.^a Vara. Aptes.: HIMAFE Ind. Com. de Máquinas e Ferramentas Ltda. e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Salomão Sapoznik e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos. (6.^a Turma — em 29-6-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 105.121-RJ
(Registro nº 6.048.110)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Remetente: *Juízo Federal da 12.ª Vara/RJ*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *TELOS-Fundação Embratel de Seguridade Social, Instituto AERUS de Seguridade Social e outros, VISIUS — Instituto Boavista de Seguridade Social, Fundo de Pensão Montreal Bank-FBM, CIFRÃO — Fundação de Previdência da Casa da Moeda do Brasil, Fundação de Previdência dos Servidores do Instituto de Resseguros do Brasil — PREVIRB, O Portus-Instituto Portobrás de Seguridade Social e Fundação Petrobrás de Seguridade Social — PETRUS*

Advogados: *Drs. Giovani Nunes de Melo, Joaquim Antônio de Carvalho e outro, Mauricio dos Reis e outros, Elisabeth Maria Pereira e outros, Ursulina Santos Filho e outro, Antônio Martins de Almeida, Esther Louzada de Faria, Marco Antônio Barbosa de Alencar, Ana Maria Mendes de Lima e outro e Cláudio A. F. Penna Fernandez e outros*

EMENTA: Tributário. Entidades de previdência privada. Imposto de Renda sobre rendimentos de capital. Lei nº 6.435/77. DL 2.065/83. CF, Art. 19, inc. III, letra c.

I — O Plenário do Tribunal Federal de Recursos entendeu serem inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 6º, do DL 2.065/83, que autorizava a exigência de Imposto de Renda sobre dividendos das entidades de previdência privada.

II — Os requisitos indispensáveis para que as entidades de assistência social, nestas inseridas a Previdência Privada, se beneficiem da isenção prevista no art. 19, inc. III, letra c, da CF, foram estabelecidos pelo CTN, art. 14 e Lei nº 6.435/77, que definiu ditas entidades como auxiliares da Previdência Social.

III — Sendo consignado por órgão competente da Administração Pública que as entidades atendem aos requisitos da Lei não há porque se lhe negarem o benefício da imunidade tributária.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Instituto AERUS de Seguridade Social, impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente Regional da Receita Federal no Estado do Rio de Janeiro, que determinou a incidência do imposto de renda recolhido na fonte sobre juros, dividendos e demais rendimentos de capital derivados das aplicações financeiras que realizou no mercado e indicou as instituições financeiras, comerciais ou industriais com as quais opera como litisconsortes.

Aduziu para tanto, que é uma entidade fechada de previdência privada e de fins não lucrativos, cujos estatutos foram aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e, por assim ser, faz jus a imunidade tributária prevista no art. 19, inciso III, letra c, da Constituição.

Afirma que é uma entidade que exerce atividade complementar da previdência social, nos termos do art. 34, da Lei nº 6.435/77 e que os rendimentos de seu capital não se acham sujeitos a retenção na fonte.

Diz que o art. 39, § 3º, da Lei nº 6.435/77, sempre veio conferindo-lhe essa imunidade até o advento do Decreto-Lei nº 2.065/83, art. 6º § 1º, que revogou aquela imunidade e esse diploma não tem o condão de dispor sobre essa matéria, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Foi deferida a medida liminar às fls. 55/57.

Fundação Petrobrás de Seguridade Social-Petros requereu sua admissão no feito como litisconsorte ativa e a extensão da liminar no que foi atendida — fls. 59/60, igualmente, requereram o Instituto Brahma de Seguridade Social, Fundação MacLaren, PRECE-Previdência da CEDAE, VISIUS-Instituto Boavista de Seguridade Social, Instituto Stea de Seguridade Social-STEIO, Fundação de Previdência dos Servidores do Instituto de Resseguros PREVIRB, Fundação Telebrás de Seguridade Social — SISTEL, FACEB — Fundação de Assistência dos Empregados da Companhia de Eletricidade de Brasília, CERES — Fundação de Seguridade Social dos Sistemas Embrapa e Embrater, TELOS — Fundação Embratel de Seguridade Social, Fundo de Pensão Montrealbank e PORTUS — Instituto Portobrás de Seguridade Social.

As entidades financeiras responsáveis pela retenção do imposto se pronunciaram a respeito alegando ilegitimidade para estarem no processo.

A autoridade impetrada prestou informações dizendo que não praticou nenhum ato e que a obrigatoriedade da retenção decorre da própria lei do Regulamento do Imposto de Renda e do art. 6º e parágrafos do Decreto-Lei nº 2.065/83 e que a autoridade responsável pela execução dessa medida é o Delegado da Receita Federal.

Diz, ainda, que a impetrante não é entidade de assistência social e não há qualquer eiva de inconstitucionalidade do Decreto-Lei 2.065/83.

Prestadas essas informações pediu ingresso nos autos como litisconsorte, também, o CIFRÃO — Fundação de Previdência da Casa da Moeda do Brasil.

A autoridade impetrada repetiu as informações anteriores com relação a todos os litisconsortes.

O MM. Juiz *a quo* deferiu a segurança sob a eiva de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 2.065/83 e excluiu do processo os agentes arrecadadores — fls. 1.025/1.035.

A União Federal ingressou no Tribunal com pedido de suspensão de segurança quanto à execução da sentença, no que foi indeferido pelo eminente Min. José Dantas, então Presidente — fl. 1.068.

O MM. Juiz oficiou aos litisconsorte passivos para suspenderem a retenção do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos de capital, pertinentes à impetrante e às litisconsortes ativas.

A União Federal interpôs apelação — fls. 1091/1095 — argumentando que da leitura dos estatutos da impetrante e das litisconsortes ativa se conclui que elas não são entidades de assistência social e por isso não fazem jus a imunidade tributária prevista na Constituição, art. 19, inciso III, letra c e que não existe a eiva de inconstitucionalidade porque o art. 6º, do Decreto-Lei 2.065/83 revogou o art. 39, § 3º, da Lei nº 6.435/77.

As impetrantes apresentam contra-razões deduzindo a inconstitucionalidade do dispositivo, anexando pareceres dos juristas Gilberto de Ulhôa Canto e Ruy Barbosa Nogueira no mesmo sentido de suas teses.

Subindo os autos, uma das impetrantes requereu medida cautelar incidente para proceder o recolhimento do imposto de renda que incidiria nos rendimentos de capital que lhe cabia, deferir o pedido porque não trazia prejuízo nenhum para a União Federal, bem assim para a requerente VISIUS — Instituto Boavista de Seguridade Social.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronuncia no sentido de que é matéria de fato e se faz necessário uma análise das condições e cláusulas existenciais das entidades e, assim, após longos argumentos quanto aos requisitos da lei, opina pelo provimento da apelação da União.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A autoridade impetrada aduziu nas informações a sua ilegitimidade de parte, por não deter o poder executório.

O MM. Juiz *a quo* rejeitou esta preliminar com fundamentos bastantes à conformidade com reiterada jurisprudência do Tribunal e as razões postas na sentença, nesta parte, foi seguinte — fls. 1.028/1.029:

«Rejeito, doutra parte, a preliminar de ilegitimidade de parte passiva, suscitada pela autoridade impetrada, quando de suas informações, às fls. 871/881. O que é contraditado, nesta impetração, não é norma em tese, quer o Decreto-Lei nº 2.065/83, quer o ato declaratório (normativo) CST nº 25/83; muito pelo contrário, o que é impugnado pelos impetrantes é a execução, *in concreto*, do abstrato comando que se contém naqueles diplomas. E é exatamente esta concretização da abstrata previsão que se corporifica na pessoa da autoridade impetrada, a quem, nos limites territoriais de sua competência, é cometido aquele *mister*. Neste sentido, leciona Hely Lopes Meirelles (*In Mandado de Segurança e Ação Popular*, RT, 1980, págs. 28/29):

‘Considera-se Autoridade Coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas; Executor é o agente subordinado que cumpre a ordem do dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela.’ (Grifos do autor).

Por igual, a Súmula nº 510, do C. STF: «Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.» (Fls. 1.028/1.029).

Nessa mesma linha o AMS 103.936-PR, *in DJ* 3-4-86; AMS 108.531-SP; AMS 99.081-RJ, *in DJ* 28-4-83, e AMS 103.168-DF, AMS 103.995-MG, Relatados pelo Ministro Carlos Velloso.

Isto posto rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte.

É como voto na preliminar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): De início, compete-nos buscar subsídios para uma melhor colocação do que quer dizer «Previdência Privada».

Quer dizer tal locução que, «previdência privada» nada mais é do que a reunião de pessoas, mediante a conjunção de recursos próprios, que têm por objetivo a formação de patrimônio e sua aplicação, visando especificamente a destinação econômica, para que se possa em futuro possibilitar a concessão de vantagens de natureza estritamente econômica, ou como se possa querer, patrimonial. Inexistentes dest'arte, o aspecto de filantropia ou desinteresse que orna a assistência social contemplada pela Lei Suprema.

Até o advento da Lei nº 6.435, de 15-7-77, não se via um conceito de instituição de assistência social. O STF até então, decidiu no sentido de que não se deveria buscar tal conceito em norma de lei. A jurisprudência do STF, assim passou a conceituar — v. RTJ 87/684, 65/145, 101/82, 38/182, 57/274, 37/222, 36/14 e 68/561.

Pós breve explanação, volvemos ao postulado pela apelante. No seu dizer, quer a apelante lhe seja concedida a imunidade tributária na conformidade da Constituição Federal art. 19, III, letra c, e Lei nº 6.435/77.

A Imunidade tributária é matéria regulada pela Constituição e apenas em três casos ela dá poder a *lei formal* para estabelecer os requisitos:

- a) os partidos políticos;
- b) as entidades de educação; e
- c) as entidades de assistência social.

Vale transcrever o dispositivo constitucional a respeito:

«Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III — instituir imposto sobre:

c — o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei.

Como se vê a Constituição manda observar os requisitos da *lei*, diga-se *lei formal*, para se valer da imunidade tributária.

Portanto, os requisitos para o gozo da imunidade, ficaram a cargo da *lei formal* estabelecer.

Perquirindo estes requisitos, nos deparamos com a disposição do art. 14, do CTN, que nos seus três incisos ditou-os assim:

«Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I — não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II — aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III — manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidade capazes de assegurar sua exatidão.

Como se vê, as instituições fechadas de previdência privada para gozarem do benefício constitucional da imunidade tributária devem satisfazer esses requisitos.

Nessa mesma linha o legislador editou a Lei nº 6.435, de 15-7-77, que no seu art. 39, § 3º, diz-se que as entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social para efeito do art. 19, inciso III, letra *c*, da Constituição, por isso transcrevo o dispositivo da lei, *verbis*:

«Art. 39. As entidades fechadas terão como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 3º As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra *c* do item II do artigo 19 da Constituição.

Sem fugir ou ultrapassar os limites dessa lei formal, o Poder Executivo, usando do seu poder regulamentar, editou o Regulamento do Imposto de Renda — Dec. 85.450, de 4-12-80 — do qual diz-se no art. 126 que não estão sujeitas ao tributo as instituições de assistência social, *in lettere*:

«Art. 126. Não estão sujeitas ao imposto as instituições de educação e de assistência social desde que:

I — não distribuam qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou de participação no resultado;

II — apliquem seus recursos, integralmente, no País, na manutenção de seus objetivos institucionais;

III — mantenham escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.»

De outra parte, explicita ainda mais o art. 127 ao dizer-se que as entidades fechadas de previdência privada que observarem o disposto na Lei nº 6.435/77, são consideradas instituições de assistência social, eis o seu inteiro teor:

«Art. 127. As entidades fechadas de previdência privada que observarem o disposto na Lei nº 6.435/77, são consideradas instituições de assistência social para os efeitos do artigo anterior.»

Como se constata esse ato regulamentar não extrapolou os lindes ou limites da Lei nº 6.435/77.

O ponto nevrálgico da questão está no art. 39, § 3º dessa lei formal, que repito transcrevendo-o:

«Art. 39. As entidades fechadas terão como finalidade básica a execução e operação de planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo normas gerais e técnicas aprovadas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 3º As entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra *c* do item II do artigo 19 da Constituição.»

Esse dispositivo veio a ser revogado expressamente com o advento do Decreto-Lei nº 2.065, de 26-10-83, cujo art. 6º, § 3º, dispõe assim:

«Art. 6º As entidades de previdência privada referidas nas letras *a* do item I e *b* do item II do artigo 4º da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, estão isentas do imposto de renda de que trata o artigo 24 do Decreto-Lei nº 1.967, de 23 de novembro de 1982.

§ 3º Fica revogado o § 3º do artigo 39 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977.»

Confrontando se vê decreto-lei, que só pode ser editado em circunstâncias especiais e sobre determinadas matérias, revogando dispositivo de *lei formal* o que, *data venia*, é repudiado pela doutrina e pela jurisprudência desta Turma e do Plenário do Tribunal.

Neste particular, pela excelência dos argumentos faço trazer tópico da r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Dr. Luiz Dória Furquim *in* AMS 110.716-RS, assim:

«2. Quanto à revogação do § 3º do artigo 39 da Lei nº 6.435 de 1977 pelo artigo 6º, § 3º do DL 2.065/83 há ainda dois aspectos que revelam a fragilidade da tese do impetrado.

Em primeiro lugar, um decreto-lei, por ser espécime legislativo hierarquicamente inferior à lei ordinária, não pode, em matéria da competência do Poder Legislativo da União, suprimi-la ou derogá-la. E ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, compete dispor sobre tributos, arrecadação e distribuição de rendas (art. 43, I CF). Assim sendo, a competência excepcional prevista no artigo 55, II CF não é suficiente para justificar uma revogação de norma hierarquicamente superior, ainda mais que somente em caráter de urgência e restritivo é que tem o Presidente da República competência concorrente para dispor sobre normas tributárias. Nessa competência não se inclui a revogabilidade de normas hierarquicamente superiores emitidas por Poder competente sobre matéria de suas atribuições legislativas.

Em segundo lugar, a revogação de preceito interpretativo de outro, não tem o efeito de tornar este último inaplicável, *sic et simpliciter*. Haveria mister que o instituto jurídico interpretado pela lei revogada não fosse de imediata aplicação, o que não se demonstrou. Ainda sob este segundo aspecto, afigura-se-nos, pelos seus efeitos, inconstitucional o dispositivo revogatório, por pretender restringir o âmbito de normatividade da própria imunidade constitucionalmente outorgada.»

É bem verdade que não se pode admitir a alteração do princípio hierárquico das normas previstas no nosso ordenamento jurídico — art. 46, da Constituição.

Sobre este tema a Turma acompanhou-me, unanimemente, no voto que proferi *in* AMS 104.763-SP, *in* DJ 14-3-85, nestes termos:

«... no meu sentir, decreto-lei, que é lei no sentido material, não pode alterar regra jurídica constante de lei formal.

Na realidade estaria estabelecendo, alterando ou extinguindo direitos, o que representa abuso de poder e invasão da competência do Poder Legislativo.»

.....

Como a lei assim não dispõe, os dispositivos se colidem, se atrimam, e por isso é ele ilegal, pois contrário à lei formal; igualmente o é o Decreto nº 88.371/83.

Mais claramente, o Decreto-Lei nº 2.065/83, art. 1º e 4º, por colidir e se atritar com a Lei nº 4.380/64, art. 5º, §§ 5º, 6º e 9º, porque não se atém aos lindes ali fixados, não tem eficácia, ante a supremacia da lei formal.

Por isto há configuração de abuso de poder, pois evidente invasão da competência do Poder Legislativo.

«.....

Somente a lei de mesma hierarquia ou superior pode alterar a lei anterior, modificando-a; as disposições constantes da Lei nº 4.380/64 continuam vigentes; o Decreto nº 88.371/83 e o Decreto-Lei nº 2.065/83, este editado em condições especiais e aquele em ato regulamentar transpuseram os lindes da lei e qualquer ato de execução não pode arredar dos limites por ela traçados.

Consultando Pontes de Miranda em Comentários a Constituição, volume III, p. 312/313, nos lembra que

‘Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução...’

Regulamentar, é editar regras que se limita em adaptar a atividade humana...

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos, há abuso de poder regulamentar, invasão do Poder Legislativo.'

É patente que é indelegável o poder de legislar a teor do art. 6º, parágrafo único, da Constituição. Já destaquei em voto que proferi nesta Turma, que o decreto, por ser um ato regulamentar, não pode dispor contrariamente à lei formal, o que se tornaria forçoso concluir pela inconstitucionalidade formal do ato.

Essa tese da restritividade do poder regulamentar já foi exposta pelo eminente Min. Adhemar Raymundo na Sessão Plenária de 8-6-83, ao julgar o MS 100.806-DF *in DJ* 15-9-83, em decisão unânime, assim ementado:

'Mandado de Segurança.

Conselho Superior de Censura. A Lei nº 5.536/68 não outorgou a órgão da Administração Pública direito de recorrer, para o Ministério da Justiça, de decisão deste órgão.

Não tem o poder executivo o poder de alterar a lei, a pretexto de editar decreto para sua execução.

«O Decreto nº 87.325, de 24 de junho de 1982, por se atritar com a Lei nº 5.536, porque não se atém aos lindes ali fixados, não tem eficácia, ante a supremacia da lei formal. Configuração, na hipótese, de abuso de poder, pois evidente invasão da competência do Poder Legislativo.'

A tese explorada pelo eminente Min. Adhemar Raymundo é a mesma que tenho adotado em vários dos meus votos, a de observância legítima dos procedimentos previstos no processo legislativo na elaboração das normas legais, processo legislativo este como consta da Constituição.

Os decretos ou decretos-leis, que dispunham contrariamente a lei formal, para alguns juristas, são eles ilegais, para outros, inconstitucionais formalmente, e a outra linha, que é o meu entendimento, são eles ineficazes.»

Igualmente o fez em relação ao Ag. 45.912-BA, *in DJ*, 19-9-85, cuja ementa foi posta nestes termos:

«Administrativo. Associações de classe. Entidades da administração. Consignação em folha de pagamento. Desconto. Mensalidade social. Lei nº 1.134/50, art. 2º, decreto-lei nº 200/67, art. 94, inciso XIII. Direito adquirido. Poder regulamentar.

I — As associações de classe têm prerrogativas de órgãos de colaboração com o Estado, no estudo e na solução dos problemas que se relacionam com a classe que representam, *ex vi* do art. 2º, da Lei nº 1.134/50.

II — Ficam como sendo do Poder Executivo o dever de prover a revisão da Legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do serviço público, com o objetivo de ajustá-las, dentre outros, ao princípio do estímulo do associativismo dos servidores para fins sociais e culturais — Decreto-Lei nº 200/67, art. 94, inc. XIII.

III — Direito adquirido, impossibilidade de sua alteração por lei nova com efeitos *ex tunc* em respeito ao art. 153, § 3º, da Constituição.

IV — Restritividade do poder regulamentar do Estado, limitado a editar regras que visem: a) tornar mais inteligível a regra jurídica legal; b) a enumerar casos exemplificadamente.

V — Desprovimento do agravo.

Assim decidi, e a Turma também, em atenção à decisão unânime do Plenário proferida no MS 100.806-DF, *in DJ* 15-9-83, Rel.: Min. Adhemar Raymundo.

O preceito emanado da Constituição art. 19, inciso III letra *c*, é no sentido de dar poderes à *lei* para estabelecer os requisitos indispensáveis para que as entidades de assistência social se beneficiem da imunidade e esses requisitos foram realmente estabelecidos no CTN, art. 14 e seus incisos e Lei nº 6.435/77.

Portanto, restou apenas verificar se tais entidades de assistência social vieram preencher aqueles requisitos estabelecidos e, para tanto, atenderam as formalidades, por isso já gozavam da imunidade, que só veio ser cancelada com o advento do Decreto-Lei nº 2.065/83, que aliás já sofreu várias críticas no voto que proferi na AMS 104.763-SP, *in DJ* 14-3-85.

O meu ponto de vista, como todos já sentiram é pela ineficácia do Decreto-Lei nº 2.065/83 ou pela sua impossibilidade de alterar ou mesmo revogar o dispositivo da Lei nº 6.435/77, que menciona.

Além dos fundamentos acima expostos faço assinalar esse tópico do pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República:

«Outrossim, constata-se que a abordagem da matéria inegavelmente de direito, implica, necessariamente, na análise das condições e cláusulas existenciais das entidades, o que é indiscutivelmente, matéria de fato».

O atendimento dos requisitos traçados pela lei, pelas entidades de assistência social, é encargo da Administração. A «análise das condições e cláusulas existenciais das entidades» é de afetação e competência do órgão específico da Administração.

Tratou desse assunto a própria Lei nº 6.435/77, disciplinadora das atividades das entidades fechadas de previdência privada, ao considerá-las complementares do sistema oficial de previdência e assistência social dispôs que suas atividades estão afetas ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

O dispositivo de que trata está posto nestes termos:

«Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.»

Na medida em que essas entidades se propõem a suplementar a atividade do Estado, no seu dever precipuo de assegurar o bem estar dos seus cidadãos e de promover a paz social é uma instituição de assistência e é verdade que o é na medida em que o Ministério da Previdência e Assistência Social, por ato do Senhor Ministro de Estado, outorga-lhes autorização de funcionamento como entidade de assistência social e lhes aprova o estatuto.

A «análise das condições e cláusulas existenciais das entidades» foi feita por ocasião da outorga da autorização de funcionamento, por isso, entendo ser condição para a impetração, sob o fundamento da inicial, a prova da sua atividade como entidade de assistência social e, no caso, essa prova está demonstrada pela cópia do ato ministerial.

Portanto, concluo: se o órgão competente da Administração diz que a impetrante é uma entidade fechada de previdência privada outorgando-lhe o respectivo ato, ela atende os requisitos da *lei* e conseqüentemente faz jus ao benefício da imunidade tributária.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 105.121 — RJ — (Reg. nº 6.048.110) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 12ª Vara/RJ. Apte.: União Federal. Apdos.: Telos — Fundação Embratel de Seguridade Social, Instituto Aerus de Seguridade Social e outros, Vi-sius — Instituto Boavista de Seguridade Social, Fundo de Pensão Montrealbank —

FPM, Cifrão — Fundação de Previdência Privada da Casa da Moeda do Brasil, Fundação de Previdência dos Servidores do Instituto do Brasil — Previrb, O Portus — Instituto Portobras de Seguridade Social e Fundação Petrobrás de Seguridade Social. Advs.: Drs. Giovanni Nunes de Melo, Joaquim Antônio de Carvalho e outro, Maurício dos Reis e outros, Elisabeth Maria Pereira e outros, Ursulino Santos Filho e outro, Antônio Martins de Almeida, Esther Louzada de Faria, Marco Antônio Barbosa de Alencar, Ana Maria Mendes de Lima e outro e Cláudio A. F. Penna Fernandez e outros.

Sustentou, oralmente, pela PETROS — Fundação Petrobrás de Seguridade Social, o Dr. José de Magalhães Barros, e, pelo Instituto Aerus de Seguridade Social, o Dr. Maurício dos Reis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 29-8-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz acompanharam o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.015 — MG
(Registro nº 6.169.767)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Apelante: *Caixa dos Empregados da Usiminas*

Apelado: *União Federal*

Advogados: *Drs. Joaquim Ruiz de Gamboa Netto e outros*

EMENTA: «Tributário. Imposto de renda. Entidade de Previdência privada. Art. 6º do Dec.-Lei nº 2.065/83.

Este Tribunal, pelo seu Plenário, acolheu arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º da disposição referida. Apelação provida para reformar a sentença e conceder o mandado de segurança».

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 conceder o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Caixa dos Empregados da Usiminas requereu mandado de segurança contra a exigência do recolhimento, na fonte, de imposto de renda sobre juros, dividendos e demais rendimentos de capital que percebesse.

Apontou como autoridade coatora o Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte e assentou a impetração na alegação de que, como instituição de assistência social, presta aos seus associados diversos benefícios entre os quais complementações de aposentadorias de todos os tipos, complementação de pensão, complementação de auxílio-doença, complementação de auxílio-reclusão, auxílio por núpcias, natalidade e funeral, além de concessões de empréstimos assistenciais, assistência médica, etc.» sem distribuir lucros e aplicando no País os seus recursos, tudo devidamente escriturado, estava amparada pela imunidade tributária estabelecida no art. 19, III, C da Constituição.

Alegou, a seguir, que o ato impugnado vinha sendo praticado com apoio nos §§ 1º e 2º do art. 6º do Dec.-Lei 2.065/83, disposições que padeciam do vício de inconstitucionalidade.

Prestadas informações a segurança foi indeferida, a impetrante apelou e, nesta instância, a Subprocuradoria ofereceu parecer pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O Tribunal Pleno, por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.065/83, tendo eu, na oportunidade, proferido o voto que vai junto.

Dou provimento à apelação para reformar a sentença e conceder o mandado de segurança.

ANEXO

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível Nº 101.394 — PR

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, na Turma tive a oportunidade de proferir voto-vista acompanhando o Sr. Ministro Relator Ilmar Galvão, do seguinte teor:

«A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, estabeleceu no seu art. 1º que «o sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal» e, no art. 2º dispôs ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar impostos sobre «o patrimônio, a renda ou serviços de Partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei complementar».

Com base em tal disposição foi elaborada a Lei nº 5.172, de 25-10-66, Código Tributário Nacional, de caráter nacional e não federal apenas, que, assim, tem a natureza de lei complementar.

Esse código, no seu art. 9º estabeleceu ser vedado à União cobrar imposto sobre «o patrimônio, a renda ou serviço de Partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social», observados requisitos que indicou no art. 14 como sendo os seguintes:

«Art. 14.

I — não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a título de lucro ou participação no seu resultado;

II — aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III — manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.»

Tem-se, assim, que uma vez preenchidos os requisitos previstos na disposição lida a instituição de educação ou de assistência social goza de imunidade tributária.

Com a finalidade de afastar dúvidas, em 1977 o Congresso votou a Lei nº 6.435 que dispôs:

«Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.»

Mais tarde o Dec.-Lei nº 2.065/83 estabeleceu em seu art. 6º:

«Art. 6º As entidades de previdência privada referidas nas letras a do item I e b do item II do artigo 4º da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, estão isentas do imposto de renda de que trata o artigo 24 do Dec.-Lei nº 1.967, de 23 de novembro de 1982.

§ 1º A isenção de que trata este artigo não se aplica ao imposto incidente na fonte sobre dividendos, juros e demais rendimentos de capital recebidos pelas referidas entidades.

§ 2º O imposto de que trata o parágrafo anterior será devido exclusivamente na fonte, não gerando direito a restituição.

§ 3º Fica revogado o § 3º do artigo 39 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977.»

Ora, se a entidade de previdência privada preenchia os requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN, isto é, se não distribuía lucros e nem admitia participação no seu resultado, aplicava integralmente no País os seus recursos destinando-os à manutenção dos seus objetivos institucionais e mantinha escrituração regular, gozando, por isso, de imunidade tributária, não seria possível, por decreto, estabelecer-se condições diferentes.

Argumenta-se nos autos que a autora não é entidade de assistência social, alegação inaceitável desde que, como dispõe o art. 1º dos seus estatutos, «tem como objetivo principal prestar benefícios previdenciários aos seus participantes, bem como, acessoriamente, estendê-los aos seus dependentes e, eventualmente, atender a outros campos assistenciais, em conformidade com as normas e princípios traçados neste Estatuto e, por via deste, nos regulamentos, instruções e programas de ação», e por princípios fundamentais:

a) prestar benefícios previdenciários complementares, a serem disciplinados em atos regulamentares, próprios:

b) prestar serviços assistenciais complementares, de natureza sócio-econômica, custeados pelos patrocinadores, sem, contudo, criar duplicidade de função relativamente a outros órgãos públicos federais, estaduais e municipais, que possam propiciá-los com igual ou maior eficiência, mediante convênios e contratos;

c) manter perfeito entrosamento com instituições previdenciárias e assistenciais de natureza pública ou privada, a fim de propiciar o mais eficiente atendimento aos seus participantes;

d) prestar outros benefícios e serviços que, atendidas as finalidades da Fundação, forem instituídos pelo Conselho de Curadores e aprovados pela autoridade competente.»

Sendo assim, padece sem dúvida do vício de inconstitucionalidade a disposição do art. 6º da Lei nº 2.065/83.

Acompanho, por tais razões, o Sr. Ministro Relator.»

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.015 — MG — (Reg. nº 6.169.767) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: Caixa dos Empregados da Usiminas. Apdo.: União Federal. Advs.: Drs. Joaquim Ruiz de Gamboa Netto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e conceder o mandado de segurança (Em 12-9-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.308 — DF
(Registro nº 6.183.808)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Apelante: *Esmeraldo Ribeiro Rios*

Apelados: *Coitezeiro Mineração S/A — Comisa e União Federal*

Advogados: *Drs. Francisco Pedro de Oliveira e outros, Raul Antônio Tonoli e outros*

EMENTA: Administrativo. Direito de Lavra.

Imissão de posse. Pendente ação judicial a propósito, bem se porta a Administração em suspender condicionalmente o processo de imissão de posse requerida pelo cessionário de antiquíssimo manifesto, e pretendida dar-se com suspensão de antiga lavra por terceiro, autor da ação judicial. Mandado de segurança indeferido com acerto.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A espécie está assim relatada na sentença do Juiz Federal Alves de Lima:

«Esmeraldo Ribeiro Rios, qualificado na inicial, pede segurança contra ato do Sr. Diretor da Divisão de Fomento da Produção Mineral (DFPM), órgão do Departamento Nacional da Produção Mineral.

Alega:

O Suplicante é titular do Manifesto de Mina nº 706/36, havido através de escritura de cessão de direitos lavrada em 18-7-49. Tal instrumento foi registrado sob nº 156, do Livro 4 do Cartório do Registro Imobiliário da Comarca de Campo Formoso, Bahia. Em 10-8-50, por despacho ministerial, foi ordenada a averbação da escritura de cessão de direitos a favor do Suplicante. Desde

então, à luz do registro legal e do aludido contrato, detêm os direitos decorrentes da referida mina manifestada.

Em 1964, por virtude de declaração falsa, foi expedido o decreto de lavra nº 54.538/64, baixado ao arrepio da lei, cuja área interferia na do Manifesto. Posteriormente, foi retificada a área concedida, excluindo a que interferia no Manifesto nº 706/36.

Acolhendo proposta do Departamento Nacional de Produção Mineral, o Sr. Ministro das Minas e Energia autorizou a averbação dos títulos apresentados por COMISA — Coitezeiro Mineração S/A. No entanto, ao ordenar a averbação, o Sr. Ministro ressaltou os direitos à lavra — vale dizer ao aproveitamento — cedidos ao Impetrante. Amparado no despacho ministerial, o Suplicante requereu ao DNPM que demarcasse a área do manifesto, ordenasse a suspensão dos trabalhos de lavra ali realizados e assegurasse ao Suplicante a imissão na posse da propriedade minerária.

Iniciada a execução do despacho ministerial assinalado, surpreendeu-se o Impetrante com petição de COMISA — Coitezeiro Mineração S/A, que pediu a suspensão de todos os atos administrativos, porque pleiteara na Justiça da Bahia a decretação da caducidade do contrato.

Ilegal é o ato da autoridade, que não pode embaraçar o andamento do processo administrativo sem inibir a atuação do poder de polícia do Departamento Nacional de Produção Mineral.

Pede a concessão da segurança para que se determine a cassação do despacho do Diretor da Divisão de Fomento da Produção Mineral que ordenou a suspensão do processo administrativo.

O Diretor da Divisão de Fomento da Produção Mineral, autoridade apontada como coatora, ao prestar informações (fls. 120/126), sustenta:

Quanto à situação da mina em apreço, cabe acentuar-se que, de há muito, vem a sua exploração efetivamente desenvolvida pela empresa COMISA, lastreada, de início, na concessão de lavra outorgada a José da Silva Marques, via do Decreto nº 54.538, de 28-10-64, cujos direitos regularmente adquiriu. Esta concessão, posteriormente constatada que a respectiva área incorria, parcialmente, em interferência com a área do próprio Manifesto nº 706/36, veio a ser retificada, através da Portaria nº 1.182, de 24-11-80, ficando restrita à parte de área remanescente, após exclusão dessa interferência.

É imprópria a qualificação de «clandestina» à atuação desenvolvida na mina pela COMISA, visto tratar-se de empresa detentora de efetivo vínculo jurídico com essa entidade mineira, a título dominial, dessarte descabendo legitimamente qualquer ingerência da Administração no sentido de promover coercitivamente a paralisação de suas atividades minerárias.

Nessas circunstâncias, ficava evidente que a almejada paralisação da lavra, com o desapossamento da COMISA da área da mina e sua subsequente entrega ao impetrante, de sorte a que passasse a assumir ele próprio a exploração minerária, tais providências haveriam de ser demandadas propriamente perante o Poder Judiciário, que decidiria o caso a partir do exame dos títulos exibidos por uma e outra parte envolvidas.

Em 20-6-81, a COMISA deu ciência ao DNPM de que ajuizara uma Ação Ordinária contra o Impetrante, objetivando a decretação da caducidade do «Contrato de Cessão de Direitos» firmado entre Manoel Marques dos Reis e o Impetrante.

Diante da interposição de ação em que é questionado em juízo a própria vigência da cessão de direito à exploração da mina em favor do Impetrante, a Consultoria Jurídica do Ministério das Minas e Energia, manifestando-se sobre o caso, emitiu Parecer, cuja ementa assim estabelece:

«A matéria sob apreciação do Poder Judiciário impõe abstenção de quaisquer atos administrativos que possam importar em prejuízo ou inovação».

Firmando-se neste Parecer, que ensejou o despacho administrativo indigitado na impetração, não incorreu a autoridade em qualquer malfeição a direito líquido e certo do Impetrante.

Coitezeiro Mineração S/A — COMISA, litisconsorte passiva necessária, alega (fls. 278/285) que o objeto do presente Mandado de Segurança é juridicamente impossível, que há litispendência, que a petição inicial é inepta.

Alega também que as atividades da lavra desenvolvidas na área do Manifesto nº 706 são regulares e resultam do seu direito sobre o dito Manifesto, derivado de títulos material e formalmente perfeitos, mandados averbar no DNPM pelo Sr. Ministro das Minas e Energia.

Alega, ainda, que o pretense direito em que se lastreia o Impetrante, ao requerer a segurança, está despoído de liquidez e certeza. O registro dos títulos da Informante no DNPM, expressivos do seu direito à lavra do Manifesto nº 706, e mais a efetiva exploração da mina por ele, descaracterizam qualquer liquidez e certeza do direito invocado pelo Impetrante.

Inicial instruída com os docs. de fls. 13/112. Foi indeferida a liminar. Parecer do MPF pela denegação da segurança (fls. 314).» — fl. 316.

Decidindo a controvérsia, situou-se o nobre julgador em que, acentuado o fato de que o impetrante, por si ou seus antecessores, nunca exerceram direito sobre a mina disputada, apesar da antiguidade do respectivo manifesto nº 706/36, deu, pois, por certa a prudência da autoridade em não lhes deferir a desejada imissão de posse e conseqüente suspensão da lavra da COMISA, enquanto pendente a disputa judicial da área — fl. 320.

Insiste, ainda, o apelante no seu direito a compelir a autoridade à requerida imissão de posse, repisando o argumento de que para escusar-se a mesma a tal dever não basta o simples ajuizamento da ação de caducidade do manifesto, senão que necessário será o óbice da coisa julgada, conforme mesmo o disposto pelo art. 87 do DL 227/67. Ler-se (fl. 324).

Contra-razões à fl. 335.

Parecer pela concessão da segurança, nestes termos:

9. É fato incontroverso que o impetrante é o titular dos direitos de lavra a que se refere o Manifesto de Mina 706/37 adquiridos por escritura pública regularmente registrada no Livro 4 — fl. 156 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Formoso-Bahia.

10. Também é fato incontroverso nos autos que a litisconsorte passiva COMISA Coitezeiro Mineração S/A não tem direitos à lavra da mina a que se refere o manifesto nº 706/37, resguardados que estão aos cessionários Ama-deu Ribeiro Souza Rios e Esmeraldo Ribeiro Rios — fls. 16 e 17.

11. Também são fatos admitidos pelas partes e pelo e. julgador de que a COMISA está procedendo à lavra no local objeto do Manifesto 706/37 e que a autoridade se recusa a inibir esta ação e a garantir as pretensões do requerente e ora apelante.

12. Ora, quanto ao direito, uma ação pendente entre o autor e a COMISA, sem trânsito em julgado, não pode elidir os efeitos de um Registro Imobiliário antigo onerando bem imóvel, pois tal registro induz prova de domínio ou direito real — art. 859 C. Civil, oponível *erga omnes*.

13. A averbação antiga na DFPM também resguarda os direitos do impetrante perante a administração e a Portaria 1.812/80 garante ao impetrante a exploração da mina.

A existência pura e simples de ação judicial entre particulares não invalida ou inibe o exercício do direito que nela se quer impugnar ou elidir, até o trânsito em julgado da sentença que porventura o invalide ou desconstitua.

14. Por outro lado, a existência da ação judicial entre particulares visando a desconstituição do contrato de cessão de direitos não impede que a administração cumpra e execute o que se decide em ato administrativo válido e expedido com fundamento no direito existente, inobstante contestado em juízo em ação pendente.

15. Assim, a ordem deve ser concedida e a r. sentença recorrida reformada, porque os seus fundamentos não devem subsistir.

O ato administrativo é válido até que judicialmente se decida em contrário, e deste modo deve o servidor, no caso a autoridade, dar execução à Portaria e Despachos Ministeriais, execução esta que a par de ser direito do impetrante é dever e obrigação da autoridade sob pena de praticar falta funcional pela omissão.

16. A omissão da autoridade com a suspensão da execução da Portaria ministerial tanto mais se agrava, se vê que em decorrência dela a COMISA, confessadamente, vem procedendo à lavra em local (Manifesto 706/37) que não lhe foi autorizado pelo Poder Público, em flagrante desrespeito ao art. 168, § 1º, da Constituição, como bem explicitou na conclusão de seu parecer o Advogado-Especialista do 7º Distrito, às fls. 48/55, atividade que está a exigir inclusive um Auto de Paralisação. A omissão da autoridade traz consigo indícios de convivência com a atividade.

17. Acrescente-se a isto a circunstância de que o segundo fundamento jurídico da r. sentença apelada, *data venia*, não tem aplicação na espécie, é que o impetrante não pretende judicialmente sustar a lavra da COMISA na região do Manifesto 706/37 e que tem contornos de clandestinidade.

18. O que se pretende é que o funcionário subordinado ao Ministro das Minas e Energia e ora impetrado prossiga no Processo Administrativo DNPM 3.362/36 para dar completa execução à Portaria nº 1.812/80-MME que mandou retificar a área de exploração da COMISA e que vem interferindo naquela que a administração declaradamente reconhece como sendo de direito do impetrante.

19. Em síntese, o que se pede é também dever da autoridade e o que é pedido como direito individual deveria ter sido feito em atenção ao interesse público, de ofício, pela autoridade em obediência a ato de superior seu enquanto este ato subsistir.

20. Por estes motivos o parecer do Ministério Público Federal é pela concessão da ordem, reformando-se destarte a r. sentença apelada.

Brasília, 16 de junho de 1987 — José Bonifácio Borges de Andrada, Procurador da República.

Aprovo: Ruy Ribeiro Franca, Subprocurador-Geral da República.» — fls. 343/346.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, ao que se tem dos autos, disputa-se o direito de lavra sobre uma única área, tal como o ora impetrante, cessionário de antiquíssimo manifesto (nunca exercido, porém, por si ou pelos cedentes), deseja imitir-se na posse da mesma área onde há anos lavra a empresa litisconsorte passiva.

Nesse quadro em que se contém a controvérsia, convenha-se no acerto das invocações da sentença, sobre dizer improcedente, em último caso, o direito de o impetrante exigir medida administrativa compulsiva do seu assentamento possessório, contra lavra que terceiro ali vem exercendo, sobretudo porque, desse terceiro foi a iniciativa de recorrer ao Judiciário opondo direito à inércia dos detentores de tão antigo manifesto de mina.

É que, de fato, a pendência dos litígios judiciais é prevista pelo Código de Minas como não impediente do prosseguimento de pesquisa e lavra minerária (arts. 57 e 87 do DL 227/67); o que, por analogia mais perfeita, significa conselho à Administração, de que também se omitta de tal impedimento, se a pendência judicial há de alcançar solução da contenda entre os litigantes.

Assim se omitindo a administração, reputo deveras inviável o *writ* para compeli-la a medidas de autoridade, com efeitos que a lei amenisa em relação à própria pendência judicial. Fico, pois, com a sentença, a valor destes juízos emitidos:

«Existe Ação pendente entre a litisconsorte passiva COMISA — Coitezeiro Mineração S/A e o Impetrante Esmeraldo Ribeiro Rios, proposta com a finalidade de decretar a caducidade do «Contrato de Cessão de Direitos», firmado entre o Impetrante e Manoel Marques dos Reis. E foi por esta razão que a autoridade impetrada, o Sr. Diretor da Divisão de Fomento da Produção Mineral, determinou a suspensão do processo administrativo. Assim dispôs o ato que o Impetrante pretende invalidar:

«Senhor Diretor do 7º Distrito — DNPM.

Restituo o processo em referência, tendo em vista o pronunciamento da Coordenadoria Jurídica deste Departamento, às fls. 327/328, com o qual manifestamos nosso pleno acordo. Determinamos seja aguardada decisão judicial da pendência entre as partes interessadas, para o prosseguimento processual».

Razão assiste à autoridade impetrada, pois enquanto não for resolvida a pendência judicial entre a litisconsorte passiva e o Impetrante, nada há a providenciar administrativamente.

Cumprido esclarecer, consoante informa a autoridade impetrada, que no tocante ao contrato de cessão de direitos à exploração da mina atinente ao Manifesto nº 706/36, firmado em 1949, tendo como cessionário o Impetrante, que os direitos neles consubstanciados jamais foram exercidos, nada constando do processo administrativo pertinente que haja sido sequer iniciado pelo favorecido qualquer trabalho de aproveitamento de mina.

O Código de Mineração (Dec.-Lei nº 227/67, art. 87), por sua vez, dispõe que não se impedirá por ação judicial de quem quer que seja o prosseguimento da pesquisa ou lavra.» — Fls. 319/320.

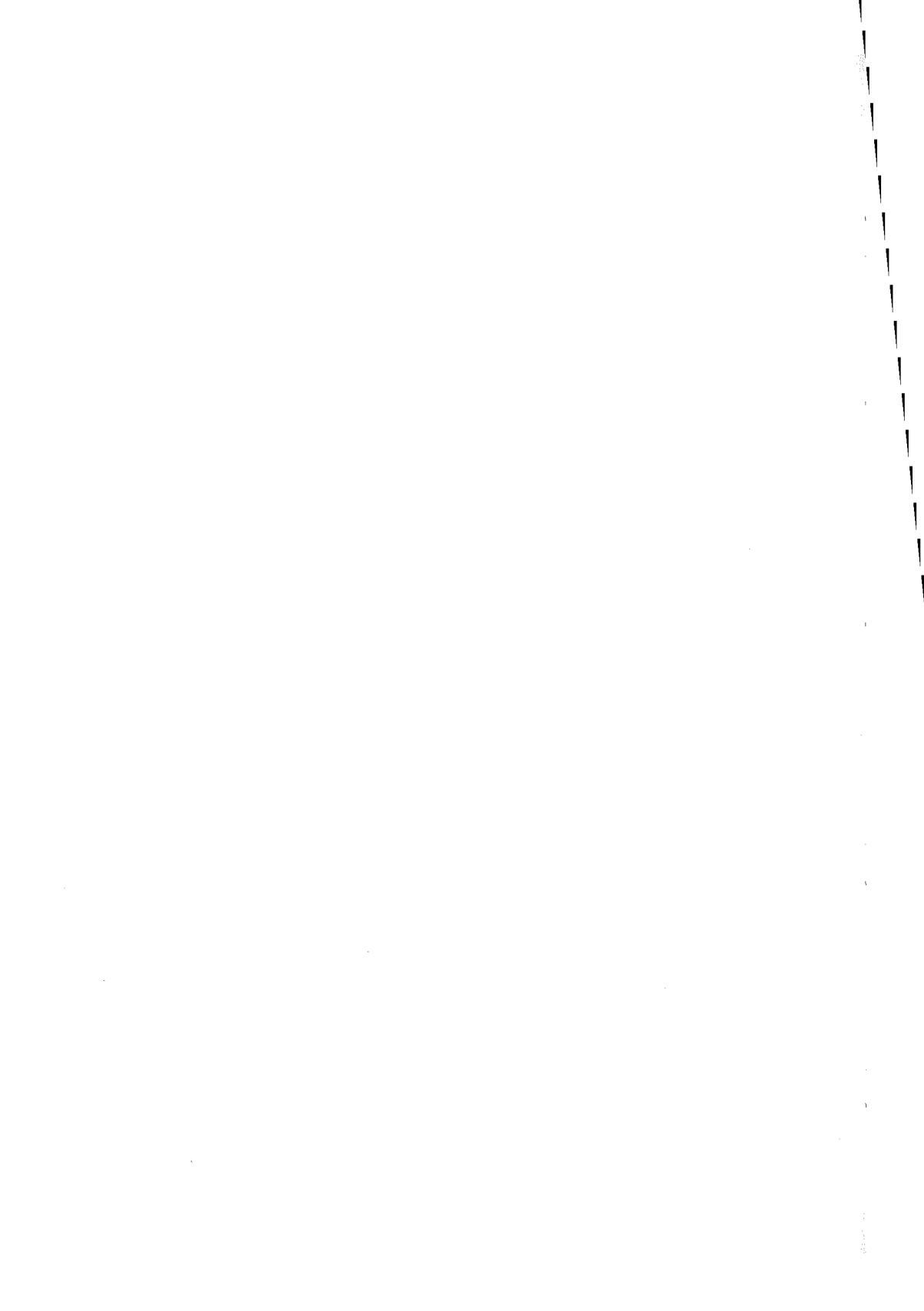
Pelo exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.308 — DF — (Reg. nº 6.183.808) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Apte.: Esmeraldo Ribeiro Rios. Apdos.: Coitezeiro Mineração S/A — COMISA e União Federal. Advs.: Drs. Francisco Pedro de Oliveira e outros, Raul Antônio Tonoli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-10-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.303 — SP
(Registro nº 6.636.110)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 17ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Dynapac Equipamentos Indl. Ltda.*

Advogado: *Dr. Élcio Rodrigues Filho*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Incentivos fiscais para reforestamento. Cabimento de mandado de segurança.

Requerido que foi contra ato pelo qual a autoridade, apreciando declaração de rendimentos apresentada pela impetrante, retificou-a para reduzir quantitativo ali apontado para incentivo fiscal, improcede a preliminar de descabimento da medida, por isso que utilizada contra ato atacável pela via eleita. De outro lado, embora o Dec.-Lei 1376/74 houvesse estabelecido os incentivos fiscais sem se referir à correção monetária, e mencionado cálculo em cruzeiros, o Dec.-Lei 1967/82 alterou tal situação ao estabelecer, no art. 15, que ditos incentivos seriam calculados «segundo o valor da ORTN no mês fixado para a apresentação de declaração de rendimentos», sendo essa, portanto, a norma em vigor em 1983, ao ser apresentada a declaração pela impetrante, norma que não poderia ser alterada por instrução normativa ou ato declaratório para estabelecer que o cálculo mencionado seria feito em cruzeiros. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistôs e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Dynapac Equipamentos Industriais Ltda., sediada na cidade de São Paulo, apontando como autoridade coatora

o Delegado da Receita Federal no Estado, requereu mandado de segurança contra retificação levada a efeito na apreciação de sua Declaração de Rendimentos do exercício de 1983, pela qual o cálculo de incentivos fiscais consequentes de aplicações em reflorestamento, efetuado em ORTNs, fora realizada em cruzeiros, o que reduziu o valor.

Alegou que preencheria a declaração de rendimentos no exercício de 1983 de acordo com o Regulamento do Imposto de Renda baixado pelo Decreto 85.450/80, em novembro de 1984 recebera notificação pela qual as aplicações mencionadas haviam sido reduzidas de Cr\$ 49.081.823 para Cr\$ 40.945.711, tendo em conta a Instrução Normativa 37 e o Ato Declaratório nº 015, ambos de 1983, que alteraram norma do referido decreto, o que era inadmissível, quando mais não fosse, para aplicação no mesmo ano de sua expedição.

Prestadas informações afirmando desassistir razão à impetrante, foi a segurança concedida, e da sentença apelou a União alegando, preliminarmente, ser o pedido formulado na inicial incompatível com a natureza do *mandamus*, por se pretender, por seu intermédio, «a correção da aplicação e a reaplicação do que não fora aplicado» o que deveria ser buscado «por ação de perdas e danos, ou de repetição de indébito».

Sustentou depois, quanto ao mérito, que a interpretação dada pela Instrução Normativa 37/83 não ferira texto de norma hierarquicamente superior, como entendera o prolator da sentença.

Nesta instância a Subprocuradoria opinou pelo provimento do recurso, reiterando tais arguições.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Como se viu do relatório o mandado de segurança foi requerido contra ato pelo qual a autoridade, apreciando declaração de rendimentos apresentada pela impetrante, retificou-a para reduzir quantitativo ali apontado para incentivo fiscal, e, portanto, contra ato atacável pela via eleita e suas consequências, não tendo procedência, por isso, a preliminar.

Também não merece provimento a apelação quanto ao mérito, pois, embora o Dec.-Lei 1.376/74 houvesse estabelecido os incentivos fiscais sem se referir a correção monetária, e mencionado cálculo em cruzeiros, o Dec-Lei 1.967/82 alterou tal situação ao estabelecer, no art. 15, que ditos incentivos seriam calculados «segundo o valor da ORTN no mês fixado para a apresentação de declaração de rendimentos», sendo essa, portanto, a norma em vigor em 1983, ao ser apresentada a declaração pela impetrante, norma que não poderia ser alterada por instrução normativa ou ato declaratório para estabelecer que o cálculo mencionado seria feito em cruzeiros.

Por isso mesmo foi baixado posteriormente, em 1983, o Decreto-Lei 2.065, pelo qual determinou-se o cálculo dos incentivos em cruzeiros, norma que, entretanto, não poderia alcançar as declarações já efetuadas.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 108.303 — SP — (Reg. nº 6.636.110) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 17ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Dynapac Equipamentos Ind. Ltda. Adv.: Dr. Elcio Rodrigues Filho.

Decisão: A Turma negou provimento à apelação. Decisão unânime. (Em 29-2-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.485-DF
(Registro nº 7.219.806)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Remetente: *Juízo Federal da 1.ª Vara*

Apelante: *INPI*

Apelado: *Asahi Kasei Kogyo Kabushiki Kaisha*

Advogados: *Drs. Rosa Maria Rodrigues Motta e outros, Melida Jessen, Helon Monteiro Fontes*

EMENTA: Administrativo. Propriedade Industrial. Recurso. Contribuição. Taxa de retribuição. CPI, art. 107, c.

I — O recolhimento, embora insuficiente, da taxa de retribuição — CPI, art. 107, c — não autoriza o não conhecimento do recurso na órbita administrativa. Neste caso, deve o recorrente ser chamado a complementar o depósito.

II — Precedente do TFR.

III — Homologação do pedido de desistência da apelação. Remessa oficial 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, homologar a desistência da apelação e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, confirmá-la, negando, assim, provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Asahi Kasei Kogyo Kabushiki Kaisha contra ato do Secretário de Tecnologia Industrial, do Ministério da Indústria e Comércio, que não conheceu do recurso interposto pela impetrante, em razão de recolhimento a menor da contribuição devida.

Alega a impetrante, em apertada síntese, que, em 1982, o INPI concedeu à impetrante o privilégio de invenção de um «processo para eletrólise de uma solução aquosa de um halogeneto de metal alcalino». A empresa americana E.I. Du Pont de Nemours and Company requereu o cancelamento administrativo desse privilégio, o que veio a ser deferido pela impetrada, através da decisão datada de 14-2-84. A impetrante recorreu dessa decisão, recolhendo a retribuição devida, mas o recurso não foi conhecido, ao argumento de que era insuficiente a retribuição recolhida.

A sentença de fls. 128/132, lavrada pelo Juiz Federal Vicente Leal de Araújo, concedeu a segurança, nos termos do pedido, sobre o fundamento de que o impetrado incorreu em equívoco, ao equiparar *não pagamento da retribuição devida a pagamento insuficiente da contribuição*. O art. 107, c, da Lei nº 5.772/71, estatui que o recurso não será conhecido quando «desacompanhado do comprovante do pagamento da retribuição correspondente». E as normas que impõem sanções devem ser interpretadas restritivamente.

Inconformado, apela o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (fls. 147/152).

Com a resposta de fls. 166/168, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 171/172), opinando pelo provimento do recurso.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial, através da petição de fl. 175, requer a desistência da apelação (folhas 147/152).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Preliminarmente, homologo a desistência da apelação, pedido formulado pelo INPI, apelante (fl. 175).

Examino a sentença, que está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Assim resumiu a matéria a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 171/172:

«Visa a impetrante à anulação de ato do Senhor Secretário de Tecnologia Industrial, do Ministério da Indústria e Comércio, que, em razão de recolhimento a menor da contribuição devida, não conheceu de recurso por ela interposto.

2. Alega que o INPI deveria tê-la notificado para complementar a taxa e que a própria autoridade administrativa, em casos idênticos a este, autorizou a complementação, expressamente autorizada pela Portaria nº 001/83.

3. A digna autoridade impetrada defende a legalidade de seu ato, esclarecendo que o CPI (art. 107, letra c), ao exigir «o comprovante do pagamento», refere-se a pagamento *integral* do valor tabelado para o recurso e que a Portaria nº 001/83 dirige-se a recursos interpostos para o Presidente do INPI, o que não é o caso.

4. A segurança foi concedida com apoio em decisão dessa Colenda Corte, em cuja ementa se lê:

«Direito Administrativo. Propriedade industrial. Recurso. Taxa de Retribuição.

A regra da alínea c do CPI não comporta aplicação rígida, mas há de ser interpretada de acordo com o espírito da lei respectiva. Mero erro de cálculo não justifica deserção do recurso.

Sentença concessiva mantida.

Negou-se provimento ao recurso e à remessa oficial» (AMS 91.380, Rel. Min. Sebastião Reis, DJ de 3-12-81).

5. Reportando-nos ao parecer que emitimos no referido processo, que tivemos a honra de ver adotado no voto condutor do acórdão (fls. 89/90), opinamos pelo não provimento do recurso.»

..... (fls. 171/172).

Está correto o parecer.

Na verdade, o recolhimento insuficiente da contribuição exigida para a interposição do recurso não se confunde com o não recolhimento da referida contribuição. Competia ao INPI, diante do recolhimento insuficiente, exigir a complementação da contribuição. É neste sentido o decidido pela Egrégia 5ª Turma, na AMS 91.380-RJ, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, referida, aliás, no parecer.

Confirmo a sentença.

Nego provimento à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 108.485 — DF — (Reg. nº 7.219.806) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: INPI. Apdo.: Asahi Kasei Kogyo Kabushiki Kaisha. Advs.: Drs. Rosa Maria Rodrigues Motta e outros, Melida Jessen, Helon Monteiro Fontes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, homologou a desistência da apelação e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, confirmou-a, negando, assim, provimento à remessa oficial. 18-11-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Ex-mo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.923 — SP
(Registro nº 7.414.307)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara — SP*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Prefeitura Municipal de Santo André — SP*

Advogado: *Dr. Dalci Domenice (Apda.)*

EMENTA: Mandado de Segurança. Remessa de juros para o exterior. Empréstimo contraído por municipalidade, mediante repasse feito por instituição bancária.

I — A norma do parágrafo único do art. 11 do Decreto-Lei nº 401/68 considera fato gerador do tributo a remessa dos juros para o exterior, e contribuinte o remetente; portanto, é de reconhecer-se a imunidade do Município responsável pela remessa, na forma do art. 19, III, a da Constituição Federal. Precedente do TFR.

II — Remessa ex officio e apelação desprovidas. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Márcio José de Moraes, resumiu a espécie nestes termos:

«A Prefeitura Municipal de Santo André impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do Delegado da Receita Federal de Santo André, alegando, em síntese, que celebrou contrato particular de empréstimo externo, com

base na Resolução nº 63 do Banco Central, no qual assumiu o ônus contratual pelo pagamento do imposto de renda quando da remessa dos juros ao exterior.

Como o impetrado vem de exigir do credor repassante do empréstimo referido, o Banco do Estado de São Paulo, o recolhimento do imposto de renda na fonte na oportunidade das remessas dos juros, sustenta a impetrante a inconstitucionalidade dessa exigência, à vista do artigo 19, III, a, da Constituição Federal, que lhe garante impunidade tributária.

Concedida a liminar, vieram as informações, suscitando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob dois argumentos: como é credor repassante que recolhe o imposto de renda na fonte, só ele teria legitimidade para impetrar a Segurança; como é o Banco Central que autoriza a remessa de numerário para o exterior, dele seria a legitimidade passiva. No mérito, sustenta a constitucionalidade do ato impugnado.

O MPF, oficiando à fl. 90, reafirma as preliminares e, no mérito, opina pela denegação da ordem» (fl. 91).

Sentenciando, o ilustre magistrado *a quo* concedeu a segurança, confirmando, em consequência, a liminar.

Irresignada, a União Federal interpôs apelação, alegando ter a impetrante celebrado contrato de repasse com o Banco do Estado de São Paulo, razão pela qual o mutuário, com relação ao mutuante no exterior, é o estabelecimento bancário, sendo esta entidade bancária a responsável tributária pelo imposto de renda retido na fonte. Desta forma, não tem qualquer validade perante a Fazenda Pública a assunção dos ônus fiscais assumido pela impetrante, por contrato particular, conforme prevê o art. 123 do CTN.

Recebido o recurso, e devidamente contra-arrazoado (fls. 102/104), subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestado-se às fls. 107/113.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O ilustre magistrado de primeira instância decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

«Quanto ao mérito, duas ordens de argumentos se alinham à análise.

A primeira não considera pertinente a questão da imunidade, porque identifica como beneficiário dos juros o credor estrangeiro não imune, procurando demonstrar que o não recolhimento do imposto só a ele beneficiaria.

Essa orientação foi adotada pela E. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 79.157-PR, pelos fundamentos expostos no voto do eminente Ministro Djaci Falcão (RTJ, 77/303).

A segunda entende relevante identificar apenas o responsável pelo pagamento do imposto, reconhecendo a imunidade quando tal ônus recair sobre as pessoas jurídicas de direito público indicadas no artigo 19, III, a, da Constituição.

Os fundamentos dessa corrente foram alinhados nos RE nº 81.530-PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in* RTJ, 77/305; Ação Cível Originária nº 231-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, *in* RTJ, 89/353-359.

De nossa parte, pensamos que a segunda orientação melhor se ajusta à sistemática legal do imposto de renda incidente sobre remessa de numerário ao exterior.

Com efeito, nas remessas de numerário ao exterior, contribuinte do imposto de renda é o remetente e o fato gerador do tributo é a remessa, conforme decorre do artigo 11, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 401, de 1968, assim redigido:

«Para os efeitos deste artigo considera-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente».

De sorte que o critério legal manda identificar apenas o remetente do numerário a quem é imputado o pagamento do imposto e, como na espécie, é o impetrante que paga o imposto e que remete os juros através do banco repassante, o reconhecimento da imunidade é inafastável.

Não há temer infringência ao artigo 123 do Código Tributário Nacional, pelo qual as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não modificam a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias, porque qualquer que seja a previsão contratual quanto ao pagamento do imposto, contribuinte será sempre o remetente, força da imposição legal.

Releva notar, ainda, que o impetrante obteve o empréstimo externo para construção de uma central municipal de abastecimento e que a imunidade, no dizer de Aliomar Baleeiro («Direito Tributário Brasileiro», Ed. Forense, 3ª, pág. 90), tem por objetivo impedir «que o imposto federal anule ou embarace os meios de ação dos Estados e Municípios, para exercício das atribuições da respectiva competência e reciprocamente», o que vem demonstrar que o reconhecimento da imunidade para o fim de permitir a ação do município em matéria de seu peculiar interesse, como ocorre na espécie, atente exatamente ao objetivo constitucional.

Pelo exposto, concedo a Segurança nos termos do pedido, ficando reafirmada a liminar anteriormente deferida.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição» (fls. 92/94).

Tenho como incensuráveis as doulas ponderações formuladas na sentença supratranscrita, as quais adoto, integralmente, como razão de decidir.

Aliás, esta egrégia Corte, ao apreciar a AMS nº 112.919-SP (6.590.365), perante a egrégia 4ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, em 11-5-87, unânime, publicada no *DJ* de 28-5-87, decidiu matéria idêntica, cujo aresto ficou assim ementado:

«Tributário. Remessa de juros para o exterior. Empréstimo contraído por municipalidade, mediante repasse feito por instituição bancária.

Tendo em vista que a norma do parágrafo único do art. 11 do Decreto-Lei nº 401/68 considera fato gerador do tributo a remessa dos juros para o exterior, e contribuinte o remetente, é de reconhecer-se a imunidade do Município responsável pela remessa, na forma do art. 19, III, a, da Constituição Federal.

Apelação desprovida.»

Isto posto, nego provimento à remessa *ex officio* e à apelação, para manter a respeitável sentença monocrática, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 112.923 — SP — (Reg. nº 7.414.307) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara — SP. Apte.: União Federal. Apda.: Prefeitura Municipal de Santo André — SP. Adv.: Dr. Dalci Domenice (Apda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 29-6-87 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 113.790 — SP
(Registro nº 6.679.790)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 17.ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Caterpillar Brasil S.A.*

Advogados: *Drs. Paulo Fernando Cavalcanti Albuquerque e outros, Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros*

EMENTA: Tributário. Exportação e importação de bens. Incentivos. Financiamentos. Banco Central do Brasil.

O Decreto-Lei nº 1.994, de 30-12-82, criou incentivos de capitalização das empresas, dentre os quais crédito financeiro para pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, que convertessem em capital social o principal ou os juros de financiamentos para importação de bens e serviços.

A impetrante, que tinha centralizado créditos de sua controladora, correspondentes a saldos de financiamento para importação de bens devidamente formalizados, converteu-os em capital social. Faz jus, assim, ao benefício legal.

Segurança concedida, por sentença que se confirma.

Improvemento da apelação.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 31 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na sentença concessiva da segurança, a espécie foi resumida nestes termos (fl. 86):

«Caterpillar do Brasil S/A, sediada nesta Capital, impetra mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo, alegando, em síntese, que é fabricante de tratores e outros equipamentos, parte dos quais é exportada, sendo que no período de 20-12-78 a 17-5-83 a Caterpillar Tractor Co., sociedade comercial americana, acionista controladora da impetrante, exportou-lhe bens com financiamentos registrados ou não no Banco Central, de acordo com a legislação então vigente, vindo o Decreto-Lei nº 1.994, de 30-12-82, a criar incentivo de capitalização das empresas, dentre os quais instituiu-se um crédito financeiro para pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que convertessem em capital social até 31-12-83, posteriormente prorrogado para 31-12-84, o principal ou os juros de financiamentos para importação de bens ou serviços, o que fez a impetrante, que tinha em sua contabilidade créditos de sua controladora, correspondentes a saldos de financiamentos para importação de bens, devidamente formalizados, conforme a legislação em vigor, os quais foram convertidos em capital social com vistas à obtenção do incentivo, vindo o seu pedido, entretanto, a ser indeferido, donde pedir a concessão da ordem para que seja determinado o pagamento à impetrante da quantia correspondente a 181.346,39 ORTNs.

O pedido veio instruído com os documentos, fls. 16/67, processando-se sem liminar (fl. 70).

Requisitadas informações, prestou-as o impetrado, sustentando a legalidade do ato impugnado (fls. 74/80).

O representante do Ministério Público Federal ofereceu o parecer de fls. 81/84, opinando pela denegação da ordem.»

Houve remessa *ex officio* e apelação da União Federal, inconformada com o *decisum*, no qual reportou-se à fundamentação contida nas informações, na parte em que ressaltou a errônea interpretação dada ao item *b* do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.944/82, e, ainda, ao parecer anteriormente elaborado, onde demonstrou não se encontrar a hipótese dos autos albergada sobre os benefícios do diploma legal invocado, posto não se tratar de financiamento bancário (fls. 96/99).

Com a resposta da recorrida, subiram os autos e nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O dispositivo sentencial da lavra do culto Juiz Federal Homar Cais é o que ora transcrevo (fl. 87):

«A disposição retroenfocada é solarmente clara ao referir-se a «financiamentos para importação de bens ou serviços». Como a disposição não estipula a espécie de financiamento, tem-se que todo e qualquer financiamento, obtido diretamente pelo importador junto ao exportador ou mediante a intervenção de instituição financeira no exterior, está compreendido na mesma.

Não é lícito ao intérprete, a pretexto de buscar o entendimento da vontade do legislador, incluir na norma legal expressão que dela não consta, restringindo, como consequência, o seu alcance.

É regra de hermenêutica que, ante a clareza de norma, cessa a interpretação.»

As contra-razões rebatem os argumentos da apelante dizendo à fl. 107:

«Alega a Apelante que o Decreto-Lei nº 1.944/82 «... cuidou de financiamentos obtidos através ou por intermediação bancária no exterior, exatamente como meio de minimizar a dívida externa, ou, ao menos, evitar o seu aumento.»

Ora, Eméritos Julgadores, o trecho acima transcrito não passa de mera conjectura especulativa da Apelante, eis que em nenhum momento o referido diploma legal exigiu que houvesse a intermediação de instituição financeira no exterior para a outorga do benefício. Como se isso tivesse o condão de minimizar a dívida externa ou evitar o seu aumento...

Que dizer, então, do baralhamento de conceitos que a Apelante fez relativamente à necessidade ou não de autorização do credor estrangeiro para a conversão dos créditos em investimento de capital? Ora, a autorização do credor, *in casu*, fez-se necessária tendo em vista que o credor (Caterpillar Tractor Co.) era e é o acionista controlador da Apelada. Entende a Apelada que a autorização ou a concordância do Credor de que seu crédito seja convertido em investimento de risco é sempre necessária.»

Com a devida vênia — digo eu — observo que o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 111/115) nada de novo acrescenta à sustentação feita pela União Federal em Primeira Instância.

Fico na linha de interpretação acolhida na decisão de Primeiro Grau, a qual confirmo por seus próprios fundamentos, sucintos, porém, claros e revestidos de inegável percurciência.

Nego provimento à apelação.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A interpretação eleita pela autoridade administrativa importa introduzir, no texto legal, distinção que ele não comporta. O dispositivo em questão (art. 1º, I, b, do Decreto-Lei 1.994/82) refere-se a financiamentos para importação de bens ou serviços. Ora, o financiamento tanto pode ser concedido por entidade financeira, como pelo próprio vendedor do bem.

Por outro lado, não há dúvida quanto à matéria de fato, como sugerido no parecer do Ministério Público em segundo grau. A decisão administrativa impugnada reconheceu que a maior parte do pedido de restituição referia-se ao crédito financeiro de que cogita o Decreto-Lei 1.994/82 e que este não seria devido por motivos de natureza jurídica que, em verdade, não procedem.

Acompanho o Relator, negando provimento e confirmando a sentença.

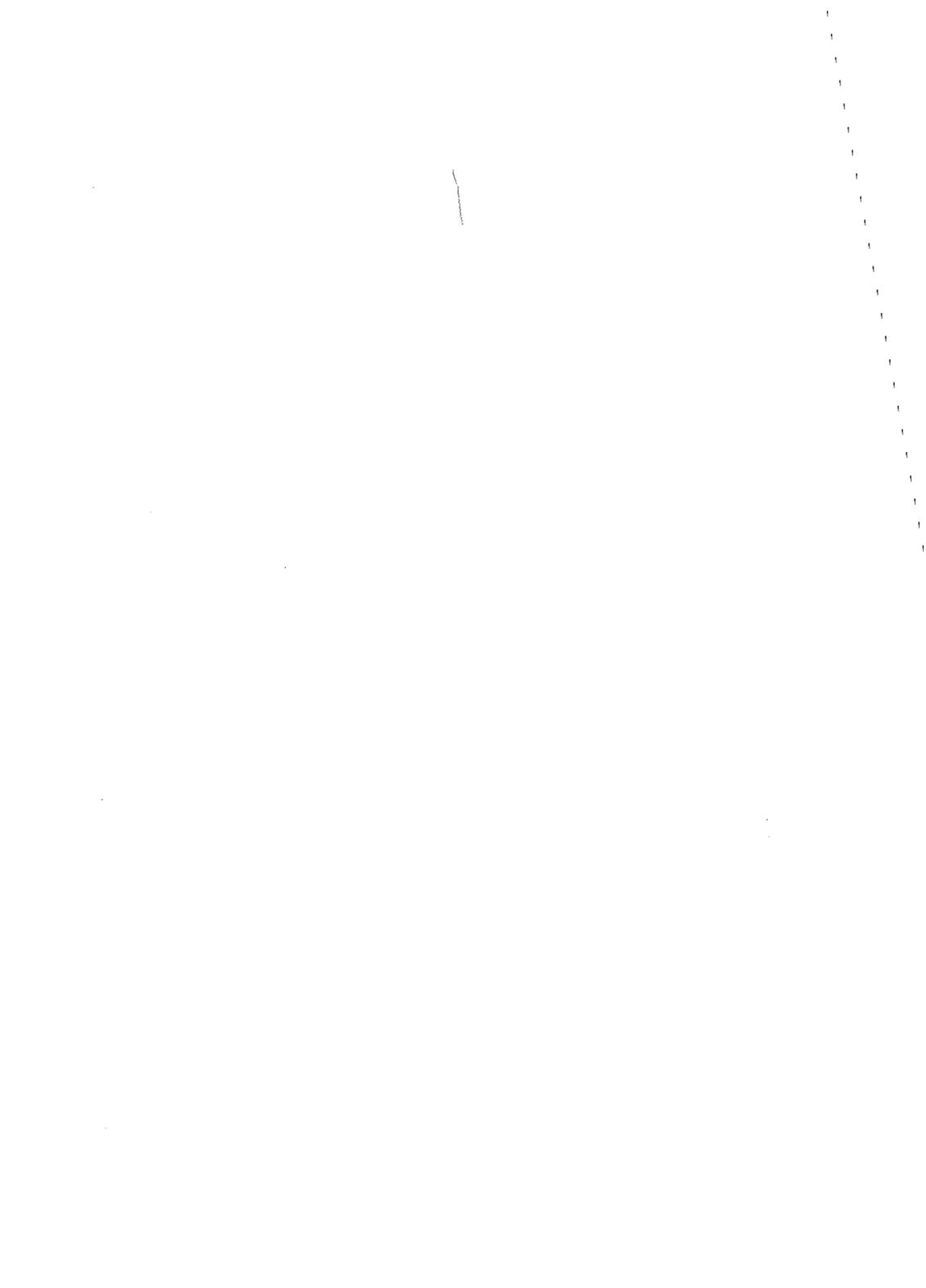
EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 113.790 — SP — (Reg. nº 6.679.790) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara. Apelante: União Federal. Apelada: Caterpillar Brasil S.A. Advogados: Drs. Paulo Fernando Cavalcanti Albuquerque e outros, Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao apelo, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguarda o Sr. Ministro Carlos Velloso. (Em 24-8-88 — 6ª Turma).

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 31-8-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 114.889 — DF
(Registro nº 9.506.390)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Ricardo Nicoll*

Impetrado: *Sr. Ministro de Estado da Aeronáutica*

Advogados: *Drs. João Procópio de Carvalho e outro e Luzio P. Miranda*

EMENTA: Constitucional. Militar. Anistia. Promoções.

Emenda Constitucional nº 26/85. Se bem que a norma do art. 4º, § 3º, não comporte promoções por escolha, tal como as que são próprias do generalato, compreende, porém, a reparação de promoções na passagem para a inatividade, se às mesmas fez jus o militar, punido por ato de exceção, por implemento das respectivas condições no regime legal anterior ao da Lei 4.902/65; incabimento do adicional de 20%, no caso, dado tratar-se de vantagem sucedânea, e assim inacumulável com as promoções na inatividade.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder em parte o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O impetrante postula promoção ao posto de Tenente-Brigadeiro, com acréscimos dos proventos da reforma, pois que, em síntese, a isso faz jus por força da anistia decretada pela EC nº 26, de 27-11-85; é que, em reparo da punição sofrida com base em ato de exceção, somente se lhes foram deferidos os proventos superiores, mas mantida a reserva no posto de Brigadeiro-do-Ar, no exercício do qual fora apanhado pela punição política; a seu ver, dita emenda constitucional, ampliativa da anistia da Lei 6.683/79, deu aos militares ali referenciados o direito às promoções a que teriam acesso se estivessem em serviço ativo, sem indagação do caráter de merecimento ou antigüidade, tanto assim que se suprimira do anteprojeto a expressão «pelo princípio da antigüidade», qualificativa das promoções asseguradas.

Em ilustração da tese, a inicial colaciona o célebre precedente Gen. Euclides de Oliveira Figueiredo *versus* União Federal (STF, RE 35.703), reconhecido que fora àquele Coronel, por força da anistia do Decreto-Lei 7.474/45, o direito a todas as promoções devidas naquelas condições; noutro passo, beneficiário seria o impetrante das promoções previstas por contar mais de 35 anos de serviço, por serviço em Zona de Guerra, e ainda por participação na repressão à Intentona Comunista de 1935. Donde o seguinte pedido:

«21. Pelo exposto, solicitadas as informações e ouvido o Ministério Público, requer o Impetrante lhe seja concedida a segurança, reconhecendo-lhe o direito líquido e certo de ser promovido ao posto de Tenente-Brigadeiro, na forma do art. 4.º, § 3.º, da Emenda Constitucional nº 26, de 27-11-85, e, na reforma, sejam-lhe assegurados os direitos aos acréscimos de proventos, na forma do art. 170, § 3.º, da Lei nº 5.787/72, com os efeitos a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26, condenada a autoridade coatora nas custas e honorários, por ser medida de Justiça.» — Fl. 10.

Informando, o Sr. Ministro de Estado da Aeronáutica fez seu o pronunciamento da ilustrada Consultoria Jurídica daquele Ministério, desenvolvendo em demonstração da inviabilidade do pedido, porquanto, em linha de princípio hermenêutico (Ferrara, Maximiliano e Gallotti), não se deve olvidar que a invocada Emenda Constitucional nº 26 jamais deferiu aos militares anistiados qualquer direito excepcional, maior do que os direitos ordinários dos militares da ativa, dentre os quais, em matéria de promoção no generalato, a ascensão de posto se dá pelo exclusivo critério subjetivo da escolha; rebate-se a assertiva de que o direito preservado em favor dos anistiados ultrapasse aquele, critério de promoção e o de merecimento, com os quais nada teve a supressão, do texto em elaboração, da expressão «pelo critério de antiguidade», único, aliás, compatível com a cláusula constitucional das promoções «... a que teriam direito se estivessem em serviço ativo».

Concluiu nestes termos:

«Caminhar por outra interpretação seria garantir aos impetrantes, na reserva, mais do que aquilo que conseguiram seus pares, na ativa: ou, talvez, do que eles próprios conseguiriam se não tivessem sido atingidos pelos Atos. Ademais, importaria lançar ao oblívio tantos outros militares que se inativaram por não terem cumprido o requisito da escolha.

Patente, cremos, está a sem-razão dos impetrantes.

Por derradeiro, anote-se o nenhum préstimo, para os impetrantes, do v. acórdão da 1.ª Turma do Pretório Magno em pleito em que o autor, o então Coronel Euclides de Oliveira Figueiredo. Naquele feito, referido pelos impetrantes sem indicação da fonte de publicação do mencionado aresto, discutiu-se, exclusivamente, o invocado direito daquele Oficial à promoção assegurada pela Lei nº 1.156, de 12-7-50, a «todos os militares que prestaram serviço na zona de guerra definida e delimitada pelo art. 1.º do Decreto nº 10.490-A, de 25-9-42», e não a tese ora suscitada pelos impetrantes.

Tomaram parte no julgamento, dos onze (11) Ministros que compunham a Corte na época apenas três (3), e não houve confirmação da v. decisão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, mas, sim, não conhecimento do recurso extraordinário da União, portanto, sem discussão do mérito da causa, como se vê do inteiro teor do v. acórdão e notas taquigráficas publicadas na Revista Forense, vol. 181, págs. 126/130, cuja xerocópia anexamos a esta informação.

Os demais direitos pretendidos pelo impetrante, com base nas leis por ele referidas, como se depreende do Título de Proventos de Inatividade (Doc. nº 2) que se acosta à presente, já foram tomados na devida conta e serviram para o cálculo de sua aposentação.

Em face do exposto, entendemos falecer direito aos impetrantes ao que pleiteiam, pois agiu a Administração na conformidade da EC nº 26/85 e das leis ordinárias e regulamentos aplicáveis em decorrência dos §§ 3º e 8º daquela.» — Fls. 83/84.

Oficiando, via de parecer do Subprocurador-Geral Castilho Neto, a Subprocuradoria-Geral da República reforça os argumentos das informações, forte na Lei nº 5.821/72, a teor seguinte:

«9. A promoção por escolha é resultado de um procedimento complexo que envolve em muito maior intensidade o merecimento, subordinado a critérios altamente subjetivos, que possibilitarão uma seleção prévia feita por uma Comissão, para o Quadro de Acesso por Escolha (art. 31, *lex cit.*), depois para a inclusão em Lista de Escolha (*idem*, art. 32) e, finalmente, para a promoção através de ato do Presidente da República (art. 24 *cit.*).

10. Como se vê, nenhum dos oficiais militares da ativa é titular de direito à promoção ao generalato. Com maior razão, não o são aqueles que tiveram sido punidos, já que pelo simples fato de permanecerem no serviço ativo, sem punição alguma, não fariam jus à ascensão ao oficialato.

11. Para isso, conforme já se assinalou, era necessário satisfazer a todos os requisitos indispensáveis, a juízo discricionário da Administração, ao desempenho e exercício dos altos cargos de comando, chefia ou direção.

12. Há que se atentar, ainda, para o fato de que a quase totalidade dos oficiais, que não foram punidos por ato de exceção, não logrou ser promovido ao generalato, *fortior* ao grau máximo do generalato. Como poderia, então, o Ministério da Aeronáutica justificar-se com eles por esse fato? Não seria certamente com o argumento de que a Anistia consistia num prêmio.

13. Assim, se não há direito subjetivo à promoção por merecimento, conforme afirma Pontes de Miranda, comentando o art. 186 da Constituição de 1946 (cf. «Curso de Direito Administrativo» — Forense — José Cretella Jr. — 1977 — pág. 531), com muito maior razão na promoção por escolha, para acesso ao generalato, onde a aferição desse merecimento é ainda mais exacerbada.

14. A propósito, nesse sentido já decidiu a Egrégia 2ª Turma deste Tribunal Federal de Recursos na AC nº 47.799-RJ, relator o eminente Ministro José Cândido, *DJ* de 10-3-83. Colhe-se do voto do ilustrado Ministro William Patterson, vogal, o seguinte trecho:

«Todavia, o que se reclama no particular é uma promoção por merecimento. E isto, evidentemente, não pode ser acolhido. Se se tratasse de promoção por antigüidade, estaria correta a pretensão. Mas a promoção por merecimento decorre de uma escolha, ao livre alvedrio do Exmo. Sr. Presidente da República. Ao obrigarmos a Administração a promover o autor, estaríamos sonegando o direito dessa livre escolha, o que não me parece correto. A promoção em ressarcimento de preterição, específica do militar, é aquela destinada a reparar um equívoco da Administração, ao deixar de promover quem tinha direito efetivo a ser promovido.

A preterição deve ser do direito, e não da expectativa do direito. Se a promoção fosse pelo critério de antigüidade não teria a menor dúvida em reconhecer o pleito. Mas, na promoção por merecimento, isso não é possível».

15. Com relação ao acórdão relativo ao Mandado de Segurança impetrado pelo então Cel. Euclides Figueiredo, parece assistir razão à autoridade impetrada, quando afirma que a hipótese não se ajusta ao caso dos presentes autos.» — Fls. 111/113.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, não se duvida de que a anistia reproduzida pela EC nº 26, de 1985, no particular das reparações reconhecidas em favor dos servidores civis e militares punidos por ato de exceção, ampliou o favorecimento anterior estabelecido pela Lei 6.683/79, nos seguintes moldes:

«... promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes» — art. 4º, § 3º.

Entretantes, o § 8º ressaltou, na aplicação do mesmo artigo, que fossem

«... respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos».

De tão precisa ressalva, colhe-se uma restrição aos efeitos da anistia, natural e lógica ao propósito do Congresso Nacional em não criar direitos, mas, sim, apenas, de restitui-los, no dizer da autoridade informante. Assim é que, para direitos mais abrangentes do que os dos regulamentos legais em vigor, lutam ainda hoje os anistiados por merecê-los da Assembléia Nacional Constituinte, como é público e notório o *lobby* ali em ação.

A partir daí, a meu modesto entender, nenhuma dificuldade se oferece à aplicação da norma, no que concerne a tais peculiaridades próprias e aos respectivos regimes jurídicos, para saber-se das promoções incompatíveis com a simples reparação de direito assentada por aquela norma. Para tanto, sabe-se que no regime jurídico dos militares, até mais do que no regime dos servidores civis, as culminâncias da carreira são deixadas ao exclusivo critério do merecimento, estimado à livre escolha presidencial, consoante a peculiaridade do processo recomendado no art. 7º da Lei 5.821/72, *verbis*:

«Art. 7º Promoção por escolha é aquela que defere ao Presidente da República, com base na Lei, a escolha do oficial, dentre os mais credenciados para o desempenho dos altos cargos de comando, chefia ou direção.

Art. 11. As promoções são efetuadas.

.....
c) para as vagas de oficiais-generais, pelo critério de escolha.
.....

Art. 24. A promoção por escolha é feita pelo Presidente da República dentre os integrantes da Lista de Escolha que lhe for submetida.» — Fl. 111.

Assinta-se, portanto, em que a promoção, mesmo que de um a outro posto do generalato, não se coaduna com a exclusiva imposição de direito individual, como se conceberia a promoção dos anistiados a instâncias alheias à escolha do Presidente da República. Tais promoções lhes foram asseguradas, evidentemente, sob as condições próprias da sua obtenção na atividade; donde sua incompatibilidade quando pendentes de aferição do simples merecimento ou do qualificado merecer da promoção por escolha.

Para o caso dos autos, enquanto postulado pela só força da anistia, as asseverações supra-aduzidas se traduziriam em apoio ao ato administrativo malsinado pelo impetrante, no quanto lhe assegurou a inativação com os proventos do posto de Tenente-Brigadeiro, favorecidos assim pelas Leis 1.156/50, 1.267/50 e 2.370/54, como se reduzem a apenas duas as melhorias na passagem do militar para a inativação — Súmulas 51-STF e 116-TFR.

No entanto, conforme deduzido na inicial e melhor esclarecido no memorial por último oferecido pelo advogado, o impetrante também defendeu aquelas promoções à luz do direito adquirido sob o regime da Lei 2.370, de 1954, que as permitia na passa-

gem para a inativação, sem a vedação que sobreveio no regime da Lei 4.902/65 (arts. 56 e 57), a qual, no particular, somente entrou em vigor a 10-10-66 (art. 63).

Na verdade, ao vigir a restrição legal feita a promoções na inatividade, agora reduzidas à simples percepção dos proventos correspondentes, vê-se que o ora impetrante já implementara as condições de sua obtenção (documentos de fls. 14, 86 e 87/88); por isso, não estivesse politicamente punido com a demissão decretada a 24-9-64, bem poderia ter exercido o citado direito a promoções, quando nada, em última instância, até 9-10-66.

Portanto, reabilitada a sua situação de reformado, consoante a Lei 6.683, de 28-8-79, devidas ao impetrante, se tornaram, indubitavelmente, as vantagens da inativação reguladas por aquele antigo estatuto militar; e se a administração as concedeu com fulcro no novo regime restritivo, evidentemente que mal obrou, ao traduzir em meros proventos o que devia consistir de promoções na reforma.

É certo que o ato reparador assim bitolado se deu a 27-2-81 (fl. 14); donde parecer que desde ali cabia a seu beneficiário reclamar as promoções que lhe foram songadas, sob pena de prescrição, na qual teria incorrido o impetrante ao postular administrativa-mente contra ato datado de há mais de cinco anos.

No entanto, não tem sido essa a ótica deste Egrégio Tribunal, aconselhada por numerosos precedentes, segundo os quais, no tema dos direitos reparáveis por força da anistia, a EC nº 26, de 27-11-85, inovou de tal forma as respectivas benesses que reabriu ensejo a novas postulações de seus destinatários. Recordo, a exemplo, o acórdão no MS 111.840, do qual fui relator, proferido à unanimidade, na consonância da retificação de meu voto, do qual juntarei xerocópia (lê).

Ademais, na real verdade, temerário seria pressupor-se que, antes da citada Norma Maior, coubesse aos servidores públicos anistiados, civis ou militares, o pleito de promoções, ainda que o fosse a título de antigo direito adquirido, dado que somente pela EC 26 lhes foi assegurado tal tipo de reparação, na aposentadoria ou na reserva, como se estivessem no serviço ativo (art. 4º, § 3º).

Por tudo isso, tenho para mim que o impetrante requereu no tempo que lhe foi possível os devidos reparos da sua reforma, dando-se no prazo o mandado de segurança para controle da legalidade do ato indeferitório.

Tempestiva, assim, a impetração, vê-se ser a mesma prosperável, enquanto pretenda a promoção do impetrante ao posto de Tenente-Brigadeiro, a que fez jus na passagem para a reserva, segundo a permissão da lei do tempo da implementação das respectivas condições, direito este, cujo exercício resultou frustrado pela punição com base em ato institucional, e que perdurou até a vigência da mencionada emenda constitucional; improsperável, porém, reputo o pedido, no que pretenda, além de duas promoções, mais o adicional de 20%, visto que dito adicional — como tratado no art. 53, III, da antiga Lei 2.370/54, ou na invocada Lei 5.787/72, art. 170, § 2º, item 1, e § 3º — constitui vantagem sucedânea de promoções na reserva, quando o Oficial-General tiver galgado na ativa o último posto da hierarquia militar, condição nunca satisfeita pelo impetrante, que não foi além do posto de Brigadeiro-do-Ar, senão que já na reserva obteve direito a transitar pelos postos de Major-Brigadeiro e, finalmente, de Tenente-Brigadeiro, pelas chamadas promoções-prêmios.

Nesses termos, é que concedo parcialmente a segurança.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, na sessão passada deste Eg. Tribunal Pleno, votei por não conhecer do presente mandado de segurança.

Louvei-me em precedente, que reputei inovador, na tese de que, prescrito o direito de ação, ao interessado que voltasse a provocar decisão administrativa não se reconheceria direito à ação de segurança, então precluso, apesar do prazo do novo despacho impetrado.

A invocação dessa construção pretoriana, porém, causou dúvida, lembrado o argumento da matéria constitucional sobrevinda, e em nome da qual os impetrantes voltaram à provocação administrativa; pelo que, reaberta a tomada de votos, pediu vista o Sr. Ministro Gueiros Leite, relator que foi daquele precedente — MS 109.617-DF.

Nesse espaço de tempo, voltei a examinar os possíveis pontos de semelhança entre as hipóteses cotejadas. Verifiquei, então, que, embora a suscitação da prescrição sustentada pela autoridade impetrada, com o apoio da nobre Subprocuradoria-Geral da República, fosse idêntica em ambos os casos, entretanto, naquele julgado, o princípio da isonomia fora invocado a parâmetro de uma ação judicial antiga, julgada a favor de militar que se encontraria em igualdade de condições com os então impetrantes; enquanto que, nos presentes autos, a questão isonômica se fere a teor de novo texto constitucional, sob cuja proteção querem estar os impetrantes, na compreensão de igual situação verificada na sua passagem para a inatividade.

Em suma, se bem que postas sob o mesmo enfoque da isonomia, verifico que as hipóteses se distanciaram de relação ao problema da prescrição, vez que, neste segundo caso, cabe mesmo, examinar a nova disposição constitucional invocada a título de reavivamento da questão de direito material que restou acobertada pela prescrição quinquenal oposta pelo impetrado.

Daí que, retificando o voto preliminar proferido na assentada anterior, conheço do pedido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, na verdade, segundo bem esclarece o eminente Ministro Relator, com base na Emenda Constitucional nº 26, não há falar em direito do impetrante. O direito do impetrante deflui de lei ordinária; todavia, a prescrição conta-se a partir da citada Emenda Constitucional, por isso que, somente a partir daí, pôde ele exercer o direito.

Acompanho o brilhante voto do Sr. Ministro José Dantas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, o eminente Ministro Relator citou trecho que proferi na Turma, onde afastei a possibilidade de certeza e liquidez do direito em relação à promoção por merecimento. O ilustre Subprocurador, inclusive, citou dois precedentes do Pleno no mesmo sentido. Mas, o Ministro José Dantas põe a discussão sob outro aspecto. O direito, impedido pela inatividade decorrente do ato excepcional, já estava consubstanciado e, salvo engano, também reconhecido pela própria Administração sob outro título, não de «promoção», mas de «proventos». Se o próprio Relator examinou a situação fática e entendeu que, realmente, o impetrante tinha condição de ser promovido antes de ser alcançado pelo ato institucional, não vejo também por que discordar de S. Exa.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, pela simples leitura dos memoriais que me foram distribuídos, confesso que tinha dúvida acerca da tempestividade da impetração. Mas, após ouvir o douto voto do eminente Relator, convenci-me da sua ocorrência, embora o impetrante pretenda a tutela de direitos consubstanciados já há longa data.

De fato, ao que entendi, por ocasião da inativação, teria o militar direito às duas promoções pretendidas. Não pôde exercer esse direito em razão da legislação institucional que o puniu. Sobreveio a chamada Lei de Anistia, a de número 6.683, que, também, não deu direito a promoções. Só com a Emenda Constitucional nº 26, pôde ele ter condições de exercer esse direito de que era titular à época da sua inativação.

Então, com essas observações, para esclarecer esse aspecto muito peculiar — não me lembro de nenhum caso análogo que tenha sido julgado pelo Pleno — acompanho o brilhantíssimo voto do eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, no caso anterior, referido na sustentação do ilustre Subprocurador-Geral da República — Mandado de Segurança nº 115.109 —, deixei expresso, no final do meu voto, que diferente seria a situação dos impetrantes se tivessem sido colhidos pela punição, quando já preenchidas as condições regulamentares para promoção, o que não era o caso daquele mandado de segurança. Vejo, neste caso, pelo relatório e pelo voto do eminente Relator, que o impetrante, ao ser alcançado pela punição revolucionária, já tinha direito à passagem para a reserva, com obtenção das promoções que lhe foram negadas. Não há, portanto, semelhança entre o caso que estamos julgando e o anterior. Neste caso, a situação é outra.

Por esta razão, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 114.889 — DF — (Reg. nº 9.506.390) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Ricardo Nicolli. Impdo.: Sr. Ministro de Estado da Aeronáutica. Advs.: Drs. João Procópio de Carvalho e outro e Luzio P. Miranda.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu em parte o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, Dr. Luzio P. Miranda (Impetrante) e Dr. Paulo A. F. Sollberger (Subprocurador-Geral da República). (Em 10-9-87 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Costa Leite, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus e Assis Toledo votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Otto Rocha, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 116.571 — SP

(Registro nº 9.010.459)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Aciole*

Remetente: *Juizo Federal da 9ª Vara/SP*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Pirelli S/A Cia. Indl. Brasileira*

Advogado: *Dr. Leo Krakowiak*

EMENTA: Tributário. Importação. Regimes BEFIEEX e Draw-Back, AFRMM.

I — Não se confundem os regimes BEFIEEX e Draw-Back haja vista que, enquanto aquele está visceralmente ligado a um programa especial de exportação, em determinado espaço de tempo, condicionado a divisas positivas no saldo comercial, irrelevante o bem exportado (produto de manufaturação programada), este último, o draw-back, consiste em que o importador, para o gozo dos benefícios instituídos, se obrigue a manter o vínculo de reexportação da mercadoria adentrada ao território nacional, com a adição de qualquer implemento industrial (melhoramento, utilização em fabrico de outro produto, etc.).

II — Dá-se a isenção tão-somente pelo fundamento da reexportação, em face do vínculo físico da mercadoria (draw-back). O vínculo econômico ou financeiro (BEFIEEX) não autoriza a isenção do AFRMM.

III — Legítima a exigência do AFRMM, dada a sua previsão legal e ausência de norma legal que isente o programa BEFIEEX de seu recolhimento.

IV — Segurança cassada. Provimento da remessa oficial e do recurso voluntário da União Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Pirelli S/A — Companhia Industrial Brasileira, impetrou mandado de segurança junto à 9ª Vara Federal em São Paulo, com a finalidade de ver-se exonerado do recolhimento da taxa relativa ao Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM —, alegando em síntese que:

a) é titular de Programa de Exportação, enquadrada no regime BEFIEX — Benefícios Fiscais à Exportação, conforme atesta o Certificado nº 135/82, que faz juntar;

b) por força do referido programa, goza de isenção do imposto de importação, relativamente às mercadorias albergadas no certificado;

c) assim sendo, as importações de produtos abrangidos, conforme a lista, estão fora do alcance do AFRMM.

Tece, ainda, comentários a respeito da legislação pertinente, bem como faz colacionar as guias de importação, às quais pertine a segurança.

Contestando, a União Federal via Ministério Público Federal, bem como a autoridade apontada coatora levantam preliminares de ilegitimidade de parte, bem como da necessidade de prova do direito alegado, não cabível na via escolhida.

No mérito, entende que é justa a exigência do AFRMM.

Decidindo, o MM. Juiz *a quo* afasta as preliminares e, pelo mérito, concede a segurança, ao entendimento que:

«O regime BEFIEX está disposto no Decreto-Lei nº 1.219, de 15-5-72. A sua ementa já diz que dispõe sobre a concessão de estímulos à exportação de manufaturados.

O seu art. 1º diz:

‘As empresas fabricantes de produtos manufaturados que tiverem Programa Especial de Exportação gozarão, na forma deste Decreto-Lei, de isenção dos impostos sobre a importação e sobre produtos industrializados, bem como dos demais benefícios previstos neste decreto-lei.’

O art. 6º cria a Comissão para a Concessão de Benefícios Fiscais e Programas Especiais de Exportação, e o art. 7º especifica sua competência.

Tanto o regime *draw-back* como o BEFIEX constituem estímulos à exportação. O art. 78 do Decreto-Lei nº 37/66 e o art. 1º acima revelam isso. Existe, portanto, equivalência entre os dois regimes.

Mas a solução da questão não fica aí. Algumas outras devem ser abordadas. A primeira delas é suscitada pela redação do art. 15 do Decreto-Lei nº 1.219/72, assim redigido:

‘Os benefícios fiscais previstos na legislação em vigor não poderão ser usufruído cumulativamente com os estabelecidos neste decreto-lei.’

O que isso significa? É óbvio que a expressão benefícios fiscais não pode significar toda e qualquer «isenção, porque, se assim fosse, nenhuma das isenções previstas na legislação do imposto de renda poderia ser cumulada com a isenção concedida pelo sistema BEFIEX. Isto leva a uma conclusão absurda que não pode prevalecer.

Assim sendo, o art. 15 só se refere a benefícios fiscais da mesma natureza do BEFIEX, isto é, benefícios fiscais considerados estímulo à exportação. Restam, portanto, dois pontos a serem examinados. O primeiro prende-se à natureza do AFRMM, e o segundo prende-se à isenção concedida pelo art. 55, da Lei nº 5.025/66, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 24/66.

Foi o Decreto-Lei nº 1.142, de 30-12-70, que alterou e consolidou a legislação referente ao Fundo de Marinha Mercante e dispôs sobre a antiga taxa, alterando sua denominação para Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, o que por só é insuficiente para alterar a sua natureza jurídica. O AFRMM é taxa uma vez que na composição da sua hipótese de incidência há atividade estatal que vincula o nascimento da obrigação, qual seja a utilização de serviços portuários.

Dizer que é contribuição parafiscal é não dizer nada. As contribuições ou são impostos ou são taxas, e já me manifestei doutrinariamente a respeito (Natureza da Contribuição Previdenciária, *in* Rev. Dir. Tributário 13.14/258). O adicional é cobrado pelo armador que só possui a capacidade tributária e não a competência que é indelegável. A base de cálculo é o valor do frete ('remuneração do transporte marítimo porto a porto, incluídas as despesas portuárias com a manipulação da carga, constantes do conhecimento de embarque, anteriores e posteriores a esse transporte, bem como outras despesas de qualquer natureza que constituam parcelas adicionais acessórias' — § 1º, art. 3º).

A alíquota é de 20% (vinte por cento). A coordenada de tempo ou aspecto temporal da hipótese de incidência é a saída do porto nacional (navegação de cabotagem e interior) e a entrada (navegação de longo curso). A definição da base de cálculo é vulnerável, pois ali está incluída parcela de serviços prestados no exterior (despesas portuárias anteriores ao transporte), mais isso não se discute no presente caso.

O Decreto-Lei nº 1.142 manteve expressamente todas as isenções anteriores, pois o § 5º, do seu art. 3º, disse textualmente:

‘§ 5º Estão isentas do pagamento do AFRMM as cargas que:

.....

d) estejam expressamente definidas em lei como isentas do AFRMM.’

De conseguinte, o Decreto-Lei nº 1.142 manteve vigente o art. 55 da Lei nº 5.025/66.

Posteriormente, sobreveio o Decreto-Lei nº 1.801, de 18-8-80, que alterou a legislação relativa ao AFRMM. Não fez, entanto, qualquer alteração capaz de mudar a natureza do tributo. A alíquota passou a ser diferenciada entre a navegação de cabotagem e interiores e a navegação de longo curso, mas até 1º de janeiro de 1985.

O § 7º, do art. 3º, repete:

‘§ 7º Estão isentas do pagamento do AFRMM as cargas que

.....

d) estejam expressamente definidas em lei como isentas do AFRMM.’

Está, por conseguinte, em vigor, o art. 55 da Lei nº 5.025/66, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 24, de 19-10-66.

O único obstáculo, portanto, capaz de gerar alguma dúvida é o art. 15, do Decreto-Lei nº 1.219/72, mas a cumulação vedada só diz respeito a outros sistemas de benefícios fiscais à exportação.

As disposições regulamentares, trazidas à colação pela Autoridade Impetrada, não podem ser consideradas, exatamente porque meramente regulamentares, que não inovam na ordem jurídica. São dispositivos inferiores que não podem contrair as Leis.

Pelo exposto, concedo a segurança nos termos do pedido.» — Fls. 112/116.

Consignada a remessa oficial, subiram os autos com o competente recurso voluntário da União a esta instância.

Manifestou-se a douta SGR pelo provimento do recurso e remessa oficial, cassando-se a segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O MM. Juiz *a quo*, como visto, concedeu a segurança firme no entendimento de que as isenções previstas para o regime de *draw-back* são extensivas ao programa BEFIEIX.

O cerne da questão situa-se na interpretação dos diversos diplomas legais a respeito da matéria. Assim, resta saber se são aplicáveis, ou não, ao programa BEFIEIX, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.219/72, as isenções tributárias previstas no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.626, de 1978, relativas às importações realizadas sob o regime aduaneiro do *draw-back*. Cinge-se, portanto, a atividade eminentemente interpretativa dos textos legais.

O regime *draw-back*, conforme os textos legais, consiste em que, a se beneficiar da isenção, o importador se obriga a manter o vínculo de reexportação da mercadoria adentrada ao território nacional. Isto quer dizer que, a mercadoria introduzida é beneficiada, utilizada na fabricação de outro produto, complementada, acondicionada ou qualquer outra atividade equivalente a melhoramentos que se possa acrescer ao importado e reexportada. Mediante tais procedimentos, é que se dá a isenção (artigo 78, III, do Decreto-Lei nº 37/66).

No tocante ao regime BEFIEIX, a importação de matérias-primas e equipamentos ou componentes por determinada empresa, está visceralmente ligada a um determinado programa especial de exportação, em um, também determinado, espaço de tempo, de produtos manufaturados, com a condição de tal programa apresentar saldo positivo de divisas, não importando qual o bem exportado. Este é o objeto do BEFIEIX.

Portanto, enquanto no primeiro verifica-se o vínculo físico das mercadorias importadas e exportadas, neste outro o importante é o vínculo econômico ou financeiro.

No mais, o AFRMM, de há muito, conforme o reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, configura-se como uma contribuição, descaracterizada como Tributo. É um adicional ao frete cobrado pelo armador, de embarcações que operem em Portos Nacionais, sendo imprópria a alegação de isenção tributária. O valor arrecadado através das contribuições, por força da sua própria finalidade, reverterá em benefício dos próprios armadores.

Por último, existente a previsão legal, que não se apresenta como meramente explicativa, mas de forma determinante, em que casos se concederá a isenção do AFRMM, e o informe técnico nº 5 da FUNCEX esclarece que:

«... o Programa de exportação não dispensa a empresa do pagamento dos demais impostos e taxas incidentes, tais como TMP — Taxa de Melhoramentos dos Portos, AFRMM — Adicionais ao Frete para Renovação da Marinha Mercante,...»

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso da União, bem como à remessa oficial, cassando a segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 116.571 — SP — (Reg. nº 9.010.459) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 9ª Vara/SP. Apte.: União Federal. Apda.: Pirelli S/A — Cia. Indl. Brasileira. Adv.: Dr. Leo Krakowiak.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial. (Em 24-8-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis acompanharam o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 118.017 — RJ
(Registro nº 9.622.144)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Expresso Aliança de Viação Ltda.*

Impetrado: *Juiz Federal da 3ª Vara-RJ*

Litisconsortes: *DNER e Viação Nasser S/A*

Advogados: *Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outro, Antônio Cristiano Cavalcante, Henrique Fonseca de Araújo.*

Sust. Oral: *Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho (Impte.), Henrique Fonseca de Araújo (Litiscons.) e Cláudio Lemos Fonteles (SGR).*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de segurança. Efeito suspensivo a agravo de instrumento. Decisão denegatória em ação cautelar. Impossibilidade do writ of mandamus».

O writ of mandamus não se presta para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento decorrente de decisão denegatória em ação cautelar.

Mandado não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Expresso Aliança de Viação Ltda., com pedido de concessão de liminar para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento que interpôs contra ato do MM. Juiz Titular da 3ª Vara Federal-RJ que revogou liminar anteriormente concedida pelo MM. Juiz Substituto da mesma Vara, em ação cautelar incidental pleiteada com a finalidade de garantir segurança concedida em primeira instância, posteriormente cassada pela 2ª Turma deste E. Tribunal.

Sem limitar, solicitei informações da digna autoridade coatora, as quais me foram prestadas às fls. 50/52, esclarecendo que o propósito da autora, outro não foi senão restabelecer, por via oblíqua, segurança cassada por este E. Tribunal.

Manifesta-se a douta Subprocuradoria pela necessidade da citação, como litisconsorte passivo, do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER, reservando-se para opinar, quanto ao mérito, posteriormente.

Após a regular citação, vem aos autos a impetrante com pedido de reconsideração do despacho indeferitório da liminar, e o DNER com pedido de chamamento aos autos da Viação Nasser S.A. e Rápido Sudoestino, requerendo, finalmente, a denegação do writ.

Como decorrerá um lapso de tempo muito grande para o DNER atender à citação, considerando, igualmente, as ponderações da impetrante e, diante da possibilidade de ocorrência de dano irreparável ante a iminência da suspensão dos trabalhos forenses pela chegada do recesso judicial, concedi a liminar anteriormente rejeitada.

Citada, compareceu a Viação Nasser, requerendo, primeiramente, a reconsideração do r. despacho, e redistribuição do feito, por prevenção, à 2ª Turma. No mérito, apresenta contestação, em que pede seja a matéria devidamente apreciada no Agravo de Instrumento, com o que se teria de cassar a liminar concedida.

Determinado mais uma vez, por despacho, que o DNER cumprisse o despacho concessivo da liminar e, por outro (fl. 174), não deferindo a pretensão da litisconsorte Viação Nasser S/A, deste a peticionária torna a se insurgir, argumentando que ante o decurso de mais de sete meses da interposição do agravo de instrumento, que se declare a caducidade da medida liminar.

Novamente despachei nos autos, tornando ciente que a demora no julgamento do feito deu-se em razão de sucessivas petições e incidentes processuais provocados pelas partes, não atendi ao pedido, o que motivou a interposição de Agravo Regimental pela mesma postulante, o qual foi autuado em apartado, para que se pudesse dar andamento a este mandado.

Apreciado e julgado pela E. Primeira Seção em 9-3-88, ao mesmo foi negado provimento, unanimemente.

Posteriormente, com parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido do indeferimento da ordem, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Senhor Presidente, primeiramente cabe frisar que a liminar foi concedida, como já expliquei no relatório, ante as ponderações da impetrante da ocorrência de dano irreparável; pela demora das litisconsortes entrarem nos autos e, sobretudo, considerando que as pautas para julgamento, à época em que se aproximava a suspensão dos trabalhos judiciais pelo advento das férias forenses, já se encontravam encerradas.

Não é demais que se diga que ao Agravo Regimental interposto por oposição a este comportamento, foi negado provimento.

Quanto ao mérito, o caso dos autos é exatamente idêntico ao que foi apreciado pelo eminente Ministro Otto Rocha (MS 118.865-RJ-9.658.530), ou seja, um agravo de instrumento interposto de decisão denegatória de liminar em ação cautelar, a qual tinha sido, anteriormente, pelo MM. Juiz Substituto, concedida.

Naqueles autos, em Voto-Vista proferido pelo eminente Ministro Nilson Naves, lê-se em determinado trecho:

«Portanto, em substância, cuida-se de uma interlocutória negativa, com agravo de instrumento para atacá-la. Ora, em casos que tais, esta 1ª Seção não tem conhecido do mandado de segurança, conforme acórdãos assim ementados:

«Mandado de segurança. Medida cautelar. Liminar indeferida.

Incumbimento. Segundo orientação do TFR, a teor de acórdão de sua Primeira Seção, não cabe mandado para obter reparo da decisão indeferitória de liminar em ação cautelar.» (MS 112.633, Sr. Ministro José Dantas, Rel. p/acórdão).

«Processual Civil. Mandado de Segurança contra despacho em medida cautelar que remete para outra oportunidade processual o exame do pedido de liminar. Inatacabilidade desse ato judicial na via do *mandamus*. Não conhecimento do pedido de segurança.» (MS 120.977, Sr. Ministro Assis Toledo).»

Baseado no entendimento do eminente Ministro Nilson Naves, que ponderou ser a interlocutória, no caso dos autos, negativa, ou seja, a que não concede liminar, deparo-me com o voto do eminente Ministro Costa Lima, relator para acórdão, no processo em epígrafe, no qual salienta Sua Exa.:

«... Trata-se, em suma, de agravo de instrumento decorrente de decisão denegatória de liminar em ação cautelar, porquanto a liminar antes concedida foi, ao depois e por outro juiz, considerada sem efeito. Assim, trata-se de medida negativa. Logo, não se pode pensar de sustar efeito algum daquilo que não existe, apenas quando a medida é positiva é que se tem admitido que se dê efeito suspensivo ao agravo de instrumento. No caso, o efeito do recurso será o da lei, devolutivo.»

Naquela oportunidade, ao acompanhar o eminente Ministro Relator, que concedia a segurança, quedei-me vencido.

No entanto, repensando melhor meu ponto de vista, verifiquei que o entendimento expressado pela corrente contrária não podia ser refutado, pela evidência que não se pode conceder liminar para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento que pretende, ele mesmo, suspender efeitos de liminar não existentes.

Mister se diga que a E. 2ª Seção adota posição idêntica, haja vista o julgamento do MS 116.150-SC, em que foi relator o eminente Ministro Américo Luz, cujo acórdão ficou assim ementado:

«Mandado de segurança. Ato judicial. Pretensão a que seja deferida medida liminar, negada pelo juiz em ação cautelar tendente a suspender processo de execução fiscal ajuizada contra os impetrantes.

Impossibilidade de o Tribunal conceder, na via mandamental, liminar negada pelo juiz de primeiro grau.

Precedentes do TFR no MS nº 92.585 (DJ de 26-2-82) e no MS nº 87.031 (DJ de 5-9-79).

Impetração de que não se conhece.» (Publicado in DJ de 29-10-87).

É por isso que nesta oportunidade não posso mais fugir a este novo entender, pelo que, tratando os presentes autos, de mandado de segurança que busca dar efeito suspensivo a agravo de instrumento decorrente de decisão denegatória em ação cautelar, e considerando o novo posicionamento que adotei, aderindo à corrente jurisprudencial majoritária, não conheço do *writ of mandamus* e casso a liminar anteriormente concedida.

É como voto.

VOTO — VOGAL (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, *data venia*, fico vencido, mantendo-me no entendimento de que não deve haver soberania do Juízo monocrático para denegar liminar em medida cautelar, devendo o Tribunal rever cada decisão de *per sí*.

Entendo que, flagrantemente ilegal o ato atacado pela cautelar, o ato judicial que o placitar seguirá a mesma esteira. Daí, em sendo o caso, a eventual irreparabilidade do dano põe-se a favor do conhecimento e da concessão da segurança para emprestar efeito suspensivo ao agravo interposto da segurança. É que, em casos assim, o Tribunal, ainda que vislumbrando a ilegalidade do ato ensejador da cautelar, estaria impedido de saná-la por não permitir-se transpor o óbice de incabimento.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 118.017 — RJ — (Reg. nº 9.622.144) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Impte.: Expresso Aliança de Viação Ltda. Impdo.: Juiz Federal da 3ª Vara-RJ. Litisconsortes: DNER e Viação Nasser S/A. Advs.: Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outro, Antônio Christiano Cavalcante, Henrique Fonseca de Araújo. Sust. Oral: Drs. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho (Impte.), Henrique Fonseca de Araújo (Litsc.) e Cláudio Lemos Fonteles (SGR).

Decisão: A Seção, por maioria, não conheceu do mandado de segurança. (Primeira Seção — 8-6-88).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo, Otto Rocha e William Patterson. Os Srs. Ministros José Dantas e Costa Lima não participaram do julgamento. Ficou vencido o Sr. Ministro Edson Vidigal. Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Carlos Thibau não compareceram à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 129.688 — SC
(Registro nº 88.103.413)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Impetrantes: *João José Moretoni e cônjuge*

Impetrado: *Juízo Federal da 2.ª Vara-SC*

Litisconsortes necessários: *Caixa Econômica Federal e Bamerindus S/A Crédito Imobiliário*

Advogados: *Drs. João Zanotto, outro, Cirili Rupp e Maria Salete Farias*

EMENTA: Agravo de instrumento. Deserção.

A deserção, por falta de preparo, constitui exceção à regra do artigo 258 do Código de Processo Civil, ensejando ao Juiz negar seguimento ao agravo. Decisão com este conteúdo deve ser atacada por meio de outro agravo de instrumento.

Mandado de segurança não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2.ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da impetração, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 23 de agosto de 1988.

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: João José Moretoni e sua mulher ajuizaram ação de consignação contra Bamerindus S/A. — Crédito Imobiliário e Caixa Econômica Federal. Vencidos, interpuseram embargos infringentes que foram julgados desertos. Visando a reformar tal decisão, agravaram de instrumento, recurso também este julgado deserto. Impetraram, então, a presente segurança. Alegam, em substância, que não foram intimados para o preparo.

Oficiaram nos autos os litisconsortes e o Ministério Público opina não seja conhecido o pedido ou, se assim não se entender, que seja denegada a ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A deserção é a única hipótese admitida pela lei em que o Juiz poderá negar seguimento ao agravo, constituindo exceção à regra geral do artigo 528 do Código de Processo Civil. Trata-se de decisão, passível de ser reformada com a apresentação de outro agravo. É o que, a propósito, consigna Sérgio Bermudes:

«Se o recorrente quiser insurgir-se contra a declaração de deserção deverá interpor novo agravo, que, em face da economia processual, poderá ser formalizado nos autos do instrumento já formado».

— Coment. ao CPC, v, VII, p. 176 — Rev. Trib. 1975 —

Não apresentado o recurso cabível, torna-se imutável o decidido, por força da preclusão. Ocorre o mesmo que na deserção de apelação.

No caso, feita a intimação da decisão impugnada em 11 de fevereiro de 1988, os interessados, em lugar de recorrerem no quinquídio, limitaram-se a impetrar segurança dezoito dias depois.

Não conheço do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 129.688 — SC — (Reg. nº 88.103.413) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Imptes.: João José Moretoni e Cônjuge. Impdo.: Juízo Federal da 2ª Vara-SC. Litisconsortes Necessários: Caixa Econômica Federal e Bamerindus S/A — Crédito Imobiliário. Advs.: Drs. João Zanotto, outro, Cirili Rupp e Maria Salete Farias.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu da impetração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, (2ª Seção 23-8-88).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 131.147 — DF
(Registro nº 88.143.296)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Impetrante: *Paulo Cesar Nardi e outros*

Impetrado: *Ministro de Estado da Fazenda*

Litisconsortes Passivos Necessários: *Itaú Rio S/A — Crédito Imobiliário, CEF, Banerj — Crédito Imobiliário S/A, BRJ — Crédito Imobiliário S/A, Nacional — Crédito Imobiliário S/A, Unibanco — Crédito Imobiliário S/A — Rio e Letra S/A — Crédito Imobiliário*

Advogados: *Drs. Paulo Sérgio da Costa Martins e outros, Jacques Alberto de Oliveira e outros, Paulo Machado da Silva e outros, Eduardo das Chagas Muniz, Júlio Bersani Guerra Filho e outros, Marcos Cavalcante de Oliveira e outros e Luiz Cesar Vianna de Giacomo e outros*

EMENTA: Mandado de segurança. Competência. CEF. BNH. Conselho Monetário Nacional. Decreto-lei nº 2.291/86. Ilegitimidade.

I — A lei cometeu ao CMN, órgão colegiado, integrante da Administração Direta, atribuições exclusivamente normativas, em funções anteriormente inerentes ao BNH. Ademais, dito colegiado não tem personalidade jurídica para vir em Juízo suceder o BNH nas relações processuais.

II — Na forma do art. 1º, § 1º, do DL 2.291/86, a CEF fica investida nos direitos e obrigações do extinto BNH, deixando claro que aquela é deste último, sucessora.

III — Outro dispositivo clarifica, mais ainda, a condição de legitimatio ad processum da CEF, qual seja, o artigo 5º do referido decreto.

IV — Em face da ausência de legitimidade por parte do Ministro da Fazenda, para figurar como autoridade coatora, mesmo porque, o órgão executor das medidas é a CEF, não tem competência este Tribunal para o julgamento do feito, devendo os autos serem remetidos à primeira instância.

ACÓRDÃO

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

Decide o egrégio Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conhecer do Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de mandado de segurança requerido por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, relativamente ao percentual de reajuste das prestações da casa própria, contra ato do Presidente do extinto BNH.

A impetração foi ajuizada na primeira instância na Seção Judiciária do Distrito Federal, onde o MM. Juiz declinou de sua competência considerando que o Conselho Monetário Nacional assumiu as funções controladoras e normativas do extinto BNH.

O Sr. Ministro de Estado da Fazenda, como presidente do Conselho Monetário Nacional — CMN, prestou informações de estilo — fls. 620/636 — argumentando que a CEF é a sucessora legítima do extinto BNH e que compete ao MM. Juiz de Primeira Instância o processamento e julgamento do presente *writ*, quando afirma a inexistência de direito líquido e certo ou de ato jurídico perfeito.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo cabimento do mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado, tendo em conta que a atribuição de fixação dos índices de reajuste das prestações da casa própria está afeta ao Conselho Monetário Nacional, face da extinção do BNH.

No mérito opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator apenas pela conclusão, porquanto entendo que deva integrar a lide, em primeira instância, a União Federal, em face do interesse do Conselho Monetário Nacional.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A autoridade impetrada nas informações sustenta o descabimento do *writ* ao fundamento de que (fl. 622).

«Com a extinção do Banco Nacional da Habitação, de fato, foi cometida competência ao Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado integrante da Administração Direta, sem personalidade jurídica e com atribuições exclusivamente normativas — para «exercer as atribuições inerentes ao BNH, como órgão central do Sistema Financeiro da Habitação...» e para «orientar disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação», conforme o art. 7º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 2.291, de 21-11-86. *Todavia, isso não fez do Conselho Monetário Nacional sucessor processual do BNH.*

De acordo com o art. 1º, § 1º, do mesmo diploma legal, a Caixa Econômica Federal foi investida na condição de sucessora do BNH em todos os seus direitos e obrigações, *in verbis*:

Art. 1º É extinto o Banco Nacional da Habitação — BNH, empresa pública de que trata a Lei nº 5.672, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal (CEF).

§ 1º A CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, inclusive:

a) na administração, a partir da data da publicação deste decreto-lei, do ativo e passivo, do pessoal e de bens móveis e imóveis;

b) na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Compensação e Variação Salarial, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio à Produção de Habitação para a População de Baixa Renda;

c) na coordenação e execução do Plano de Habitação Popular (PLANAP) e do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente;

d) nas relações individuais de trabalho, assegurando os direitos adquiridos pelos empregados do BNH, e a seu critério, estabelecendo normas e condições para o aproveitamento deles;

e) nas operações de crédito externo contraídas pelo BNH, com a garantia do Tesouro Nacional, cabendo à CEF e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promover as medidas necessárias à celebração de aditivos aos instrumentos contratuais pertinentes.»

Ora, é princípio jurídico firme que o sucessor assumia todos os direitos e deveres do sucedido.

Ademais, outro dispositivo do Decreto-Lei nº 2.291, de 21-11-86, é incisivo em apontar a Caixa Econômica Federal como sucessora processual do extinto BNH, *in verbis*:

«Art. 5º Nas relações processuais já instauradas, em que o BNH seja parte, assistente ou oponente, ficam suspensos os prazos nos respectivos processos, até que a CEF venha a ser intimada por mandado, de ofício pelo Juiz, ou a requerimento das partes, ou do Ministério Público.»

Acerca da sucessão de pessoa jurídica, o Professor Hélio Tornaghi, em sua obra «Comentários ao Código de Processo Civil», volume I, pág. 205, Editora Revista dos Tribunais, assim se posiciona:

‘... Se uma pessoa jurídica é sucessora de outra, cabe-lhe sucedê-la também na qualidade de autor ou réu.’

O abalizado Ministro Pedro Acioli, da 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, reiteradamente vem se pronunciando contra o ponto de vista de não ser a Caixa Econômica Federal substituta processual do BNH, mas sim, o Conselho Monetário Nacional. Apelação em Mandado de Segurança nº 109.097-RS; Apelação do Mandado de Segurança nº 109.316-SP; etc, acórdãos publicados no Diário Oficial da União, do dia 15-10-87.» (Fls. 622/624).

Prossegue a autoridade impetrada transcrevendo voto que tenho proferido nos casos da espécie na Turma assim: fl. 624

«No curso do processamento do presente feito foi editado o Decreto-Lei nº 2.291/86, que extinguiu o BNH por incorporação da CEF.

O art. 5º do citado diploma determina a intimação da CEF por mandado, que regularmente se procedeu às fls.

Todavia, a CEF ao se pronunciar contra a demanda argüiu a sua ilegitimidade de parte, porque o órgão normativista dos sistemas financeiros da habitação é o Conselho Monetário Nacional.

Data venia, o equívoco no meu sentir á manifesto, porque a CEF sucedeu ao BNH nos seus direitos e obrigações.

Sem dúvida, extinta a pessoa jurídica com outra sucedendo-lhe nos seus direitos e obrigações, à sucessora compete prosseguir nas relações processuais instaurados em nome da extinta.

Além do mais o CMN não tem personalidade jurídica, é um órgão normativo e a CEF de execução.

Salientou bem a douta Subprocuradoria-Geral da República ao se pronunciar assim:

4. Não procede o argumento da intimada, pois que é sucessora do BNH, conforme prescreve o artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.291/86:

«Art. 1º É extinto o Banco Nacional da Habitação — BNH, empresa pública de que trata a Lei nº 57/62, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal — CEF.

§ 1º A CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações inclusive:

a) na *administração*, a partir da data da publicação deste Decreto-Lei, do *ativo e do passivo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis*.

b) na *gestão* do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio para a População de Baixa Renda;

c) na *coordenação e execução* do Plano Nacional de Habitação Popular — PLANAP e do Plano Nacional de Saneamento Básico — PLANASA, observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente;

d) nas relações individuais de trabalho, assegurando os direitos adquiridos pelos empregados do BNH e, a seu critério, estabelecimento de normas e condições para o aproveitamento deles;

e) nas operações de crédito externo contraído pelo BNH, com a garantia do Tesouro Nacional, cabendo à CEF e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promover as medidas necessárias à celebração de aditivos aos instrumentos contratuais pertinentes.»

5. Sucessora que é do BNH, em todos os seus direitos e obrigações, à CEF compete, no uso das atribuições que lhe foram cometidas por lei, a *execução* do Plano Nacional de Habitação Popular, a *aplicação* dos índices de reajuste das prestações dos imóveis adquiridos através dos recursos oriundos do SFH cabendo-lhe, por determinação legal, a *gestão* dos Fundos explicitados na alínea *b* do dispositivo supracitado.

6. Gestora dos fundos que compõem o Sistema Financeiro da Habitação, com a responsabilidade legal de sua administração, sucessora do BNH na execução do Plano Nacional de Habitação, não pode a intimada ser havida como carente de «*legitimatío ad causam*» sendo impostergável sua presença nas relações processuais *já instauradas* em que o BNH foi parte, conforme o art. 5º do Decreto-Lei nº 2.291/86.

7. A legitimidade passiva *ad causam* da CEF, sua qualidade de titular de direito, acha-se identificada no diploma legal, que a fixa aqui induvidosamente, resultando indiscutível seu interesse jurídico no deslinde no presente feito, havendo inegável interesse em contradizer as ações propostas, uma vez que arcará com todos os ônus que decisões judiciais possam lhe acarretar como garante que é, agora, ao suceder ao BNH, por incorporações das obrigações assumidas pelos agentes financeiros e como gestor do FGTS, de onde provêm os recursos do SFH.

8. Do exposto, improcedem as alegações da Caixa Econômica Federal, devendo integrar o pólo passivo da relação processual, uma vez que ao Conselho Monetário Nacional, de acordo com a previsão legal (art. 7º do mesmo Decreto-Lei) compete tão-somente função normativa para a orientação, disciplina e controle do SFH.

Por tais fundamentos rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte da CEF.» (Fls. 624/626).

Esses argumentos me bastam para não conhecer da impetração.

Assim, não conheço do mandado e determino sejam os autos devolvidos à Vara de origem para decisão.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A competência, tratando-se de mandado de segurança, firma-se em função de quem praticou o ato impugnado. Será esta Corte originariamente competente, se o ato for de responsabilidade de alguma das autoridades enumeradas na letra *c* do item I do artigo 122 da Constituição.

O ato atacado é do Presidente do Banco Nacional da Habitação, que fixou os índices a serem observados na correção das prestações dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação. Fê-lo em obediência ao disposto no artigo 1º do Decreto-Lei 19/66 que estabeleceu que a aplicação da correção monetária, nas operações do SFH, far-se-ia consoante instruções do BNH. Ocorre que aquela entidade financeira foi extinta. Cumpre verificar quem, para os fins em exame, a ela sucedeu.

O Decreto-Lei 2.291/86 dispôs, em seu artigo 1º, que a Caixa Econômica Federal sucederia ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, e explicitou cinco hipóteses que estariam compreendidas nesta sucessão. De outra parte, dispôs o artigo 7º do mesmo diploma legal:

«Ao Conselho Monetário Nacional, observado o disposto neste Decreto-lei compete:

I — exercer as atribuições inerentes ao BNH, como órgão central do Sistema Financeiro da Habitação, do Sistema Financeiro do Saneamento e dos sistemas financeiros conexos, subsidiários ou complementares daqueles;

II — deferir a outros órgãos ou instituições financeiras federais a gestão dos fundos administrados pelo BNH, ressalvado o disposto no artigo 1º, § 1º, alínea *b*; e

III — orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação.»

Para decidir-se a questão em exame, há que se definir a quem foi atribuída a competência para dispor sobre a aplicação da correção monetária, para editar as instruções a que se refere o artigo 1º do Decreto-Lei 19. A resposta, com a devida vênia, parece-me óbvia. Competente será o órgão que deva «exercer atribuições inerentes ao BNH, como órgão central do Sistema Financeiro da Habitação» e a quem caiba, por isso mesmo, «orientar, disciplinar e controlar» este mesmo Sistema. As funções normativas pertinentes ao SFH, a atribuição de baixar instruções de obediência obrigatória pelos agentes financeiros, foi deferida ao Conselho Monetário Nacional. A Caixa Econômica Federal sucedeu ao BNH em seus direitos e obrigações; não em sua competência normativa. Substituiu-o em funções administrativas enumeradas nas letras *a* até *e* do artigo 1º, § 1º, do Decreto-Lei 2.291/86; não naquela de dispor sobre a atuação dos agentes financeiros.

Argumenta-se com o disposto no artigo 5º do decreto-lei em exame, em que se determinou ficassem suspensos os prazos, nos processos em que figurasse o BNH, até intimação da CEF. Pondo-se de lado a circunstância de ser o dispositivo inconstitucional, posto que se trata de norma processual, não compreendida pelo artigo 55 da Constituição, o argumento não tem, *data venia*, maior valia. Claro está que só será aplicável nos casos em que a CEF haja sucedido ao BNH. E que para muitos efeitos isto ocorreu, não há dúvida alguma.

O Conselho Monetário Nacional, como não se ignora, é presidido pelo Ministro da Fazenda. Aplica-se o que se contém na Súmula 103 deste Tribunal. A Corte é originariamente competente para mandados de segurança impetrados contra ato de colegiado presidido por Ministro de Estado.

Tenho como certo, por conseguinte, que a hipótese é de competência originária deste Plenário.

Suscitou-se outra questão. Não seria cabível o mandado de segurança, porque o ato do Presidente do BNH teria caráter normativo. Admito que isso possa ser exato. Ocorre que, para dizer-se sobre a admissibilidade ou não do pedido, há que se decidir, preliminarmente, quanto à competência do órgão jurisdicional. Por ora, apenas se questiona sobre competência. Não é possível somarem-se os votos que afirmam a incompetência do Tribunal aos que não conhecem da segurança por tê-la como incabível. Ao contrário, quem afirma inadmissível o pedido, considerou-se competente, em tese, para apreciá-lo.

Em vista do exposto, rejeito a preliminar, dando como competente este Plenário para julgamento do pedido de segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 131.147 — DF — (Reg. nº 88.143.296) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Imptes.: Paulo Cesar Nardi e outros. Impdo.: Ministro de Estado da Fazenda. Litisconsortes Passivos Necessários: Itaú Rio S/A-Crédito Imobiliário, CEF, BANERJ-Crédito Imobiliário S/A, BRJ-Crédito Imobiliário S/A, Nacional Crédito Imobiliário S/A, UNIBANCO Crédito Imobiliário S/A e LETRA S/A-Crédito Imobiliário. Advs.: Drs. Paulo Sérgio da Costa Martins e outros, Jacques Alberto de Oliveira e outros, Paulo Machado da Silva e outros, Eduardo das Chagas Muniz, Júlio Bersani Guerra Filho e outros, Marcos Cavalcante de Oliveira e outros, e Luiz Cezar Vianna de Giacomo e outros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do Mandado de Segurança, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que dele tomava conhecimento. (Em 2-6-88 — Pleno).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Ilmar Galvão, Dias Trindade, Assis Toledo, Edson Vidigal, Hugo Machado, Fleury Pires, José Dantas, Torreão Braz. Otto Rocha, William Patterson e Sebastião Reis acompanharam o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, José Cândido e Flaquer Scartezini. Impedidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro. Licenciados os Srs. Ministros Bueno de Souza e José de Jesus, sendo convocados para substituí-los os MM. Juizes Federais Hugo Machado e Fleury Pires. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministros GUEIROS LEITE, Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 131.602 — DF
(Registro nº 880.015.402-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*
Impetrantes: *Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos e outros*
Impetrado: *Juízo Federal da 2ª Vara-DF*
Advogados: *Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros (Imptes.)*

EMENTA: Mandado de segurança. Medida cautelar. Depósito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário. Competência para apreciá-la nos períodos intermediários de tramitação do processo.

I — Na fase de processamento do recurso apelatório, a competência para as cautelas incidentes é do Juiz de primeiro grau.

II — Se o pedido de cautela estava apoiado em texto legal expresso (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38), objetivando inibir o ajuizamento de execução fiscal contra as impetrantes, em razão da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários (CTN, art. 151, II), impunha-se ao juiz deferi-lo.

III — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministros ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: SHARP S/A. Equipamentos Eletrônicos e SID — Informática S/A. (anteriormente denominada SID — Sistema de Informação Distribuída S/A) propuseram ação ordinária contra a União Federal e Caixa Econômica Federal — CEF, pleiteando fosse declarada a juridicidade da não inclusão do ICM no cálculo da contribuição para o PIS e a restituição das respectivas importâncias recolhidas no período não prescrito e das que, eventualmente, viessem a ser pagas no curso da ação (fls. 23/24).

A sentença julgou a ação procedente contra a União Federal, declarando as autoras carecedoras de ação contra a Caixa Econômica Federal — CEF (fl. 35).

Após proferido o decisório, as autoras requereram ao seu digno prolator que se lhes autorizasse o depósito, à ordem do juízo, das parcelas mensais da contribuição para o PIS, que deixassem de pagar em razão de passarem a recolher a exação de acordo com o decidido pela justiça.

Contra a decisão do MM. Juiz Federal, que indeferiu tal pretensão, com fundamento nos arts. 463 e 521 ao CPC, as autoras, após manifestarem agravo de instrumento, impetraram esta segurança, em que pleiteiam que se lhes autorize o depósito na Caixa Econômica Federal, à disposição da 2ª Vara Federal ou deste Tribunal, da contribuição para o PIS, com inclusão do ICM na sua base de cálculo.

À fl. 51, proferi despacho em que concedi a liminar e determinei a citação da União Federal e da Caixa Econômica Federal na qualidade de litisconsortes.

Prestadas as informações (fls. 57/62), a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Lêda Maria Soares Janot, aprovado pelo Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do *mandamus* frente à Súmula 267 — STF e à jurisprudência que menciona; e, no mérito, pela sua denegação, por inexistência de *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, ou mesmo direito líquido e certo a justificar a impetração (fl. 69).

É o relatório.

EMENTA: Mandado de segurança. Medida cautelar. Depósito suspenso da exigibilidade do crédito tributário. Competência para apreciá-la nos períodos intermediários de tramitação do processo.

I — Na fase de processamento do recurso apelatório, a competência para as cautelas incidentes é do Juiz de primeiro grau.

II — Se o pedido de cautela estava apoiado em texto legal expresso (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38), objetivando inibir o ajuizamento de execução fiscal contra as impetrantes, em razão da suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários (CTN, art. 151, II), impunha-se ao juiz deferi-lo.

III — Segurança concedida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao denegar o depósito pleiteado, fundou-se o digno Magistrado, apontado como coator, nos arts. 463 e 521 do CPC.

De início, assinalo que o depósito alvitrado constitui medida de índole cautelar, expressamente prevista no art. 38 da Lei nº 6.830, de 22-9-80, visando a inibir o ajuizamento de execução fiscal contra o contribuinte, por suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, II). Pode ser feito nos próprios autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ou na anulatória de lançamento, dispensado procedimento em autos apartados.

De outra parte, afigura-se-me que, em casos como o presente, em que, proferida sentença, os autos se encontravam em primeira instância, quando o pedido de depósito foi feito, a competência para autorizá-lo era do MM. Juiz singular. É o que, a propósito, ensina Galeno Lacerda:

«Resta suprir uma lacuna importante: Qual a competência para processar e julgar as cautelas nos períodos intermediários de tramitação do processo? Trata-se das fases em que aparentemente desaparece ou se oculta a jurisdição integral sobre a causa, como depois da publicação da sentença de primeiro

grau até distribuir-se ao relator a apelação, ou depois do julgamento desta ou dos embargos até o retorno do processo ao juízo a *quo*, compreendendo-se, neste hiato, a interposição de eventual recurso extraordinário, perante o Tribunal recorrido».

Após duntas considerações, assim responde à questão formulada (obra citada, fls. 290/291):

«A solução só pode ser uma: nessas fases intermediárias de tramitação, a competência para as cautelas incidentes pertence ao juízo da causa, de primeiro grau. As razões clamam óbvias: primeiro, porque ninguém melhor do que esse juiz para, rente aos fatos, avaliar da necessidade ou não da medida; segundo, porque, à altura em que se encontra o processo a providência visa, em regra, resguardar a execução, e esta se inclui por completo em sua competência. Se do interior a comarca, processar-se-á a medida em apenso aos autos suplementares. Se da capital, receberá autuação autônoma, instruída a inicial com prova da fase «em branco» de tramitação, prova dispensável se o processo, depois da sentença, não tiver subido ainda ao Tribunal. Mesmo que posteriormente distribuído o recurso a relator, deverá o juiz continuar vinculado ao processo e julgamento da medida, sob pena de tumulto incabível e aberrante».

Competente o MM. Juiz de 1º grau para examinar o pedido, cabia a ele deferi-lo, pois, apoiado em texto legal expresso (art. 38 da Lei nº 6.830 de 1980), tinha e tem como pressuposto evitar execução fiscal contra as impetrantes. Atendia, portanto, os requisitos da aparência do bom direito e do *periculum in mora*.

Isto posto, concedo a segurança, tornando, pois, definitiva a liminar concedida.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 131.602 — DF — (Reg. nº 880.015.402-6) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Impetrantes: Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos e outro. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara-DF. Advogados: Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros (Impetes.).

Decisão: A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança (2ª Seção — 11-10-88).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, José de Jesus, Torreão Braz, Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Pedro Acioli e Américo Luz votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

AGRAVO REGIMENTAL NA QUEIXA-CRIME Nº 92 — BA
(Registro nº 9.514.147)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Agravante: *Genaro José de Oliveira*

Agravado: *R. Despacho de fl. 6 do Avulso (Jair Brandão de Souza Meira)*

Advogados: *Dr. Guaracy da Silva Freitas e outros, Dr. Daniel Oliveira de Azevedo*

EMENTA: Processual Penal. Embargos de declaração a acórdão proferido em ação penal de competência originária.

Prazo de interposição. Conflito de normas (art. 619 do CPP e art. 270 do RI do TFR). Compatibilização.

O prazo de cinco dias, previsto no Regimento, aplica-se aos embargos de natureza cível; em matéria penal, predomina o art. 619 do CPP (dois dias) que não poderia ser revogado ou modificado por norma regimental.

Despacho do Relator, que negou seguimento aos embargos, por intempestivos, mantido em julgamento do Pleno.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de agravo regimental interposto por Genaro José de Oliveira e outros nos autos da Queixa-Crime nº 92-BA, contra o despacho que negou seguimento aos embargos de declaração, por intempestivos.

Eis o teor do referido despacho:

«Genaro José de Oliveira e outros, nos autos da Queixa-Crime nº 92-BA, opõem Embargos de Declaração ao v. acórdão de fls. 241/255.

O acórdão embargado foi publicado no Diário da Justiça de 15-10-87 e a petição protocolizada no dia 20 do corrente.

Apresentados, os Embargos Declaratórios, após escoado o prazo previsto no art. 619 do Código de Processo Penal, forçoso é reconhecer sua intempestividade. Neste sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal: EDCC 5.105-PR, Rel. Min. Otto Rocha, *DJ* 6-2-86; EDACr 6.596-RJ, Rel. Min. Costa Leite, *DJ* 20-3-86; EDACr 7.529-RJ, Rel. Min. William Patterson, *DJ* 20-11-86.

Com fundamento nos arts. 90, § 2º, da LC nº 35, e 33, § 1º, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, nego seguimento ao recurso. P. e I.» (Fl. 6)

Sustentam os agravantes que o Regimento Interno deste Tribunal dispõe que, no prazo de cinco dias, aos acórdãos proferidos pelo Plenário, poderão ser opostos embargos de declaração.

Alegam, também, ser este o prazo para interpor o referido recurso no egrégio Supremo Tribunal Federal.

Requerem, por fim, o seguimento dos aludidos embargos declaratórios.

Mantenho o despacho agravado e submeto o presente agravo à apreciação deste Plenário, nos termos do art. 259 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, Srs. Ministros, mantenho o despacho agravado. Entendo que não pode o Regimento Interno, no seu art. 270, prevalecer sobre a disposição processual penal, em face de, para tanto, não autorizar o art. 115, inciso III, da Constituição Federal, que permite aos Tribunais elaborarem seus Regimentos Internos. Esse dispositivo entrará em conflito com outro dispositivo da Constituição Federal que dá competência à União Federal para legislar sobre processo penal.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

«Processual Penal. Regimental. Embargos de declaração. Prazo. Observância da Norma Regimental que dispõe a respeito.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, com a vênua do Sr. Ministro José Delgado, que aplica a norma processual penal em detrimento da regra regimental, dou provimento ao agravo.

A regra regimental é mais liberal, vale dizer, alarga o raio de ação do recurso, assim da prestação jurisdicional. De outro lado, não devemos negar cumprimento à norma que nós mesmos aprovamos e editamos, como acaba de acrescentar o eminente Ministro Washington Bolívar. Se o Tribunal entende que a norma regimental não deve prevalecer, esse entendimento não deve ser observado no caso sob julgamento, e sim, para o futuro; bem ou mal, a norma existe, e foi por nós aprovada, certamente com o conhecimento da norma processual penal existente, porque se nem quanto aos leigos admite-se a alegação de não conhecimento da norma legal, o que se dirá em relação aos membros da Segunda Corte Judiciária do País? Certamente que esta Corte adotou a norma regimental, porque a entendeu mais liberal, assim alargadora do raio de ação da prestação jurisdicional.

Com essas breves considerações e com a vênua daqueles que não pensam dessa forma, meu voto é no sentido de dar provimento ao agravo regimental.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, a despeito dos argumentos do Sr. Ministro Carlos Velloso, penso que não cabe preponderar a interpretação que S. Exa. inculca à norma regimental. Parece-me que assiste razão ao Sr. Ministro José Delgado, quando acentua que a norma é aproveitável, porque ela é compatível com a Lei Processual Civil, apenas não se oferece limpidamente congruente com o Cód. de Processo Penal.

Acompanho o Sr. Ministro Relator, *data venia* do Sr. Ministro Carlos Velloso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, também entendo que norma regimental não pode prevalecer sobre norma legal.

Acompanho o Sr. Ministro José Delgado, negando provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgReg no avulso ref. à QC nº 92 — BA — (Reg. nº 9.514.147) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo — Agte.: Genaro José de Oliveira — Agdo.: R. despacho de fl. 6 do avulso (Jair Brandão de Souza Meira) — Advs.: Drs. Guaracy da Silva Freitas e outros e Daniel Oliveira de Azevedo.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Sr. Min. Carlos Velloso, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Min. José Delgado. (Em 12-11-87 — Plenário).

Os Srs. Mins. José Dantas, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade e José de Jesus votaram de acordo com o Sr. Min. José Delgado.

Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Lauro Leitão, José Cândido e Geraldo Sobral.

Licenciado o Sr. Min. Pedro Acioli, sendo convocado para substituí-lo o MM. Juiz Federal Dr. José Delgado.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.211 — DF
(Registro nº 7.862.016)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Recorrente: *Jiensui Wong*

Recorrida: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Antônio Ponce*

EMENTA: Fiança. Despacho de cassação. Condenação por crime doloso praticado anteriormente.

Não tem direito à fiança o réu já condenado por crime doloso, mesmo a seis anos do novo evento delituoso (art. 323, III, CPP). Embora considerado não reincidente, na forma do artigo 64, inciso I, do novo Código Penal, não tem ele direito à liberdade provisória mediante fiança, porque assim proíbe expressamente a lei processual penal.

Precedente do Supremo Tribunal Federal — RHC 62.719/RJ
Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, negando 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, 27 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de recurso em sentido estrito manifestado por Jiensui Wong, com base no art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal. Quer o peticionário que seja modificada a decisão do MM. Juiz que casou a fiança que lhe fora anteriormente concedida, em razão de haver praticado crime anterior pelo qual fora condenado.

O recorrente alega que é tecnicamente primário.

Sustenta, no particular,

«... que realmente já fora condenado no passado à pena de um ano de reclusão, sendo-lhe, à época, concedida a suspensão dessa sanção penal pelo prazo de 2 (dois) anos. Mas que, desde a data do início do cumprimento daquele *sursis*, em 13-11-78, até a data de cometimento dessa outra infração penal (cuja fiança foi cassada), decorreu 6 (seis) anos e 7 (sete) meses. Ou seja: decorreu período de tempo superior a 5 (cinco) anos, estando, então, prescrita a reincidência nos exatos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal na redação da Lei 7.209/84. Por isso, não se pode considerá-lo como *reincidente*, mesmo para efeitos de negar-lhe a fiança; e pede-se, por conseguinte, seja reformada a decisão singular para lhe ser garantida a liberdade provisória mediante prestação de fiança.»

A douta Procuradoria da República ofereceu contra-razões, às fls. 31/2, arguindo:

«Não colhe a argumentação de que, na forma da Lei nº 7.209/84, ele não seria *reincidente* e assim faria jus à fiança.

Ora, uma coisa é não ser *reincidente*. Outra coisa é não ter sido condenado anteriormente, por outro crime doloso.»

O doutor Juiz manteve o despacho agravado, por decisão de fl. 33.

Nesta Instância, o ilustrado órgão da Subprocuradoria-Geral da República emitiu circunstanciado Parecer, concluindo pelo provimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA: Fiança. Despacho de cassação. Condenação por crime doloso praticado anteriormente.

Não tem direito à fiança o réu já condenado por crime doloso, mesmo há seis anos do novo evento delituoso (art. 323, III, CPP). Embora considerado não *reincidente*, na forma do artigo 64, inciso I, do novo Código Penal, não tem ele direito à liberdade provisória mediante fiança, porque assim proíbe expressamente a lei processual penal.

Precedente do Supremo Tribunal Federal RHC — 62.719/RJ.

Recurso improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O dispositivo da lei processual penal que trata da matéria é por demais explícito:

«Art. 323. Não será concedida fiança:

III — nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, *se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado.*»

Os institutos da reincidência e da fiança não podem ser confundidos. Cada um tem objetivo próprio a ser alcançado perante a política criminal. Quando a lei diz que a reincidência desaparece após cinco anos entre a data do cumprimento da pena anterior e o cometimento de nova infração penal, quer significar que o acusado limpou a sua ficha pessoal da nódoa do crime, como um estímulo à sua recuperação social. Por outro lado, o novo crime distanciado do primeiro, empresta-lhe o benefício do comedimento de nova pena, já que não se conta a agravante da reincidência. Outra coisa é a fiança. Concede-se com ela a liberdade provisória daquele que é autor do primeiro crime, e que não deve ser afetado com os reflexos negativos da vida carcerária. Vê-se que é um ato de prudência da lei. Mas, quebrada a primariedade real, não há pensar-se no benefício da fiança, que também encerra aspectos subjetivos.

Os que defendem a posição do recorrente advogam contra a letra da lei. Mas isso não pode prevalecer para o juiz. Segundo a concepção de Montesquieu, «... el juez no puede ser sino la boca da ley» (Diritto Penale — Maggiore, vol. II, pág. 5).

Estou, portanto, com a doutrina desenvolvida por Damásio E. de Jesus, quando assinala:

«Não pode obter fiança o réu, que seis anos após o cumprimento de pena por crime doloso, vem a praticar novo crime doloso punido com pena privativa de liberdade» (O Novo Sistema Penal, São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 86-7).

Na mesma linha está a Suprema Corte no acórdão transcrito pela douta Subprocuradoria, que vale repetir (RHC 62.719/RJ — Relator Ministro Rafael Mayer), assim ementado:

«Fiança. Crime doloso. Condenação anterior. Não tem direito à liberdade provisória mediante fiança nos termos do art. 323, III, do CPP, o réu condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ainda que não se considere reincidente, para efeitos do art. 64, I, do CP» (in DJU de 8-3-85). (Fl. 37)

Com estes fundamentos, nego provimento ao recurso. Confirmo a decisão atacada. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 1.211 — DF — (Reg. nº 7.862.016) — Rel.: Min. José Cândido. Recte.: Jiensui Wong. Recda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Antônio Ponce.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença, negando provimento ao recurso. (Em 27-6-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. OTTO ROCHA.



RECURSO CRIMINAL Nº 1.305 — SE
(Registro nº 9.563.105)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Makoia Sugimoto*

Recorrida: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. José Luiz Trindade dos Santos*

EMENTA: Penal e Processo Penal. Recurso. Erro na interposição. Suspensão condicional da pena. 1. Quando cabível apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito (CPP, art. 593, § 4º). Salvo a má-fé, a parte não será prejudicada pelo erro na interposição do recurso (CPP, art. 579). Ausente a única hipótese de exclusão da conversão, conhece-se do recurso em sentido estrito como apelação. 2. A existência de inquérito policial ou de processo em andamento não é, por si só, obstáculo ao deferimento da suspensão condicional da pena (CP, art. 77, II). 3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do recurso como apelação e a prover, para reformar a decisão e conceder a suspensão condicional da pena por dois anos, delegando ao Juiz da sentença o estabelecimento das condições e a presidência da audiência admonitória, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 10-4-87 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: A sentença, de 17-10-86, que condenou Makoia Sugimoto a 1 ano e 6 meses de reclusão, como incurso no art. 334, § 1º, alínea d, do Cód. Penal, negou-lhe a suspensão condicional, bem como a faculdade de recorrer solto. Intimado da sentença, apresentou duas petições: numa pediu arbitramento de nova fiança, para recorrer em liberdade; noutra, com apoio no art. 581, item XI, do Cód. de Pr. Penal, recorreu em sentido estrito, inconformado pelo fato de não lhe ter sido concedido o *sursis*. Indeferida a primeira petição, determinou o juiz que se observasse o art. 587, quanto à segunda.

Processado o recurso em sentido estrito, despachou o Juiz Federal Antônio Ezequiel da Silva:

«1. Negados, que foram, na própria sentença condenatória, o *sursis* e o direito de recorrer solto, não é o recurso em sentido estrito o recurso cabível da sentença recorrida, como bem salienta a eminente Procuradora da República em suas contra-razões, com base no art. 593, § 4º, do Cód. de Proc. Penal, de aplicação obrigatória no caso *sub judice*. Todavia, afastada a hipótese de má-fé, poderia o presente recurso, com base no art. 579 do CPP, ter sido recebido e processado como o adequado (apelação), o que, entretanto, não foi feito pelo MM. Juiz titular da 1ª Vara, então em exercício nesta 2ª Vara, que mandou formar o instrumento do recurso em sentido estrito e processá-lo na forma da lei.

2. Todavia, para não prejudicar o sentenciado, e tendo em vista que o Recorrente, ao que consta dos autos principais, impetrou *habeas corpus* para ver reconhecido o direito de recorrer em sentido estrito sem se recolher à prisão, decido sustar o andamento do presente recurso até o julgamento do *habeas corpus* que impetrou. Se vier a ser concedido o remédio heróico, será o recurso incluído nos autos principais para apreciação do Egrégio *ad quem*. Em caso contrário, ser-lhe-á negado seguimento.»

Esta 3ª Turma, apreciando o HC-6.760, por mim relatado, concedeu a ordem a Makoia Sugimoto, em acórdão que ficou assim ementado:

«Processo Penal. Fiança. Direito de apelar em liberdade. Afiançável a infração e prestada a fiança, tem o réu o direito de apelar sem recolher-se à prisão (CPP, arts. 393-I, 594 e 675). Precedentes do STF: RHC's 57.367 e 62.034. Pedido de *habeas corpus* deferido.»

Subiu o recurso em sentido estrito nos autos da ação penal.

Neste Tribunal, opinou a Subprocuradoria-Geral da República nestes termos:

«7. Entendemos, no que se refere à primeira pretensão do réu — a de recorrer em liberdade — que em face da decisão do HC 6.760/SE (fl. 156), esta deve ser julgada prejudicada.

8. Quanto à concessão do *sursis*, temos, preliminarmente, que em face do contido no art. 581, XI, do CPP, o recurso poderá ser conhecido.

9. No mérito, somos pelo improvinimento do recurso, eis que, apesar do réu ser tecnicamente primário (fl. 125), não possui bons antecedentes (fls. 37, 101), circunstância, aliás, reconhecida pelo mesmo por ocasião das suas razões do recurso (fl. 187).

10. Na avaliação da apuração dos antecedentes são levados em conta todos os fatos ou episódios em que esteve envolvido o réu, como ressaltado pelo MPF à fl. 193.

III

11. Ante o exposto, somos, preliminarmente, pelo conhecimento do recurso, e, no mérito, para que este seja parcialmente julgado prejudicado e, no resto, indeferido.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quanto ao conhecimento. Dispõe o Cód. de Pr. Penal, nos arts. 579, 581, inciso XI, 593, § 4º:

«Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.»

«Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

«XI — que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;»

«593. Caberá apelação no prazo de cinco dias:

«§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.»

A propósito, escreveu Fernando da Costa Tourinho Filho, *in* «Processo Penal», vol. 4, pág. 308:

«Suponha-se que o Juiz profira sentença condenatória e não conceda o *sursis*, e o réu queira apenas recorrer para consegui-lo. Como proceder? Deverá recorrer em sentido estrito, com fundamento no art. 581, nº XI? Não. O recurso oponível será a apelação. Trata-se de apelação limitada, mas apelação. A propósito, o § 4º do art. 593: 'Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra'. Trata-se de aplicação do princípio da consunção.»

De fato, o recurso cabível é o de apelação, à vista do aludido § 4º. No entanto, como a lei processual penal admite a conversão, no caso de erro na interposição, ressaltando somente a hipótese de má-fé, vou conhecer do recurso em sentido estrito como apelação, pois não deparo, aqui, com intenção dolosa de parte do recorrente.

Conheço, pois, como apelação.

Quanto ao mérito.

Em sua sentença, afirmou o Dr. Juiz:

«Nego-lhe, por não ter bons antecedentes, o benefício da suspensão condicional da pena (art. 77, II, do CP), bem assim, e pela mesma razão, a faculdade de recorrer solto (Código de Processo Penal, art. 594). A pena deverá ser cumprida em Penitenciária, podendo, contudo, ser cumprida, desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, § 2º, alínea c...»

Como se percebe, deveu-se a não ter o réu bons antecedentes a negativa do benefício. Consta da sentença que ele já respondeu a inquérito policial, arquivado em 1985, e que responde a processo por crime de receptação. Não creio que tanto seja suficiente para não lhe deferir o benefício. Aliás, segundo a Súmula 499/STF, até condenação anterior à pena de multa não obsta a concessão do benefício. A respeito do art. 77, inciso II, do Cód. Penal, escreveu Heleno Cláudio Fragoso, *in* «Lições de Direito Penal», pág. 382:

«O segundo requisito subjetivo refere-se a um juízo de necessidade e suficiência que afasta a execução da pena. Deve-se ter em conta a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias do crime. Quanto aos antecedentes, convém notar que o fato de ter sido processado e absolvido não significa maus antecedentes (cf. nº 308, supra). O juiz aqui deverá ter presente a experiência profundamente negativa da prisão (cf. 287, supra) e a conveniência social de deixar o condenado em seu ambiente comunitário, de família e trabalho. Manda a lei que nesse juízo de suficiência o juiz considere se é o caso de substituir a pena privativa por uma pena restritiva de direitos (serviços à comunidade, interdição de direitos ou prisão de fim de semana).»

Face ao exposto, não extraio, aqui e agora, dos dois pontos destacados, elementos que impeçam a concessão do *sursis*. Em caso de sobrevir sentença condenatória, há de se examinar a hipótese do art. 81, inciso I.

Concluindo, conheço do recurso em sentido estrito como apelação, e dou-lhe provimento, para suspender a execução da pena privativa de liberdade, pelo prazo de 2 (dois) anos, delegando ao juiz estabelecimento das condições.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr. nº 1.305 — SE — (Reg. nº 9.563.105) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Rec.: Makoia Sugimoto. Rec.: Justiça Pública. Adv.: Dr. José Luiz Trindade dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso como apelação e a proveu, para reformar a decisão e conceder a suspensão condicional da pena por dois anos, delegando ao Juiz da sentença o estabelecimento das condições e a presidência da audiência admonitória. (3ª Turma — 10-4-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.319 — PE
(Registro nº 9.611.290)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorrido: *Rômulo Valença Selva*

Advogado: *Dr. Fernando Luiz Buarque de Lacerda*

EMENTA: Recurso Criminal. Denúncia. Recebimento.

O Juiz não pode deixar de receber a denúncia, se há descrição de fato típico, e a prova feita no inquérito pode levar ao reconhecimento de que o réu praticou o fato delituoso que lhe é imputado.

Recurso provido para determinar que o Juiz receba a denúncia.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, 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, 26 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: O Ministério Público Federal apresentou denúncia contra os irmãos Rômulo e Inácio Valença Selva, como incurso no crime definido no artigo 334, § 1º, alíneas *c* e *d*, *c/c* o artigo 25 (atual), ambos do Código Penal, pelos motivos constantes da inicial xerocopiada às fls. 23/5.

O doutor Juiz, por despacho (cópia de fl. 26), deixou de receber a denúncia contra Rômulo Valença Selva, por entender que o inquérito policial não fornecia suporte à acusação.

Em razões de fls. 33/4, o doutor representante do Ministério Público Federal insiste na denúncia, esperando seja o seu recebimento ordenado pelo Tribunal.

Nesta instância, a d. Subprocuradoria opinou «pelo provimento do recurso, determinando-se o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito».

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso Criminal. Denúncia. Recebimento.

O Juiz não pode deixar de receber a denúncia, se há descrição de fato típico, e a prova feita no inquérito pode levar ao reconhecimento de que o réu praticou o fato delituoso que lhe é imputado.

Recurso provido para determinar que o Juiz receba a denúncia.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Os autos revelam os crimes de contrabando e descaminho, o primeiro manifestado pela proibida importação de armas. Na oportunidade da apreensão da mercadoria, apontada nas mãos dos réus pelo indivíduo conhecido por Guilherme Rodrigo do Vale, detido anteriormente pelo mesmo delito, foi preso Rômulo Valença Selva, que negou participação no crime. Está absolutamente fora de dúvida que esse indício, ou prova material, pode incriminá-lo, levando-o à Justiça onde deve reparar pelo crime, a menos que, na instrução sumária, prove a sua inocência. A declaração do irmão Inácio, assumindo a responsabilidade pelo delito, não resolve a situação de Rômulo, de modo a isentá-lo de culpa antes da conclusão da ação penal. A douta Subprocuradoria tem toda razão quando anuncia, na sua Ementa, que «se a descreve fato típico, não pode ser rejeitada com base em elementos do inquérito...» (fl. 48).

Os fatos demonstram o envolvimento dos dois acusados com o crime descrito na denúncia.

Por força disso, dou provimento ao recurso, para determinar que o MM. Juiz receba denúncia também contra o réu, Rômulo Valença Selva, e dê prosseguimento à ação penal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 1.319 — PE — (Reg. nº 9.611.290) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. José Cândido. Recte.: Justiça Pública. Recdo.: Rômulo Valença Selva. Adv.: Dr. Fernando Luiz Buarque de Lacerda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 26-6-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.416 — PA
(Registro nº 88.265.391)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorrido: *Juscelino Farias Alecrim de Andrade*

Advogado: *Dr. Osvaldo Serrão*

EMENTA: Penal. Processual Penal. Tentativa de homicídio. Elementos objetivos e subjetivos. Pronúncia.

I — Comprovados os elementos objetivos do homicídio, em sua forma tentada, deve o acusado, ser pronunciado, pois a decisão sobre a existência do elemento subjetivo cabe aos jurados.

II — Recurso provido, para pronunciar-se o réu, como incurso nas penas do art. 121, caput, c/c os arts. 14, II, e 329 do CP, por conexão, mandando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso criminal, para o fim de considerar pronunciado o acusado Juscelino Farias Alecrim de Andrade, 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 julgamento.

Custas, como de lei.

Brasília, em 26 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Recorre o Ministério Público de sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Pará, que impronunciou Juscelino Farias Alecrim de Andrade, denunciado por tentativa de homicídio e resistência (art. 121 c/c o art. 14, II, do CP), por haver, de arma em punho, disparado diversos tiros contra o agente de polícia federal Paulo Roberto que, não tendo sido atingido, conseguiu prendê-lo, depois de atemorizá-lo com o disparo de um tiro (fls. 159/164).

Em suas razões, às fls. 168/171, alega, de acordo com a prova testemunhal, que o crime de homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do recorrido que, agindo dolosamente, assumiu o risco de matar a vítima.

Contra-razões, às fls. 173/175, tendo o MM. Juiz *a quo* mantido a decisão recorrida (fl. 176).

Parecer da douta SGR, às fls. 179/186, pelo provimento do recurso, em face de serem suficientes as provas para demonstração material da infração.

É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Denunciado pelos crimes de homicídio, em sua forma tentada, e resistência, o acusado foi impronunciado, em relação ao primeiro, por ausência de dolo, tendo o MM. Juiz *a quo* determinado o prosseguimento do processo em relação ao segundo crime.

A autoria e materialidade do homicídio, na sua forma tentada, estão comprovadas, não só pelo flagrante (fls. 2/4) e laudos de fls. 37/38 e 45/50, como também pelas declarações da vítima, que se harmonizou com os depoimentos das testemunhas visuais.

Ouvida em Juízo, disse a vítima:

«Que o depoente saltou do carro em que se encontrava e disse para o outro que era da Polícia Federal e que ele largasse a arma; que o elemento não obedeceu à ordem; que, nesse momento dito elemento também disse ser da polícia, não tendo, contudo, se identificado, nem também baixado a arma; que ao invés disso o elemento começou a fazer *disparos* na direção do depoente» (fl. 133 v).

Essa versão coincide com as declarações da testemunha visual, Carlos Antônio Gomes Cavalheira, que, em Juízo, afirmou:

«Que os dois saíram da Brasília e se colocaram na frente do carro do depoente, ocasião em que aproximou-se uma pessoa, que se dirigindo aos dois elementos, identificou-se como policial federal e mandou que largassem a arma; que, no momento em que o policial federal mandou largar a arma, um dos dois elementos sacou de sua arma e começou a disparar, tendo um dos disparos atingido o carro do depoente» (fls. 135/135v).

O companheiro do acusado, Francisco Gonçalves Lins, por ocasião da prisão em flagrante, disse:

«Que neste momento apareceram vários motoristas de táxi e populares correndo atrás do conduzido e de Juscelino; que diante de tal confusão, sendo xingados de ladrões pelos populares, Juscelino sacou de sua pistola e disse que não era ladrão e sim polícia, momento em que chegava o agente federal, se identificando como tal; que assim sendo Juscelino sacou de sua arma de fogo e a disparou e, em seguida, saíram correndo em direção ao trevo de saída do aeroporto» (fl. 13).

Havendo o acusado disparado sua arma, em direção à vítima, iniciou-se a execução do crime de homicídio, interrompido com a caída no chão do carregador de arma do agente, ocasião em que saiu correndo, conforme disse em juízo (fl. 81v).

Quanto ao elemento subjetivo, isto é, o dolo, cabe aos jurados a decisão sobre sua existência pois, uma vez comprovados os elementos objetivos da infração penal, deve o acusado ser pronunciado, cabendo ao Tribunal do Júri decidir se, ainda que não quisesse a morte da vítima, teria assumido o risco de produzi-la.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para considerar pronunciado Juscelino Farias Alecrim de Andrade como incurso nas penas do art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, e 329 (conexão) do Código Penal, devendo ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. Lance-se o seu nome no rol dos culpados (CPP, art. 408, § 1º).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 1.416 — PA — (Reg. nº 88.265.391) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recte.: Justiça Pública. Recdo.: Juscelino Farias Alecrim de Andrade. Adv.: Dr. Osvaldo Serrão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso criminal, para o fim de considerar pronunciado o acusado Juscelino Farias Alecrim de Andrade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (julg. em 26-8-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RO Nº 5.674 — RJ
(Registro nº 2.403.943)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar*

Embargante: *Ofélia Marques de Oliveira Rodrigues*

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

Advogados: *Drs. Paulo da Silva Pessoa. Hudson Righi Vieira.*

EMENTA: Trabalhista. Assessor (LT-DAS). Aviso-prévio. Função de confiança e direitos trabalhistas.

1. O chamamento de alguém para prestar serviço e a investidura em cargo de Assessoramento Superior implicam no reconhecimento da qualificação do servidor. Pela natureza do serviço e por se tratar de função de confiança, dado que não se trata de contrato por tempo certo, logicamente se cuida de contrato por tempo indeterminado (CLT, art. 487). A legislação trabalhista somente veda a concessão do aviso-prévio nos contratos por tempo determinado.

2. O aviso-prévio faz presumir a inexistência de falta grave; negado ao que exerceu cargo em comissão ou de confiança, regido pela legislação trabalhista, implicitamente proclamaria, sem causa, cometimento de falta grave, motivadora da dispensa, que pode resultar, ao revés, de simples desinteresse da Administração na continuidade dos serviços do empregado qualificado, sem desmerecê-lo.

3. Embargos de divergência recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber 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-DF, 6 de novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Ofélia Marques de Oliveira Rodrigues propôs reclamação trabalhista contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, alegando que, admitida para exercer o cargo de Assessor-LT-DAS-102.1, em 28-1-77, através do FUNRURAL, sob o regime da CLT, fora dispensada sem justa causa em 18-5-79, quando percebia o salário de Cr\$ 33.152. Porque não teve seus direitos trabalhistas integralmente pagos, objetiva o recebimento de aviso-prévio e diferenças do 13º salário devidamente corrigidos, bem como a liberação da Guia do FGTS, no Código 01, correspondente à diferença e honorários advocatícios.

Acolhido o pedido, com exceção da verba honorária (fls. 54/57), apelou o IAPAS (fls. 70/74).

A Egrégia 2ª Turma desta Corte, em sessão de 28-9-84, à unanimidade, deu provimento ao recurso do IAPAS, lavrando o acórdão o eminente Ministro Costa Lima, com a seguinte ementa (fl. 105):

«Trabalhista. Função de confiança no serviço público (LT-DAS). Aviso-prévio. Descabimento.

1. A ocupação de função de confiança (LT-DAS), quando exclusiva, sem dúvida, cria vínculo laboral. Porém, de natureza precária, mantido exclusivamente pela confiança. Com ele não se compatibiliza o direito a *aviso-prévio* nem qualquer outro que tenha por objeto a continuidade do vínculo contra a vontade de uma das partes.

2. Da hipótese não cuidou o Parecer N-43, de 13-8-80, da Consultoria-Geral da República, cujo teor não parece autorizar ilação em sentido favorável.»

Inconformada, opôs Ofélia Marques de Oliveira Rodrigues os presentes embargos (fls. 107/113), postulando a procedência da reclamação, citando os arestos divergentes proferidos nos Recursos Ordinários n.ºs:

- 6.767-DF, Relator Min. Otto Rocha, 1ª Turma, *DJ* de 18-8-83;
- 4.770-GO, Relator Min. Adhemar Raymundo, 3ª Turma, *DJ* de 16-10-80;
- 5.060-GO, Relator Min. Gueiros Leite, 2ª Turma, *DJ* de 31-5-82;
- 4.475-DF, Relator Min. Carlos Madeira, 3ª Turma, *DJ* de 13-11-80;
- 5.157-MG, Relator Min. Flaquer Scartezini, 3ª Turma, *DJ* de 1º-10-81.

Aduz que o entendimento esposado no r. decisório contraria o disposto nos arts. 487 e 489 da CLT, além de ferir o preceito constitucional inserido no art. 165 da Constituição.

Admitidos os embargos (fl. 114), o IAPAS apresentou a impugnação de fls. 117/120, alegando, preliminarmente, deserção e arguindo a impossibilidade de conhecimento do recurso, porquanto não vieram aos autos as integras dos acórdãos dados como paradigmas, mas meras ementas», que «nem sempre, refletem o exato conteúdo do acórdão ementado». No mérito, sustenta o acerto da decisão embargada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Rejeito a preliminar de deserção do apelo, porque não teriam sido pagas as custas processuais, como previsto no art. 789, § 4º, da CLT.

Argúi o embargado que a autarquia fora condenada nas custas, no primeiro grau da jurisdição, mas, sendo delas isenta, não as recolheu. E assim, cabia à reclamante, sucumbente na 2ª instância, efetuar esse pagamento, como previsto na Súmula 25 do TST.

É que tais dispositivos são inaplicáveis aos feitos que tramitam perante a Justiça Federal, sujeita ao Regimento de Custas, previsto na Lei 6.032, de 30-4-74, que não contempla pagamento de custas, neste Tribunal, mas apenas no primeiro grau da jurisdição. Tanto que o nosso Regimento Interno é taxativo, ao declarar que não serão devidas custas nos processos de competência originária ou recursal, neste Tribunal (art. 101, *caput*).

Rejeito, também, a preliminar de não conhecimento dos presentes embargos, porque não teria vindo aos autos a íntegra dos Acórdãos apontados como divergentes, transcrevendo-se, tão-somente suas ementas.

E rejeito porque a afirmação não se ajusta à norma regimental, nem à realidade dos fatos, pois a embargante chegou a transcrever trecho de voto do Sr. Ministro Otto Rocha, em paradigma apontado, da Eg. 1ª Turma, quando Sua Excelência a integrava, com acerto e correção; e o que a norma regimental exige, isto é, que a divergência indicada seja comprovada, admite, também, não somente a certidão do inteiro teor dos Acórdãos, mas a citação do repertório de jurisprudência, oficial ou autorizado (art. 275, § 1º, RI-TFR). A indicação dos Diários da Justiça (fls. 109 e segs.) foi feita, regularmente, nas razões da embargante.

Quanto ao mérito, eis como argumentou o douto voto condutor do v. Acórdão embargado, no trecho correspondente (fls. 98/101):

«2. No mérito, a douta sentença recorrida assim se fundamenta:

«Em que pese ter sido de *confiança* a função então exercida pela Reclamante, o seu *status* não poderia ser outro senão o de *empregada* da autarquia Reclamada. E como tal, é certo que não poderia adquirir direito à estabilidade no emprego e certas vantagens a ela inerentes, podendo inclusive ser dispensada *ad nutum*. Mas isso não significa que não fosse *empregada*, e dessa forma desprovida de certas garantias outorgadas pela legislação trabalhista.

Ora, reconhecido, assim, o caráter empregatício da nova relação mantida entre as partes ora em litígio, e considerando que o contrato de trabalho então celebrado, embora para o desempenho de cargo de confiança, não fixava prazo de vigência, impunha-se o pré-aviso previsto no art. 487 da CLT, que não distingue entre empregados de confiança ou não. E com ele, a correspondente diferença do 13º salário» (fls. 56/57).

E, no mesmo sentido, a Recorrida trouxe aos autos o parecer da Consultoria Jurídica do DASP, inspirado em pronunciamento anterior da douta Consultoria-Geral da República (fl. 65).

3. Com a devida vênia, porém, entendo que a relação de emprego criada pela exclusiva ocupação de *função de confiança* (LT-DAS), sem qualquer outro vínculo ao qual, *cessada essa confiança*, retorne o servidor, tem a precariedade inerente à natureza do investimento e não se compatibiliza com o direito a *aviso prévio*, nem com qualquer outro que tenha por objeto a continuidade do vínculo *contra* a vontade de uma das partes.

Com efeito, segundo resulta claramente do art. 487 da CLT, o *aviso prévio* é forma de *projeção* do vínculo empregatício para além do momento em que já não convém a uma das partes. E somente quando não cumprido por essa forma é que a lei prevê a compensação pecuniária (art. 487, §§). Ora, não me parece aceitável, juridicamente, que o ocupante de função de confiança, demissível *ad nutum*, como é notório e está previsto no art. 499 da mesma CLT, possa ser titular de semelhante direito. Seria totalmente absurdo.

Como assevera Mozart Victor Russomano, nos comentários ao art. 499:

«O ocupante do cargo de confiança não obtém, nunca, estabilidade na função, porque, sempre, depende da confiança que o empregador nele deposite, a qual pode desaparecer por pequenos fatos imponderáveis e quase imperceptíveis, aos olhos de terceiros.»

4. Aliás, o próprio art. 487 vincula o direito ao *aviso prévio* à rescisão do contrato laboral *sem justa causa* (*verbis*: «... a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir...»). E não há motivo mais justo do que o *desaparecimento da confiança*, para romper o vínculo que dela exclusivamente depende.

5. O Parecer nº N-43, de 13-8-80 (*DO* de 21-8-80), da dita Consultoria-Geral da República não cuidou da hipótese sob exame. Apenas procurou distinguir, para efeito de depósito do FGTS, entre dirigentes de sociedades de economia mista ou empresas públicas, não ocupantes de empregos ou funções de suas tabelas permanentes — razão de se não sujeitarem ao regime da CLT — e os ocupantes de função LT-DAS, pela própria definição submetidas a esse regime. Não cuidou da particularidade a que chegou o DASP por simples ilação.

6. Entendo que a concessão de *aviso prévio* ao ocupante de função de confiança não tem fundamento lógico-jurídico. Não somente pela natureza do vínculo, que torna inadmissível sua continuidade, por qualquer fração de tempo, contra a vontade de uma das partes, mas também pela demissibilidade *ad nutum*, que faz sempre *justa*, por presunção *iuris et de iure*, a despedida.»

Ouso discordar desse douto entendimento.

As autarquias têm, tão-somente, em relação aos seus empregados, os privilégios estabelecidos em lei, como exceção às normas contratuais e processuais de regência da legislação trabalhista consolidada, isto é, não podem os empregados sindicalizar-se, nem fazer greve, as decisões que lhes forem contrárias estão sujeitas a recurso de ofício, etc.

Nada se estabeleceu quanto ao *aviso prévio*, decorrente do contrato de trabalho e prolongamento seu, enquanto o empregado procura nova ocupação, seja a relação empregatícia decorrente, ou não, de função de confiança.

Conforme menciona a embargante, a Eg. 3ª Turma, no RO nº 5.157-MG, de que foi Relator o eminente Ministro Flaquer Scartezzini, deixou estabelecido:

«Trabalho. Função de confiança. Despedida sem justa causa.

— O simples fato de o empregado exercer função de confiança, não dá à Empresa o direito de despedi-lo sem arcar com o ônus da reparação.

— Procedência da reclamatória por ter ficado provada a relação de emprego e a dispensa do empregado sem justa causa. Parcelas devidas.»

Argumentou-se que a despedida, em si mesma, de função de confiança, implica em presunção *iuris et de jure*, da quebra dessa confiança. Com a devida vênia, penso que não, pois tal despedida pode dar-se, é certo, *ad nutum*, a um simples gesto, sem que tal implique, necessariamente, na quebra da confiança que o provimento do cargo implicou. Penso que a quebra de confiança resultaria, por exemplo, de falta de exaçaõ, ou de probidade, no cumprimento dos deveres do cargo, ou de negligência, ou qualquer outra causa que implique, não somente a quebra da fideducia, mas, também, do conceito do servidor. Ora, sabe-se que há dispensas, simplesmente, da função de confiança, para substituir um servidor por outro, ou, mesmo, para não designar ninguém, sem que tal dispensa, por si só, represente motivo justo.

Por outro lado, nada tem a ver a regra da concessão do *aviso prévio*, que tem outra motivação, com a da aquisição da estabilidade.

O chamamento de alguém a prestar serviços em cargo de Assessoramento Superior já implica, ao revés, no reconhecimento implícito de altas qualificações do servidor.

Pela natureza do serviço e por se tratar de função de confiança, uma vez que não se trata de contrato por tempo certo, logicamente se cuida de contrato por tempo indeterminado, conforme previsto no *caput* do art. 487, da CLT. Ora, a legislação consolidada somente veda a concessão do aviso prévio nos contratos por tempo determinado. E a razão é, doutrinariamente, correta, pois o aviso prévio, noticiando à outra parte que o seu contrato, por tempo indeterminado, terminou, transforma aquele prazo de vigência indeterminada em prazo certo, fatal; findo o tempo do aviso, findo estará o contrato.

O aviso prévio é instituto de ordem pública.

A concessão de aviso prévio faz presumir a inexistência de falta grave. Se negada àquele que exerceu cargo em comissão ou de confiança, regido pela legislação trabalhista, implicitamente se proclama, sem causa, que ele teria cometido falta grave, motivadora da dispensa. É o ensinamento que deflui da doutrina. Confirmam-se as opiniões de Russomano (Comentários à CLT, Forense, 10^a ed., pág. 580 e segs.) e Carrion (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, RT, 6^a ed., pág. 334 e segs.).

Assim, ao contrário do que proclama o v. Acórdão embargado, a dispensa de função de confiança não pode fazer presumir a quebra da confiança, mas, tão-somente, o desinteresse da Administração na continuidade dos serviços até ali prestados pelo servidor. Jamais que, pela dispensa, dever-se-ia presumir o cometimento de falta grave, que a doutrina esclarece seria o justo motivo. Somente não se concede aviso prévio se houver dispensa, com motivo *justo*. A qualificação do motivo — «justo» — acarreta todas as conseqüências implícitas. Ora, se a dispensa, nos cargos em comissão, pode operar-se sem precisar a Administração dar as razões, isto é, o seu motivo, este não se torna «justo» pelo silêncio. Muito pelo contrário. Tratando-se de pessoa qualificada, qual a que deve ocupar função de assessoramento superior, a dispensa, sem motivo esclarecido, embora legalmente possível, como término do contrato por tempo indeterminado, torna injusta a interrupção, súbita, do pacto laboral.

Por todas essas razões, de fato e de direito, recebo os embargos, para restaurar a r. sentença de primeiro grau, isto é, para que se reconheça à embargante o direito à concessão de aviso prévio e do 13^o salário correspondente.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente: Estou de acordo com o voto agora proferido pelo eminente Relator.

Ainda bem recentemente, na 2^a Turma, em uma de suas últimas sessões, votei em matéria idêntica, também concedendo o aviso prévio.

De forma que acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, na oportunidade do julgamento perante a 2^a Turma, dei meu voto de adesão ao eminente Ministro Costa Lima. Naquela oportunidade discutiu-se muito a aplicação do Parecer n^o 43, da Consultoria-Geral da República, e o Ministro Costa Lima bem situou a questão, mostrando que não se tratava da hipótese, pois o parecer apenas procurava distinguir o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço entre dirigentes de Sociedade de Economia Mista ou Empresas Públicas, não ocupantes de emprego ou função de suas tabelas permanentes.

Entendi que, realmente, esse parecer não se aplicava à hipótese. Como bem focalizou o eminente Ministro Otto Rocha, recentemente, a questão foi levada novamente à

Turma, e eu me coloquei em posição oposta porque o próprio DASP, expediu instrução normativa determinando o recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para esse pessoal, admitido em regime comissionado.

Ora, se assim admite, está reconhecido o vínculo empregatício, e, por via de consequência o aviso-prévio.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, recebendo os embargos.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Mantenho meu voto, rejeitando os embargos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, vou acompanhar o eminente Relator, apenas pela informação trazida agora pelo eminente Ministro William Patterson, de que a própria Administração está tendendo a reconhecer a similitude de situações, porque entendo, como o eminente Ministro Costa Lima, que há uma grande diferença entre o servidor ocupante de cargo em confiança e aquele que não o era, para efeito de rescisão do contrato.

De maneira que, com esta ressalva, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, antes mesmo da mudança de orientação da Administração, entendia devido o aviso-prévio, porque, embora seja cargo de confiança, é um cargo *sui generis*, porque é regido pela Legislação Trabalhista. Há, assim, contrato de trabalho por prazo indeterminado, que pode ser rescindido a qualquer tempo, pela Administração. Mas, no momento em que a Administração, sem justa causa, rescinde esse contrato de trabalho, deve pagar o aviso-prévio e os consectários todos.

Por este motivo, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 5.674 — RJ — (Reg. nº 2.403.943) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Paulo A. F. Sollberger. Embte.: Ofélia Marques de Oliveira Rodrigues. Embdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Paulo da Silva Pessoa e Hudson Righi Vieira.

Decisão: A 1.^a Seção do TFR, por maioria, recebeu os embargos. (Em 6-11-85).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Helio Pinheiro, Carlos Thibau, Costa Leite e Nilson Naves votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Costa Lima. Ausentou-se, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

REMESSA EX OFFÍCIO Nº 101.937 — SP
(Registro nº 7.182.171)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Guarulhos*

Partes: *Fundição Americana Ltda. — Massa falida e União Federal*

Advogados: *Dr. Alfredo Luiz Kugelmas*

EMENTA: Execução fiscal embargada por massa falida. Imposto sobre produtos industrializados. Exigência de pagamento de juros, multa moratória e encargo do DL nº 1.025/69.

Sendo a falência posterior à edição do DL nº 1.893/81 e tendo em vista decisão do Plenário do TFR, dando pela inconstitucionalidade do artigo 9º do mencionado diploma (DJ de 17-XII-87), irreprochável a sentença no que concerne à exclusão da multa, frente ao disposto no artigo 23, parágrafo único, da Lei de Falências.

Inexigível, outrossim, da massa falida, o encargo do DL nº 1.025/69, por sua similitude com honorários advocatícios.

Precedentes jurisprudenciais nas Apelações Cíveis nºs 100.552-SP e 96.403-SP, julgadas em 10-XI-87 e 28-3-88, respectivamente.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 8 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Apreciando os embargos opostos pela Massa Falida de Fundição Americana Limitada à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, visando à cobrança de Imposto sobre Produtos Industrializados, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Guarulhos, pela sentença de fls. 11/13, entendeu legítima a exigência da exequente quanto ao pagamento dos juros, e

inexigível a pretensão quanto ao recebimento das verbas relativas à multa moratória e encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69, pelo que julgou parcialmente procedentes referidos embargos.

Sem recurso voluntário, os autos subiram em obediência ao duplo grau de jurisdição, opinando a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da sentença, em ordem a incluir na condenação a multa e o encargo previsto no aludido Decreto-Lei nº 1.025/69 — fl. 17.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Eis o *decisum*, em sua parte essencial (fls. 11/12):

«Pleiteia a embargante a exclusão das verbas sob as rubricas, multa, juros e honorários advocatícios, uma vez que a Massa não está obrigada a tais pagamentos, na forma da legislação própria, que é a Lei de Falências.

A pretensão da embargante é de ser atendida, no tocante à multa de mora e honorários advocatícios, previstos estes no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69, frente ao que dispõe o art. 23, parágrafo único da Lei Falimentar, que diz:

«Não podem ser reclamados na falência: II — as despesas que os credores individualmente fizerem para tomar parte na falência salvo custas judiciais em litígio com a massa; III— as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas».

Como se vê, efetivamente, a verba referente à multa moratória não encontra amparo na norma legal acima. No mesmo passo é o entendimento da jurisprudência, contido na Súmula 565, do STF:

«a multa moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência».

No que concerne ao encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69, que é verdadeira honorária advocatícia, é oportuno citar trecho do relatório do inclito Desembargador Vieira Mota, na apelação nº 50.181-2, de 22-8-83:

«No que tange à honorária de advogado, esta conforme a sistemática, não será devida pela massa, inda que vencida. Basta atentar nos três dispositivos citados, em especial o art. 23, parágrafo único, II: a massa paga custas judiciais, mas não outras despesas — «que os credores individualmente fizerem». Quer dizer, não pagará honorários de advogado dos credores vitoriosos. E aliás nem pagará custas a advogados dos credores». Acórdão unânime da Egrégia Décima Oitava Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Quanto aos juros, não tem razão a embargante, já que o art. 26 da Lei Falimentar acentua que os mesmos não se tornam devidos somente se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal. Cabia à embargante demonstrar, de pronto, que os bens arrecadados não são suficientes para o pagamento do principal, como determina a norma legal atrás referida».

Tratando-se na espécie, de submissão do julgado ao duplo grau jurisdicional, não pode o Tribunal alterar a sentença naquilo em que, através dela, foi favorecida a União, senão na parte contrária ao interesse desta.

Ora, quanto a isso, a exclusão da multa e do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69 não se coaduna, quanto à multa, com o disposto no Decreto-Lei nº 1.893/81, artigo 9º, que a considera encargo da massa falida, já que a falência é posterior à respectiva edição; quanto ao mencionado encargo, o artigo 1º daquele outro Decreto-Lei não o afeiçoa à natureza de honorários advocatícios, dando-lhe a denominação de taxa.

Destarte, reformo a sentença remetida, para julgar improcedentes os embargos e incluir no *quantum* da execução as verbas acima especificadas.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Srs. Ministros, peço vênha para suscitar uma preliminar.

Penso que o Decreto-Lei nº 1.893, de 16-12-81, artigo 9º, ao dispor que os créditos da Fazenda Nacional, decorrentes de multas e penalidades pecuniárias, aplicadas até a data da decretação da falência, constituem encargos da massa falida, é inconstitucional.

É que, Srs. Ministros, a matéria é de Direito Comercial Falimentar e não de Direito Tributário. E tanto não é de Direito Tributário, que a Lei de Falências, o DL 7.661/45, artigo 23, parág. único, III, dispõe a respeito, a dizer que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas. O Egrégio Supremo Tribunal Federal interpretou, exaustivamente, esse dispositivo da Lei de Falências, art. 23, III, e editou as Súmulas nºs 191, 192 e 565, impedindo a cobrança de multas fiscais da massa falida, quer sejam punitivas, quer sejam moratórias. O que o Poder Executivo pretendeu, pois, com o DL 1.893/81, art. 9º, foi liquidar com a jurisprudência predominante da Corte Suprema, cristalizada nos verbetes das Súmulas 192 e 565. Laborou, entretanto, ao arrepiar da Constituição, porque, conforme acima falamos, o Presidente da República não pode legislar, através de decreto-lei, em tema de Direito Comercial (Constituição, artigo 55).

Destarte, suscita a inconstitucionalidade do artigo 9º do DL 1.893/81. Na forma do disposto no Regimento Interno, art. 176 e §§, proponho a instauração do processo constitucional, remetendo-se o feito ao julgamento do Tribunal Pleno.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, como já me manifestei em outra ocasião, considero perfeitamente constitucional o dispositivo, posto que, aquilo que diz com a exibibilidade de multa tributária é matéria de finanças públicas, podendo ser regulada por decreto-lei, nos termos do art. 55, II da Constituição.

O Código de Processo Civil, em seu art. 481, deixa expresso que se a alegação de inconstitucionalidade for rejeitada o julgamento prosseguirá.

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Aparte): Veja bem, a alegação, e não a inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Rejeitar a alegação de inconstitucionalidade é o mesmo que dizer que a lei é constitucional, que não existe o vício de inconstitucionalidade. É preciso ficar claro que o simples fato de levantar-se a arguição de inconstitucionalidade não implica submissão do tema ao Plenário.

A Constituição estabelece que a declaração de inconstitucionalidade depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Daí não se segue que toda questão relativa a constitucionalidade das leis haja de ser levada ao Plenário. Nada impede, com efeito, que o órgão fracionário da Corte rejeite desde logo a alegação. Isto ocorrendo, prossegue-se no julgamento. Após a edição do Código de 1973, não mais se controverte quanto a isso na doutrina. Nem poderia ser de forma diversa, ante a clareza do texto constante do artigo 481 do Código de Processo Civil:

«Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno.»

Em suma: se a Turma acolher a arguição, a eficácia desta decisão será apenas de forçar o exame pelo Plenário; se a rejeitar, entretanto, o julgamento seguirá seu curso normal.

Isto não tem a ver com a permissão regimental de rejeitar-se determinadas matérias à apreciação do órgão mais amplo, em certas circunstâncias. Assim é que a Turma pode submeter uma questão à Seção quando convier pronunciamiento desta para evitar divergência entre os órgãos que a integram. Não é disso que aqui se cogita. Estaria até de acordo que, no caso, assim se procedesse. Levar ao Pleno, entretanto, arguição de inconstitucionalidade já repelida pela Turma, não se me afigura, *data venia*, ortodoxo.

ARGÜIÇÃO DE PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Eminentíssimo Ministro, a Lei de Falências cuida do tema. O DL 1.893/81, art. 9º, está revogando a Lei de Falências, art. 23, III.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Boa parte da Lei de Falências é de natureza processual. Nada impede que na Lei de Falências se encontre um dispositivo...

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Mas, eminentíssimo Ministro, a questão é de direito substancial, pois cuida de encargo da massa.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Estabelecer se uma multa tributária deve ser paga pelo falido é matéria que diz com Finanças Públicas.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: V. Exa. me desculpe, mas veja: havia disposições tributárias a respeito, mandando cobrar multas da massa, e o Egrégio Supremo Tribunal não permitiu, com base na Lei de Falências.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mas não é por falha. A Lei de Falências não tem hierarquia superior sobre as outras leis. Apenas se quer saber se essa norma é de finança pública ou não.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A Lei de Falências não tem hierarquia superior às demais leis ordinárias, é certo; a Lei de Falências, concordo com V. Exa., contém matéria processual, e não sei se contém matéria tributária, porque não deveria conter. Agora, o que penso é que quando ela cuida de encargos da massa falida, ela cuida de matéria de Direito Comercial falimentar, exclusivamente. De outro lado, não podemos emprestar interpretação ampla à disposição constante do art. 55 da Constituição, preceito que deve ser entendido como exceção. A matéria merece, em verdade, ser examinada pelo nosso Plenário.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Inobstante as considerações que teci acompanhando o raciocínio do Ministro Eduardo Ribeiro, considerando que essa questão de incidência ou não da multa quanto à massa falida, é matéria de Direito Financeiro ou Tributário e, no âmbito, portanto, do decreto-lei — não me oponho a que se submeta ao Pleno a questão da inconstitucionalidade.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Lá, no Plenário, a questão será amplamente debatida.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mas isso podemos submeter com fundamento em quê? Não em arguição de inconstitucionalidade.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sim, em arguição de inconstitucionalidade a matéria pode ser levada ao julgamento do Tribunal Pleno.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não, porque a arguição de inconstitucionalidade só é submetida ao Plenário se acolhida pela Turma.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Pois estou submetendo a questão à Turma, que pode acolhê-la, ou não.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Eu não estava advertido disso que V. Exa. está dizendo agora, de que só se acolhida pela Turma. Mas, acho que esse acolhimento é acolhimento puro e simples da questão preliminar.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não, o Código de Processo Civil é muito claro: se a alegação for rejeitada, prossegue-se no julgamento; se acolhida, suspende-se o julgamento.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Perfeito, eminente Ministro. É o que diz o nosso Regimento Interno, também.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Tanto não é isso que na submissão da questão ao Pleno nós teremos voto. Não podemos antecipar o voto, se é ou não constitucional.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Podemos e devemos.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sim, ao decidirmos pelo acolhimento da argüição. Todavia, V. Exa., no Pleno, pode, sem compromisso, votar se é constitucional ou não. Pois é no Tribunal Pleno que a matéria recebe decisão definitiva.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não é qualquer argüição de inconstitucionalidade que submete o processo ao Pleno. Assim fosse, seria a forma mais fácil de se encaminhar.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: V. Exa. não admite que a questão ora em discussão é de relevância?

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Parece-me que há um dispositivo regimental que permite às Turmas submeter questões relevantes. O que eu não quero é submeter a título de se obedecer ao processo de argüição de inconstitucionalidade porque não sabemos. Agora, parece-me que há um dispositivo regimental que diz que as Turmas poderão submeter questões de relevância. E é o que estou tentando encontrar.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A inconstitucionalidade, no Regimento, está nos arts. 175 e seguintes: (lê). Estou ponderando que a matéria é relevante.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mas é a submissão a esses fundamentos, eminente Ministro Carlos Velloso, que eu quero ponderar a V. Exa. Não tem nada a ver com relevância, tem a ver com acolhimento ou não.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: V. Exa. pode acolher e declarar que no Plenário examinará a questão, que, acho, é da maior relevância, eminente Ministro.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Toda questão é relevante para o Plenário. Há milhares de questões relevantes. Ontem nós acabamos de julgar uma questão relevantíssima que nem por isso foi ao Plenário.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Não de inconstitucionalidade, eminente Ministro.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Argüia-se inconstitucionalidade sim, eminente Ministro.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: O Sr. Ministro Relator não argüiu, ninguém argüiu, nem a Turma poderia decidir, definitivamente, matéria de inconstitucionalidade.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Veja Ministro Carlos Velloso, por favor, entenda o que estou dizendo. Parece que há um dispositivo regimental, V. Exa. conhece bem o Regimento, mesmo porque V. Exa. é o autor, que permite à Turma submeter ao Plenário.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Minha proposição é a de que acolham a inconstitucionalidade, submetendo o feito ao Plenário.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não é que seja relevante, eminente Ministro. Toda argüição de inconstitucionalidade é relevante.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Reporto-me ao elaborado à fl. 20, nestes termos: (lê).

O feito foi submetido à apreciação da Turma, oportunidade em que se deliberou suscitar a inconstitucionalidade do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.893/81, incidente que restou prejudicado em face de decisão Plenária anterior sobre a matéria (fl. 49).

Assim, retornam os autos para julgamento do mérito da causa.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sr. Presidente.

Entendo que o Regimento indica a remessa do feito ao Pleno sempre que argüida questão de inconstitucionalidade.

Não vejo óbice a que se remeta o feito à decisão do Tribunal Pleno, para apreciação da argüida inconstitucionalidade, sem compromisso do meu voto na Turma, no sentido de não considerar inconstitucional o preceito.

Portanto, estou de acordo com V. Exa.

Acolho a preliminar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A sentença acolheu parcialmente os embargos para excluir da dívida as verbas relativas à multa e ao DL 1.025/69, frente ao disposto no art. 23, § único da Lei Falimentar.

Assentada a jurisprudência da corte no que respeita à inexigibilidade da multa prevista no art. 9º do Decreto-Lei nº 1.893/81, após decisão do Plenário na Argüição de Inconstitucionalidade suscitada na AC nº 98.597-SP (acórdão *in DJU* de 17-12-87), sob esse aspecto irreprovável se mostra o *decisum*.

No que tange à verba do Decreto-Lei nº 1.025/69, dada a sua similitude com os honorários advocatícios, é igualmente indevida em execuções movimentadas contra a massa falida. Nesse sentido vem decidindo reiteradamente a Turma, *verbi gratia* nas Apelações Cíveis nºs 100.552 — SP e 96.403 — SP, julgadas em 10-11-87 e 28-3-88, e, ainda, no Ag nº 51.487 RS, assentada de 9-5-88.

Do exposto, confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 101.937 — SP — (Reg. nº 7.182.171). Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Guarulhos. Partes: Fundação Americana Ltda. — Massa Falida, União Federal. Advogado: Dr. Alfredo Luiz Kugelmas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença (Em 8-8-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

REMESSA «EX OFFICIO» Nº 126.232 — SP
(Registro nº 88.0000.712-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara-SP*

Partes: *Roberto Vautier Franco — União Federal*

Advogados: *Dr. Eduardo Guimarães Falone e outros (1ª parte)*

EMENTA: Empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários. Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86. Inconstitucionalidade.

I — É inconstitucional o empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86.

II — Sentença confirmada.

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, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1988 (data de julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A sentença concedeu a segurança, ao fundamento de ser inconstitucional o empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86.

Regularmente processado o feito, subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela reforma da sentença, a fim de ser cassada a segurança.

É o relatório.

EMENTA: Empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários. Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86. Inconstitucionalidade.

I — É inconstitucional o empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86.

II — Sentença confirmada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao julgar o incidente de inconstitucionalidade, suscitado na AMS nº 116.582-SP, Relator Ministro Pedro Acioli, o Pleno desta Corte, em julgamento complementado em 13-10-88, declarou a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86.

Reportando-me aos fundamentos do voto-anexo, que, naquela assentada proferi, confirmo a sentença.

EMENTA: Empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários. Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86. Inconstitucionalidade.

I — É inconstitucional o empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 27-7-86.

II — Incidente de inconstitucionalidade que se argúi, a ser dirimido pelo Egrégio Tribunal Pleno (Constituição, art. 116).

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Consiste a questão em saber se é constitucional a exigência do empréstimo compulsório dos adquirentes de automóveis e veículos utilitários, instituído pelo art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986, *para absorção temporária do excesso de poder aquisitivo*.

A natureza jurídica dos empréstimos compulsórios constitui matéria muito polêmica, especialmente se examinada a partir de correntes de pensamento afloradas em sistemas jurídicos alienígenas. Por isso mesmo, para evitar digressões, é conveniente que o assunto seja apreciado à vista dos textos constitucionais e legais de regência. No Brasil, sob a égide da Constituição de 1946, destacada corrente doutrinária já sustentava a sua natureza tributária (Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro, Amílcar de Araújo Falcão, Alfredo Augusto Becker, Alcides Jorge Costa). Todavia, o Supremo Tribunal Federal negou-lhe a característica de tributo, segundo se depreende da Súmula nº 418, nestes termos:

«O empréstimo compulsório não é tributo e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional de prévia autorização orçamentária».

Penso, porém, que não mais se pode negar a natureza tributária do empréstimo compulsório, a partir da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, e, em especial, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que assim dispôs sobre a matéria:

«Art. 18.
.....

§ 3º Somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderá instituir empréstimo compulsório».

«Art. 21.

§ 2º A União pode instituir:

I —

II — Empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário».

À luz dos transcritos dispositivos, tem-se sustentado que a Constituição prevê duas modalidades de empréstimos compulsórios: o primeiro relativo a «casos excepcionais» e o outro a «casos especiais».

Todavia, na ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado na AMS 103.166 — DF, que ensejou a edição da Súmula nº 236, atinente ao empréstimo compulsório criado pelo Decreto-Lei nº 2.047, de 1983, votei, como já o fizera na Turma, na consonância da tese sustentada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, no sentido de que o § 3º do art. 18 da Constituição não criou nenhuma espécie de empréstimo compulsório; cingiu-se a proibir a sua instituição pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Daí ter concluído que a regra constante do art. 21, § 2º, II, da Carta Magna, abrange todo empréstimo compulsório que vier a ser instituído.

Continuando a meditar sobre o assunto, mais convencido fiquei do acerto da referida orientação. Com efeito, não é possível, no caso, agarrar-se à tese sustentada pela Fazenda de que a Constituição não contém palavras inúteis, não havendo confundir os «casos especiais» com os «casos excepcionais» referidos nos seu texto. A meu ver, na hermenêutica do texto constitucional, de tão alta indagação, não se deve ater-se à sua letra, mas ao seu espírito. Assim procedendo, cumpre admitir-se que todo empréstimo compulsório é excepcional, destinando-se a atender a situações de emergência. Daí serem sinônimas as expressões «casos especiais» e «casos excepcionais». Todavia, a razão maior que repele a preconizada distinção foi bem flagrada pelo insigne Rubens Gomes de Souza, ao dizer (Normas Gerais de Direito Financeiro, pág. 29):

«Num país de discriminação tributária rígida como o Brasil, o empréstimo compulsório pode facilmente transformar-se no processo técnico ideal de fraude à lei pelo próprio governo; em vez de criar impostos, criam-se empréstimos compulsórios, e o deslocamento do problema, dentro do quadro do direito financeiro, do capítulo da receita tributária para o capítulo do crédito público, eliminará de um golpe todas as limitações constitucionais ao poder de tributar».

Tal observação do notável tributarista é profética. Hoje, vivemos sob o pálio de um sistema tributário implantado através de decretos-leis. A grande conquista dos povos civilizados, segundo a qual não é possível tributar sem ouvir aqueles que vão pagar os tributos, através dos seus representantes — *no taxation Without representation* — tem sido, em nosso País, reiteradamente, postergada pelos nossos governantes. Daí a desorganização da economia, com a exacerbada inflação destruidora do sistema produtivo, ensejando a queda da arrecadação dos tributos, não obstante o aumento cada vez maior da volúpia em amealhá-los.

O caso concreto atesta que o pranteado Professor tinha razão. Por que o governo, ao invés de aumentar a alíquota do IPI, para inibir a aquisição de veículos automotores, o que, inclusive estaria a salvo do princípio da anterioridade (art. 153, § 29, da Constituição), preferiu criar o empréstimo compulsório? Possivelmente, para que o acréscimo de preço do produto não refletisse no cálculo oficial da inflação. Por isso, optou-se por instituir um novo tributo, afastando-se a possibilidade de alterar-se para mais a alíquota do citado imposto expressamente previsto na Constituição.

Cabe, porém, prosseguir no exame da matéria. O empréstimo compulsório, segundo já assinalai, é tributo. Em qual categoria se enquadra? A meu ver, trata-se de «imposto restituível», categoria aceita por significativa corrente doutrinária, à vista do art. 4º do CTN, *in verbis*:

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

I — a denominação e demais características adotadas pela lei:

II — a destinação legal do produto da sua arrecadação».

Com as singelas disseptações feitas ao correr da pena, impõe-se, agora, examinar o questionado empréstimo compulsório exigido dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários. Será a exação um verdadeiro empréstimo compulsório? No meu entender, não se enquadra no instituto na categoria de «empréstimo compulsório», entendido este como «imposto restituível». Trata-se, na verdade, de um «imposto novo» ou, então, de uma espécie ainda não existente no nosso Direito legislado, o denominado «investimento compulsório». Senão vejamos.

Diz o art. 16 do CTN:

«Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte».

Em concreto, o parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei citado diz que o sujeito é o «adquirente de automóveis de passeio e utilitários». O art. 11 estabelece que a base de cálculo é o «preço da aquisição», isto é, o «valor da operação». O fato gerador é a «aquisição», ocorrendo o «momento de incidência» no «ato da aquisição» (art. 13). Trata-se, pois, de imposto novo.

E por quê não se cuida de «empréstimo compulsório»? Porque diz o Código Civil que empréstimo de coisas fungíveis é o mútuo, sendo o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 1.256). Daí que o empréstimo em dinheiro há de ser restituído, também, em dinheiro.

E esse há de ser o conceito de empréstimo, sob o seu aspecto tributário, *ex vi* do art. 110 do CTN, a dizer:

«A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias».

Em tal contexto, como a exação em questão não será devolvida em dinheiro, mas em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento, criado pelo prefalado Decreto-lei, conforme estabelece o seu art. 16, não há como qualificá-la de «empréstimo compulsório». Trata-se, na verdade, de imposto novo e, como tal, a sua restituição haveria de ater-se aos parâmetros do § 1º do art. 21 da Constituição, nestes termos:

«A União poderá instituir outros impostos, além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos previstos nos arts. 23 e 24».

Acontece que a exação questionada tem o mesmo fato gerador (saída da mercadoria = aquisição da propriedade) e base de cálculo (preço da aquisição) do ICM. Portanto, a sua instituição, ensejou, sem dúvida, a invasão da área tributária da competência dos Estados.

Note-se que, a entender-se que o empréstimo *sub examen* se enquadra no conceito de «investimento compulsório», a sua cobrança, também, não encontra apoio na Constituição vigente, sob cuja égide foi instituída.

Cabe um último exame do tema controvertido. Ainda para aqueles que admitem a distinção entre «empréstimos compulsórios excepcionais» e «empréstimos compulsórios especiais», a exação é inconstitucional. De fato, sustentam tais tributaristas que as hipóteses previstas no art. 15 do CTN concernem aos «empréstimos tributários excepcionais», referidos no art. 18, § 3º, da Constituição, os quais não estariam sujeitos às disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário», a que se refere o art. 21, § 2º, II, da Constituição. Aplicar-se-iam as referidas disposições constitucionais e normas gerais apenas aos «empréstimos compulsórios especiais» definidos em lei complementar. Tendo presentes tais distinções, dizem os ilustres estudiosos da matéria que o empréstimo compulsório, ora em exame, não se enquadra na categoria de «excepcional», mas na de «especial» e, por isso, só poderia ser criado por lei complementar, como aquele instituído pela Lei Complementar nº 13, de 1972, em favor da Eletrobrás. Nesse sentido, aduzem que, embora o Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, mencione expressamente o art. 15, III, do CTN e afirme, no seu art. 10, que o empréstimo compulsório, por ele criado, se destine à «absorção temporária do poder aquisitivo» isso não corresponde à realidade. A propósito, afirmam, com apoio dentre outros em Aliomar Baleeiro, que o art. 15, III, do CTN, tem caráter extrafiscal como instrumento de combate à inflação. Destina-se a enfrentar situações de hiperinflação, hipótese não ocorrente à época em que foi instituída a exação sob exame, conforme é do conhecimento geral.

Na verdade, o fim visado pelo governo, ao criar o empréstimo compulsório, ora questionado, foi o de «redirecionar o consumo para o investimento», hipótese não contemplada no art. 15, III, do CTN. Em razão disso, impunha-se que a sua criação se efetivasse através de lei complementar e não de lei ordinária, sujeita à regra da anterioridade.

Em suma, o empréstimo compulsório exigido dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários é inconstitucional.

a) por ser imposto novo, invade a área de competência tributária do Estado, com ofensa do art. 21, § 1º, da Constituição;

b) mesmo que se o entenda como «investimento compulsório», viola a Carta Magna, que não prevê a possibilidade de cobrança de tal exação;

c) ainda que se admita tratar-se de empréstimo compulsório e a sua dicotomia entre «excepcionais» e «especiais», é inconstitucional, pois, enquadrando-se na categoria de «especial», só poderia ser criado por lei complementar e não por lei ordinária;

d) finalmente, seja como imposto, seja como empréstimo compulsório, a sua cobrança está, no caso, sujeita à regra constitucional da anterioridade (Constituição, art. 153, § 29).

À vista do exposto, argüo a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório concernente aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários, a que se refere o art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.288, de 23-7-86, a ser dirimida pelo Egrégio Tribunal Pleno (Constituição, art. 116).

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 126.232 — SP — (Reg. nº 88.0000.712-0) — Rel.: Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. Partes: Roberto Vautier Franco e União Federal. Advogados: Drs. Eduardo Guimarães Falone e outros (1ª Parte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (Em 26-10-88 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.