JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.221 — SP
(Registro nº 6.188.796)

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

Autor: *Albertino Pereira Gonçalves*

Réu: *INPS*

Advogado: *Dr. Mauro Lúcio Alonso Carneiro*

EMENTA: Processual civil. Ação rescisória. Documento novo.

Não pode ser considerada documento novo, para fim do disposto no art. 485, VII, do CPC, a Circular nº 170, de 30-10-84, do INPS, em que se classifica como insalubre a atividade desenvolvida pelo segurado, se o acórdão rescindendo transitou em julgado em 18-10-84, havendo dado razoável interpretação à legislação então vigente (Lei nº 5.890/73, art. 3º, e Decreto nº 83.080/79, art. 60).

A expressão «documento novo», constante do texto processual, refere-se à obtenção de documento já existente que, somente após a decisão rescindenda, poderia ser utilizado ou teria ficado conhecido da parte, e não à manifestação de vontade emitida depois dessa decisão, ou à ocasião em que veio a se formar esse documento.

Ação inadmissível.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar inadmissível a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, em 2 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Com fundamento no inciso VII do art. 485 do CPC o segurado Albertino Pereira Gonçalves propôs a presente ação contra o INPS com o objetivo de rescindir acórdão proferido na AC 90.820-SP, pela E. 2ª Turma, relator o Sr. Ministro Costa Lima, que deu provimento ao recurso da autarquia para reformar a sentença de primeira instância e julgar improcedente ação ordi-

nária em que o autor pretendia obter aposentadoria especial, aos 25 anos de serviço, como empregado da PETROBRÁS, exposto continuadamente a agentes físicos e químicos agressivos à saúde.

Como a atividade exercida pelo autor na empresa não estivesse relacionada no Quadro específico, a E. 2ª Turma, à unanimidade, entendeu que o autor não teria direito ao benefício, em face do que dispõem os arts. 60 e 62 do Decreto nº 83.080/79 (fls. 41/48).

O autor argumenta que, em 30-10-84, o próprio INPS baixou a Circular nº 170, classificatória, como insalubre, de sua atividade de operador de processamento, sendo esse o documento novo que ele obteve depois da decisão rescindenda, cuja apresentação assegurar-lhe-ia, por si só, pronunciamento favorável.

Embora tivesse obtido a procedência da ação ordinária, em primeira instância, o autor cumula o pedido de rescisão do acórdão com o de proferimento de novo julgamento, ao invés de requerer, simplesmente, o restabelecimento da decisão reformada.

O réu contestou a rescisória sustentando que o autor desejaria, em realidade, o reexame da prova, e que o documento novo não bastaria, por si só, para desconstituir o acórdão.

Alegações finais às fls. 209/211 e 213/214, respectivamente.

Parecer da douta SGR, pela improcedência do pedido (fls. 216/218).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A Súmula 198, editada por esta Seção, em 1985, após a prolação da decisão rescindenda, assevera que

> «Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento».

Já seria, pois, inadmissível a presente ação rescisória, se fundada no inciso V do art. 485 do CPC, face ao disposto na Súmula 134 desta Corte, ou na Súmula 343 do E. STF.

Mesmo tendo por fundamento o inciso VII do dispositivo processual, parece-me que o resultado deva ser igual, quanto à inadmissibilidade da ação.

A respeito, endosso o parecer da douta SGR, da lavra da Dra. Marilene da Costa Ferreira, e aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, *in verbis*:

> «J. C. Barbosa Moreira, *in* «Comentários o Código de Processo Civil, Vol. V, 4ª Edição, assim, expressa:
>
> > «Por «documento novo» não se deve entender aqui o *constituído* posteriormente. O adjetivo 'novo' expressa o fato de só *agora* ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento *já existisse* ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento «cuja existência» a parte ignorava é, obviamente, documento que *existia*; documento de que ela «não pôde fazer uso» é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto *existia*».
>
> Nesse mesmo sentido, expressaram, respectivamente, Sérgio Sahione Fadel, «Código de Processo Civil Comentado», e Ada Pelegrini Grinover (*in* Direito Processual Civil, nº VII, 2ª Edição), *verbis*:

«A obtenção do documento é que é nova; não o próprio documento em si, que deverá preceder a prolação da sentença a ser rescindida. O documento posterior à sentença passada em julgado não a invalida».

«Entende-se por «documento novo» o documento que só após a sentença rescindenda poderia ser utilizado; não o documento posteriormente constituído».

Ora, no caso *sub judice,* o Autor amparou-se unicamente no inciso VII do artigo 485 do CPC, apresentando como prova da existência de «documento novo», necessário à procedibilidade da rescisória, a Circular nº 170, de *30-10-84*, (fl. 51), quando o Acórdão rescindendo, proferido em conformidade com a legislação à época vigente (artigo 9º da Lei nº 5.890/73, combinado com o artigo 60, do RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79), foi julgado em *4-9-84*, havendo transitado em julgado em 18-10-84 (fl. 49), tratando-se, portanto, de documento constituído posteriormente à decisão rescindenda, e, em assim sendo, não se constata o requisito alegado (artigo 485, VII, do CPC).» (Fls. 217/218).

Por *fas* ou por *nefas*, o certo é que no acórdão rescindendo decidiu-se segundo interpretação jurisprudencial até então tida como razoável, segundo as circunstâncias de fato e de direito que, até então, se apresentavam, ou sejam, os de que, até aquele momento, a atividade profissional do autor não era oficialmente considerada como insalubre, nociva ou perigosa, e só ao regulamento caberia incluí-la no rol daquelas objeto da tutela especial.

Ante o exposto, julgo inadmissível a presente ação, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios do réu, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, bem como à perda do depósito prévio em favor da parte vencedora.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AR 1.221 — SP — (Reg. nº 6.188.796) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Autor: Albertino Pereira Gonçalves. Réu: INPS. Advogado: Dr. Mauro Lúcio Alonso Carneiro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou inadmissível a ação (Julg. em 2-12-87 — 1ª Seção).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Assis Toledo, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Otto Rocha, William Patterson e Bueno de Souza votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.536 — RJ
(Registro nº 9.520.775)

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

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Autor: *Sebastião Santos Galito dos Reis*

Ré: *União Federal*

Advogados: *Dr. Fernando Rayol Lobo e outro*

EMENTA: Processual Civil. Ação Rescisória. Erro de fato. Administrativo. Militar.

Doença preexistente à incorporação, mas agravada de modo irreversível durante o serviço militar obrigatório.

Direito à reforma.

Procedência da ação rescisória para reconhecimento desse direito.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator para acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por sentença de 20-5-85, o Juiz Federal Paulo Freitas Barata julgou improcedente a ação movida por Sebastião Santos Galito dos Reis contra a União Federal, nestes termos:

> «O autor foi incorporado ao Exército no dia 3 de fevereiro de 1979 e licenciado em 11 de fevereiro de 1981, por incapacidade física definitiva constatada pela Junta de Inspeção de Saúde Geral do Hospital Central do Exército, que em sessão nº 12, de 11 de fevereiro de 1981, exarou o seguinte parecer:
>
> 'Diagnóstico: Hanseníase Lepromatosa. Rev. 75 OMS.
>
> Parecer: Incapaz C por incapacidade física para o serviço militar. A afecção preexistia à incorporação' (doc. de fl. 20).'

Ora, o próprio autor confessa, em seu pedido inicial, que desde seus 9 (nove) anos de idade é portador de Mal de Hansen. A doença, comprovadamente, preexistia à incorporação, sendo irrelevante, no caso, que tenha sido julgado apto por ocasião do exame para prestação do serviço militar obrigatório.

O autor afirma que 'efetivamente, o serviço militar foi a causa eficiente para alterar as condições de sua moléstia, que agora, tal a sua gravidade, tornou-o definitivamente incapaz e obriga-o à permanente assistência médica' (fl. 28).

Contudo, a prova pericial não corrobora tal assertiva.

A perita informa:

> 'Não são poucos os casos de Hanseníase Virchowiana em que observamos surtos de agudização do quadro, quando este se torna extremamente doloroso para tais pacientes e preocupam profundamente os médicos que os tratam — são as Reações Hansênicas. Entretanto, diversos são os fatores que podem desencadear tais Reações. Só para exemplificar, citamos: doenças intercorrentes e suspensão terapêutica específica. Contudo, há pacientes que apresentam este tipo de evolução, mesmo quando sob controle médico e fazendo uso da medicação adequada' (fl. 69).

No mesmo sentido é a manifestação do assistente-técnico da ré.

> 'Os portadores de Hanseníase Virchowiana sofrem, com freqüência piora repentina da doença, é a chamada Reação Hansênica: aparecem novas lesões, duras, tipo 'caroços' (nódulos), localizados profundamente na pele. Essas lesões têm preferência pelos membros e face e nos casos mais graves poderão generalizar-se; os troncos nervosos ficam espessados, dores articulares, febre, falta de apetite e astenia podem se apresentar. Esta relacionada com a imunidade do indivíduo. Esta reação pode ser precipitada por ingestão de iodete de potássio, vacinação antivariólica, infecções, podendo ocorrer como acontece em um grande número de casos, com pacientes sob tratamento para Hanseníase ou nos que interromperam este tratamento' (fl. 77).

Também não restou comprovada a alegada impossibilidade para o exercício de qualquer atividade. É o próprio assistente-técnico do autor que esclarece:

> 'Estas situações agudas da doença, embora não sejam constantes, diminuem de muito suas condições de trabalho neste período, muito embora, não o incapacitam para o serviço depois que os surtos desaparecem. São períodos desagradáveis na vida do *Virchowiano*, mas vão cedendo com o tratamento específico, permitindo, no fim de algum tempo, uma perfeita acomodação de trabalho' (fls. 84/85).

Finalmente, diga-se que não há nexo causal entre as condições em que o serviço militar foi prestado e o agravamento da doença do autor. 'Não existe nada descrito na Literatura Médica em relação de causa e efeito de esforço físico com Hanseníase. O hanseniano não sofre nenhuma restrição de esforço também na fase de tratamento' (fl. 78).

Não se pode negar que o autor, por padecer do mal que padece, sentirá sempre dificuldade em arranjar emprego fixo. Contudo, tal fato não serve, por si só, de suporte às suas pretensões.

Por tais fundamentos,

Julgo a ação improcedente, condenando o autor nas custas e nos honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.»

2. Com o trânsito em julgado da sentença, quer, no momento, o seu autor rescindi-la, com a alegação de erro de fato (CPC, art. 485, inciso IX), *in verbis*:

«A presente ação rescisória tem por fundamento o inciso IX do art. 485 do Cód. de Processo Civil e o seu objeto é a respeitável sentença que decidiu a questão, contra a mesma se insurgindo o autor, propondo a sua rescisão.

A respeitável sentença prolatada pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz, *data venia*, foi fundada em erro de fato, por considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Pelo documento de fl. 6 (em anexo) e pelos laudos periciais tanto do Perito do Juízo como do Assistente Técnico ficou evidenciado não só a preexistência da doença de hansen anterior à sua incorporação ocorrida em 3-2-79, como também o seu agravamento pelas condições inerentes ao serviço militar que prestou.»

. . . . . .

«Restou comprovada que S. Ex.ª ao prolatar a respeitável sentença rescindenda *data venia*, o fez analisando na hipótese de que o hanseniano mesmo tratando-se pode vir a ter surto de agudização do quadro, porém no caso do autor foi a falta de tratamento específico que agravou o seu estado de saúde, conforme declaração da Ilma. Perita do Juízo de fl. 69 corroborada pelo Assistente Técnico de fls. 84/85, saindo do estado latente para o estado de evolução irreversível da doença, a prova disso é que o paciente continua segregado na referida Colônia.»

. . . . . .

«Deve a respeitável sentença de S. Exa. ser rescindida, concedendo ao autor a oportunidade de uma melhor e correta apreciação dos laudos, pois ao julgar o feito achou o Exmo. Dr. Juiz não haver nexo causal entre as condições em que o serviço militar foi prestado e o agravamento da doença do autor.»

Pede o seguinte:

«Espera seja a ação, a final, julgada procedente para o efeito de renovado o julgamento da causa originária da sentença rescindenda, e decretada também a rescisão desse julgado, ser a Ré condenada a reformar o autor, com direitos aos proventos da graduação de Terceiro Sargento, com os benefícios do auxílio-invalidez, a contar da data de seu desligamento do serviço militar, acrescidos de juros e correção monetária, bem como nas custas deste e do processo anterior, assim como em honorários advocatícios, calculados à base de 20% sobre o valor do presente pedido.»

Contestação da União às fls. 37/39:

«4. Não merece prosperar a presente ação. A V. sentença rescindenda bem apreciou a prova pericial, especialmente os itens 3, 4 e 5 (fl. 4), que confirmou que o estado de saúde do Autor era bom, que deixa de considerar a interrupção de seu tratamento como fator agravante do mal e que deixa de considerá-lo absolutamente incapaz para todo e qualquer serviço.

5. Para caracterizar-se o erro de fato é indispensável que se presuma que o julgador não julgasse como fez se atentasse para esse engano. Assim decidiu o Pleno da Excelsa Corte na Ação Rescisória 991 — Relator Min. Cunha Peixoto — Unânime — RTJ 98/972, cuja ementa tem o seguinte enunciado:

'Ação rescisória. Erro de fato (art. 485, IX do CPC):

Somente se admite a rescisória fundada nesse inciso processual quando for razoável presumir que o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova, e não quando a apreciou e, bem ou mal, firmou sua convicção'.

6. Daí por que inadmissível é a presente Ação Rescisória.»

Sem indicação de provas, razões finais às fls. 48/50 e 52/53.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pelo que vejo à fl. 28/28v., o autor apelou da sentença mas não preparou o seu apelo, daí, em conseqüência, a pena de deserção, que lhe foi imposta pelo Juiz. Acaso tivesse subido o seu recurso, talvez melhor sorte teria, quanto ao tema principal, dada a extensão e profundidade do Juizo da apelação. Porém, aqui, a saber, no Juízo da rescisória, perece-me inviável o exame proposto, que não passa de um simples reexame da prova examinada em primeiro grau.

Com efeito, diz o autor que a sentença considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido. Qual fato? O da preexistência da doença, com o seu agravamento pelas condições inerentes ao serviço militar. Ocorre, todavia, que o assunto não é bem assim. A sentença, pelo visto do relatório, não deu pela inexistência do fato apontado. Ao contrário, examinou-o amplamente, para concluir: «Finalmente, diga-se que não há nexo causal entre as condições em que o serviço militar foi prestado e o agravamento da doença do autor» (fl. 26).

Como disse, o autor, sob o manto do erro de fato, pretende rever, como se procede no Juízo de apelação, a prova feita nos autos da ação ordinária. Tanto é que, em trecho da inicial transcrito no relatório, reclama «a oportunidade de uma melhor e correta apreciação dos laudos». Ora, segundo o melhor pensamento, não se admite a rescisão por mera injustiça da sentença ou por má apreciação da prova. A propósito, em seu parecer, a Subprocuradoria-Geral da República trouxe um precedente, o da RTJ-98/972, donde recolho, mas, agora, na fonte própria, a lição de Barbosa Moreira:

> «Em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou através de raciocínio em cujas premissas figure expressamente a afirmação do fato não ocorrido ou a negação de fato ocorrido. O que precisa haver é incompatibilidade lógica entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos, mas não colhida pela percepção do Juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente saltou por sobre o ponto, sem feri-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, embora injusta, não será rescindível.
>
> O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para a rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o Juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido por ter apreciado mal a prova em que atentou» (*in* Comentários, vol. V, pág. 134).

A título ilustrativo, cito trecho de voto do Ministro Alfredo Buzaid, sobre o Cód. de Proc. Civil Italiano, art. 495, 4, fonte do art. 485, IX em comento:

> «Mas na jurisprudência dos tribunais italianos, como demonstra *Betti* (*Diritto Processuale Civile* Italiano, 2ª ed., pág. 720), só um erro de percepção, não um erro de critério interpretativo por parte do Juiz pode dar lugar à ação rescisória (*revocazione*) da sentença por erro de fato (Cass. 19 de dezembro de 1934; *in* Mass. Foro, 1934, n. 3.628; App. Milano, 15 de janeiro de 1932, *in* Mon. Trib., 1932, 666). Portanto não é motivo de ação rescisória (*revocazione*) a errônea interpretação de um documento (Cass. 22 de dezembro de 1932, *in* Mass. Foro, 1932, n. 3.914), nem o erro de cálculo (Cass. 26 de maio de 1931, *in* Mass. Foro, 1931, nº 2.012).» (AR-1.139, *in* RTJ-107/934).

De conseguinte, improcede, aqui, o pedido, vez que, se erro cometeu o Juiz, trata-se de erro atinente a critério interpretativo, tema sobre a má apreciação da prova, o que não enseja rescindibilidade da sentença.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenando o autor dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa, e reverto o depósito em favor da ré.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Pedi vista dos autos para melhor informar-me a respeito dos laudos periciais.

Foram dois os laudos apresentados. O primeiro, subscrito pela Dra. Tânia Baptista da Silva, afirma o bom estado de saúde do autor, quando de sua incorporação (quesito nº 03, fls. 04) e seu mau estado, quando do licenciamento (quesito nº 05, fls. 04). Como causa do agravamento, já que o autor contraiu a moléstia na infância, aponta «doenças intercorrentes e suspensão terapêutica específica» (quesito nº 04, fls.04). O segundo perito, Dr. Arnaldo Zeo, concorda, no essencial, com aquelas conclusões, mas foi textual ao atribuir ao serviço militar o agravamento e a mutação da doença da forma benigna para a maligna, *in verbis*:

> «Pelo que já dissemos quando da resposta do *item 4* (Quesitos do Autor), pelo que exporemos agora, não podemos deixar de admitir uma relação de causa e efeito no agravamento e piora do estado de saúde do autor, em razão dos serviços militares prestados, senão vejamos: quando o autor, convocado para o serviço militar, se apresentou ao exame médico do exército estava tão bem de saúde que foi imediatamente considerado apto; depois da permanência de oito anos no H. C. Curupaiti, onde fora obrigado a se internar para acompanhar seus pais e por ser menor (tinha 7 anos), e não pela doença, pois a sua forma clínica indeterminada, era perfeitamente compatível com o tratamento ambulatorial; o autor deixou espontaneamente o Hospital, pois se sentia em condições de trabalhar e viver na comunidade, tendo até contraído matrimônio, logo depois. Portanto, não podemos deixar de admitir que no exército prevaleceram todas as condições *desfavoráveis* que determinaram a mutação da forma clínica de indeterminada para Virchowiana, que tratamos quando pela sua condição de leproso. Impossibilidade de receber uma *Carteira de*

Indagado sobre as condições atuais do autor, respondeu:

> «Fisicamente julgamos que o autor está em condições de prestar todas atividades para a qual está qualificado em qualquer área de serviço.
>
> A sua maior dificuldade reside nas restrições que a comunidade oferece pela sua condição de leproso. Impossibilidade de receber uma *Carteira de Saúde*, receio que descubram ser portador de uma doença que ainda é considerada de gravidade *excepcional*; a própria afirmativa existente no seu Certificado de Isenção, «podendo exercer atividades civis», não o favorece, porque cria *dúvidas* e *restrições* no espírito dos empregadores; nem pode declarar quais seriam as verdadeiras razões desta «insuficiência física»; enfim, por tudo isso, não consegue um trabalho permanente e regular. Por todas estas razões ele teve que voltar para o HC de Curupaiti onde, juntamente com sua família recebe todo o amparo para sua subsistência e tratamento.»

A perita do Juízo atesta a malignidade do mal de que está, agora, acometido o autor, em caráter irreversível, nestes termos:

> «A Hanseníase Virchowiana (ex-Lepromatosa) é a forma clínica dita maligna, estável e definitiva. É dita maligna, por ser a forma contagiosa e por serem mais numerosos os nervos periféricos comprometidos, assim como outros órgãos importantes (logo maior a incapacidade); é dita estável, porque não há mudança do comportamento imunológico do paciente, isto é, suas defesas or-

gânicas são ineficazes contra o Bacilo de Hansen, o que exige tratamento específico permanente; e, é dita definitiva, porque ainda não temos elementos para interromper o tratamento de um paciente desta forma clínica, mesmo quando o mesmo se encontra sem lesões ativas.»

Essas afirmações — que constam da prova pericial — não foram, a meu ver, consideradas pelo Juiz na sentença, pelo que, segundo penso, há fato provado nos autos não colhido pela percepção do Juiz, quando da prolação da sentença: refiro-me ao agravamento ou mutação da doença, pela incidência das condições rigorosas do serviço militar compulsório e obrigatório.

Em hipótese idêntica de agravamento do Mal de Hansen, preexistente ao serviço militar, há precedente desta Corte entendendo cabível a reforma, não a desincorporação. O acórdão, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, está assim ementado:

> «Militar. Doença agravada no serviço militar obrigatório. Reforma.
>
> Se o autor era, à época da convocação, portador de moléstia clinicamente controlada, e esta veio a se agravar, transformando-se em forma clínica incurável, em virtude do regime do serviço militar, não cabe a sua desincorporação pura e simples, mas a sua reforma.» (AC nº 54.129 — RJ. 3ª Turma. Unânime. *DJ* de 19-2-81).

Penso que se o Juiz tivesse atentado para essa prova, provavelmente não teria concluído como concluiu.

Dou, portanto, pela existência do erro de fato, ou seja, o erro de percepção de que fala o eminente Relator em seu brilhante voto, autorizador da rescisória (art. 485, IX, do CPC).

E, assim convencido, pedindo vênia a S. Exa., julgo procedente a ação. Condeno a União Federal a reformar o autor, na graduação de terceiro-sargento, com os benefícios do auxilio-invalidez, face a sua necessidade permanente de cuidados de enfermagem, a partir do desligamento, observada a prescrição qüinqüenal das prestações vencidas, juros a contar da citação e correção monetária nos termos da Lei nº 6.899/81.

Condeno, ainda, a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o montante da liquidação e nas custas efetivamente despendidas pelo autor.

Defiro o levantamento da importância depositada, em favor do autor.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, na realidade, o voto do Sr. Ministro Relator se pôs incensurável sob o aspecto técnico-jurídico.

No entanto, ao que me parece, com a devida vênia de S. Exa., os fatos esquecidos pela sentença restam agora bem demonstrados em favor do autor, a estilo mesmo do erro em que esteve o Juiz em negar o relacionamento do serviço militar, com agravação do grande mal — a hanseníase lepromatosa padecida pelo autor.

Demonstrou o Sr. Ministro Assis Toledo que ambos os laudos afirmam essa relação, apesar das dificuldades denunciadas pelos próprios louvados em receio de afirmar ou negar com maior veemência a circunstância.

Daí que tenho, com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, por bem lançado o voto do Sr. Ministro Assis Toledo, na demonstração do perquerido erro de fato, invocado como pressuposto da ação rescisória; pelo que voto de acordo com S. Exa.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Voto de acordo com o Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, a doutrina acentua que o erro de fato que dá ensejo à rescisória há de consistir em se admitir, como certo, fato que não ocorreu; ou em se negar a ocorrência de fato que efetivamente ocorreu. A meu ver, a despeito do que se colhe do cuidadoso voto do Sr. Ministro Relator, o Sr. Ministro Assis Toledo acaba de demonstrar que o laudo pericial denuncia, de modo convincente, a relação causal ignorada pela sentença de primeiro grau, tal como bem resumiu, aliás, o Sr. Ministro Dantas.

Lamentando divergir do Sr. Ministro Relator, acompanho o Sr. Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.536-RJ — (Reg. nº 9.520.775) — Rel. Originário: O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves. Rel. p/Acórdão: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Autor: Sebastião Santos Galito dos Reis. Ré: União Federal. Advs.: Dr. Fernando Rayol Lobo e outro.

Decisão: A Seção, prosseguindo no julgamento, por maioria, julgou procedente a ação (Em 25-11-87 — 1ª Seção).

Os Exmos. Srs. Mins. José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Flaquer Scartezzini, Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Sr. Min. Assis Toledo.

Ficaram vencidos os Exmos. Srs. Mins. Nilson Naves (Relator), Dias Trindade e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.317 — SP
(Registro nº 9.407.715)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*
Agravante: *Carlos Edmundo Pippa*
Agravada: *Justiça Pública*
Advogados: *Drs. Antônio A. Ferreira e outros (Agrte.)*

EMENTA: Penal. Execução. Regime de cumprimento de pena.

I — A primariedade por si só não autoriza a concessão do regime aberto, devendo, na determinação do regime inicial do cumprimento da pena, ser observados os critérios do art. 59 do Código Penal, na dicção do § 3º do art. 33 do mesmo Código.

II — Agravo improvido. Concedida ordem de habeas corpus, de ofício, para expungir da condenação o acréscimo de pena resultante da reincidência, por não subsistir a condenação anterior, em face da extinção da punibilidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, mas resolveu deferir, de ofício, ordem de *Habeas Corpus*, para expungir da condenação o acréscimo de pena decorrente do reconhecimento da reincidência, reduzindo a pena definitiva para três anos e quatro meses de reclusão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Carlos Edmundo Pippa, condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, por infração ao art. 289, § 1º, do Código Penal, agrava da r. decisão trasladada às fls. 42/43, destes autos, que lhe concedeu transferência para o regime carcerário semi-aberto, aduzindo à fl. 03, *verbis*:

> «Ora, se o eminente Magistrado *a quo* admitira a primariedade do acusado, deveria ter-lhe facultado o cumprimento da pena em regime aberto, segundo preceito da letra *c* do § 2º do art. 33 do Codex supramencionado.

Diga-se que a reincidência ficara afastada com a juntada dos documentos de fls. e fls. e, em decorrência desse fato, o insigne julgador, admitira que a reincidência antes proclamada, deixara de existir; estando, dessa forma, configurada a primariedade do peticionário.»

Formado o instrumento, com resposta da Justiça Pública às fls. 46/49, restou mantida a decisão agravada à fl. 57, subiram os autos a esta instância.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República está às fls. 59/60.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Penal. Execução. Regime de cumprimento de pena.

I — A primariedade por si só não autoriza a concessão do regime aberto, devendo, na determinação do regime inicial do cumprimento da pena, ser observados os critérios do art. 59 do Código Penal, na dicção do § 3º do art. 33 do mesmo Código.

II — Agravo improvido. Concedida ordem de *habeas corpus*, de ofício, para expungir da condenação o acréscimo de pena resultante da reincidência, por não subsistir a condenação anterior, em face da extinção da punibilidade.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, na dicção do § 3º do art. 33 do mesmo Código.

Conquanto primário, já que restou sem suporte o reconhecimento da reincidência, e condenado à pena definitiva de quatro anos, é ver-se que o agravante não ostenta bons antecedentes, além de a sua conduta social merecer reparos, como demonstrado no processo de conhecimento, justificando-se, assim, a determinação do regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

Em face de o Código Penal estabelecer, no art. 33, § 2º, que as penas privativas de liberdade devem ser executadas na forma progressiva, não pode ser deferido ao agravante o regime aberto, devendo este cumprir, pelo menos, um sexto da pena no regime semi-aberto, para o qual progrediu, na conformidade da r. decisão ora recorrida, podendo, após, se preenchidos os requisitos do art. 114 da Lei de Execução Penal, aí sim, cumprir o restante da pena em regime aberto.

Do exposto, nego provimento ao agravo. Defiro, no entanto, ao agravante ordem de *habeas corpus*, de ofício, para expungir da condenação que lhe foi imposta o acréscimo de pena resultante da reincidência, por isso que demonstrado, nestes autos de agravo, não subsistir a condenação anterior, em face da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva. A pena definitiva fica, pois, reduzida a três anos e quatro meses de reclusão. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgExPn nº 1.317 — SP — (Reg. nº 9.407.715) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Agrte.: Carlos Edmundo Pippa. Agrda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Antônio A. Ferreira e outros (Agrte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, mas resolveu deferir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, para expungir da condenação o acréscimo de pena decorrente do reconhecimento da reincidência, reduzindo a pena definitiva para três anos e quatro meses de reclusão. (1ª Turma — 10-5-88).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 46.612 — RJ
(Registro nº 6.243.541)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*
Agravante: *Aleksandra Krijevitch*
Agravado: *Renato Gargiulo*
Advogados: *Drs. Lívia Soares Viana e Carlos Paiva e outros*

EMENTA: Constitucional. Processual Civil. Competência. Execução de sentença estrangeira de separação conjugal homologada pelo supremo Tribunal Federal. Homologação de acordo sobre a visitação de filho menor.

Segundo estabelecido no art. 125, X, da Constituição, compete aos Juízes Federais processar as execuções de sentenças estrangeiras, após a homologação, bem assim o julgamento dos incidentes respectivos, inclusive aqueles que põem fim aos processos, podendo homologar a transação celebrada entre as partes (CPC, arts. 484 e 598).

Como se trata de sentença de separação conjugal, em que, no processo de conhecimento, o Juiz deve incitar o casal à conciliação, pode e deve, também, na execução, homologar o que os cônjuges acordarem sobre a guarda e a visitação ao filho menor, sem que isso implique em ofensa à coisa julgada, por se tratar de relação jurídica continuativa (CPC, arts. 447, parágrafo único, e 471, I, e Lei nº 6.515/77, arts. 3º, 9º e 27).

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Agrava Aleksandra Krijevitch de decisão do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Ja-

neiro, que considerou incompetente a Justiça Federal brasileira para homologar acordo das partes, celebrado em execução de sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 2/4).

A agravante e seu marido, Renato Gargiulo, o agravado, foram partes na ação que este moveu àquela para permitir a visita do filho menor do casal, Maurizio, ao pai, porque a mãe o impedia.

A sentença respectiva, proferida pela Justiça italiana, foi homologada pelo STF, mas as partes se compuseram na execução e o Juiz Federal se nega a homologar o acordo.

Alega a agravante que, sendo a Justiça brasileira competente para executar sentença estrangeira, homologada pelo STF, também o será para homologar transação que ponha termo à respectiva execução.

Formado o instrumento e sem contraminuta do agravado (fls. 64v/65), o MM. Juiz *a quo* manteve a decisão impugnada (fl. 70), depois do parecer do Ministério Público, pela reforma respectiva (fl. 69).

Parecer da douta SGR, às fls. 73/74, pelo improvimento do agravo, porque, ao homologar o acordo pretendido, a Justiça brasileira estaria inovando a relação de direito decidida, de modo a violar a coisa julgada estrangeira.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O agravado também interpôs agravo de instrumento contra a decisão impugnada, tendo o MM. Juiz *a quo* determinado que se formasse um único instrumento (fls. 2 e 6/11).

O MM. Juiz *a quo* se deu por incompetente para homologar acordo que modifica a decisão exeqüenda. Razão não lhe assiste, pois a execução de sentença estrangeira, devidamente homologada pelo STF, deve ser processada e julgada pelos Juízes Federais, em obediência às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza, conforme dispõe o inciso X do art. 125 da Constituição Federal c/c a segunda parte do art. 484 do CPC. O art. 598 da lei adjetiva manda aplicar, subsidiariamente à execução, as disposições que regem o processo de conhecimento, tendo o parágrafo único do art. 447 da mesma lei previsto a celebração de acordo, nas causas relativas a direitos patrimoniais de caráter privado, desde que a lei consinta na transação. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) em seus artigos 3º e 9º, impõe ao Juiz o dever de incitar o casal à conciliação ou transação, e de observar o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, no caso de separação judicial, não podendo a sobrevinda do divórcio modificar os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 27).

Como visto, o acordo firmado pela agravante não é vedado por lei, sendo até recomendável, pois visou solucionar o impasse surgido entre o casal, em relação à cláusula de visitação do exeqüente a seu filho menor (fls. 24/26), o que não constitui coisa julgada, por se tratar de relação jurídica continuativa (CPC, art. 471, I), sendo, portanto, competente para homologá-lo a Justiça Federal, que possui competência constitucional para processar a execução de sentença estrangeira, devidamente homologada, inclusive decidir sobre qualquer incidente de execução, abrangendo o acordo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para declarar a competência do MM. Juiz *a quo* para homologar o acordo. Outrossim, homologo a desistência do agravo do exeqüente, ora agravado, para que surta os seus jurídicos efeitos (fls. 77/78).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG 46.612 — (Reg. nº 6.243.541) — RJ — Rel.:O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Agravante: Aleksandra Krijevithc. Agravado: Renato Gargiulo. Advogados: Drs. Lívia Soares Viana e Carlos Paiva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Julg. em 12-8-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministro Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.907 — DF
(Registro nº 9.612.882)

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

Agravante: *Laborterápica Bristol Química e Farmacêutica Ltda.*

Agravada: *União Federal*

Advogados: *Dr. Décio Policastro e outro — Dr. Sérgio Gonzaga Dutra*

EMENTA: Processual civil. Medida cautelar.

Liminar objetivando reajustamento de preços acima das tabelas oficiais. Indeferimento pelo Juiz.

Não se pode negar à Comissão Internacional de Preços (CIP) o poder de estabelecer a política de preços e baixar tabelas. Ainda que se entenda não ser possível impor à iniciativa privada a venda de produtos abaixo do preço de produção, a verificação desta última questão, por dependente de prova que não deve ser excluída do contraditório, escapa ao exame sumaríssimo da liminar inaudita altera parte.

Questões complexas e difíceis não cabem ser examinadas em fase inicial da ação.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

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 constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do prescente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Nos autos da medida cautelar inominada proposta contra a União Federal, agrava Laborterápica Bristol Química e Farmacêutica Ltda. da decisão de fl. 189, que indeferiu o seu pedido de liminar, por não vislumbrar, na espécie, o *fumus boni furis* e o *periculum in mora*. Pede a agravante a reforma da decisão agravada, eis que demonstrados, cabalmente, os requisitos essenciais para a concessão da liminar requerida.

Contraminuta da agravada à fl. 191.

Após ser mantida a decisão agravada (fl. 193), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 195/196) manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual civil. Medida cautelar.

Liminar objetivando reajustamento de preços acima das tabelas oficiais. Indeferimento pelo Juiz.

Não se pode negar à Comissão Interministerial de Preços (CIP) o poder de estabelecer a política de preços e de baixar tabelas. Ainda que se entenda não ser possível impor à iniciativa privada a venda de produtos abaixo do preço de produção, a verificação desta última questão, por dependente de prova que não deve ser excluída do contraditório, escapa ao exame sumaríssimo da liminar *inaudita altera parte*.

Questões complexas e difícieis não cabem ser examinadas em fase inicial da ação.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A medida cautelar — e, por via de conseqüência, a liminar pleiteada — visa revisão de tabelas de preços, na área da indústria farmacêutica.

Funda-se a autora na alegação principal de que a permanência de tais tabelas ocasionaria insuportáveis lesões a ela própria e ao público em geral: preço de custo acima dos preços de venda; descontinuação de fabricação de medicamentos e alimentos essenciais.

Como os órgãos de controle (CIP-SEAP), revelando insensibilidade para esses problemas, ter-se-iam desviado das próprias diretrizes legais e dos mandamentos constitucionais, para impor uma intervenção descabida e excessiva do Estado no campo econômico, pedem, com apoio em pareceres de renomados juristas pátrios, medida liminar, em caráter de urgência, para que, entre outras providências,

> «... desde já, possam praticar o reajustamento dos preços nas bases das autorizações veiculadas (i) no telex circular CIP nº 819/86 de 4-2-86, e (ii) no telex circular CIP 1.256/86 de 19-2-86, e conseqüentemente a aplicação da «lista de preços anexa à resolução plenária de 29-1-1986» (Doc. 13 da principal), como a efetiva tabela de preços máximos ao consumidor dos produtos para fins de etiquetamento e vendas ao consumidor final de todos produtos da Autora.»

Indeferida esta pelo Juiz, vem o recurso no qual se reitera a concessão da liminar em foco.

Tenho para mim que, se caracterizado o abuso de impor-se a empresas privadas a venda de produtos por preço inferior aos custos de produção, estar-se-á condenando-as a falência e privando o público de produtos essencias, o que não pode ter sido o objetivo do legislador.

Assim, ainda que não se negue aos órgãos de controle o poder de estabelecer a política de preços e de baixar tabelas, esse poder encontra limites intransponíveis no ponto em que se pretenda impor coisas impossíveis: *ad impossibilia nemo tenetur*.

É o que está dito, em outras palavras, neste tópico do parecer do Prof. Miguel Reale:

> «Estamos, pois, perante um *ato administrativo vinculado*, como terei a oportunidade de melhor esclarecer oportunamente.

Lembrados esses pontos essenciais, não me parece, preliminarmente, seja possível recusar à Comissão Interministerial de Preços (CIP) «o poder de fixar e fazer a política de preços no mercado interno, buscando sua harmonização com a política econômico-financeira», porquanto tal faculdade lhe foi expressamente outorgada pelo Decreto-Lei nº 808, de 4-9-69.

Já não concordaria, no entanto, com a pretensão de que seria lícito ao CIP *prorrogar e alterar a legislação no domínio econômico* promulgada para assegurar a livre distribuição de mercadoria e serviços essenciais ao consumo do povo etc.», invocando-se, para legitimar tal propósito, o Decreto Legislativo nº 9, de 27 de agosto de 1962, pelo qual o Congresso Nacional teria *delegado* (*sic*) ao Poder Executivo aquela competência... Além de olvidar-se que o mencionado Decreto-Legislativo foi promulgado *no interregno do regime parlamentar* (instituído pela Emenda Constitucional nº 4, a Carta de 1946, de 2-5-1961, e revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 23-1-1963), esquece-se de que, sobrevindo a Constituição de 1967, aquela delegação se tornou írrita e ineficaz, visto como, no contexto do *processo legislativo* vigente (Const., Art. 52) *a delegação legislativa só pode ter como destinatário o Presidente da República, ou uma Comissão do próprio Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas*.

Tal ponderação eu a faço *en passant*, pois é irrecusável a ilegalidade de qualquer decisão do *CIP que importar em recusa do justo preço* a empresas operantes no Brasil; *é sempre questionável*, quer tenha ele ou não «poder delegado» na espécie examinada, *sobretudo quando de toda a evidência a ocorrência do fenômeno conjetural*, a que se refere o já lembrado § 2º do art. 35 do Decreto-Lei nº 2.284/86.

Na realidade, o que a presente Consulta configura é, especificamente, caso de *abuso de poder*, ou até mesmo de *desvio de poder*, por parte de um órgão administrativo, não obstante sua alta posição hierárquica, ainda que não pairem dúvidas sobre a sua competência *in casu*.»

Não obstante, vejo sério obstáculo para que se ultrapasse, em simples despacho concessivo de liminar, a questão da verificação, *in casu*, do *fumus boni iuris*, dependente do exame de prova complexa a ser necessariamente submetida ao crivo do contraditório. Existirá, realmente, o alegado descompasso entre custo e preço?

O *periculum in mora*, no caso, apresenta dupla face: a primeira, consubstanciada em possíveis prejuízos financeiros à autora; a segunda, reverso da mesma medalha, prejuízos até mais graves com a possível derrocada da política de preços estabelecida e reinstalação de espiral inflacionária incontrolável.

Note-se que:

> «Não cabe, nesta fase inicial, o exame de difíceis questões legais que exijam análise detalhada e maduras considerações.» (*In* Galeno Lacerda, «Comentários», 2ª ed., v. VIII, p. 347).

A complexidade e gravidade dessas questões merecem, pois, a meu ver, exame mais acurado e deslinde na sentença final, não em sumaríssimo despacho de medida liminar.

Pelas razões expostas, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 52.907 — DF — (Reg. nº 9.612.882) — Rel:: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Agte.: Laborterápica Bristol Química e Farmacêutica Ltda. Agda.: União Federal. Advs.: Drs. Décio Policastro e outro e Sérgio Gonzaga Dutra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 27-11-87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Nilson Naves. Ausente o Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 53.128 — DF
(Registro nº 9.624.830)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Agravante: *União Federal*

Agravado: *Edison Mubner*

Advs.: *Drs. André Frederico Noé e outro*

EMENTA: Processual Civil. Execução. Carta. Providência complementar. Juiz Deprecante.

Qualquer providência requerida pelo exeqüente, no que concerne à execução processada em outra Comarca, deve ser encaminhada por intermédio do Juiz Deprecante, ainda que se cuida de execução por carta.

Agravo provido.

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 agravo, 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 março de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A União Federal manifesta agravo de instrumento de despacho do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que indeferiu o seu pedido no sentido de mandar expedir nova carta precatória para intimação do executado, a fim de o mesmo exibir em Juízo o registro do bem nomeado à penhora, respectiva avaliação e, também, intimar a esposa para se manifestar sobre o bem oferecido à penhora.

Diz que há equívoco do Magistrado em determinar que a solicitação seja feita diretamente ao Juízo deprecado, sob o fundamento de processar-se por carta a aludida execução, porquanto a providência deve ser dirigida ao deprecante. Invoca o art. 202, do Código de Processo Civil. Ilustra seu recurso com citação de doutrina a esse respeito.

Não houve contraminuta.

A decisão foi mantida (fls. 22v.).

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do agravo (fls. 25).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Razão assiste à Agravante. Com a devida vênia, não vejo a menor justificativa para que o pedido de intimação, com a finalidade nele expressa, seja feito diretamente ao Juiz deprecado. Como se sabe, cabe ao Juiz deprecante dirigir-se ao deprecado para qualquer medida que se relacione com o processo sob seu comando. O fato de a execução processar-se por carta não conduz a entendimento oposto. Muito pelo contrário, o art. 202, do CPC, indica que tal relacionamento deve ser feito de Juiz para Juiz.

A exigência contida na decisão agravada importaria, em última análise, na transferência do foro, vale dizer, os atos processuais passariam a ser efetivados sem a interferência do Juízo competente, o que não é possível.

A carta é o instrumento adequado para, exatamente, se cumprirem medidas judiciais ou de ordem processual fora dos limites territoriais da comarca, consoante recomenda, de forma expressa, o art. 200, do mesmo Código. Ora, obrigando-se o litigante a peticionar diretamente ao Juízo deprecado estar-se-á negando o direito que exsurge dessa norma.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI 53.128 — DF — (Reg. nº 9.624.830) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Agte.: União Federal. Agdo.: Edison Mubner. Advs.: Drs. André Frederico Noé e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 8-3-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.482 — RO
(Registro nº 9.898.115)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*

Agravantes: *Augusto Afonso de Campos Brasil e outros*

Agravados: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e União Federal*

Advogados: *Drs. Theotônio Negrão e outros e Leônidas Nogueira de Souza e outros*

EMENTA: Processual Civil. Liquidação de sentença. Despacho que traça normas ao contador.

O despacho que traça normas ao contador não possui aptidão para causar gravame, o que somente vem a ocorrer com a sentença homologatória do cálculo. É, portanto, irrecorrível.

Agravo improvido.

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 do agravo, 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 TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de ação de desapropriação movida pelo INCRA contra Augusto Afonso Campos Brasil e outros, o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de Rondônia determinou a elaboração de novo cálculo de liquidação, *verbis* (fls. 142 v./143):

«Voltem ao contador.

O v. acórdão não modificou o valor da terra nua, encontrada pela sentença, sendo inexplicável o encontrado na conta.

O deságio concedido pela 2ª Instância, 40% das TDAs, é de ser sobre eles calculado, no final da conta.

Em conseqüência, prejudicados estão os demais cálculos.

Ainda, não incidem juros compensatórios sobre o valor da cobertura florística, tão-somente moratórios.»

Dessa decisão agravaram os expropriados, com as razões de fls. 2/6, aduzindo que, não obstante a jurisprudência no sentido de ser irrecorrível a decisão que se limita a traçar normas ao contador para o cálculo, firmada em razão da inexistência de lesividade, cabia o presente agravo, pois a decisão lhes causara manifesto prejuízo, eis que o retorno dos autos ao contador tornaria possível a apresentação de impugnações das partes — que antes concordaram com a conta quando já não possível face à preclusão, bem como possibilitaria a interposição de apelação da sentença homologatória (TFR, Súmula nº 188); diante da expressa concordância das partes, ao Juiz não restava outro caminho senão o de homologar a conta, sob pena de infringência ao princípio dispositivo dos arts. 2º e 128 do CPC; somente seria corrigível de ofício, a qualquer tempo, o simples erro de cálculo aritmético (CPC, art. 463, I), mas no caso houve alteração de critérios adotados para estimar determinadas verbas; de qualquer sorte, o cálculo elaborado estava certo.

Resposta às fls. 149/154.

A decisão foi mantida e, neste Tribunal, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento ou improvimento do agravo (fls. 167 e 180/190).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): É iterativa a jurisprudência no sentido da irrecorribilidade do despacho que traça normas ao contador para o cálculo.

Na espécie vertente, porém, argumentam os agravantes, tal despacho lhes causou manifesto prejuízo, por isso que, na ausência de impugnação, ao juiz cumpria homologar a conta, sob pena de afronta ao princípio dispositivo.

Discordo dessa colocação, com o devido respeito aos que pensam o contrário.

Não me parece que a função do magistrado na liquidação seja de mero espectador ou de regularizador da ordem do processo. A despeito de estar em causa o interesse das partes, o art. 610 do CPC outorga-lhe poderes para impedir que a execução ultrapasse os limites da pretensão a executar, daí resultando, conforme nota Alcides Mendonça Lima, que «o juiz pode apreciar e interpretar, na liquidação, a sentença, sem entrar na questão de seu erro ou de sua injustiça» («Com. ao Código de Processo Civil», Forense, 1974, vol. VI, tomo II, pág. 616).

O art. 463 da lei processual civil, invocado pelos agravantes, tem incidência específica, porquanto consagra o princípio da invariabilidade da sentença pelo juiz que a proferiu, não se estendendo a situações outras de assemelhada conotação. Aqui, o Juiz *a quo* não corrigiu decisório algum. Apenas, dando a sua interpretação (correta ou incorreta, pouco importa) à sentença liquidanda, entendeu que o cálculo extravasava os limites dela, configurando excesso de liquidação.

Assinale-se, por último, que despacho desse tipo, embora portador de uma ordem a cujo cumprimento está adstrito o serventuário da justiça, não possui, mesmo potencialmente, qualquer carga de lesividade. A sentença homologatória do cálculo, proferida a seguir, com plena aptidão para causar gravame e produzir coisa julgada, é que lhe confere eficácia jurídica, tornando concretas, atuantes, as determinações nele contidas.

Do quanto foi exposto, não conheço do agravo, por incabível.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 54.482 — RO — (Reg. nº 9.898.115) — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Agrtes.: Augusto Afonso de Campos Brasil e outros. Agrdos.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e União Federal. Advs.: Theotônio Negrão e outros e Leônidas Nogueira de Souza e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo (Em 21-9-88 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.597 — MG
(Registro nº 9.916.857)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Agravante: *José Geraldo Lagoeiro Santos*

Agravado: *IAPAS*

Advogados: *Drs. Alberto Barroca e Glicioclelia Pereira do Nascimento*

EMENTA: Processual Civil.

Contestação: intempestividade alegada pelo autor: deferimento de provas, sem expressa decisão da questão processual.

Recursos; agravo de instrumento: desprovimento, desde que demonstrada, pela sustentação da decisão agravada, a tempestividade da contestação.

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, 30 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: José Geraldo Lagoeiro Santos interpôs agravo de instrumemto contra decisão do douto Juiz da 10ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais, que facultou a indicação dos meios de prova pelo réu, IAPAS, sem antes se pronunciar quanto à alegação do agravante, de «extemporaneidade da contestação».

Bem processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, reproduzo os dizeres da sustentação da decisão agravada pelo douto Juiz da 10ª Vara de Belo Horizonte. Diz assim: (lê)

«Embora o Juiz não tenha decidido expressamente acerca da intempestividade da contestação argüida pelo agravante, uma vez que o despacho agravado determinou apenas a especificação de provas, as razões do agravante não procedem.»

De fato, como se vê na certidão de fl. 13, o prazo para contestar iniciou-se no dia 18 de novembro de 1986, já que o mandado foi juntado no dia 17 do mesmo mês e ano. Esse prazo, evidentemente, foi interrompido no dia 20 de dezembro pelo recesso da Justiça Federal, recomeçando o seu fluxo no dia 7 de janeiro de 1987. Assim, o prazo para contestar se esgotaria no dia 13 de fevereiro de 1987, mas a contestação foi protocolada no dia 7 de janeiro, logo, dentro do prazo (lê fl. 28):

«Desta forma, mantenho o despacho que desconsiderou indiretamente as alegações de intempestividade da contestação do Instituto. Remetam-se os autos ao Tribunal.»

Tenho em vista os esclarecimentos constantes da sustentação da decisão agravada e o que mais resulta dos autos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. 54.597 — MG — (Reg. n.º 9.916.857) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agrte.: José Geraldo Lagoeiros Santos. Agrdo.: IAPAS. Advogados: Drs. Alberto Barroca e outros e Glicioclelia Pereira do Nascimento e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 30-8-88 — 2.ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.992 — RS
(Registro nº 8.828.802)

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

Agravante: *DNER*

Agravados: *João Radunz e cônjuge*

Advogados: *Dr. Albano Antonio Clavijo Borges, Dr. Alberto Hindeburgo Fetter*

EMENTA: Desapropriação. Remuneração do perito com base em ORTN's. Lei nº 6.032/74.

Não há reparo a fazer à estipulação da remuneração do perito com base em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, tanto mais quando o limite previsto, na Tabela de Custas da Lei nº 6.032/74, para exames periciais, não remuneraria, com justiça, o trabalho desenvolvido, no caso, pelo vistor.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, nos autos da ação de desapropriação que move contra João Radunz e outro, agrava de instrumento de despacho trasladado à fl. 10, na parte que fixou a verba pericial, alegando, em síntese: que, na fixação da rubrica em causa, o MM. Juiz adotou como parâmetro as chamadas Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional; que tal entendimento ofende os princípios consagrados nos artigos 153, parágrafo 2º, 60 e 62 e seus parágrafos, combinados com o disposto na Lei nº 6.032 de 1974.

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

Às fls. 19/20, parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Considero que não há reparo a fazer à estipulação do salário de perito com base em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Essa providência, como salientado pelo ilustre Juiz *a quo*, atende à necessidade de se centralizar a instabilidade monetária, pois a parte onerada costumeiramente desembolsa o numerário com grande atraso, não sendo justo carrear ao patrimônio do *expert*, que não é parte, os graves efeitos da notória inflação» (fl. 16).

Ademais, como observa a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, «não foi exorbitante a fixação de honorários além dos parâmetros da Tabela de Custos da Lei nº 6.032/74, porquanto o limite ali previsto para exames periciais não remuneraria, com justiça, o trabalho a ser desenvolvido pelo vistor no caso». Na realidade, consoante ressaltado, com propriedade, nesse parecer, cuida-se, no caso, «de perícia em imóvel em ação de desapropriação, tarefa que normalmente requer levantamento de área, confecção de planta e outros trabalhos que jamais poderiam ser remunerados à base de três (3) salários mínimos. Vale referir que em trabalhos que tais, muitas vezes o responsável pelo laudo vê-se obrigado a contratar serviços de terceiros».

Na linha desse entendimento, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. 54.992 — RS — (Reg. nº 8.828.802) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Agrte.: DNER. Agrdos.: João Radunz e Cônjuge. Advs.: Albano Antonio Clavijo Borges e Alberto Hindeburgo Fetter.

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 54.995 — MT
(Registro nº 9.931.767)

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

Agravante: *INCRA*

Agravado: *Ressieri Natal Dal Piva*

Advogados: *Drs. Geraldo Antônio Mendes da Silva, Osmar Pereira Frony e outros*

EMENTA: «Processo Civil — Execução fiscal promovida pelo INCRA — Incompetência relativa.

De acordo com os arts. 112 e 113 do CPC, somente a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício, sendo necessário para afirmá-la quando se tratar de incompetência relativa, a prévia apresentação de exceção pela parte interessada. Agravo provido.»

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, 2 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: O INCRA ajuizou na Justiça Federal de Mato Grosso, execução fiscal contra Ressieri Natal Dal Piva, domiciliado em Ibiraiaras, no Estado do Rio Grande do Sul, e distribuído o feito ao Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, S. Exa. proferiu despacho se afirmando incompetente com apoio na Súmula 40 desta Corte, e remetendo os autos à Comarca de Ibiraiaras.

Inconformado, o exeqüente interpôs agravo de instrumento sustentando que, tratando-se de incompetência relativa, somente poderia ser declarada havendo argüição a propósito, o que não ocorrera.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): De acordo com o CPC, arts. 112 e 113, somente a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício, sendo necessário para afirmá-la, quando se tratar de incompetência relativa, a prévia apresentação de exceção pela parte interessada.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Turma e da Segunda Seção do Tribunal (AI 50.936 — AI 50.913 — CC 7.317 e CC 6.805).

Dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. n.º 54.995 — MT — (Reg. n.º 9.931.767) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agrte.: INCRA. Agrdo.: Ressieri Natal Dal Piva. Advs.: Drs. Geraldo Antônio Mendes da Silva e Osmar Pereira Frony e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 2-3-88 — 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 55.180 — AL
(Registro nº 9.957.430)

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

Agravante: *Antônio Celestino da Silva*

Agravado: *Everaldo Garrote da Silva*

Advogados: *Drs. Simone Dubeux e Everaldo Damião da Silva*

EMENTA: Civil e processual civil. Demanda possesória. Interesse de Silvícolas. Reintegração liminar sem prévia audiência da União.

Sem audiência da União e do órgão de proteção aos índios, não se pode conceder liminarmente medida judicial, em causa que versa interesse de silvícolas e do patrimônio indígena. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao agravo, 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-DF, 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Antônio Celestino da Silva, na qualidade de representante da Comunidade Indígena Xucuru — Kariri, em autos de ação de reintegração de posse que lhe é movida por Everaldo Garrote da Silva e sua mulher, agrava de instrumento de decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, que manteve despacho proferido pelo Juízo Estadual, que reintegrou liminarmente os agravados na posse do imóvel objeto da ação.

Formado o instrumento, o agravado não ofereceu contraminuta.

O MM. Juiz manteve a decisão agravada, determinando a remessa dos autos a este Tribunal.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do agravo.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Veda a Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, a concessão de qualquer medida judicial, no início da lide em causa que envolva interesse de índios, sem a prévia audiência da União e da FUNAI.

E, embora a prudência da decisão agravada, que manteve medida liminarmente deferida e executada no Juízo Estadual, que depois se declarou incompetente, tenho que não pode a mesma prevalecer, uma vez que não atendida a exigência de prévia audiência da União e do órgão de proteção aos silvícolas.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento ao agravo, para reformar a decisão recorrida e dizer insubsistente a reintegração liminar na posse, deferida em favor da parte agravada.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. n.º 55.180 — AL — (Reg. n.º 9.957.430) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Agrte.: Antônio Celestino da Silva. Agrdo.: Everaldo Garrote da Silva. Advs.: Simone Dubeux; Everaldo Damião da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. (Em 24-5-88 — 1.ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.673 — MT
(Registro nº 8.859.805)

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

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *INCRA*

Agravado: *Nivaldir Boigues Martins*

Advogado: *Dr. Geraldo Antonio Mendes da Silva*

EMENTA: Constitucional e Processual Civil — Competência relativa — Declaração de ofício.

Tratando-se de incompetência relativa (territorial), em que predomina como fundamento o interesse do executado, não pode o Juiz declarar-se incompetente de ofício. Proposta a ação sem que o devedor ofereça exceção de incompetência no prazo legal, a competência não mais pode ser alterada, em atenção ao princípio da perpetuatio jurisdicione, consagrado no art. 87 do Código de Processo Civil.

Constituição Federal, art. 126. Lei 5.010/66, art. 15, I. TFR — Súmula 40.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, 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-DF, 6 de abril de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de agravo de instrumento tomado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA contra a decisão reproduzida à fl. 5, através da qual o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária de Mato Grosso, nos autos da execução fiscal que o ora agravante promove contra Nivaldir Boigues Martins, declarou a incompetência daquele

Juízo para conhecer e julgar o feito, por entender que, no caso, era competente a Justiça Estadual, porque o executado era domiciliado em comarca que não é sede de Juízo Federal.

Assim a decisão agravada:

«1. Trata-se de execução para cobrança da dívida ativa de Autarquia Federal, sujeita à Lei nº 6.830/80 e às regras de competência previstas no artigo 578 do CPC, e no artigo 126 da Constituição Federal, prevalecendo a competência da Justiça Estadual, eis que o executado é domiciliado em Comarca que não é sede de Juízo Federal.

Neste sentido, aliás, a Súmula nº 40, do E. Tribunal Federal de Recursos.

2. Não tem qualquer amparo legal a pretensão de promover a execução neste Juízo Federal, ante os termos peremptórios da legislação aplicável que não pode ser derrogada por conveniência do Exeqüente.

3. Nestas condições, declaro a incompetência deste Juízo e determino que, feitas as anotações necessárias, sejam os presentes Autos remetidos ao Juízo de Direito da Comarca de Alvares Machado/SP, competente no caso, dando-se baixa na distribuição.»

. . . . . .

(fl. 6).

Alega o agravante que o Dr. Juiz Federal, ao se dar por incompetente, invocou o art. 578 do CPC. Por se tratar de incompetência apenas relativa, poderia ela ser argüida por exceção. Diz que o dispositivo legal citado concede à Fazenda Pública o privilégio da opção do foro, o que fez, elegendo o de Cuiabá.

O agravado não respondeu e o Dr. Juiz, com fundamento na Súmula nº 40-TFR, manteve a decisão agravada (fl. 11).

Subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

«Constitucional. Processual Civil. Execução Fiscal. União Federal e suas Autarquias. Competência do Juízo Estadual do Domicílio do Executado. Constituição, art. 126. Lei nº 5.010/66, art. 15, I. Súmula nº 40-TFR.

I — Não pode a União Federal, ou as suas autarquias, ajuizar, no Juízo Federal da Capital do Estado, execução fiscal contra devedor domiciliado no interior do Estado. A competência, em tal caso, é do Juízo do domicílio do devedor. CF, art. 126; Lei nº 5.010/66, art. 15, I; Súmula nº 40-TFR. Precedentes do STF.

II — Agravo improvido.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A execução fiscal foi ajuizada no Juízo Federal, na Capital do Estado, apesar de o executado residir em Comarca do interior. O Dr. Juiz, então, deu-se por incompetente e determinou a remessa dos autos ao Juízo do domicílio do executado.

Daí o agravo.

Nego-lhe, entretanto, provimento.

Faço-o com base no voto de vista que proferi por ocasião do julgamento do *Ag nº 55.072-MT*, ao qual me reporto e cuja cópia faço anexar.

Mantenho a decisão agravada.

Nego provimento ao agravo.

VOTO (VENCEDOR)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Reportando-me ao voto-vista proferido, nesta assentada, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 55.072-MT, que farei juntar oportunamente, dou provimento ao agravo, concessa venia do eminente relator.

ANEXO

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O INCRA ajuizou execução fiscal contra Cláudio Garcia Moinho, perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, que declinou de sua competência para o Juízo de Direito da Comarca de São José do Rio Preto, São Paulo, domicílio do devedor, sinalando:

> «1. Trata-se de execução para cobrança de dívida ativa de Autarquia Federal, sujeita à Lei nº 6.830/80, e às regras de competência previstas no artigo 578 do CPC, e no artigo 126 da Constituição Federal, prevalecendo a competência da Justiça Estadual, eis que o executado é domiciliado em comarca que não é sede de Juízo Federal.
>
> Neste sentido, aliás, a Súmula nº 40, do E. Tribunal Federal de Recursos.
>
> 2. Não tem qualquer amparo legal a pretensão de promover a execução neste Juízo Federal, ante os termos peremptórios da legislação aplicável que não pode ser derrogada por conveniência do Exeqüente.»

Inconformada, a autarquia tomou o presente agravo, alegando que, na hipótese, em sendo relativa a incompetência somente poderia ser argüida pela parte através de exceção.

Cuida-se, pois, de saber se a competência do domicílio do devedor, nas execuções fiscais, é absoluta, ou relativa.

De minha parte, sempre entendi, salvo algum voto equivocado, de mera adesão, que a competência, na hipótese, é relativa, porquanto, em sendo territorial, nenhum dispositivo legal existe que, excepcionalmente, possa autorizar sua improrrogabilidade.

Deveras, a Constituição Federal possibilita que a lei permita o ajuizamento de ação fiscal e outras, nas comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a Justiça do Estado ou do Território, e com recurso para esta Corte, bem como fique, na hipótese, o Ministério Público local encarregado da representação judicial da União (art. 126).

De seu turno, a Lei nº 5.010, de 1966, dispõe, no seu art. 15, item I:

> «Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12), os juízes estaduais são competentes para processar e julgar:
>
> I — os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra os devedores domiciliados nas respectivas comarcas.»

. . . . . .

Assim, a Constituição estabelece apenas a faculdade de permitir à lei o ajuizamento da ação fiscal e outras, perante a Justiça Estadual, em comarcas do interior, domicílio do devedor. Não se vislumbra nessa competência matriz constitucional, como bem pondera o ilustre Ministro Eduardo Ribeiro.

Já a Lei nº 5.010, de 1966, cingiu-se a especificar os feitos que são, nas comarcas do interior, onde não funcionam varas da Justiça Federal, da competência dos juízes estaduais.

Por derradeiro, a Súmula 40 do Tribunal não socorre o entendimento de que a competência no caso ainda que territorial deve ser considerada absoluta.

No particular, permito-me transcrever este tópico do lúcido voto do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, com o qual estou de inteiro acordo:

> «Objetivando amparar o entendimento contrário, costuma-se invocar o disposto na Súmula 40 deste Tribunal que tem o seguinte enunciado:
>
> > «A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal.»
>
> O argumento, com a devida vênia, não tem procedência. Aí se consubstanciou o entendimento da Corte, quanto à competência, mas de nenhum modo se pode vislumbrar que implícita a afirmação de que aquela seria absoluta. E a consulta aos precedentes dessa Súmula deixa isso claro. Consistem todos eles em Conflitos em que suscitado o Juízo de Direito de Carolina, Maranhão. Em todos eles, as execuções haviam sido propostas perante aquele Juízo que, de ofício, declinou da competência para a Justiça Federal. A situação era a inversa daquela que aqui se examina. As execuções foram propostas no foro do domicílio do que era indiscutivelmente o competente e isso foi o que decidiu o Tribunal.»

Assim, tratando-se de incompetência relativa (territorial), em que predomina como fundamento o interesse do executado, não pode o juiz declarar-se incompetente de ofício. Proposta a ação sem que devedor ofereça exceção de incompetência no prazo legal, a competência não mais pode ser alterada, em atenção ao princípio da «perpetuatio jurisdicione», consagrado no artigo 87 do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, adiro ao voto do ilustre relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Acompanho o Ministro Miguel Ferrante, nos termos do voto que proferi, no Ag. 55.630, que é o seguinte:

O julgamento do recurso envolve matéria a cujo respeito não se uniformizou a jurisprudência deste Tribunal. Trata-se de saber se a competência do domicílio do devedor, para as execuções fiscais, é absoluta ou relativa. Pessoalmente sempre votei no sentido de que é relativa. Permito-me, uma vez mais, justificar meu entendimento.

Princípio tradicional entre nós é o de que a competência territorial é prorrogável, salvo as hipóteses que a lei excepciona. Tratando-se de execução fiscal, nenhum dispositivo de lei existe que permita concluir pela improrrogabilidade. Não obstante isso, poder-se-ia admitir que absoluta se isto resultasse do exame das razões que levaram o legislador a dispor como dispôs.

Consoante mais que sabido, tem-se como regra que a competência será relativa quando estabelecida tendo em vista o interesse das partes, ou de uma das partes. Compreende-se perfeitamente que assim seja. Se o valor considerado foi apenas a conveniência das partes, razoável admitir-se que elas próprias elejam outro foro se assim reputarem conveniente. É o que sucede normalmente com a competência territorial. As ações serão propostas no domicílio do réu, visando a facilitar-lhe a defesa. Se, entretanto, apresenta-se alguma razão especial, interessando a boa administração da Justiça, a competência territorial poderá ser absoluta. É o que sucede na hipótese prevista no artigo 95 do CPC. O tipo de litígio de que ali se cogita recomenda seja a causa submetida ao Juiz da situação da coisa que terá maior facilidade para decidir e para executar a sentença. Assim também na competência em razão da matéria, ou na competência recursal, em que manifesto o interesse público envolvido.

O traço distintivo encontra-se, pois, no interesse protegido. Se meramente o das partes, nada impede que se modifique a competência; se o da administração da Justiça, isto não será possível.

Tratando-se de execução fiscal, não há dúvida alguma, parecendo mesmo haver concordância sobre o ponto: a competência do Juiz da comarca em que reside o executado tem como fundamento o interesse deste. A razão de ser é a mesma das normas processuais que dispõem quanto à competência do domicílio do réu, para as ações em geral, e para execuções de títulos extrajudiciais.

Ora, se não há regra legal estabelecendo que a competência no caso, apesar de territorial, deve considerar-se como absoluta e se a norma tem em vista o interesse da parte, não há razão para distinguir a execução fiscal das outras espécies, fundadas em título extrajudicial.

Não se diga, porque seria inexato, que a competência teria no caso matriz constitucional. A Constituição apenas admitiu que a lei dispusesse a respeito. E a ressalva era indispensável pois, tratando-se de execução da União ou das autarquias, competentes seriam os Juízes Federais.

Objetivando amparar o entendimento contrário, costuma-se invocar o disposto na Súmula 40 deste Tribunal que tem o seguinte enunciado:

> «A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal.»

O argumento, com a devida vênia, não tem procedência. Aí se consubstanciou o entendimento da Corte, quanto à competência, mas de nenhum modo se pode vislumbrar que implícita a afirmação de que aquela seria absoluta. E a consulta aos precedentes dessa Súmula deixa isso claro. Consistem todos eles em Conflitos em que suscitado o Juízo de Direito de Carolina, Maranhão. Em todos eles, as execuções haviam sido propostas perante aquele Juízo que, de ofício, declinou da competência para a Justiça Federal. A situação era a inversa daquela que aqui se examina. As execuções foram propostas no foro do domicílio do que era indiscutivelmente o competente e isso foi o que decidiu o Tribunal.

Trazido à colação tem sido, também, acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do RE 90.866, RTJ 91/351. A hipótese é realmente análoga à em exame. Ocorre, entretanto, que os votos então proferidos examinaram a questão apenas quanto a um aspecto, que não foi o ora em debate. Perqueriu-se, tão-só, quanto à exata exegese do texto constitucional, a dispor que a lei poderá *permitir* que a ação fiscal seja ajuizada perante a Justiça estadual da comarca em que residir o réu. É que o entendimento vencido firmava-se na expressão «permitir» para sustentar que ficava ao arbítrio da União a escolha do foro, como se no interesse dela, e não do réu, tivesse sido editada a norma. Não se cogitou, em momento algum, da questão que agora se coloca. Deste modo, embora os termos da ementa sugiram o contrário, não se decidiu, em verdade, sobre a natureza absoluta ou relativa da competência.

Concluo. A competência territorial é, em regra, relativa. Nenhuma razão existe para excepcionar a execução fiscal, em que se elege o foro do executado no interesse desse, de modo idêntico ao que ocorre nas demais execuções por título extrajudicial. Assim, deve considerar-se como prorrogável. Se o executado entender que não lhe resulta prejuízo do ajuizamento da execução em outro foro, não objetará. Caso contrário, apresentará a exceção, aliás, prevista expressamente pela Lei de Execuções Fiscais (art. 16, § 3º).

Pelos motivos expostos, dou provimento, sem prejuízo do reexame da matéria, caso deduzida a exceção.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. 55. 673 — MT — (Reg. nº 885.980-5) — Rel. Originário: Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso. Rel. para acórdão: Exmo. Sr. Min. Miguel Ferrante. Agrte.: INCRA. Agrdo.: Nivaldir Boigues Martins. Adv.: Dr. Geraldo Antonio Mendes da Silva.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao agravo. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Miguel Ferrante. (Em 6-4-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Eduardo Ribeiro.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro votou com o Sr. Ministro Miguel Ferrante.

Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.173 — GO
(Registro nº 880.016.946-5)

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

Agravante: *Floriano Olegário*

Agravado: *INPS*

Advogados: *Drs. Lázaro Lamounier e Geraldo de Araujo Meireles*

EMENTA: Processual Civil.

Valor da causa.

Estimativa do autor em quantia que impede o reexame da causa em segundo grau.

Impugnação julgada procedente em parte.

Recursos; agravo de instrumento; provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 4 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Floriano Olegário interpôs agravo de instrumento contra decisão do D. Juiz Federal da 1ª Vara do Estado de Goiás, que acolheu em parte impugnação ao valor da causa proposta pelo INPS.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, Floriano Olegário alega ter sido empregado, de 1º de maio de 1950 a outubro de 1955, ininterruptamente, como cantor, com o nome artístico de Cléo de Minas, da firma Rádio Brasil Central. Acrescenta que «esse tempo pode ser comprovado com a declaração de José Arantes Costa, ex-presidente da Rádio Brasil Central, bem como o contrato de

trabalho de Geraldo Amaral, que era seu colega durante o período que ali trabalhou» (*sic*), requer que seja julgada «procedente a ação com a declaração de ter o autor prestado serviço às firmas Rádio Brasil Central e Rádio Anhanguera, ..., determinando que o requerido forneça ao Autor a competente certidão de tempo de serviço» (*sic*).

2. A inicial atribuiu à causa, em novembro de 1986, o valor de Cz$ 3.000,00.

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 51 OTNs, 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, *DJ* 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, *DJ* 2-10-86).

4. Para deferir a impugnação, inicialmente o digno Magistrado assim circunscreveu a questão (fl. 30):

> «Síntese da impugnação:
>
> O autor impugnado pretende comprovar 5 anos e cinco meses de serviço, antecipando sua aposentadoria por igual lapso de tempo.
>
> Assim, o valor de Cz$ 3.000,00 (três mil cruzados), dado à causa, não corresponde ao valor real, devendo ser elevado, tomando-se por base o *quantum* do benefício patrimonial pretendido, já que a toda causa deve ser atribuído um valor certo (art. 258 do CPC).» (*sic*)

A seguir, S. Exa. argumentou do seguinte modo (fls. 31/32):

> «A pretensão do impugnado, deduzida no feito principal, se for acolhida, fará presente início ou complemento do tempo necessário à aposentadoria.
>
> O reconhecimento judicial do tempo de serviço em debate trará proveito econômico ao interessado porque, sem ele, a aposentadoria somente ocorrerá mais tarde.
>
> A percepção do benefício previdenciário mais cedo, por força do reconhecimento judicial, é fato economicamente significativo que há de influir no valor da causa.
>
> Ademais, o tempo de serviço que se pretende ver reconhecido para efeito de aposentadoria (5 anos e 5 meses) é considerável.
>
> Acresça-se que «a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato» (art. 258 do CPC), como bem lembrou o INPS.
>
> Pelas razões retro, o interesse no reconhecimento do tempo de serviço discutido deve ser mensurado em valor econômico mediato mais elevado, não só para efeito de alçada, como também para que o art. 258 do CPC resulte melhor atendido.
>
> Ante o exposto, acolho em parte a impugnação, fixando, como valor da causa, o correspondente a 51 OTNs à época do ajuizamento da ação.»

5. Louvou-se o Magistrado, para assim concluir pela procedência da impugnação, igualmente em julgados desta Corte, consoante às seguintes ementas (fls. 30/31):

«Ação declaratória. Conteúdo econômico. Ementa: I — Ação que, por traduzir-se em pedido de condenação do réu a emitir declaração de vontade, deixa de ser meramente declaratória.

II — Causa sem conteúdo econômico imediato. Impossibilidade de aplicação do artigo 260 do CPC. Espécie em que a avaliação resta livre ao autor, conferida ao réu a faculdade de manifestar sua impugnação.

III — Cumpre ao juiz fixar o valor da causa consoante às circunstâncias que envolvem o caso concreto.

IV — Agravo a que se dá parcial provimento.» (AG 46.470-GO. Rel. Min. Costa Leite, Primeira Turma, por maioria, *DJ* de 27-6-85, pág. 10506).

«Ação declaratória. Valor da causa. Ementa: Se na ação declaratória visa o autor provar tempo de serviço e, pois, gerar efeito econômico, o valor da causa deve ser fixado conforme a regra geral.

Despacho reformado.» (AG 49.184-PR. Rel. Min. José Cândido, Segunda Turma, unânime. *DJ* de 4-12-86, pág. 23903).

«Impugnação. Valor da causa. Acolhimento parcial. Ementa: Inobstante as dificuldades para a fixação do valor correto da ação, forçoso é reconhecer ínfima a quantia registrada na inicial, ensejando, portanto, atribuir-se importância que atenda, pelo menos, a alçada recursal.

Agravo parcialmente provido.» (AG 50.697-RJ. Rel. Min. William Patterson, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 4-12-86, pág. 23903).

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, cuja ementa resume:

«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 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 firma.

Quer-se, assim, a comprovação de fato por meio de testemumhas, 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 asseguração 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 elucida Pontes de Miranda, «não se pede a declaração, nem condenação, nem execução, nem mandamemto, 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 decidam direitos controvertidos, nem meio para declará-los (2ª Câm. Cív. 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. Cív. 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. Cív. 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. Cív. 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 ouvida 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 ouvida de testemunhas, para eventual utilização futura.» (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1988, VIII vol., tomo II, págs. 461/3).

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.» (*DJ* 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. 4º).

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.» (*DJ* 18-10-84).

Este mesmo entendimento S. Exa. reiterou como Relator do AG 45.725-GO, Segunda Turma, unânime, *DJ* 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), do 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 consectários 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 fundamemtos que acabo de desenvolver, dou provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 56.173 — GO — (Reg. nº 880.016.946-5) — Relator: o Senhor Ministro Bueno de Souza. Agravante: Floriano Olegário. Agravado: INPS. Advogados: Drs. Lázaro Lamounier e Geraldo de Araújo Meireles.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 4-10-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.326-GO
(Registro nº 88.200.494)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Agravante: *Banco Francês e Brasileiro S/A*
Agravada: *Cooperálcool Cooperativa dos Produtores de Cana de Goianésia Ltda.*
Advogados: *Drs. Chiang de Gomes e Wanderly Pimenta Borges*

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Medida cautelar. Contrato de financiamento. Plano cruzado. Cláusula da imprevisibilidade. Desequilíbrio econômico. Correção monetária. Pressupostos da cautelar. CPC, art. 798. Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º. Decreto-Lei 2.322/87, Decreto-Lei 2.290/86, art. 6º.

I — Contrato de financiamento celebrado na vigência do plano cruzado, quando então suspensa a aplicação da correção monetária nos feitos submetidos à apreciação judicial e quanto aos contratos de convenção, não pode ser alterado diante da ausência da imprevisibilidade da mudança das regras ou normas pactuadas.

II — É inadmissível que o agente financeiro venha a se valer dessa imprevisão para exigir, além do pactuado, o que se configura dano objetivo e em justo receio de lesão grave e de difícil reparação de forma objetiva — art. 798, CPC.

III — O contrato celebrado não contou com cláusula de imprevisibilidade do desequilíbrio econômico, não podendo, assim, falar em correção monetária no contrato, porque abolida da realidade econômica à data da realização da convenção — art. 6º, Decreto-Lei 2.284/86 — a partir de 28-2-86, e restauração da correção monetária com os índices de variação nominal da OTN — Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º, com a redação do Decreto-Lei 2.322/87, art. 1º — a partir de 27-2-87, não podia o agravante mudar a convenção do financiamento de índices de LBC e IPC para os índices da variação nominal da OTN, por ser-lhe mais vantajoso em detrimento do devedor, porque isso representa enriquecimento sem causa.

IV — Presentes os pressupostos à concessão da medida cautelar, porquanto resta comprovada a possibilidade de dano irreparável ao agravado, é de se confirmar a decisão atacada.

V — Improvimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 1.º de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Francês e Brasileiro S/A, Agente Financeiro do BNDES, da decisão da MM.ª Juíza Federal da 3.ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que deferiu liminar na medida cautelar proposta por Cooperálcool Cooperativa dos Produtores de Cana de Goianésia Ltda.

A cautelar foi proposta a fim de afastar a aplicação dos critérios de reajustamento do valor do débito que a autora contraiu com o agravante e o BNDES.

O financiamento foi no valor de Cz$ 6.548.668,97 creditado em duas parcelas, a primeira de Cz$ 5.781.448,60, em *23 de fevereiro de 1987,* e a segunda de Cz$ 767.220,37 em *abril de 1987.*

A autora deduziu que o critério utilizado no reajuste do débito pelo agravante relativo à parcela de Cz$ 5.781.488,60 recebida em *23 de fevereiro, sete dias depois,* ou seja, em *1.º de março*, a autora passou a dever Cz$ 9.868.128,56.

Daí o deferimento da liminar *initio litis* e sem ouvir a parte contrária — fl. 136.

O agravante deduz ser imperiosa a reforma da decisão agravada ao argumento de que o poder de cautela do Juiz «não pode criar uma situação de fato que corresponda ao direito do autor, atendendo-o através da atração e discussão da questão principal e que somente pode ser averiguada em outra ação, para o processo cautelar».

Cita o agravante vários autores no sentido que o *periculum in mora* não é um perigo genérico de dano jurídico, mas de dano posterior e que o *fumus boni juris* é a probabilidade do pedido cautelar e não do pedido de fundo.

Afirma que a petição da medida cautelar cuidou apenas do mérito da causa, não tratando dos seus pressupostos e anexa pareceres de Orlando Gomes e Lélio Candiota de Campos — fls. 21/65.

Deduz, finalmente, sobre a impossibilidade jurídica do pedido ao argumento de que a medida busca antecipar-se à sentença de mérito e jamais alcançar na medida acauteladora.

A agravada contraminutou o agravo dizendo que a medida cautelar proposta não atraiu a discussão do objeto da ação principal e afirma a configuração dos dois pressupostos da cautelar.

Argumenta, ainda, os pareceres dos juristas anexados ao agravo, abona a tese do agravado — fl. 142.

No Juízo de retratação foi mantida a decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): As considerações que pretendo fazer me impõe seja transcrita a decisão agravada à fl. 132.

«A concessão da cautelar há que atender aos pressupostos da verossimilhança da argüição de ilegalidade — *fumus boni juris* — e do perigo de que a demora na proteção do direito invocado enseje dano irreparável ou de difícil reparação — *periculum in mora*.

A argumentação expendida na inicial, a par da documentação que a instrui, denota a presença de ambos os requisitos que hão de informar medidas desta natureza.

> 'O sistema de indexação desenvolvido no Brasil, embora atingindo várias áreas, não foi de abrangência universal, com a conseqüência da coexistência de duas categorias de obrigações: uma com garantia — embora relativa — da preservação do seu valor intrínseco, protegida pela indexação; a outra, desprotegida contra a erosão do seu valor pela inflação.' (Tilbery Henry, «A correção monetária no Direito Brasileiro», vários autores, Saraiva, 1966 — SP, pág. 66).

A correção monetária pode resultar de *lei específica*, como é o caso da Lei 6.899/81, que a estabeleceu para os débitos resultantes de decisão judicial, ou de *convenção*.

Na espécie, embora o contrato de financiamento se mostre totalmente ilegível (cópia de folhas 21/v.), outros elementos constantes do processo denotam que as partes *convencionaram* a indexação do débito em OTN, presume-se que para preservar-lhe o valor real.

Pelo critério utilizado no reajuste do débito relativo à parcela de Cz$ 5.781.448,60, recebida a 23 de fevereiro, a autora passou a dever, sete dias depois, ou seja, a 1º de março, Cz$ 9.868.128,56 (fl. 10).

A legislação colacionada pela requerente demonstra que, nas obrigações decorrentes de negócio contratual, o reajuste, quando vinculado à OTN, sujeita-se às variações ocorridas no período, ainda que o índice da OTN estivesse congelado. É a adoção da chamada OTN *pro rata*, consistente em sua atualização, desde março de 1986, pelos índices do IPC e da LBC.

Os requeridos encontraram um débito correspondente a 54.336,922932 OTN's (1ª parcela), dividindo o débito de Cz$ 5.781.448,60 por Cz$ 106,40 (OTN, valor congelado). Dividindo-se o mesmo valor do débito pelo valor da OTN com suas variações, encontrar-se-á, em fevereiro de 1987, somente 38.073,4185051 OTN's (Cz$ 5.781.448,60: 151,85, OTN *pro rato*).

Quanto ao crédito liberado em abril, o reajuste respectivo deu-se corretamente. Os suplicados dividiram o valor do débito pela OTN *pro rata*, cujo valor era de Cz$ 207,97 naquele mês.

Esses cálculos, elaborados inclusive com o auxílio da Contadoria deste Juízo, evidenciam que as alegações do prejuízo formuladas pela autora têm, em princípio, razão de ser.

Esse prejuízo, a partir desse primeiro reajuste, dá-se em escala progressiva, já que incidindo sobre o montante inicial o cálculo dos acessórios legais.

Assim, compulsando os autos, tenho por presentes os pressupostos que autorizam a concessão da cautelar *initio litis* e *inaudita altera pars*.

Isto posto, defiro liminarmente a cautelar, determinando aos requeridos que efetivem novos cálculos, tomando por base o valor da OTN vigente em fevereiro de 1987, ao tempo em que autorizo a autora a pagar as parcelas vincendas de sua dívida assim recalculada.

Determino à suplicante prestar caução, sob a forma de fiança bancária ou mediante depósito em dinheiro, do valor litigioso, ou seja, o correspondente à diferença, em OTNs, entre o valor atual e o novo cálculo de sua obrigação mensal.

Oficie-se aos requeridos, para efeito de cumprimento da liminar.

Intime-se.

Citem-se, nos termos e para os fins do art. 802 do CPC, o primeiro suplicado, via precatória.» (fls. 130/132).

Ao examinar as peças constantes dos autos vislumbra-se *ictu oculli* a configuração dos pressupostos da medida cautelar a justificar o seu cabimento.

A agravada celebrou contrato de financiamento com o BNDES, por intermédio da sua Agência Especial de Financiamento Industrial — FINAME, sendo o agente financeiro o agravante, Banco Francês e Brasileiro S/A, no valor de Cz$ 6.548.668,97, para a aquisição de 23 (vinte e três) colheitadeiras automotrizes.

O valor financiado foi creditado à agravada em duas parcelas, a primeira de Cz$ 5.781.448,00, efetivada em *23 de fevereiro de 1987,* e a segunda no valor de Cz$ 767.220,37, realizada em *abril de 1987*.

O resgate ou pagamento do financiamento foi iniciado em *9 de maio de 1987* e em *9 de agosto de 1987*, quando a agravada pagou as parcelas relativas aos encargos, juros e comissões — fls. 92 e 93 — sendo que a partir de *9 de setembro de 1987* a agravada iniciou o pagamento das trinta e seis parcelas remanescentes incluindo a amortização do principal (fls. 94 e 95).

Chamei a atenção pelas datas e por isso fiz questão de frisá-las, para ao menos mostrar um absurdo ou uma arte de economizar ou, ainda, uma técnica econômica característica de especulação.

Isso porque, a agravada, em *23 de fevereiro de 1987,* recebeu pelo financiamento Cz$ 5.781.448,00 e *logo após sete dias*, em *1.º de março de 1987*, a agravante já estava exigindo, cobrando a quantia de Cz$ 9.868.128,56 e aqui entendo haver um estrangulamento da agravada, porque com sete dias de financiamento a mesma passou a dever 70,68% a mais da primeira parcela, sem contudo ter recebido a segunda ocorrida 30 dias depois, quando então a agravada na pior das hipóteses passaria a dever 90,68% a mais da primeira parcela.

Dos documentos de fls. 92/95 se constata que a agravada já pagou 52% do valor do débito referente à primeira parcela só de encargo, juros e comissões.

Todo este apanhado se vê da matéria de fato constante dos autos e isso me fez vislumbrar para se chegar à conclusão da objetividade do dano, porque no meu entender o *periculum in mora* na cautelar tem que ser objetivo e não simples receio, deve ser fundado e visto sob uma análise objetiva.

A esse respeito estabelece o art. 798, do CPC, o seguinte:

> «Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver *fundado receio* de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.»

A expressão «fundado receio» contida no dispositivo é o receio objetivo, situação objetiva de perigo, temor claro e efetivo, é o receio de lesão grave e de difícil reparação que haverá de se causar ao direito da outra parte.

Esse dano não pode ser genérico, muito menos um dano jurídico, mas um dano posterior derivado do retardamento da prestação jurisdicional definitivo.

Dos fatos acima que repassei a lesividade se patenteia.

Noutro passo, há de se levar em conta que o contrato de financiamento foi celebrado na vigência do plano cruzado, quando então suspensa a aplicação da correção monetária nos feitos submetidos à apreciação judicial e quanto aos contratos de *Convenção* — art. 6º, do Decreto-Lei 2.284/86.

Neste particular, a agravada foi surpreendida pela imprevisibilidade da mudança das regras ou jogos da economia de que se valem o agravante e o BNDES.

A imprevisibilidade da mudança das normas pactuadas no contrato de financiamento entre agravante e agravada não foi prevista nas próprias cláusulas da convenção, portanto, é inadimissível que o contratante venha a se valer dessa imprevisão para exigir além do pactuado.

A convenção de financiamento foi celebrada diante de uma realidade econômica denominada Plano Cruzado, com a inexistência do animal chamado correção monetária, que em sua substituição ficaram estabelecidos os índices das LBC e IPC como forma de manter o equilíbrio econômico entre agravante e agravada.

Não contou o contrato com cláusula de imprevisibilidade do desequilíbrio econômico, não se podia, todavia, falar na correção monetária no contrato, porque abolida da realidade econômica à data da realização da convenção — art. 6º, Decreto-Lei nº 2.284/86 — a partir de *28 de fevereiro de 1986*, a qual retornou à ordem econômica em *27 de fevereiro de 1987* — Decreto-Lei 2.322/87.

A partir de *28-2-86* — Decreto-Lei 2.284/86, art. 33, a correção monetária ficou suspensa ou «congelada» até *27-2-87*, Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º, com a redação do Decreto-Lei 2.322/87, art. 1º — e foi nesse período de suspensão ou congelamento da correção monetária que o agravante e agravada celebraram o contrato de financiamento, momento em que a obrigação se contraiu tomando-se os índices das LBC e IPC com o fim de inalterar o valor real do mútuo.

Com a restauração da correção monetária com os índices de variação nominal da OTN — Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º, com a redação do Decreto-Lei 2.322/87, art. 1º — *não podia* o agravante *mudar a convenção do financiamento* de índices de LBC e IPC *para* os índices da variação nominal da *OTN*, por ser-lhe mais vantajoso em detrimento do devedor, porque isso representa enriquecimento sem causa.

A ocorrência dessa medida por parte do agravante em face de acontecimentos imprevisíveis e desvinculados da vontade das partes, tornou mais difícil e excessivamente onerosa a prestação, permitindo a agravada tomar a medida correta de revisão judicial das cláusulas contratuais, com o fim de restabelecer o equilíbrio contratual — v.cf. San Tiago Dantas, Programa de Direito Civil, Ed. Rio, 1978, V. II, p. 96.

Não houve no contrato celebrado a previsibilidade de alteração do equilíbrio econômico, que poderia perfeitamente ser antevista.

O bom direito da agravada ficou bem demonstrado na cautelar proposta.

Assim, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 56.326 — GO — (Reg. nº 88.200.494) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Agrte.: Banco Francês e Brasileiro S/A. Agrda.: Cooperálcool Cooperativa dos Produtores de Cana de Goianésia Ltda. Advs.: Drs. Chiang de Gomes e Wanderly Pimenta Borges.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. 1º-6-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz acompanharam o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 57.465 — RJ
(Registro nº 880.042.857-6)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis*

Agravante: *IAPAS*

Agravados: *Centro de Beleza e Boutique Inga Ltda. e outro*

Advogados: *José Maria Bazoli e Paulino G. Moreira Leite Neto*

EMENTA: Processual Civil. Execução Fiscal. Intimação do representante da Fazenda Pública.

A intimação do representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente (art. 25 da Lei 6.830/80).

Provimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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-DF, 28 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Interpõe o IAPAS o presente agravo de instrumento, inconformado com a r. decisão que deixou de receber recurso de apelação, por entendê-lo intempestivo.

Alega, em resenha, que a intimação da sentença que julgou extinta a execução, a teor do art. 25 da Lei 6.830/80, teria que ser feita pessoalmente ao representante do exeqüente.

Processado o agravo e mantido o decisório recorrido, subiram os autos.

Sem parecer, é o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Como reiteradamente decidido por esta C. Turma, na execução fiscal, a intimação do representante da Fazenda Pública será feita pessoalmente, conforme o comando do art. 25 da Lei 6.830/80.

Aliás tal entendimento está consubstanciado no verbete da Súmula 240, deste Tribunal, *verbis*:

> «A intimação do representante judicial da Fazenda Pública, nos embargos à execução fiscal, será feita pessoalmente».

Dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 57.465 — RJ — (Reg. 880.042.857-6) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Agrte.: IAPAS. Agrdos.: Centro de Beleza e Boutique Inga Ltda. e outro. Advs.: Drs. José Maria Bazoli e Paulino G. Moreira Leite Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 28-9-88 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro SEBASTIÃO REIS.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 28.652 — PR
(Registro nº 13.051.415)

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

Embargante: *Estado do Paraná*

Embargados: *Sociedade Pastoril e Agrícola Ferreira e Toledo Pizza Ltda., Cristóvão Ferreira de Sá e cônjuge, Rodolfo de Macedo Ribas — Sucessores, Jonas Barachisio — Sucessores, José Teixeira Palhares — Sucessores e Antonio Camingnotto e cônjuge*

Advogados: *Drs. José Manoel Macedo de Caron e outros, José R. Vieira Netto, José Cadilhe de Oliveira, Heraldo Barreto e outros, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Roberto Sperandio, José Antonio Marçal Romeiro Bchara e Roberto Caldas Alvim de Oliveira.*

EMENTA: Civil e Processual Civil. Pretensão executória. Prescrição. Embargos infringentes. Divergência.

1. A pretensão executória de sentença prescreve no mesmo prazo da ação em que proferida (Súmula 150 — TFR).

2. Situada a divergência em suposição de prática, pelo credor, de atos extrajudiciais demonstrativos de sua posse e domínio sobre terras objeto da ação reivindicatória, sem que demonstrados atos dos devedores da obrigação importando no reconhecimento do direito do credor, rejeitam-se os embargos infringentes, que não comportam reexame da matéria vencida por unanimidade, senão do ponto em que divergem os julgadores.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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-DF, 20 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O Estado do Paraná opõe embargos infringentes ao acórdão da egrégia Segunda Turma deste Tribunal, na

AC em referência, objetivando a que prevaleça o voto vencido do Sr. Ministro José Cândido, que não deu pela prescrição de execução de sentença proferida em ação reivindicatória proposta pelo ora embargante contra diverso:

O acórdão embargado, resultado dos votos proferidos pelos Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson, respectivamente Relator e Revisor da apelação, está assim ementado:

> «Processual Civil. Incidente de execução. Prescrição superveniente à sentença exeqüenda. Prazo.
>
> 1. A prescrição superveniente à sentença exeqüenda pode ser argüida nos embargos do devedor, como causa suspensiva (CPC, 1939, art. 1.010 II) ou extintiva (CPC, 1973, art. 741, VI) da obrigação.
>
> 2. A execução prescreve no mesmo prazo da ação (STF — Súmula nº 150).
>
> 3. Não havendo disposição exceptiva para a reivindicação e sendo o instituído da prescrição de exegese estrita, o prazo prescricional desse tipo de ação real é de dez anos entre presentes e de 20 entre ausentes (CC art. 177)».

E o voto divergente, do Sr. Ministro José Cândido, está assim lançado:

«Sr. Presidente, o voto proferido por V. Exa. é, na verdade, fruto de extraordinário trabalho de pesquisa, para o qual contribuíram o seu preparo e inteligência.

O voto do Sr. Ministro William Patterson também é brilhante, segue a mesma esteira.

Devo, contudo, nesta manifestação primeira, dizer que o problema da prescrição não pode ser considerado contra os interesses do Estado do Paraná, porquanto ela não teria ocorrido.

É o seguinte:

> Quando o Supremo Tribunal Federal julgou procedente e confirmou a ação de reivindicação de posse movida pelo Paraná contra «Palhares», ele já devia vir expedindo títulos sobre suas terras devolutas, o que vale dizer, exercia domínio e posse sobre as mesmas.
>
> O ilustre advogado, da tribuna, disse que no local, antigamente, não havia sinal de posse de terceiro, e que, efetivamente, a área era muito grande — uma família só não podia dispor de uma área que hoje está sendo ocupada por quinze municípios.
>
> Quero, Sr. Presidente, apenas dar um rápido panorama do meu ponto de vista, comprometendo-me a melhor examinar a matéria e preparar um voto neste sentido. Gostaria de dizer que esse é o aspecto da prescrição. O Código Civil, no capítulo «Das causas que interrompem a prescrição», diz no seu art. 172, inciso V, *verbis*
>
> > «A prescrição interrompe-se:
> >
> > Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor».
>
> Evidente que durante esses quarenta anos o Estado exerceu todos os atos que legitimaram a sua posse e domínio sobre as terras em litígio. E toda vez que esses atos eram produzidos, ele interrompia a prescrição. Isso era automático e decorria de procedimento extrajudicial como estabelece o Código Civil.
>
> Em face disso, o meu voto é divergindo do pensamento de V. Exa. Entendo que não houve prescrição. Conseqüentemente, não acolho a preliminar e dou provimento às apelações.»

Admitidos os embargos infringentes, foram os mesmos impugnados, sendo distribuídos ao Sr. Ministro Flaquer Scartezzini, que se declarou impedido, razão por que me vieram, em redistribuição.

Dispenso revisão, nos termos legais e regimentais.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em 1896 o Estado do Paraná propôs ação reivindicatória de terras denominadas «apertados», à margem esquerda do rio Paranapanema, contra José Teixeira Palhares e outros, que haviam adquirido essas terras de terceiros, objetivando desconstituir os respectivos títulos e reaver a posse injustamente mantida pelos réus.

Obteve êxito, em primeira, por sentença de 25 de junho de 1898 e, em segunda instância, então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 18 de dezembro de 1899, publicado em 30 do mesmo mês e ano, sem recurso.

Em 20 de abril de 1949 ingressou o Estado do Paraná com pedido de execução, visando a cancelar os registros de títulos dominiais originários e supervenientes.

Ao apreciar embargos opostos à execução, por diversos, decidiu o Juiz competente por pronunciar a prescrição para declarar extinta a execução, sentença essa que mereceu, pelo acórdão ora embargado, total confirmação.

Nestes embargos, em que o embargante pretende rediscutir toda a matéria enfocada em sua apelação, o que se há de decidir é a divergência, tão-somente, nos termos em que posta no voto vencido, pois que nele está contida toda a matéria a ser discutida em via de embargos infringentes.

Como visto do relatório, em que se acha transcrito o voto do Sr. Ministro José Cândido, a divergência reside em dizer que, em face de suposição de que as terras objeto da ação se achavam na posse e domínio do Estado do Paraná, este, ao exercer atos de domínio e de posse, estaria a interromper, ao longo de quarenta anos, a prescrição, com base no inciso V do art. 172 do Código Civil.

Sobre essa assertiva basilar do voto vencido é que esta Seção se há de pronunciar, para receber ou rejeitar os embargos infringentes, por conseguinte.

Em primeiro lugar, tenho que se apresenta inaplicável a causa interruptiva invocada, porquanto não são os atos do credor susceptíveis de interromper a prescrição, mas, segundo o próprio preceito legal, os atos do devedor. E não há demonstração de que os embargados, ao longo do tempo decorrido entre o trânsito em julgado do acórdão de 1899 e o ajuizamento da pretensão executória, tenham praticado atos que importem reconhecimento do direito do Estado do Paraná, ora embargante, sobre as áreas reivindicadas.

Além disto, o respeitável voto vencido repousa em suposição do exercício de atos de domínio e de posse, pelo Estado do Paraná sobre a área, que hoje, ao que informa a petição de embargos, constitui 25 municípios, a indicar que se constituiu situação de fato, extremamente complexa, que não pode ser atribuída, exclusivamente, a atos do Estado do Paraná, senão à invencível ocupação das terras, em face da chamada febre agrícola pelos que acorreram, de todo o Brasil, ao novo «El Dorado» do Paraná.

Por outro lado, os votos que informaram o acórdão embargado, depois de estudo aprofundado da questão, por tanto tempo controvertida, em torno da prescrição da execução de sentença, concluiu por reconhecê-la, com assento na Súmula 150 do colendo Supremo Tribunal Federal.

Porque sustentado nos embargos e renovado da Tribuna que o termo *a quo* do prazo prescricional da execução se contaria do julgamento pelo Supremo Tribunal, em 1931, de embargos opostos por outros dos interessados na causa, que não o que havia

apelado da sentença, tenho que está sem razão o embargante, porquanto a rejeição dos embargos se deu exatamente porque a sentença transitara em julgado em relação aos embargantes, que dela não apelaram, enquanto que, no que diz ao que dela apelara, esse termo inicial do prazo remonta ao trânsito em julgado do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que negara provimento à sua apelação, cuja publicação é de 30 de dezembro de 1899.

A tentativa de renovar a instância, levada a efeito pelo Estado do Paraná, em 1926, quando pediu o sorteio de novo Relator, em face do óbito do anterior, para daí situar o prazo, tão pouco lhe aproveita, porquanto já se achava prescrita a execução desde janeiro de 1919, além de que a citação efetivada em audiência de pessoa já anteriormente falecida, não teria validade, para a pretendida renovação da instância.

E, segundo a lição de Câmara Leal, trazida no voto do Sr. Ministro William Patterson, não se trataria de prescrição, mas de verdadeira decadência do direito de executar, não havendo, assim, lugar para interrupção.

Também da Tribuna se argúi omissão no julgamento da apelação, quanto a questões jurídicas que teriam sido aventadas no recurso, o que, no entanto, somente poderia ser examinado, para eventual suprimento, em embargos de declaração, que não foram opostos, na oportunidade própria.

É de destacar, porque importante, que o voto do Sr. Ministro Relator se limitou a examinar a prejudicial, sem que a extintiva de execução tenha repercussões sobre eventual alegação de usucapião sobre terras objeto da ação reivindicatória, que alguns dos embargantes da execução intentam reviver. Leio o voto, no particular: (ler fls. 1188 a 1191).

Isto posto, voto no sentido de rejeitar os embargos.

VOTO
(VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, se a divergência lavrada na Turma fosse mais ampla do que a singular discussão da questão de fato interessante à verificação da prescrição, no caso, estaria em duvidar, *data venia*, do acerto do acórdão, desde resultar na frustração de uma sentença declaratória de nulidade, a qualquer tempo oponível à força dos títulos declarados nulos. Viria à cena, então, a tese da imprescritibilidade, defendida tão judiciosamente pelo advogado, no seu memorial. E, possivelmente, essa minha dúvida levasse ao apoio da tese.

No entanto, como bem demonstrou o Sr. Ministro Relator, a Turma não divergiu sobre ser prescritível ou não a execução daquela sentença; divergiu sim, se no caso haveria motivação impeditiva da prescrição em si mesma, pelas interrupções indicadas no voto vencido, do Sr. Ministro José Cândido. Daí que essa simples matéria de fato não me anima a adotar o voto de S. Exa., pois que, voltando às informações fidedignas do Relator, não parece que os autos demonstrem tais interrupções.

Pelo exposto, acompanho o Sr. Ministro Relator, rejeitando os embargos.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, um dos princípios informadores do instituto da prescrição é o da pacificação das coisas pelo decurso do tempo. Foi o que, aqui, aconteceu, ou está acontecendo. Omitiu-se o embargante... Não é crível, agora, passados vários anos, reabrir-se a questão, sob o pálio da imprescritibilidade. A execução, como ação, é prescritível, pois a todo direito corresponde uma ação. Lá se foram 40 anos ou mais...

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 28.652 — PR — (Reg. nº 13.051.415) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade, Embgte.: Estado do Paraná. Embgdos: Sociedade Pastoril e Agrícola Ferreira e Toledo Pizza Ltda., Cristóvão Ferreira de Sá e cônjuge, Rodolfo de Macedo Ribas — Sucessores, Jonas Barachisio — Sucessor, José Teixeira Palhares — Sucessor e Antonio Camingnotto e cônjuge. Advs.: José Manoel Macedo de Caron e outros, José R. Vieira Netto, José Cadilhe de Oliveira, Heraldo Barreto e outros, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Roberto Sperandio, José Antonio Marçal Romeiro Bchara e Roberto Caldas Alvim de Oliveira.

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos. Em 20-4-88 — 1ª Seção.

Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Garcia Vieira, Fleury Pires, José Dantas, William Patterson, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. O Sr. Ministro Assis Toledo não compareceu por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.197 — PR
(Registro nº 8.824.696)

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

Apelantes: *Clevelândia Indl. e Territorial Ltda. e Antônio Conceição Paranhos — Espólio*

Apelado: *INCRA*

Remetente: *União Federal*

Advogados: *Drs. Jonathas Valério da Silva e outros, Alcino Guedes da Silva*

EMENTA: Civil. Nulidade de Escritura de Alienação de Terras do Domínio da União. Empresas incorporadas ao patrimônio da União. Ilegitimidade ativa para a causa. Dação em pagamento de terras além do limite constitucional e sem concorrência.

1. A União é parte legítima para pleitear a nulidade de escritura de dação em pagamento, feita pela Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio da União.

2. Alienação de terras em dimensão superior ao limite estabelecido no art. 156, § 2º, da Constituição de 1946, sem autorização do Senado e sem concorrência pública, é nula, o que acarreta o cancelamento do respectivo registro imobiliário.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao agravo no auto do processo e rejeitar a preliminar de ilegitimidade; no mérito, negar provimento ao apelo, para confirmar a r. sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, em 15 de março de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Apelaram Clevelândia Industrial e Territorial Ltda e Antônio Conceição Paranhos de sentença do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, que deu pela procedência da ação proposta pela

União com o objetivo de obter declaração de nulidade de escritura de dação em pagamento de área integrante de uma das Empresas Incorporadas ao Patrimônio da União, no Estado do Paraná.

A apelação não foi conhecida, por questão de falta de alçada recursal, contudo, em embargos de declaração houve modificação do julgado, suprindo omissão, para que a mesma fosse conhecida, decisão confirmada em julgamento de embargos infringentes pela egrégia Primeira Seção, que determinou a baixa dos autos a esta Turma, para o julgamento.

Há parecer da Sub-procuradoria Geral da República, da lavra do então Procurador José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, com o aprovo do então Subprocurador-Geral Henrique Fonseca de Araújo, pelo improvimento do agravo no auto do processo e da apelação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Preliminar:

Na audiência de instrução e julgamento, levada a efeito em 26 de junho de 1970, o então Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, que interviera no feito como Assistente, equiparado a litisconsorte da autora, recebendo o mesmo no estado em que se achava, apresentou dezenove documentos, após declarada encerrada a instrução, com o seu memorial, a título de razões de debate oral.

Era uma sexta-feira e o MM. Juiz, em atenção ao que determinava o Código de Processo Civil, então vigente, em seu art. 223, suspendeu a audiência e deu vista dos autos à parte adversa, por quarenta e oito horas, contadas minuto a minuto, e, de logo, designou o dia 29, às treze horas e trinta minutos, para a continuação da audiência, considerando que dito prazo se encerraria nesse dia, posto que no sábado e domingo não haveria expediente no foro.

Dessa decisão interpôs a primeira apelante agravo no auto do processo, por entender que o seu prazo para pronunciar-se sobre os documentos somente nesse dia teria início, ao contrário do decidido pelo MM. Juiz, tendo em vista a regra do art. 27 do Código de ritos que se achava em vigor.

E insiste, na apelação, que seja apreciada a preliminar, para anular a audiência e os atos subseqüentes, posto que cerceado o seu direito de defesa, ante a extemporânea juntada de documentos pela Assistente litisconsorte.

Tenho que deva ser conhecido o agravo, hoje com nova denominação, mas com os mesmos efeitos, porquanto o art. 27 do Código de Processo Civil de então era expresso:

> «Art. 27. Na contagem dos prazos, salvo disposição em contrário, excluir-se-á o dia do começo e se incluirá o do vencimento. Se este cair em dia feriado, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil.
>
> Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.»

Ora, a regra não admite dúvida, quanto ao início do prazo, pouco importando como se conte ele: será sempre excluído o dia do começo, ainda aqueles prazos que se contem minuto a minuto. Assim, ciente da decisão de sexta-feira, em plena audiência, não poderia começar a ter curso esse prazo, ainda que estabelecido por horas, senão a partir de segunda-feira, quando o MM. Juiz disse se encerraria.

A propósito do tema, já em face do vigente Código de Processo Civil, que explicitou a questão no § 2º do art. 184, tive oportunidade de, em uma das sessões precedentes, quando do julgamento do EAC nº 116.635-AC examinar a matéria, pelo que faço juntar cópia do voto ali proferido, pois tenho por aplicável ao que agora estou a proferir.

A regra da cabeça do artigo 27 do Código de 1939 não faz restrição ao prazo, seja contado por dias, seja o que se conta minuto a minuto, para efeito de excluir o dia do começo.

Mas não há nulidade sem prejuízo. É que os documentos que a autarquia fez juntar, por ocasião da audiência, nenhuma valia têm para o desate da causa e nem serviram de motivo para o julgamento, feito com base no que já constava dos autos, tudo submetido ao crivo do contraditório.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao agravo no auto do processo.

Superada a preliminar, rejeito a de ilegitimidade para a causa da União, porquanto, embora tenha que não foi a matéria julgada por este Tribunal, ao apreciar recurso outro nestes autos, com a determinação para que se proferisse despacho saneador e desse seguimento à ação, assim foi cumprido pelo MM. Juiz do feito, que o declarou saneado, em decisão singela, é verdade, mas da qual não houve recurso.

Além disto, em novo despacho, ao excluir o IBRA da relação, o MM. Juiz feriu a questão da legitimidade da União para a causa, sem que dessa nova decisão houvesse recurso, senão pedido de reconsideração da autarquia, para que fosse admitida como Assistente, acolhido.

Demais disto, os bens sob a supervisão da Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio da União, pertencem à autora, que, não obstante a continuação da existência das ditas empresas, para fins de execução de suas atribuições e finalidades, tem disponibilidade sobre os mesmos e, por conseguinte, legitimidade para estar em Juízo em busca da nulidade de atos praticados pela aludida Superintendência, que não tem personalidade jurídica distinta do ente que a criou.

Rejeito, portanto, a preliminar de ilegitimidade da União para a causa.

No mérito, tenho que a respeitável sentença decidiu com acerto, porquanto o ato padece de nulidade, por ofensa a princípio da Constituição, então vigente, o art. 156, § 2º da Carta de 1946, que expressamente estabelecia:

> «Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 10.000 hectares.»

As terras mencionadas na escritura anulanda têm a dimensão de quatrocentos e oitenta mil hectares e integravam o domínio da Companhia Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande, incorporada ao patrimônio da União e por continuar a aludida empresa a manter a sua organização de natureza privada, se há de dizer que não fossem públicas as terras, que passaram, pela incorporação, a compor o domínio da União.

Não vale o argumento de que havia autorização legislativa para a alienação de bens pela Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio da União, porquanto, a prevalecer a norma do Decreto-Lei 9.549, de 1946, sobre a regra constitucional superveniente, é de ver-se que o mesmo exigia, para a alienação, que o fosse em concorrência pública, formalidade que, no caso, não se observou.

E tais omissões acarretaram o não registro do contrato pelo Tribunal de Contas da União, a ensejar a sua inanidade como capaz de transcrição da escritura e, por conseqüência, transferir à apelante o domínio sobre as terras indicadas.

A sentença que determina a nulidade da escritura de dação em pagamento das terras indicadas, ao ser executada, importará no cancelamento dos registros imobiliários que, com base no dito documento e sua transcrição se fizeram, a demonstrar que, ao assim dispor, o MM. Juiz sentenciante não excedeu os lindes da contenda.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

ANEXO

Embargos de Declaração AC nº 116.635
(Registro nº 7.946.546)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Examino a preliminar:

O prazo do art. 552, § 1º do Código de Processo Civil, estabelecido por horas, conta-se, na forma preconizada no art. 125, § 4º do Código Civil, ou seja, minuto a minuto.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 27, tinha regra espressa sobre a contagem minuto a minuto, excepcionando a contida na primeira parte do dispositivo, que mandava excluir o dia do começo do prazo.

O atual, contudo, no art. 184, § 2º, estabelece, sem fazer restrição:

> «Os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação».

Esta redação foi introduzida pela Lei nº 5.925, de 01 de outubro de 1973, antes, portanto, da entrada em vigor do Código.

Embora fosse de admitir que a exclusão do dia do começo na contagem dos prazos somente se aplicasse aos casos de prazos dessa unidade de tempo, os comentadores do Código não fazem a distinção, que o legislador não quis estabelecer.

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com destaque para o acórdão no RE 100.692-7-SP, sendo Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer, assim tem entendido.

No caso em exame nestes embargos o feito foi incluído em pauta, com publicação no *Diário da Justiça* de 09 de setembro deste ano, sendo julgado em 11, de modo que, excluído o dia 09, da intimação, não medeou entre esta e o julgamento, verificado na tarde do dia 11, o prazo de quarenta e oito horas do art. 552, § 1º, contado minuto a minuto, o que, sem dúvida, acarreta a nulidade do julgamento.

Isto posto, preliminarmente, voto no sentido de receber os embargos, para declarar a nulidade do julgamento da Apelação, determinando a reinclusão do feito em pauta e intimando-se, com antecedência suficiente, as partes e seus advogados, como de direito, prejudicados os embargos do INCRA.

EXTRATO DA MINUTA

AC 30.197 — PR — (Reg. nº 8.824.696) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Aptes.: Clevelândia Indl. e Territorial Ltda. e Antônio Conceição Paranhos — Espólio. Apdo.: INCRA. Remte.: União Federal. Advs.: Drs. Jonathas Valério da Silva e outros, Alcino Guedes da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao agravo no auto do processo e rejeitou a preliminar de ilegitimidade; no mérito, negou provimento ao apelo, para confirmar a r. sentença de primeiro grau (Em 15-3-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. William Patterson e Costa Leite votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 31.621 — SP

(Registro nº 213.209)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado*

Embargante: Light — Serviços de Eletricidade S/A

Embargada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Augusto de Freitas Gordilho e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Adicional de 3%.

— O adicional criado pelo art. 98, da Lei nº 3.470/58, não é devido pelas concessionárias de serviço público cujos lucros não excedam de 12% do capital.

— Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 7 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro HUGO MACHADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO: Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por Light — Serviços de Eletricidade S/A ao v. acórdão de fls. 171, que foi assim ementado:

«Imposto de Renda.

Concessionária de Serviço Público.

Adicional de 3%.

O § 1º, artigo 44, do Decreto nº 40.702/56, não exclui as entidades que menciona, do dever de recolher o tributo. Estabelece, apenas, critério diferente para o seu recolhimento.

O benefício pretendido, qual seja, isenção do acréscimo, por se tratar a autora de concessionária de serviço público, teria que ser expressso, a fim de

revelar exceção à regra do art. 3º ao imposto de renda, nos exercícios de 1959 e 1960, o que ainda mais se evidencia com a superveniência do regulamento (Decreto nº 47.373/59), que nada acrescentou à lei, ou a emendou, mas apenas a explicitou.

Sentença que deu pela improcedência da ação, que se confirma.

Recurso improvido.»

Pretende a embargante a prevalência do voto-vencido, do eminente Ministro Revisor Paulo Távora, que entende não incidir o adicional de 3% (três por cento) na hipótese do § 1º, do art. 44, do Decreto 40.702/56. Citou julgados deste Tribunal, no mesmo sentido, nos Embargos Infringentes nas AC 25.766, 31.313 e no RE 78.468, de que foi Relator o saudoso Ministro Oswaldo Trigueiro, *verbis*:

«Imposto de Renda. Adicional do art. 98 da Lei nº 3.470/58. Não alcança as empresas concessionárias de serviço público cujos lucros não excedam de 12%.

Recurso extraordinário não conhecido por não configurada a negativa de vigência do direito federal.» (RTJ 70/588).

O voto condutor no acórdão do eminente Ministro Jarbas Nobre adotou o argumento da sentença, *verbis*:

«Na hipótese, pretende-se uma isenção que não vem explícita na lei, nem com seu espírito se conforma. Como ressaltado, o § 1º do artigo 44 não exclui as entidades que menciona, do dever de recolher o tributo. Estabelece, apenas, critério diferente para o seu recolhimento. E se não estão isentas, têm de suportar a carga do adicional, posto que, a admitir-se o entendimento da Autora, defrontar-se-ia uma situação esdrúxula: a de contribuinte obrigado a pagar o imposto, mas isento, sem razão plausível, do adicional que a este acresce. Repetindo: pagaria o tributo, mas gozaria da isenção do acréscimo. Não foi este, porém, evidentemente, o escopo do legislador. Não haveria motivo para conceder essa isenção, quando não o fizera em relação ao imposto. E, ademais, o benefício, se concedido, ainda que absurdo e odioso por envolver privilégio, teria de vir expresso para prevalecer. Assim, a conclusão que se impõe, em boa lógica e atenta aos princípios da legislação tributária, é a do caráter geral da norma inscrita do art. 98 da Lei nº 3.470. O preceito alcança todas as pessoas jurídicas que pagam imposto de renda, quer as incluídas na tabela progressiva, quer as beneficiadas com alíquotas fixas. Daí por que o Regulamento superveniente (Dec. 47.373, de 1959 (nada veio acrescentar à lei, ou emendá-la, mas apenas explicitá-la, revelar o que resultava do exame lógico do texto. Nisso não se excedeu o poder regulamentador.»

Pelas razões expostas, confirmo a Sentença.

Nego provimento ao recurso.»

Admitidos os Embargos, foram impugnados pela União Federal que, reportando-se aos fundamentos do voto vencedor, pede a rejeição dos Embargos.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Adicional de 3%.

— O adicional criado pelo art. 98, da Lei nº 3.470/58, não é devido pelas concessionárias de serviço público cujos lucros não excedam de 12% do capital.

— Embargos recebidos.

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO: O voto do acórdão da lavra do eminente Ministro Jarbas Nobre, funda-se no argumento segundo o qual não existe regra expressa isentando as concessionárias do adicional em questão, nem essa isenção é compatível com o seu espírito: «Na hipótese, pretende-se uma isenção que não vem explícita na lei, nem com o seu espírito se confirma».

Na verdade, porém, a questão foi adequadamente colocada, data máxima venia.

A verdadeira questão, no caso, não é a de saber se existe, ou não, norma isentiva. Não se cuida, aqui, se isenção. O que se há de resolver é se a norma instituidora do questionado adicional abrange, ou não, em sua hipótese de incidência, as concessionárias de serviço público cujos lucros não sejam superiores a 12% do respectivo capital.

Isenção e não incidência são coisas distintas. A regra jurídica isentiva define uma situação que, abrangida pela regra de tributação, é retirada de seu alcance. A regra de isenção define uma exceção à regra de tributação. «E exatamente por constituir uma exceção é que ela deve ser interpretada literalmente (CTN, art. 111). Já a não incidência é tudo o que está fora da hipótese de incidência. Não foi abrangido por esta. Resulta da própria regra jurídica de tributação que, definindo a hipótese em que o tributo é devido, por exclusão define aquelas em que não o é». (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, pág. 119).

Se o fato em causa não está abrangido pela *hipótese de incidência* da regra de tributação é porque está fora dela. «Não se há de exigir uma regra indicando casos de não incidência. Basta a existência de regra jurídica definindo as hipóteses de incidência, e tudo que como tal não esteja definido será, obviamente, hipótese de não incidência». (Hugo de Brito Machado, *op. cit.* pág. 119).

A verdadeira questão, aqui, é a de saber se a regra instituidora do adicional em referência, isto é, o art. 98 da Lei nº 3.470/58 abrange, ou não, em sua hipótese de incidência, as concessionárias.

Vejamos:

O art. 98, citado, estabelece:

> «Art. 98. O imposto a que se refere o art. 44 do Regulamento aprovado com o Decreto nº 40.702, de 31 de dezembro de 1956, será acrescido, nos exercícios financeiros de 1959 e 1960, de um adicional de 3% (três por cento) sobre os lucros apurados de conformidade com a lei.»

Vê-se que o adicional em questão veio somar-se ao imposto a que se refere o art. 44, do Regulamento do Imposto de Renda, então vigente, que estabelecia:

> «Art. 44. As pessoas jurídicas, seja comercial ou civil o seu objeto, pagarão o imposto, sobre os lucros apurados de conformidade com a lei, à razão de (Lei nº 2.862, art. 23):
>
> *a*. 15% (quinze por cento) até Cr$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros);
>
> *b*. 20% (vinte por cento) sobre a parte que exceder Cr$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros).
>
> § 1º Não se compreendem nas disposições deste artigo (Lei nº 2.862, art. 23, parágrafo único):
>
> *a*. As empresas concessionárias de serviços públicos, cujos lucros não excederem de 12% (doze por cento) do capital, as quais pagarão o imposto proporcional de 10% (dez por cento).»

É evidente que o § 1º excluiu «as empresas concessionárias...» da regra do *caput*. Isto significa dizer que o imposto a que se refere o art. 44 não é devido pelas referidas concessionárias. Assim, portanto, o adicional a esse imposto também não é por elas devido, posto que a regra de tributação constante do art. 98, da Lei nº 3.470/58, não as abrange.

A justificar essa interpretação, tem-se o fato de que as concessionárias em referência continuam pagando imposto de renda mediante alíquotas diferenciadas, menores,

tendo havido mesmo redução de dez para seis por cento. Este fato está a indicar, claramente, que o espírito da lei é no sentido de dispensar um tratamento favorecido a tais empresas.

Destaco, finalmente, que o egrégio Supremo Tribunal Federal já manifestou-se sobre o tema, de modo favorável à tese da embargante.

Recebo os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 31.621 — SP — (Reg. nº 0213209) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado — Embgte.: Light — Serviços de Eletricidade S/A — Embgda.: União Federal — Advs.: Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos (2ª Seção, em 7-6-88).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Na ausência justificada do Sr. Ministro José Cândido, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.418 — DF
(Registro nº 3.222.241)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar*

Apelante: *Claudiano Benício Costa*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Oldeney B. de Carvalho e Antão Araújo da Silva*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Processo Administrativo. Prescrição. Demissão injusta. Reintegração post mortem. Efeitos patrimoniais.

1. A revisão do processo administrativo, que é um direito do funcionário público, poderá ser requerida a qualquer tempo, desde que se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do requerente (Lei nº 1.711/52, art. 233). Da quitação completa e formal do Tribunal de Contas da União ao administrador, seus herdeiros e sucessores, nasceu o direito de pedir a revisão do processo administrativo, de que resultou a demissão do autor, a bem do serviço público, nota desabonadora que perduraria não fosse aquela decisão.

2. A decisão do TCU retirou do ato administrativo sua motivação, já que o autor fora apontado como responsável pelo desvio do material importado; verificou-se, ademais, em processo criminal, que o responsável por esse desvio fora outro funcionário, que veio a ser condenado, pelo mesmo TCU, a ressarcir os prejuízos sofridos pela Fazenda Pública.

3. Falecido o autor, insiste a viúva na ação, para limpar o nome do marido, manchado injustamente. A reintegração post mortem é ficção jurídica, da qual decorreram os efeitos patrimoniais pertinentes, a serem apurados em execução.

4. Apelação provida.

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

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 29 de maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Claudiano Benício Costa ajuizou ação ordinária contra a União Federal, para o fim de se ver reintegrado no cargo de Almoxarife, nível 16-B, que exercia no ex-Departamento de Correios e Telégrafos à época de sua demissão, publicada no *Diário Oficial* de 23-5-67.

Invocando o art. 58, da Lei nº 1.711/52, alegou que a Comissão de Inquérito, constituída pela Portaria 2.163, incorreu em lamentável equívoco ao considerá-lo responsável pelo desvio de material importado, porquanto, no Inquérito Administrativo instaurado, Fernando Noel Cagnin é que foi considerado como autor do delito, tanto que, após sua demissão, foi denunciado pelo Ministério Público. Ademais, o Tribunal de Contas da União, em sessão de 12-8-75, julgou regulares suas contas e lhe deu quitação referente ao período de 1 de janeiro a 13 de outubro de 1966, em que exerceu a função de Exator do Depósito de Material dos Correios e Telégrafos, o que levou a pedir reconsideração do despacho em pedido de Revisão Processual no Ministério das Comunicações, não obtendo êxito em sua pretensão.

Contestando, a União Federal argumentou que na inicial não foram observadas as exigências do art. 282, II, do CPC, referentes à profissão do autor, pugnando pela prescrição, eis que o ato que se pretende invalidar foi publicado em 23-5-67 e o ajuizamento se deu em 5-6-78. Por outro lado, a matéria foi objeto de dois Mandados de Segurança nºs: 19.820-DF (Rel. Min. Luiz Gallotti, *in DJ* de 15-12-69) e 80.734-DF (Rel. Min. José Néri da Silveira, *in DJ* de 26-5-78), vendo-se o autor vencido em ambos (fls. 24/27). Também, fazem parte integrante de sua defesa as informações prestadas pelo Ministério das Comunicações (fls. 28/46).

Réplica às fls. 48/52, sanada a preliminar levantada pela defesa.

Juntado, por linha, o processo de prestação de contas, o Ministério Público (fl. 61 verso) manifestou-se no sentido de que a decisão ali consignada não abala o fundamento ou princípio contido na Formulação 145, do DASP.

Saneador irrecorrido à fl. 65.

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 69 e verso) as partes se reportaram às razões anteriores.

O MM. Juiz Federal, Dr. José Bolívar de Souza (fls. 71/78), julgou a ação improcedente, condenando o autor nas custas e em honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o autor (fls. 80/91) anexando jurisprudência (fls. 92/165), protestando pela reforma da sentença.

Contra-razões (fls. 168/170) pela manutenção do decisório.

Falecido o autor em 26-3-81, sua esposa requereu o prosseguimento do feito (fls. 179/181).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Getúlio Rivera Velasco Cantanhede, aprovado pelo Dr. Hélio Pinheiro da Silva, hoje ilustre Ministro aposentado desta Corte, opinou pela confirmação da sentença (fls. 183/184).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): A sentença é, de fato, contraditória, já que acolheu a preliminar de prescrição, mas prosseguiu analisando o mérito, para julgar a ação improcedente.

Tenho que inocorre a pretendida prescrição.

Assinala Cretela Jr. que, «no direito estatutário, a revisão do processo administrativo, que é um direito do funcionário público, poderá ser requerida «a qualquer tem-

po», desde que se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do requerente (cf, art. 233 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1952)» (RDP nº 72, pág. 26).

Ora, no caso dos autos, somente com a decisão formal do Egrégio Tribunal de Contas da União, no processo de tomada de contas pertinente, que deu completa quitação ao administrador, seus herdeiros e sucessores, nasceu o direito de pedir a revisão do processo administrativo, que tivera, a seu tempo, tramitação formalmente regular e resultara na demissão do autor, a bem do serviço público.

A nota infamante e desabonadora perduraria, não fosse, precisamente, a decisão do Tribunal de Contas da União, que lhe deu quitação, inclusive do período que tanto o afetou, moralmente, e resultou na perda do cargo público.

Requerida, assim, a revisão do ato administrativo, com base nessa decisão formal do TCU, foi rechaçada sua pretensão, com fundamento na Formulação nº 145, do DASP, segundo a qual «a aprovação das contas pela Corte específica não faz «coisa julgada» oponível na esfera disciplinar».

Ocorre, porém, que a decisão formal do Tribunal de Contas da União retirou do ato administrativo toda a sua motivação, já que se indigitou o autor como responsável pelo desvio do material importado, de sua repartição, quando era Almoxarife. Verificou-se, entretanto, em processo penal, que o responsável pelo desvio fora Fernando Noel Cagnin, e não o autor; e tal personagem veio a ser condenado, pelo mesmo Tribunal de Contas da União, a ressarcir os prejuízos sofridos pela Fazenda Pública.

Os mandados de segurança não fizeram coisa julgada: o impetrado neste Tribunal, porque dele não se conheceu; e o ajuizado no Eg. Supremo Tribunal Federal, porque nele se discutiu apenas a tese de ter sido o autor demitido, não obstante não haver, contra ele, oferecido denúncia o Ministério Público. (Fls. 25/26).

Do indeferimento da revisão administrativa, também, resultou causa interruptiva da prescrição.

Falecido o autor, sua viúva insiste na ação que visa à limpeza do nome de seu marido, manchado pela injusta imputação.

A reintegração *post mortem* é ficção jurídica, da qual decorreram os efeitos patrimoniais pertinentes, a serem apurados em execução.

Ante todo o exposto, dou provimento à apelação para afastar a prejudicial de prescrição e, no mérito, julgar a ação procedente, condenando a ré nos termos do pedido, invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, sobre a prescrição é que ressalvo. Não tenho dúvida em acompanhar V. Exa., porque o Supremo Tribunal vem em várias decisões entender que o prazo prescricional, quando há procedimento, no caso criminal, contra o cidadão e depois ele é absolvido, começa a correr dessa decisão criminal.

Então, *mutatis mutandis*, seria também do processo administrativo que reabriu a revisão.

Embora meu ponto de vista de que pelo princípio da *actio nata*, do ato é que nasceu a ação para ele, acompanho V. Exa.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Estou fazendo essa ressalva porque entendo que a ação, para ele, nasceu quando ele foi demitido.

Ele podia ter feito toda essa prova numa ação, independentemente da apreciação do Tribunal de Contas. Daí é que seria contado o prazo prescricional.

Mas o Supremo Tribunal entendeu, em alguns julgados recentes, que a ação só nasce da absolvição no processo criminal e, daí, se conta o prazo prescricional.

Fazendo aplicação disso ao caso do processo administrativo, que foi revisto, ou do processo de contas, que foi apreciado pelo Tribunal, acompanho V. Exa., ressalvado meu ponto de vista sobre a prescrição; quanto ao mérito, acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.418 — DF — (Reg. nº 3.222.241) — Rel.: Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Nelson Parucker. Apte.: Claudiano Benício Costa. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Antão Araújo da Silva e Oldeney B. de Carvalho.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 29-5-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Dias Trindade votaram com o relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.756 — SP
(Registro nº 1.298.666)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*
Remet. Ex Of.: *Juízo Federal da 5.ª Vara/SP*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *Thereza de Lourdes Martins Fiel e outros*
Advogados: *Drs. Samuel Mac Dowell de Figueiredo e outros e Sérgio Bermudes*

EMENTA: Responsabilidade Civil. Prisão. Morte. Causa. Dano material. Dano moral.

A teor do princípio inserto no § 14, do artigo 153, da Constituição Federal, impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. Constatada a morte do preso, em dependências policiais (DOI/CODI), seja por força de torturas ou sevícias, ou decorrente de suicídio com nexo de causalidade, forçoso é reconhecer a responsabilidade do Estado, nos moldes da preceituação contida no artigo 107, da Lei Fundamental.

Incabível a condenação em danos morais, principalmente quando acumulados com danos materiais.

Precedentes judiciais.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação o dano moral, nos justos 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, 7 de abril de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A questão versada nestes autos pode ser compreendida através do seguinte sumário constante da sentença de primeiro grau, *verbis*:

«Trata-se de ação ordinária de Indenização que contra a União Federal movem Thereza de Lourdes Martins Fiel, Márcia de Fátima Fiel e Maria Fiel Pivotto, devidamente qualificadas, aquela viúva e estas últimas filhas de Manoel Fiel Filho.

Alegam que viviam em companhia de seu esposo e pai, Manoel Fiel Filho, até o dia 17 de janeiro de 1976, data em que veio a falecer, com 49 anos de idade; que este, na manhã do dia 16 de janeiro de 1976, foi detido no seu local de trabalho, por dois agentes do Destacamento de Operações e Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI) e, em seguida, conduzido à sua residência; que ali os agentes procederam à busca e apreensão de alguns objetos e levaram-no preso para as dependências do citado Destacamento de Operações de Informações do Centro de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI); que no dia 19 de janeiro do mesmo ano de 1976, o Comando do II Exército divulgou nota oficial, publicada na imprensa do dia seguinte, comunicando a morte do marido e pai das Autoras, ocorrida em suas dependências, no dia 17 daquele mês e que determinara a instauração do Inquérito Policial Militar, para apurar as circunstâncias do ocorrido; que a conclusão do inquérito policial militar foi no sentido de que a causa determinante foi o suicídio; que, Manoel Fiel Filho, no entanto, foi preso ilegalmente, uma vez que os agentes que o detiveram e o conduziram para a mencionada corporação militar não portavam ordem escrita de autoridade competente; que, ademais, foi submetido a torturas praticadas por agentes da Ré, de onde resultou seu falecimento; que desses fatos e da prova produzida emerge a indefectível conclusão da procedência do pedido, consubstanciado na declaração da responsabilidade da União Federal e sua condenação no pagamento de indenização pelas perdas e danos materiais e morais que sofreram.

A Ré contestou o pedido, em resumo argüindo a improcedência da ação, respaldando suas alegações nos seguintes fatos e fundamentos:

a. a prisão questionada teve todos os foros de legitimidade, não somente pelos elementos carreados, como também atentando-se para a circunstância de que do disposto no artigo 10 do Ato Institucional nº 5/68, permite inferir-se da absoluta licitude de conduta dos agentes públicos, eis que tal disposição, vigente à época, circunscrevia a área de incidência do parágrafo 12, do artigo 153, da Constituição Federal, tornando indeterminadamente inaplicáveis as normas do artigo 466 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, de onde afastada a possibilidade de invocar-se aquele preceito constitucional, dentro do quadro legislativo então vigorante;

b. retornando à matéria de fato, cumpre notar o que consta dos depoimentos prestados pelas testemunhas de fls. 56/58, 66/68 e 69/71 do IPM, mormente o soldado Alfredo Umeda. Ali está dito que aludido militar tomou ciência do evento quando se dirigia para a cela do detento portando a refeição destinada a este; tal assertiva é corroborada pelas demais testemunhas, inclusive aquelas detidas que tomaram conhecimento do fato no horário do almoço (fls. 83/85-Edevarde José, fls. 89/90 Sebastião de Almeida, fls. 91/92-Moacyr Piffer, fls. 98/99-Rozária Amado Andrade). Ora, não é crível que a autoridade militar fosse providenciar refeição para um morto, ou seja, não se iria destinar refeição ao detento, caso a morte deste fosse de autoria dos agentes da Ré, por mais imaginação que se tivesse para se elaborar uma encenação adrede preparada. Aliás, confirmando, trata-se de autocídio.

E, em suas razões finais, acentua não ser dada às Autoras o direito de transferir o ônus da comprovação do fato negativo suscitado na resposta de fls. 82 e seguintes embasado na culpa da vítima, pois, tratando-se de perquirir ato omissivo, a culpa insere-se amplamente no campo da composição da lide;

por conseguinte, tendo a pretensão das Autoras apoio no artigo 159 do Código Civil, incumbia-lhes não apenas especificar qual a ação ou omissão praticada pela Ré que a tornaria responsável pela reparação do dano, mas, ainda, dentro dos princípios mencionados, provar que assim tenha agido ou deixado de agir. Ora, quando a situação normal adquirida é a ausência de culpa, as Autoras não podem escapar à obrigação de prová-la, em matéria de responsabilidade civil, toda vez que, fundamentadamente, consiga o réu invocá-la, obrigação esta que as Autoras não lograram cumprir. Logo, entende ser o pedido improcedente, por tipificar-se, na espécie, a culpa da vítima.»

Sentenciando, o Dr. Jorge T. Flaquer Scartezzini, eminente Juiz Federal da 5.ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, julgou procedente a ação para condenar a Ré a pagar às Autoras Thereza de Lourdes Martins Fiel e Márcia de Fátima Fiel, a título de dano material, a quantia correspondente ao salário mensal que percebia Manoel Fiel Filho, na oportunidade dos acontecimentos, inclusive 13.º salário, com pagamento das prestações vencidas, atualizadas até o efetivo pagamento, acrescidas de juros de mora, contados da citação (6% a.a.). As parcelas vindouras sofrerão os reajustes devidos, proporcionais ao aumento do salário mínimo, durante a sobrevida provável, tudo a ser apurado em liquidação. Ressalvou o direito de Maria Aparecida Fiel Pivotto, de pleitear, em procedimento próprio, eventuais direitos quanto ao dano material. Também reconheceu devida parcela relativa a danos morais, como forma de amenizar a dor sofrida, arbitrando-a em 500 (quinhentas) vezes o maior salário mínimo, conforme divisão que indica. Os honorários advocatícios foram arbitrados em Cr$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros). Declarou, ainda, o direito de a Suplicada mover ação regressiva contra os seus agentes que atuaram de forma culposa. Autorizou o reembolso das custas.

Inconformada, recorreu a União Federal, com as razões de fls. 986/1002, em críticas ao v. decisório. Os fundamentos são aqueles resumidos no parecer de fls. 1052/1094:

> *a*) a demanda está imune de apreciação judicial, por força do art. 181 da Constituição Federal; *b*) a detenção não estava sujeita a comunicação antes da instauração do inquérito; *c*) não houve possibilidade material, em decorrência da proximidade das datas da detenção e da morte da vítima, para a comunicação da prisão; *d*) a sentença não deu o devido valor probatório aos exames periciais, que concluíram pelo suicídio da vítima; *e*) houve culpa exclusiva da vítima, daí ser improcedente a ação; *f*) mesmo que tivesse havido culpa *in custodiendo* da Administração, ela deveria ter sido demonstrada, o que não foi feito nos autos; *g*) devem ser recebidos com reserva os depoimentos sobre as torturas, considerando que as testemunhas depuseram com ressentimento; *h*) que, em matéria de danos morais, há controvérsia, no máximo podendo-se concluir que o nosso Código se filiou aos casos previstos em Lei, não sendo lícito ampliar essa modalidade de indenização.»

Contra-razões às fls. 1005/1047.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma parcial do *decisum*, apenas para excluir da condenação os danos morais (fls. 1052/1094).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O pedido de indenização, objeto dos presentes autos, está colocado sob o pressuposto jurídico inserto no art. 107, da Constituição Federal. O MM. Juiz *a quo*, em brilhantes considerações, demonstrou que a hipótese aconchega-se nos princípios da preceituação. Na verdade,

acerca da exegese do citado dispositivo já tenho posição firmada no sentido de que prescreve ele o princípio da responsabilidade civil do Estado, na modalidade do risco administrativo, pelo qual não se há de indagar, inicialmente, da culpa do agente público, bastando a constatação do dano para ser a Administração responsável.

Ao relatar a AC nº 50.327-PR tive ensejo de ressaltar o seguinte:

> «O princípio inscrito no art. 107, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade do Estado perante terceiros, por danos causados por seus agentes, é motivo da polêmica acerca da natureza jurídica e alcance do seu conteúdo. As teses em confronto situam-se ao nível do grau de responsabilidade do Poder Público, sendo certo, porém, que a jurisprudência, desta Egrégia Corte, principalmente, tem entendido que se há de adotar a tese da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, que, diversa da teoria do risco integral, permite temperamento, ao acolher o exame da culpabilidade, de sorte a definir o índice de responsabilidade pelos danos (AC nº 36.955-MT)».

Tal responsabilidade só pode ser minimizada quando ocorrente quatro fatores, a saber: 1) culpa da vítima; 2) culpa de terceiros; 3) força maior e 4) estado de necessidade. Inexistindo qualquer uma dessas circunstâncias, a responsabilidade passa a ter a conotação atribuída no *decisum*.

Doutrinariamente, o debate sobre a conceituação da responsabilidade ínsita na regra maior perde consistência, por isso que esse Colegiado já tem orientação assentada acerca do assunto, com a qual sempre me coloquei em consciente e convencida adesão.

Situada a questão no âmbito dessa normatividade, resta saber, apenas, se os fatos narrados na peça vestibular estão comprovados, se há danos deles decorrentes, bem como identificar as causas e a autoria, de sorte a dimensionar a responsabilidade do Estado.

São incontroversos os seguintes pontos: 1) que Manoel Fiel Filho foi detido, no dia 16 de janeiro de 1976, em seu local de trabalho, por dois agentes do Destacamento de Operações e Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (DOI-CODI); 2) que dali foi levado à sua residência, onde os agentes procederam à busca e apreensão de alguns objetos; 3) que, em seguida, foi transportado para as dependências do mencionado Departamento; 4) que veio a falecer no dia imediato, 17 de janeiro, conforme nota oficial publicada na imprensa, nesses termos:

> «O Comando do II Exército lamenta informar que foi encontrado morto, às 13 horas do dia 17 do corrente, sábado, em um dos xadrezes do DOI-CODI/II Exército, o Sr. Manoel Fiel Filho. Para apurar o ocorrido, mandou instaurar Inquérito Policial Militar, tendo sido nomeado para presidí-lo o Coronel de Infantaria Oema Murillo Fernando Alexander, Chefe do Estado-Maior da 2ª DE.»

Diante da certeza de tais elementos cabe, tão-somente, apurar a *causa mortis*, tendo em vista as posições divergentes: as Autoras alegando que o óbice decorreu das torturas recebidas por Manoel; a Ré sustentando que ocorreu suicídio.

Sobre tal aspecto limito-me a transcrever as lúcidas observações da própria Subprocuradoria-Geral da República (parecer de fls. 1052/1094) que, em análise percuciente das provas colhidas na instrução processual, chegou à conclusão de que o falecimento foi motivado pelas torturas aplicadas ao preso. É ler-se:

> «A prova produzida nos autos demonstra, também que a versão da União, no concernente à inexistência de tortura, é improcedente.
>
> De fato, os depoimentos de Sebastião de Almeida e Geraldo Castro da Silva revelam que Manoel Fiel Filho foi torturado de maneira furiosa e implacável no cárcere militar.
>
> Geraldo Castro da Silva, preso ilegalmente e também vítima de agressões, testemunhou que ouviu os gritos suplicantes de Manoel Fiel Filho, pedindo a cessação dos maus-tratos, conforme depoimento que parcialmente registramos:

«que no dia 17 de janeiro o depoente estava em sua cela, na companhia de José Teixeira da Silva e Antonio Albuquerque, quando ouviu o carcereiro gritar o nome de Manoel Fiel Filho, isto logo após o café da manhã; que cerca de dez a quinze minutos após o depoente também foi chamado para prestar declarações; que o depoente foi levado para o segundo piso, e neste dia o seu interrogatório foi feito sem que o depoente usasse o referido capuz, bem como suas declarações foram tomadas com o devido respeito; que naquela manhã até a hora do depoente ter ido para o segundo piso, o único preso que havia sido chamado para prestar declarações foi Manoel Fiel Filho e quem tomou a declaração do depoente foi um senhor de estatura baixa, cabelos grisalhos e que portava no dedo um anel de grau, de pedra azul-clara; *que durante a declaração do depoente ele ouvia gritos vindo do piso inferior que dizia «não me judia tanto, pelo amor de Deus que não vou agüenta»*; que em resposta *a este clamor o depoente ouviu a seguinte asserção «aqui não adianta pedir nem por Deus nem pelo Diabo, pois se virem aqui passam pelas mesmas conseqüências»; que depois de uns dez a vinte minutos o depoente notou um silêncio e, em seguida a porta da sala onde estava foi aberta e uma pessoa disse ao seu interrogador «chefe o omelete está feito»;* que neste instante havia sido formulada uma pergunta ao depoente e não chegou a respondê-la, pois o interrogador suspendeu a tomada de declarações, determinando que fosse novamente colocado o capuz no depoente e ele fosse levado de volta a sua cela; que o interrogador afirmou ao depoente que após o almoço continuaria a tomar suas declarações; que já em sua cela, passados alguns minutos o depoente e demais presos foram convocados a irem verificar o corpo de Manoel Fiel Filho, que se encontrava no chão em uma cela situada no lado oposto a do depoente, isto é, a primeira cela do lado esquerdo para quem sai; que na entrada da cela onde se encontrava o corpo de Manoel, haviam três policiais com aspecto asiático e fizeram a seguinte advertência aos presos «este louco se suicidou e se alguém disser ao contrário lá fora, nós sabemos o endereço de um por um e vocês vão pagar as conseqüências»; que Manoel Fiel Filho encontrava-se na cela com macacão do exército como os demais presos e calçava sapatos» (fls. 724/725, nossos grifos).

Sebastião de Almeida, igualmente vítima de prisão ilegal e de sevícias, contou à Justiça que viu Manoel Fiel Filho ser agredido por um dos torturadores, o que consta do seu depoimento de fls. 719/722:

«que no dia 15 de janeiro de 1976, o depoente encontrava-se almoçando em sua residência quando foi procurado por dois ou três homens, que diziam ser do quartel e precisavam da presença do depoente no referido quartel, para conversar com o Capitão ou Coronel; que antes de saírem com o depoente, revistaram toda a sua casa, não tendo no entanto apreendido nenhum objeto; que antes de chegar ao quartel, dentro do automóvel as três pessoas colocaram um capuz no depoente, que só foi retirado dentro do quartel na hora em que o depoente trocou de roupa; que o depoente despiu-se e lhe foi entregue um macacão; que não se recorda se permaneceu de sapato ou lhe deram um chinelo; *que após vestir o macacão foi novamente colocado o capuz, e o depoente foi levado para um local no quartel onde passaram a lhe dar choques; que nesta oportunidade diziam ao depoente que ele devia confessar tudo; que antes de ser submetido a choques o depoente chegou a exibir um atestado médico a fim de comprovar que sofria dos pulmões*; que depois de levar os choques foi conduzido para as celas onde já encontravam duas pessoas: um homem de cor branca e outro, uma pessoa de cor; que isto

aconteceu no dia 15 de janeiro de 1976; que o depoente chegou a solicitar várias vezes pela presença de médico, não tendo sido atendido; que só teve socorros médicos após a morte de Manoel Fiel Filho; que no dia 16 de janeiro, o depoente foi fotografado e neste dia, de imediato, passou a prestar declarações; que inicialmente o depoente prestou declarações, para uma pessoa, segundo lhe parece era japonês, nas outras tinham mais pessoas, inclusive o Manoel; que no depoimento do depoente, perguntavam se ele distribuía o jornal «Voz Operária»; que não se recorda o que falou com relação ao jornal «Voz Operária», no seu interrogatório; que na ocasião da acariação a que foi submetido com Manoel Fiel Filho, o depoente pediu chorando para que Manoel não afirmasse mais que o depoente é quem havia aliciado Manoel para o partido comunista; que após o Manoel ter concordado com o depoente, o interrogador aplicou um golpe no lado esquerdo de Manoel, na altura do baço, tendo este se dobrado de dor; que ato contínuo Manoel foi retirado da sala e o depoente aí permaneceu ainda por alguns minutos, menos que meia hora; que após seu interrogatório o depoente foi levado para sua cela; *minutos após foi retirado da cela com os demais presos e levado até a cela onde encontrava-se deitado no chão, Manoel; que o depoente não se recorda a roupa que Manoel estava trajando; que o depoente foi informado pelos policiais que Manoel estava morto; que quando foi mostrado o corpo de Manoel, membros do quartel chegaram a afirmar «ai de quem falar alguma coisa»;* que posteriormente o policial de fisionomia de japonês, levou o depoente para uma outra sala e perguntou se ele sabia escrever, tendo o depoente respondido afirmativamente, que escrevia mal mas sabia escrever; que o policial passou a ditar alguma coisa relativa a morte de Manoel, mas o depoente não se recorda do conteúdo desta declaração; que também não se recorda se chegou a assinar a referida declaração; que quer esclarecer que por ocasião dos fatos o depoente estava muito doente; que antes da morte de Manoel era comum ou por vezes o rádio ficava ligado; que depois de sua morte houve um silêncio, com isto o depoente quer dizer, que «não se ouvia gente gritar ou chorar»; que depois desse fato foi encaminhado para o DOPS, tendo sido lhe apresentado uma série de declarações para assinar; que o depoente assinou sem ler, porque senão «levava safanões e ameaçavam que retornaria para o DOI; que no DOI o depoente levou «safanões e choques»; que não se recorda se na hora em que viu o corpo de Manoel Fiel, que algum policial de ter afirmado que Manoel havia se suicidado; que foi levado à cela de Manoel para vê-lo morto, não se recordando se foi naquele momento a razão da morte; que no depoimento que prestou no inquérito policial militar o depoente afirmou que Manoel havia levado uma cotovelada, respondendo a pergunta relativa à *causa mortis* de Manoel; que nesta oportunidade o depoente informou que não sabia se a razão da morte de Manoel era ou não conseqüência da referida cotovelada; que «no DOI a gente tinha de assinar tudo senão apanhava», dito pelo depoente» (nossos destaques).

Esses depoimentos revelam não só a prisão ilegal de Manoel Fiel Filho e de outras pessoas, mas também a prática da tortura, que se institucionalizara em certos órgãos de repressão policial, inobstante tenha gerado da sociedade civil pronta indignação e repúdio em todo o País.

Mostram, em suma, que, ao invés de os suspeitos de crimes contra a segurança nacional serem processados e julgados segundo as leis vigorantes, na realidade o Estado falhava quanto ao seu dever fundamental de assegurar o respeito à ordem jurídica constituída, ao frustrar-lhes o julgamento judicial assegurado em lei.»

E, mais adiante, comenta sobre os laudos periciais e suas conclusões, *verbis*:

«Argumenta a União Federal que a sentença julgou em desconformidade com os laudos periciais, que opinaram pelo suicídio de Manoel Fiel Filho. O suicídio representa a culpa da vítima a excluir a responsabilidade estatal.

Convém saber o que afirmaram esses laudos periciais para avaliar o acerto de suas conclusões.

O primeiro, assinado a 21-1-76, chamado «laudo de encontro do cadáver», atesta não poder concluir se a morte decorreu de homicídio ou de suicídio, em face da ausência de elementos materiais necessários para fundamentar qualquer uma dessas conclusões, só havendo certeza quanto ao fato de que a morte se deu por asfixia mecânica, mediante o uso de dois pés de meia amarrados entre si pelas extremidades, em laçada dupla (fls. 37/40).

O segundo, denominado «laudo de exame de corpo de delito», produzido a 21-1-76, conclui que «a vítima veio a falecer por asfixia por estrangulamento mecânico» (fls. 150/151).

O terceiro, complementar, lavrado a 13-2-76, conclui que «III — A ausência de lesões externas decorrentes de subjulgamento induzem à hipótese de suicídio da modalidade típica de incriminação de terceiros. A hipótese mais se robustece ao analisarmos que o paciente era indivíduo de notável desenvolvimento ósteomuscular, dificilmente subjugável, sem violências físicas que inevitavelmente deixariam lesões aparentes.» (fl. 247).

Posteriormente, a 4-11-78, um dos subscritores do laudo complementar, o perito José Antonio de Mello, esclarecendo o que afirmara antes, declarou ao jornal «Folha de São Paulo» o seguinte:

> «A morte do operário Manoel Fiel Filho, a 17 de janeiro de 1976 ocorreu por estrangulamento e não por enforcamento. Lembro-me perfeitamente disso. Não detectei se foi cometido por terceiros ou pelo próprio operário porque isso não é da minha alçada e sim das autoridades policiais. Devo, entretanto, dizer, por dever profissional, que casos de estrangulamento são, na quase totalidade das ocasiões, casos de homicídio. O auto-estrangulamento é coisa rara na medicina legal e em 20 anos de profissão e já tendo feito milhares de necrópsias, o caso do operário Manoel Fiel Filho seria o primeiro deles. Sem dúvida alguma é um caso *sui generis* na Medicina» (fl. 59).

Fundamentado nesses três laudos o então Comandante do II Exército, General Ednardo D'Avilla Mello, que determinou a instauração do inquérito, concluiu, a 25-2-76, ter havido simples suicídio da vítima.

O magistrado, entretanto, julgou os laudos contraditórios e extraiu a responsabilidade indenizatória estatal da relação de causalidade prisão-morte da vítima (fls. 930 e 961). Ao seu ver, é irrelevante que a morte da vítima tenha ocorrido por homicídio ou suicídio, pois a responsabilidade da União decorreu do fato da custódia do preso em prisão federal. Em outra passagem da sentença recorrida, assinala que a responsabilidade nasceu dos maus-tratos na vítima (fl. 961). Se a morte na prisão, apenas em decorrência de sua causa natural (p. exemplo, um enfarte) não pode qualificar-se como geradora da aludida responsabilidade, tem-se que a conclusão do magistrado, na junção dessas suas duas afirmações, é no sentido de a causa da morte estar ligada aos maus-tratos, ou seja, as agressões físicas causaram a morte de Manoel Fiel Filho. Na esfera criminal, segundo o magistrado, é que deve ser apurado se a morte adveio de homicídio, suicídio ou de qualquer outra causa.

É certo que o Juiz não está obrigado a decidir de acordo com a perícia técnica, quando outras provas existem para a formação do seu convencimento. Essa faculdade está prevista expressamente no art. 463 do CPC, nos ter-

mos de que «O Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos». Nesse particular, incensurável a sentença, eis que o Juiz agiu dentro da norma processual.

Mas, o Ministério Público Federal, em divergência com a sentença e também com o entendimento da União, que reputa ter havido culpa da vítima, ao suicidar-se, considera que, na realidade, os indícios do suicídio são veementes, e como não existe qualquer contra-indício, elevou o suicídio à causa da morte. E, mais, sustenta que esse suicídio ocorreu por vontade incontrolável da vítima; aconteceu em circunstâncias tão excepcionais, que a causa dele, em verdade, reside na conduta dos torturadores, no comportamento dos servidores públicos que aterrorizaram a vítima até levá-la à morte, pelo autocídio.

É inegável que o primeiro laudo é incerto quanto ao fato de a morte ter decorrido de homicídio ou suicídio, o mesmo sucedendo com o segundo. Mas, ambos são concordes em que houve asfixia mecânica. O terceiro laudo é que declara a hipótese de suicídio, para incriminação de terceiros, não negando, todavia, a asfixia mecânica, e daí confirmá-la por tratar-se de complemento dos outros laudos.

Mas o Ministério Público Federal considera que os indícios revelados nos autos levam à convicção da negativa do homicídio, não só porque nenhum dos laudos conclui por essa causa, como também pelo notório de muitos presos terem tentado o suicídio em razão das torturas que sofreram nos cárceres da repressão.

Assim, a posição do Ministério Público Federal, *data venia*, está mais conforme à realidade, visto que não foram os maus-tratos a causa morte, conforme sustenta a sentença, mas a asfixia mecânica, provocada pelo suicídio, nem também houve culpa da vítima, considerando que o suicídio só ocorreu em virtude da ação dos torturadores.»

Os desencontros a respeito do motivo da morte, seja homicídio, seja suicídio, não abalam minha convicção sobre a prática de uma ação policial que excedeu os limites de sua função. Se homicídio, a culpa dos agentes nem precisa ser questionada, em face das circunstâncias da prisão e do local do desenlace, na forma comprovada. Se suicídio, essas mesmas circunstâncias estão a demonstrar que ele resultou das sevícias e pressões psicológicas a que foi sumetido o preso. Tanto em um caso como no outro descabe recusar a responsabilidade do Estado. Constitui até mesmo ingenuidade alegar ou tentar convencer que a morte de Manoel Fiel Filho, nas condições descritas, não teve qualquer nexo de causalidade com o sofrimento físico e mental que lhe foi imposto. Sequer poder-se-á falar em processo depressivo, pois este estado psicológico não surge num abrir e fechar de olhos, ele decorre da continuidade de fatos que vão minando as forças e a vontade do ser humano. Ora, Manoel foi preso em um dia e no outro apareceu morto. Parece pouco provável que, em menos de vinte e quatro horas, tenha alterado substancialmente seu quadro psíquico, levando-o ao suicídio, sem que tenha sofrido pressões para tanto. Se, de fato, praticou esse ato fatal é porque foi levado a tanto pelas torturas.

Assim, pelo que ficou demonstrado no processo, quer se cuide de homicídio, quer se trate de suicídio, a culpa dos prepostos da Ré é manifesta, disso decorrendo a responsabilidade desta última pelas reparações devidas.

Sequer haveria possibilidade de dúvidas ou indagações, colocando-se em confronto com os fatos apurados o conceito do estabelecimento e a postura de servidores, de modo a causar estranheza. Outros casos de torturas a presos políticos foram noticiados, entre eles o de maior repercussão, o do jornalista Vladimir Herzog, encontrado morto no mesmo DOI/CODI, em circunstâncias idênticas de Manoel Fiel Filho, também, poucas horas após a sua detenção.

Aliás, este Tribunal examinou a questão e, ainda que tenha chegado à conclusão de ocorrência do suicídio, entendeu ser a União responsável pelos danos materiais (AC nº 59.873 — SP), merecendo destaque esses lances do voto do Senhor Ministro Pereira Paiva:

> «Todavia, adotada a teoria do risco administrativo, face ao art. 107 da Constituição Federal, na espécie, é inquestionável o nexo de causalidade entre a prisão e morte de Vladimir Herzog, fatos estes incontroversos.
>
> Por outro lado, incumbindo a ré a demonstrar a culpa ou dolo da vítima para excluir ou atenuar a sua responsabilidade, não o fez.
>
> Como salientado este ônus também é previsto na teoria das provas do Direito Processual Civil e é regra expressa do item II, do art. 333, do Código de Processo Civil.»

Já o Ministro Leitão Krieger, ao analisar as causas e conseqüências da morte do mencionado jornalista, teceu esses ponderados e lógicos argumentos:

> «Enfim, muitos elementos existem que levam à convicção de que Herzog não foi maltratado e que, efetivamente, praticou o suicídio.
>
> Aliás, nem havia predisposição contra Herzog, tanto que, quando procurado, teve sua oitiva adiada, a pedido de um colega, tendo comparecido à sede do DOI/CODI no dia seguinte, acompanhado somente de Paulo Pereira Nunes, seu companheiro de trabalho (fls. 133 e 429).
>
> Todos os elementos sérios apurados levam à conclusão de que Herzog pôs termo à vida. Que motivos o teriam levado a esse gesto de desespero? Torna-se difícil a resposta, mas não se pode esquecer que o desafortunado jornalista, em tenra idade ainda, sofrera, com sua família, o trauma da perseguição nazista. Submetia-se, certamente por ser um neurótico, a tratamento médico. Deve ter-se sentido profundamente abalado por ter sido delatado por quem o aliciou e por seus companheiros de credo político. Além disso, ficou detido por mais tempo de que, certamente, pensara. Todas essas circunstâncias, aliadas, podem perfeitamente explicar seu extremo e lamentável gesto.
>
> Para decidir a ação, dentro de meu ponto de vista, a análise dessa prova seria dispensável. Entretanto, emprestando ao caso conotação nitidamente política, timbraram os autores em fazer sérias acusações contra pessoas, entre estas o Presidente do Inquérito e o representante do Ministério Público a ele presente, pessoas cuja reputação até então não fora atacada. Insistiram, e muito, os autores, em desmoralizar o inquérito, como se aqueles que o dirigiram se prestassem a uma mistificação grosseira. Não poderia, por isso, deixar de ser apreciada essa prova.
>
> Não havia necessidade de nada disso, pois, a meu ver, deve ser a União Federal responsabilizada pelo dano decorrente dessa morte. Na ocasião estava Herzog sob guarda de funcionários da ré, os quais tinham o dever de zelar pela sua segurança. Com a detenção de Herzog e dadas suas condições pessoais, tinham tais funcionários o dever de vigiá-lo. Ao contrário disso, foram até descuidados. Daí o reparo do digno Procurador Militar que requereu o arquivamento do inquérito: ... «Entretanto, não podemos deixar de lamentar a inadvertida entrega ao então investigado, de um macacão (ou sunga) *com cinto,* com o qual este último, ele se enforcou (ver fls. 55, 62, 88, 105, 131, 146 e 295), o que para nós constitui irregularidade administrativa, dado o perigo que pode oferecer, merecedora, para o futuro, da particular atenção da autoridade competente.» (fl. 390 dos autos do Inquérito).
>
> Daí porque entendo que a douta sentença apelada lembrou, com muita propriedade, a lição do Prof. Alvino Lima, em «A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem». (Editora Forense, Rio, 1ª ed., pág. 166: «Os fatos constitu-

tivos da culpa do serviço público se agrupam nas seguintes modalidades: 1.ª — o serviço funcionou mal; 2.ª — o serviço não funcionou; 3.ª — o serviço funcionou, mas tardiamente.»

Aliás, a respeitável decisão recorrida bem expõe a opinião dos autores, quanto à culpa anônima do serviço público, chegando a acertada conclusão quanto à obrigação da ré de reparar o dano.

De culpa exclusiva da vítima não se pode cogitar no caso. Tratava-se de pessoa neurótica. Ficou detido por largas horas, o que estabelece nexo entre essa detenção e o desenlace fatal.»

Na hipótese destes autos a responsabilidade da União apresenta-se com maior nitidez, posto que, além de não provado o suicídio, existem elementos capazes de conduzir ao convencimento da prática de tortura motivadoras do óbito, consoante já esclarecido, mesmo porque Manoel, ao contrário de Vladimir, era pessoa hígida, sem registros de antecedentes acerca de distúrbios mentais.

Cabe, agora, examinar as impugnações de defesa, principalmente aquelas contidas no apelo, onde se procura refutar os fundamentos da sentença.

Sobre a falta de competência do Poder Judiciário para apreciar a questão, à sombra da invocação do art. 181, da Lei Fundamental, só posso receber a alegação como uma desesperada e esforçada tentativa técnica de defesa, porquanto inconcebível colocar-se à margem da apreciação do Judiciário fatos que atentam contra a vida do ser humano. A tanto não chega o citado dispositivo constitucional.

No que tange ao aspecto formal da detenção e falta de tempo para a comunicação da prisão (itens *b* e *c*), são pontos que, para mim, não têm a menor relevância para o caso. Não estou julgando a legalidade ou ilegalidade da custódia. Estou apreciando a responsabilidade da Ré na morte de Manoel Fiel Filho, fato inconstestável. Pouco importa que a prisão tenha sido feita com a observância dos padrões regulamentares. A legalidade de uma prisão não significa autorização legítima para as sevícias, torturas ou homicídio. Muito pelo contrário, a integridade física e moral do detento e do presidiário não constitui, apenas, regra de conduta humanitária para as autoridades, mas uma imposição da própria Carta Magna, conforme expressa determinação no § 14, do seu art. 153.

Como se não bastasse, a ilegalidade da prisão foi sobejamente demonstrada pelo MM. Juiz *a quo* (fls. 907/918), sendo certo, ainda, que o ilustre Procurador da República, Dr. Getúlio Rivera Velasco Catanhede, em seu parecer de fls. 1052/1094, reforçou tal convicção com comentários irrespondíveis, através da análise de todos os ordenamentos que cuidam da espécie.

Improspera, também, a alegada censura ao v. decisório de primeiro grau por não ter dado o devido valor aos exames periciais. A prova foi analisada e considerada pelo ilustre sentenciante, consoante se infere, principalmente, do conteúdo relativo às epígrafes «Torturas» (fls. 919/920) e «Suicídio» (fls. 921/931). Se as conclusões do Magistrado não agradaram à Apelante o problema é outro, bem diverso daquele que expressado na descabida censura.

Quanto a referência sobre a culpa exclusiva da vítima, parece óbvio que o fundamento não está a merecer qualquer consideração. Igual desprezo cabe à alegada exigência de demonstração da culpa *in custodiendo*. A simples constatação da prisão, da guarda do detento e da sua morte, qualquer que fosse a causa do desenlace, *ad argumentandum*, seria o suficiente para se conceber a culpa da Apelante, tendo em vista o postulado ínsito no § 14, do art. 153, da CF.

Desnecessária, finalmente, a lembrança quanto à reserva no acolhimento dos depoimentos sobre as torturas. O ressentimento das testemunhas ouvidas, por maior que fosse, não poderia ocultar a verdade dos fatos. Demais disso, as declarações tomadas encaixam-se com as demais provas produzidas.

Chegando-se, pois, à convicção de que a União deve responder pela morte de Manoel Fiel Filho, resta saber em que condições e limites. A sentença monocrática, em seu dispositivo, reconheceu duas parcelas distintas: danos materiais e danos morais. No que se refere ao primeiro nenhum reparo merece a decisão, inclusive quanto à forma de ressarcimento e acréscimos legais.

Todavia, no concernente aos danos morais, em que pesem as razões alinhadas pelo culto Julgador, no sentido de sua adoção, não posso confirmá-los. É certo que respeitável corrente doutrinária os admite, conforme lembrado no pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República. Acontece, porém, que a jurisprudência pretoriana os repele, máxime quando cumulados com os danos materiais, como ocorre no particular.

Neste Tribunal, outro precedente não precisa ser trazido à colação, senão aquele relativo ao caso Vladimir Herzog, onde foi rechaçada a possibilidade da condenação em danos morais. Isso está explicitado na própria ementa do respectivo acórdão, *verbis*:

> «Administrativo. Responsabilidade civil por morte. Processo civil. Ação declaratória e ação condenatória. Danos Materiais reconhecidos e danos morais repelidos. Ressarcimento do dano.
>
> Rejeitadas preliminares de não conhecimento do mérito e de inépcia da inicial, por arrimada em fatos julgados inexistentes na Justiça Militar.
>
> Embora comprovado o suicídio, tal fato não afasta a responsabilidade da União pelo ressarcimento dos danos materiais. Culpa anônima de serviço público.
>
> *Voto vencido*, dando pela improcedência da ação declaratória, por entender que o julgamento daquela como condenatória, importaria em decisão mais gravosa para o único recorrente.

No Egrégio Supremo Tribunal Federal a matéria tranqüilizou-se pela reiteração de inúmeros julgados nesse sentido. A propósito, vale transcrever os seguintes acórdãos:

> *RE n.º 98.064-RJ* — Relator: Ministro Rafael Mayer (RTJ 104/1276) responsabilidade civil. Indenização. Acidente ferroviário. Dano moral.
>
> Na hipótese de indenização civil por morte, a condenação da pensão a título de lucros cessantes afasta a conjugação com o dano moral. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.
>
> *RE n.º 97.448-RJ* — Relator: Ministro Décio Miranda (RTJ 103/1315) civil. Responsabilidade civil. Acidente em estrada de ferro. Indenização aos pais de menor, consoante a Súmula 491.
>
> Determinando o início das pensões aos pais, a partir da data em que a vítima completaria 12 anos, isso não autoriza a satisfação de dano moral autônomo, ao argumento de cobrir-se dessa forma o período anterior àquela idade em que é possível o trabalho do menor. A indenização por lucros cessantes com base na Súmula 491 não é cumulável com a de dano moral, mesmo em correspondência a períodos diversos».
>
> *RE n.º 104.065-RJ* — Relator: Ministro Aldir Passarinho (RTJ 113/434).
>
> Processual civil. Ação Sumaríssima. Óbice regimental ultrapassado: Argüição de relevância acolhida.
>
> Responsabilidade civil por acidente ferroviário: Indenização por dano moral.
>
> Cabe o processamento do extraordinário, embora seja a ação de rito sumaríssimo, se veio a ser acolhida a argüição de relevância da questão federal, sendo, assim, ultrapassado o óbice do artigo 325, V, *b*, do RI/STF, ante a exceção prevista no *caput* do mesmo artigo regimental.
>
> Incabível o pagamento de indenização, como parcela autônoma, a título de indenização, aos pais da vítima de acidente de trem, fatal, se já a eles foi

atribuído pensionamento em decorrência do evento. A Lei nº 2.681, de 1912, considera diferentemente, nos seus artigos 21 e 22, duas hipóteses: *a*) quando a indenização é pleiteada pela própria vítima ou, *b*) quando esta vem a falecer, é reivindicada pelos seus progenitores.»

Ainda sobre essa orientação, merece destaque o voto proferido pelo eminente Ministro Rafael Mayer no RE nº 98.064-RJ (RTJ 104/1276):

«Em razão da acolhida à argüição de relevância, o recurso sob a apreciação está delimitado ao dano moral, e a sua impugnação vem lastreada em dissídio jurisprudencial com o julgado desta Corte, no RE nº 83.970, Relator o insigne Ministro Rodrigues Alckmin.

A orientação do Supremo Tribunal parece ainda fiel à tese de que, no que tange à reparação pela perda da vida humana, a preceituação aplicável é a consubstanciada no art. 1.537 do Código Civil, onde se não contempla o dano moral, no entanto, previsto em suportes fáticos, outros, postos em normas legais diversas. Depreende-se essa orientação, da análise do notável debate ocorrido no Pleno, ao julgar-se o RE nº 84.718, de que foi Relator o eminente Ministro Thompson Flores.

Um passo a mais nessa indagação jurisprudencial deixa ver, no entanto, que mesmo os eminentes Ministros que se posicionam, em minoria, na linha do reconhecimento da indenização do dano moral em caso de morte, refugam a comulação do ressarcimento do mesmo dano moral com o pagamento de pensão a título de indenização por lucros cessantes, ou ainda, consideram inviável a reparação dele quando já absorvida pelo dano material (RREE nºs 84.674, 84.746, 85.862 e 83.760).

Diante disso, parece claramente dessumível, à luz do entendimento desta Corte a inviabilidade da reparação de dano moral, no caso, pois, em premissa maior, se trata de indenização civil por morte, a que somente se aplicaria o art. 1.537 do Código Civil, mas em um segundo momento, de hipótese em que ocorrente condenação à pensão alimentar a título de lucros cessantes, em que a conjugação com o dano moral é absolutamente repelida.

Por todo o exposto, conheço do recurso, demonstrado que está o dissídio, e lhe dou provimento, para excluir a condenação ao ressarcimento do dano moral.»

Como visto, em hipótese alguma o Pretório Excelso admite cumular-se o dano moral com a reparação pelo dano material. Assim sendo, considerando que o v. decisório prescreveu a dupla condenação, inobservando o critério jurisprudencial adotado pelo STF e seguido pelo TFR, forçoso é admitir a sua reforma parcial.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário da União Federal, tão-somente para excluir da condenação a parcela relativa a danos morais, mantida a sentença quanto ao mais, prejudicada a remessa necessária.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: As autoras, viúva e filhas de Manoel Fiel Filho, falecido nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI), no dia 17 de janeiro de 1976, ingressaram em Juízo contra a União buscando reparo por essa ocorrência.

A pretensão das autoras reside no recebimento de indenização dos danos que resultaram do falecimento do chefe de sua família, responsável pelo seu sustento e educação. Os autos revelam o tipo de reparação previsto no artigo 159 do Código Civil, indiferente que o fato ilícito tenha ocorrido por homicídio praticado pelos agentes policiais, ou por suicídio provocado por pressão psicológica, ou pavor ao tipo de coação física imposta pelas sevícias a que foi submetido. De qualquer sorte, assegura-se o direito à indenização.

Adoto em questões desta natureza a responsabilidade objetiva do Estado. Basta o nexo de causalidade material amplamente demonstrado pela prova dos autos, para a fixação do dever de reparação por parte da Ré, assegurando-lhe o direito de cobrar dos seus prepostos a devolução de quanto pagou pelos atos ilícitos que cometeram. Eliminado assim «o exame de qualquer coeficiente de culpa identificada pelo funcionário, ou de culpa anônima decorrente de falha da máquina administrativa, investindo a culpa de presunção absoluta, *iure et de iure*, portanto invencível e sem possibilidade de qualquer contraprova;» (Responsabilidade Civil do Estado Yussef Said Cahali — Ed. RT, São Paulo, 1982, pág. 24).

Portanto, estou de acordo com a sentença quando condenou a ré a pagar às autoras, a título de dano material, a quantia ali fixada.

Quanto ao dano moral tenho pensamento diverso do ilustre sentenciante. Entendo que «o dano puramente moral é insuscetível de reparação. Tanto na doutrina como na jurisprudência, o princípio que tem dominado até hoje é o de que no sistema do Código Civil Brasileiro, o dano puramente moral não é indenizável, pelo menos em tese.» (Dano e Indenização — Yussef Said Cahali — Ed. RJ, São Paulo, pág. 46).

Há decisão da Suprema Corte nesta linha de entendimento, proferida no RE 107.911-8-RJ., Relator, o Ministro Cordeiro Guerra, em acórdão assim ementado:

> EMENTA: Responsabilidade civil.
>
> Dano moral consistente em *pretium doloris* é insuscetível de indenização.
>
> Precedentes do STF (*DJ* 14-3-86).

Em decorrência dessa orientação jurisprudencial do STF, nego a indenização por danos morais, convencido de que a reparação dos danos materiais atende aos objetivos da demanda.

Isto posto, acompanho o voto do eminente Relator.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, a clareza dos fundamentos do voto que acaba de proferir o eminente Ministro William Patterson, dispensa outras considerações.

Ficou evidente que *Manuel Fiel Filho* foi retirado do local de trabalho sem nenhum motivo, sem nenhuma ordem legal. Depois, levaram-no à casa dele onde efetivaram uma busca, sendo conduzido e encarcerado no chamado DOI-CODI.

Segundo S. Exa. acaba de esclarecer, estava morto no dia seguinte, após ser submetido a sevícias. De modo que, omitindo-se no dever de proteger a integridade do preso ou concorrendo com a prática de atos para a morte de *Manoel*, os Agentes Públicos não foram fiéis ao dever que lhes cumpria, determinando, em conseqüência, a responsabilidade da União.

O que importa, no caso, é que a ré, por seus agentes, tornou-se objetivamente responsável pela segurança da pessoa que retirou do convívio social e encarcerou. Isto porque o abuso no exercício das funções por parte do Agente Público não elimina a responsabilidade da União, ao contrário, agrava-a, porquanto demonstra que escolheu mal a quem confiou a missão de defender a ordem interna e proteger as instituições.

Também, no que concerne ao dano moral, estou de pleno acordo com os eminentes Ministros Relator e José Cândido e, inclusive, há uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal publicada no *DJ* de 20 de março último, (RE 111.223-9 do Rio de Janeiro), de que foi Relator o Sr. Ministro Carlos Madeira.

Quanto aos honorários de advogado, pelo que percebi, a sentença os fixou em quantia certa. Nesse ponto é que ousaria discordar do eminente Relator, para fixá-los em 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O problema, Sr. Ministro, é que não houve recurso da Autora. Acho, também, que Cr$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) é quantia ínfima considerando o vulto da liquidação. Estaria de pleno acordo, em alterar o valor, mas não houve recurso da parte.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr.Presidente, neste caso, depois dos esclarecimentos do eminente Relator, estou de pleno acordo com o Sr. Ministro William Patterson.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.756 — SP — (Reg. nº 1.298.666) — Rel.: Exmo. Sr. Min. William Patterson. Remet. *ex of.*: Juízo Federal da 5ª Vara-SP. Apelante: União Federal. Apelados: Thereza de Lourdes Martins Fiel e outros. Advogados: Drs. Samuel Mac Dowell de Figueiredo e outros e Sérgio Bermudes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação o dano moral, nos justos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 7-4-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.092 — MG

(Registro nº 3.450.791)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelantes: *Banco Central do Brasil e União Federal*

Apelada: *Samarco Mineração S/A*

Advogados: *Drs. Osmar Tognolo e Dirceu de Pinho Tavares, Dr. Gustavo César de Barros Barreto*

EMENTA: Imposto de Exportação. Pedido de repetição. Cumulação com o Imposto Único sobre Minerais.

O Banco Central do Brasil é mero depositário das importâncias recolhidas a título de imposto de exportação. Havendo pagamento indevido, a condenação à restituição recairá sobre a União. IUM — Na vigente Constituição, não se compreende a exportação de minerais na área de abrangência do importo único. Sua inserção pelo Decreto-Lei nº 1.083/69 é eficaz, entretanto, na medida em que implica limitação ao Conselho Monetário Nacional para incluir os minerais entre os produtos aptos a conduzir à incidência do imposto de exportação, conseqüência que se reforçou pelo disposto no artigo 1º e seu § 1º do Decreto nº 66.694/70.

Repercussão — Inocorrência, no caso concreto, em que o preço condicionava-se a ajuste anterior ao surgimento da exigência fiscal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo do Banco Central e negar provimento ao recurso da União Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília (DF), 29 de agosto de 1988.

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Adoto o relatório da sentença que é o seguinte:

«Samarco Mineração S/A, pessoa jurídica qualificada na inicial, ajuizou a presente «Ação de petição de indébito», sob o rito ordinário, contra a *Fazenda Pública Federal* e o *Banco Central do Brasil*, aos seguintes fundamentos:

A A. dedica-se à atividade de lavra e concentração de minério de ferro denominado *Itabirito* e sua exportação *in natura*, sob a forma de pelotas *pellets* e finos concentrados *pellet feed*, conforme designações correntes no comércio internacional, compreendidos tais produtos nas posições 26.01.01.07 e 26.01.01.02 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias. Até o advento da Resolução 592, de 7-12-79, do CMN, tais produtos não estavam sujeitos ao imposto de exportação por não compreendidos na lista dos produtos tributáveis, elaborada por ato do Poder Executivo. Tal Resolução, no entanto, estabeleceu a incidência de referido imposto sobre os *pellets* — posição 26.01.01.07-NBM, por tê-los incluído na lista de produtos tributáveis, fixando bases de cálculo expressas por pautas de valores mínimos e estabelecendo a alíquota 30%. O Banco Central exigiu da A. o Imposto de Exportação sobre os *pellets* exportados, cujos contratos de câmbio tivessem sido fechados após 6-12-79, elegendo a data de contratação do câmbio como elemento temporal do fato gerador. A A. recolheu, ante a exigência feita, ao Banco Central do Brasil, a importância de Cr$ 32.161.859,25 (trinta e dois milhões, cento e sessenta e um mil, oitocentos e cinqüenta e nove cruzeiros e vinte e cinco centavos), a título de Imposto de Exportação, como demonstram os documentos anexos. Após esses fatos, pela Resolução nº 596, do CMN (*DOU* de 18-1-80), o produto da A. deixou de constar da lista de produtos tributados pelo Imp. de Exp., cessando daí em diante, as exigências de recolhimento do mesmo por parte do Banco Central do Brasil. A A. aduz, a seguir, as razões de direito que embasam sua pretensão, dizendo, em suma, que o minério pelotizado é substância mineral sujeita, unicamente, ao IUM e, a Resolução nº 592/79-CMN, instituiu imposto, o que afronta o princípio da legalidade tributária, além de ter infringido o princípio da anualidade, pois entrou em vigor em 12-12-79 e, assim, só poderia alcançar exportações realizadas a partir de 1º-1-80 mas, no caso, todos os contratos de câmbio são anteriores à expedição das guias de exportação e, a exigência do Banco Central no sentido do recolhimento do imposto relativo a todas as exportações cujos contratos tenham sido fechados após 6-12-79, alterou o elemento temporal do fato gerador fixado no Decreto-Lei nº 1.578/77, o qual se refere ao momento de expedição da guia de exportação e não à data de celebração do contrato. Que dita Resolução nº 592/79, foi, inclusive, revogada pela de nº 596/80, o que denota ser aquela errada. Que inexistiu repercussão de tributo recolhido, pois a própria A. o suportou. Em abono de sua tese a A. cita a CF, art. 21, IX, o CTN, 74, § 2º, o Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, art. 2º e o Decreto nº 66.694, de 11-6-70, art. 1º, § 1º, que dispõem acerca do IUM, único imposto devido, no caso. A inicial discorreu, longamente, sobre a matéria e, por fim, requereu a procedência da ação, após seus trâmites, condenando-se os RR. a restituírem à Autora, a importância de Cr$ 32.161.859,25 (trinta e dois milhões, cento e sessenta e um mil, oitocentos e cinqüenta e nove cruzeiros e vinte e cinco centavos), acrescida de correção monetária e de juros, além de os condenar em custas e honorários.

À inicial foram acostadas as peças de fls. 21/100. Preparo às fls. 102. Às fls. 103/4 a A. requereu a juntada das peças de fls. 105/367. Citada, a União Federal *contestou* (fls. 373/9), assim:

Após historiar a espécie, cita o art. 21, II, da CF, o item I, do mesmo dispositivo, o art. 26, do CTN, o artigo 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº

1.578/77, e diz que a Resolução nº 592/79, do Banco Central tornou público que o CMN relacionou os produtos sujeitos ao imposto de exportação e, assim, está reconstituída toda a linha de hierarquia legal que justifica a legitimidade dos recolhimentos que a A. pretende, erroneamente, repetir. Que os arts. 21, IX, da CF e 74, § 2º, do CTN, não excluem a possibilidade de incidência do imposto de exportação sobre «minérios aglomerados». Que a Resolução nº 592 *não instituiu* um imposto, como afirma, erroneamente, a Samarco». Limitou-se a publicar a relação de produtos sujeitos à incidência do imposto de exportação, alterando alíquotas e base de cálculo, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, mas nos limites da CF e da legislação retrocitada, não se aplicando a tal Resolução, por não ter instituído tributo, o § 29, art. 153, da CF. Também não é exato que o BACEN alterou o elemento temporal do fato gerador fixado no Decreto-Lei nº 1.578/77, pois o que se estipulou foi um reconhecimento de não incidência com relação «à saída de produtos para o exterior (fato gerador do tributo) realizada a partir de 7-12-79, não incide o imposto, caso o contrato tenha sido celebrado antes dessa data. Também não é verdade que a Resolução 596/80 tenha revogado a Resolução nº 592/79. Aquela limitou-se a alterar o item I, desta». «É certo que a Resolução anexa foi alterada. E que na nova Relação anexa não há referências a «minérios aglomerados». Pugnou, afinal, a União Federal, pela improcedência da ação, infligindo-se à A. os ônus da sucumbência.

À resposta foram juntadas as peças de fls. 380/94. O Banco Central do Brasil, citado mediante carta precatória cumprida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal-DF, ofereceu sua *resposta*, assim (fls. 407/423):

Argüiu a sua ilegitimidade, passiva para a causa, a fundamento de não ser sujeito ativo da obrigação tributária, uma vez que os recursos provenientes do Imposto de Exportação pertencem à UF. A ele compete, apenas, segundo Decreto-Lei nº 1.578, de 11-10-77, guardar, como responsável pelas Reservas Monetárias, as importâncias que lhes são transferidas e que só poderão ser aplicadas «na forma estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional — art. 9º. Suscitou, ainda, carência de ação, citando vários doutrinadores civilistas, porque não houve pagamento indevido, vez que, resultante de obrigação legal, baseada em causa legal preexistente, ou seja, o Decreto-Lei nº 1.578/77. O pagamento não foi voluntário e nem por erro. Inexistindo pagamento indevido, nem erro do *solvens* ao efetuá-lo, faltam requisitos essenciais para a propositura da ação, devendo ser reconhecida a sua carência, segundo art. 301, X, do CPC, julgando-se extinto o processo — art. 267, VI. No mérito, o BACEN sustentou que a Resolução nº 592 não criou Imposto algum, pois referido tributo está previsto no art. 21, II, da CF e 23, do CTN e, com base em tais normas, foi expedido o Decreto-Lei nº 1.578/77 que, efetivamente, instituiu o Imposto de Exportação. Que o Decreto-Lei é meio idôneo para tal fim. Que tal Resolução apenas contemplou a lista de produtos que, por decisão do CMN, estariam sujeitos ao imposto. Discorre a defesa, a seguir, sobre o imposto de exportação e a anualidade, para concluir que o mesmo não se subordina a tal princípio constitucional. Que não houve alteração do elemento temporal do fato gerador e, inexistiu, ainda, aplicação retroativa da lei. Aborda, a seguir, o problema do IUM e do imposto de exportação, concluindo que o decreto-lei «incluiu outra operação sujeita ao IUM: a exportação, não prevista na Constituição ou no Código Tributário». Assim, conjugando os dispositivos da Constituição, do CTN e do Decreto-Lei nº 1.038, teríamos como operações sujeitas ao IUM: extração, circulação, distribuição, exportação e consumo». Mas, a exportação, por não ter sido prevista pela

CF e nem pelo CTN, não está isenta de sofrer outra tributação. O Decreto-Lei 1.038, de 21-10-69, escolheu como fato gerador do IUM, em seu art. 6º, a saída da substância mineral da área da jazida, sua extração. Por força do art. 21, IX, da CF, só as operações de circulação, distribuição ou consumo estão isentas dos demais tributos, não a exportação, que fica isenta apenas quanto à nova incidência do IUM. Concluiu, em suma, o Contestante: ser legal a Res. 592-BACEN, que o DL é meio idôneo a instituir ou aumentar tributos — art. 55, CF; o art. 26, do CTN é constitucional; que o imposto de exportação não se vincula ao princípio da anterioridade da lei; não houve aplicação retroativa da lei, no caso; não há incompatibilidade entre o IUM e o Imposto de Exportação, pois aquele tem por fato gerador a saída da substância mineral da jazida e este, a saída da mercadoria do território nacional. Que o art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.038/69, autoriza a cobrança do Imposto de Exportação, no caso. Requereu o Contestante, por fim, a sua exclusão do feito ou o reconhecimento da carência da ação ou, senão, sua improcedência, condenando-se a A. nas sanções decorrentes da sucumbência.

À contestação foram anexados os docs. de fls. 425/37. Réplica às fls. 439/445 na qual a A. buscou refutar as razões apresentadas pelos RR. em suas defesas, juntando, ainda, a peça de fls. 446/7. Não foram requeridas outras provas mas, sim, o julgamento antecipado da lide — fls. 449 e 450. Veiculando razões finais, a A. e o BACEN apresentaram as peças de fls. 452 e 453/5, respectivamente nas quais reiteraram, pode-se dizer, as teses anteriormente esposadas».

Acrescento que a ação foi julgada improcedente, condenados os réus ao pagamento da importância de Cr$ 32.161.859,25 (trinta e dois milhões, cento e sessenta e um mil, oitocentos e cinqüenta e nove cruzeiros e vinte e cinco centavos), acrescida de correção monetária, juros de doze por cento, a partir do trânsito em julgado, custas e honorários de advogado.

Apelaram a União e o Banco Central do Brasil, insistindo este na alegação de que não teria legitimidade para a causa.

Em segundo grau, o parecer é no sentido do provimento da apelação, a fundamento de que o imposto de exportação, que se pretende repetir, é indireto e haveria a autora de fazer a prova de que não ocorreu repercusão.

É o relatório.

EMENTA: Imposto de Exportação — Pedido de repetição — Cumulação com o Imposto Único sobre Minerais.

O Banco Central do Brasil é mero depositário das importâncias recolhidas a título de imposto de exportação. Havendo pagamento indevido, a condenação à restituição recairá sobre a União.

IUM — Na vigente Constituição, não se compreende a exportação de minerais na área de abrangência do imposto único. Sua inserção pelo Decreto-Lei 1.083/69 é eficaz, entretanto, na medida em que implica limitação ao Conselho Monetário Nacional para incluir os minerais entre os produtos aptos a conduzir à incidência do imposto de exportação, conseqüência que se reforçou pelo disposto no artigo 1º e seu § 1º do Decreto 66.694/70.

Repercussão — Inocorrência, no caso concreto, em que o preço condicionava-se a ajuste anterior ao surgimento da exigência fiscal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Apela o Banco Central do Brasil, deduzindo preliminar de ilegitimidade passiva para a causa, em reiteração ao que alegara na contestação.

Considero que tem razão. Em decorrência do pagamento do tributo, o vínculo jurídico que passou a existir, tendo por objeto a repetição, se acolhido o pedido, liga exclusivamente o contribuinte e a União. O recolhimento do questionado imposto fez com que a respectiva importância passasse ao patrimônio da União. O Banco Central é dela mero depositário. Nem é relevante a circunstância de o pagamento ter-se feito em atenção a Resoluções suas. Poderá ser condenada a repetir aquela que se beneficiou com a cobrança do imposto.

Para exame da questão de fundo, cumpre examinar se seria lítico tributar a exportação de minerais, eis que se pretende estar esta excluída em virtude da incidência do imposto único.

Na Constituição de 46, o imposto único sobre combustíveis, lubrificantes, minerais e energia elétrica abrangia também a exportação. Deixou de compreendê-la, entretanto, após a reforma tributária introduzida pela Emenda 18. E a exclusão persistiu na Constituição de 1967, não se modificando com a Emenda 1/69. Quanto a isso, parece não haver lugar para dúvida, sendo pacífico o entendimento doutrinário (cf. Baleeiro — RDP 27, p. 212 — Dir. Trib. Bras. 6ª ed., p. 274 — Josaphat Marinho, RDP 14, p. 356 — Rubens Gomes de Souza — Aspectos do Imposto Único sobre Minerais, 1971, p. 93).

Malgrado a apontada modificação constitucional, o Decreto-Lei 1.083/69, dispondo sobre o imposto em exame, estabeleceu em seu artigo 1º:

> «A extração, a circulação e a exportação das substâncias minerais ou fósseis originários do País, enumeradas neste Decreto-Lei, ficam sujeitas ao imposto único sobre minerais, cobrado pela União».

Vê-se que a exportação foi também alcançada pelo dispositivo, embora não mais contemplada na previsão constitucional. Impende pesquisar a eficácia e alcance da norma.

Não há dúvida alguma de que lícito à União lançar tributo sobre a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados em geral. Não lhe seria dado, porém, em princípio, sujeitá-lo ao regime do imposto único que envolve a partilha com outras unidades, a exclusão de quaisquer outros tributos e a chamada unicidade, ou seja, uma só incidência.

Ocorre, entretanto, que irrelevante a impossibilidade que resultaria, para Estado e Municípios, de tributar a exportação, já que não poderiam mesmo fazê-lo, posto que esta insere-se na competência tributária da União. Importa, entretanto, a restrição resultante para a própria União de cobrar outro imposto, com a mesma hipótese de incidência, em virtude do caráter substitutivo do imposto único.

Argumentou-se nos autos que isto não se verificaria, posto que envolveria ofensa à Constituição. Por isso mesmo, o artigo 2º do Decreto-Lei 1.038 deixou explicitado que a incidência do imposto único excluiria «a cota de previdência e qualquer outro tributo sobre os produtos minerais brutos, as operações de extração, tratamento, circulação, distribuição ou consumo das substâncias minerais ou fósseis».

Embora realmente não haja menção a exportação, no dispositivo citado, a exegese que se pretende correta levaria a conseqüências algo estranhas. Com efeito, característico do imposto único é exatamente ser substituto de outros. Na hipótese, enquanto substituindo impostos estaduais ou municipais seria inútil e, nos termos da interpretação que se examina, seria ineficaz na medida em que afastasse a incidência de impostos federais. Parece-me que assim não poderá ser entendida a norma.

Subsiste o problema de natureza constitucional posto que, como salientado, o texto vigente não cogita de imposto único sobre exportação de minerais.

Sucede, porém, em primeiro lugar, que o Decreto-Lei 1.038/69 foi editado pela Junta Militar com base no artigo 2º, § 1º, do Ato Institucional nº 5. E a Emenda Constitucional nº 11, que revogou os atos institucionais e complementares, ressalvou os efeitos dos atos praticados com base neles, excluindo-os de apreciação judicial. Esta vedação só deixará de existir com a edição da nova Constituição.

Em segundo lugar, para o que importa, — impossibilidade de incluir os minerais entre os bens sujeitos ao imposto de exportação — a norma seria operante malgrado o vício. Com efeito, o Decreto-Lei 1.578/77, dispondo sobre o imposto de exportação, estabeleceu que o Conselho Monetário Nacional relacionaria os produtos sujeitos ao imposto. Ora, se não poderia a União, estabelecendo imposto único, afastar os impostos estaduais, a não ser para as operações previstas na Constituição, nada impedia que dispusesse sobre tributo a ela própria devido. Ao estabelecer que determinada operação ficaria sujeita apenas ao questionado imposto, vedou que o Conselho Monetário Nacional incluísse o produto a que ela se referia entre os que sofreriam o gravame do imposto de importação. Trata-se de limitação que a si própria impôs e era-lhe lícito fazê-lo.

Note-se, aliás, que a única conseqüência prática da inclusão da exportação entre as operações sujeitas ao IUM é exatamente afastar outros tributos federais. Com efeito, de impostos estaduais e municipais não haveria cogitar. Não foi, por outro lado, criada nova hipótese de incidência para o IUM eis que, como fato gerador do mesmo, foram previstas as situações contempladas no artigo 6º do Decreto-Lei 1.038/69 e que poderão consistir, conforme o caso, na saída do mineral da área titulada da jazida ou das áreas limítrofes ou vizinhas, ou a primeira aquisição ao produtor. Pelo princípio da incidência única, a posterior exportação não conduziria a qualquer nova obrigação tributária. E a partilha do que fosse arrecadado em nada seria afetada.

Concluo, do exposto, que a União nada mais fez que se autolimitar. Isto claro que podia fazer.

Note-se que para o efeito apontado, não há dúvida alguma de que foi estabelecida proibição expressa de novo tributo. É que se o Decreto-Lei 1.038/69 poderia ensejar a dúvida, já examinada, quanto a ponto, o mesmo não se verifica com o Decreto 66.694/70 que o regulamentou, vigente à época em que se deram os fatos de que se cogita nos autos. Dispôs este regulamento:

> «Art. 1º A extração, a circulação, a exportação, o tratamento, a distribuição e o consumo de substâncias minerais ou fósseis originários do País, constantes da lista anexa, ficam sujeitos ao imposto único sobre minerais, cobrado pela União na forma deste Regulamento.
>
> § 1º O imposto de que trata este Regulamento incide, uma só vez, sobre uma dentre as operações previstas neste artigo e exclui qualquer outro tributo, seja qual for a sua natureza e competência, e a cota de previdência, relativamente às mesmas operações, com exceção do imposto de renda e das taxas pela utilização de serviços públicos prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição».

A redação não deixa margem a qualquer hesitação. As operações enumeradas no *caput* do artigo ficam sujeitas apenas ao IUM. Ora, nada impedia que o Presidente da República, por meio de decreto, restringisse a atuação do Conselho Monetário Nacional, vedando a inclusão de determinados produtos entre os passíveis de levar à incidência do imposto de exportação. Se o decreto citado outras conseqüências não puder ter, esta inegavelmente haveria atingido.

Em razão do exposto, tenho como ilegal a Resolução do Conselho Monetário Nacional que incluiu os minerais relacionados entre os sujeitos ao IUM como aptos, se exportados, a gerar obrigação relativa ao imposto de exportação. A exigência foi indevida e, em princípio, justifica-se o pedido de repetição. Resta examinar, entretanto, se presente o óbice que resultaria do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional, obstáculo que a Procuradoria-Geral sustenta existir a fundamento de que o imposto de exportação é de reputar-se como indireto.

O tema em questão tem ensejado grandes controvérsias, a partir da própria classificação dos tributos em diretos e indiretos, por muitos considerada carente de qualquer base científica, insuscetível de ser aferida com segurança, quer do ponto de vista jurídico, quer do econômico.

São realmente manifestas as dificuldades em precisar quando ocorre repercussão. Alguns impostos, considerados como caracteristicamente indiretos, como o IPI ou o ICM, eventualmente podem não ensejar a transferência do encargo. Dependendo das condições do mercado, o contribuinte de direito poderá ver-se forçado a diminuir o preço, para absorver o aumento da carga tributária. Com ela arcará ele próprio. Analogamente, tributos tidos como diretos, como o imposto de renda, podem ser, em determinadas situações, suportados, ainda que parcialmente, por outrem que não o contribuinte *de jure*.

De um modo geral, o que se pode dizer é que, de um ponto de vista econômico, certos tributos têm mais facilmente transferido o respectivo ônus. Outros dificilmente ensejam que isso ocorra. Quando se cogite dos primeiros, presume-se a transferência do encargo, cabendo ao contribuinte provar o contrário.

Está a dificuldade em distinguir exatamente as duas classes de tributos, com base em critério estritamente jurídico. Em verdade, o fato econômico em jogo é o fundamental, não podendo ser obscurecido. Não se ignora, como já salientado, que determinados tributos, em virtude mesmo de seu fato gerador, mais facilmente repercutem. O ICM é devido em virtude de operação de compra e venda em que, normalmente, o vendedor, para garantir seu lucro, haverá de cobrar o imposto do comprador, não importando aqui o fato de haver o destaque do valor correspondente. O imposto de transmissão *causa mortis*, obviamente, não repercute.

A hipótese de incidência do imposto de exportação consiste na saída do território nacional de produtos nacionais ou nacionalizados. Não releva o título jurídico, em virtude do qual esta saída se dê. Pode ocorrer o fato gerador, ainda que a exportação refira-se a uma doação, ou destine-se o bem a ser utilizado pelo próprio exportador, quando evidentemente não há cogitar de transferência do encargo econômico representado pelo tributo.

No caso em julgamento, entretanto, a exportação vinculava-se a um contrato de compra e venda. Em princípio, seria razoável admitir que, na composição do preço, todos os componentes do custo fossem considerados, inclusive os tributos.

Argumentou a autora com a cláusula contratual que estabelece ser de responsabilidade exclusiva da vendedora o pagamento de quaisquer tributos, incidentes sobre a operação, ou com ela relacionados. O argumento, com a devida vênia, carece de maior valia. A repercussão de que cogita o artigo 166 do CTN não se restringe às hipóteses em que o imposto seja cobrado separadamente do comprador. Abrange também aquelas em que é embutido no preço, com a conseqüente transferência do encargo. Devedor do imposto é o alienante que, entretanto, se ressarce do pagamento, carregando o respectivo valor no preço que recebe.

De qualquer sorte, entretanto, não me parece deva-se ter como presente a questionada causa obstativa da repetição. Para que se verifique a repercussão, é necessário que o ajuste do preço seja feito em condições normais, propiciando sejam considerados todos os fatores de custo. É o que não sucedeu na espécie. As partes encontravam-se ligadas por contratos, firmados antes que existisse a exigência fiscal em debate. Em alguns deles, o preço era fixo. Claro está que não poderia haver transferência do encargo, representado por um novo tributo. Em outros, corresponderia ao preço FOB em vigor a 1º de janeiro de cada ano, não podendo ser afetado por obrigação tributária surgida durante seu transcurso. Por fim, mesmo para as vendas efetuadas nos poucos dias do ano seguinte, não havia possibilidade de livre estipulação, já que existiam parâmetros.

Consideradas todas essas circunstâncias de fato, tenho como certo poder-se afirmar que a autora não transferiu às compradoras o encargo que suportou. Devida, pois, a repetição.

Em razão do exposto, dou provimento à apelação do Banco Central do Brasil para excluí-lo da condenação e mantenho quanto ao mais a sentença, negando provimento ao recurso da União.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Questiona-se, nestes autos, se o imposto único sobre minerais — IUM —, incidente sobre a exportação de minério de ferro, sob a forma de pelotas, exclui a cobrança de quaisquer outros tributos.

A sentença de primeiro grau acolheu a tese sustentada pela autora-apelada de que os efeitos exportados — pellets ou pellet feed — estão sujeitos, exclusivamente, ao imposto único sobre minerais, sendo incabível, portanto, o imposto de exportação que foi pago.

Deveras esse entendimento encontra embasamento em norma constitucional (art. 21, item IX, da CF), e no Decreto-Lei 1.938, de 1969, regulamentado pelo Decreto nº 66.694, de 1970, conforme demonstrado, à exaustão, no decisório singular e no brilhante voto do eminente relator.

Por outro lado, a argüição da douta Subprocuradoria-Geral da República de que a apelada não fez prova da assunção do ônus tributário, carece de maior relevo.

Com efeito, afigura-se-me que, na hipótese, não há cogitar-se de repercussão do encargo financeiro, com evidência o ilustre relator, neste passo de seu voto:

> «No caso em julgamento, entretanto, a exportação vinculava-se a um contrato de compra e venda. Em princípio, seria razoável admitir que, na composição do preço, todos os componentes do custo fossem considerados, inclusive os tributos.
>
> Argumenta a autora com a cláusula contratual que estabelece ser de responsabilidade exclusiva da vendedora o pagamento de quaisquer tributos, incidentes sobre a operação, ou com ela relacionados. O argumento, com a devida vênia, carece de maior valia. A repercussão de que cogita o artigo 166 do CTN não se restringe às hipóteses em que o imposto seja cobrado separadamente do comprador. Abrange também aquelas em que é embutido no preço, com a conseqüente transferência do encargo. Devedor do imposto é o alienante que, entretanto, se ressarce do pagamento, carregando o respectivo valor do preço que recebe.
>
> De qualquer sorte, entretanto, não me parece deva-se ter como presente a questionada causa obstativa da repetição. Para que se verifique a repercussão, é necessário que o ajuste do preço seja feito em condições normais, propiciando sejam considerados todos os fatores de custo. É o que não sucedeu na espécie. As partes encontravam-se ligadas por contratos, firmados antes que existisse a exigência fiscal em debate. Em alguns deles, o preço era fixo. Claro está que não poderia haver transferência do encargo, representado por um novo tributo. Em outros, corresponderia ao preço FOB em vigor a 1º de janeiro de cada ano, não podendo ser afetado por obrigação tributária surgida durante seu transcurso. Por fim, mesmo para as vendas efetuadas nos poucos dias do ano seguinte, não havia possibilidade de livre estipulação, já que existiam parâmetros.
>
> Consideradas todas essas circunstâncias de fato, tenho como certo poder-se afirmar que a autora não transferiu às compradoras o encargo que suportou. Devida, pois, a repetição.»

A essas breves considerações, adiro ao voto do eminente relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.092 — MG — (Reg. nº 3.450.791) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Aptes.: Banco Central do Brasil e União Federal. Apda.: Samarco Mineração S/A. Advs.: Drs. Osmar Tognolo e Dirceu de Pinho Tavares e Gustavo Cesar de Barros Barreto.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao apelo do Banco Central e negando provimento ao recurso da União Federal, pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Aguarda o Sr. Ministro Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Carlos Velloso. (6ª Turma — em 17-8-88).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo do Banco Central e negou provimento ao recurso da União Federal. (6ª Turma — em 29-8-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.437 — RJ
(Registro nº 2.662.639)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *Deutscher Luftpool e outros*
Advogados: *Drs. Eurico Paulo Valle e outros*
Sust. Oral: *Dr. Eurico Paulo Valle (Apdos).*

EMENTA: Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Acidente aeronáutico. Ações ajuizadas por seguradoras. 1. Permissão de inovar. Não é novo o fato já ventilado perante o juízo inferior, embora a sentença dele não tenha cuidado expressamente. Caso de inaplicação do disposto no art. 517 do Cód. de Pr. Civil. 2. Sub-rogação. No seguro aeronáutico, é possível a sub-rogação do segurador nos direitos do segurado. Princípio da Súmula 188/STF. 3. Obrigação de indenizar. É da União, pela culpa do serviço de controle de tráfego aéreo. 4. Honorários advocatícios. Redução do percentual, por incidência do § 4º do art. 20 do Cód. de Pr. Civil. 5. Decadência. É de 2 (dois) anos, sob a regência do Cód. Bras. do Ar — Dec.-Lei nº 32/66, art. 150. A decadência não se interrompe e é decretável até de ofício. 6. Apelação provida, em parte. 7. Sentença, ademais, reformada, em parte, em razão do duplo grau, com o pronunciamento da decadência, quanto à segunda ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, para reduzir a 5% a condenação em honorários e, pelo mesmo *quorum*, na via da remessa oficiosa, declarar a decadência em relação a ação de autoria de Delvag Luftfahrtversicherungs-Aktiengesellschaft, com as condenações da sucumbência estabelecidas, 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, em 10-11-87 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O vôo LH-527, do Boeing-707-300C, matrícula D-ABUY, de propriedade da Deutsche Lufthansa, compreendia São Paulo e Frankfurt, com escalas no Rio de Janeiro e Dakar. Tratava-se de um cargueiro regular, composta a tripulação por três pessoas: comandante, 1º oficial e engenheiro de vôo. Na cidade do Rio de Janeiro, às 18:27 horas do dia 26-7-79, do Aeroporto Internacional decolou a aeronave, e 5 minutos após, aproximadamente às 18:32 horas, colidiu com uma elevação do terreno, com perda total. Conforme o relatório final, do Serviço de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, do Ministério da Aeronáutica: «O impacto ocorreu à noite, aproximadamente às 21:32h, no rumo 070°, a uma altura de 2045 FT, nas coordenadas geográficas 22°35'S, 43°13'W na localidade denominada Serra dos Macacos, a 13.37 NM do aeródromo» (fl. 199).

2. Foram propostas duas ações ordinárias contra a União Federal, por seguradoras alemãs que indenizaram a Deutsche e a seus comitentes de transportes: numa, ajuizada no mês de janeiro de 1981, *Deutscher Luftpool, Delvag Luftfahrtversicherungs A. G., Gerling-Konzern Allgemeine Versicherungs-A. G.* pleitearam a importância da DM 7.000.000,00, ou, naquela data, Cr$ 234.857.000,00, correspondente ao valor do casco do Boeing 707; noutra, ajuizada no mês de agosto de 1981, *Delvag Luftfahrtversicherungs-Aktiengesellschaft* pleiteou a importância de DM 838.148,65, ou, naquela data, Cr$ 33.337.358,97, correspondente ao valor da carga transportada. Sustentaram as autoras que o acidente ocorrera por culpa do Controle de Tráfego Aéreo, *verbis*:

> «6. Nessas circunstâncias, evidente fica a culpa aquiliana dos representantes da União Federal, do Controle de Tráfego Aéreo, e diretamente das pessoas responsáveis pela Torre de Controle do Aeroporto do Galeão, desta cidade, que, por negligência e imprudência, por ações e omissões, provocaram o lamentável acidente, e ainda a União fica responsável pela culpa *in eligendo* e *in vigilando*, ao escolher pessoas para orientar aeronaves sem as qualidades imprescindíveis para tanto, e a não determinar uma dupla verificação de segurança para as ordens e orientações emanadas da Torre de Controle desse Aeroporto.
>
> Portanto, perfeitamente caracterizada está a responsabilidade de a União Federal indenizar aos prejudicados de todas as conseqüências desse evento culposo, eis que se enquadra, a talho de foice, nas hipóteses previstas no artigo 159 do Código Civil.»

3. Citada, a União contestou, alegando, em resumo, (1) culpa exclusiva do comandante da aeronave, (2) quando não, «culpa concorrente, ou seja, do comandante e do funcionário da União», (3) ilegitimidade ativa das autoras, «pois a sub-rogação só é cabível no seguro marítimo...»

4. Foi produzida prova testemunhal e foi realizada prova pericial.

5. A sentença, subscrita pela Juíza Federal Tânia de Melo Bastos Heine, julgou procedentes ambos os pedidos:

> «... para condenar a União Federal a pagar às autoras a quantia de Cr$ 268.194.358,97 (duzentos e sessenta e oito milhões, cento e noventa e quatro mil, trezentos e cinqüenta e oito cruzeiros e noventa e sete centavos), correspondente ao valor do seguro que foi pago, acrescida de juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da execução.
>
> Custas, *ex lege*.
>
> Sujeito ao duplo grau de jurisdição.»

5.1. Preliminarmente, examinou o tema da sub-rogação, concluindo assim:

«Na hipótese *sub judice*, mesmo que não se admita a sub-rogação legal, com base no art. 728 do Código Comercial, utilizado subsidiariamente segundo Sampaio de Lacerda, aplica-se a sub-rogação convencional, do art. 986 do Código Civil, face o documento de fls. 16 da ação nº 2662639.»

5.2. No mérito, inicialmente, descreveu os fatos, e fê-lo da seguinte forma:

«A aeronave, um Boeing 707, da Deutsche Lufthansa A. G., de carga, realizava o vôo LH 527, no dia 26-7-79, decolando do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro. Recebeu inicialmente instrução para realizar o procedimento normal de subida 16 (fls. 247). Logo a seguir, a instrução do solo foi no sentido de que a aeronave deveria executar a subida, de acordo com as instruções do controle de vôo, não sendo a subida padrão, pois existiam outras aeronaves em tráfego que a impossibilitavam. O comandante perguntou o que faria após cumprir as primeiras determinações e o solo o instruiu para aguardar as instruções do controle, pois estava sendo vetorado. Após uma curva à direita, deveria subir, aproando 040° e aumentar a velocidade, se possível, até novo aviso, mantendo 2 mil pés de altitude (*Turn right heading 040, and maintain 2000 feet until further advice, LH 527, and increase your speed, if feasible* — transcrição do *Voice Recorder* — fls. 271). A mensagem foi dada a 1 minuto e 42 segundos do *brake release*.

O comandante e o primeiro oficial a bordo obedeceram à determinação, repetindo o comandante: 'aumente a velocidade, ele disse somente' e logo a seguir: 'estamos sob o controle do radar, o que significa, teoricamente, que nada pode nos acontecer (*Voice Recorder* — fls. 272). A aeronave cruzava à velocidade de 173 nós. Obedecendo às instruções do solo, atingiu 305 nós. De acordo com a testemunha da União Federal, se tivesse mantido a velocidade máxima permitida, segundo ele, de 250 nós, o acidente não teria ocorrido, pois a aeronave receberia as instruções novas no ponto C e não no ponto D, local do acidente, conforme mapa de fls. 737.

Após aquela instrução, para que a aeronave aumentasse a velocidade, mantendo 2000 pés, o controlador de vôo desviou sua atenção para outras aeronaves cujo tráfego se desenvolvia no solo, fixando-se no Sul do seu *scope radar* e não percebeu ao Norte do *scope* a velocidade que o Boeing atingira, o que seria possível através do *transponder*.

O depoimento de fls. 739/749 é da testemunha da União Federal, major-aviador, responsável pela Comissão de Investigação e Acidentes Aéreos, que participou, junto com a Lufthansa e o governo alemão da investigação do acidente. Segundo ele, não foram constatadas falhas no equipamento do avião e não houve dificuldade na comunicação da aeronave com o solo, sequer em relação ao idioma (confirmado pelo Relatório Final de Investigações — item 1.9 — fls. 200).

O controle instruiu a subida tão-somente até o VOR de Caxias, não o colocando em sua rota definitiva pois do VOR de Caxias vinha um eletra de São Paulo, rumo ao Aeroporto Santos Dumont (fls. 739).

Segundo o Perito, a fls. 412 (quesito 4), a subida normal do LH 527 não seria afetada pelas demais aeronaves, de acordo com a velocidade e altitude do Boeing e das outras.

Se ocorresse emergência bastaria um pequeno desvio da trajetória da subida 16, para posicionar o LH 527 em um rumo paralelo à reta final da pista 27. A fls. 393, sustenta que a aeronave foi desviada da trajetória de subida sem necessidade.

Além do controlador de vôo, outro assistente observa o *scope radar*. No momento o assistente estava telefonando para o aeroporto Santos Dumont, a respeito do Eletra que vinha de Caxias, quando o normal seria que ambos estivessem controlando o LH 527 pelo *scope* (fls. 740 — testemunha da União).

Quando o controlador de vôo voltou sua atenção, cerca de 2 minutos depois, para o LH 527, este já estava fora do limite de segurança. Solicitou ao Comandante que subisse imediatamente e fizesse uma curva à direita (instrução dada a 4 minutos e 20 segundos do *brake release*), não deixando sequer o comandante repetir, insistindo enfaticamente na instrução dada, ocasião em que se deu a colisão com o topo do morro, constatando-se, posteriormente, que o avião chegara a subir 60 pés e a iniciar a curva à direita (fls. 740).

Da decolagem até o acidente transcorreram 4 minutos e 43 segundos.»

5.3. Depois, discorreu sobre a responsabilidade civil, citou doutrina e os arts. 15 do Cód. Civil e 107 da Constituição, e concluiu, com Aguiar Dias, que o texto maior adotou a teoria do risco administrativo.

5.4. Por fim, com os fundamentos seguintes, apontou a responsabilidade da União Federal:

«A responsabilidade objetiva da União se afasta quando a vítima age com dolo ou culpa.

A ré alega que o comandante, no raio de 10 milhas, não poderia ultrapassar 250 nós de velocidade e atingiu 305 nós.

Conforme relatório final da SIPAER, o Perito constatou, à fl. 393, que:

a) Tripulação possuía habilitação técnica para exercer as funções que lhes eram confiadas em dia.

b) Todos os elementos da equipe de serviço no APP/RIO e TWR/GL tinham a formação básica que os habilitava a exercer as funções que lhes eram afetas.

c) A aeronave também estava em dia com suas revisões.

d) O Peso e Balanceamento do 'CG' se localizava dentro da faixa de Operação Normal.

e) Não havia carga restrita a borda.

Sustenta o Perito que estava tudo normal e que 'quando o LH 527 decolou, já não mais havia motivo para a restrição de 2000 pés, assim como limitação da curva para 040. Desta forma, o LH 527 foi desviado da trajetória de subida sem necessidade. O próprio Relatório Final confirma que houve falha na emissão das instruções para o LH 527'.

A fl. 204, diz o Relatório Final:

'No caso em tela, observa-se que houve falha na emissão das instruções para o LH 527, a saber:

a) Não foi informado ao piloto qual seria o motivo da vetoração;

b) Não foi informado ao piloto qual seria o procedimento alternado, para o caso de falha radar ou comunicações, principalmente se considerarmos que o vetor 040° levava a aeronave, diretamente, à região montanhosa, o que era de pleno conhecimento do controlador;

c) Não foi informado ao piloto o limite de velocidade pretendido.'

Segundo o Perito, à fl. 394, ao analisar a causa provável do acidente,

'No curto espaço de tempo em que os fatos sucederam e a Vetoração que recebiam de um Órgão de Controle em Espaço Aéreo de Controle Positivo, não poderia sequer permitir que fossem colocadas em dú-

vida, a capacidade e responsabilidade do controlador para executar a navegação da aeronave e vetorá-la em uma área supostamente conhecida pelo mesmo.

O LH 527 voando sob vetoração radar acreditava estar sendo criteriosamente vigiado e com sua segurança preservada, uma vez que com a instrução 'Até novo aviso' 'until further advise', o controlador o induziu a essa convicção.

As demais deficiências citadas no Relatório Final, quanto ao número de pessoal e de aeronaves em um mesmo setor, julgamos por bem relegar a um segundo plano, pois todas as demais aeronaves por suas posições no espaço aéreo, não exigiam a atenção que a aeronave que decolara e fora desviada de sua rota normal, deveria exigir. Sem dúvida o lapso de tempo que essa aeronave foi mantida na altitude e rumo, foi o fator predominante do acidente'.

Numa subida normal, sem apoio de radar, a responsabilidade da navegação é do comandante.

O controle de radar permite ao solo identificar altitude e velocidade da aeronave, nesse caso, a responsabilidade da navegação é do controlador (laudo do perito — fl. 409).

No item 6.4.3.2. da NMA-DEPV. 60-06, 'a vetoração radar será proprocionada às aeronaves voando IFR ou VFR dentro do espaço aéreo controlado e não poderá ser rejeitada pelo piloto' (fl. 495).

À fl. 413 o Perito, comandante com larga experiência segundo seu currículo, afirma que:

c) 'com a frase' 'until further advise' 'até novo aviso', fez com que o comandante da aeronave julgasse estar sendo vetorado com segurança e esperou a complementação das instruções que deveria vir no próximo segundo, o que não aconteceu'.

A gravação do 'voice recorder' demonstra que surgiu inquietação entre os pilotos, mas que o comandante concluiu que 'estamos sob controle do radar, o que significa, teoricamente, que nada pode nos acontecer' (fl. 272).

Existe, realmente, um limite de 250 nós na área terminal do Rio de Janeiro, abaixo de 10.000 pés. Porém, o item 1.6.1 do NMA-DEPV 60-06, dispõe (fls. 503)

'Aeronaves em vôo dentro de espaço aéreo sob jurisdição do controle de aproximação *exceto na execução* dos procedimentos de espera, descida ou *subida*, deverão manter as seguintes velocidades.

a) no FL 100 ou abaixo, velocidade máxima indicada de 250 nós.

b) acima de FL 100 poderá ser utilizada a volocidade indicada superior a 250 nós, desde que autorizada.'

A aeronave LH 527 estava em subida, fora dos padrões de subida normal, inteiramente orientada pelo controle de terra, cujas instruções não podia o piloto rejeitar (item 6.4.3.2. do Manual de Regras de Tráfego Aéreo — fl. 495). O comandante ao receber a mensagem 'aumente a velocidade, se possível, até novo aviso', e não estando sujeito àquela limitação de 250 nós, tinha plena convicção de estar seguro e totalmente acompanhado pelo radar, cabendo ao controle de terra orientá-lo nos mínimos detalhes vetorando-o até que ele fosse liberado pelo controle da Torre prosseguindo na sua rota normal de vôo.

Acrescente-se que o acidente ocorreu às 18.32h do dia 26-7-79, em plena noite, portanto, sem nenhuma visibilidade, sob chuva na Serra dos Macacos (Rio de Janeiro).

Nenhuma culpa pode ser imputada à tripulação da aeronave LH 527, cabendo a responsabilidade totalmente à Ré.

Por ocasião do acidente, o Ministro da Aeronáutica distribuiu a seguinte nota oficial: (fl. 132)

'O Ministro da Aeronáutica informa que, analisados todos os fatos levantados durante as investigações do acidente ocorrido, dia 26 de julho de 1979, às 18.30h, na região da Serra dos Macacos, Estado do Rio de Janeiro, com o Boeing 707 (cargueiro), prefixo D-ABUY, pertencente à empresa Lufthansa, concluiu-se que houve falha nas instruções emanadas no Controle da Área Terminal do Rio de Janeiro, que conduziram a referida aeronave a um traçado de subida diferente do padrão, por tempo superior ao que as condições de segurança permitiam.

Brasília, DF, 29 de agosto de 1979. *Délio Jardim de Mattos*, Ministro da Aeronáutica'.

Mesmo dentro dos princípios do artigo 159 do Código Civil emergeria a responsabilidade da Ré.»

6. Recebendo embargos de declaração, tirados pelas autoras, a Dra. Juíza esclareceu «que a correção monetária deverá ser calculada de acordo com a Lei nº 6.899/81».

7. Apelou a União Federal.

7.1. Em preliminar, invocando o diposto no art. 517, aduziu a existência de fato novo, não proposto no Juízo inferior, qual seja, «... o avião já se incendiava antes de colidir com a montanha!». Acrescentou e pediu:

«1.5. O conhecimento do incêndio anterior da aeronave chegou à União por acaso, quando funcionário da Procuradoria, residente naquela localidade, ao saber da condenação exclamou:

'eu e muita gente mais, vimos o avião fazer fogo *antes* de bater na montanha.'

1.6. Trata-se, assim, de fato novo só agora conhecido pela União.

1.7. Dada a exigüidade de prazo que dispõe para a apelação, a União não pode se valer dos meios processuais previstos no Código de Processo Civil, daí fazê-lo através da referência aos nomes.

1.8. O Código de Processo Civil, estabelece no art. 517 que tais questões podem ser suscitadas na apelação. Assim, vem a União requerer ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos se digne, preliminarmente, converter o julgamento em diligência, para que sejam ouvidas as testemunhas acima referidas.»

7.2. Reiterou o fundamento da ilegitimidade ativa das autoras.

7.3. Pôs em ampla discussão a matéria de prova, para pleitear a improcedência das ações, ao fundamento, em suma, da culpa exclusiva do comandante da aeronave, *verbis*:

«14.12. O procedimento do piloto-comissário caracterizou negligência e imperícia na condução da aeronave. A falha era incorrigível e ocasionou o acidente.

14.13. A União não praticou ato que levasse a aeronave de encontro à montanha.

Se o fornecimento *a posteriori* de instrução ou aviso, que não é proibido, pode ser apontado como falha do controlador e, por conseqüência do serviço, temos aqui um *ato omissivo*, pelo qual, segundo entendimento atual, a União não pode ser responsabilizada pois ocorreu justa causa e liberá-la de qualquer responsabilidade, ou seja, o acúmulo de aeronaves num dado momento, a exigir controle, fato totalmente imprevisível e inarredável.

14.14. Não se pode deixar de reconhecer que a União Federal não foi a causadora direta e imediata pela colisão que ocorreu ante a negligência e imperícia do piloto que conduziu a aeronave pela qual era responsável único, com excessiva velocidade, visto que o local não admitia, pela legislação, velocidade acima de 250 nós e o piloto voou a 304.

A causa direta e imediata da colisão foi a atitude do piloto.»

7.4. Concluiu assim:

«14.18. Caso assim não entenda, reduza os honorários de advogado, em vista do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil e do valor da condenação que, sem juros e sem correção, atinge a duzentos e sessenta e oito milhões de cruzeiros.»

8. As autoras contra-arrazoaram.

8.1. A respeito do fato novo, alegaram o seguinte:

«Não se trata de fato processual novo. Em sua contestação, a Apelante alegou:

> '... segundo informações de passageiros que desembarcaram de um ônibus em Magé, o avião pegou fogo antes de se chocar com a pedra Independência...'

Ora, o momento processual próprio para se firmar o direito a essa prova acontece no despacho de saneamento, antes da audiência de instrução e julgamento, e nesta é colhida, conforme os artigos 407 a 409 do CPC.

Não o tendo feito a Apelante, decaiu desse direito processual, conforme o art. 183 do CPC:

> 'art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa'.

2. Além disso, ilustres Julgadores, essa prova seródia não teria a menor credibilidade, pois o sinistro ocorreu na noite de 26 de julho de 1979, há mais de cinco (5) anos, e todos nós aprendemos na Faculdade quão falível é a prova testemunhal recente, que dirá tão tardiamente invocada.»

8.2. Quanto à matéria de prova, defenderam a sentença:

«Portanto, a velocidade da aeronave era compatível com as resoluções, e foi imprimida sob ordens, disciplinadas e germanicamente obedecidas, de forma trágica, face à irresponsabilidade do controlador de vôo, ao que consta, até hoje sofrendo de graves perturbações de comportamento, em virtude da consciência, na ocasião, da gravidade dos seus erros.»

. . . . . .

«É de se notar, ilustres Julgadores, que então nada adiantaria o uso da palavra 'now' ou 'immediateley', pois em seguida soou o alarme GPWS, que denuncia formação sólida à frente, como constatou a Comissão de Inquérito, e nada adiantaria ainda porque a aeronave colidiu muito longe do cimo da Serra de Petrópolis, e nenhuma manobra impediria a tragédia.

6. Quanto à atuação do piloto da aeronave, lamentavelmente foi ela impecável. A tripulação obedeceu, *rigorosamente*, a todas as ordens emanadas da Torre, culminando antes por também obedecer à fatídica ordem: ...»

. . . . . .

Finalmente, sob vôo vetorado, não cabe ao comandante da aeronave questionar as ordens da Torre, mas sim cumpri-las. Sob vetoração Radar, o piloto navega, *mas a responsabilidade será do Controlador*, como o informa o nobre Perito do Juiz às fls. 409.»

8.3. Defendeu o direito de sub-rogação das seguradoras, bem como o percentual a título de honorários advocatícios.

9. Pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, sustentando a «responsabilidade concorrente», com esta conclusão:

> «43. Deste modo, à vista do que dos autos consta e invocando o prudente arbítrio e os doutos suplementos de V. Exas., opinamos no sentido de se dar parcialmente provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial para fixar a responsabilidade da União a 70% (setenta por cento) dos prejuízos até o limite máximo garantido pelo contrato de seguro, Súmula 188-STF, a saber DM 7.000.000 (sete milhões de marcos alemães), retificando-se o valor para o correspondente em cruzeiros ao câmbio do dia do acidente — 26 de julho de 1979, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária nos termos da Lei 6.899/81 e juros pura e simplesmente na forma da decisão dos embargos de declaração, fixando-se os honorários nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.»

10. Ao findar este relatório, recordo que o acidente ocorreu em 26-7-79, ao passo que uma das ações só foi ajuizada em 4-8-81.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pelo visto do relatório, item 7.1, começa a apelante por invocar a proteção do art. 517 da lei de processo, sobre a permissão de inovar. Reza a norma: «As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior». Supõe o texto, antes, a falta de proposição no juízo inferior, depois, o deixar de fazê-lo por motivo de força maior. Escreveu, a respeito do assunto, na 1ª edição de seus Comentários, pág. 355, José Carlos Barbosa Moreira:

> «Deve reconhecer-se a ocorrência de tal motivo, em primeiro lugar, quando o fato que se traz à apreciação do tribunal ainda não se verificara até o último momento em que a parte poderia tê-lo eficazmente invocado no primeiro grau de jurisdição. Assim também quando o fato já se dera, mas a parte ainda não tinha ciência dele; ou quando, apesar de conhecê-lo, estava impossibilitada, por circunstância alheia à sua vontade, de comunicá-lo ao advogado, para que este o levasse à consideração do juiz.»

Aqui, o fato novo diz respeito à precedência do incêndio da aeronave, que a apelante, segundo alegou, dele só tomara conhecimento após a condenação, isto é, depois que o juiz cumprira e acabara o ofício jurisdicional. No entanto, a questão não é bem assim, como fizeram ver as autoras, em suas contra-razões, item 8.1 do relatório. Com efeito, no momento da contestação, portanto, ainda no juízo inferior, disse a União Federal, ora apelante:

> «7. Segundo testemunhas oculares, o avião se incendiou no ar, batendo a seguir na rocha. É o que diz a notícia publicada no Jornal do Brasil, jornal conhecido pela correção e firmeza de suas notícias:
>
> > 'O Boeing-707, cargueiro, da Lufthansa, prefixo D-ABUY, caiu ontem à noite na localidade de Alto Independência, em Petrópolis, com três tripulantes e 40 toneladas de cargas diversas, após decolar do Aerporto Internacional do Rio às 18h 5m com destino a Dacar. Até o final da noite não se tinha notícias de sobreviventes.'
> >
> > 'Segundo informações de passageiros que desembarcaram de um ônibus em Magé, o avião pegou fogo antes de se chocar com a pedra Independência (um imenso bloco de rocha), na divisa de Inhomirim com Alto Independência.'

8. Assim, tudo está a indicar que o acidente ocorreu por falha da própria aeronave — quem sabe, sabotagem? — e não por erro da rota eventualmente sugerida.»

Tinha, de conseguinte, a apelante, ciência do fato, tanto que o ventilara em sua resposta, e competia-lhe, no momento próprio, por se tratar de fato impeditivo ou extintivo do direito das autoras, o ônus da prova, à vista do art. 333, inciso II, do Cód. de Pr. Civil. Se descurou de sua obrigação, sequer provocando a sentença, que dele não cuidou, via embargos de declaração, parece-me que a ele não pode tornar, aqui e agora, ante o efeito da preclusão. Demais, inexiste, nas razões de recurso, prova do motivo de força maior, e sem essa prova, a saber, a da não realização do ato por justa causa, o tribunal não pode apreciar a questão nova. Aliás, já decidiu este Tribunal, na AC-91.565, Sr. Ministro Geraldo Sobral: «Por conseguinte, o fato trazido à baila, na apelação, não deve ser conhecido, uma vez que o recorrente teve oportunidade de suscitá-lo em primeira instância e não o fez».

Não se enquadrando, assim, a hipótese presente no figurino do aludido art. 517, rejeito a preliminar.

2. No que concerne à sub-rogação das seguradoras nos direitos do segurado, com destaque então para a ilegitimidade ativa das autoras, itens 3 e 7.2 do relatório, tenho por irrepreensível a sentença, fls. 758/760, que recebeu o apoio da Subprocuradoria-Geral da República, fl. 863, com referência, inclusive, à Súmula 188/STF.

De fato, parece-me hoje tranqüila a questão da sub-rogação, ainda que se cuide, como aqui se cuida, de seguro aeronáutico. Por exemplo, num caso de acidente aéreo, em que Turma deste Tribunal, por maioria, entendera incabível a sub-rogação, salvo no seguro marítimo, foram os embargos infringentes recebidos, julgada, em conseqüência, procedente a ação, e o Sr. Ministro Armando Rollemberg, ao inadmitir o recurso extraordinário da União, consignou:

> «De referência à alegação de que não é possível a sub-rogação do segurador nos direitos do segurado fora da hipótese de contrato de seguro marítimo, expressamente prevista no art. 728 do C. Comercial, embora pessoalmente a tenha como procedente, não é possível admitir o recurso porque tranqüila a jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal no sentido da decisão recorrida (Súmula 188)» (*in* RTJ-66/565).

Sim, pois dispõe a Súmula 188: «O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro». Como se vê, sub-rogação de modo geral, sem especificação do tipo de seguro. A propósito, ver a ementa escrita para o RE-94.970, *DJ* de 24-8-84, Sr. Ministro Néri da Silveira: «Responsabilidade *civil*. Transporte aéreo. Acidente aeronáutico. Seguradora sub-rogada ...». Acrescento, para arrematar este tópico, as palavras conclusivas de Wagner Barreira:

> «Querer assim que sub-rogação nos direitos e ações do segurado só caiba ao segurador que a ele pague o sinistro ocasionado por ação de terceiro, exclusivamente no caso de seguro de transporte marítimo, equivale a contrariar o gênio do direito pátrio. E se tal desejo pudesse lograr atendimento, na prática, ter-se-ia conferido aos nossos julgadores a função, que a desencanto de Anatole France antes atribuíra à Justiça, de sancionar as injustiças estabelecidas.» (Sub-rogação do Segurador, *in* Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes, Forense, pág. 154).

3. No que concerne ao tema principal, a sentença, pelo visto do relatório, item 5.2, começou por descrever os fatos, indo, após, à responsabilidade civil, item 5.3. Quanto a este item, que correponde, nos autos, ao item 2.2 da sentença, fls. 763/768, creio exato o seu exame doutrinário, à luz das disposições citadas. A respeito do tema, decidiu a 1ª Turma, na AC-60.012, Ministro Dias Trindade: «A falha do serviço de controle de tráfego aéreo, admitindo que piloto não qualificado apresentasse plano de

vôo e pilotasse aeronave para a qual são exigidos dois pilotos, ambos com certificados válidos, acarreta a responsabilidade civil da União, que é obrigada a indenizar pelos danos resultantes de desastre com a aeronave».

Depois, a sentença, item 5.4, examinando a prova, responsabilizou a União Federal, reconhecendo a falha do serviço de controle de tráfego aéreo, Área Terminal do Rio de Janeiro. Mas a apelante, item 7.3, para livrar-se de sua responsabilidade, atribui a culpa, pelo acidente, tão-só ao comandante, que, ao seu ver, conduzira, com negligência e imperícia, a aeronave, imprimindo-lhe velocidade excessiva, «visto que o local não admitia, pela legislação, velocidade acima de 250 nós e o piloto voou a 304». E a Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, não deixa de dar certa razão à apelante, ao apontar como duas as causas do acidente:

> «18. Verifica-se dos autos que duas são as causas básicas do ocorrido: A *primeira* delas deve-se atribuir ao Controle de Terra que ao instruir a nave para tomar o rumo 040° a 2000 Ft a colocou numa rota de colisão com a Serra dos Macacos, tal procedimento não tem nada de anormal, é exeqüível e muito comum quando o tráfego está congestionado desde que o Controle de Terra, acompanhando a nave pelo Radar, não a deixe por muito tempo neste rumo e altitude determinando uma modificação em um ou outro de modo a evitar com antecipação segura o obstáculo.»
>
> .....
>
> «25. A *segunda* causa básica do ocorrido atribui-se à tripulação da aeronave Boeing-707, matrícula D-ABUY de propriedade da Deutsche Lufthansa e que naquela noite fazia o vôo LH-527.
>
> 26. É que aproximadamente 1 minuto após a decolagem o Comandante da aeronave acusou estar passando a 1500 Ft nas proximidades de Caxias, neste momento recebera instruções de virar a direita aproando 040°, manter 2000 Ft até novo aviso e aumentar a velocidade, se praticável. (... 'and increase your speed, if feasible').
>
> 27. Ora, é norma de tráfego aéreo que no espaço aéreo controlado não podem as aeronaves exceder à velocidade limite de 250 Kt (IAS) e, segundo está provado nos autos a tripulação imprimiu ao LH-527 uma velocidade que chegou a 304 Kt (IAS) colidindo com a montanha a 296 Kt (IAS) = nós = (milhas náuticas por hora) em movimento ascencional e de curva à direita.»

De minha parte, qual a sentença, fico em reconhecer a falha do serviço de controle, desde as instruções iniciais, pois a tanto leva a prova dos autos. Eis a conclusão do relatório final do Serviço de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos:

> «Após a análise dos fatos levantados na presente investigação, conclui-se que:
>
> 1. A aeronave decolou sem que sua tripulação tivesse instrução completa de todo o procedimento de subida inicial.
>
> 2. O coordenador não avisou ao controlador de saída que a aeronave (RG 409) que impunha restrições ao cumprimento do traçado da subida padrão (DEP nº 16) pelo LH 527 já não mais se constituía em tráfego para o mesmo no momento de sua decolagem.
>
> 3. O controlador de saída emitiu instruções incompletas ao LH 527 não esclarecendo o objetivo pretendido, não fornecendo instruções alternativas e nem os limites desejados.
>
> 4. A tripulação não solicitou ao controle os necessários esclarecimentos para complementar as instruções recebidas.
>
> 5. Provavelmente o comandante do LH 527 interpretou a instrução recebida para aumentar a velocidade como uma liberação total de velocidade, ten-

do a aeronave ultrapassado o limite previsto, 250 KT IAS em Área Terminal abaixo do 10.000 ft, atingindo 304 KT IAS.

6. Enquanto o LH 527, no setor norte do scope radar, deslocava-se em direção à região montanhosa aumentando sua velocidade, o controlador estava aborvido com um número excessivo de aeronaves em vetoração radar no setor sul.

7. Nesta mesma ocasião em que o LH 527 evoluía no setor norte, o Controlador Assistente de Saída executava funções que não lhe competiam deixando de auxiliar o Controlador de Saída na monitoração dos tráfegos.

8. O Supervisor em função falhou ao permitir que a operação do APP se desenvolvesse de tal forma que gerou uma situação indesejável de sobrecarga para o Controlador de Saída.

9. A consulta à carta de terminal (editada pela Empresa, que teria sido feita pelo comandante para terminar a posição da aeronave, poderia ter levado a tripulação a uma falsa noção de segurança. Isto porque é provável que o comandante julgou-se à direita de sua trajetória real, pois não percebeu a declinação magnética (19º W). Também pode ter contribuído para esta falsa noção de segurança a pouca experiência do comandante na área (era seu terceiro vôo na região).»

Por isso, creio exata a conclusão da sentença, ao se pronunciar pela responsabilidade da União Federal, *in verbis*:

«A aeronave LH 527 estava em subida, fora dos padrões de subida normal, inteiramente orientada pelo controle de terra, cujas instruções não podia o piloto rejeitar (item 6.4.3.2. do Manual de Regras de Tráfego Aéreo — fls. 495). O comandante ao receber a mensagem 'aumente a velocidade, se possível, até novo aviso', e não estando sujeito àquela limitação de 250 nós, tinha plena convicção de estar seguro e totalmente acompanhado pelo radar, cabendo ao controle de terra orientá-lo nos mínimos detalhes vetorando-o até que ele fosse liberado pelo controle da Torre prosseguindo na sua rota normal de vôo.

Acrescente-se que o acidente ocorreu às 18:32hs do dia 26-7-79, em plena noite, portanto, sem nenhuma visibilidade, sob chuva na Serra dos Macados (Rio de Janeiro).

Nenhuma culpa pode ser imputada à tripulação da aeronave LH 527, cabendo a responsabilidade totalmente à Ré.»

4. Quanto aos honorários advocatícios, item 7.4 do relatório, reduzo o percentual arbitrado pela sentença, item 5, fixando-o, aqui e agora, em 5%, em atenção ao disposto no aludido § 4º do art. 20, mantida a base de incidência.

5. Como a sentença acha-se sujeita ao duplo grau de jurisdição, suscito uma questão, atinente à decadência em relação à uma das ações, diante do disposto no art. 150 do Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei nº 32, de 18-11-66, vigente à época:

«Art. 150. Sob pena de decadência, os direitos decorrentes das relações jurídicas indicadas neste artigo deverão ser exercidos dentro do prazo de dois (2) anos, a contar:

a) da data em que se verificar o dano, nas ações de responsabilidade decorrentes dos artigos 97, 98, 101, 104, 110 e 129;

b) da data da chegada ou da em que a aeronave devia ter chegado ao destino, ou então da interrupção do transporte, nas ações decorrentes do transporte de cargas ou bagagem;

c) da data de conclusão dos respectivos serviços, nas ações de indenização por assistência e salvamento.»

Refiro-me à ação ajuizada em 4-8-81 por *Delvag Luftfahrtversicherungs-Aktiengesellschft*, pois o dano se verificou em 26-7-79, com o acidente, daí a perda da carga transportada. É certo que, pretendendo prover a conservação e ressalva de seus direitos, a *Delvag* fez por escrito o seu protesto, à vista do art. 867 do Cód. de Pr. Civil, com citação da União Federal ordenada em 23-7-80 (fl. 35v. do apenso). Acontece, no entanto, que o protesto é causa interruptiva da prescrição, pelo que se depreende do art. 172, inciso II do Cód. Civil e do único acórdão que serve de referência à Súmula 153/STF, e não da decadência, e o Decreto-Lei nº 32 falava em decadência, com esses comentários de Eurico Paulo Valle:

> «I — Visando espancar as dúvidas existentes no Direito anterior, sobre se se tratava de decadência ou de prescrição, o Código atual fala em decadência, no que andou acertadamente.»
>
> .....
>
> «Após precisar, como se disse, que se trata de decadência, e não de prescrição, determina o Código que, sob pena de decadência — o que não admite a suspensão ou a interrupção do prazo, admitida, pelos arts. 168 e 172 do Código Civil, para a prescrição — os direitos decorrentes das relações jurídicas indicadas no artigo supra deverão ser exercidos dentro do prazo de dois anos, ...» (*in* Comentários do Código Brasileiro do Ar, Forense, 1ª ed., pág. 206).

De fato, difere a decadência da prescrição, principalmente, pelos efeitos. Por exemplo, a decadência, para ser decretada, ao contrário da prescrição, independe de provocação da parte interessada, pois opera *ipso iure*, e a decadência não se suspende não se interrompe, ao passo que a prescrição admite tanto a suspensão quanto a interrupção (ver arts. 168 a 176 do Cód. Civil). Eis a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> «A prescrição se interrompe por qualquer das causas legais incompatíveis com a inércia do sujeito; a decadência opera de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, se não for oportunamente exercido. A prescrição é instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento; a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até *ex officio*.» (*in* Instituições de Direito Civil, Forense, vol. I, 1961, pág. 482).

No mesmo sentido, entre outros autores, Clóvis Beviláqua, Teoria Geral do Direito Civil, 285, Câmara Leal, Da Prescrição e da Decadência, 115; Carlos Maximiliano, Direito Intertemporal, 257; Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 430; Sílvio Rodrigues, Direito Civil, 350; Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 289, Carlos da Rocha Guimarães, Prescrição e Decadência, 105/106.

Posto isto, poder-se-ia, no entanto, argumentar que a espécie não tem regência pelo Código Brasileiro do Ar, mas, sim, pelo direito comum. A meu ver, a disciplina é pela lei especial, por se tratar de acidente aeronáutico, ainda que a ação, como aqui acontece, seja do segurador, a teor do enunciado no verbete 188/STF. Num caso de responsabilidade civil do transportador aéreo, envolvendo o desastre ocorrido nas proximidades de Paris, em 11 de julho de 1973, com um avião da VARIG S.A., decidiu-se assim, segundo a ementa do RE-92.066, Sr. Ministro Décio Miranda:

> «Civil. Responsabilidade civil. Transportador aéreo. Morte de passageiros. Dano resultante de acidente em vôo. Decadência do pedido no prazo de dois anos (art. 29 da Convenção da Varsóvia, Decreto nº 20.704, de 24-11-31; art. 150 do Cód. Bras. do Ar, Decreto-Lei nº 32, de 18-11-66).» (*DJ* de 20-3-81).

Noutro caso, atinente a um acidente aeronáutico ocorrido em 27-9-74, na localidade de Paracuru, Estado do Ceará, decidiu assim o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro:

«Trata-se de ação de responsabilidade civil fundada na culpa do transportador aéreo.

Julgado procedente, apela a parte vencida, reiterando os agravos retidos.

O primeiro agravo, em seu item *c* trata de preliminar de decadência referida pelo Código Brasileiro do Ar.

Procede, inteiramente, a argüição.

O saneador equivocou-se ao dizer que a ação tinha por fundamento o direito comum.

A responsabilidade civil decorrente de acidente aeronáutico é regulada pelos artigos 97 e seguintes do Código Brasileiro do Ar, sendo juridicamente impossível a invocação do direito comum.

O evento ocorreu em 1974, tendo a ação sido proposta em 1978.

Logo consumou-se o prazo de decadência fixado pelo art. 150 da legislação específica, que melhor teria feito se se referisse a prescrição, em face de conhecidos princípios doutrinários.»

E o Supremo Tribunal Federal, no RE-94.970, confirmou esse acórdão, ocasião em que o Sr. Ministro Néri da Silveira, em seu voto de Relator, consignou o seguinte:

«Como se vê do teor do acórdão, nele não se ventilaram os dispositivos do Código Civil, indicados na petição recursal (fls. 138/143). Desde logo, pois, incidiriam, in casu, as Súmulas 282 e 356.

Mesmo, entretanto, que, assim, não fosse, não seria possível deixar de atribuir razoabilidade à decisão, sendo, dessarte, aplicável a Súmula 409, eis que, no art. 150, do Código Brasileiro do Ar, não se prevê a decadência, em dois anos, apenas, nos casos de responsabilidade pelo transporte aéreo, mas, também, nas demais hipóteses de ação para ressarcimento de outros danos resultantes de acidentes aeroviários.»

Pelo visto, a opinião que estou adotando é, pelo menos, razoável, e creio que é a melhor *data venia*.

Portanto, dano verificado em 26-7-79 e ação proposta em 4-8-81, operou a decadência.

6. Em conclusão: (*a*) dou provimento, em parte, à apelação da União Federal, no tocante ao percentual dos honorários advocatícios; (*b*) reformo, mais a mais, em parte, a sentença, para, em relação à ação proposta por *Delvag Luftfahrtversicherungs Aktiengesellschaft*, no dia 4-8-81, pronunciar a decadência, extinguindo, assim, neste ponto, o processo, *ut* art. 269, inciso IV do Cód. de Pr. Civil; no particular, condeno a autora em honorários advocatícios, que arbitro em 5% sobre o valor dado à causa, e em custas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, ante os precedentes que foram mencionados no voto do eminente Relator, vou concordar com S. Exa. Quanto à responsabilidade da União, parece-me não haver dúvida. Há, até, notícia de reconhecimento expresso do Ministro da Aeronáutica quanto à falha da torre, isto é, do controlador da torre.

Em conclusão, ponho-me de acordo com o voto do eminente Relator.

VOTO

(VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Confesso que, em matéria da discutida decadência de uma destas ações, pela autoridade dos argumentos partidos de quem

partiam, bem me impressionou a defesa da temporaneidade da ação, como a defendeu da tribuna o ilustre advogado, Dr. Eurico Paulo Valle, em dizendo que a ação de que se trata nada devia, em fundamentos, ao Código Brasileiro do Ar.

Todavia, ao que colhi do exaustivo voto do Sr. Ministro-Relator, no particular, a jurisprudência dos tribunais, mormente a jurisprudência-maior, do Supremo Tribunal Federal, já definiu a matéria como sendo regidas por aquele código todas as ações de responsabilidade civil originária de acidente aéreo.

No caso, mais me parece acentuada essa vinculação, pois que, de transporte aéreo é o contrato de que se trata, acobertado pelo seguro da carga, no qual pelo que pagou, agora, quer a seguradora sub-rogar-se. A sub-rogação, conceitualmente, nada mais é do que a transposição das condições da ação primitiva para a que pretenda indicar a responsabilidade de terceiro, visto que não há como ter o segurador sub-rogado maior direito do que o segurado, inclusive quanto ao prazo para a ação.

Conseqüentemente, se a ação de seguro de carga aérea se dá por força de regulamento do transporte aéreo, desde aí também me parece fatal que a sub-rogação da responsabilidade civil pelo dano no transporte, qual a carga danificada, também assim se dê no mesmo prazo decadencial.

Desse modo, com as minhas homenagens ao ilustre causídico, por sinal que bem invocado como doutrinador, no processo, também acompanho o Sr. Ministro Relator em tudo e por tudo do seu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 96.437 — RJ — (Reg. nº 2.662.639) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Remet.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apel.: União Federal. Apdos.: Deustscher Luftpool e outros. Advs.: Drs. Eurico Paulo Valle e outros. Sust. Oral: Dr. Eurico Paulo Valle (Apdos).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reduzir a 5% a condenação em honorários e, pelo mesmo quorum, na via da remessa oficiosa, declarou a decadência em relação a ação de autoria de Delvag Luftfahrtversicherungs-Aktiengesellschaft, com as condenações da sucumbência estabelecidas, nos termos do voto do Ministro Relator (3ª Turma, 10-11-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.110 — DF
(Registro nº 7.184.344)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar*
Apelante: *Célio Valentim*
Apelado: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*
Advogados: *Drs. Saulo Ladeira, Geraldo Vieira*

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria especial. Mecânico de avião. Pátio/pista. Ação cautelar.

1. A lei há de ser entendida em sua destinação e objetivos. O requisito básico da insalubridade não é a idade do segurado, mas o tempo de exposição às substâncias ou locais insalubres. A situação dos aeronautas não se rege pelos estritos termos do art. 38, pertinente aos segurados em geral, mas de conformidade com o disposto no art. 39, da CLPS, cujos pressupostos são distintos. Em certos casos, como na hipótese dos autos, quando o segurado se vê exposto a especiais condições de severidade de trabalho, em atividade penosa ou insalubre, considera-se o período dessa exposição (art. 38).

2. A ação é meramente cautelar, objetivando o pagamento do benefício, em manutenção, até a integral apuração dos fatos, não sendo razoável o entendimento, que vinha da legislação anterior, forçando o desligamento do segurado, antes do deferimento ou indeferimento do benefício, causando perplexidade e desespero. Tal exigência (Lei nº 5.890/73, art. 10, § 3º, I), ademais, foi revogada (Lei nº 6.887/80).

3. Apelo 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 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-DF, 12 de novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta por Célio Valentim (fls. 55/63) contra a r. sentença de fls. 49/53, prolatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Murat Valadares, indeferitória da medida cautelar que ajuizara contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, espécie que foi sintetizada pelo r. decisório nos seguintes termos:

«*a*) o Requerente, então empregado da VASP (mecânico de avião), requereu, amparado em documentação hábil, preechendo ainda os requisitos legais e regulamentares pertinentes, através do Posto de Benefícios da Coordenação de Concessões da Superintência Regional da autarquia requerida no Distrito Federal, aposentadoria especial pelo exercício de atividade qualificada como insalubre, vez que já ultrapassara o período de 25 anos de efetivo serviço previsto na lei;

b) que, em seguida, o aludido Posto exigiu do Requerente a prova de seu desligamento da empresa onde prestava serviços para que fosse concedida a aposentadoria em causa, o que pressupunha a regularidade da documentação apresentada com o pedido;

c) que, assim, solicitou à empresa empregadora a baixa em sua CTPS, bem como a relação de salários de contribuição, exibindo ambos os documentos ao órgão previdenciário;

d) que, entretanto, decorridos mais de oito meses de seu desligamento da empresa, foi cientificado pela Coordenação do INPS em Rondônia de que sua aposentadoria fora cancelada;

e) que tal decisão, tomada pelo órgão previdenciário ao arrepio do § 3º do artigo 153 da CF, bem como do enunciado nº 160 da Súmula do TFR, e desprezando a documentação idônea que instruíra o pedido de aposentadoria, não pode prevalecer, mesmo porque, sobre afrontar a lei e jurisprudência, gerou para o Requerente uma situação de desespero, já que, por culpa exclusiva do Requerido, viu-se desempregado e sem perceber o benefício a que tem direito.

Instruindo a Inicial com a documentação de fls. 08 *usque* 23, aditou logo em seguida a peça inaugural (fls. 24/25), para, modificando parcialmente o pedido, requerer, tanto liminar quanto definitivamente, seja o Requerido compelido a proceder aos depósitos da aposentadoria em questão, com correção monetária, em conta bancária na CEF, à disposição do Juízo processante, bem como a fornecer a carta comprobatória da concessão (DIB), e o demonstrativo de pagamento (carnê), documentos estes necessários para que possa receber da Fundação dos Empregados da VASP a complementação dos proventos da aposentadoria, quantia esta necessária a sua manutenção até decisão final da ação principal, a ser ajuizada oportunamente.

2. Pagas as custas iniciais e indeferidas a liminar (fls. 33/35), decisão esta confirmada pelos Despachos de fls. 40 e 47, foi o Requerido regularmente citado (fls. 37 e verso), tendo deixado transcorrer *in albis* o prazo para resposta (fls. 47, v.).

3. Fez ainda o Requerente juntar aos autos os documentos de fls. 26 e 44/46.»

O apelante insurge-se contra a r. sentença apresentando as razões de fls. 56/63 (com documentação de fls. 64/81), sustentando possuir os requisitos pertinentes à obtenção da aposentadoria especial e que esta foi ilegalmente cancelada.

O apelado contra-arrazoou às fls. 83/87, trazendo os documentos de fls. 88/105.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Rejeito a alegação preliminar de revelia, porque o INPS não contestou a ação cautelar, como o fizera o MM. Juiz Federal, tendo em vista o disposto no art. 320, II, do CPC.

Quanto ao merecimento, verifica-se, pela própria documentação que o INPS anexou com as suas contra-razões de apelação, que o apelante, efetivamente, mecânico de avião, «exerce as suas funções, Pátio/Pista, a céu berto, sujeito a intempéries da natureza e ruídos acima de 90dB» (fl. 97) «em área restrita e proibida ao fumo, pela presença de combustível de aviação, óleos, graxas e outros inflamáveis nas aeronaves, dando atendimento aos aviões em trânsito, serviços de pista e prova de motores, considerado insalubre pela sua natureza» (fl. 98).

Assim, quanto à insalubridade, não resta a menor dúvida.

O tempo de serviço militar é aproveitado para completar o de serviço, para fins de aposentadoria, como se sabe. No caso, verifica-se que a incorporação se deu em 20 de janeiro de 1957 e a exclusão em 19 de fevereiro de 1960.

A lei há de ser entendida em sua destinação e objetivos. O requisito básico da insalubridade não é a idade do segurado, mas o tempo de exposição às substâncias ou locais insalubres.

Um dos documentos que atestam o trabalho em condições agressivas e adversas à saúde do apelante advém da antiga Panair do Brasil, além do atestado pela VASP.

Tudo está a indicar, portanto, tenha o apelante, de fato, tempo de serviço suficiente, em condições insalubres, para a obtenção de sua aposentadoria especial, aparentemente.

Ademais, a ação é meramente cautelar, objetivando lhe seja pago o benefício, em manutenção, é evidente, até completa e exaustiva apuração de todos os fatos, não sendo razoável o entendimento, que advinha de legislação anterior, forçando o desligamento do segurado, antes do deferimento ou do indeferimento do benefício requerido, como no caso ocorreu, causando situação de perplexidade e desespero. A exigência do desligamento era feita com base na Lei nº 5.890, de 8-6-73 — art. 10, § 3º, item I — que foi revogada, em boa hora, pela Lei nº 6.887, de 10-12-80.

Além disso, a exigência legal quanto ao limite de idade dos aeronautas não é de 50 anos, mas de 45, como dispõe o art. 39, da CLPS. Não se rege a situação dos aeronautas pelos estritos termos do art. 38, para os segurados em geral, mas pelo que expressamente dispõe o art. 39. É que seus pressupostos são distintos (Russomano, «Coments. à Consolidação das Leis da Previdência Social», 2ª ed., RT, págs. 158/162). Em certos casos, como na hipótese sob exame, em que o segurado está exposto a especiais condições de severidade de trabalho, em atividade penosa ou insalubre, há de ser considerado o período dessa exposição, previsto no mencionado art. 38.

A pretensão de obter comprovante emanado do INPS é decorrente do sistema de pagamento do complemento dos proventos, a que faz jus o aeronauta empregado da VASP. Não se está a impor à Fundação, que não foi parte no feito, o pagamento, mas, tão-somente, fornecendo-lhe a comprovação, de que necessita, para pagar a diferença complementar dos proventos.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para deferir as providências cautelares solicitadas, que decairão, é claro, se o apelante não intentar a ação principal, no prazo legal.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, trata-se de uma sentença proferida em uma ação cautelar, em que se deve examinar tão-somente a aparência do bom direito e o perigo de perecimento desse direito, em caso de demora.

De maneira que eu também acompanho V. Exa., apenas me jungindo a esses aspectos, que parecem evidenciados na medida cautelar, razão pela qual o ilustre Juiz sentenciante concedeu até a liminar, sem que ouvisse a outra parte, pelo que entendi.

De maneira que o meu voto é acompanhando V. Exa., de acordo com essa síntese.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, V. Exa. demonstrou presente, *in casu*, o *fumus boni juris*, ou seja, a aparência do bom direito, que é pressuposto do exercício da jurisdição cautelar, bem assim a existência do *periculum in mora*, ou seja, o perigo de atraso na prestação jurisdicional. Assim, ponho-me de acordo com o percuciente voto proferido por V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 102.110 — DF — (Reg. n.º 7.184.344) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Moacir Antônio Machado da Silva. Apte.: Célio Valentim. Apdo.: INPS. Advs.: Drs. Saulo Ladeira e Geraldo Vieira.

Sustentou, oralmente, o Dr. Saulo Ladeira.

Decisão: A 1.ª Turma do TFR, à unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator (Em 12-11-85).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.350 — SP
(Registro nº 7.220.669)

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

Apelante: *Alfredo Villanova S/A — Indústria e Comércio*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Dr. Silvio Machado de Campos Neto (Apte)*

EMENTA: Tributário. Débitos Fiscais. Diaes a quo. Multa de mora. Redução. Correção monetária sobre os juros de mora. Incidência.

I — A teor da Súmula 45, deste egrégio Pretório, c/c o Decreto-Lei 1.736/79 a correção monetária fluirá a partir do dia seguinte ao vencimento da obrigação.

II — Se à época do fato imponível vigia o Decreto-Lei 1.736/79, que em seu art. 1º dispunha ser reduzível a multa de mora de 30% para 15% desde que o débito fosse pago até o último dia do mês do calendário subseqüente ao do vencimento e, não efetuado dito pagamento, impossível a redução perseguida.

III — A egrégia 5ª Turma é pacífica ao dispor que os juros moratórios são devidos desde o vencimento do débito e calculados sobre seu valor originário, sem atualização, nos termos do art. 2º, da Lei 5.421/68 c/c os arts. 1º e 2º e parágrafo único do Decreto-Lei 1.736/79.

IV — Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília-DF, em 29 de abril de 1987. (Data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Alfredo Villanova S/A — Indústria e Comércio, inconformada com a homologação dos cálculos de fls. 13, pretende a sua modificação, objetivando:

I — Que a atualização monetária dos débitos fiscais seja feita a partir do trimestre civil em que deveriam ter sido recolhidos;

II — Redução da multa de mora de trinta por cento para quinze por cento, a teor do Decreto-Lei nº 1.736/79 e Decreto nº 87.981/82.

III — A correção monetária da multa a partir do trimestre civil, conforme dispõem a Lei 4.357/64 e Decreto-Lei 1.704/79.

IV — A não incidência da correção monetária nos juros de mora, eis que devem ser calculados sobre o valor originário do tributo devido.

Recebido o recurso (fl. 23) e devidamente contra-arrazoado (fls. 24/25), subiram os autos e, nesta instância, me foram conclusos, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado (fls. 32/33) pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Como visto, a irresignação da apelante objetiva:

a) que a correção dos débitos fiscais, bem como da multa, tenha como termos *a quo* o trimestre civil;

b) a redução da multa de mora de 30% (trinta por cento) para 15% (quinze por cento); e *c*) a não incidência da correção monetária sobre os juros de mora.

No que concerne ao termo inicial da correção monetária, objetivada, não há como prosperar, eis que, a teor da Súmula 45/TFR, c/c o Decreto-Lei 1.736/79, fluirá a partir do dia seguinte ao vencimento da obrigação, consoante remansosa jurisprudência desta egrégia Corte.

Sobre ser reduzível a multa de mora, igualmente não procede a pretensão da apelante porquanto à época do fato gerador (novembro/80) vigia o Decreto-Lei 1.736/79 que, em seu art. 1º, parágrafo único, dispunha, *verbis*:

«A multa de mora será de 30% (trinta por cento) reduzindo-se para 15% (quinze por cento) se o débito for pago até o último dia útil do mês do calendário subseqüente ao do seu vencimento.»

Não tendo sido efetuado dito pagamento, não se lhe aplica o comando da norma referida.

Por fim, quanto à irresignação da apelante, atinente à não incidência da correção monetária nos juros de mora, assiste-lhe razão.

Com efeito, a iterativa jurisprudência desta egrégia Turma tem decidido que os juros moratórios são devidos desde o vencimento do débito e calculados sobre seu valor originário, sem atualização, nos termos do art. 2º, da Lei 5.421/68 c/c os arts. 1º e 2º e parágrafo único do Decreto-Lei 1.736/79.

À vista do exposto, dou provimento, em parte, à apelação, tão-somente para afastar a incidência da correção monetária nos juros de mora, como frisado, mantendo, no mais, o r. *decisum*, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

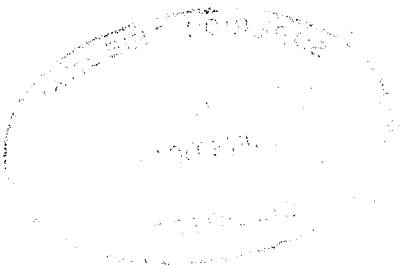
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 104.350 — SP — (Reg. nº 7.220.669) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Alfredo Villanova S/A — Indústria e Comércio. Apda.: União Federal. Advs.: Dr. Sílvio Machado de Campos Neto (Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento em parte ao recurso voluntário, nos termos proferidos pelo Ministro Relator. (Em 29-4-87 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.944 — RS
(Registro nº 6.010.083)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Tecidos Carlos Barth Ltda*
Advogados: *Drs. Antônio Augusto Vieira Falcão e outro*

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Arbitramento.

I — Sem diligenciar junto ao estabelecimento do contribuinte, para verificar se este dispõe de escrituração contábil regular, não pode o fisco lançar imposto de renda por arbitramento, por falta de declaração de rendimentos.

II — O art. 678 do RIR/80 deve ser interpretado em harmonia com o art. 399 do mesmo Regulamento, até por que fundado este último em lei mais recente, que haveria de prevalecer na hipótese de ser impossível a interpretação harmonizante.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de maio 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:

«Tecidos Carlos Barth Ltda., devidamente qualificada na inicial de fls. 2/9 (Autos dos Embargos), apresenta Embargos do Devedor à Execução Fiscal que lhe move a Fazenda Nacional (autos apensos), visando cobrar-lhe imposto de renda de pessoa jurídica relativo ao ano-base de 1980, valor de Cr$ 7.542.258,00, multa de 75%, juros, correção monetária e demais encargos da lei.

Contra a execução, a Embargante, às fls. 2/9 dos autos dos Embargos, alega que possui escrita regular, que houve desídia de funcionários da empresa, e que por isso apresentou sua declaração de renda, relativa ao exercício de 1981, apenas em 2-8-82, com prejuízo, e que não poderia o fisco arbitrar o lucro com base no valor do Ativo, sem antes considerar o lucro real ou a receita bruta, nos termos dos artigos correspondentes do Decreto-Lei nº 1.648/78.

A União Federal contestou às fls. 59/61 (Autos dos Embargos), dizendo, em síntese, que o lançamento decorreu do não atendimento, pela Embargante, de exigência fiscal, no sentido de que fosse apresentada declaração de rendimentos relativa ao exercício financeiro de 1981, e é legítimo, porquanto se afina com o que preceitua o artigo 8º, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.648/78 e item 1, alínea *b*, da Instrução Normativa SRF nº 108/80.

Intimadas as partes a produzirem outras provas (fl. 65), apenas a Embargante veio requerer prova pericial e testemunhal, que deixou de ser deferida por dispensável à elucidação dos fatos objeto do litígio.»

Apela a União, sustentando:

«Merece ser reformada a respeitável sentença recorrida que não deu a melhor interpretação à legislação aplicável ao caso.

Como destaca a União Federal em sua contestação de fls., não tendo o apelado apresentado sua declaração de rendimentos relativa ao exercício de 1981 e, em face de seu silêncio, mesmo intimado por via postal, para esclarecimentos, não restou ao fisco outro caminho, além do estabelecido no art. 8º, § 4º, do Decreto-Lei 1.648/78 e na Instrução Normativa SRF nº 108, de 22-10-80 (item «1», alínea *b*).

Não faz nenhum sentido a alegação de que as intimações teriam ficado nos escalões menores da empresa, sem chegar ao conhecimento da diretoria. Não é concebível que em uma empresa que insiste em sustentar seu cuidado com a contabilidade e o fisco, não se desse conta a direção ou seus procuradores, de que não fora apresentada a declaração de rendimentos do exercício de 1981.

Assim, diante do descumprimento da apelada, procedeu o fisco, ao arbitrar o lucro do exercício de 1981, dentro de sua competência e em obediência às normas legais que regulam a matéria.

Diante do exposto a União Federal requer seja integralmente reformada a respeitável sentença recorrida, com o que se fará Justiça.»

A apelada não foi intimada para responder. Os autos subiram e a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento da apelação, no voto, ou, pelo menos, para a exclusão dos honorários.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Arbitramento.

I — Sem diligenciar junto ao estabelecimento do contribuinte, para verificar se este dispõe de escrituração contábil regular, não pode o fisco lançar imposto de renda por arbitramento, por falta de declaração de rendimentos.

II — O art. 678 do RIR/80 deve ser interpretado em harmonia com o art. 399 do mesmo Regulamento, até por que fundado este último em lei mais recente, que haveria de prevalecer na hipótese de ser impossível a interpretação harmonizante.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUGO MACHADO (Relator): Deu a sentença, da lavra do MM. Juiz Federal e ilustre tributarista José Morschbacker, pela procedência dos embargos, com a seguinte fundamentação:

> «No mérito, não restam quaisquer dúvidas de que tem razão a Embargante.
>
> Com efeito, o Decreto-Lei nº 1.648, de 18-12-78, que disciplina a matéria *sub judice*, prescreve o *arbitramento* como modalidade de tributação das pessoas jurídicas, na primeira hipótese (art. 7º, item I), quando:
>
> > «I — O contribuinte sujeito à tributação com base no lucro real não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras de que trata o § 4º do artigo 7º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.»
>
> Na espécie dos autos, o fisco nada demonstrou, em regular exame de escrita que lhe cumpria fazer quanto à eventual inexistência de escrituração contábil a propiciar a tributação pelo lucro real. Pelo contrário, tributou à distância, tomando como parâmetro outros elementos, alheios ao lucro contábil, o que nulifica de pleno direito o ato administrativo do lançamento, pois que se trata de ato vinculado e não discricionário (CTN, art. 142, parágrafo único).
>
> Por outro lado, em não encontrando escrita regular, o valor do ativo somente poderia ter sido tomado como base de tributação na ausência de receita bruta conhecida, e essa ausência cumpria também ao fisco evidenciá-la, obviamente em procedimento fiscal realizado através do exame dos livros e documentos contábeis e fiscais da empresa, *in loco*, o que não ocorreu.
>
> Enfim, sendo o lançamento tributário ato administrativo vinculado, não é concebível que o fisco efetue através do correio, sem sequer dirigir-se ao estabelecimento do contribuinte, para examinar os livros e documentos contábeis e fiscais, levando a efeito a tributação segundo a ordem de precedência claramente estabelecida em lei.»

Admite a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu bem elaborado parecer de fls. 77/82, a possibilidade de acolhimento da pretensão da embargante, afirmando:

> «Para fazer ceder a presunção de que goza a certidão de dívida ativa, cumpria-lhe não apenas anexar um simples balanço, que bem pode ter sido elaborado extracontabilmente, mas comprovar, através de prova pericial, que os seus livros, notadamente o «Diário», estavam devidamente escriturados, como defluiu do art. 399 antes citado.»

Ocorre que a embargante requereu a produção de prova pericial contábil, «a fim de que não reste dúvida de que tinha e tem escrituração regular em dia, bem como, que seus registros estão em conformidade com a declaração apresentada.» Mas esta lhe foi indeferida, sem oportunidade de recurso, porque na própria sentença que acolheu os embargos.

Assim, se algum reparo estivesse a merecer a sentença apelada, seria no sentido de seu anulamento, para que outra fosse proferida, depois de realizada a perícia em questão.

Entendo, porém, que a sentença está correta, pelo menos quanto ao dever do fisco de ir até o estabelecimento do contribuinte, buscando verificar a existência de escrituração contábil regular.

Sem diligenciar junto ao estabelecimento do contribuinte para verificar se este dispõe de escrituração contábil regular, não pode o fisco lançar imposto de renda por arbitramento, por falta de declaração de rendimentos.

O art. 678 do RIR/80, que tem fundamento no art. 79 do Decreto-Lei nº 5.844/43, deve ser interpretado em harmonia com o art. 399 do mesmo Regulamento, até por que fundado este último em lei mais recente, que haveria de prevalecer na hipótese de ser impossível a interpretação harmonizante.

Nego provimento à apelação e à remessa, ressalvada a possibilidade de novo lançamento.

EXTRATO DA MINUTA

AC 104.944 — RS — (Reg. nº 6.010.083) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Hugo Machado. Apelante: União Federal. Apelada: Tecidos Carlos Barth Ltda. Advogados: Antônio Augusto Vieira Falcão e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (4ª Turma — 18-5-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.175 — MG
(Registro nº 7.232.578)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelante: *IAPAS*

Apelados: *Juarez Pires de Oliveira e cônjuge*

Advogados: *Drs. Walter Cavalieri de Oliveira e Leopoldino Vasconcelos Gonçalves*

EMENTA: Contribuições previdenciárias. Responsabilidade de sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Em princípio, o sócio-gerente não poderá ser responsabilizado por dívida da sociedade. O simples inadimplemento da obrigação de recolher o tributo não leva a que o seja. Entretanto, quando o gerente deixa de recolher as importâncias devidas à Previdência Social e descontadas do salário dos empregados, configura-se apropriação de valores que não lhe pertencem. Relativamente a estas parcelas pode ser-lhe exigido o pagamento.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta 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 (DF), 8 de fevereiro de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Embargos de terceiro opostos por Juarez Pires de Oliveira à execução fiscal movida em 1975 pelo IAPAS contra Fábrica de Calçados Satélite Ltda., para cobrança de dívida no valor de Cr$ 20.356.

Alegou o embargante que não tendo sido localizada a executada, pediu o exeqüente recaísse a penhora em bens particulares dos sócios, e que desde 1973 não mais é um deles, incabível portanto a constrição que só seria admissível no caso de infringência a lei ou a contrato social, argüindo ainda ocorrência da prescrição qüinqüenal.

Impugnação às fls. 50/52.

A sentença julgou os embargos procedentes, acatando as razões do embargante, mas desprezando a argüição de prescrição (fls. 81/84).

Apelou o IAPAS, argumentando, em síntese, que o embargante era sócio-gerente da executada, o que lhe tira a condição de «terceiro». E mais que, na qualidade de sócio, responde legalmente pelos débitos da pessoa jurídica resultantes de infrações legais, especialmente da falta de recolhimento das contribuições devidas, havendo nos autos pedido de parcelamento e confissão da dívida (fls. 86/87).

Contra-razões às fls. 101/103.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Contribuições previdenciárias — Responsabilidade de sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

Em princípio, o sócio-gerente não poderá ser responsabilizado por dívida da sociedade. O simples inadimplemento da obrigação de recolher o tributo não leva a que o seja. Entretanto, quando o gerente deixa de recolher as importâncias devidas à Previdência Social e descontadas do salário dos empregados, configura-se apropriação de valores que não lhe pertencem. Relativamente a estas parcelas pode ser-lhe exigido o pagamento.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O apelado, citado em nome próprio, apresentou embargos de terceiro. Ora, quem é citado em nome próprio é parte e não terceiro. Daí a Súmula 184 deste Tribunal. Ocorre que o ajuizamento daquela ação incidente deu-se no prazo dos embargos à execução e como tal podem ser admitidos.

A jurisprudência desta Corte, assim como do Supremo Tribunal Federal, invocando o disposto no artigo 135, III do CTN, assim como no artigo 10 do Decreto 3.708/19, tem admitido que o sócio-gerente, nas sociedades por cotas, possa responder por dívidas fiscais da sociedade, desde que verificadas certas condições. Não se faz necessário, e o entendimento quanto a isso já se pacificou, figurar no título executivo. Iniciada a execução contra a sociedade, poderá prosseguir contra o gerente.

No caso em exame, verifica-se que, em janeiro de 1974, foi arquivada, na Junta Comercial, alteração do contrato social relativo à empresa executada, mediante a qual retirou-se da sociedade o ora apelado. Obviamente que nenhuma responsabilidade poderá ter, relativamente a débitos posteriores à data indicada. Deste modo, nada lhe poderá ser reclamado quanto à execução 5188, compreendendo o período de dezembro de 1974 a outubro de 1975. Assim também quanto à execução 5189, período de setembro a novembro de 1974. A de número 5190 abrange período que vai de novembro de 1973 a agosto de 1974. Há que se afastar, de logo, qualquer responsabilidade do apelado quanto às contribuições pertinentes aos meses de fevereiro a agosto de 1974. Em princípio, pois, poderá ser responsabilizado pelas contribuições a que se refere a execução no valor de Cr$ 20.356,32 e que diz com o período de março a junho de 1973, bem como as relativas aos meses de novembro e dezembro de 1973 e janeiro de 1974.

Permito-me, entretanto, outras considerações. Nos embargos alegou-se prescrição. Cumpre verificar se ocorreu. Nos termos do artigo 8º, § 2º da Lei 6.830/80, considera-se interrompida a prescrição pelo despacho que ordenar a citação, entendendo-se que esta deve fazer-se nos termos do artigo 219 do CPC. Entretanto, parece-me óbvio, esta interrupção só poderá ser eficaz relativamente à pessoa que estiver sendo executada que é aquela cuja citação foi determinada. Para o caso em exame, só poderá ser considerada a data em que o Juiz ordenou fosse citado o ora apelado e não aquela em que isto foi feito relativamente à sociedade. Isto se verificou em dez de setembro de 1979 (fls. 19vº dos autos da execução). A dívida relativa ao período de março a junho de 1973 foi objeto de parcelamento, firmado em 27 de agosto de 1973, não tendo sido paga importância alguma. Daí que, em setembro de 1973, venceu-se todo o débito que se tornou exigível, tendo início o curso do prazo prescricional. Sendo este de cinco anos, já que se trata de contribuições anteriores à Emenda Constitucional nº 8, ocorreu a prescrição.

Vê-se que restam apenas as contribuições referentes aos meses de novembro e dezembro de 1973 e a janeiro de 1974.

Relativamente a estas, os autos não fornecem prova da data do lançamento, não havendo por que admitir tenha havido prescrição. Cumpre prosseguir no exame da responsabilidade do apelado.

Como salientado inicialmente, a jurisprudência tem admitido que o sócio-gerente possa ser chamado a pagar dívida da sociedade. Para isso, não se pode abstrair da exigência de que tenha ele agido contra a lei. Não se pretendeu estabelecer solidariedade ampla com a pessoa jurídica, o que iria contrariar regras básicas que inspiram esse tipo de sociedade. O simples não pagamento de um tributo não conduz a que o gerente torne-se devedor. Devedora será a sociedade que responde com seu patrimônio. Entretanto, concorrendo com a inadimplência, comportamento do gerente que seja juridicamente censurável e que se relacione com o não pagamento, poderá nascer obrigação sua.

Consoante o exposto, tem-se entendido que se apresenta aquela responsabilidade, por exemplo, quando há dissolução irregular da sociedade e não se conhece o destino dos bens. Igualmente quando se trata do não recolhimento do IPI que é pago pelo adquirente do bem, havendo aí apropriação de valor pertencente à Fazenda.

No que se refere a contribuições previdenciárias, cumpre distinguir. O empregador deve recolher duas parcelas. Uma, devida pelo fato mesmo de ser empregador; a outra, pertinente à contribuição do empregado e que é por ele retida. Com relação a esta segunda, o não pagamento configura apropriação. O empregador que não recolhe o que descontou do empregado infringe a lei, não apenas por ser inadimplente mas por apropriar-se do que não lhe pertence. O mesmo não sucede, entretanto, com a importância de que a sociedade é devedora e não foi paga. Houve simplesmente o descumprimento de uma obrigação, à semelhança do que ocorre com qualquer outro pagamento e não há fundamento algum para que se responsabilize o gerente.

Em vista do exposto, dou provimento parcial para reconhecer a responsabilidade do apelado pelo pagamento de importância correspondente à metade do valor das contribuições que lhe são exigidas pertinentes a novembro e dezembro de 1973 e a janeiro de 1974.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: Pedi vista apenas para conferir. S. Exa., o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, acertadamente, responsabilizou o sócio-gerente pela parcela apropriada e não pela parcela que é da própria empresa.

De sorte que voto de acordo com o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 105.175 — MG — (Reg. nº 7.232.578) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: IAPAS. Apdos.: Juarez Pires de Oliveira e cônjuge. Advs.: Drs. Walter Cavalieri de Oliveira e Leopoldino Vasconcelos Gonçalves.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao apelo, pediu vista o Sr. Ministro Carlos Velloso. Aguarda o Sr. Ministro Miguel Ferrante. (6ª Turma — Em 14-12-87).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (6ª Turma em 8-2-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.733 — RJ
(Registro nº 5.157.030)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Apelantes: *Orlando Expedicto Rodrigues da Silva e outros, INPS e União Federal*

Apelados: *Os mesmos e Rede Ferroviária Federal S/A*

Advogados: *Drs. Célio dos Santos Cruz e outro, Climene de Castro Maciel e outro e Roberto Penna da Rocha e outros*

EMENTA: Ferroviário. Aposentado. Complementação de proventos. Improcedência da ação. Decreto-Lei nº 956/67.

Ferroviários regidos pelo sistema celetista não fazem jus à complementação de proventos.

Sentença confirmada.

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 unanimidade, dar provimento à apelação, julgando prejudicado o recurso dos autores e do INPS, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de 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: Trata-se de ação promovida por Orlando Expedicto Rodrigues da Silva e outros contra a Rede Ferroviária Federal S/A, União Federal e Instituto Nacional da Previdência Social, visando a complementação de suas aposentadorias. Alegam os autores que são ex-servidores da Rede Ferroviária Federal S/A e que estão aposentados pelo INPS.

«Por força da Resolução da RFFSA, publicada no Boletim Oficial 1294, tiveram os Autores o direito de receberem na inatividade a mesma remuneração que receberiam se na atividade tivessem, o que foi cumprido pela Rede, até a promulgação do DL 956/69, quando então foi alterado o modo de pagamento dos ferroviários.

Acontece que os Autores não estão tendo os proventos integralizados nem pela Rede, nem pelo INPS e nem pela União Federal.»

Pedido de desistência do Autor Alcindo Gomes de Souza.

Na sua contestação de fls. 63/69, diz a RFFSA que era mera intermediária no cumprimento, pelo Governo Federal, de obrigação legal. O INPS às fls. 104/107 sustenta que todos os signatários da petição inicial se aposentaram após a vigência do DL 956/69, e a complementação era devida tão-somente a quem se aposentasse até essa data. E às fls. 115/120, a União menciona os autores que não possuem mais qualquer vínculo empregatício com a Empresa, concluindo que se direito «houvesse à complementação pedida, esse benefício teria que ser reconhecido com base no mencionado DL 956/69 e, concretamente, se o valor que o segurado vem percebendo do INPS fosse inferior aos dos respectivos paradigmas pagos pelo Tesouro Nacional, considerada a sistemática de enquadramento da Lei nº 3.780/60 e suas assemelhações. Evidencia-se que a confrontação para definir-se, ou não, o benefício, é efetuada entre as situações de aposentados — do INPS e do Tesouro Nacional, — e não como pretendem os Autores, qual seja, entre a situação de ativos e inativos celetistas da RFFSA.

Juntou os documentos de fls. 121 a 230.»

Por sentença de fls. 288/292, o MM. Juiz Federal julgou procedente a ação, condenando os réus nos honorários advocatícios e nas custas.

Apelações dos autores, do INPS e da União às fls. 284/285, 288/290 e 295/299, respectivamente.

Contra-razões às fls. 292/293 e 301/304.

Nesta instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer de fls. 309/318, pelo provimento dos recursos do INPS e da União.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ferroviários aposentados. Complementação de proventos. Improcedência da ação. Decreto-Lei nº 956/67.

Ferroviários regidos pelo sistema celetista não fazem jus à complementação de proventos.

Sentença reformada.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Trata-se de ação proposta por ferroviários aposentados, pleiteando complementação de proventos. A sentença às fls. 288/292, do Dr. Juiz Henry Bianor Chalu Barbosa, da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, julgou procedente o pedido, entendendo competir à Rede Ferroviária Federal fornecer ao INPS os elementos necessários aos cálculos correndo o pagamento à conta da União Federal.

Em longo parecer o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Sollberger, transcrevendo arestos desta Turma, e fazendo retrospecto de toda a legislação, demonstrou não fazerem jus à complementação *a*) os servidores em gozo de dupla aposentadoria (art. 7º da Lei nº 5.235/67); *b*) os ferroviários regidos pela legislação do trabalho por se tratar, a complementação, de benefício próprio dos ferroviários públicos, sujeitos ao regime estatutário; *c*) os que se aposentarem após a vigência do Dec.-Lei nº 956/69.

Concluindo:

De acordo com os princípios acima expostos e os elementos constantes dos autos, pode-se concluir que a ação improcede, pois os autores não pertencem a qualquer das categorias referidas no art. 1º do citado diploma, uma vez que são empregados celetistas, consoante se comprova pelos dados cadastrais

trazidos aos autos. Acrescente-se que os litigantes, à exceção de uns poucos, se aposentaram após o advento do Dec.-lei nº 956/69, o que lhes retira o direito à complementação, conforme demonstrado.

Ainda recentemente a Turma julgou a Apelação Cível nº 98.207, de que fui Relator e cujo voto faço juntar ao presente, no sentido do indeferimento da complementação em casos que tais.

Dou, assim, provimento ao recurso da União Federal e reformo a sentença, para julgar improcedente a ação, prejudicado o das autoras que se insurgiram contra a sentença no tocante aos honorários, e do INPS, insistindo na sua exclusão do feito.

É o meu voto.

ANEXO

Ac. nº 98.207 — RJ

(Registro nº 4.761.685)

VOTO

EMENTA: Ex-Ferroviário. Complementação de proventos. Descabimento.

Servidor regido pelo sistema celetista não faz jus à complementação de proventos, tanto mais que aposentado pelo INPS, na vigência do Dec.-Lei nº 956/69.

Sentença reformada.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Esta Turma tem orientação firmada sobre a matéria.

A propósito transcrevo Ementa ao Acórdão proferido na Apelação Cível nº 94.749, de 3-6-86, de que foi Relator o Ministro William Patterson, assim lavrada:

> «O ferroviário que se aposentou na vigência do Dec.-Lei nº 956, de 1969, não faz jus à complementação de proventos. Cuidando-se de servidor regido pelo sistema consolidado, não cabe à Previdência Social o encargo do benefício pretendido. Recursos providos. Ação improcedente».

Na Ementa ao Acórdão na Apelação Cível 78.499, o eminente Ministro Costa Lima expressou-se nestes termos, categóricos:

> «2. Os empregados celetistas não fazem jus a benefício de aposentadoria pelo tesouro. Carecem de ação contra a União e o INPS para vindicar qualquer coisa nesse sentido».

Da Egrégia 3ª Turma lembraria o Acórdão na Apelação Cível 85.324, julgada em 8-8-86, relatado pelo eminente Ministro José Dantas, assim ementado:

> «Reiterou-se a orientação do Tribunal Federal de Recursos sobre que a complementação de proventos cuidada pelo Dec.-Lei nº 956, de 1969, somente é devida aos ferroviários servidores públicos ou autárquicos que se aposentaram antes da vigência do precitado diploma legal».

Do parecer da ilustrada Subprocuradoria extraio esta passagem:

> «Ora, além de haver sido regido pela CLT, conforme faz certo o doc. de fl. 29, o autor aposentou-se pela previdência em 1973, ocasião em que já se encontrava em vigor aquele Decreto-Lei».

Dou, assim, provimento aos recursos do INPS e da União Federal, prejudicado o da Rede Ferroviária Federal, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, os autores carecem do direito à perseguida complementação de proventos, dada a sua qualificação celetista, pela qual nada lhes deve a União, consoante a conclusão do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, perfilhada aos precedentes do Tribunal, principalmente o acórdão da Egrégia 2ª Turma na AC nº 79.309 — Relator Ministro Costa Lima — *DJ* de 17-4-84.

Acrescente-se que os litigantes, à exceção de uns poucos, se aposentaram após o advento do DL nº 956/69, o que lhes retira o direito à complementação.

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator, para dar provimento ao recurso da União Federal.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 105.733 — RJ — (Reg. nº 5.157.030) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Aptes.: Orlando Expedicto Rodrigues da Silva e outros, INPS e União Federal. Apdos.: Os mesmos e Rede Ferroviária Federal S/A. Advs.: Drs. Célio dos Santos Cruz e outro e Roberto Penna da Rocha e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, julgando prejudicado o recurso dos autores e do INPS. (Em 20-6-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Edson Vidigal e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 107.061 — SP
(Registro nº 0.099.775)

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

Apelantes: *Ino Fragata e Cônjuge e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Babinet Hernandez e outro*

EMENTA: Administrativo. Usucapião. Terras de índios. Laudo pericial. Validade. Descarte da alegação.

A prova pericial foi ampla e suficiente para conduzir o convencimento do Julgador, descabendo a sua renovação consoante deseja a União Federal.

Concluindo o laudo do Perito Oficial que o imóvel usucapiendo não integra área indígena, merece ser prestigiada a sentença que reconhece o direito vindicado.

Reparos em parcelas do dispositivo sentencial.

Recursos parcialmente providos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A matéria está assim relatada na sentença de primeiro grau:

> «Ino Fragata e sua mulher, qualificados na inicial, propuseram esta ação, na Comarca de Cotia, alegando que adquiriram, regularmente, por escritura de cessão de direitos hereditários, o imóvel descrito no item 05, da inicial, acentuando que dito imóvel está na posse dos requerentes, mansa e pacificamente, desde 1948.

Em face disto, propuseram esta ação, na qual pedem que, julgada procedente, seja reconhecido o usucapião extraordinário, em favor deles autores, servindo a sentença como título a ser matriculado no registro de imóveis.

Com a inicial, os autores trouxeram para os autos fotocópia de escritura de venda e compra e cessão de direitos hereditários relativa ao imóvel usucapiendo, constando de fls. 15 a 35 o formal de partilha pertinente ao imóvel mencionado na inicial, de fl. 36 constando o «croquis» do terreno, de fl. 37 o memorial descritivo e de fl. 38 o recibo do pagamento ao INCRA do imposto sobre a propriedade rural.

De fl. 43, consta a certidão negativa pertinente ao imóvel, tanto quanto às fls. 44, 45 e 46, o mesmo relativamente à fotocópia de fl. 47.

Fls. 55, 56 e 57, publicação dos editais, para conhecimento de terceiros, constando de fls. 58, 59 e 60 as notificações às Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Conforme se vê de fls. 61 a 64, o autor e sua mulher justificaram plenamente a posse, mansa e pacífica, sobre o imóvel questionado.

A União Federal, fl. 68, interveio no processo, para dizer que a área, que os autores pretendem usucapir, é insuceptível de usucapião, porque compreendida no antigo aldeamento de índios de Pinheiros e Barueri.

Remetidos os autos de Cotia para esta Vara Federal, este Juízo prolatou o despacho soneador de fls. 81v.

O perito judicial ofereceu o laudo de fls. 89 a 100, dizendo o perito, fl. 94, ter podido verificar que o terreno está fora dos dois perímetros dos índios de Aldeia de Itapecerica e de Pinheiros.

À fl. 104, o assistente técnico da União concluiu no sentido de que o terreno usucapiendo está fora do aldeamento dos índios e confisco dos bens dos jesuítas de Itapecerica e do Aldeamento dos índios de Pinheiros.

Fl. 125, nomeação de Curador Especial, que ofereceu a contestação de fls. 127 a 130, para dizer que a União não tem razão porque o seu próprio perito afirmou categoricamente que o terreno está fora do aldeamento dos índios de Pinheiros e de Itapecerica.

Fl. 134, manifestação do Patrimônio, em autos de ação idêntica, para dizer que o imóvel não se encontra dentro dos aldeamentos já referidos.

Concomitantemente, por meio de oposição autuada em apenso a estes autos, a União Federal alegou a impossibilidade de ser o terreno usucapido, porque pertencente à União em decorrência de estar o mesmo no perímetro dos aldeamentos dos índios de Pinheiros e Barueri.

Fl. 17, os opostos requereram o apensamento da oposição aos autos desta ação, o que foi deferido às fls. 20v., repetindo, através de fotocópia de fls. 18 a 19, a contestação que opuseram às alegações da União nos autos principais.

A prova da posse foi feita na audiência de justificação de fls. 61 a 65 e que fica nesta oportunidade homologada, para os fins e efeitos de direito.

Em audiência, não haverá provas a serem produzidas, estando o processo perfeitamente instruído, sobretudo no que concerne com a matéria fática envolvendo esta ação, motivo por que este Juízo passa ao julgamento antecipado da ação principal e da oposição.»

Sentenciando, o Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães, eminente Juiz Federal da 1.ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, julgou procedente o pedido, para decretar, em favor dos Autores, o reconhecimento de usucapião extraordinário relativamente ao imóvel descrito na inicial, valendo a sentença como justo título para a

matrícula do imóvel no Registro de Imóveis. Em conseqüência, julgou improcedente a oposição manifestada pela Fazenda Federal, condenada esta nas custas respectivas e 5% de honorários. Os autores foram condenados a pagar os salários do Curador Especial (Cr$ 10.000) e do Perito do Juízo (Cr$ 40.000).

Os Autores apelaram (fls. 64/170) para reformar a decisão no que tange às verbas a que foram condenados.

Também apelou a União Federal, com as razões de fls. 173/174, pedindo a nulidade da sentença.

Contra-razões às fls. 178/179.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República avalizou o recurso da União (fls. 186/187).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O MM. Juiz *a quo* resolveu a controvérsia com base nos resultados da perícia técnica judicial carreados aos autos. É ler-se:

> «Tanto a manifestação da União nos autos principais, quanto a oposição, suscitadas, acentuam que o terreno, objeto desta demanda, situa-se no aldeamento dos índios de Pinheiros e Barueri, aldeamentos que seriam de propriedade da União e portanto os imóveis nele compreendidos insusceptíveis de aquisição extraordinária.
>
> Todavia, como se fez acentuar no relatório, não só o perito do Juízo como o assistente técnico da União, acentuaram que o imóvel está fora do aldeamento dos índios de Pinheiros e Barueri e, assim, fora que estão de tais aldeamentos, fica afastada a contrariedade da União não só nesta ação como nos autos da oposição.
>
> Deslindada a questão de estarem os aldeamentos fora do imóvel usucapiendo, bem de ver que a ação é de ser julgada procedente, porque, como se verifica da justificação judicial de fls. 61 a 64, os autores, por si e por seus antecessores, sempre exerceram sobre o imóvel, por tempo mesmo superior a trinta anos (a legislação atual prevê o prazo de 20 anos) posse mansa e pacífica sobre o imóvel, circunstância esta também corroborada pela documentação que os autores trouxeram para esta ação».

A União Federal, em seu apelo, reage, tão-somente, quanto à fragilidade da perícia, procurando ver anulado o *decisum*, de sorte a que outra perícia possa chegar à conclusão de que a área cogitada está nos limites do aldeamento dos índios de Pinheiros e Barueri.

Em que pese a argumentação desenvolvida, não vislumbro o alegado vício, de sorte a justificar uma nova perícia. Os autos dão notícia de que as partes foram atendidas em suas pretensões, no que tange às provas que desejaram produzir. Cada um apresentou Assistente Técnico de sua confiança e o Juiz designou o Perito Oficial. O fato de as conclusões do Assistente Técnico da Ré não coincidirem com as do Perito do Juízo e do Assistente Técnico dos Autores, não significa que haja necessidade da renovação desejada.

Nem se diga que o documento fornecido pelo *expert* é falho ou insuficiente para o deslinde da questão. Para tanto basta que se leia a peça de fls. 89/95, acompanhada dos elementos de fls. 97/100, onde todos os ângulos do problema foram abordados. No que interessa, diante da alegação posta em destaque, vale lembrar o seguinte trecho do laudo (fls. 94/95):

«Para conhecer dessas citadas áreas e verificar se o terreno usucapiendo estava dentro do perímetro dos aldeamentos indígenas, fomos ao Serviço do Patrimônio, no 13º andar do Palácio da Fazenda, à Av. da Luz.

Pudemos verificar então que o terreno em tela está fora dos dois perímetos que a União acredita ser de seu patrimônio — o dos índios da aldeia de Itapecerica e o dos índios de Pinheiros.

Fica o terreno de que cuida este processo no ângulo formado por essas duas áreas do lado de fora. Não fica abrangido nenhum dos bairros chamados Ressaca e nem o Votorantim.

Assim conclui-se não ter a União aí qualquer direito por mais remoto que seja, não tendo pois elementos para declarar haver interesse no feito».

Sendo assim, não encontro justificativa para o pleito da União, objeto de seu recurso. Não lhe cabe, porém, a condenação em custas.

Quanto à apelação dos Autores parece-me que, não sendo eles sucumbentes, em qualquer parcela, os encargos da sucumbência (salário do Curador Especial e Perito Judicial) devem estar a cargo da Opoente. Todavia, não têm razão no tocante ao aumento dos honorários do seu patrono, tendo em vista a natureza da demanda.

Ante o exposto, dou parcial provimento a ambos os recursos para: *a*) excluir da condenação as custas processuais devidas pela União; *b*) inverter os ônus da sucumbência (salário do Curador Especial e salário do Perito do Juízo), cabendo à Opoente o pagamento nos valores fixados. Fica mantida a sentença quanto ao mais.

EXTRATO DA MINUTA

AC 107.061 — SP — (Reg. nº 0.099.775) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. William Patterson. Aptes.: Ino Fragata e Cônjuge e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Babinet Hernandez e outro.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento a ambos os recursos. (Em 10-4-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.175 — DF
(Registro nº 7.872.860)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara*

Apelantes: *União Federal e Madeiras Compensadas da Amazônia — Cia. Agro-Industrial «Compensa»*

Apeladas: *As mesmas*

Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros*

EMENTA: IPI. Crédito-prêmio. Inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/79.

O artigo 1º do Decreto-Lei 1.724/79 que concedeu ao Ministro da Fazenda poderes para aumentar, reduzir e extinguir os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-Lei nº 491/69 foi declarado inconstitucional pelo Plenário deste Tribunal.

Procedência da ação que ataca ato administrativo que nele se fundou.

O prazo prescricional para pretender o benefício fiscal flui do momento em que não pôde ser utilizado, em decorrência do ato ministerial.

Correção monetária — Computa-se da data da lesão e calcula-se com base na variação das ORTNs.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento ao apelo da União Federal e prover parcialmente o recurso da autora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília (DF), 27 de junho de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Adoto o relatório da sentença, *in verbis*:

«Madeiras Compensadas da Amazônia, com sede em Manaus — AM, propõe Ação Declaratória cumulada com Ação Condenatória contra a União

Federal, visando a 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 Decreto-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 Decreto-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 Decreto-Lei nº 1.724/79, que concedeu ao Ministro da Fazenda poderes para aumentar ou reduzir as alíquotas do crédito-prêmio e até mesmo permissão para extingui-lo, é inconstitucional e a Portaria nº 960/79 é ato ilegal, por descumprir a delegação de poderes do Decreto-Lei nº 1.724/79.

As delegações feitas pelo Decreto-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, parágrafo único, da CF), mas também da própria competência tributária, permitindo ao Ministro que fizesse o que o próprio Presidente da República não poderia fazer, criado pelo Decreto-Lei nº 491/69, o qual só poderia ser revogado ou extinto pela mesma forma legislativa.

O Decreto-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 do 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 fiscal em questão. Pede também que se declare que o incentivo fiscal 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 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. 71/83), sustenta, preliminarmente, não ter a autora interesse de agir e estarem prescritas as parcelas anteriores a agosto de 1980.

Quanto ao mérito, sustenta que o princípio da legalidade não se aplica ao Imposto sobre Produtos Industrializados e nem aos seus incentivos.

Sustenta também que o Decreto-Lei nº 1.724/79, além de outorgar ao Ministro da Fazenda competência para aumentar ou reduzir o incentivo fiscal, conferiu-lhe poderes para extinguir o benefício e que, desta forma, suspendendo temporariamente a fruição do estímulo, o Sr. Ministro da Fazenda praticou um ato tido como «minus», em virtude de sua competência de até mesmo extingui-lo.

Sustenta, ainda, que é incabível a correção monetária e que improcede o pedido de juros compensatórios, pois a hipótese não guarda semelhança alguma com as indenizações por desapropriação e os juros de mora devem ser calculados com base no art. 1.062, do Código Civil.

Inicial instruída. Manifestou-se a autora sobre as preliminares.»

Acrescento que a ação foi julgada procedente, condenada a ré na devolução das parcelas pleiteadas, referentes ao período compreendido entre 7-6-80 a 31-3-81. Acréscimo de correção monetária nos termos da Lei 6.899/81 e juros moratórios à taxa de 0,5% ao mês e a contar da citação. Honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Apelou a União, pedindo a improcedência da ação por ter-se como jurídica a suspensão do benefício ou pelo reconhecimento da prescrição.

Apelou também a autora. Sustenta que imprescritível o crédito ou, se assim não fosse, que a prescrição dar-se-ia em vinte anos. Por fim, se nenhuma dessas pretensões fosse acolhida, que o termo *a quo* fosse o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que efetivada a exportação. Relativamente à correção monetária, entende que devesse ser feita tendo como base a variação da taxa de câmbio ou, pelo menos, que fosse computada desde a data do fato. Pretende, mais, juros compensatórios e que os moratórios sejam calculados à taxa de um por cento e contados do fato gerador do benefício.

Por fim, pleiteia aumento da verba pertinente a honorários.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão básica já está superada. O artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79 que concedeu ao Ministro da Fazenda poderes para aumentar, reduzir e até mesmo extinguir estímulos fiscais foi objeto de argüição de inconstitucionalidade na Apelação Cível 109.896. Decidindo o incidente, o Plenário deste Tribunal declarou inconstitucional o referido dispositivo. Para o julgamento do caso concreto restam, entretanto, algumas questões. A primeira delas pertinente à prescrição, a cujo propósito recorreram ambas as partes.

Sustenta a autora que se trata de créditos fiscais escriturais e que estes são imprescritíveis. Assim não fosse, o prazo prescricional seria de vinte anos. Por último, se qüinqüenal, o início do prazo verificar-se-ia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que feita a exportação.

Malgrado o inegável brilho com que deduzidas as razões de recurso, a questão parece-me simples. O direito ao creditamento nasce com a exportação. Realizada a hipótese normativa que prevê o benefício, pode o contribuinte efetuar o lançamento contábil que leva a abater o crédito do que deva pagar. Na medida em que não pôde fazê-lo, em virtude da malsinada Portaria, nasceu para ele a faculdade de postular judicialmente o direito que já se encontrava violado. A lesão ocorreu no momento em que ficou impedido de utilizar-se do favor fiscal. Deste, por conseguinte, haverá de ser computado o prazo.

Não há lugar, com a devida vênia, para invocar regra de isonomia e, com base nela, pretender-se que o prazo só haveria de fluir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento do imposto poderia ser efetuado. Uma hipótese é de prescrição; a outra, de decadência. As situações são distintas, justificando tratamento também diferenciado.

A tese de que seria vintenária a prescrição menos ainda me seduziu. Não se trata aqui de aplicar regra sobre prescrição prevista no Código Tributário Nacional e que seria realmente inaplicável, mas de invocar o disposto no artigo 1º do Decreto 20.910/32.

Finalmente, a alegada imprescritibilidade parece-me também insustentável, eis que não se vislumbra porque houvesse, no caso, exceção à regra geral do dispositivo acima citado que regula a prescrição qüinqüenal das ações contra a União.

Não há também como acolher o recurso da União. Pretende que a lesão verificou-se quando editada a Portaria que suspendeu o incentivo e que dá data daquele ato haveria de contar-se o prazo. Não tem razão alguma e a hipótese não guarda similitude com os precedentes que invoca. O direito de creditar-se nascia cada vez que se concretizava a hipótese legal que o previa. A lesão verificava-se com o impedimento ao exercício desse direito. O momento em que isso ocorre constitui o termo *a quo* do prazo de prescrição.

Apela ainda a autora, pretendendo seja reformada a sentença relativamente à correção monetária. Sustenta deva fazer-se consoante a variação cambial, ou seja, o valor do benefício será calculado de acordo com a taxa de câmbio vigente na data do ressarcimento.

Já cheguei a admitir, como correto, esse entendimento. Penitencio-me, entretanto. A taxa de câmbio há de ser considerada para verificar o valor do benefício na data em que surgiu o direito a ele. Com base nela será calculada a importância a que tinha direito o contribuinte naquela data. Assim quantificado o montante da lesão, a correção far-se-á em seguida, consoante as regras comuns aplicáveis.

Não acolhida a postulação acima, pretende a apelante que a correção seja plena, ou seja, a partir do mês e ano em que o aproveitamento de cada crédito a que tinha direito não pôde ser feito.

A hipótese por certo que não é de repetição de indébito. Entretanto a ela muito se assemelha. Basta considerar que, não se utilizando do benefício, a parte recolheu imposto maior do que o faria, não houvesse o obstáculo questionado. Recomenda-se, no ponto, o mesmo tratamento que a jurisprudência tem dado aos casos de repetição, que outro não é que aplicar as normas pertinentes aos débitos tributários. Nessa parte considero que tem razão a apelante.

Pleiteia ainda o apelo sejam abonados juros compensatórios. Não tem razão, sendo impossível buscar-se analogia com o pensamento da jurisprudência pertinente a desapropriações. Para essas, consideraram-se devidos aqueles juros, em substituição aos lucros cessantes decorrentes da perda da posse do bem. Tratando-se de obrigação em dinheiro, as perdas e danos traduzem-se apenas no pagamento de juros moratórios, não havendo falar em lucros cessantes a serem ressarcidos com os compensatórios.

Sustenta-se, mais, que os juros moratórios deveriam fluir a partir do dia subseqüente à efetivação das exportações. Também aí não há como acolher a pretensão. Ou se reconhece que aplicável o disposto no artigo 1º da Lei 4.414/64, ou se invoca a norma pertinente à repetição de indébito. No primeiro caso, fluirão os juros da citação; no segundo, do trânsito em julgado.

Ainda relativamente ao acessório em exame, pretende-se devam ser calculados à taxa de um por cento. Ocorre que foram concedidos a partir da citação, não se lhes aplicando o regime da repetição de indébito em que fluiriam do trânsito em julgado. Nesse contexto merece ser mantida esta parte da sentença.

Resta a fixação de honorários. A União salientou que houve sucumbência recíproca. A autora, que excessivamente modesto o arbitramento, feito sobre o valor da causa. Ambas as ponderações procedem. Entretanto, a sucumbência da autora foi sensivelmente menor que a da ré e os honorários resultarão, com efeito, por demais modestos caso mantida a sentença.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação da União. Dou provimento parcial à da autora para que a correção seja feita a partir do mês e ano em que deveria ter sido feito o aproveitamento do crédito e para determinar que o cálculo dos honorários se faça sobre o valor da condenação, devidamente corrigido.

Não há lugar para reexame obrigatório, eis que o valor da causa, à época da distribuição, era inferior a cem ORTNs.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Senhor Presidente, investe a autora contra Portaria Ministerial nº 960, de 7 de dezembro de 1979, surgindo, portanto, desde a edição desse ato, o direito de ajuizar a ação. A partir daquela data começou a fluir o prazo prescricional em conseqüência do princípio da *actio nata*, prazo esse, no caso, qüinqüenal. Ora, proposta a ação em junho de 1985, o foi quando já se consumara o lapso temporal para o efeito, dentro do qual o direito das autoras poderia ter sido exercido.

Daí, por que, pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, dou provimento à apelação da ré, União Federal, para reformar a sentença monocrática, em ordem a julgar a autora carecedora da ação, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 111.175 — DF — (Reg. nº 7.872.860) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte: Juizo Federal da 3ª Vara. Aptes.: União Federal e Madeiras Compensadas da Amazônia — Cia. Agro-Industrial «Compensa». Apdas.: As mesmas. Advs.: Drs. Domingos Novelli Vaz e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao apelo da União Federal e proveu parcialmente o recurso da autora, vencido o Sr. Min. Miguel Ferrante que julgava prescrita a ação. (6ª Turma — em 27-6-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.885 — SP
(Registro nº 1.255.827)

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

Remetente: *Juízo Federal da 13ª Vara*

Apelantes: *Tecelagem Parahyba S/A, outro e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Alberto Gomes da Rocha Azevedo Júnior e outro (1ª Apte)*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Lucro real. Dividendos de ações de outras sociedades. Direito de retificar a declaração e de obter a restituição do tributo pago indevidamente.

I — Para efeitos de cálculo do Imposto de Renda, excluem-se do lucro real os valores recebidos a título de dividendos de ações de outras sociedades (RIR, aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 1966, art. 245, alínea c; RIR aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 1975, art. 223, alínea c).

II — O direito de retificar a declaração de rendimentos não se confunde com o de restituição do tributo pago indevidamente.

III — Recursos desprovidos. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento às apelações e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 190/191):

> «Tecelagem Parahyba S/A e Fazenda São José S/A, qualificadas à fl. 2, propõem a presente ação ordinária de repetição de indébito contra a União Federal, alegando: que nos exercícios de 1972 a 1976 receberam dividendos de ações de outras sociedades, discriminados na inicial (fls. 2/5); que como tais

rendimentos se integravam nos seus lucros, levaram-nos, inadvertidamente, à tributação, quando art. 245, alínea *c*, do Decreto nº 58.400, de 10 de maio de 1966, reproduzido pelo art. 223, *c*, do Decreto nº 76.186/75, excluía, para os efeitos de incidência do imposto sobre a renda, do lucro real, os lucros e dividendos sujeitos a tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram, observado o disposto no artigo 224; que as Autoras pagaram, a título de imposto de renda, indevidamente, 30% das quantias referidas, nos totais de Cr$ 1.530.195,00 (Tecelagem Parahyba S/A) e Cr$ 193.935,00 (Fazenda São José S/A); que percebendo o engano, solicitaram à Delegacia da Receita Federal em Taubaté a restituição do tributo indevidamente pago, tendo sua pretensão, tempestiva, sido rejeitada por implicar, no entendimento fiscal, em retificação das declarações de rendimentos, vedada pelo art. 405 do RIR; que a autoridade fiscal confundiu direito à retificação da declaração de rendimentos com o direito de repetir o indébito, que são imiscíveis, consoante a lição da doutrina trazida à colação; que a decisão administrativa violou o art. 165 do Código Tributário Nacional; que a prevalecer o entendimento da decisão administrativa estará a Ré empolgando o que não lhe pertence; que, assim, pedem as Autoras, a final, seja a presente ação julgada procedente, para que se condene a Ré a pagar-lhe as importâncias de Cr$ 1.530.195,00 e de Cr$ 193.935,00 respectivamente, acrescidas de juros de mora e correção monetária, custas e despesas processuais, honorários de advogado e demais pronunciações de direito. Com a inicial de fls. 2/8, vieram os documentos de fls. 9/165.

Custas recolhidas à fl. 167.

Citada (fl. 169) a União Federal ofereceu contestação às fls. 171/173, sustentando a improcedência da ação, de vez que a restituição de qualquer quantia, após a declaração de renda, implica necessariamente em sua retificação; que, assim, formulando o pedido de restituição após a notificação do lançamento do imposto, perderam as Autoras o direito a ela, nos termos do § 1º do art. 147 do CTN e art. 405 do Regulamento do Imposto de Renda; que, assim, deve ser a presente ação julgada improcedente. Com a resposta vieram os documentos de fls 174/177.

Replicaram as Autoras às fls. 179/180.

Instadas as partes à especificação das provas a serem produzidas (fl. 181), manifestaram-se as Autoras à fl. 182 e a Ré à fl. 183.

O respeitável despacho de fl. 183 verso deu o feito por saneado e determinou a designação da audiência.

Na audiência realizada (fl. 185), encerrada a instrução, as partes ofereceram alegações finais, a Autora através de memorial (fls. 186/188), reiterando, em substância os argumentos já expendidos na inicial e na resposta».

O Dr. Fleury Antônio Pires, MM. Juiz Federal em São Paulo, julgou a ação procedente, nestes termos (fls. 195/196):

«Em face do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação para condenar a Ré a restituir as importâncias de Cr$ 1.530.195 (hum milhão, quinhentos e trinta mil, cento e noventa e cinco cruzeiros) à Autora Tecelagem Parahyba S/A, e de Cr$ 193.935 (cento e noventa e três mil, novecentos e trinta e cinco cruzeiros) à Autora Fazenda São José S/A, nos termos requeridos na inicial, acrescidas de correção monetária a partir dos recolhimentos e de juros moratórios a partir do trânsito em julgado desta decisão. Condeno a Ré, ainda, a reembolsar as custas dispendidas pelas Autoras, indevidas outras custas em face do disposto no art. 9º, I, da Lei nº 6.032/74. Pagará a Ré às Autoras honorários advocatícios que ficam arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, a teor do art. 20, § 4º, do CPC.

Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, subam os autos, oportunamente, ao E. Tribunal Federal de Recursos.

Prazo legal excedido, face ao notório acúmulo de trabalho no Juízo».

Apelou a autora (fls. 198/202). Pede a elevação dos honorários advocatícios e a incidência dos juros moratórios desde a citação.

Apelou, também, a União Federal (fls. 204/206). Diz que, em conformidade com o artigo 147, § 1º, da Lei 5.172/66, a retificação da declaração de renda por iniciativa do declarante, com a finalidade de reduzir ou excluir tributo, só é possível mediante comprovação de erro, e antes de notificado, o declarante, do lançamento do imposto.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 209/211) subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento dos recursos e da remessa oficial (fls. 218/223).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Lucro real. Dividendos de ações de outras sociedades. Direito de retificar a declaração e de obter a restituição do tributo pago indevidamente.

I — Para efeitos de cálculo do Imposto de Renda, excluem-se do lucro real os valores recebidos a título de dividendos de ações de outras sociedades (RIR, aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 1966, art. 245, alínea *c*; RIR, aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 1975, art. 223, alínea *c*).

II — O direito de retificar a declaração de rendimentos não se confunde com o de restituição do tributo pago indevidamente.

III — Recursos desprovidos. Sentença confirmada.

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): A sentença está assim fundamentada (fls. 191/195):

«Os fatos alegados na inicial não foram objeto de contradita pela Ré, quer na fase administrativa, quer em Juízo. Ademais, restaram eles comprovados pelos documentos oferecidos com a inicial. Assim, é certo que nos exercícios de 1972 a 1976 as Autoras receberam dividendos de ações de outras sociedades, levando tais rendimentos à tributação. Ocorre que o art. 245, alínea *c*, do Decreto nº 58.400/66 (RIR/66), reproduzido no art. 223, alínea *c*, do Decreto nº 76.186/75 (RIR/75), excluía, para efeitos de incidência do Imposto de Renda, do lucro real, «os lucros e dividendos sujeitos a tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram, observado o disposto no artigo 224». Portanto, pagaram as Autoras, indevidamente, a título de Imposto de Renda, 30% das quantias recebidas àquele título, nos totais de Cr$ 1.530.195 e 193.935, respectivamente. Tais fatos são incontroversos.

Pretendem as Autoras a restituição dessas importâncias, indevidamente recolhidas. A Ré, em sua resposta, sustenta a possibilidade da restituição, não porque se cuida de pagamento devido, mas porque a restituição postulada implicaria em retificação das declarações respectivas, o que é vedado pelo art. 147, § 1º, do Código Tributário Nacional e pelo artigo 405 do Regulamento do Imposto de Renda.

A razão está com a Autora. Efetivamente.

Houve recolhimento de quantias, a maior, a título de Imposto de Renda, segundo a legislação aplicável. Isto é certo e não há qualquer impugnação por

parte da Ré em sua resposta. Nem se alegue que a exclusão do lucro real dos valores recebidos a título de dividendos constituiria mera faculdade do contribuinte, já que a legislação então vigente, ao assim estabelecer (art. 245, *c*, do RIR/66 e art. 223, *c*, RIR/75) fixou casos de não incidência do imposto, vale dizer, não havia ocorrência de fato gerador. Se tal não ocorreu, não havia obrigação tributária e, pois, inexistindo o crédito respectivo. Logo, se foi satisfeita uma obrigação inexistente, óbvio que o pagamento nesta circunstância foi indevido.

No que tange à invocação legal impeditiva da restituição (art. 147, § 1º, do CTN), desassiste razão à Ré.

Houve, por parte da Ré, evidente confusão entre extinção do direito à retificação da declaração e extinção do direito à restituição do que foi indevidamente pago. Não há confundir a impossibilidade da retificação da declaração (§ 1º do art. 147 do CTN), com o direito à restituição do imposto indevidamente pago, objeto do art. 165 do mesmo Código.

Assevera Bulhões Pedreira, *in* «Imposto de Renda», Apec, 1969, 18-33-70, citado, pelas Autoras, com propriedade:

> «O direito de retificar a declaração não se confunde com o de restituição do imposto pago indevidamente, que prescreve dentro de cinco anos da data do pagamento indevido. A lei impõe prazo para retificação da declaração para que o contribuinte não fique com a faculdade de tumultuar o processo de lançamento e cobrança do imposto, interrompendo a cobrança do imposto lançado mediante apresentação de pedido de retificação da declaração, se apenas após o lançamento do imposto, com base na sua declaração o contribuinte percebe que cometeu erro, de fato ou de direito, é obrigado a pagar o imposto pelo qual foi lançado, *embora conserve o direito de pedir, em processo próprio, restituição da importância paga indevidamente*».

Nesse mesmo diapasão, apreciando o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 147 do CTN, salienta Baleeiro:

> «Cremos que o erro de direito pode ser sempre invocado pelo contribuinte, dado o caráter coativo da tributação. Isso ainda se deduz de estar previsto no art. 165 do CTN o direito à restituição do tributo indevido ainda que espontaneamente pago». («Direito Tributário Brasileiro», 10ª ed., Forense, pág. 512).

E assim é porque a declaração de rendas apresentada pelo contribuinte não é imodificável se vencido o prazo a que se refere o § 1º do art. 147 do CTN. Com proficiência assevera Ulisses Renato Pereira Rodrigues, citando Ruy Barbosa Nogueira, *verbis*:

> «Todavia, no que diz respeito a essa modalidade de lançamento, importando observar que o CTN fala em prestação à autoridade de informações *sobre matéria de fato*, tratando-se, portanto, de mera *declaração de ciência*. No entanto, compulsando a legislação tributária, vamos encontrar exigência ao sujeito passivo de aplicação de verdadeiros critérios jurídicos, como é o caso da declaração de rendimentos, na legislação do imposto de renda, em que o declarante, ao preencher os formulários próprios, deve classificar neles seus rendimentos para efeito de deduções. Discorrendo sobre a hipótese, assim se manifestou o professor Ruy Barbosa Nogueira em conferência proferida em 10-1-75, em homenagem ao TIT do Estado de São Paulo: «O relatório da Comissão Especial que elaborou o Código, todavia, esclareceu no item 99 que *«neste caso a matéria de direito contida na declaração deve reputar-se, quando prejudicial ao declarante, como simples elemento do cumprimento da obrigação acessória, e quando o favoreça, como antecipação*

do direito de defesa. Em nenhuma hipótese, portanto, a matéria de direito contida na declaração é vinculativa, quer para o declarante, quer para o fisco». («Uma Introdução ao Direito Tributário», 1ª ed. Jalovi, 1979, págs. 106/107).

Mesmo porque a restituição prevista nos arts. 165 e seguintes do CTN abrange todo e qualquer pagamento em desconformidade com a lei, como se infere dos textos respectivos. Ensina Ricardo Lobo Torres:

«As hipóteses de restituição prevista no art. 165 se referem a todos os elementos do fato gerador. Tanto será devolvido o imposto pago em desacordo com as *circunstâncias materiais* do fato gerador, como será restituído aquele em que houve erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável ou no cálculo do montante do débito. *Assim o erro de fato e o erro de direito justificam a devolução».* (Restituição dos Tributos, 1ª ed. Forense, 1983, pág. 10).

No caso dos autos, demonstram as Autoras que recolheram tributo maior que o devido em face da legislação tributária aplicável. Assiste-lhes, assim, o direito à restituição, que não se impede ante o § 1º do art. 147 do CTN e dispositivos similares regulamentares, por cuidarem de retificação de declaração e não de restituição de indébito. A prevalecer o entendimento da Ré, ter-se-ia por imodificável a declaração de renda com a conseqüente anulação do direito de repetir quantias indevidamente recolhidas. O que contraria o art. 165 do CTN e o próprio direito de acesso ao Judiciário, constitucionalmente assegurado».

A transcrita fundamentação está correta, como reconhece o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Adotando-a, como razão de decidir, nego provimento aos recursos e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 111.885 — SP — (Reg. nº 1.225.827) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 13ª Vara. Apelantes: Tecelagem Parahyba S/A, outro e União Federal. Apelados: os mesmos. Advogados: Dr. Alberto Gomes da Rocha Azevedo Júnior e outros (1º Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações e confirmou a sentença. (Em 10-8-88 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.242 — SP
(Registro nº 7.899.955)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.*

Apelante: *INPS*

Apelada: *Emília Carrion de Souza*

Ag. Retido: *INPS (fls. 21)*

Advogados: *Drs. Roberto Coelho Vilela de Andrade e Nilson Plácido e outros*

EMENTA: Aposentadoria invalidez — Início do benefício.

Sendo induvidosa a incapacidade laborativa da segurada, confirmada unanimemente pelos laudos periciais, é de se conceder-lhe a aposentadoria por invalidez, a partir da constatação judicial do mal.

Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao agravo retido de fls. 21 e, no mérito, dar parcial 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, 27 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de ação ordinária proposta por Emília Carrion de Souza contra o INPS, objetivando a renda mensal vitalícia da Lei nº 6.179/74, por motivo de invalidez, dizendo-se definitivamente incapacitada para exercer sua função de empregada doméstica, bem como outra qualquer, tendo em vista sua idade avançada.

Sustentando não preencher a Autora as exigências da lei, contestou o feito o INPS às fls. 13/15.

Do despacho saneador de fls. 18vº, interpôs agravo retido o Instituto, inconformado com a rejeição da liminar de carência da ação.

Após a realização da perícia (laudos de fls. 30/34 e 42/43), a ação foi julgada procedente em sentença prolatada às fls. 52/54.

Inconformado, apelou o Réu às fls. 57/59, contra-arrazoando a apelada às fls. 61/62.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Preliminarmente nego provimento ao agravo retido de fl. 21, tendo em vista o disposto na Súmula 213, desta E. Corte.

No mérito, a incapacidade total e permanente da autora para qualquer trabalho está comprovada pelo laudo de fls. 30/34, elaborado pelo Perito oficial e pelo laudo de fls. 42/43, do próprio assistente técnico do réu.

Verifica-se da perícia sofrer a autora de arteriosclerose, osteoartrose da coluna cervical e ser hipertensa e que, este quadro tende a se agravar pelo exercício de qualquer trabalho.

Estou de acordo com a fundamentação e conclusão da respeitável sentença de fls. 51/54 que apreciou e julgou a questão da seguinte forma:

> «No mérito a ação procede porque a autora provou, com os documentos de fls. 5/10, que exerceu atividade remunerada, atualmente incluída no regime da ré, por mais de cinco anos consecutivos.
>
> Por outro lado, realizada a perícia, o perito judicial, em minucioso e bem elaborado laudo (fls. 30/34), onde descreveu o quadro clínico da autora, concluiu que ela está com incapacidade total e permanente, e o trabalho físico agravará as patologias que porta.
>
> O assistente técnico do réu (fls. 42/43) confirmou o laudo oficial.
>
> Destarte, não há dúvida de que a alegada incapacidade existe e de que a autora preenche todos os requisitos da Lei 6.179/74.
>
> Assim, considero a autora inválida para o trabalho, reconhecendo-lhe o direito à renda mensal vitalícia, a partir da data da citação e à assistência médica (art. 2º, incisos I e III da Lei 6.179/74).
>
> Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação para condenar o Instituto Nacional da Previdência Social a pagar à autora Emilia Carrion de Souza, a partir da data da citação, a renda mensal vitalícia prevista no art. 2º, inciso I, da Lei 6.179/74, reajustando-se as vencidas pelos índices próprios da Previdência Social até 27-2-86 e as vincendas em conformidade com o Decreto-Lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986.
>
> Condeno-o, ainda, a prestar assistência médica à autora, na forma do art. 2º, inciso II, da Lei 6.179/74, e a pagar honorários advocatícios que fixo em 15% sobre a soma das prestações vencidas, juros de mora e honorários do perito e assistente técnico que arbitro em um salário mínimo para cada um, observando-se, em tudo, os ditames do Decreto-Lei nº 2.283/86.»

Desta sentença discordo apenas quanto ao termo inicial do benefício que deve ser a data da perícia (10-5-85).

Dou provimento em parte à apelação do INPS, para fixar o dia 10-5-85, data da perícia, como termo inicial do benefício.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 113.242 — SP — (Reg. nº 7.899.955) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Apte.: INPS. Apda.: Emília Carrion de Souza, Ag. Retido: INPS (fl. 21). Advs.: Drs. Roberto Coelho Vilela de Andrade e Nilson Plácido e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao agravo retido de fl. 21 e, no mérito, deu parcial provimento à apelação (2ª Turma: 27-9-88).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.748 — RJ

(Registro nº 5.418.062)

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

Apelante: *Herbert Norbert Cohn — Espólio*

Apelada: *União Federal*

Advogada: *Dr.ª Sandra Maria da Cunha Rocha (apte)*

EMENTA: Administrativo. Leis de Guerra. Depósito. Restituição. Prescrição.

I — A Lei nº 6.122/74 fixou em cinco anos o prazo de prescrição do direito à restituição de importância depositada em decorrência do Decreto-Lei nº 4.166/42, contado da data do deferimento do pedido respectivo, mostrando-se, assim, correta a sentença que extinguiu o processo, com base no art. 269, IV, do CPC, porquanto ajuizada a ação após o transcurso daquele prazo.

II — Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de apelação interposta pelo espólio de Herbert Norbert Cohn da r. sentença de fls. 36/38, que julgou extinto o processo, em face do reconhecimento da prescrição, nos autos da ação promovida contra a União Federal, com o fim de obter a restituição, com correção monetária, de importância depositada por força do Decreto-Lei nº 4.166/42.

As razões da apelação suscitam a nulidade da sentença, por falta de citação do Banco do Brasil, que deveria figurar no pólo passivo da relação processual, em razão da sua posição de litisconsorte necessário, sustentando, de outra parte, a inocorrência da prescrição, ao argumento de que o art. 4º da Lei nº 6.122/74 cuidou apenas da prescrição administrativa. É argüida, ainda, a inconstitucionalidade ao Decreto-Lei nº 20.910/32.

Recebida e processada a apelação, com contra-razões da União Federal à fl. 57, subiram os autos.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do eminente Subprocurador-Geral Inocêncio Mártires Coelho, é pela manutenção da r. sentença recorrida.

Revisão dispensada, na forma regimental.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

EMENTA: Administrativo. Leis de Guerra. Depósito. Restituição. Prescrição.

I — A Lei nº 6.122/74 fixou em cinco anos o prazo de prescrição do direito à restituição de importância depositada em decorrência do Decreto-Lei nº 4.164/42, contado da data do deferimento do pedido respectivo, mostrando-se, assim, correta a sentença que extinguiu o processo, com base no art. 269, IV, do CPC, porquanto ajuizada a ação após o transcurso daquele prazo.

II — Apelação improvida.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A importância cuja restituição devidamente atualizada é perseguida nesta ação foi depositada pelo autor em decorrência do Decreto-Lei nº 4.166/42, ou seja, para cobrir indenização de prejuízos causados ao Brasil por atos de guerra, respondendo, assim, pela obrigação de restituí-la, por força do disposto no art. 1º da Lei nº 6.122/74, a União Federal, sendo o Banco do Brasil totalmente estranho à relação jurídica de direito material, pelo que se mostra inconsistente a alegação de nulidade da sentença. De qualquer modo não se pronuncia nulidade quando se pode decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria, nos claros termos do § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil.

Carece, de outra parte, de fomento jurídico o argumento de que, no caso, não se operou a prescrição. Para assim concluir, não é necessário avançar mais do que a r. sentença recorrida, escorreitamente fundamentada, como se vê do seguinte lance:

> «Conforme se verifica pelo texto da Lei nº 6.122/74 (fl. 8), esta fixou dois prazos: o primeiro, improrrogável, de seis meses a partir do pedido de restituição (art. 3º, § único); o segundo, de prescrição, em cinco anos, contados da data do deferimento do pedido de restituição, do direito ao recebimento do depósito (art. 4º).
>
> Não há dúvida quanto à tempestividade do pedido, formulado em 14 de abril de 1975, como se vê à fl. 14. Entretanto, tendo ele sido deferido em 22 de abril de 1975, como se vê à fl. 15, já se havia transposto o qüinqüênio prescricional ao ser ajuizada a ação, em 12-8-83. Não se diga que se trata de prazo aplicável somente na esfera administrativa, pois o Decreto nº 20.910/32 também estabelece a prescrição qüinqüenal para as ações contra a Fazenda Pública.»

A constitucionalidade do Decreto nº 20.910/32 é matéria superada, já que tantas vezes afirmada por este Tribunal e pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Isto posto, Senhor Presidente, nego provimento à apelação. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 113.748 — RJ — (Reg. nº 5.418.062) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Apte.: Herbet Norbert Cohn — Espólio. Apda.: União Federal. Advª.: Dra. Sandra Maria da Cunha Rocha (Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença. (1ª Turma — 10-5-88).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.239 — RJ
(Registro nº 7.114.214)

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

Apelante: *Concorde Indústria de Roupas Ltda.*

Apelados: *Paco Rabanne e outros e INPI*

Advogados: *Drs. José Carlos Tinoco Soares e outro, Carlos Henrique de Carvalho Fróes e outros (Apte) e Márcia Vasconcellos Boaventura e outros (Apdos)*

EMENTA: Propriedade Industrial. Registro de marca.

I — Rejeitam-se as preliminares de nulidade da sentença monocrática, de impossibilidade jurídica do pedido e de má propositura da ação, em face das bem fundamentadas razões postas na sentença apelanda.

II — Se as marcas têm por escopo evitar a dúvida aos consumidores, distinguindo para tanto as mercadorias ou serviços originários de fontes diversas e, in casu, patente a afinidade mercadológica, impõe-se mantida a r. sentença a quo que bem decidiu a lide.

III — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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-DF, em 12 de agosto de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Adoto, como relatório, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

> «As sociedades francesas Paco Rabanne e Paco Rabanne Perfums e a sociedade brasileira Diffusion Paco Rabanne do Brasil Ltda. propõem a presente ação contra Concorde Indústria de Roupas Ltda. e o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, visando à anulação de decisão que, atendendo a re-

querimento da 1ª Ré, deferiu-lhe pedido de registro de marca mista constituída por logotipo formado pelas letras RR, destinada a assinalar, na classe 25, artigos de vestuário.

Alegam as autoras que a marca em questão é mera reprodução de marca anteriormente registrada em nome da 2ª autora, para distinguir artigos de perfumaria e toucador.

Argumentando que se trata de marcas idênticas, destinadas a produtos pertencentes a ramos de atividades afins, entendem as autoras que a decisão atacada foi proferida ao arrepio da norma do art. 65, item 17, do CPI, segundo a qual:

> «Art. 65. Não é registrável como marca:
>
> .....
>
> Nº 17. Imitação, bem como reprodução no todo ou em parte, ou com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir produto, mercadoria ou serviço, idêntico, semelhante, relativo ou afim ao ramo de atividade que possibilite erro, dúvida ou confusão, salvo a tradução não explorada no Brasil».

Contestando a ação sustenta o INPI, preliminarmente, que as autoras formularam pedido juridicamente impossível de ser atendido, ao propugnarem pela procedência da ação «a fim de ser anulado o registro *definitivamente deferido*, no processo nº 810.113.627».

Isto porque, diz o INPI:

> «*In casu*, não se pode falar ainda em *registro*, mas apenas, nos termos do § 5º do artigo 79 do CPI (Lei nº 5.772, de 21-12-71), em «concessão do pedido de registro», ou seja, em um ato que precede ao registro propriamente, e que, ademais, nem é o último elo do procedimento específico, pois entre o despacho de concessão e o registro mesmo ainda há condições a cumprir e atos a serem praticados (idem, artigo 82 e respectivo parágrafo único).
>
> Só há deveras registro de marca quando tiver sido cumprida toda a soma de formalidades previstas no procedimento específico, incluída aí a própria *expedição* do respectivo certificado.
>
> Antes disso, não há ainda direito real, ou como dizem outros, direito absoluto do titular do pedido de registro. Não há registro, mas apenas expectativa de registro.
>
> Assim, portanto, não poderiam as autoras ter pedido «seja anulado o registro definitivamente proferido, no processo nº 810.113.627».
>
> Se não há ainda registro, não há efeitos de registro, porque não há efeitos sem causa.»

No mérito, contudo, reconhece o INPI, que, «do estrito ponto de vista da colidência, isto é, da falha de aplicação do item 17 do artigo 65 do CPI, as autoras têm razão, porque a marca protegida pelo registro nº 790.264.536, de propriedade de uma delas, de fato constitui óbice ao deferimento da pretensão da primeira Ré, visto que, assinalando indústria e comércio de artigos de perfumaria, cosméticos e toucador, efetivamente mantém com a marca da primeira Ré *afinidade mercadológica* — indústria e comércio de artigos de vestuário em geral — estando, inclusive, tais produtos inseridos na chamada classe de objetos de *uso pessoal*.»

Às fls. 114/128, contestou a 1ª Ré, Concorde Indústria de Roupas Ltda., suscitando a mesma preliminar, mas defendendo, no mérito, a decisão impugnada.

A ação foi julgada procedente ao fundamento de que a confissão do INPI é suficiente para comprovar o erro cometido no deferimento do registro.

Da sentença apelou a 1ª Ré, Concorde Indústria de Roupas Ltda, suscitando quatro preliminares, e pedindo, no mérito, a reforma da sentença, sob o argumento de que, destinando-se as marcas em confronto a assinalar produtos distintos — perfumes e artigos de vestuário — não são as mesmas passíveis de serem confundidas.

As preliminares foram rebatidas com vantagem nas contra-razões de fls. 193/198 e não merecem maiores considerações» (fls. 209/212).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): As preliminares argüidas pela apelante foram, no meu sentir, espancadas nas contra-razões, as quais transcrevo e as adoto, **in totum**, posto que escorreitas:

«Improcede a primeira preliminar, levantada à fl. 158, de nulidade da sentença. Segundo a Apelante, o Dr. Juiz *a quo* teria se esquecido de dar seguimento ao agravo interposto contra a concessão de liminar na medida cautelar, cujos autos se acham em apenso. Na realidade, não houve omissão imputável ao magistrado e *sim à própria Apelante*, que, como se verifica de fls. 118 dos autos da medida em apreço (processo nº 7097190), ofereceu contestação, no bojo da qual formulou pedido de reconsideração (fls. 119) quanto ao deferimento da liminar, requerendo que, não sendo acolhido, tivesse prosseguimento como agravo de instrumento (ainda fls. 119).

Ora, incumbia à Apelante promover o andamento do recurso, providenciando seu desentranhamento dos autos da medida cautelar e a formação do instrumento, pagando as custas devidas. Entretanto, quedou-se absolutamente inerte. Não tomou qualquer iniciativa em defesa de seus interesses, de sorte que o agravo não teve andamento.

A culpa foi, exclusivamente, da Apelante, e não do Dr. Juiz, que não lhe cerceou a defesa, ao contrário do que está insinuado no item 9 da apelação, à fl. 160.

Além disso, como o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, o que a Apelante admitiu no item 16, à fl. 161, não lhe é lícito alegar a nulidade da sentença, porque, antes de sua prolação, não foi julgado o agravo embutido na contestação de fls. 118 dos autos da medida cautelar.

Improcede, também, a segunda preliminar, suscitada à fl. 162, segundo a qual seria o pedido juridicamente impossível. Sustenta a Apelante que não poderia a Apelada ingressar com a presente ação sem antes esgotar a esfera administrativa, formulando o pedido de revisão de que trata o art. 101 do Código de Propriedade Industrial, transcrito à fl. 164. Ora, esse pedido de revisão, como esclarecido na réplica, à fl. 135, é *optativo* e, ademais, *não tem efeito suspensivo*. Por isso, preferiram as Apeladas não se valer dele e sim da medida cautelar destinada a sustar a expedição do certificado de registro, porque, de outra forma, se arriscariam a sofrer graves prejuízos, pelos motivos expostos nos itens 34 e 35 da respectiva petição inicial (fls. 11/12 dos autos em apenso).

É, pois, inconsistente a preliminar ora rebatida, que deve ser rejeitada.

Não merece melhor sorte a terceira preliminar, constante de fls. 166, segundo a qual teria havido «má propositura da ação». É que, segundo a Apelante, a ação visa a anulação de um registro inexistente, uma vez que seu pedido de registro foi, apenas (sic) deferido, não tendo sido, ainda, expedido o certificado de registro.

A leitura atenta do item 23 da inicial indica que o objeto da ação é a anulação do «registro definitivamente deferido, no processo nº 810113627» (fls. 9). Não há que se falar em registro inexistente e sim em certificado de registro ainda não expedido, porque, apesar do pagamento da retribuição devida, foi sustado por força da liminar na medida cautelar, cujos autos se acham em apenso (fls. 113).

É claro que as Apeladas não iriam, ingenuamente, se prestar ao jogo da Apelante, aguardando a expedição e entrega do certificado de registro, para, depois, propor esta ação ordinária, uma vez que, se assim procedessem, estariam se sujeitando ao grave risco de uma medida de busca e apreensão dos produtos que fabricam e vendem, já que a Apelante, contumaz usurpadora de suas marcas, não hesitaria em tomar essa providência.

A quarta preliminar, a de ilegitimidade das Apeladas, também não pode ser acolhida, tendo sido, aliás, pulverizada na réplica, às fls. 135/136. As Apeladas se reportam aos itens 9/12 da referida peça, ora expressamente retificada» (fls. 194/196).

Passo, de conseguinte, ao exame do mérito.

Com efeito, não merece prosperar a irresignação da apelante porquanto as «marcas têm por finalidade distinguir as mercadorias ou serviços que assinalam de outros, idênticos ou semelhantes, originários de fonte diversa, ou seja, a marca além da distinção entre os próprios produtos entre si, destina-se a possibilitar, aos consumidores, a distinção das origens das mercadorias ou serviços, a identificação do industrial ou comerciante. Assim é que, ao se examinar o risco de confusão entre as marcas, não é de se indagar apenas se o consumidor pode comprar o produto assinalado pela marca mais recente como se fosse aquele coberto pela mais antiga; cumpre também, verificar, tendo em vista o grau de conhecimento que se espera do consumidor médio, se ele pode ser levado a pensar que o produto mais recente provém da mesma fonte daquele já conhecido.

No caso, a possibilidade de confusão quanto à *origem* dos produtos não pode ser recusada, dada a indiscutível *afinidade mercadológica* entre artigos de perfumaria e de vestuário, vendidos no mesmo tipo de estabelecimento comercial, «boutiques» e lojas de departamentos, o que poderá levar o consumidor a adquirir os artigos da 1ª Ré pensando tratar-se de produtos de fabricação das autoras» (fls. 212/213).

Isto posto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença monocrática, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 115.239 — RJ — (Reg. nº 7.114.214) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: Concorde Indústria de Roupas Ltda. Apdos.: Paco Rabanne e outros e INPI. Advs.: Drs. José Carlos Tinoco Soares e outro, Carlos Henrique de Carvalho Fróes e outros (Apte) e Márcia Vasconcellos Boaventura e outros (Apdos).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (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.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.530 — MG
(Registro Nº 7.945.140)

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

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Indústria Matarazzo de Papéis S/A*

Advogados: *Drs. Paulo Augusto de Campos Teixeira da Silva e outros (Apda)*

EMENTA: Processual Civil. Poder geral de cautela (CPC, arts. 798 e 799). Limites. Execução fiscal. Efetivação de prévio depósito. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 38.

I — Não se deve deferir cautela inominada na hipótese de prever o ordenamento jurídico providência específica para atender à necessidade cautelar.

II — Só o depósito integral do valor da dívida, na anulatória ou na declaratória negativa de débito fiscal, tem o condão de transferir para as citadas demandas a discussão em torno da dívida, impedindo, pois, a sua execução. Em tal contexto, não cabe cautelar para sustar a cobrança executória em que o contribuinte deposita apenas o que julga devido.

III — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 17 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Indústrias Matarazzo de Papéis S.A. ajuizou a presente Medida Cautelar contra a União Federal, pretendendo lhe seja autorizada efetuar os depósitos de Cr$ 39.418.674,00, como ato preparatório de Ação Principal, em que discutirá a legalidade e legitimidade de se aplica-

rem a débitos tributáveis, consolidados e parcelados no regime do Decreto-Lei nº 1.184, de 1971, as correções de acordo com a variação das ORTNs, nos termos do art. 6º da Lei nº 7.450, de 23-12-85.

A sentença, por entender caracterizados os pressupostos da cautelar, julgou procedente o pedido e condenou a requerida a reembolsar, oportunamente, à Autora as custas corrigidas por ela antecipadas e a pagar-lhe a verba honorária de 10% sobre o valor da inicial, respeitado o art. 811 do CPC.

Apelou a União Federal (fls. 255-259). Sustenta, em suma, que, no caso, não se acham caracterizados os pressupostos autorizadores da concessão da cautelar pleiteada, isto é, no *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Contra-arrrazoado o recurso (fls. 262-266), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta S.G.R. pelo seu provimento (fls. 270-272).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Poder geral de cautela (CPC, arts. 798 e 799). Limites. Execução fiscal. Efetivação do prévio depósito. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 38.

I — Não se deve deferir cautela inominada na hipótese de prever o ordenamento jurídico providência específica para atender à necessidade cautelar.

II — Só o depósito integral do valor da dívida, na anulatória ou na declaratória negativa de débito fiscal, tem o condão de transferir para as citadas demandas a discussão em torno da dívida, impedindo, pois, a sua execução. Em tal contexto, não cabe cautelar para sustar a cobrança executória, em que o contribuinte deposita apenas o que julga devido.

III — Apelação provida.

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O objetivo da cautelar requerida é o de que se autorize a requerente a depositar o valor das prestações vincendas do parcelamento de débitos fiscais, por ela obtidos, corrigidos anualmente, como previstos no art. 6º do Decreto-Lei nº 1.184, de 1971, e não mensalmente, segundo passou a exigir o Fisco, com a edição da Lei nº 7.450, de 23-12-85, nos termos do seu art. 68, a título de medida preparatória de ação principal, em que pretende discutir a questão sobre o critério de cálculo da correção monetária antes referido.

Insurgindo-se contra a sentença concessiva da cautelar, argumentou a recorrente (fls. 257-259):

> «III — É justamente por entender que não estão presentes, na hipótese *sub judice*, os pressupostos específicos da medida cautelar que a União Federal recorre da sentença que a concedeu. E, por se tratar de condições necessárias ao exercício da ação, matéria que pode ser apreciada pelo juiz até mesmo de ofício, e a qualquer tempo, não se operando qualquer preclusão a respeito, entende ser perfeitamente possível seu questionamento em sede de recurso de apelação;
>
> IV — Deseja a apelante argüir, inicialmente, a ausência do *fumus boni juris* na pretensão deduzida em juízo pela autora. Pretende esta, em última análise, obter a suspensão da exigibilidade de crédito tributário regularmente constituído, depositando apenas o que entende devido. Ora, segundo dispõe o art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, somente o depósito de seu montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário. A pretensão

da autora, portanto, visa tutela jurisdicional expressamente vedada por lei, ocorrendo, portanto, impossibilidade jurídica do pedido ou, em outros termos, ausência de *fumus boni juris*;

V — Por outro lado, inocorre também, na hipótese dos autos, o outro pressuposto necessário à concessão da medida cautelar pleiteada pela autora, o *periculum in mora*. Alega a mesma fundado receio de que o não pagamento do parcelamento na forma estipulada pela União Federal possa acarretar o rompimento do acordo, com o vencimento antecipado de toda dívida, o que, segundo ela, lhe traria enormes prejuízos, configurando-se, assim, o *periculum in mora*. Como se verá a seguir, tal não acontece:

VI — O *periculum in mora* pressupõe necessariamente uma lesão grave e de difícil reparação, e que se afigure como provável. No presente caso não se vislumbra, ao contrário do que entendeu o emérito julgador, sequer a possibilidade de tal lesão. Suponha-se, para argumentar, que o evento previsto pela autora viesse a se concretizar, vindo a União Federal, após considerar não cumprido o parcelamento, exigir o pagamento de todo o débito, tendo em vista o vencimento antecipado da dívida. Seria ajuizada contra a autora execução fiscal, na qual, é certo, haveria penhora de bens integrantes de seu patrimônio. Teria ela, porém, o direito de se defender da pretensão executória, com amplitude, através de embargos à execução. É oportuno salientar que, nesta hipótese, só haveria praceamento dos bens penhorados após o julgamento definitivo dos embargos, depois de esgotados todos os recursos cabíveis, já que a execução provisória não abrange atos de alienação de domínio, a teor do art. 588, inciso II, do CPC. Onde, então, a lesão grave e de difícil reparação?

VII — A rigor, o único gravame que a autora poderia estar sujeita, caso viesse a ocorrer o evento por ela previsto na inicial, seria a penhora de seus bens. Não se pode atribuir a tal fato a característica de lesão grave e menos ainda reputá-la como de difícil reparação. A amplitude de defesa que lhe é outorgada pela legislação vigente, ao par da impossibilidade da transferência de domínio daqueles bens antes do esgotamento de todos os recursos cabíveis afasta, de forma incontrastável, a probabilidade do advento de lesão de tal quilate.»

Posta assim a controvérsia, passo a dirimi-la. Segundo se depreende, o que pretende a requerente é efetivar, em juízo, o depósito do crédito tributário que julga devido, a fim de, posteriormente, discuti-lo em ação que pretende mover contra o Fisco.

Dispõe o art. 38 da Lei nº 6.830, de 22-9-80:

«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 do 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.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto».

Interpretando o transcrito dispositivo, tem entendido a jurisprudência que o depósito do valor integral do débito não é condição para a propositura das ações a que se refere; mas só a sua efetivação impede a propositura da execução fiscal, porque enseja a suspensão da exigência do crédito tributário (CTN, art. 151, II). Portanto, à falta do aludido depósito, a execução fiscal poderá ser ajuizada.

Resulta, em tal contexto, que só o depósito integral do valor da dívida, na anulatória ou na declaratória negativa do débito fiscal, tem o condão de transferir para as citadas demandas a discussão em torno da dívida, impedindo, pois, a sua execução.

Em outras palavras: o contribuinte apenas pode discutir débito fiscal após garantido o juízo: seja através do depósito do seu montante integral nas aludidas demandas, seja através de penhora na execução fiscal, nos embargos.

Nesse contexto, tem razão o apelante quando sustenta não se acharem presentes no caso os pressupostos para a concessão da cautelar, antes referidos.

Na AC 87.791 — CE de que fui Relator, esta Egrégia 4ª Turma decidiu na consonância da seguinte ementa:

> «Processual civil. Poder geral de cautelar (CPC, artigos 798 e 799). Execução fiscal. Efetivação de prévio depósito. Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 38).
>
> I — Não se deve deferir cautela inominada na hipótese de prever o ordenamento jurídico providência específica para atender à necessidade cautelar. No caso de dívida fiscal lançada, prevê expressamente a lei (Lei 6.830, art. 38) que, se a ação anulatória foi precedida de prévio depósito, fica o Fisco inibido de mover execução fiscal contra o contribuinte, afastando, assim, o alegado dano que o seu ajuizamento poderia causar ao executado.
>
> II — Apelação desprovida». (AC nº 87.791-CE — (5.590.418) — Julg. em 13-12-84 — Publ. *DJ* de 15-3-84).

Naquele ensejo, disse no meu voto:

> «Com efeito, ao tratar dos limites ao poder geral de cautelar conferido por lei ao magistrado (CPC, arts. 798 e 799), ensina o eminente Professor Galeno Lacerda que não cabe deferir a cautela inominada no caso de prever o ordenamento jurídico providência específica para atender à necessidade cautelar (Ver Comentários ao CPC, págs. 156 e seguintes, Forense, 1980)».

Por isso, em conclusão, dou provimento à apelação, a fim de reformar a sentença e cassar a medida cautelar concedida. Condeno, em conseqüência, a apelada a arcar com as custas do processo e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor dado à causa em favor da apelante.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 116.530 — MG (Reg nº 7.945.140) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: União Federal. Apelada: Indústria Matarazzo de Papéis S/A. Advogados: Dr. Paulo Augusto de Campos Teixeira da Silva e outros (Apda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17 de agosto de 1988 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 117.811 — SP
(Registro nº 2.284.715)

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

Apelante: *Caixa Econômica Federal*

Apelada: *Ford Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Edson Luiz de Queiroz e outros, Odahir Alferes Romero e outros*

EMENTA: Repetição de indébito — IPI — Base de cálculo do PIS.

Não se inclui na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao IPI. Súmula 161 do TFR.

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, 21 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A espécie vem assim exposta na sentença a fls. 337/339:

> «Ford Brasil S/A, empresa qualificada na inicial, propôs a presente ação Ordinária de Repetição de Indébito contra a Caixa Econômica Federal alegando, em síntese, haver recolhido indevidamente o PIS sobre o faturamento, neste incluído o IPI, por se tratar de exigência ilegal, já que o IPI não constitui renda, mas sim, ônus que a lei fiscal impõe. Requer, assim, a condenação da ré a restituir a quantia de Cr$ 7.422.978 (sete milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, novencentos e setenta e oito cruzeiros), referente aos recolhimentos a título de PIS — computados sobre o valor do IPI, efetuados entre fevereiro de 1975 e janeiro de 1976, acrescida de juros, correção monetária a contar dos recolhimentos indevidos, custas processuais e honorários advocatícios.

Citada (fls. 30 verso), a ré apresentou a contestação de fls. 32/43, onde sustenta a legalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do PIS e alega que há repasse do IPI para terceiros.

Réplica às fls. 45/51, onde a autora refuta os argumentos da ré e reafirma os termos da inicial.

Saneador à fl. 58, com deferimento de prova documental e pericial.

Na instrução, o perito judicial apresentou o laudo de fls. 71/179 verso e o assistente da autora apresentou o laudo de fls. 300/301, concordando com o trabalho do experto do Juízo.

Audiência de instrução e julgamento às fls. 303/335.»

A ação foi julgada procedente, nestes termos:

«Pelo exposto, julgo procedente a presente ação, condenando a Caixa Econômica Federal a restituir à autora a quantia de Cr$ 7.422.978 (sete milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, novecentos e setenta e oito cruzeiros), referente aos recolhimentos do PIS computados sobre o valor do IPI, acrescida de correção monetária a partir das datas dos recolhimentos indevidos, juros moratórios na forma do artigo 167, parágrafo único do CTN, à taxa de 1% (hum por cento) ao mês, custas processuais em devolução e honorários advocatícios, a teor do art. 2º, § 4º do CPC, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.»

Apelou a sucumbente, com as razões de fls. 342/352.

Contra-razões, às fls. 355/360.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 364 no sentido da reforma parcial da sentença.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A controvérsia posta nos autos encontra-se pacificada no âmbito da Corte, como advento da Súmula 161, *verbis*:

«Não se inclui na base de cálculo PIS a parcela relativa ao IPI».

A sentença monocrática, vinda na esteira desse entendimento jurisprudencial não merece reparo.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 117.811 — SP — (Reg. nº 2.284.715) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Apte.: Caixa Econômica Federal. Apda.: Ford Brasil S/A. Advs.: Drs. Edson Luiz de Queiroz e outros, Odahir Alferes Romero e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 21-10-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 117.811 — SP
(Registro nº 2.284.715)

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

Embargante: *Caixa Econômica Federal*

Embargado: *V. Acórdão de fl. 372.*

Advogados: *Drs. Edson Luiz de Queiroz, João Menezes Sobrinho, Odahir Alferes Romero e outros*

EMENTA: Embargos de declaração — PIS — Caixa Econômica Federal.

Legitimidade da CEF para figurar no pólo passivo de ação que tenha por objeto o recolhimento do PIS, decorrente de sua qualidade de gestora e administradora do respectivo Fundo de Participação, qualidade que não foi suprimida pela Lei Complementar nº 26, de 1975, ou pelo Decreto-Lei nº 2.052, de 1983.

Recebidos os embargos para, suprindo a omissão do acórdão, rejeitar a prejudicial de ilegitimidade ad causam suscitada pela embargante.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, acolher os embargos para o fim de rejeitar as preliminares argüidas, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Caixa Econômica Federal — CEF — manifesta embargos de declaração ao acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 117.811 — SP, em que contende com Ford Brasil S/A, com fundamento no art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Em suma alega que no curso do feito foi editado o Decreto-Lei nº 2.052, de 3 de agosto de 1983, que lhe retirou a gestão do Fundo de Participação do PIS, tornando-a mera instituição bancária encarregada, apenas, da arrecadação destinada ao aludido

Programa. Em seu recurso de apelação, face à nova disciplina legal, argüiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, mas o v. acórdão silenciou sobre o tema, revelando-se omisso nesse ponto.

Sustenta que, com a aludida omissão, o acórdão nega vigência aos artigos 2º, 5º e 6º do Decreto-Lei nº 2.052/83 e, por fim, requer seja dado aos declaratórios efeitos modificativos para o fim de a ação ser julgada improcedente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: No julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 111.970-SP, relator o ilustre Ministro Mário Velloso, proferi sobre o tema suscitado pela embargante o seguinte voto:

> «A matéria versada nestes embargos de declaração já foi objeto de exame por parte da E. Turma em diversas oportunidades.
>
> A legitimidade da embargante para figurar no pólo passivo de ação que tenha por objeto o recolhimento do PIS, decorre de sua qualidade de gestora e administradora do respectivo Fundo de Participação, qualidade que não foi suprimida pela Lei Complementar nº 26, de 1975, ou pelo Decreto-Lei nº 2.052, de 1983. Nesse sentido, entre outros, os acórdãos nas Apelações Cíveis nºs 117.786-SP e 105.292-SP, relator Ministro Torreão Braz; nos Embargos de Declaração nas AMS 111.212-AM e 115.108-PB, de meu relato, e no Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1.109-RO, relator para o acórdão Ministro Américo Luz (2ª Seção unânime). Na realidade a CEF faz parte do Conselho Diretor do PIS-PASEP, e mantém a co-gestão e administração do seu respectivo Fundo de Participação. A propósito, consulte-se o Regimento da Lei Complementar nº 26, de 1975, Decreto nº 78.276, de 17 de agosto de 1978, art. 9º. Mais ainda: o art. 11 do mencionado diploma legal que especialmente, em relação ao PIS confere à CEF atribuições específicas, além das de arrecadar e repassar as contribuições devidas ao Fundo. E, afinal: a Resolução nº 839, de 9-6-83, do Banco Central, baixada com fulcro na Lei Complementar nº 26/75, que fixou a comissão da embargante pela administração do Fundo em tela.
>
> Na citada AC 117.986-SP — que cuidava da inclusão na base do cálculo do PIS da parcela relativa ao IPI — o ilustre relator, Ministro Torreão Braz, ao abordar a ilegitimidade passiva *ad causam* argüida pela ora embargante, aduziu:
>
>> «Não procede a argüição. Na conformidade da Lei Complementar nº 7/70 e da Resolução nº 174/71, do Conselho Monetário Nacional, a Caixa Econômica Federal ficou investida de poderes gerais e especiais de administração e gestão do Fundo de Participação, resultando daí e de outras atribuições, que esses diplomas legais lhe conferem, a sua situação legitimante passiva. É o fenômeno da substituição processual.
>>
>> Ademais, não se tem notícia de que o Conselho Diretor referido pela apelante esteja funcionando. Se estiver, é de admirar que, em centenas de demandas, não se haja suscitado a falta de legitimidade da CEF. De qualquer forma, se o aludido Conselho estiver em atividade, ainda assim é preciso reconhecer a existência aqui da legitimação anômala, sendo perfeitamente lícita a permanência das partes originais.»
>
> Também na AC 105.292-SP — versando sobre a inclusão na base de cálculo do PIS de parcela do ICM — o mesmo Ministro Torreão Braz, igualmente relator da matéria, voltou a tratar desse tema, agora à luz da Lei Complementar nº 26/75 e do Decreto-Lei nº 2.052, de 1983, discorrendo:

«*Data venia* do ilustre prolator da sentença apelada, não vejo como a Lei Complementar nº 26, de 11-8-83, possa ter modificado a posição da Caixa Econômica Federal em face do Programa de Integração Social — PIS.

O primeiro dos diplomas citados, Lei Complementar nº 26 — a par de pequenas outras alterações, teve por objetivo, como está dito na Exposição de Motivos, «unificar, do ângulo da distribuição de recursos, a partir de 1º de julho de 1976, sob a denominação de PIS-PASEP, os fundos constituídos com os recursos dos dois Programas, de forma a permitir participação eqüitativa dos empregados e servidores públicos no patrimônio unificado».

O segundo diploma — Decreto-Lei nº 2.052 — dispôs sobre a cobrança e fiscalização do Recolhimento das contribuições e deu providências de natureza diversa, sem, todavia, retirar da Caixa Econômica Federal a qualidade de gestora-administradora do Fundo de Participação PIS-PASEP. E prova dessa assertiva está na Resolução nº 839, de 9-6-83, do Banco Central, baixada com fulcro na Lei Complementar nº 26/75, fixando a comissão da CEF pela administração do aludido Fundo.»

Em face do exposto, tem-se que não merece acolhida a pretensão da embargante de ver-se excluída da relação processual, e da qual, realmente, não cogitou o acórdão.

Daí por que, reportando-me às razões acima aduzidas recebo os embargos para, suprindo a omissão do acórdão, rejeitar a prejudicial de ilegitimidade *ad causam* suscitada pela embargante.

VOTO VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ao apelar, a Caixa Econômica Federal deduziu preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Não havendo sido essa questão apreciada, no julgamento do recurso, apresentou embargos declaratórios que merecem ser recebidos, pois efetivamente houve a omissão. Passa-se, em conseqüência, ao exame da questão.

A jurisprudência do Tribunal ainda não se pacificou em relação à matéria. Considero, entretanto, com a devida vênia dos que entendem de modo diverso, que não há mais como ter-se a Caixa Econômica como legitimada a figurar em processos relativos a cobrança ou repetição de contribuições para o PIS.

No regime atual, cabe à Caixa Econômica Federal arrecadar as contribuições, atribuição deferida também, não apenas ao Banco do Brasil, como a outros agentes credenciados. Recebidos os valores, serão repassados ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. Vê-se que, quanto a isso, atua tão-só como agente arrecador, agindo como intermediária. Deixando o contribuinte de efetuar o recolhimento, nenhuma providência caberá a ela, tendente a compelir a que isso se faça. A fiscalização constitui atribuição da Secretaria da Receita Federal (Dec.-Lei 2.052/83, art. 6º). Verificada a existência de débito, enviar-se-á o respectivo demonstrativo à Procuradoria da Fazenda Nacional para apuração e inscrição em Dívida Ativa (Dec.-Lei nº 2.052/83, art. 7º). A União, por seus órgãos de representação em Juízo, fará a cobrança (Dec.-Lei 2.052/83, art. 1º).

Os recursos arrecadados não são por ela geridos e sim por um Conselho Diretor cujos membros são designados pelo Ministro da Fazenda. À Caixa Econômica não cabe mais que indicar um de seus integrantes.

Este Conselho Diretor não é órgão da Caixa Econômica. A ela não se subordina de modo algum; sequer lhe é vinculado. A indicação de um dos membros não importa constituir tais liames.

Dentro desse quadro, entendo que tem razão a embargante. A partir do Decreto-Lei nº 2.052/83, carece de legitimidade para a causa.

Saliento que não tem relevo a circunstância de as importâncias correspondentes aos valores que se pretende repetir referirem-se a período anterior ao citado decreto-lei. Como exposto, a CEF não tem a administração do Fundo. Assim, não pode devolver as importâncias que eventualmente possam ter sido pagas a maior.

Recebendo os embargos, dou provimento à apelação para declarar a Caixa Econômica parte ilegítima. Cassada a sentença, os autos tornarão ao primeiro grau onde se dará ciência à União, que assumirá a causa como ré, em virtude da sucessão legal.

EXTRATO DA MINUTA

E. Decl. AC 117.811 — SP — (Reg. nº 2.284.715) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Embgte.: Caixa Econômica Federal. Embgdo.: V. acórdão de fl. 372. Advs.: Drs. Edson Luiz de Queiroz, João Menezes Sobrinho, Odahir Alferes Romero e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo os embargos para o fim de rejeitar as preliminares argüidas, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro América Luz, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. 14-12-88.

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, acolheu os embargos para o fim de rejeitar as preliminares argüidas. (Em 25-5-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 119.803 — MG
(Registro nº 3.128.237)

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

Relator para o Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *DNER*

Apelados: *José Dias Mendes e cônjuge*

Advogados: *Drs. Márcio Coelho Nunes e José Ulysses Bayão*

EMENTA: Desapropriação. Liquidação. Atualizações sucessivas.

«Em desapropriação é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez» (Súmula nº 561 do STF).

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 26 de novembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sentença proferida em ação proposta por José Dias Mendes e sua mulher contra o DNER, para haver indenização pela ocupação de área a eles pertencente, foi liquidada por cálculo efetuado em 15 de janeiro de 1976 (fls. 279/280), homologado no mesmo mês e ano (fl. 282).

Os desapropriados só receberam o valor ali apontado, porém, em 19-8-77 (fl. 298v.) o que os levou à apresentação de requerimento pedindo se procedesse à atualização dos valores recebidos, considerando o tempo decorrido entre o cálculo e o pagamento, no que foram atendidos, sendo-lhes paga tal diferença em 14-11-84 (fl. 358).

Retornaram com novo requerimento pedindo a atualização dos valores pagos para a última data em que os haviam recebido, com o que não concordou o DNER, sem êxi-

to, contudo, pois foi, dita atualização, autorizada e efetuada, vindo a conta, onde tal se deu, a ser homologada pelo MM. Juiz.

Inconformado, o DNER apelou invocando jurisprudência deste Tribunal.

Nas contra-razões que apresentaram, os desapropriados sustentaram, preliminarmente, o descabimento da apelação, ao fundamento de que não havia nova decisão mas, apenas atualização do cálculo.

Contestaram, no mérito, as alegações do apelante.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBEG (Relator): A preliminar do não cabimento de apelação é improcedente, pois, ao homologar o cálculo impugnado, o Dr. Juiz não decidiu apenas sobre a forma como foi elaborado, e sim, considerou, também, cabível nova atualização da indenização e acessórios. Proferiu, portanto, sentença.

Conheço, assim, do recurso e dou-lhe provimento, apoiado em julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal e desta Turma, sumariados nas ementas seguintes:

> «Desapropriação — Correção monetária.
>
> A correção monetária deve incidir sobre o valor do imóvel desapropriado se não liquidado o preço dentro do prazo previsto em lei.
>
> Caso, entretanto, efetuados os cálculos, o pagamento não é imediato, quando ele chega a realizar-se já se encontra defasado o valor apurado relativo aos juros e correção monetária. Cabe, assim, atualizá-lo até a data em que efetivamente foi liquidado o preço do principal, não havendo margem, porém, para futuras correções monetárias pela demora havida no pagamento da correção monetária anterior. É que ela deve incidir tão-somente sobre o principal, sob pena de infindáveis e sucessivos pagamentos de correção sobre correção.» (RE n.º 78.499-3 — SP — 2.ª Turma, unânime — Rel. Min. Aldir Passarinho — *DJU*, de 6-5-83 — Ementário n.º 1.293-A).
>
> «Desapropriação — Indenização — Atualização dos valores.
>
> Se, em razão da demora entre a elaboração da conta e o pagamento da indenização e demais parcelas devidas aos expropriados, foi admitido novo cálculo da diferença relativa a tal período, não é possível pretender nova atualização dessa diferença, até a data da expedição do respectivo precatório, sob pena de transformar-se tal procedimento em renda permanente do expropriado». (TFR — Ac. unânime da 4.ª Turma, publicada no *DJ* de 1.º-7-82 — Agr. 42.479-RJ — Rel. Ministro Armando Rollemberg, *in* BH Adcoas n.º 88.886).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, *data venia* de V. Exa., o meu voto é no sentido de negar provimento à apelação, por considerar que o pagamento, enquanto não foi integralizado, comportará novas atualizações. No caso em tela, considero-o defasado em decorrência do espaço de tempo que fluiu entre a data do pagamento e a data da última conta realizada.

EXTRATO DA MINUTA

AC 119.803 — MG — (Reg. n.º 3.128.237) — Rel. Originário: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Ilmar Galvão. Apte.: DNER. Apdos.: José Dias Mendes e Cônjuge. Advs.: Dr. Márcio Coelho Nunes e José Ulysses Bayão.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento à apelação. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Ilmar Galvão (4ª Turma — 26-11-86).

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

EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 119.803 — MG

(Registro nº 3.128.237)

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

Embargante: *DNER*

Embargado: *José Dias Mendes e Cônjuge*

Advogados: *Drs. Grasiela Merice Castelo Caracas de Moura e José Ulysses Bayão*

EMENTA: Desapropriação. Liquidação suplementar. Correção monetária. Atualização. Ofício requisitório.

I — Se houver retardamento no pagamento do ofício requisitório, devem os cálculos ser atualizados, ainda que por mais de uma vez, sem que isso signifique a incidência de correção monetária sobre correção monetária, porque se tem, em tal caso, mera atualização desta.

II — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de setembro de 1987.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Na Egrégia 4ª Turma, a espécie foi assim sumariada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, relator (fl. 386):

> «Sentença proferida em ação proposta por José Dias Mendes e sua mulher contra o DNER, para haver indenização pela ocupação de área a eles pertencente, foi liquidada por cálculo efetuado em 15 de janeiro de 1976 (fls. 279/280), homologado no mesmo mês e ano (fl. 282).
>
> Os desapropriados só receberam o valor ali apontado, porém, em 19-8-77 (fl. 298v.), o que os levou à apresentação de requerimento pedindo se procedesse à atualização dos valores recebidos, considerando o tempo decorrido en-

tre o cálculo e o pagamento, no que foram atendidos, sendo-lhes paga tal diferença em 14-11-84 (fl. 358).

Retornaram com novo requerimento pedindo a atualização dos valores pagos para a última data em que os haviam recebido, com o que não concordou o DNER, sem êxito, contudo, pois foi, dita atualização, autorizada e efetuada, vindo a conta, onde tal se deu, a ser homologada pelo MM. Juiz.

Inconformado o DNER apelou, invocando jurisprudência deste Tribunal.

Nas contra-razões que apresentaram, os desapropriados sustentaram, preliminarmente, o descabimento da apelação, ao fundamento de que não havia nova decisão mas, apenas atualização do cálculo.

Contestaram, no mérito, as alegações do apelante.»

Proferiu S. Exa., em seguida, o voto de fl. 387, conhecendo e dando provimento ao recurso do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). Assim o voto de S. Exa.:

«A preliminar do não cabimento de apelação é improcedente, pois, ao homologar o cálculo impugnado, o Dr. Juiz não decidiu apenas sobre a forma com foi elaborada, e sim, considerou, também, cabível nova atualização da indenização e acessórios. Proferiu, portanto, sentença.

Conheço, assim, do recurso e dou-lhe provimento, apoiado em julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal e desta Turma, sumariados nas ementas seguintes:

«Desapropriação — Correção monetária.

A correção monetária deve incidir sobre o valor do imóvel desapropriado se não liquidado o preço dentro do prazo previsto em lei.

Caso, entretanto, efetuados os cálculos, o pagamento não é imediato, quando ele chega a realizar-se, já se encontra defasado o valor apurado relativo aos juros e correção monetária. Cabe, assim, atualizá-lo até a data em que efetivamente foi liquidado o preço do principal, não havendo margem, porém, para futuras correções monetárias pela demora havida no pagamento da correção monetária anterior. É que ela deve incidir tão-somente sobre o principal, sob pena de infindáveis e sucessivos pagamentos de correção sobre correção» (RE nº 78.499-3 — SP — 2ª Turma, unânime — Rel.: Min. Aldir Passarinho — *DJU*, de 6-5-85 — Ementário nº 1.293-2).

«Desapropriação — Indenização — Atualização dos valores.

Se, em razão da demora entre a elaboração da conta e o pagamento da indenização e demais parcelas devidas aos expropriados, foi admitido novo cálculo da diferença relativa a tal período, não é possível pretender nova atualização dessa diferença, até a data da expedição do respectivo precatório, sob pena de transformar-se tal procedimento em renda permanente do expropriado». (TFR — AC. unânime da 4ª Turma, publicada no *DJ* de 1º-7-82 — Ag. 42.479-RJ — Rel. Min. Armando Rollemberg, *in* BH Adcoas nº 88.886).

O Sr. Ministro Ilmar Galvão divergiu desse entendimento (fl. 338) e, com apoio do Sr. Ministro José de Jesus, negou provimento à apelação, «por considerar que o pagamento, enquanto não foi integralizado, comportará novas atualizações».

Lavrou-se, então, o aresto de fl. 390, assim ementado:

«Desapropriação. Liquidação. Atualizações sucessivas.

Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez (Súmula nº 561 do STF).

Apelação desprovida.»

Com apoio no voto vencido, opõe o DNER embargos infringentes (fls. 393/398), sustentando que o cerne da questão se prende ao entendimento que a Egrégia 4ª Turma tem dado à Súmula nº 561-STF. Diz o embargante que o acórdão embargado admitiu a 2ª correção monetária da conta de liquidação, o que ensejaria a expedição do 3º precatório. Esse entendimento defere também a correção complementar quando o cálculo excede os limites fixados pela aludida Súmula nº 561-STF. Acentua que essa Súmula, que tem por fundamento julgados de 1974, deve ser interpretada e aplicada em consonância com a recente jurisprudência representada pelo acórdão unânime proferido pela 2ª Turma da Suprema Corte no RE nº 78.499-3-SP (*DJU*, de 6-5-83), relator o Min. Aldir Passarinho.

Não houve resposta.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Nos EAC nº 96.650-MG, Relator o Sr. Ministro Geraldo Sobral, decidiu esta Egrégia 2ª Seção:

> «Administrativo. Desapropriação. Correção monetária motivada pela demora no pagamento do *quantum* indenizatório.
>
> I — «Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez» — Súmula 561 do STF.
>
> II — Embargos infringentes acolhidos» (*DJ*, de 12-12-85).

No voto que proferi por ocasião do julgamento dos citados EAC 96.650-MG; disse eu, no ponto principal:

> «Não obstante ser de minha lavra o voto que serviu de base ao acórdão embargado (AC nº 96.650-MG), pedi vista dos autos, porque, segundo declarei na assentada do julgamento, impressionaram-me os argumentos dos recorrentes e, sendo Juiz, não posso e não devo, nunca, pretender sustentar tese de direto, apenas para satisfação pessoal.
>
> O argumento fundamental do meu voto é que um segundo ofício requisitório de atualização complementar não seria possível, porque conteria ele, simplesmente, correção monetária sobre correção monetária. Por isso, a liquidação suplementar, tendo em vista o retardamento no pagamento do precatório, só se faz uma vez.
>
> Este é o argumento fundamental do meu voto.
>
> Revi, entretanto, o meu pensamento.
>
> Laborei com números. E concluí que o argumento básico em que me baseei não está correto.
>
> Com efeito.
>
> Retardados os pagamentos, vale dizer, não realizados os pagamentos na época em que foram os cálculos elaborados, é justo que estes sejam atualizados, porque a inflação, segundo reconhecem os próprios órgãos governamentais competentes, está numa média de 10% (dez por cento) ao mês. Faz-se, então, em caso assim, a atualização da correção monetária, sem que isto signifique fazer incidir correção monetária sobre correção monetária. Aqui residia o meu equívoco. Em verdade, repito, não se cuida, no caso, de correção monetária sobre correção monetária, mas de simples atualização da correção monetária.
>
> A Corte Suprema, aliás, em caso igual, pelo seu Plenário, no *RE nº 77.375-SP*, Relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, decidiu:

«Desapropriação. Correção monetária. Atualização de seu cálculo, motivada pela demora do pagamento do *quantum* apurado. Se ocorre nova demora, agora do pagamento da diferença, produzindo desatualização subseqüente, não se há de negar ao expropriado o direito a atualização complementar. Recurso conhecido e provido.» (RTJ 77/820).

No RE nº 79.756-SP, Relator o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, outro não foi o entendimento da Eg. 1ª Turma da Corte Suprema (RTJ 73/637). Idem, idem, no RE 79.729-SP, Relator o Sr. Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ 73/309).

Diante do exposto, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator. Recebo, em conseqüência, os embargos.»

A jurisprudência da Eg. 2ª Seção é, aliás, iterativa e firme, no sentido do decidido nos EAC 96.650-MG, acima mencionado. Recentemente, decidindo os EAC 113.061-SP, de que fui relator, decidiu esta Eg. Seção:

«Desapropriação. Liquidação suplementar. Correção monetária. Atualização. Ofício requisitório.

I — Se houver retardamento no pagamento do ofício requisitório, devem os cálculos ser atualizados, ainda que por mais de uma vez, sem que isto signifique a incidência de correção monetária sobre correção monetária, porque se tem, em tal caso, mera atualização desta.

II — Embargos rejeitados» (*DJ*, de 30-4-87).

No voto que proferi por ocasião do julgamento dos EAC 113.061-SP, escrevi: «Esclareça-se que o argumento da autarquia-embargante, no sentido de que estaria sendo constituída, em favor do expropriado, uma pensão vitalícia, pode ser facilmente afastado: é bastante que o embargante, DNER, não retarde o pagamento da dívida; se não houver dito retardamente, não haverá atualização dos cálculos. Está nas mãos, portanto, do DNER, evitar o que denomina de «enriquecimento sem causa».

Do exposto, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC 119.803 — MG — (Reg. nº 3.128.237) — Rel.: Sr. Min. Carlos M. Velloso. Embte.: DNER. Embdo.: José Dias Mendes e cônjuge. Advs.: Drs. Grasiela Merice Castelo Caracas de Moura e José Ulysses Bayão.

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos. 1º-9-87, 2ª Seção.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão e José de Jesus. Impedido o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Na ausência justificada do Sr. Ministro José Cândido assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.278 — RJ
(Registro nº 5.976.391)

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

Apelante: *IAPAS*

Apelada: *Joselita Dantas dos Santos*

Advogados: *Drs. Waldise Melo e Hunaldo Teixeira Gomes*

EMENTA: Previdência Social. Pensão. Concubina. Concorrência. Benefícios de ex-esposo e de ex-companheiro. Cumulação.

A concubina, que prova a vida more uxoria e a dependência econômica com o de cujus, tem direito à pensão deixada por ele, quer em concorrência com os filhos do casal, ou em sucessão a estes (Súmula 122/TFR), ou ainda em concorrência com a esposa do segurado, caso em que o benefício será dividido entre ambas (Súmula 159/TFR).

Inexistência de proibição legal à acumulação de duas pensões previdenciárias, em decorrência de falecimento de ex-esposo e de ex-companheiro.

Apelo desprovido.

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 26 de abril de 1988.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O IAPAS, às fls. 69/73, recorre do v. *decisum* de fls. 62/67, que deu pela procedência da ação que lhe foi promovida por Joselita Dantas dos Santos, pleiteando pensão em razão do falecimento de seu ex-companheiro.

O Instituto, em sua irresignação, alega, em suma, que não restou comprovado nos autos a convivência em comum e a dependência econômica, requisitos estes indispensá-

veis à concessão do benefício, não bastasse o fato da Suplicante já perceber pensão deixada pelo seu ex-marido, argumentos estes com que pretende ver reformada a r. decisão de primeiro grau, com a conseqüente improcedência do pedido.

Contra-razões, às fls. 75/77.

Vindo os autos a esta Corte, após regular distribuição, foram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, trata-se de caso de concubina, que vem a juízo pleitar a pensão deixada por seu falecido companheiro, matéria esta sobre a qual não cabe mais qualquer discussão nesta Corte, cujo entendimento já se pacificou no sentido do reconhecimento de tal direito, quer em concorrência com os filhos do casal, ou em sucessão a estes (Súmula 122), ou ainda em concorrência com a esposa do segurado, caso em que o benefício deve ser dividido entre ambas (Súmula 159), desde que comprovadas a *more uxorio* e a dependência econômica.

No caso em exame, o douto Julgador Monocrático, foi por demais minucioso na análise das provas carreadas para o bojo do processo, reconhecendo, com acerto, a presença dos requisitos legais para a concessão da pensão reclamada.

É importante acrescentar, tão-somente, que, conforme precedentes deste Egrégio Tribunal, não existe proibição legal à acumulação de duas pensões previdenciárias, uma em decorrência do falecimento do ex-marido, e outra por morte do ex-companheiro, desde que comprovada a dependência econômica, ainda que parcial, de ambos.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a r. sentença recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 120.278 — RJ — (Reg. nº 005.976.391) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: INPS. Apda.: Joselita Dantas dos Santos. Advs.: Drs. Waldise Melo e Hunaldo Teixeira Gomes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 26-4-88).

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AC Nº 123.712 — MG
(Registro nº 9.544.100)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Embargante: *União Federal*

Embargado: *V. Acórdão de fl. 360*

Advogados: *Drs. Leopoldo Magnani e outros, Newtom Pascal de Oliveira e outros e Romeu de Araujo Abreu*

EMENTA: Embargos declaratórios — Julgamento relativo aos critérios de reajustamento de prestações em mútuos vinculados ao SFH.

Acórdão que admitiu, em vista de decisão do Supremo Tribunal Federal, ter havido derrogação dos parágrafos 4º e 5º da Lei nº 4.380/64 mas considerou que subsistia o limite máximo para o aumento, condicionado à variação do salário mínimo, em virtude de os contratos assim disporem na medida em que se reportavam a resoluções do BNH. Inexistência de contradição ou dúvida.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 4 de maio de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Embargos de declaração opostos pela União Federal a acórdão resumido na ementa:

> «Mútuo — Sistema Financeiro da Habitação — Reajuste de prestações.
>
> Artigo 5º, §§ 4º e 5º da Lei nº 4.380/64 — Derrogação reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77 — Interpretação no sentido de que não impediriam a subsistência de um teto para o reajuste das prestações.

Instruções e resoluções do BNH — Entendimento prevalente no Tribunal Federal de Recursos acolhendo a tese de que mantiveram como limite para atualização do valor das prestações o correspondente à variação do salário mínimo.»

Alegou a embargante dúvida quanto à vigência e eficácia do artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66 e das Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77. Os contratos de financiamento, aduziu, foram pactuados na vigência do Dec.-Lei 19/66, que estabeleceu no mencionado art. 1º, como norma obrigatória de procedimento, que os reajustes se dariam segundo as ORTNs, não havendo como se aplicar outro critério aos mutuários do SFH.

Seria, ao ver da embargante, ineficaz o acórdão ora atacado, por inaplicável à espécie, uma vez que os mutuários não teriam direito ao reajuste com base na variação do salário mínimo, tanto por força do Dec.-Lei 19/66 e das Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77, como também pelos contratos que estabeleceram que as prestações se reajustariam na mesma proporção da variação do UPC, e não nos termos fixados para o salário mínimo.

Alegou mais a embargante, estar a merecer esclarecimento a contradição verificada no que diz com a força vinculante do julgamento proferido pelo STF que, apreciando a representação 1.288, interpretou o sentido do art. 5º e parágrafos da Lei nº 4.380/64 e declarou estarem eles revogados pelo Dec.-Lei 19/66. Fixando sua orientação, o STF concluiu que «o Dec.-Lei 19/66 instituiu novo e completo sistema de reajustamento das prestações, tornando-o obrigatório e mediante índice de correção com base na variação das ORTNs».

Pediu, a final, sanadas as omissões e obscuridades, fossem recebidos e providos os embargos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sustenta a embargante que o acórdão propicia instale-se a dúvida quanto à vigência e eficácia do artigo 1º do Decreto-Lei 19/66. Isto porque o Relator reconheceu que aquele decreto-lei teria revogado as normas do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 4.380/64. Não obstante, conclui que os contratos, firmados até a entrada em vigor da RC 01/77, não terão suas prestações reajustadas em percentual superior ao que corresponde à variação do salário mínimo.

Com a devida vênia, há equívocos nas afirmações acima. Em verdade, deixei claro que o Decreto-Lei 19/66 ensejava interpretação, passível de tê-lo como compatível com o § 5º do artigo 5º da Lei nº 4.380/64. Entretanto, deixei também consignado que, tendo em vista o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Representação 1.288, aceitava-se que não subsistiam as limitações constantes dos parágrafos 4º e 5º do art. 5º da Lei nº 4.380. Deste modo, não mais havia impedimento legal a que os contratos de mútuo, vinculados ao SFH, estabelecessem correção plena, de acordo com a variação das ORTNs, sem se sujeitarem a limites máximos. Vale insistir no ponto. No voto que proferi, assim como no do eminente Ministro Carlos Velloso, aceitou-se a inovação legislativa introduzida pelo Decreto-Lei 19, não se negando de modo algum aplicação à interpretação dada pelo Supremo Tribunal. Ficou afirmado que apenas não era mais obrigatório o limite derivado da variação do salário mínimo. Aquele decreto-lei, entretanto, não impôs a correção plena, podendo os contratos, obedientes a instruções do BNH, estabelecer limitações. os reajustamentos far-se-iam pelas ORTNs mas não se impedia fosse pactuado limite máximo.

Coerentemente com a posição acima, procedi a exame das resoluções do BNH e concluí que, até a Resolução 1/77, continuou a ser observado o teto para o reajuste que, se não era obrigatório, também não era vedado. O Sr. Ministro Carlos Velloso perseguiu a mesma linha de raciocínio. Considerou, entretanto, que mesmo após a Resolução 1/77 subsistia o limite. Como a jurisprudência da Corte firmara-se neste sentido, a ela aderi, ressalvando o meu entendimento pessoal.

Vê-se, pois, que o acórdão é bastante claro. Pode-se não concordar com seus fundamentos e conclusões e sustentar que o Decreto-Lei 19 não admitia se convencionasse limite. Esta será outra questão, a ser decidida em via recursal distinta. Dúvida ou contradição não existe, porém, de maneira a justificar o pedido de declaração.

Relativamente às Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77 também não tem razão a embargante. Para demonstrá-lo, basta transcrever trecho do voto que prolatei em que é examinada a exegese a que elas deve ser emprestada.

> «Relativamente às duas por último citadas, não teria dúvida alguma em responder negativamente. O índice de reajustamento será o aplicado à correção das ORTNs. Nada impede, entretanto, a manutenção de um teto. Corrige-se consoante o parâmetro indicado, desde que não ultrapasse o percentual de aumento do salário mínimo. O objetivo dessas duas leis foi o de estabelecer um limite máximo para os aumentos, não sendo vedado que percentual menor fosse adotado. E isto explica-se facilmente. Cuidava-se, na época, de recompor os salários que anteriormente haviam sido corroídos e teve-se em mira evitar a propagação dos efeitos de tais reajustes. Isto se evidencia com a verificação de que o maior salário mínimo que era de Cr$ 376,80 em maio de 1974, passou a Cr$ 1.560,00 em maio de 1978, havendo uma variação de 314%. No mesmo período, o valor nominal das ORTNs sofreu um ajustamento de 208%.»

Afirma-se, ainda, que os contratos estabeleceram inequivocamente que as prestações seriam reajustadas na mesma proporção da variação de valor das UPC. Reportam-se os contratos às resoluções do BNH. Os votos proferidos no julgamento cuidaram de analisá-las, admitindo que estabeleciam um teto máximo para o reajuste. Não se vislumbra onde a contradição no julgado.

Por fim, o acórdão não negou aplicação ao que foi decidido na Representação 1.288 sendo despiciendo, por conseguinte, discutir a força vinculante do julgado.

Rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

E. Decl. AC 123.712 — MG — (Reg. nº 9.544.100) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Embgte.: União Federal. Embgdo.: V. acórdão de fl. 360. Advs.: Drs. Leopoldo Magnani e outros, Newtom Pascal de Oliveira e outros e Romeu de Araujo Abreu.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos (6ª Turma — 4-5-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Américo Luz.

Impedido o Sr. Ministro Miguel Ferrante.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 125.780 — SP
(Registro nº 1.294.199)

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

Apelante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Apelado: *Nelson Teixeira*

Advogados: *Drs. Ivone de Souza Toniolo do Prado e outros (Apte), Carlos Carmelo Nunes e outra (Apdo)*

EMENTA: Civil. Contrato de Compra e Venda e Mútuo. Repetição de Indébito.

I — Comprovado que o contrato de mútuo estabeleceu que as prestações e os saldos devedores seriam corrigidos trimestralmente, e considerando-se que a celebração do contrato deu-se em agosto de 1984, tendo o autor pago a primeira prestação em setembro de 1984 no valor estabelecido na escritura, não poderia o agente financeiro fazer o reajuste fora do pactuado, impondo-se, destarte, a devolução de que indevidamente foi pago.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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-DF, 25 de maio de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de ação ordinária de repetição de indébito proposta por Nelson Teixeira contra a Caixa Econômica Federal aos seguintes argumentos:

> «que em 22 de agosto de 1974, por escritura pública de venda e compra e mútuo com garantia hipotecária, adquiriu o imóvel residencial situado à rua Caraçá nº 64, nesta Capital, descrito na inicial; que para aquisição do referido imóvel, emprestou o autor, da ré, a quantia de Cr$ 280.000, (duzentos e oiten-

ta mil cruzeiros), ficando pactuado, de conformidade com a cláusula primeira da referida escritura, que a importância mutuada seria restituída na mesma espécie dentro do prazo de dez anos, por meio de 120 prestações mensais e sucessivas, calculadas pela tabela price, no valor inicial de Cr$ 3.633,60 (três mil, seiscentos e trinta e três cruzeiros e sessenta centavos) de amortização do capital e pagamento de juros efetivos de 10% ao ano, correspondente à taxa nominal de 9,57% ao ano e identificando-se com a taxa equivalente de 0,7947% ao mês, e vencendo-se a primeira dessas prestações a 30 dias da data da escritura e as demais no mesmo dia dos meses subseqüentes, liquidando-se toda a dívida no fim do prazo pactuado; que convencionou-se, ainda, que as prestações bem como os saldos devedores do empréstimo seriam trimestralmente corrigidos, de acordo com a variação das Unidades Padrão de Capital (UPC); que ocorre que ao arrepio do disposto na cláusula segunda da referida escritura, a ré, já no pagamento referente à segunda prestação, ou seja, tendo decorrido apenas um mês da data da assinatura, reajustou o valor mensal da prestação, bem como o saldo devedor, levando em conta o total reajustado das UPCs nos meses de julho, agosto e setembro, no percentual de 13,4739%; que, dessa forma, o autor arcou com acréscimo, relativo a período em que não tinha, ainda, recebido a quantia do empréstimo; que caso a ré pretendesse uniformizar seus reajustes de conformidade com os trimestres civis, deveria, naquela oportunidade, reajustar o saldo devedor do autor, em percentual proporcional do tempo do empréstimo que naquela oportunidade era de 3,7467%; que o reajuste a maior efetuado pela ré foi de 9,7277%, que teve a partir daquela data influência direta em todos os cálculos de reajustes efetuados; que em abril de 1978 o autor, pretendendo por motivos pessoais a quitação de seu débito, procurou a ré e solicitou seu saldo devedor para quitação, efetuado, em 20-4-78, o pagamento do valor de 432.172,47, relativo ao capital e juros até aquela data; que o ato inicial da aplicação indevida do índice de reajustamento causou manifesto prejuízo ao autor, que arcou, a partir daquela data, com pagamentos indevidos; que como prova final e irrecusável da quantia paga a maior, junta o autor gráfico detalhado do *quantum* inicial do empréstimo, bem como de incidência de reajustamento e valor mensal efetivamente pago; que, assim, apurou-se que o autor pagou a maior a quantia de Cr$ 100.318,61; que por diversas vezes foi tentada a devolução amigável da quantia paga a maior, mas recusou-se a ré a fazê-lo, fato que obriga o autor a agir judicialmente» (fls. 69/70).

Devidamente citada, contestou a ré, aduzindo:

«que a ação é improcedente porque a operação noticiada na inicial foi realizada segundo o que à época dispunha a legislação atinente à matéria, tendo as cláusulas e condições estipuladas na contratação do mútuo obedecido rigorosamente tal legislação, como, por exemplo, a fixação de correção monetária segundo os índices de variação das UPC (Unidades Padrão de Capital) do Sistema Financeiro da Habitação, calculada sobre as prestações de amortização da dívida (capital e juros), bem como os saldos devedores apurados ao final de cada trimestre civil; que esta é a exigência constante da cláusula II da citada escritura de mútuo; que a ré, ao término do trimestre civil relativo a julho, agosto e setembro de 1974, no curso do qual se realizou a operação de mútuo, acrescentou ao saldo da dívida existente em 30-9-74 a correção monetária desse saldo de acordo com o índice de variação da UPC naquele trimestre; que nenhuma obrigação tinha a ré de levar em consideração, nesse cálculo da correção, apenas o tempo decorrido da contratação, porque isto não foi estipulado nem subentendido no contrato nem havia autorização legal para tanto; que o autor deseja obter, através da presente ação, uma declaração judicial que significa uma interpretação que lhe seja favorável de cláusula de um contrato bilateral, que no caso, tal cláusula não comporta interpretação ou outra que não aquela que decorre pura e simplesmente da simples leitura de seu tex-

to e essa não enseja a conclusão pretendida pelo autor; que por mais extensiva que seja a interpretação não se poderá ver no texto aquilo que realmente ele não contém; que não agiu ao arrepio da mencionada cláusula II do contrato de mútuo ao fazer a correção monetária do saldo devedor existente ao cabo do trismestre julho, agosto e setembro de 1974, pelo índice de variação da UPC fixado pelo Governo Federal para aquele trimestre, mas, ao contrário, ao agir desse modo, o fez do único modo prescrito na cláusula e determinado por lei; que contesta, ainda, por cautela, os pedidos de juros e correção monetária, por serem ambos incabíveis, sendo aqueles devidos, se tivesse razão o autor, a partir da sentença condenatória e aquela é indevida à míngua de previsão legal» (fls. 71/72).

Réplica do A., às fls. 58/61, tendo dito ciente o Ministério Público (fl. 62v.).

Instados à especificação de provas a serem produzidas (fl. 62v.), manifestou-se o A. (fl. 64), pedindo o julgamento antecipado da lide, anuindo a r. (fl. 66).

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação.

Irresignada, apelou a Sucumbente, renovando, em síntese, os argumentos expendidos na contestação (fls. 79/88).

Recebido o recurso (fl. 90) e devidamente contra-arrazoado (fls. 91/94), subiram os autos a esta egrégia Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O MM. Juiz *a quo* assim decidiu a controvérsia:

«A questão posta a desate diz respeito ao exato alcance da cláusula II da escritura de fls. 8/16, *verbis*:

«II — As prestações acima, bem como os saldos devedores do empréstimo, *serão trimestalmente corrigidos de acordo com a variação das Unidades Padrão de Capital (UPC)*, sendo que os devedores, por este mesmo instrumento, constituem a CEF sua bastante procuradora, com poderes especiais para requerer junto ao Registro de Imóveis competente a averbação das alterações dos saldos devedores do mútuo. Fica, ainda, pactuado, que as prestações liquidadas fora do prazo serão acrescidas de comissão de permanência à razão de 1% (um por cento) ao mês ou fração em atraso e calculada sobre o valor corrigido das prestações» (fls. 11/12).

Ora, determinando-se que as prestações e os saldos devedores «serão trimestralmente corrigidos de acordo com a variação das Unidades Padrão de Capital (UPC)», como expresso na cláusula II, supratranscrita, é inquestionável — e sobre isto dúvida inexiste entre autor e ré — que o critério de reajuste das prestações e do saldo devedor é a variação da UPC.

Ocorre, porém, que a variação da UPC, segundo determinação legal, ocorre em cada trimestre civil do ano calendário (1º de abril, 1º de julho, 1º de outubro e 1º de janeiro), levando-se em conta a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional nos três meses imediatamente anteriores. E, no caso em discussão, a escritura de mútuo foi celebrada em 22 de agosto de 1984, tendo o autor pago a primeira prestação em setembro de 1984 no valor estabelecido na escritura (Cr$ 3.633,69 — fls. 11 e 17). Já na segunda prestação (fl. 18) o valor desta já tinha sido reajustado pela ré, eis que ocorrera mudança do trimestre civil e operado a variação da UPC. Entende o autor que, em face da escritura, tal reajuste não poderia ser efetuado e que se a ré pretendesse utilizar as variações da UPC, segundo o sistema de trimestre civil,

deveria ter reajustado a prestação e o saldo devedor proporcionalmente ao tempo decorrido, já que não fluira, ainda, quando do vencimento da segunda prestação, o trimestre a partir da data da celebração da escritura.

Ao que tenho, assiste razão ao autor. Efetivamente. A escritura de mútuo estabeleceu, expressamente, que a prestação inicial seria de Cr$ 3.633,69 (fl. 11 — cláusula I), vencendo-se a primeira 30 dias da data da escritura, e que seria trimestralmente corrigida (também o saldo devedor), pela variação da UPC. Desta forma, segundo o avençado, a correção da prestação e do saldo devedor só poderia ocorrer após o vencimento das três primeiras prestações. Não há confundir o *critério* de reajuste (variação da UPC) com o momento da aplicação do reajuste. O que a cláusula II da escritura estabeleceu foi o critério de reajuste segundo a variação da UPC. Mas não determinou que o momento do reajuste fosse o mesmo da variação da UPC, e, sim, após o decurso de um trimestre da data da celebração do negócio. A expressão «serão trimestralmente corrigidos de acordo com a variação das Unidades Padrão de Capital» não deixa dúvida quanto à exata interpretação dessa cláusula. Assim não fosse, bastaria constar da escritura que as prestações seriam reajustadas de acordo e nas épocas em que ocorresse variação da UPC para que fosse legítimo o reajustamento antes de decorridos três meses da escritura. Demais, os valores da prestação bem como do total mutuado foram expressos em cruzeiros (Cr$ 3.633,69 e Cr$ 280.000,00 — fl. 11, cláusula I) sem qualquer referência ou correspondência com o valor da UPC no momento da escritura. Desta forma, para que o reajuste da prestação e do saldo devedor pudesse ser efetivado no momento em que ocorresse variação da UPC, necessário seria que tal circunstância constasse expressamente da avença. Aliás, é comum em contratos semelhantes que tal ocorra, visto é que os valores do financiamento e da prestação inicial, expressos em cruzeiros, sejam expressos concomitantemente em UPCs na data da escritura, para permitir e justificar o reajuste sempre que ocorra variação da UPC. No caso dos autos, porém, tal não ocorreu. Estabeleceu-se, apenas, um critério para a correção monetária da prestação e do saldo devedor, mas não se determinou que o momento do reajuste fosse o mesmo da variação da UPC (trimestre civil) e, sim, que a prestação e o saldo devedor seriam trimestralmente corrigidos, vale dizer, o primeiro reajuste só poderia ocorrer depois de decorrido um trimestre da data da celebração do negócio.

Por isso mesmo, assiste razão ao autor quando sustenta que, conforme o pactuado, a prestação e o saldo só poderiam ser reajustados três meses após a celebração do negócio, ocorrida em 22 de agosto de 1974, isto é, em novembro de 1974. Todavia, a ré, já em outubro de 1974 (vencimento da segunda prestação), aplicou reajustamento, tomando por base os índices de variação da UPC relativos aos meses de julho, agosto e setembro, pelo total da variação, que no caso foi de 13,4739%, como salientado pelo autor sem impugnação. Assim, procede a assertiva do autor de que se a ré pretendesse uniformizar os reajustes, fazendo-os coincidir com os trimestres civis em que ocorre variação da UPC, deveria, na oportunidade referida, reajustar a prestação e o saldo devedor do autor proporcionalmente ao tempo do empréstimo que, naquela altura, seria de 3,7476% como salientado pelo autor também sem contradita da ré. Por isso mesmo, procede a alegação do autor de que efetuou um pagamento a maior de Cr$ 100.318,61, consoante demonstrativo de fl. 21, de resto não impugnado pela ré no que se refere aos valores e cálculos ali constantes.

Ora, tendo o autor pago indevidamente a quantia referida, assiste-lhe o direito à restituição postulada, acrescida de juros moratórios a partir da citação válida e de correção monetária, esta a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, vez que anteriormente inexistia previsão legal de atualização mone-

tária para o caso dos autos, sendo improcedente a pretensão do autor de aplicar-se a correção monetária, à invocação de eqüidade, a período anterior à lei citada.

Em face do exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação para condenar a ré a restituir ao autor a quantia de Cr$ 100.318,00 (cem mil, trezentos e dezoito cruzeiros), acrescida de juros moratórios a partir da citação válida e correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, na forma exposta. Condeno a ré a reembolsar as custas dispendidas pelo autor e a pagar aquelas que vierem a ser devidas.

Pagará a ré ao autor honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil» (fls. 72/75).

Incensuráveis os argumentos postos na sentença, cujos fundamentos adoto integralmente, como razão de decidir.

À vista do exposto, nego provimento à apelação, mantendo o r. *decisum* monocrático pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 125.780 — SP — (Reg. nº 1.294.199) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apdo.: Nelson Teixeira. Advs.: Drs. Ivone de Souza Toniolo do Prado e outros (Apte), Carlos Carmelo Nunes e outra (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 25-5-87 — 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 125.789 — SP
(Registro nº 4.570.545)

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

Apelantes: *Antônio Orlando, IAPAS*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Girolamo Parise, Solon Ribeiro Filho*

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Tributário. Previdenciário. Ex-combatente. Aposentadoria. Proventos. Constituição, art. 197, c. Lei nº 4.297/63. Lei nº 5.698/71. Súmula 84-TFR. Aposentado. Contribuições. Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, art. 2º. Constituição, art. 153, § 3º, art. 165, XVI.

I — A aposentadoria assegurada no art. 197, letra c, da Constituição Federal, aos ex-combatentes, submete-se, quanto ao cálculo dos proventos, aos critérios da legislação previdenciária, ressalvada a situação daqueles que, na vigência da Lei 4.297/63, preencheram as condições nela previstas.

II — O Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, proclamou a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 2º Arg. de Inconstitucionalidade, na AC 85.544-MG.

III — Inaplicabilidade do citado Decreto-Lei nº 1.910/81, às aposentadorias concedidas anteriormente à sua vigência, porque estas consubstanciam situação subjetiva pré-constituída, imune à eficácia daquele diploma legal.

IV — 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 a ambos os 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: Trata-se de ação ordinária ajuizada por Antônio Orlando contra o IAPAS, com duplo objetivo: *a*) obter a revisão

de sua aposentadoria previdenciária, como ex-combatente, para fazer jus ao benefício com proventos integrais, na forma do art. 197, *c*, da Const. Federal e da Lei nº 4.297/63, já que entende serem inconstitucionais o art. 1º da Lei nº 5.698/71 e o art. 88 do Decreto nº 77.077/76, que estabelecem forma de cálculo da aposentadoria dos ex-combatentes diversa da prevista pela Carta Magna; *b*) obter a declaração da ilegalidade do desconto de 3% efetuado com fundamento no Decreto-Lei nº 1.910, de 22-12-81, pelo impetrado, nos proventos da aposentadoria, a partir de 1º-1-82.

A sentença de fls. 63/73, lavrada pelo Juiz Federal Fleury Antônio Pires, julgou procedente em parte a ação, «para o só efeito de condenar o réu a abster-se de efetuar a retenção ou desconto de 3% sobre os proventos do autor, com base no Decreto-Lei nº 1.910/81, condenando-o a devolver ao autor as quantias indevidamente retidas a partir de 1º de janeiro de 1982, acrescidas de correção monetária a partir das retenções e dos juros moratórios a partir da citação». Julgou improcedente a ação quanto ao pedido de revisão da aposentadoria e condenou o autor no pagamento da metade das custas, já que o réu é delas isento. Deixou de condenar em honorários advocatícios, à vista do disposto no art. 21 do CPC. Argumentou, no pertinente à pretendida revisão da aposentadoria, que não tem razão o autor, pois a aposentadoria com proventos integrais, assegurada pela Const. Federal art. 197, *c*, deve ser entendida nos termos da legislação ordinária, consoante jurisprudência já pacificada do Egrégio TFR, consubstanciada na Súmula nº 84-TFR. O ex-combatente somente tinha direito à aposentadoria com base no salário integral efetivamente percebido, enquanto vigente a Lei nº 4.297/63. No caso de que tratam os autos, a aposentadoria foi requerida e seus requisitos implementados quando já revogada a norma referida, uma vez que, somente em 1979 o autor preencheu os requisitos legais. Assinalou a sentença que, no tocante à segunda questão suscitada na inicial, relativamente ao desconto de 3% sobre os proventos da aposentadoria do autor, efetuado a partir de 1º-1-82, é procedente a sua pretensão. Esse desconto foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 1º, que estabeleceu contribuições previdenciárias incidentes sobre os proventos e pensões pagos pela Previdência Social, com eficácia a partir de 1º-1-82, com o objetivo de custear os encargos de assistência médica. Tal contribuição, continuou a sentença, tem, sem dúvida, natureza tributária. Observou que esse decreto-lei não padece do vício de afronta ao princípio da legalidade, nem desconformidade ou violação dos pressupostos contidos no art. 55, caput, da Const. Federal. Não há falar, também, em ofensa ao inciso XVI do art. 165 da Carta Magna. No que tange à validade formal e material, o art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 está conforme a Constituição, apto para produzir os efeitos nele previstos, sendo legítima a cobrança das contribuições dos aposentados e pensionistas, conforme estabelecem os incisos I e II do citado artigo. Entendeu a sentença, no entanto, que essa norma não pode alcançar o autor, *ex vi* do art. 153, § 3º, da Const. Federal porque só pode atingir as aposentadorias e pensões ocorridas após a sua vigência, vale dizer, após 1º-1-82. As aposentadorias e pensões concedidas anteriormente estão acobertadas pela vedação da retroatividade da norma, consubstanciada na garantia constitucional do direito adquirido. Nesse sentido já se manifestou o Egrégio TFR, concluiu a sentença.

Apela, então, o IAPAS (fls. 75/80). Sustenta que a assistência médica é prestação de serviço e, por isso, não integra os proventos nem pode com eles ser confundida. Acrescenta que, «assim, não tem o referido desconto qualquer similitude com a aposentadoria, que permanece inalterada, pois o mesmo não se destina a custear a Previdência Social, mas sim a custear a assistência médica, que lhe é prestada na inatividade, portanto não se vislumbra qualquer hipótese argüida pelo embargado de ofensa a direito adquirido». Sobre o assunto e com esse entendimento já se pronunciaram os Egrégios STF e TFR. À vista do exposto, pede a reforma da r. sentença.

Apela, também, o autor (fls. 82/88), postulando a reforma da r. sentença, ao argumento de que a r. sentença se baseou apenas na Súmula nº 84-TFR para negar a revisão da aposentadoria do apelante. É, no entanto, entendimento generalizado que súmula não faz coisa julgada e pode ser reestudada e revogada. Realça que a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, em seu art. 197, dispõe, de maneira expressa, que ao

civil, ex-combatente da 2ª Guerra Mundial, é assegurada «aposentadoria com proventos integrais aos 25 anos de serviço efetivo se funcionário público da administração direta ou indireta ou contribuinte da Previdência Social». Essa disposição está inserida nas «Disposições Gerais e Transitórias» e se refere, portanto, a casos específicos e particularizados, fora do alcance da legislação previdenciária comum. Reporta-se o apelante a acórdão do Egrégio TFR sobre o assunto, relator o Min. Márcio Ribeiro, e ao parecer da própria Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social (fls. 24/28), que entendem ter o ex-combatente direito a aposentar-se com os proventos que recebia quando em atividade.

Com a resposta de fls. 91/92, 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): No que tange ao pedido de revisão dos proventos da aposentadoria previdenciária do autor, ex-combatente, que, segundo alega, faria jus aos proventos integrais, na forma do art. 197, *c*, da Constituição, e Lei nº 4.297/63, a matéria pacificou-se, nesta Eg. Corte, que editou a Súmula nº 84, *verbis*:

> «A aposentadoria assegurada no artigo 197, letra *c*, da Constituição Federal, aos ex-combatentes, submete-se, quanto ao cálculo dos proventos, aos critérios da legislação previdenciária, ressalvada a situação daqueles que, na vigência da Lei nº 4.297, de 1963, preencheram as condições nela previstas.»

No caso, a aposentadoria do autor foi deferida depois da edição da Lei nº 5.698, de 31-8-71. Não há falar, portanto, em direito adquirido.

Reporto-me, no ponto, aos precedentes da Súmula nº 84-TFR, EAC 50.572-PE e AMS 78.260-PE, por mim relatados (Rev. do TFR, 81/207 e 221).

Nego provimento, pois, ao apelo do autor.

Examino o recurso do IAPAS.

O Egrégio TFR entendeu que o decreto-lei que instituiu contribuições para os aposentados não incorre no vício da inconstitucionalidade, à luz do estabelecido no art. 165, XVI, da Constituição.

Todavia, no que tange ao direito adquirido, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de não aplicação da lei, tendo em vista a disposição inscrita na Lei Maior (CF, art. 153, § 3).

Assim o voto que proferi na AMS nº 100.285-SP, em que examinei a questão em todos os seus aspectos (Lex — Jurisp. TFR», 37/219).

Faço anexar cópia do referido voto — AMS 100.285-SP — para boa compreensão do meu pensamento. Ao referido voto me reporto.

Do exposto, nego provimento a ambos os recursos.

ANEXO

Apelação em Mandado de Segurança nº 100.285 — São Paulo

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Na argüição de inconstitucionalidade havida na AC nº 85.544-MG, de que fui relator, sustentei a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, porque incompatível com a norma inscrita

no art. 165, XVI, da Constituição Federal. É que a Constituição instituiu o sistema de contribuições tríplices, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, art. 165, XVI). Sendo assim, não seria possível fazer incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha, convindo esclarecer que inacertada seria a invocação, como justificativa embasadora da contribuição, do inciso XV, do citado art. 165, da Constituição, por isso que esta não prevê contribuição para assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Confira-se, a propósito, o art. 21, § 2º, I, e o art. 43, X, da Lei Fundamental.

Assim o voto que proferi:

«Na Egrégia 4ª Turma, ao sustentar a inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque contrário ao art. 165, XVI, da *Lex Major*, disse eu, no meu voto:

«O Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, estabeleceu contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica (Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, artigo 2º).

Os autores, aposentados anteriormente à vigência do citado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, sustentam que a instituição dessa contribuição sobre os seus proventos é inconstitucional, porque violadora dos arts. 165, XVI, e 153, § 3º, da Constituição Federal.

Examinemos a questão.

II

A Lei nº 5.890, de 8-6-73, dando nova redação ao art. 69, da Lei 3.807, de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social (Lei nº 3.807/60, art. 69, VI, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73). Posteriormente, a Lei nº 6.210, de 4-6-75, revogou mencionada disposição.

A questão, pois, não tem sabor de novidade.

Enquanto teve vigência o art. 69, VI, da Lei nº 3.807/60 — disposição que instituiu contribuição dos aposentados da Previdência Social — ao Poder Judiciário foram levadas diversas questões de aposentados que não se conformavam em pagar a mencionada contribuição.

Como Juiz Federal em Minas Gerais, examinei e decidi, em abril de 1975, uma dessas questões — MS nº 204/75-C, Melchior Carneiro de Abreu Neto vs. INPS. Deferi, então, a segurança, sobre dois fundamentos: *a*) inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição; *b*) a lei nova, instituidora da contribuição, seria violadora de ato jurídico perfeito.

Escrevi:

«13. É que, estabelecendo a Constituição, no art. 165, XVI, o sistema de contribuições tríplices, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como *trabalhador* e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista, não seria possível, ao que penso, fazer incidir a contribuição diretamente nos proventos de quem *já não é mais trabalhador*, porque aposentado, de quem, enquanto trabalhador contribuiu, com um dos pólos da relação constitucional tripartite, justamente para obter o benefício que a Constituição institui sob a condição de pagamento da contribuição. Volto a repetir: o art. 21, § 2º, I, pois, da CF, há de ser entendido, no caso, em consonância com o art. 165, XVI, da mesma Carta Política.

14. De outro lado, também estou em que a lei nova, instituidora da contribuição sobre os proventos do aposentado, malferiu o direito civil consagrado no art. 153, § 3º, da CF, tal como exposto na inicial. Aposentado o autor

com proventos integrais, pelo fato de ter trabalhado mais de 35 anos, isto em 16-10-1970, vem a lei nova, posterior ao ato aposentatório, simplesmente tornar irreal a integridade dos proventos, por isso que faz operar, sobre o mesmo, uma redução de 5% (cinco por cento). E o direito de perceber proventos integrais, na aposentadoria, sem qualquer redução, adquiriu-o o Impetrante no momento em que completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço».

III

Apreciando a remessa oficial e o recurso do INPS, a Egrégia 3ª Turma, na AMS 76.343-MG, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, que hoje ilustra a Corte Suprema, decidiu:

> «Previdência Social. Aposentadoria.
>
> Desconto de 5% do benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.
>
> Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode este ser atingido pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — art. 1º — revogou a incidência do desconto.» (3ª Turma, em 24-11-75, *DJ* de 2-9-76).

No seu voto, o Sr. Ministro Passarinho disse que deixava de propor a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, para exame da constitucionalidade do dispositivo legal instituidor da contribuição dos aposentados porque, no caso concreto, a lei nova seria violadora de ato jurídico perfeito: tendo o apelado sido aposentado com 100% do salário de benefício, anteriormente à lei nova, os 5% nos seus proventos implicariam em redução dos proventos integrais. O Sr. Ministro Armando Rollemberg, todavia, ficou vencido na preliminar, porque entendia que a matéria deveria «ser levada à apreciação do Tribunal Pleno para exame da inconstitucionalidade argüida e acolhida na sentença recorrida.»

IV

No caso, estou em que a questão deve ser levada à apreciação do Tribunal Pleno, para que se decida a respeito da constitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados e dos pensionistas para custeio da assistência médica.

É que continuo sustentando que a Constituição instituiu o sistema de contribuições tríplices, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, art. 165, XVI). Sendo assim, não é possível fazer incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha.

V

Destarte, na forma do preceituado no art. 176 do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao Plenário, dispensando-se a lavratura do acórdão (RI, art. 176, § 1º).

É como voto».

Continuo convencido da inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, convencimento que se reforça, diante do parecer lavrado pelo Procurador Gurgel Santos, transcrito no relatório. Reitero, pois, o voto que

proferi na Turma, pelo que dou pela inconstitucionalidade do citado artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque incompatível com a norma inscrita no art. 165, XVI, da Constituição Federal.

Publicado o acórdão, os autos voltarão à Turma para julgamento do recurso.

O Egrégio Tribunal Pleno, todavia, decidiu de modo contrário. Fiquei, então, vencido, na honrosa companhia de nove colegas. Continuo, é verdade, entendendo que o art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, é inconstitucional. Devo, todavia, curvar-me diante do decidido pelo Tribunal.

Sob o aspecto da inconstitucionalidade, pois, a questão está encerrada, no TFR, pelo menos enquanto a Corte Suprema não se manifestar a respeito.

II

Examino a questão sob o ângulo de visada do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito (CF, art. 153, § 3º). A questão é esta: se a aposentadoria foi concedida antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, teria este diploma legal aplicação? A questão, aqui, não é de inconstitucionalidade, senão de inaplicabilidade da lei nova a uma situação subjetiva pré-constituída.

Repito o que disse no voto que proferi na arg. de inconst. havida na AC nº 85.544-MG, retrotranscrito: a Lei nº 5.890, de 8-6-73, dando nova redação ao art. 69, da Lei nº 3.807, de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social (Lei nº 3.807/60, art. 69, VI, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73). Posteriormente, a Lei nº 6.210, de 4-6-75, revogou mencionada disposição. Como Juiz Federal em Minas, examinei e decidi questão em que aposentado da Previdência Social opunha-se ao pagamento da contribuição em apreço. Deferi a segurança, sobre dois fundamentos: *a*) inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição; *b*) a lei nova, instituidora da contribuição, seria violadora de ato jurídico perfeito.

No que tange à inconstitucionalidade, a matéria está, no momento, superada, conforme falamos. Quanto, todavia, ao segundo argumento, é oportuno reiterá-lo:

> «14. De outro lado, também estou em que a lei nova, instituidora da contribuição sobre os proventos do aposentado, malferiu o direito civil consagrado no art. 153, § 3º, da CF, tal como exposto na inicial. Aposentado o autor com proventos integrais, pelo fato de ter trabalhado mais de 35 anos, isto em 16-10-1970, vem a lei nova, posterior ao ato aposentatório, simplesmente tornar irreal a integridade dos proventos, por isso que faz operar, sobre o mesmo, uma redução de 5% (cinco por cento). E o direito de perceber proventos integrais, na aposentadoria, sem qualquer redução, adquiriu-o o Impetrante no momento em que completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço.»

Apreciando a remessa oficial e o recurso do INPS, a Egrégia 3ª Turma, na AMS 76.343-MG, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, que hoje ilustra a Corte Suprema, decidiu:

> «Previdência Social. Aposentadoria.
>
> Desconto de 5% do benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.
>
> Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício não pode este ser atingido pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — art. 1º — revogou a incidência do desconto.» (3ª Turma, em 24-11-75, *DJ* de 2-9-76).

No seu voto, não custa relembrar, o Sr. Ministro Passarinho disse que deixava de propor a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, para exame da constitucionalidade do dispositivo legal instituidor da contribuição dos aposentados, porque, no caso concreto, a lei nova seria violadora de ato jurídico perfeito.

No caso, superada a questão da inconstitucionalidade, força é convir que a segurança deve ser concedida, ao argumento acima exposto, vale dizer, pela impossibilidade de ser o citado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, aplicado às aposentadorias deferidas anteriormente a sua vigência.

Essa aplicação talvez fosse possível em sistemas constitucionais como o da França e o da Itália, que não conferem *status* constitucional aos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. No Brasil, entretanto, em que o princípio do respeito a tais institutos dirige-se não só ao juiz como, também, ao legislador, tal aplicação não teria cabimento (CF, art. 153, § 3º).

Na AC nº 59.337-MG, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, a 5ª Turma reiterou o entendimento manifestado nº AMS 76.343-MG, relatada pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho. O acórdão da AC nº 59.337-MG ficou assim ementado:

> «Previdenciário. Contribuições sobre proventos de aposentado. Correção monetária.
>
> Se a inativação previdenciária foi concedida antes da vigência da Lei nº 5.890/73, não pode o benefício da aposentadoria ser atingido pelo referido desconto.
>
> Situação subjetiva pré-constituída, imune à eficácia daquele diploma legal.
>
> Dispensável suscitar-se o incidente de inconstitucionalidade com vista ao art. 165, XVI, da Constituição Federal.
>
> Correção monetária devida, a exemplo do princípio acolhido na Súmula nº 46 deste Tribunal.
>
> Inaplicabilidade do disposto no art. 1.531 do Cód. Civil, porque pertinente ao tema da «dívida já paga» enquanto aqui se cuida de restituição do indébito.
>
> Negou-se provimento ao apelo do IAPAS». (AC nº 59.337-MG, Rel.: Min. Sebastião Reis, 5ª Turma, em 30-3-81).

III

No caso, a aposentadoria foi concedida anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-1981, pelo que este não tem aplicação.

De ser deferido, então, o *writ*.

Correta, em conseqüência, a sentença que assim procedeu.

IV

Do exposto, nego provimento ao apelo do IAPAS.

EXTRATO DA MINUTA

AC 124.789 — SP — (Reg. nº 4.570.545) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Aptes.: Antônio Orlando, IAPAS. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Girolamo Parise, Solon Ribeiro Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos. (Em 9-9-87, 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 126.909 — PB
(Registro nº 9.594.361)

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

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara — PB*

Apelante: *Estado da Paraíba*

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

Advogados: *Drs. Nobel Vita (Apte) e Maria do Socorro de Andrade Campos (Apdo)*

EMENTA: Processual Civil. Penhora. Tributário. Presunção de Fraude. Administrativo. Reversão de Bens e Antiga Sociedade de Economia Mista Posterior à Inscrição do Débito.

I — Dentre as garantias do crédito tributário, emerge a de presunção de fraude, juri et de jure, das alienações de bens do devedor em fase de execução, a teor do disposto no art. 185, do CTN.

II — Comprovado que a transformação da empresa executada e a reversão dos seus bens do domínio do Estado ocorreram muito depois da inscrição, sem que tenha havido o pagamento ou a assunção do débito, a penhora continua a incidir sobre os bens de quem eles estejam à vista de que a transferência ocorreu em fraude à execução.

III — Remessa ex officio e apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF., em 6 de maio 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 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, Dr. Ridalvo Costa, assim sumariou a controvérsia:

«O Estado da Paraíba, através de Procurador, opôs Embargos de Terceiro contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, aduzindo, resumidamente:

1. ajuizada a Execução Fiscal nº 7.839 contra o CINEP — Companhia de Industrialização do Estado da Paraíba, pelo ora embargado, e como não tenha ocorrido pagamento, foi efetuada penhora para garantia da execução, em bens de propriedade do embargante, embora estivessem sendo utilizados pela empresa executada;

2. a executada foi transformada em órgão de regime especial, equiparado aos demais da administração direta, e o seu patrimônio revertido ao Estado, de acordo com o Decreto nº 10.204, de 6 de abril de 1984. Pediu a suspensão da execução, em liminar, e a declaração, ao final, da insubsistência da penhora, com a condenação do embargado nas custas e honorários advocatícios.

A autarquia embargada impugnou os embargos, sustentando a alienabilidade dos bens das sociedades de economia mista, independente de autorização do Executivo ou do Legislativo, como, aliás, consta dos estatutos da empresa executada — fls. 34/37.

O embargante, apesar de intimado, fl. 38, não se pronunciou, com referência à impugnação.

Não havendo necessidade de produção de provas orais, passo ao julgamento dos embargos.» (fls. 40/41).

Sentenciando, o douto magistrado julgou improcedentes os embargos.

Irresignado, o Estado da Paraíba apelou, renovando, em síntese, os argumentos expendidos na exordial (fls. 45/47).

Recebido o recurso (fl. 48) e devidamente contra-arrazoado (fls. 49/51), subiram os autos vindo-me conclusos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A r. sentença apelanda decidiu a controvérsia nestes termos:

«Sustenta o embargante, para livrar de constrição judicial bens da antiga sociedade de economia mista, CINEP — Companhia de Industrialização do Estado da Paraíba, transformada pelo Decreto Estadual nº 10.204, de 6-4-84, em órgão especial da administração direta estadual, a publicação do patrimônio da entidade extinta, em decorrência da sua reversão ao domínio do Estado.

Dentre as garantias do crédito tributário, ressalta a de presunção de fraude, *juris et de jure*, das alienações de bens do devedor em fase de execução, de acordo com o art. 185 do CTN.

No entendimento corrente, a «fase de execução» a que se refere o artigo suso referido começa com a inscrição do débito e não com a citação do devedor na execução fiscal (v. Hugo de Brito Machado — Curso de Direito Tributário — 3ª edição — pág. 128; Paulo de Barros Carvalho — Curso de Direito Tributário — 1985 — pág. 329).

No caso, a transformação da empresa executada e a reversão dos seus bens ao domínio do Estado ocorreram muito depois da inscrição — fl. 22. Sem que tenha havido o pagamento ou a assunção do débito pelo Embargan-

te, a penhora continua a inicidir sobre os bens em poder de quem eles estejam, posto que a transferência ocorreu em fraude à execução e não em «fraude contra credor».

Isto posto:

Julgo improcedente os embargos e condeno o embargante ao pagamento dos honorários advocatícios na base de 2% (dois por cento), de acordo com o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

Sem custas.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição» (fls. 41/42).

Incensurável o r. *decisum* cujos argumentos adoto como razão de decidir.

À vista do exposto, nego provimento à remessa de ofício e à apelação, mantendo a sentença monocrática pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 126.909 — PB — (Reg. nº 9.594.361) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-PB. Apte.: Estado da Paraíba. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advs.: Drs. Nobel Vita (Apte) e Maria do Socorro de Andrade Campos (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial (Em 6-5-87 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 127.227 — RJ
(Registro nº 9.599.185)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*
Apelante: *INPS*
Apelado: *Waldyr Blanco da Costa*
Advogados: *Drs. Geraldo José de S. P. Sabac e Waldyr Blanco da Costa*

EMENTA: Previdenciário. Reajuste de proventos. liquidação da sentença.

Critérios de cálculo. Sobre mandar reparar os antigos reajustes pelo índice integral da política salarial, certamente que a sentença teve por implícita a obediência aos preceitos de regência do salário de contribuição para obtenção do salário de benefício e seu coeficiente, dos quais resulta a renda mensal que servirá de base à incidência daquele índice periódico do salário mínimo. Cálculos desafeitos a essa regência.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, 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 JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Com êxito na ação de reajuste de proventos da sua aposentadoria, o Autor promoveu a liquidação da sentença, de cujos cálculos discordou o INPS, apelando da sentença homologatória.

Desde ali, a impugnação se conteve em que tais cálculos da diferença não cabem se cumprir singelamente, aplicando-se sobre o valor do salário mínimo reajustado a cada época o coeficiente de 95% encontrado na prestação inicial do benefício; antes, ter-se-ia que partir do salário de benefício, apurado pela média das 36 últimas prestações, estes, sim, a servir de base àquele coeficiente, inclusive em cada mutação determinada pe-

las sucessivas majorações do salário mínimo; ademais, em tais cálculos devia-se atenção ao desconto recomendado pelo Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 2º, discriminando-se, afinal, as parcelas dos juros e da correção monetária.

Contra-razões à fl. 195, em dando razão à sentença, em função do acerto dos cálculos.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, na realidade, como bem o disse o ilustre Ministério Público local (fl. 198), é manifestamente equívoco o critério do cálculo operado diretamente, de 95% sobre 20 salários mínimos, aí encontrada a diferença de cada montante a partir das majorações que se sucederam.

Equívoco porque, segundo a regência legal das prestações previdenciárias, se o último salário de contribuição do associado foi o montante de 20 salários mínimos da época, o percentual estimado pelo tempo de serviço incidiu apenas sobre a média dessa base da Contribuição nos últimos 36 meses, média essa chamada salário de benefício. Logo, quando a sentença exeqüenda mandou retificar os reajustes, recomendando-lhes o real índice das majorações do salário mínimo, ao invés dos ilegais índices atuariais implicantes na defasagem da renda inicial, certamente que o fez a partir do salário de benefício básico, e nunca sobre o montante salarial da última contribuição, como procedeu o Contador do Juízo, fazendo incidir o percentual de 95% diretamente sobre o valor de 20 vezes o salário mínimo, repetindo a operação mês a mês, nos cinco anos alcançados pela sentença.

Convenha-se, porém, que o valor a ser corrigido pelo chamado índice integral» (sic — fl. 122), conforme as periódicas majorações do salário mínimo, é o valor da renda inicialmente obtida do salário de benefício, no caso, é a quantia de Cr$ 14.976,00, apurada em maio de 1978 (fls. 5 e 50). A partir desse básico, conforme o seu valor no primeiro mês seguinte ao qüinqüênio da prescrição, aplique-se o índice integral das variações do salário mínimo e do resultado se reduza o que foi realmente pago, encontrando-se, logicamente, a diferença devida, a ser especificada mês a mês, calculando-se sobre a mesma, separadamente, a correção monetária e os juros tratados na sentença.

Doutra parte, também tem razão o apelante sobre os descontos correspondentes ao Decreto-Lei nº 1.910, enquanto foi vigente o diploma.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 127.227 — RJ — (Reg. nº 9.599.185) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Apte.: INPS. Waldyr Blanco da Costa. Advs. Drs. Geraldo José de S. P. Sabac e Waldyr Blanco da Costa (em causa própria).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 26-6-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Assis Toledo. Ausente o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AC Nº 128.592 — ES
(Registro nº 9.620.532)

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

Embargante: *INPS*

EMBARGADO: *Alfredo Costalonga*

Advogados: *Drs. Valdeci Inácio da Silvva, Ângela Maria Pagani Cinelli e outros e José Francisco Lellis Horta*

EMENTA: Processual civil — Direitos patrimoniais — Prescrição — Decretação de Ofício — Descabimento.

— Em se tratando de direitos patrimoniais, a prescrição não pode ser decretada de ofício pelo MM. Julgador (§ 5º, art. 219, CPC).

— Descabe invocar omissão do julgado com relação ao que não foi alegado oportunamente.

— Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1988.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O INPS, nos autos da ação que lhe intentou Alfredo Costalonga, apresenta embargos declaratórios do v. aresto à fl. 50, alegando omissão no mesmo, e na r. sentença, por não terem pronunciado a prescrição do fundo de direito do embargado.

Ilustra as suas razões com ementas de acórdãos do Pretório Excelso, em que é decretada a prescrição de direito de funcionários públicos, requerendo, a final, seja dado provimento à apelação, a fim de ser decretada a prescrição da ação, extinguindo-se o processo, na forma do art. 269, IV, do CPC, condenando o suplicante em custas e honorários advocatícios, a serem arbitrados.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, a alegação de omissão por parte do INPS, por não ter sido decretada a prescrição do fundo de direito, improcede, *data venia*.

Com efeito, em nenhuma fase do processo, a não ser agora, foi ventilada questão sob o enfoque prescricional, e esta não pode ser decretada de ofício pelo Juiz, em se tratando de direito patrimonial, como *in casu*, por vedação do § 5º do art. 219, do CPC.

Em que pese haver sido invocada em embargos declaratórios, não se pode sustentar omissão com relação ao que não foi alegado oportunamente.

Aliás, esta pretensão tem sido analisada e rejeitada neste Egrégio Tribunal, como se verifica no recente julgamento dos Embargos de Declaração na AC 138.689-DF, cujo aresto da lavra do Eminente Ministro José Dantas, foi publicado no *DJ* de 5-5-88.

Ademais, examinando os autos, verifico à fl. 30v., que o autor tomou ciência do ato administrativo em 12-4-71, tendo ingressado em juízo em 31-3-76 (fl. 2), quando ainda, não haviam transcorridos os cinco anos.

Rejeito, assim, os embargos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDAC 128 592 — ES — (Reg. nº 9.620.532) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Embte.: INPS. Embdo.: Alfredo Costalonga. Advs.: Drs. Valdeci Inácio da Silva, Ângela Maria Pagani Cinelli e outros e José Francisco Lellis Horta.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos (3ª Turma — 10-6-88).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 129.789 — SP
(Registro nº 9.640.878)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza*
Apelantes: *Armando Rosa e INPS*
Apelados: *Os mesmos*
Advogados: *Drs. João Luiz Reque e Luiz Fernando Maistrello Gaya*

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; apelações recíprocas: provimento parcial de ambas.

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 do reajustamento de benefício previdenciário de conteúdo econômico, a prescrição não atinge o direito, em si; mas, somente o direito às parcelas vencidas antes do qüinqüênio 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 nº 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. Correção monetária: incidência de acordo com a Súmula 71 do TFR, até a vigência da Lei nº 6.899/81; e, após, segundo os seus preceitos.

7. Juros moratórios: incidência desde a citação, a taxa de 6% ao ano.

8. Precedentes.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): A sentença de primeiro grau, após afastar as preliminares, julgou procedente em parte ação proposta contra o Instituto Nacional de Previdência Social em que se postula a revisão dos critérios adotados pela autarquia para o reajustamento de benefício previdenciário, ao fundamento de que o primeiro reajuste deve ser integral e não, proporcional ao da, de que o enquadramento da renda mensal nas faixas salariais, durante a vigência da Lei nº 6.708/79, deve ser feito com observância do salário mínimo vigente nos meses dos reajustamentos e não, do anterior. Daí a condenação do INPS a proceder à revisão dos valores, com o pagamento de diferenças vencidas, «somente a partir da citação e, também as citações se atualizará a dívida, se a legislação o permitir» (sic).

2. Apelaram ambas as partes: O INPS, pleiteando, com a reforma da sentença, a improcedência da demanda, pelos mesmos fundamentos aduzidos na contestação; e o autor, postulando a procedência, também, do pedido concernente às revisões subseqüentes do benefício, consoante o valor do salário mínimo vigente nas datas de reajustamentos.

3. Bem processados os recursos, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o caso destes autos é idêntico, no essencial, ao que vimos de examinar, no julgamento da AC 129.830-SP.

Eis por que, *brevitatis causa*, me reporto ao meu voto de Relator do citado precedente, que contou com a honrosa aprovação dos meus ilustres Pares, do qual faço juntar cópia, a fim de incorporá-lo ao presente, àquela de fundamentação.

E nos mesmos termos ali expostos, meu voto é para dar provimento parcial a ambos os recursos.

ANEXO

Ac nº 129.830 — SP

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, não há falar em ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. A inicial vem instruída com prova da concessão do benefício, prova documental essa suficiente para o deslinde da controvérsia relativa à revisão do critério utilizado pelo INPS para a fixação ou reajustamento dos valores respectivos.

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 integrantes do presente.

3. Efetivamente, a sentença se mostra, quando menos, obscura, no que diz com a extensão do provimento. Bem por essa razão, mais apropriado seria tivesse o autor usado de embargos de declaração. Não o tendo feito, nada obsta que a Turma julgadora explicite (provendo, no ponto, o recurso) que o INPS deverá também recalcular os valores devidos, consoante as correções aplicáveis na consonância das diversas faixas salariais, durante a vigência da Lei nº 6.708, de 1979, observando-se os salários mínimos vigentes nos meses de reajustamento e não, o do anterior. No mais, não assiste razão ao autor.

4. Assim também, razão tem a autarquia, em parte, isto é, para ver excluídas da condenação as parcelas vencidas antes do qüinqüênio que precede a propositura de demanda.

Nestes termos, dou provimento parcial a ambas as apelações

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 129.789 — SP — (Reg. nº 9.640.878) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Aptes.: Armando Rosa e INPS. Apdos.: Os mesmos. Advogados: Drs. João Luiz Reque e Luiz Fernando Maistrello Gaya.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 17-11-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.184 — PR
(Registro nº 9.728.635)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *Octavio Genta e outros*
Advogados: *Drs. Odair Cirine e outros*

EMENTA: «Fundo Nacional de Telecomunicações. Repetição de indébito.

1. Tratando-se de repetição de parcelas cobradas juntamente com contas telefônicas, a sua apresentação pode ser feita até na fase de execução da sentença.

2. Improcedência de preliminar de carência de ação, porque não atendido pelos autores, o art. 166 do CTN, por inexistir possibilidade de transferência, a terceiros, do ônus da sobretarifa questionada.

3. O Tribunal, pelo seu Plenário, declarou inconstitucional a cobrança da sobretarifa criada pela Lei 4.117/62, destinada ao Fundo Nacional de Telecomunicações, a partir da data da Lei nº 6.093/74, ao fundamento de que pelo art. 2º deste último diploma legal fora transformada em tributo, contrariando o disposto no art. 167, da Constituição.

4. A declaração de inconstitucionalidade de norma legal afasta-se de aplicação ao caso concreto, não perdendo ela, entretanto, eficácia, o que somente ocorrerá quando, na forma do art. 42 da Constituição a sua execução for suspensa, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, porque declarada a inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

5. Decidido que contrariava a Constituição a cobrança da sobretarifa ao contribuinte a partir da data da Lei nº 6.093/74, não tem cabimento distinguir-se parcelas que foram efetivamente transferidas do FNT para o FND, daquelas que continuaram sendo recolhidas ao primeiro.

6. Improcedência, ainda, de impugnação à fixação de juros moratórios de 1% ao mês, pois na restituição do tributo recebido indevidamente, ditos juros deverão ser semelhantes aos que a Fazenda Nacional cobra quando o contribuinte, obrigado a tal, deixa de recolhê-lo.

7. Procedência do recurso, entretanto, no ponto em que pleiteia a diminuição dos honorários de advogado, por se tratar de ação com grande número de autores, mostrando-se razoável a fixação respectiva em 5% do valor da condenação. Agravo retido desprovido. Apelação parcialmente provida para o fim especificado»

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e dar provimento parcial à apelação da União Federal, para reduzir os honorários de advogado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1988 (data do julgamento)

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ação proposta contra a União para haver a restituição de importâncias relativas a sobretarifa do FNT, ao fundamento de que a cobrança referida contrariara a Constituição, foi julgada procedente quanto a alguns autores e improcedente de relação a outros por sentença que assim concluiu:

> «Isto posto, julgo procedente esta Ação Ordinária de Repetição de Indébito proposta por Otávio Genta, José Luiz Del Cielo, Ernesto Vivan, José Adair Pirola, Renata Edith Ferri, Sérgio Aires Pessoata da Silveira, Antônio Valdomiro Vittori, Antônio Morato Neto, Hiroshi Nishimoto, Marco Antônio Ramondini, João Silvério de Oliveira, Maria Hercília de Oliveira Santos, Lúcio Bernardo Silva, Alfeu Parro dos Santos, João Maria Farias, Olga Ortega Oliveira, Walter Oldemburg, Vanderlei Carlos Sartori, Vicente Junqueira Castro Junior, Elson José Silva e Enrique Nadir Lúcio contra a União Federal, para o fim de condená-la a devolver a estes autores as quantias recebidas a título de Fundo Nacional de Telecomunicações, que estejam efetivamente provadas através de documentos, a partir de 1º de janeiro de 1982 e até 31 de janeiro de 1984, acrescidas de correção monetária a ser contada a partir de cada recolhimento indevido (Súmula 46 do TFR) e até 28 de fevereiro de 1986, conforme o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86; juros de mora, na base de 1% ao mês e a serem contados a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva (artigos 161, § 1º e 167, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional); devolvendo as custas adiantadas por estes autores, devidamente corrigidas, e honorários advocatícios fixados no valor de 10% sobre o valor total da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil. Julgo improcedente a ação em relação a todos os demais autores não nominados acima, arcando estes com as custas do processo, proporcionalmente, e com honorários advocatícios arbitrados em CZ$ 800,00 (oitocentos cruzados) para cada autor vencido, tendo-se em vista as peculiaridades do caso.

A União apelou alegando:

a) carência da ação dos autores por não terem comprovado que os encargos por eles suportados não haviam sido transferidos a terceiros;

b) improcedência da orientação admitida pela sentença no mérito, por não ser a sobretarifa questionada tributo e sim sobretarifa propriamente ou preço público;

c) que, se porventura afastadas fossem tais argüições, seria de prover-se, de qualquer sorte, o agravo retido de fl. 196 porque inadmissível a juntada de documentos aos autos após encerrada a fase probatória;

d) que, além disso, a taxa de juros não poderia ser superior a 0,5% ao mês, e nem os honorários fixados em 10% do valor da condenação, justificando-se a sua redução para 5%.

De sua vez os autores interpuseram recurso adesivo, pleiteando ficasse decidido que a condenação era para devolução das importâncias relativas à sobretarifa; cujo pagamento fosse comprovado na liquidação de sentença, bem como que a correção monetária não tinha como termo final 28-2-86, e sim a data da restituição do indébito.

Esse último recurso, entretanto, foi julgado deserto pelo MM. Juiz.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A União, no curso da instrução da ação rebelou-se contra o deferimento da prova pericial, e, vencida, interpôs agravo de instrumento retido, que, entretanto, ficou prejudicado por não ter sido realizada dita prova.

Agravou, igualmente, da decisão pela qual o MM. Juiz, ao fundamento de que a apresentação respectiva substituia a perícia, admitira a juntada de documentos aos autos após ser proferido o despacho saneador.

O agravo não merece acolhida, pois, como tem decidido esta Turma, tratanto-se de repetição de parcelas cobradas juntamente com as contas telefônicas, a sua apresentação pode ser feita até na fase de execução da sentença.

Nego assim, provimento a tal recurso.

Quanto à preliminar de carência de ação, porque não atendido pelos autores o art. 166 do CTN, é improcedente desde que não há possibilidade de transferência, a terceiros, do ônus da sobretarifa questionada.

De relação ao mérito reitero voto que seguidamente tenho proferido, assim formulado:

> «Este Tribunal, pelo seu Plenário, declarou inconstitucional a cobrança da sobretarifa criada pela Lei nº 4.117/62, destinada ao Fundo Nacional de Telecomunicações, a partir da data da Lei nº 6.093/74, ao fundamento de que, pelo art. 2º deste último diploma legal, fora transformada em tributo, contrariando o disposto no art. 167 da Constituição.
>
> Alegou a Subprocuradoria-Geral da República, em memorial a propósito, que, afirmada a inconstitucionalidade da norma por último mencionada, ficara em vigor a regra por ela alterada, com o que a legitimidade para haver a restituição das importâncias pagas pelos serviços de telefones seria da Telecomunicações do Brasil S.A. — TELEBRÁS, e não daqueles que haviam recolhido a sobretarifa, no caso concreto os autores.
>
> Tal alegação é de todo inaceitável pois, quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de norma legal, afasta-a de aplicação ao caso concreto, por padecer de tal vício, não decorrendo do julgamento, entretanto, perder ela a sua eficácia, o que somente ocorrerá quando, na forma do art. 42 da Constituição, a sua execução for suspensa, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, porque declarada a inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.
>
> O reconhecimento da inconstitucionalidade, no caso concreto, portanto, traz realmente como conseqüência a nulidade da cobrança efetuada aos autores, que, assim, têm legitimidade para repetir as importâncias pagas.
>
> Desacolho, também, outra argüição constante do mesmo memorial, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade mencionada somente poderia levar a tornar inadmissível a cobrança de parcelas que foram efetivamente transferidas do Fundo Nacional de Telecomunicações para o Fundo Nacional de Desenvolvimento não abrangendo percentual que continuou sendo recolhido ao primeiro. O que o Tribunal decidiu foi que contrariava a Constituição a cobrança da sobretarifa ao contribuinte a partir da data da Lei nº 6.093/74, não tendo cabimento, assim, a distinção mencionada.»

Ainda sem procedência é a impugnação à fixação de juros moratórios de 1% ao mês, pois na restituição do tributo recebido indevidamente, ditos juros deverão ser semelhantes aos que a Fazenda Nacional cobra quando o contribuinte, obrigado a tal, deixa de recolhê-lo.

Provimento merece a apelação, porém, no ponto em que pleiteia a diminuição dos honorários de advogado, pois sendo grande o número de autores, mostra-se razoável a fixação respectiva de 5% do valor da causa.

Meu voto, assim, é negando provimento ao agravo retido, e acolhendo parcialmente a apelação para reduzir os honorários de advogado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 135.184 — PR — (Reg. nº 9.728.635) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: União Federal. Apdos.: Octavio Genta e outros. Advs.: Drs. Odair Cirine e outros

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e deu provimento parcial à apelação da União Federal, para reduzir os honorários de advogado. (Em 18-5-88 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 138.069 — RS
(Registro nº 3.070.255)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Apelante: *DNER*

Apelado: *Cautol — Comercial e Técnica de Automóveis S/A*

Advogados: *Drs. Sérgio Almeida de Figueiredo e outros e Renato Alves de Oliveira e outro*

EMENTA: Desapropriação. Execução de sentença. Juros de mora.

Embora a sentença não tenha se referido a juros moratórios são eles sempre devidos, por isso que representam simples reparação pela demora do pagamento. Além disso, já haviam sido incluídos na primeira conta, com a concorrência expressa do DNER, que pleiteou e obteve fossem calculados na base de 6% a.a. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos 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, 2 de março de 1988 (data do julgamento)

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG — Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Na execução de sentença proferida em ação de desapropriação proposta pelo DNER, elaborada conta com ela concordou a autarquia vindo a ser expedido precatório para o respectivo pagamento, o que ocorreu em 8 de outubro de 1986.

Considerando que o cálculo fora elaborado em 1982, requereu o desapropriado a atualização dos valores recebidos, o que foi determinado pelo MM. Juiz, sendo a conta então feita impugnada pelo DNER ao fundamento de que nela se incluíra juros de mora não concedidos pela sentença.

A impugnação foi desprezada e, inconformada, apelou a autarquia.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A sentença que julgou a ação de desapropriação não se referiu efetivamente a juros moratórios que, entretanto, são sempre devidos, pois representam simples reparação pela demora do pagamento cabível.

Além disso, no primeiro cálculo foram incluídos com a concordância expressa do DNER, que pleiteou e obteve fossem calculados na base de 6% aa (fls. 141/147).

Não há, assim, como acolher-se a inconformidade agora manifestada.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 138.069 — RS — (Reg. nº 3.070.255) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: DNER. Apdo.: Cautol — Coml/ e Técnica de Automóveis S/A. Advs.: Drs. Sérgio Almeida de Figueiredo e outros e Renato Alves de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, negou provimento à apelação, por unanimidade. (Em 2-3-88 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 138.631 — SC
(Registro Nº 9.936.572)

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

Remetente: *Juízo de Direito de Biguaçu*

Apelantes: *IAPAS/BNH*

Apelada: *Wildner S.A. Pescas, Conservas e Congelados*

Advogados: *Drs. Hélio Moreira da Silveira, Mário César dos Santos*

EMENTA: Tributário. FGTS. Decadência. Prescrição. CTN, arts. 173, 174 e 217, IV.

I — A contribuição do FGTS tem natureza tributária, por isso que, criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, art. 3º), estando, ademais, regulada no CTN, art. 217, IV, com a redação do D.L. 27, de 14-XI-66.

II — Sujeição da contribuição do FGTS ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição. CTN, arts. 173 e 174.

III — Recurso do IAPAS improvido. Provimento parcial da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento ao recurso, e dar provimento parcial à remessa oficial, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1988.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de embargos opostos por Wildner S.A. Pesca, Conservas e Congelados à execução fiscal que lhe move o IAPAS, com o objetivo de cobrar crédito referente a contribuições para o FGTS dos meses de dezembro/67 a fevereiro/79.

Alegou a embargante a decadência referente às notificações nºs 303.166 e 303.164, dos períodos de janeiro a dezembro/67 e 13º salário de 1967 e a prescrição em relação aos demais lançamentos constantes da Certidão de Dívida Ativa.

A sentença de fls. 65/67, lavrada pelo Juiz José Clésio Machado, da Comarca de Biguaçu-SC, julgou procedentes os embargos «referentemente ao valor inserido na referida execução fiscal, condenando o embargado nas custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, com as devidas conversão e correção monetária». Argumentou que as contribuições para o FGTS têm natureza tributária, sujeitas por isso, à decadência e prescrição qüinqüenal conforme previsto no CTN. Trouxe a sentença à colação, acórdão do Egrégio TFR e concluiu por afirmar que «a decadência aventada pela embargante, nos lançamentos a que se refere, também tem acolhimento, frente à tese dissertada neste *decisum*, contudo, fica subordinada e prejudicada pelo alcance maior do acatamento da prescrição».

Inconformado, apela o IAPAS (fls. 69/72), postulando a reforma da r. sentença. Reporta-se às razões da impugnação de fls. 45/62 e sustenta que as contribuições para o FGTS não têm natureza tributária e prescrevem em trinta anos.

Com a resposta de fls. 75/76, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

«Tributário. FGTS. Decadência. Prescrição. CTN, arts. 173, 174 e 217, IV.

I — A contribuição do FGTS tem natureza tributária, por isso que, criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, art. 3º), estando, ademais, regulada no CTN, artigo 217, IV, com a redação do DL 27, de 14-11-66.

II — Sujeição da contribuição do FGTS ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição. CTN, arts. 173 e 174.

III — Recurso do IAPAS improvido. Provimento parcial da remessa oficial.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A prescrição começa a correr a partir do lançamento (Súmla 153-TFR). Apenas os débitos levantados em 18-10-73, que são os débitos dos períodos janeiro/67 a abril/70 e março/71 e agosto/73, é que foram apanhados pela prescrição qüinqüenal.

O mais, ou porque do lançamento até a vigência da Lei 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, não transcorreram os cinco anos, ou porque não se provou regularmente a data em que foram os lançamentos realizados, a sentença é de ser reformada.

Adoto, na fundamentação deste voto, o voto que proferi no IUJ na AC 58.664-SP, cuja cópia faço anexar.

Invoco, outrossim, o decidido na AC 100.795-SP, de que fui relator, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

«Tributário. FGTS. Decadência. Prescrição. CTN, artigos 173, 174 e 217, IV.

I — A contribuição do FGTS tem natureza tributária, por isso que, criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, art. 3º), estando, ademais, regulada no CTN, artigo 217, IV, com a redação do DL 27, de 14-XI-66.

II — Sujeição da contribuição do FGTS ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição, CTN, arts. 173 e 174.

III — Recurso provido.» (*DJ* 19-12-85).

Reporto-me, também, ao decidido nos embargos de declaração na AC 107.071-AM, assim ementado:

«Tributário. FGTS. Destinação legal do produto da arrecadação. CF., art. 165, XIII. CTN, art. 4º.

I — A contribuição do FGTS destina-se, na maioria dos casos, ao empregado. Isto, entretanto, não muda a natureza tributária da contribuição, por isso que está expresso, na lei complementar 6C.F., art. 18, § 1º), o Código Tributário Nacional, art. 4º, que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la: *a*) a denominação e demais características formais adotadas; *b*) a destinação legal do produto da sua arrecadação.

II — Embargos de declaração rejeitados.» (*DJ* 8-5-86).

Do exposto, nego provimento ao recurso e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, reformo-a, parcialmente.

ANEXO

IUJ no AC nº 58.664 — SP

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (Relator): Impõe-se, em verdade, a uniformização da jurisprudência do Tribunal, tendo em vista a divergência ocorrente a respeito do tema, conforme esclarecido no relatório.

Conheço, de conseguinte, do incidente.

II

Neste voto, procuraremos equacionar a questão nos seus diversos aspectos, presente, inclusive, a Lei nº 6.830, de 22-9-1980, publicada no *DO* de 24-9-1980, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

1. *As Contribuições Previdenciárias: Natureza Jurídica*

A contribuição previdenciária tem natureza tributária (Constituição Federal, art. 165, XVI, art. 21, § 2º, I, sem a EC Nº 8, de 1977; CTN, art. 217). Se assim não fosse, inconstitucional seria ela, leciona Geraldo Ataliba, porque «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco.» «Banco Nacional da Habitação — Constribuição dos Empregadores — Natureza Jurídica — Fato Gerador», RDA, 83/408). Exigida compulsoriamente, ajusta-se à definição de tributo (CTN, art. 3º), irrelevante a destinação legal do produto da sua arrecadação para a conceituação de sua natureza específica (CTN, art. 4º, II).

De um modo geral, ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza («Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305), tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, é dominante a tese no sentido de que o gênero tributo se triparte em impostos, taxas e contribuições. Pontes de Miranda, entretanto, adota a divisão bipartida do tributo em impostos e taxas. Nas taxas, faz incluir as contribuições. Estas seriam uma subespécie daquelas («Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69», II/362-363 e 371).

Geraldo Ataliba sustenta que os tributos são *vinculados* ou *não vinculados*, segundo a consistência da hipótese de incidência, ou fato gerador («Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, ps. 131 e segs.; «Apontamentos de Ciência das Finanças, Dir, Financeiro e Tributário», RT, 1969, ps. 192 e segs. «Considerações em torno da teoria jurídica da Taxa», RDP, 9/43). Esse critério distintivo foi adotado por Hector Villegas («Curso de Finanças, Derecho Financiero Y Tributário», ps. 74 e segs.) e acolhido por Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/33-34; RDP, 17/309). *Não vinculado* é o tributo cuja hipótese de incidência independe de qualquer atividade específica do Estado em relação ao contribuinte, ou cuja hipótese de incidência é um fato qualquer que não seja atuação estatal. *Vinculado* é aquele cuja hipótese de incidência seja uma atividade específica do Estado.

Escreve Ataliba:

> «Em outras palavras: a materialidade do fato descrito na h. i. (aspecto material da h. i.) de todo e qualquer tributo ou é uma (1) atividade estatal ou (2) outra coisa qualquer. Se for uma atividade estatal o tributo será (1) vinculado. Se um fato qualquer, o tributo será (2) não vinculado.» (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», cit., p. 141).

Os tributos *não vinculados* são os impostos; os *vinculados* são as taxas e as contribuições especiais. Estas, as contribuições, se distinguem das taxas no seguinte: «A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente, imediatamente referida ao obrigado. A h. i. da contribuição é uma atuação estatal indireta, mediatamente referida ao obrigado.» («Hip. de Incid. Trib.», p. 164).

Entende Ataliba, pois, que «as contribuições não se confundem com as taxas, nem com os impostos, mas também não constituem gênero que a eles se oponha. São especies de tributo vinculado, ao lado da taxa. Desta se distingue por um *quid plus* na estrutura da materialidade da h.i.» («Hip. de Incid. Trib.», p. 193).

Mas, pela exposição que vimos de ver, sem embargo de Ataliba considerar as taxas e as contribuições espécies de tributo vinculado — e os tributos, para esse autor, são vinculados e não vinculados, tão-só — pode-se afirmar não ser desarrazoada a tripartição do gênero tributo nas espécies: impostos, taxas, contribuições.

O saudoso Rubens Gomes de Souza, que acolhe a concepção tripartida, entende que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isto em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs I a V». (RDA, 112/39; RDP, 17/314).

Então, acrescentamos, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

Assenta-se, relativamente à contribuição previdenciária, como premissa fundamental, que é ela um tributo. Alguns autores, como Ataliba, já falamos, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados («Hip. do Inc. Trib.», p. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, ps. 184 e segs.). Este é, também, o entendimento de Marco Aurélio Greco, conforme exposto na RDP, 19/385.

Esses autores não estão errados. A conclusão a que chegam está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro (CTN, art.

217), as contribuições previdenciárias, que são tributos, podem e devem ser classificados ou como *contribuições*, ou como *contribuições parafiscais*, observada, todavia, a lição de Ataliba:

> «A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária *ex lege*, em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hip. de Inc. Trib.», p. 201).

Conceituada, pois, como tributo, genericamente, ou como contribuição, ou contribuição parafiscal, *in specie*, mas sem caráter parafiscal autônomo, ao contrário, pois, da doutrina exposta por Morselli, que foi repudiada, no Brasil, entre outros, conforme esclarece Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/p. 43; RDP, 17/316), por A. Baleeiro («Uma Introdução à Ciência das Finanças», «Limitações Const. ao Poder de Tributar»), Ulhoa Canto («Alguns Aspectos Jurídico-Const. da Parafiscalidade do Brasil», Archivio Finanziario, 5/36), A. A. Becker («Teoria Geral do Dir. Trib.», p. 349), Geraldo Ataliba («Regime Const. da Parafiscalidade», RDA, 86/16) e pelo próprio Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/27; RDP, 17/305), desta forma tributo, pois, ditas contribuições estão sujeitas às regras legais atinentes ao tributo, já que integram o sistema tributário (A. Baleeiro, «Dir. Tribut. Brasileiro», Forense, 1ª ed., 1970, ps. 68 e 571; Geraldo Ataliba, «Hip. de Incid. Trib.», p. 201; Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA, 115/41).

I.I. *A Emenda Constitucional Nº 8, de 1977.*

A Constituição de 1967, com a EC Nº 1, de 1.969, dispunha, no seu art. 21, § 2º, I:

> «Art. 21. .....
>
> § 2º A União Pode instituir:
>
> I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais;»
>
> .....

Essa disposição constitucional, art. 21, § 2º, I, está-se a ver, liquidava, irremediavelmente, com as opiniões dos que negavam o caráter tributário das contribuições previdenciárias.

Por tal razão, percebeu-a o eminente Ministro Moreira Alves, em voto proferido no RE Nº 86.595-BA (RTJ 87/271), «e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» por «e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social», tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43 da Emenda nº 1/69 («Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: .... X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178*)...»

E concluiu o douto Ministro que a alteração «indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo artigo 43. Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei 27 à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham a natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8.»

Concordo com o eminente Ministro Moreira Alves, que é dos maiores juristas do país, quando S. Exa. escreve que o elaborador da Emenda Constitucional nº 8, ao mu-

dar a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC Nº 1, pretendeu retirar da contribuição previdenciária o seu caráter tributário. Divirjo, todavia, *data venia*, quando S. Exa. conclui no sentido de que o legislador constituinte conseguiu o seu intento.

É que, como ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza, «o enquadramento da previdência social no sistema tributário é decorrência lógica, senão necessária, da sua conceituação como atividade própria do Estado.» (RDA, 115/84). Assim ocorre no direito tributário comparado, nos dá notícia Rubens, que cita alguns exemplos ilustrativos, mencionando a Itália, a França, a Espanha e a América espanhola, para concluir:

> «Essa é, efetivamente, a orientação dominante, para não dizer pacífica, aqui e no estrangeiro, portanto sem vinculação a um sistema jurídico determinado. Em toda a pesquisa que pude fazer, só encontrei Lionello Levi Sandri, autor não tributarista, que atribuísse, especificamente ao financiamento da previdência social, um caráter que, por ser parafiscal, o colocaria numa categoria propria de receitas — de resto não cabalmente definida, mas distinta das receitas tributárias.» (RDA, 115/87).

A teoria de Emanuelle Morselli («Le Finanze degli Ente Publici non Territoriali», Pádua, 1943), no sentido de que seria possível a distinção do *tributo fiscal do tributo parafiscal*, no sentido de que este seria regido por normas especiais, encontrou, já mencionamos, tanto na doutrina estrangeira, quanto na brasileira, franca oposição. Na Itália, pátria de Morselli, busco em Rubens Gomes de Souza a informação, «os tributaristas ... são unânimes em definir as exações parafiscais, previdenciárias ou outras, como tributos. Assim, Giannini, Cocivera, Michelli, Ingrosso (Giovanni), Ingrosso (Gustavo), Zingali, e outros que seria fastidioso enunerar ...» «Na Franca, Laufenburger polemizou diretamente com Morselli. Além dele, Jean-Guy Merigot, Laferrière-Waline, Trotabas, Duverger e Lucien Mehl, todos concluíram que o chamado tributo parafiscal é imposto com destinação determinada ...» «Na Espanha, entre os comentaristas da Lei de Reforma Tributária de 1958, Vicente-Arche afirma a natureza tributária das cotas de previdência social e a impossibilidade de defini-las como categorias jurídicas de outra natureza. E, em estudo especificamente dedicado às exações parafiscais, Vicente Torres Lopes esclarece que quanto a elas o objetivo da citada lei de 1958 foi quádruplo: *a*) suprimir de maneira categórica (de modo tajante) a possibilidade de serem criadas a não ser por lei votada pelas Cortes, *b*) delegar por prazo certo ao executivo a revalidação por decreto das existentes cuja revogação tácita pudesse ocasionar «problemas insuperáveis», *c*) considerar «suprimidas e portanto ilegais» as não revalidadas pelo executivo no prazo previsto, *d*) submeter as assim revalidadas ao regime normal aplicável aos tributos.» No Brasil, ainda em 1954, quando Morselli aqui esteve, proferindo conferência no Rio de Janeiro, foi ele duramente contestado; anteriormente, Milton Campos já apontava o equívoco do professor italiano («Instituto do Açúcar e do Álcool — Fixação de sobrepreço — Inconstitucionalidade.» Rev. Forense, Rio, 1953, vol. 145, p. 69, *ap.* Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA, 115/91). «Posteriormente,» escreve Rubens Gomes de Souza, «além dos escritos de Baleeiro já referidos (6.2.5), a doutrina brasileira firmou sua posição em vários trabalhos, nos quais se percebem ecos do debate havido em 1954, com o próprio Morselli. Assim, cronologicamente: Sylvio Santos Faria, Buys de Barros, Gilberto de Ulhoa Canto, Alfredo Augusto Becker, Walter Barbosa Corrêa, Geraldo Ataliba» e o próprio Rubens Gomes de Souza. «Todos esses trabalhos, sem discrepância, concluem pela natureza tributária das exações parafiscais, cuja validade constitucional depende de se qualificarem como impostos ou como taxas: embora alguns admitam tratar-se, em certos casos, de tributos *sui generis*, reunindo características de uma e de outra daquelas figuras, como nota Becker sem concordar.» (RDA, 115/90-92).

Deste último, Alfredo Augusto Becker, convém que se transcreva a lição, para boa percepção do seu pensamento. Escreve:

«A doutrina tem demonstrado que as «contribuições parafiscais» não constituem uma natureza jurídica de tributo «sui Generis» nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada, e, noutros, verdadeiras taxas.

E a «contribuição parafiscal» possui a referida natureza jurídica porque a *destinação* do tributo, a sua *maior ou menor proporção* (em relação à base de cálculo) e a *posição do sujeito passivo* em relação à hipótese de incidência do tributo, não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo.» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., 1972, p. 350).

O simples fato, pois, de ter a EC nº 8, de 1977, alterado a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC nº 1, de 1969, dali retirando a contirbuição previdenciária, não seria suficiente para alterar-lhe a natureza jurídica. Não seria colocando um nome de mulher num homem, que este deixaria de ser homem.

O que importa, repito, é a natureza jurídica do instituto.

Este, como vimos, define-se em razão de certos princípios científicos, e o tributo é caracterizado pela sua essência jurídica, vale dizer, «ser prestação pecuniária compulsória em favor do estado ou de pessoa por este indicada (parafiscalidade), que não constitua sanção de ato ilícito (não seja multa), instituída em lei (não decorrente de contrato). Sendo tal, a prestação pecuniária será tributo e estará sob a disciplina dos princípios jurídico-tributários insertos na Constituição e nas leis de normas gerais complementares», leciona Sacha Calmon Navarro Coelho, ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal, no RE nº 86.595-BA («Revista da Faculdade de Direito da UFMG», Belo Horizonte, nº 21, maio/79, p. 463).

Perfeita a colocação do mestre mineiro, ao escrever:

«Considerar que uma prestação pecuniária compulsória imposta unilateralmente aos cidadãos, tendo por causa ou «fato gerador» uma situação lícita qualquer (ter renda, ser proprietário, exportar, ser empregador, possuir o estabelecimento mais de 100 empregados, ter imóvel valorizado por obra pública, receber serviços do estado) ora é tributo, ora não o é, desorganiza a tarefa, por si só árdua, de aplicação do direito à vida. A grande valia do Código Tributário Nacional foi ter sistematizado a disciplina jurídica básica do tributo, dando-lhe organicidade e condições de aplicação. Superou, por assim dizer, o caos que vigia antes da sua implantação, quando a União, os Estados e os Municípios, aos milhares, cada qual possuía a «sua legislação», com os seus «conceitos» e os «seus prazos» e onde cada tributo tinha a «sua lei e o seu regulamento». (Ob. e loc. cits., p. 464).

O que ocorreria, em razão da alteração promovida pela EC nº 8, de 1977, antevê-se, é uma situação pior para a previdência social. É que, com a redação do art. 21, § 2º, I, da EC nº 1, de 1969, poderia o Executivo, através de ato seu, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas e bases de cálculo da contribuição previdenciária (art. 21, I, *ex vi* do disposto no § 2º, I, do mesmo artigo, sem a EC nº 8, de 1977).

Não se legisla, em verdade, impunemente.

2. *A decadência e a prescrição das contribuições previdenciárias.*

Anteriormente ao CTN, os institutos da decadência e da prescrição eram tratados de maneira não uniforme.

No que tange às contribuições previdenciárias, no regime anterior à LOPS, o saudoso Ministro Oscar Saraiva preconizou que a elas se aplicavam as mesmas regras que vigoravam para a prescrição da dívida ativa da União, lembra Albino Pereira da Rosa («Das Autarquias Federais em Juízo», monografia inédita que o autor remeteu-me).

Escreveu o Ministro Oscar Saraiva, a respeito:

«1. As instituições de previdência social são órgãos delegados da União Federal e por ela criadas para atender aos seguros sociais cuja manutenção a Constituição prevê. E as relações desses organismos com os particulares alcançados pelo seu regime decorrem de lei e não de simples atos de vontade. No que toca às contribuições devidas aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, elas se equiparam àquelas devidas ao próprio Estado, tanto que a respectiva cobrança se faz pela via do executivo fiscal aos juizos da Fazenda Pública, sendo privilegiados nos processos de falência os créditos delas decorrentes.

«2. Frente a esses postulados, que hoje constituem verdades pacíficas ao alcance de todos, seria descabido, conforme se pretende, aplicar-se à prescrição das contribuições devidas às instituições de previdência, e no caso o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, ante a omissão da lei, as regras do art. 178, § 1º, incisos II e III, do Código Civil, que alcançam as obrigações de natureza privada, quando o certo é que se lhe devem aplicar as mesmas regras que vigoram para a prescrição da dívida ativa da União Federal, dos Estados e dos Municípios, isto é, das pessoas de direito público interno, entre as quais se alinham, sem qualquer dúvida, as autarquias.

«3. Assim, nesse terreno, caberia apenas questionar-se a prescrição que vigora, se é a *trintenária* prevista no art. 179 do Código Civil, o qual alude às obrigações não especificadas, se a do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1951, que estabelecia o prazo prescricional de 40 anos, ou se são imprescritíveis os créditos da Fazenda». (Previdência Social — Prescrição da Dívida Ativa das Autarquias», *in* RDA, vol. I, Fasc. II. pág. 716).» (*Ap.* Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Tal como ocorreu com os créditos tributários de modo geral, em que «chegou-se, com apoio de autoridade não menor que a de Clóvis Beviláqua, à tese de serem tais direitos e ações imprescritíveis», pelo fato de «serem os bens públicos inalienáveis a não ser nos termos de lei expressa» (Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA 115/94), tal como ocorreu, repito, com os créditos tributários de modo geral, também com relação às contribuições previdenciárias não faltou quem sustentasse a sua imprescritibilidade. Neste sentido opinou Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira: «as contribuições devidas aos Institutos e Caixas pelos empregadores que lhes são filiados, mesmo quando se trata de pessoas de direito público, são imprescritíveis, *ex vi* do art. 168, IV, do Cód. Civil, pelo caráter de «mandatários» legais, de que se revestem os empregadores perante aquelas instituções, a esse respeito.» «A Prescrição das Contribuições Devidas aos Institutos e Caixas», *in* «Industriários», 7/23-27 e 32; *ap.* Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Com o advento da LOPS, Lei nº 3.807, de 26-8-1960, art. 144, estabeleceu-se a prescrição trintenária para a dívida ativa da previdência social.

Vindo a lume o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-1966, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1967, que estabeleceu prazos de extinção dos direitos, substantivos ou de ação (CTN, art. 173 e art. 174), fixou-se a doutrina, de forma praticamente unânime, no sentido de que tais prazos, de decadência e de prescrição, atingiam, também, as contribuições previdenciárias, tendo em vista a natureza tributária destas; noutras palavras, o art. 144, da LOPS, «cedeu o passo ao CTN, inclusive quanto aos sujeitos passivos não estatais, ante a configuração tributária das obrigações a que se refere a LOPS» (Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA 115/101), revogado, assim, pelo CTN, artigos 173 e 174, o artigo 144 da LOPS.

Esta sempre foi a minha opinião, manifestada em votos, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, nas AACC nºs 41.990-SP, 50.134-SP, 42.410-MG, 45.591-RS, 37.674-CE, 49.059-DF e AMS nº 79.964-SP, que contaram com a anuência

dos meus eminentes pares. Nas AACC 40.694-SP, Relator Ministro Décio Miranda, e 47.631-RS, Relator Ministro Jarbas Nobre, não foi outro entendimento da 2ª Turma (*Ap.* Jorge Franklin Alves Felipe, «Previdência Social», 1979, nota 28, ps. 138/139).

Nos EAC nºs 40.694-SP, de que fui relator, o Plenário da 2ª Seção ratificou o entendimento (Julg. de 9-9-1980). Também nos EAC nº *50.134-SP*, Relator Ministro Miguel Ferrante, o Plenário da 2ª Seção reiterou tal modo de entender.

Nos EAC nº 40.694-SP, ficou assim ementado o acórdão:

> «Tributário. Contribuição previdenciária. Decadência e prescrição. LOPS, art. 144, CTN, arts. 173 e 174. Cód. Civil, art. 168, IV.
>
> I — Contribuição previdenciária é tributo, assim sujeita às regras de decadência e prescrição dos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS.
>
> II — Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil.
>
> III — Embargos rejeitados.»

2.1. *O § 9º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830, de 1980: disposição inovadora — prescrição trintenária.*

Acontece que o § 9º, do art. 2º, da Lei nº 6.830, de 22-9-80, dispôs:

> «Art. 2º .....
>
> .....
>
> § 9º O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, 26 agosto de 1960.»

O que quer dizer, afinal, a lei, em termos assim cabalísticos, no que tange à prescrição das contribuições previdenciárias?

Para os que sustentam, sob o ponto de vista formal, que o CTN é lei complementar, todo ele, o § 9º, do art. 2º, da Lei nº 6.830, de 1980, não quer dizer nada, por isso que não poderia a lei ordinária alterar a lei complementar. No conflito, pois, entre essa disposição legal, § 9º do art. 2º, da Lei 6.830/80, com o art. 174, CTN, prevalece este.

Para nós, todavia, que analisamos o CTN sob o ponto de vista material, no sentido de que somente as regras postas no CTN, que configuram normas gerais de direito tributário, é que constituem lei complementar (CF., art. 18, § 1º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária, a questão não se resolve com simplicidade.

A primeira indagação que devemos responder é se o § 9º, do art. 2º, da Lei 6.830, de 1980, constitui norma legal interpretativa.

Pensamos que não.

Porque a lei interpretativa deve declarar, de regra, expressamente, que ela assim o é, ou no seu texto, ou mesmo no seu preâmbulo.

A Lei nº 6.830, de 1980, não contém tal declaração.

De outro lado, ao que vimos de ver, a doutrina, praticamente unânime, sustenta o caráter tributário das contribuições previdenciárias, de modo a sujeitá-las aos princípios e regras do sistema constitucional tributário e do Código Tributário Nacional. Geraldo Ataliba lembra que Baleeiro escreveu que «as contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição» (Direito Tributário Brasileiro, 7ª ed., pág. 571). Esta consideração levou Rubens Gomes de Souza a observar que «... a frase de Baleeiro pode ser assim explicitada: as exações parafiscais são tributos e, como tais, isto é, como impostos, ou taxas, ou contribuições, não escapam aos princípios da Constituição» (RDP 17/317).» (Geraldo Ataliba, «Estudos e Pareceres de Dir. Tributário», RT, 1978, p. 26).

Ora, a frase no sentido de que o legislador pode tudo, há de ser entendida em termos. O legislador não pode interpretar uma lei já revogada, com o fito de dizer que tal revogação não existiu. O que pode ele fazer, em caso assim, é inovar, restaurando a norma revogada, mas, jamais, dizer que uma lei revogada continua em vigor, mesmo porque a conceituação de uma lei como interpretativa tem conseqüência séria: a lei interpretativa é retroativa (Betti, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», Milano, 1949, § 26; Roubier, «Le droit transitoire», Paris, 1960, p. 56), ou, na lição de Savigny («Syst del Dir. Rom.» 1886, § 32) e de Gierke («Deutsches Privatrech», § 18), citados por R. Porchat («Curso Elementar de Dir. Romano», Duprat & Cia., 1907, I/418), é uma «nova lei, com cunho de obrigatoriedade, que estende os seus efeitos ao passado, fazendo com que a lei antiga seja entendida e aplicada no sentido prescrito», assim exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

O que entendemos, pois, é que a Lei 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, contém regra inovadora, no sentido de que restaura a eficácia do art. 144 da LOPS. O CTN, no seu art. 174, o revogara. Lei posterior, todavia, a Lei 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, Lei de direito substantivo processual, o restaurou. Como nos incluímos entre os que entendem que a disposição inscrita no art. 174, CTN, é de direito substantivo processual, e não norma geral de direito Tributário (CF, art. 18, § 1º), assim lei ordinária, admitimos possa lei ordinária estabelecer prazo de prescrição diferente para determinado tributo.

A conclusão a que chegamos, pois, é que o crédito decorrente das contribuições previdenciárias, inobstante o seu caráter tributário, a partir da vigência da Lei nº 6.830, de 1980, fica sujeito à prescrição trintenária.

2.2. *A decadência do crédito previdenciário e o § 9º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830, de 1980.*

O que se disse, acima, no tocante à prescrição, não se aplica, todavia, ao instituto da decadência do direito à constituição do crédito previdenciário.

O § 9º, do art. 2º, da Lei 6.830, de 1980, diz respeito, apenas, ao prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias, vale dizer, cuida, tão-só, da extinção temporal da ação de cobrança. Prevalece, então, a regra inscrita no art. 173 do CTN, que estabelece prazo de caducidade do direito de constituição do crédito tributário.

O lançamento do crédito previdenciário dá-se por homologação. Reporto-me, no particular aos votos que proferi, com o acolhimento dos meus eminente pares, nas AACC 41.990-SP; 50.134-SP, 47.730-SP e AMS 78.381-RJ.

Essa interpretação parece-nos harmonizar-se com a disposição inscrita no parágrafo único do art. 80, da LOPS, Lei 3.807, de 1960, que estabelece que as empresas sujeitas ao seu regime deverão guardar, durante cinco anos, os comprovantes dos lançamentos, para os efeitos do artigo 81.

3. *Conclusão*

Meu voto, em conclusão, é no sentido de que, com a vigência do Código Tributário Nacional, ficaram as contribuições previdenciárias sujeitas aos prazos de prescrição e de decadência ali previstos (CTN, artigos 173 e 174). Todavia, vindo a lume a Lei nº 6.830, de 22-9-1980, publicada no *DOU* de 24-9-80, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação, restaurada ficou a prescrição trintenária referente às contribuições previdenciárias, sem inovação, entretanto, com relação à decadência, que continua regida pelo art. 173, CTN.

Proponho, de conseguinte, que a Eg. Corte edite súmula com o seguinte enunciado:

> As contribuições previdenciárias até a vigência da Lei nº 6.830, de 22-9-1980, estavam sujeitas à prescrição qüinqüenal do artigo 174, do Código Tributário Nacional.

Referência:

Código Tributário Nacional, artigo 174.

Lei nº 3.807, de 26-8-1960, artigo 144.

Lei nº 6.830, de 22-9-1980, artigo 2º, § 9º.

Incidente de uniformização de jurisprudência na AC nº 58.664-SP.

A Secretaria da Eg. 2ª Seção dará cumprimento ao disposto no art. 109 do Regimento Interno. Os autos, após a publicação do acórdão, voltarão à Turma, para julgamento da causa.

EXTRATO DA MINUTA

AC 138.631 — SC — (Reg. nº 9.936.572) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Remte.: Juízo de Direito de Biguaçu. Apte.: IAPAS/BNH. Apda.: Wildner S/A Pescas, Conservas e Congelados. Advs.: Drs. Hélio Moreita da Silveira, Mário César dos Santos.

Decisão: A Turma, após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, reformou-a parcialmente. Pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO. 11-4-88, 6ª Turma.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Considero que as CDI ajuizadas pela autarquia previdenciária, como os demonstrativos que as acompanham, nem sempre primam pela clareza e precisão de seus registros. Há, comumente, dificuldade na verificação dos dados neles inscritos, sobretudo quando computadorizados, inclusive no concernente à data do levantamento do crédito e sua constituição definitiva.

Em tal conjuntura, parece-me razoável se presuma verdadeira a alegação da ocorrência da decadência ou prescrição, quando não infirmada de forma inequívoca.

Nesse sentido tenho votado em diversas oportunidades, como dá notícia, entre outros, o acórdão na Apelação Cível nº 114.887-SP.

No caso presente, a apelante não consegue desmerecer a assertiva sentencial, relativa à decadência do direito de constituição do crédito, centrando, ao invés, sua irresignação, na alegação de que a contribuição devida ao FGTS não é tributo e que o direito de receber ou cobrar débitos previdenciários prescreve em trinta anos. Em nenhum passo, questiona a inexistência da prova da extinção do direito de constituição do crédito.

A essas considerações, peço vênia do eminente relator para, dissentindo do seu voto, negar provimento à apelação e confirmar a sentença.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sustentei, em numerosos votos, a partir do que proferi no julgamento dos Embargos na Apelação Cível 95.784, que as contribuições para o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço tinham a mesma natureza das contribuições previdenciárias. E as estas reconheço natureza tributária, embora admitindo que o tratamento constitucional foi mudado após a Emenda Constitucional nº 8.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de seu Plenário, já refletida em numerosíssimos julgamentos das Turmas, firmou entendimento diverso, entendendo que, ainda anteriormente à Emenda nº 8, as contribuições para o FGTS não tinham natureza de tributo, não se lhes aplicando o respectivo regime jurídico. Firme a jurisprudência daquela Corte, a ela já se adaptou a da Segunda Seção deste Tribunal, curvando-me a essa orientação.

Assentado que as contribuições jamais tiveram natureza tributária, não subsiste razão para reconhecer que o prazo de prescrição seja de cinco anos. Será de trinta anos, se se admitir, por força do artigo 20 da Lei 5.107/66, que aplicável o estabelecido em lei para as contribuições previdenciárias. Ou, solução que se me afigura mais adequada, de vinte anos, em vista da regra geral pertinente às obrigações pessoais. De qualquer sorte, o prazo não estaria exausto, no caso concreto. Com efeito, o período da dívida compreende janeiro de 1967 a maio de 1981, sendo que a ação foi ajuizada em setembro de 1984.

Já tive ocasião de me manifestar nesta Corte no sentido de que a prescrição constitui matéria de mérito, devendo o Tribunal prosseguir no julgamento da causa quando restar superada a alegação. Entretanto, havendo a 2ª Seção, por maioria significativa de seus julgadores, entendido em sentido contrário, curvo-me, como de hábito, à jurisprudência predominante.

Dou provimento para considerar não prescrito o débito, devendo os autos retornar ao Juízo de origem para apreciação das demais questões suscitadas.

EXTRATO DA MINUTA

AC 138.631 — SC — (Reg. nº 9.936.572) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Remte.: Juízo de Direito de Biguaçu. Aptes.: IAPAS/BNH. Apda.: Wildner S.A. Pescas, Conservas e Congelados. Advs.: Drs. Hélio Moreira da Silveira, Mário César dos Santos.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, e, nos termos do voto-médio do Sr. Ministro Carlos M. Velloso, deu provimento parcial à remessa oficial, vencido nesta parte o Sr. Ministro Miguel Ferrante e, parcialmente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. 11-5-88, 6ª Turma.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 140.964 — RO
(Registro nº 8.800.046.932)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelantes: *Augusto Afonso de Campos Brasil e outros*

Apelados: *União Federal e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*

Advogados: *Drs. Theotônio Negrão e Leônidas Nogueira de Souza e outros*

EMENTA: Desapropriação por interesse social. Liquidação de sentença.

— O acórdão, ao reformar em parte a sentença liquidanda, mandou acrescentar ao valor da indenização da terra nua, e não ao valor dos títulos, quarenta por cento de deságio.

— Os juros compensatórios são devidos tão-só pela ocupação do imóvel, independentemente de sua rentabilidade, e incidem sobre o seu valor integral.

— Os honorários advocatícios e a remuneração dos peritos, fixados em determinadas percentagens, devem ser calculados levando em consideração a indenização global, nesta compreendida a parcela concernente ao deságio dos Títulos da Dívida Agrária.

— Apelação provida.

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, 21 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de ação de desapropriação movida pelo INCRA contra Augusto Afonso Campos Brasil e outros, o Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de Rondônia homologou, com alteração dos valores dos honorários advocatícios e dos peritos, a conta de liquidação de fls. 806/827 (fls. 835/844).

Houve embargos de declaração, recebidos para que da sentença de liquidação também constassem os valores da indenização em OTNs (fls. 845/846) e apelação dos expropriados, com as razões de fls. 857/869.

Contra-razões às fls. 871/874.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento da apelação (fls. 882/888).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): As preliminares atinentes ao princípio dispositivo e à sua conexão com os arts. 463, inciso I e 605 do CPC já foram objeto de apreciação no julgamento do agravo, de modo que, na apelação, resta o exame do mérito, visto como não se discute o cabimento do recurso.

Colhe-se dos autos que, efetuado o cálculo em cumprimento ao v. acórdão 708/752, as partes com ele concordaram expressamente. Todavia, ordenou o juiz que se refizesse a conta, a fim de que o deságio fosse calculado apenas sobre os Títulos da Dívida Agrária e os juros compensatórios não fossem computados sobre a cobertura florística.

Elaborada nova conta, INCRA e União Federal anuíram nas modificações introduzidas; os apelantes, porém, contra elas se rebelaram.

O juiz, no retorno dos autos, por entender que vislumbrara outro erro, tratou de elaborar pessoalmente um outro cálculo em que os honorários advocatícios e a remuneração dos peritos foram calculados com exclusão da parcela relativa ao deságio dos Títulos da Dívida Agrária.

Em obediência à cláusula constitucional, a indenização da terra nua se fez em títulos especiais da dívida pública. «Os valores a serem fixados para a indenização — diz a sentença — haverão de ser pagos em Títulos da Dívida Agrária, segundo mandamento constitucional, para a terra, e em dinheiro, para as benfeitorias, não podendo ser contemplado valor a título de deságio, como querem os expropriados, sob pena de ir-se contra o espírito da norma maior.»

A decisão monocrática, contudo, sofreu reforma parcial, pois o v. acórdão de fls. 751 deferiu o deságio e concedeu indenização pela cobertura florestal. No pertinente ao primeiro, eis como concluí o meu voto, acolhido pela Turma (fls. 720/721):

> «Do quanto foi exposto, nego provimento à apelação do expropriante e à remessa de ofício e dou provimento em parte à apelação dos expropriados, tão-somente para mandar acrescentar ao valor da indenização em Títulos da Dívida Agrária a taxa de depreciação de 40% (quarenta por cento), tal como previsto no laudo do perito oficial (fls. 197/199), mantida no mais a sentença.»

Como se vê, o julgado liquidando mandou acrescentar ao valor da indenização em títulos (e não ao valor dos títulos, o que seria outra coisa), isto é, ao valor da indenização da terra nua quarenta por cento de deságio. Logo, este não é calculado sobre o valor dos Títulos da Dívida Agrária, conforme sustenta o MM. Juiz, mas sobre o valor da terra nua e constitui, via de conseqüência, parcela da indenização global.

Na expropriatória, assegura-se ao expropriado indenização integral, em ordem a evitar desfalque no seu patrimônio. Por isso mesmo, a essa indenização se agregam, como componentes, todas as verbas adicionais do preço, seja a correção monetária, sejam os juros compensatórios e moratórios, sejam os honorários dos advogados e dos peritos.

Esse princípio, fruto, sobretudo, de longa construção jurisprudencial, leva-nos a campo oposto àquele a que chegou a r. sentença apelada.

É incontroverso que os juros compensatórios são devidos pela só ocupação do imóvel, não dependendo da rentabilidade deste e incidem sobre o seu valor. Se a cobertura florística integra o imóvel, não há como excluir o seu valor da incidência desses juros.

Por igual razão, fixados os honorários advocatícios e a remuneração dos peritos em determinadas percentagens, não se concebe possa ser excluída do seu cálculo a parcela atinente ao deságio dos Títulos da Dívida Agrária, que compõe o preço da terra nua e, portanto, da indenização global.

Estou em que, assim decidindo, dou fiel execução à r. sentença liquidanda, considerados os acréscimos introduzidos pelo v. acórdão de fls. 751 e a orientação da jurisprudência a respeito da matéria.

Do quanto foi exposto, dou provimento à apelação para reformar a decisão apelada e homologar a conta de fls. 780, *usque* 802, que deverá produzir seus efeitos legais.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 140.964 — RO — (Reg. nº 8.800.046.932) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Aptes.: Augusto Afonso de Campos Brasil e outros. Apdos.: União Federal e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Advs.: Theotônio Negrão e Leônidas Nogueira de Souza e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator (Em 21-9-88 — 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 144.494 — MG
(Registro nº 8.894.368)

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

Apelante: *DNER*

Apelado: *Cláudio Martins da Costa*

Advogados: *Drs. Nílson de Moura e outro e João Bosco Leopoldino da Fonseca e outros*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Vantagem. Art. 184, I, da Lei nº 1.711, de 1952. Adicional. Critério de Cálculo.

O confronto entre os proventos da aposentadoria e a remuneração da atividade, para fins do disposto no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, há de ter como referência a própria situação do servidor, no momento da inativação, sem qualquer apoio em outros elementos, como, por exemplo, o maior vencimento da categoria.

A gratificação adicional por tempo de serviço, mesmo na inatividade, deve ser calculada sobre a parcela correspondente ao básico.

Comprovado tempo de serviço suficiente, os qüinqüênios devem ser deferidos no percentual máximo (35%).

Recurso parcialmente provido.

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 ao DNER, 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 WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Cláudio Martins da Costa ajuizou contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem a presente ação ordinária, alegando que foi aposentado na classe *C*, referência NS-20, com proventos calculados pela referência NS-25, da Classe Especial, por força do disposto no

art. 184, item I, da Lei nº 1.711, de 1952. Diz que o pagamento da remuneração não vem observando o referido critério, porquanto, sob o fundamento da proibição contida no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, apenas lhe foi reconhecido direito ao primeiro padrão (NS-20).

Após uma série de considerações, resumiu a sua pretensão nos seguintes itens, de sorte a repercutir na revisão dos proventos:

«*a*) O cálculo do valor de sua aposentadoria deverá ser feito com base na Referência NS-25, Classe Especial, com a manutenção de todas as vantagens já incorporadas nos cálculos atuais;

b) o novo cálculo deverá basear-se em reposicionamento que lhe é devido como aplicação do disposto na Aprovação da Exposição de Motivos nº 77, de 22-2-85, do DASP;

c) O novo cálculo deverá reconhecer o direito do Autor a 7 (sete) qüinqüênios, e, portanto, a 35% (trinta e cinco por cento) de adicional por tempo de serviço;

d) O novo cálculo deverá corrigir a incidência do adicional por tempo de serviço, que deverá fazer-se sobre a totalidade dos proventos do Autor, incluídas todas as gratificações, que se incorporaram, por determinação legal, aos seus proventos de aposentadoria, com pagamento das diferenças daí decorrentes a contar dos últimos cinco anos anteriores à propositura desta Ação;

e) Pagamento das diferenças decorrentes do reconhecimento dos Direitos acima mencionados, com juros e correção monetária, parcelas vencidas e vincendas.»

O DNER, em sua resposta, sustenta a regularidade dos proventos pagos, e cita, como balizamento, a questionada disposição constitucional. Também reagiu à integralidade da gratificação adicional (35%), bem assim ao regime de cálculo pretendido pelo Suplicante.

O Dr. Euclydes Reis Aguiar, eminente Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, julgou procedente, em parte, a ação, para reconhecer o direito à revisão dos cálculos dos proventos do servidor, nos termos formulados nas letras *a*, *c* e *d* do pedido.

Recorreu o DNER, com as razões de fls. 90/95, em críticas ao v. decisório.

Contra-razões às fls. 98/104.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 106).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): O Autor não apelou da parte da sentença que lhe foi desfavorável, motivo pelo qual estão devolvidas à apreciação desta instância superior apenas as parcelas deferidas, em face do inconformismo da Autarquia.

Em que pesem as lúcidas considerações contidas no *decisum*, tenho posição doutrinária oposta, em relação a dois pontos. Em primeiro lugar, a aplicação do disposto no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, é obstativa, a meu juízo, da comparação entre os proventos da inatividade e os vencimentos do mesmo cargo ocupado por funcionário em atividade. Para mim, a aferição há de ser feita entre a remuneração percebida no momento da inatividade, entre o que passará a perceber nesta e o que percebia como ativo. Não se pode comparar ou tomar como parâmetro situações individuais estranhas, vale dizer, o paradigma é o próprio servidor e não outros colegas. Com efeito, ao analisar hipótese idêntica, no julgamento da AMS nº 105.129-RS, tive ensejo de asserir:

«Esta Colenda Turma vem, reiteradamente, proclamando a necessidade de rigorosa observância do permissivo constitucional. A propósito, trago à colação o acórdão pertinente à AMS nº 87.364-MG, de minha lavra, de cuja ementa se lê:

«Administrativo. Funcionário. Vantagem. Art. 184, I, da Lei nº 1.711, de 1952.

O benefício do art. 184, I, do Estatuto dos Funcionários, pode ser concedido, sem ofensa ao princípio inserto no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, quando o servidor, ao passar para a inatividade, perde a parcela da gratificação de atividade.

Recurso adesivo improcedente.

Sentença confirmada».

Na AC nº 99.041-MG apreciei matéria bem semelhante ao caso destes autos, merecendo destaque o seguinte trecho do respectivo voto, verbis:

«Todavia, para compatibilizar a percepção total dos proventos com a regra do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, o Réu promoveu os descontos necessários.

O MM. Juiz *a quo* entendeu contudo, que o ajuste não é legítimo, porquanto significa eliminar a própria vantagem. Invoca, a propósito, a Súmula nº 143, do Egrégio Tribunal de Contas da União. Também, no que tange à Gratificação de nível superior, acolheu a pretensão, a teor do estabelecido no Decreto-Lei nº 1.709, de 1979.

Sobre o «ajuste» nos proventos, de sorte a ser observada a regra do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, já tenho posição firmada a respeito, consoante se vê do voto que proferi na AC nº 74.883-RN, cuja cópia faço juntar ao presente, para que sirva de base às razões de decidir, no particular.»

Também aqui, ao ser aplicado o art. 184, I, ocorreu o excesso proibido pela regra fundamental, circunstância que autoriza o «ajuste» promovido pela Repartição.

O Impetrante cogita de estabelecer o confronto entre os seus proventos e remuneração outra que não aquela por ele percebida no momento da inatividade. Isso, porém, não é possível. O texto da Constituição não deixa margem a dúvidas. A comparação deve ser feita com referência às duas situações do próprio funcionário (na atividade e na inatividade). Nem mesmo é autorizado tomar como padrão o maior vencimento da categoria.»

Também ao relatar a AMS nº 109.236-MG, no mesmo entendimento persisti, já agora com apoio em jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. A propósito, vale destacar os seguintes lances do respectivo voto:

«A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal também tem avalizado esse entendimento. É o que se infere do v. aresto relativo ao RE nº 106.888-4-RS, Relator o Sr. Ministro Djaci Falcão (*DJ* de 10-10-86), assim ementado:

«Aposentadoria. Proventos. Direito do servidor público a proventos ao nível do maior padrão de vencimentos por ele alcançado. Exercício de cargo em comissão ou função gratificada, por mais de dez anos não consecutivos. Na espécie não se trata de proventos em quantia jamais alcançada pelo servidor em atividade. Exegese do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido.»

O que se há de comparar é o total da remuneração percebida no momento da aposentadoria e os proventos da inatividade, sempre em relação à situa-

ção do próprio funcionário. Aliás, isso é o que está expresso no acórdão do RE nº 104.849-2-CE, Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer (*DJ* de 24-10-86), *verbis*:

> «Servidor público. Aposentadoria. Proventos. Vantagens do cargo em comissão ou função gratificada. Art. 180, da Lei nº 1.711/52 (redação nova). art. 102, § 2º, da Constituição.
>
> O preceito constitucional (art. 102, § 2º) proíbe, de modo induvidoso, se conceda ao servidor público, no ato de sua aposentadoria, proventos maiores do que sua remuneração global percebida em atividade, no momento de sua aposentação.
>
> Recurso Extraordinário conhecido e provido».

Em relação à incidência do adicional por tempo de serviço não vejo, *data venia*, justificativa jurídica para o critério proclamado na decisão, ou seja, sobre o total dos proventos, aí incluídas todas as vantagens acessórias. Como se sabe, a Lei nº 4.345, de 1964 (art. 10, § 1º), estabelece que a referida gratificação incide sobre o básico. Ora, se assim é, na inatividade continua o mesmo sistema, pois se assim não fosse certamente encontraria empeço na proibição do § 2º, do art. 102, da CF, pela decorrência natural do acréscimo em comparação com o cálculo feito quando ainda em atividade o funcionário.

Igual posição tem o Pretório Excelso, consoante se lê da ementa do aresto pertinente ao RE nº 102.901-3-MA, Relator Ministro Octavio Galloti (*DJ* de 10-10-86), verbis:

> «Ao ampliar a base de cálculo do adicional do tempo de serviço para que, na inatividade, passasse a ser calculado, não só sobre o vencimento-base, mas sobre a totalidade do provento (vencimento mais gratificação de produtividade), o acórdão recorrido contrariou o art. 102, § 2º, da Constituição.
>
> Precedentes do Supremo Tribunal sobre a mesma questão: RREE. 97.467 e 99.145.
>
> Recurso Extraordinário provido.»

Num único ponto estou de pleno acordo com o digno sentenciante. Refiro-me ao percentual da gratificação adicional, porquanto comprovado suficientemente tempo necessário para auferição de sete qüinqüênios. Destaco esses trechos do v. decisório:

> «Uma das partes em que tem total razão o autor é no que se refere à irresignação com o reconhecimento de apenas 6 qüinqüênios para efeito de adicionais previstos na Lei nº 4.345/64, que deu nova redação ao art. 146 do Estatuto.
>
> Com efeito, o requerido, para atribuir ao Autor a percepção de adicionais de 30% e não 35%, louvou-se apenas no documento de fls. 61, onde se acha registrado que o mesmo não chegou a completar o tempo suficiente para a percepção do 7º qüinqüênio.
>
> Na real verdade, ali se acha registrado que a implementação dos trinta anos ocorreu em 28-8-81, o que deixaria o requerente ao desamparo da lei, porque se aposentou em data de 13-3-85.
>
> Entretanto, equivocou-se o réu, porque não levou em conta o tempo de serviço compreendido entre janeiro de 1951 a outubro de 1954, provado à fl. 29, e que, somado ao período compreendido entre 28-8-81 e 13-3-85, é mais do que suficiente para preencher o requisito necessário à percepção do sétimo qüinqüênio desejado. Dispensável é dizer-se que o tempo provado à fl. 29 é somável ao tempo de serviço prestado ao réu, ante o princípio legal da reciprocidade.

Assim, dúvida não resta de que a pretensão de que os adicionais sejam calculados com a incidência de 35% sobre os proventos é legítima e incontestável.»

Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo do DNER para excluir da condenação os benefícios aludidos nos itens *a* e *d* de fls. 8, mantida a sentença no tocante ao item *c*.

EXTRATO DA MINUTA

AC 144.494 — MG — (Reg. nº 8.894.368) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Apte.: DNER. Apdo.: Cláudio Martins da Costa. Advs.: Drs. Nilson de Moura e outro, João Bosco Leopoldino da Fonseca e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo do DNER (Em 12-4-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.811 — DF
(Registro nº 88.188.117)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara-DF*
Apelante: *Vega Sopave S/A e União Federal*
Apelados: *Os mesmos*
Recurso Adesivo: *Às fls. 170 — (Apte)*
Advogados: *Drs. Luiz Antonio Bettiol e outros*

EMENTA: Tributário. IOF. Juros de mora. Correção monetária.

I — É devida a restituição do IOF recolhido no mesmo exercício de sua instituição.

II — Dita restituição vence juros de mora, incidentes a partir do trânsito em julgado da sentença que os fixou, e sobre o principal corrigido.

III — A correção monetária incide na forma da Súmula 46 do TFR, excetuando-se o período compreendido entre 28-2-86 a 27-2-87, o chamado «Plano Cruzado», quando aquela encontrava-se suspensa.

IV — Parcial provimento do recurso da autora. Improvimento do recurso adesivo, bem como do recurso voluntário da União e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento parcial à apelação da autora e negar provimento ao recurso adesivo, 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, 27 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Discute-se nestes autos a restituição do IOF recolhido no exercício de sua instituição.

A ação foi julgada procedente, sendo que a r. sentença determinou a incidência de correção monetária na forma da Súmula 46 do Tribunal exceto no período de vigência do plano cruzado (março/86 a fevereiro/87) e juros moratórios incidentes sobre o valor originário a partir do trânsito em julgado, além de 5% em honorários.

Apelou a autora justificando a reforma da r. sentença quanto aos fundamentos, dos juros de mora e da verba honorária.

Em peça singela, também, apela a União Federal requerendo a reforma *in totum* da sentença.

A autora, igualmente, interpõe recurso adesivo — fls. 170 — relativamente à correção monetária —, para que incida diretamente sem a exclusão do pedido de março/86 a fev/87.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de que seja adequada a r. sentença ao acórdão que menciona.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão é por demais conhecida do Tribunal, no sentido do cabimento da restituição do IOF recolhido no exercício em que foi instituído.

O dispositivo da r. sentença é o seguinte:

> «Ante o exposto, rejeito as preliminares e *julgo procedente* a ação para que a ré restitua à autora a quantia Cz$ 5.457,43 (cinco mil, quatrocentos e cinqüenta e sete cruzados e quarenta e três centavos). Correção monetária na forma da Súmula nº 46 do TFR, exceto no período de março/86 a fevereiro/87 em virtude do disposto no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.284/86, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.290/86. Juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir do trânsito em julgado, (calculados sobre o valor originário nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.736/79). Honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor total da condenação.
>
> «As custas antecipadas pela autora serão pagas pela ré» (fl. 154).

Quanto aos juros moratórios entendo que devam incidir sobre o capital corrigido monetariamente, na linha de jurisprudência do Tribunal — AC 123.796; Ag 46.680 e AC 102.961.

Assim, nesta parte procede o apelo da autora.

Já no que respeita a verba honorária nada acrescento ao percentual fixado na sentença, que está de acordo com a orientação jurisprudencial da 5ª Turma.

De outro lado, quanto ao período de fluência da correção monetária excetuado na sentença, março/86 e fevereiro/87, estou em que merece ser mantida a decisão neste particular.

Pois a correção monetária — foi extinta em 28-2-86, com o advento do plano cruzado — Decreto-Lei 2.284/86 — a qual retornou à ordem econômica em 27-2-87, ou seja, a sua extensão perdurou por um ano — Decreto-Lei 2.322/87, — portanto, a correção monetária não há de ser calculada nesse período — AC nº 130.554 — SP, *in DJ* 29-10-87.

A correção monetária conta-se até 28-02-86 (Decreto-Lei 2.284/86, art. 33). A partir daí, ficou ela suspensa ou «congelada» até 27-2-87 (Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º, com a redação do Decreto-Lei 2.322/87, art. 1º). De 27-2-87 em diante, restaurou-se a correção monetária com os índices de variações nominal da OTN (Decreto-Lei 2.290/86, art. 2º, § 4º, com a redação do Decreto-Lei 2.322/87, art. 1º).

Assim, dou provimento em parte à apelação da Autora, nego provimento ao recurso adesivo, à apelação da União e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 147.811 — DF — (Reg. nº 88.188.117) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara-DF. Aptes.: Vega Sopave S/A e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Rec. Adesivo: Às fls. 170. Advs.: Drs. Luiz Antônio Bettiol e Outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação da autora e negou provimento ao recurso adesivo, à apelação da União e à remessa oficial. (Em 27-6-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 148.634 — RJ
(Registro nº 880.021.259-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*
Apelante: *Daniel Batista Queres*
Apelada: *União Federal*
Advogados: *Drs. Antônio Patrício Correia e outros*

EMENTA: Processual Civil.

Perícia psiquiátrica efetuada por psicólogo, na cidade do Rio de Janeiro, onde não seria impossível ao Juiz nomear expert que fosse detentor de conhecimento técnico ou científico (CPC, arts. 145 e 424, I).

Cerceamento de direito processual do autor.

Apelação parcialmente provida, para anular-se o processo, a partir da perícia, inclusive, determinando-se que se proceda a novo exame do apelante, por psiquiatra habilitado, prosseguindo-se no feito, como de direito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo do autor, para anular o processo a partir da perícia, inclusive, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, em 10 de junho de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR: MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela Daniel Batista Queres de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Clélio Erthal que, acolhendo prejudicial argüida na contestação, julgou extinto, nos termos do art. 269, IV, do CPC, o processo que o apelante ajuizou contra a União Federal, em que pretende obter reforma na graduação de 3º Sargento (fls. 76/78).

Alegando sua condição de alienado mental, contra quem não ocorre a prescrição, deseja o apelante a reforma da sentença, a fim de que seja apreciado o mérito do pedido (fls. 80/85).

Nesta instância pronunciou-se a douta SGR pelo improvimento da apelação (fl. 92).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A prejudicial de prescrição foi acolhida pelo MM. Juiz aos seguintes fundamentos:

> «Ao que se apura, o Autor foi admitido na Aeronáutica em 3-3-75, passando a fazer parte do contingente da Escola de Especialistas de Guaratinguetá, como aluno da 1ª série do curso. Em junho desse mesmo ano, por ter sido reprovado, ficou aguardando pronunciamento da Divisão de Saúde, vindo a ser inspecionado no dia 19, sendo julgado incapaz temporariamente, a princípio por 45 dias e depois por 60 e mais 60. Em 31 de outubro desse mesmo ano (1975), tendo em vista a sua reprovação foi excluído do efetivo da EEAer, ficando sob tratamento.
>
> Inicialmente, cumpre examinar a argüição de prescrição.
>
> Caso fosse o Autor um alienado mental, é certo que o seu direito não prescreveria, já que contra os absolutamente incapazes não incide a prescrição. Entretanto, as provas colhidas não levam à convicção de tratar-se de um alienado mental.
>
> De fato, embora se trate de pessoa afetada por crises nervosas, nada induz o convencimento de que seja o Autor alienado. Pela correspondência de fls. 47, expedida pelo Diretor Médico da Casa de Saúde Dr. Eiras, vê-se que quando ele esteve internado, por recomendação da Aeronáutica, durante o período de 23-7-75 a 30-11-75, já apresentava «reação paranóide», mas sem apresentar sintoma de alienação, *verbis*:
>
> > «Psiquismo. Apresentação normal. Lúcido, orientado globalmente, não mais exibindo sintomas psicóticos. Atenção normovigil e normotenax. Memória conservada em todas as fases. Sensopercepção e curso do pensamento sem alteração. Inteligência de bom nível. Instrução colegial incompleta. Humor estável. Nexos afetivos bem conservados.
> >
> > Temperamento esquizotímico (sintônico). Conflitos emocionais em elaboração. Personalidade em maturação. Psicomotilidade normal. Volição tônica. Pragmatismo conservado. Coerência propositiva.»
>
> Vale dizer: ao ingressar na Aeronáutica, em março de 1975, o Autor já apresentava sintomas de desequilíbrio nervoso, constatado em junho, com o seu afastamento, após a referida internação.
>
> Como não era (e tudo indica que ainda não é) alienado mental, tenho na conta de prescrito o seu direito de acionar a União Federal para obter a reforma na graduação de Terceiro-Sargento, com direito aos atrasados, como vem de pretender.» (fls. 77/78).

Ora, em primeiro lugar, se o apelante em 1975 já apresentava «reação paranóide» e desequilíbrio nervoso, seria indispensável que a perícia judicial fosse efetuada por médico psiquiatra e não por psicólogo, como ocorreu, tanto mais em centro grande como é a cidade do Rio de Janeiro, onde não seria difícil arranjar-se um «expert» habilitado para o exame do estado de saúde mental do interessado. Assim é que, embora o apelante haja formulado quesitos sobre a eventual existência e a natureza de sua doença mental (fl. 39), o perito apresentou um laudo simplesmente psicológico, em que não se aventurou a informar de que tipo de doença psiquiátrica padece o periciado, embora afirme que ele é doente mental.

Como esclarece o perito, em seu laudo, ele fez apenas uma apreciação psicológica da situação, o que é bem diferente de um exame psiquiátrico (fl. 67).

É óbvia, pois, a existência de cerceamento de direito processual do apelante a uma perícia realizada por psiquiatra devidamente habilitado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para anular o processo, a partir da perícia, inclusive, determinando que se proceda a novo exame no apelante, por psiquiatra habilitado, prosseguindo-se no feito, como de direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 148.634 — (Reg. nº 880.021.259-0) — RJ — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: Daniel Batista Queres. Apelada: União Federal. Advogados: Drs. Antônio Patrício Correia e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo do autor, para anular o processo a partir da perícia, inclusive, nos termos do voto do Relator (Julg. em 10-6-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e William Patterson votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 148.760 — RS
(Registro nº 8.800.215.882)

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

Apelante: *Cia. Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM*

Apelada: *S/A Moinhos Riograndense — SAMRIG*

Recurso Adesivo: *Fls. 150*

Advogados: *Drs. Heron Costa Rica e outros, Francisco Sales Velho Boeira e outros*

EMENTA: Processual. Ação de Cobrança. Tarifa remuneratória de serviços prestados pelo «GREMOS».

Legitimidade ativa que se reconhece à CIBRAZEM, na qualidade de credora da remuneração devida pelos serviços prestados pelo mencionado órgão, integrante da estrutura da empresa.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do recurso adesivo e dar provimento parcial 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-DF, 01 de junho de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Apelou Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM — de sentença do MM. Juiz Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, que extinguiu, sem apreciação do mérito, ação de cobrança por ela proposta contra S/A Moinhos Riograndenses — SAMRIG, tendo por objeto débitos alusivos à tarifa remuneratória de serviços de movimentação de safras a cargo da Ré.

Disse haver o Decreto nº 88.141, de 2-3-83, criado o Grupo Executivo de Movimentação de Safras — GREMOS, subordinado à A., atribuindo a esta o direito de arrecadar as receitas decorrentes da remuneração dos serviços prestados, relativos à coordenação de movimentação de safras, agindo a CIBRAZEM, nesse particular, como entidade privada, não havendo como concluir-se, como fez a sentença, por sua ilegitimidade para a causa. Aduziu que, no caso, havendo sido prestados os serviços à Ré, é de todo descabida a sua recusa ao cumprimento da obrigação que lhe toca.

Contra-arrazoou a Apelada que, por sua vez, também recorreu, por meio de recurso adesivo, no qual se insurge contra o fato de a sentença não haver acolhido os fundamentos mais abrangentes de sua contestação, desenvolvendo, nesse sentido, extensas considerações.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual. Ação de cobrança. Tarifa remuneratória de serviços prestados pelo «GREMOS».

Legitimidade ativa que se reconhece à CIBRAZEM, na qualidade de credora da remuneração devida pelos serviços prestados pelo mencionado órgão, integrante da estrutura da empresa.

Apelação parcialmente provida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O recurso adesivo da Ré, à míngua do pressuposto da sucumbência, é insuscetível de ser conhecido.

O Grupo Executivo de Movimentação de Safras — GREMOS, ao que se depreende da leitura do Decreto nº 56.498/65, que o criou, e dos de nºs 69.021/71 e 88.141/83 que o reestruturaram, é um órgão colegiado que integra a estrutura da empresa pública Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM, apresentando a particularidade de haver sido criada por decreto, formalidade indispensável, já que entre seus componentes figuram representantes dos diversos Ministérios ligados à área econômica.

Tem a seu cargo «formular, regulamentar, programar e coordenar a movimentação de safras agrícolas e seus derivados industriais... com vistas às exportações, importações ou ao abastecimento interno, observadas as normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional do Comércio Exterior — CONCEX» (art. 1º do Decreto nº 88.141/83).

De acordo, ainda, com o disposto no artigo 8º do mencionado diploma, «as programações de movimentação aprovadas pelo GREMOS deverão receber tratamento prioritário das entidades públicas e, em especial, das administrações portuárias e dos órgãos modais de transporte», restando, pois, evidenciado, que se trata de órgão destinado a prestar serviços concernentes à racionalização de transporte e de embarque de produtos agrícolas e seus derivados, a produtores e exportadores, na medida do interesse destes.

Do exposto, conclui-se que se está diante de serviço prestado sob regime jurídico de direito privado, isto é, somente àqueles produtores e exportadores que nele estiverem interessados, não havendo espaço para a utilização de técnicas autoritárias ensejadoras de obrigações constituídas por ato unilateral da Administração.

Nessas circunstâncias, a contrapartida exigida pela CIBRAZEM não pode ser considerada taxa, mas mera tarifa ou preço.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento parcial à apelação, para o fim de anular a sentença, com retorno dos autos à instância de origem, a fim de que outra seja proferida, com apreciação do mérito.

EXTRATO DA MINUTA

AC 148.760 — RS — (Reg. nº 8.800.215.882). Rel.: Min. Ilmar Galvão. Aptes.: Cia. Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM. Apdas.: S/A Moinho Riograndense — SAMRIG. Recurso Adesivo: Fls. 150. Advs.: Drs. Heron Costa Rica e outros, Francisco Sales Velho Boeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso adesivo e deu provimento parcial à apelação. (Em 1-6-88 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 148.985 — RJ
(Registro nº 8.800.221.700)

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

Apelante: *Mauro de Sá Motta*

Apelados: *IAPAS/BNH*

Advogados: *Dra. Ana Maria Freiria Lopes. Dr. Joaquim da Silva Miranda Filho*

EMENTA: Processual Civil. Liquidação dos honorários devidos em embargos de terceiro julgados procedentes. Sentença que optou pelo montante do débito exeqüendo, em vez do valor do bem penhorado, para base de cálculo da aludida verba. Coisa julgada.

Hipótese em que o débito há de ser tomado pelo seu valor atualizado à data dos embargos, sob pena de chegar-se a honorários insignificantes, propósito que não se pode razoavelmente admitir tenham sido presentes ao julgador.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta 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, 1º de junho de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Mauro de Sá Motta apelou de sentença do MM. Juiz Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro que, rejeitando impugnação por ele manifestada, homologou cálculo de liquidação de sentença, nos autos dos embargos de terceiro que moveu contra o IAPAS, para liberar bem de sua propriedade penhorado em execução movida pela autarquia contra Machado da Costa S/A Empresa de Engenharia.

Pretende que a correção monetária da verba de sucumbência se faça com obediência aos critérios fixados na sentença de fls. 47/49, não alterados pelo acórdão, ou

corrigindo-se o valor dado à execução desde junho/80 até a efetuação dos cálculos; ou, ainda, corrigindo-se aquele mesmo valor até agosto de 1986 — data do ajuizamento dos embargos — e, daí por diante, até a efetuação do cálculo.

Contra-arrazoou o IAPAS.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Liquidação dos honorários devidos em embargos de terceiro julgados procedentes, sentença que optou pelo montante do débito exeqüendo, em vez do valor do bem penhorado, para base de cálculo da aludida verba, coisa julgada.

Hipótese em que o débito há de ser tomado pelo seu valor atualizado à data dos embargos, sob pena de chegar-se a honorários insignificantes, propósito que não se pode razoavelmente admitir tenham sido presentes ao julgador.

Apelação provida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz prolator da sentença que julgou os embargos condenou «o Embargante nas custas e honorários de advogado, estes arbitrados em 10% sobre o valor dado à execução», e esta Egrégia Turma, ao reformar a mencionada decisão, limitou-se a inverter os ônus da sucumbência.

Tem-se, portanto, que, entre o montante do débito e o valor do bem penhorado, optou o MM. Juiz pelo primeiro, para servir de base de cálculo dos honorários, critério que, conquanto passível de censura, tornou-se imutável, por efeito da coisa julgada.

Ao *decisum*, entretanto, há de ser dada interpretação razoável, que não leve ao absurdo. Assim é que o montante do débito, para o fim indicado, não deve ser tomado pelo seu valor original, hoje insignificante, mas pelo corrigido à data dos embargos, sob pena de acentuar-se sensivelmente a distância entre os dois critérios acima mencionados, objetivo que não poderia estar na cogitação do MM. Juiz.

Sobre o *quantum* apurado incidirá a norma da Lei nº 6.899/81.

Para que assim se proceda, dou provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 148.985 — RJ — (Reg. nº 8.800.221.700) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Apte.: Mauro de Sá Motta. Apdos.: IAPAS/BNH. Advs.: Dra. Ana Maria Freiria Lopes e Dr. Joaquim da Silva Miranda Filho.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento à apelação (4ª Turma — 1-6-88).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 149.707 — SP
(Registro nº 88.246.311)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*
Remetente: *Juízo Federal da 19ª Vara — SP*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *G. R. do Brasil-Adm. Geral de Restaurantes Ltda.*
Advogados: *Denise Bastos Guedes e outros*

EMENTA: Tributário. Ação de repetição do indébito. Finsocial. Exercício de 1982.

Sujeição do tributo ao princípio constitucional da anterioridade. Procedência da ação.

Juros moratórios. Contagem na forma do art. 167, parágrafo único do CTN.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A sentença de fls. com apoio na tranqüila jurisprudência da Corte sobre a matéria, julgou procedente ação de repetição do indébito relativo ao Finsocial recolhido no exercício de 1982, determinando a devolução do tributo com os acréscimos de juros e de correção monetária, além do pagamento de verba honorária advocatícia, esta fixada em 5% sobre o total da condenação — fls. 97/99.

Não obstante a submissão do julgado ao duplo grau de jurisdição, apela a União Federal, às fls. 100/103, postulando a incidência dos juros moratórios a partir do trânsito em julgado e argüindo prescrição relativamente a algumas parcelas compreendidas no pedido.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

Nesta instância, opina, às fls., a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A matéria de que tratam os autos não comporta mais discussão, pacificada que se encontra nesta Corte e no Pretório Excelso no sentido de que a cobrança do tributo em questão, no mesmo ano de sua instituição, viola o princípio constitucional da anterioridade.

Assim, a questão restringe-se apenas à fixação dos juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Na espécie, consoante bem demonstram as contra-razões, não há que se falar em prescrição, porquanto inocorrente no caso.

Por fim, tão-somente quanto ao termo inicial dos juros moratórios assiste razão à recorrente.

Para que incidam a partir do trânsito em julgado da decisão, conforme determina o parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional, é que dou parcial provimento à apelação, reformando, no particular, a sentença remetida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 149.707 — SP — (Reg. nº 88.246.311) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 19ª Vara-SP. Apte.: União Federal. Apda.: GR do Brasil — Adm. Geral de Restaurantes Ltda. Advs.: Denise Bastos Guedes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo (em 10-8-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.015 — PE
(Registro nº 88.307.051)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Apelante: *IAPAS*

Apelado: *José A. Espíndola*

Advogado: *Maria José de Vasconcelos Nader*

EMENTA: Execução Fiscal. Contribuições para o FGTS. Cancelamento. Decreto-Lei nº 2.303/86.

O cancelamento de que trata o Decreto-Lei nº 2.303/86 somente alcança débitos para com as autarquias federais se estes forem provenientes de multas.

Apelação provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: A sentença de fls. julgou extinta execução fiscal promovida pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS para a cobrança de débito relativo ao FGTS, aplicando à espécie a norma do art. 29 do Decreto-Lei nº 2.303/86, por ser o débito, constituído anteriormente a 28 de fevereiro de 1986, de valor originário inferior a CZ$ 500,00 (quinhentos cruzados).

Daí a apelação do Instituto-exeqüente, via do qual busca a reforma dessa decisão, firme na sustentação de que o aludido Decreto-Lei não se aplica às contribuições do tipo.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Dispensados parecer e revisão, é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A execução fiscal intentada visa à cobrança de débito relativo a contribuições destinadas ao FGTS, conforme se verifica pelo demonstrativo que instrui a certidão de dívida acostada aos autos.

Por ser tal débito constituído anteriormente a 28 de fevereiro de 1986 e de valor originário inferior a CZ$ 500,00, a sentença recorrida o declarou cancelado, diante da norma do art. 29 do Decreto-Lei nº 2.303/86, ensejando o presente recurso da autarquia-exeqüente.

Sustenta a autarquia, em suas razões de fls., ser inaplicável à espécie tal diploma legal.

De fato. Não sendo o débito em questão concernente à multa, hipótese em que incidiria o cancelamento, pouco importando se de autarquia federal ou da União, consoante jurisprudência do Tribunal, tenho que assiste razão à recorrente.

Deveras, o art. 29 do mencionado Decreto-Lei cancelou débitos de valor originário igual ou inferior a CZ$ 500,00 ou consolidado igual ou inferior a CZ$ 10.000,00: I) de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inscritos como Dívida Ativa da União até 28 de fevereiro de 1986; II) concernentes ao Imposto sobre Renda, ao Imposto sobre Produtos Industrializados, ao Imposto sobre Importação, ao Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis, Energia Elétrica e Minerais do País, ao Imposto sobre Transportes, às contribuições para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL e à Taxa de Melhoramento dos Portos-TMP, bem como as multas de qualquer natureza previstas na legislação em vigor, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 28 de fevereiro de 1986; III) decorrentes de pagamentos feitos pela União a maior, de 28 de fevereiro de 1986, a servidores civis e militares, ativos ou inativos, bem como a pensionistas do Tesouro Nacional; e IV) relativos a foros e taxas de ocupação anuais de terrenos da União, correspondentes a exercícios anteriores ao de 1986.

Como se vê dos itens acima transcritos, o cancelamento de que trata tal diploma legal se aplica a débitos da Fazenda Nacional ou da União Federal, não se incluindo entre eles os relativos às contribuições para o FGTS.

Quisesse o legislador promover anistia a tais débitos, teria feito de forma específica e determinada, tal como *verbi gratia*, ocorreu com o Decreto-Lei nº 1.699/79.

Do exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 152.015 — PE — (Reg. nº 88.307.051) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Apte.: IAPAS. Apdo.: José A. Espíndola. Adv: Maria José de Vasconcelos Nader.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo (em 10-8-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.799 — BA
(Registro nº 88.327.591)

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

Apelantes: *Miguel Wilson Bittencourt, cônjuge e Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Dr. Gilberto Gordilho Pedreira (1.ºs Aptes) Dr. Rubem Rodrigues Nogueira Júnior e outros (2º Apte)*

EMENTA: Desapropriação. Indenização fixada em valor correspondente à quantia ofertada, monetariamente corrigida. Responsabilidade pelas custas e despesas processuais. Honorários e custas não devidos.

I — Na expropriação, se a indenização, de acordo com a perícia, é fixada em quantia correspondente à ofertada, monetariamente corrigida, deve o expropriado responder pelas custas e despesas do processo, não fazendo jus a honorários advocatícios, nem a juros compensatórios e moratórios. Com efeito, se não resistisse à pretensão expropriatória, apoiada na prévia e justa indenização ofertada, aquelas parcelas não iriam onerar a expropriante. Por isso mesmo, quem deu causa à desnecessária demanda deve suportar as conseqüências dela advindas, inclusive a de aceitar compulsoriamente a verba indenizatória que lhe havia sido ofertada voluntariamente pela expropriante, sem quaisquer acréscimos que não os decorrentes da sua atualização monetária.

II — Apelação da expropriante provida. Recurso do expropriado desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação da expropriante e negar provimento ao recurso do expropriado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de ação expropriatória proposta por Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS contra Miguel Wilson Bittencourt, julgada procedente pela sentença assim fundamentada (fls. 168):

> «O laudo do perito (fls. 118/126) avalia a indenização em Cz$ 6.032.987,98, quantia inferior à oferta corrigida. O assistente técnico do réu concorda com a maior parte do laudo pericial, mas discorda da pesquisa e cálculos de homogeneização com relação a terra nua, pela subtração de valores dos preços indicados em imóveis postos à venda. A expropriante, antes de promover a ação expropriatória, promoveu administrativamente a avaliação do bem e encontrou o valor ofertado, que coincide com aquele indicado pelo assistente técnico do réu. Esse o dado revelador do acerto deste último, quanto às objeções ao critério redutor utilizado no laudo pericial.
>
> Isto posto, julgo procedente a demanda e decreto a desapropriação do imóvel descrito na peça inaugural, mediante indenização correspondente ao valor ofertado e já depositado. O demandado fará o levantamento do saldo devidamente atualizado. Custas pela expropriante. Sem honorários, pois a indenização não excede a oferta.
>
> PRI.»

Apelou o expropriado (fls. 171-176). Pede a aplicação dos juros compensatórios à taxa de 1% ao mês até a data do efetivo pagamento da indenização, juros moratórios após o trânsito em julgado da decisão e honorários advocatícios, à taxa que for arbitrada, a incidir sobre a diferença entre a oferta e o que ficar apurado.

Apelou, também, o expropriante (fls. 178-180). Sustenta, em suma, a obrigação do vencido pagar as custas do processo e reembolso das despesas adiantadas.

Com as contra-razões do expropriante (fls. 182-184) e do expropriado (fls. 187-190), subiram os autos que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

> EMENTA: Desapropriação. Indenização fixada em valor correspondente à quantia ofertada, monetariamente corrigida. Responsabilidade pelas custas e despesas processuais. Honorários e custas não devidos.
>
> I — Na expropriatória, se a indenização, de acordo com a perícia, é fixada em quantia correspondente à ofertada, monetariamente corrigida, deve o expropriado responder pelas custas e despesas do processo, não fazendo jus a honorários advocatícios, nem a juros compensatórios e moratórios. Com efeito, se não resistisse à pretensão expropriatória, apoiada na prévia e justa indenização ofertada, aquelas parcelas não iriam onerar a expropriante. Por isso mesmo, quem deu causa à desnecessária demanda deve suportar as conseqüências dela advindas, inclusive a de aceitar compulsoriamente a verba indenizatória que lhe havia sido ofertada voluntariamente pela expropriante, sem quaisquer acréscimos que não os decorrentes da sua atualização monetária.
>
> II — Apelação da expropriante provida. Recurso do expropriado desprovido.

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Na expropriatória, se a indenização, de acordo com a perícia, é fixada em quantia correspondente à ofertada, monetariamente corrigida, deve o expropriado responder pelas custas

e despesas do processo, não fazendo jus a honorários advocatícios, nem a juros compensatórios e moratórios. Com efeito, se não resistisse à pretensão expropriatória, apoiada na prévia e justa indenização ofertada, aquelas parcelas não iriam onerar a expropriante. Por isso mesmo, quem deu causa à desnecessária demanda deve suportar as conseqüências dela advindas, inclusive a de aceitar compulsoriamente a verba indenizatória que lhe havia sido ofertada voluntariamente pela expropriante, sem quaisquer acréscimos que não os decorrentes da sua atualização monetária.

Isto posto, dou provimento à apelação da expropriante e nego provimento ao recurso do expropriado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 152.799 — BA — (Reg. nº 8.832.759-1) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelantes: Miguel Wilson Bittencourt, cônjuge e Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS. Apelados: Os mesmos. Advogados: Dr. Gilberto Gordilho Pedreira (1ºs Aptes), Dr. Rubem Rodrigues Nogueira Júnior e outros (2º Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da expropriante e negou provimento ao recurso expropriado. (4ª Turma — 12-9-88)

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 CRIMINAL Nº 7.244 — BA
(Registro nº 7.288.913)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelante: *Justiça Pública*

Apelados: *Anísio da Silva Rosário e Marizete Maria Amorim*

Advogado: *Dr. Agnaldo Araújo Pazelli*

EMENTA: Processual Penal. Laudo pericial.

Elementos de convicção. Não estando o juiz adstrito às conclusões periciais, mormente quando estas deixam a desejar diante do restante do conjunto probatório, não há vez para se anular a sentença absolutória, ao fito de que se o complemente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda 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, 17 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A sentença de fls. 193/197, lavra do Juiz Federal Olindo Herculano de Menezes, assim fundamentou a absolvição dos acusados:

> «O entendimento dos acusados não recebe a censura da prova produzida, notadamente quanto à convicção de tratar-se efetivamente de produtos estrangeiros — o que, no caso, constitui-se em elemento do tipo. O próprio laudo pericial não está posto de modo a convencer sem o adjutório de outras provas (art. 182-CPP). Afirma que as peças são de fabricação indiana sem uma justificativa técnica convincente, apenas sob a invocação de que foram realizados os *exames necessários* (sem especificar, sequer). Invoca pesquisa de mercado, para confronto com produtos originais, porém, não esclarece como — tempo, modo e lugar — os produtos originais serviram a confronto.

Sabendo-se que é comum a imitação servil de etiquetas e marcas estrangeiras, justamente para atrair o consumidor (que, infelizmente, em razão do colonialismo cultural, está sempre mais inclinado a dar preferência ao produto estrangeiro), a perícia, como trabalho técnico-científico, não deve fazer afirmativas soltas ou vagamente fundamentadas.

Por outro lado, o restante da prova, antes de coadjuvar a fraqueza do laudo técnico, mais ainda a acentua. A testemunha *Sandra Nascimento dos Santos*, arrolada pela acusação, empregada do estabelecimento onde foram as mercadorias apreendidas, diz que ali nunca se vendeu mercadoria estrangeira, e que algumas mercadorias, das apreendidas, eram também encontradas nos camelôs da Avenida Sete de Setembro (fls. 90-v).

Eliete Miranda Ferreira, que também trabalhava para os acusados, afirma que suas lojas não vendem mercadoria estrangeira (fls. 91-v). *Raimundo Cardoso Rosa Neto*, policial que participou da diligência, afirma que as características indicativas de que a mercadoria era estrangeira eram a marca e o modelo (fls. 92-v), o que, evidentemente, não pode ser aceito. Os elementos invocados não indicam origem, notadamente em matéria de vestuário.

O panorama não se altera com os demais testemunhos. *Maiza Ferreira Brito*, às fls. 131-v, nada esclarece em apoio à denúncia. *Silede Nascimento Rosário*, que também trabalhava na loja Neska, declara que as peças eram de estilo indiano e não de procedência indiana (fls. 135-v). Por outro lado, *Joaquim Aleixo de Morais*, proprietário da loja Cabana, situada no Edifício Fundação Politécnica, declara que na época estavam muito em moda as batas indianas, sendo que muitos «hippies» confeccionavam-nas naquele estilo e modelo, vendendo o produto aos comerciantes daquele centro comercial, mas tudo, em verdade, não passando de imitação (fls. 178-v).»

Apela o Ministério Público Federal, alegando que o Juiz deveria ter suprido a alegada omissão do laudo, antes de dá-lo por insuficiente. No mais, afirma que a sentença emprestou valor excessivo à prova testemunhal, fazendo-a sobrepujar a pericial para afirmar que as mercadorias não eram de procedência estrangeira.

Contra-razões às fls. 216/218.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma da sentença, pedindo se declare a respectiva nulidade, à vista da falha do laudo técnico, que deve ser complementado.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, a sentença absolutória, ao contrário do alegado nas razões de apelação, não afirmou a imprestabilidade do laudo, havendo a ele sobreposto a prova testemunhal. O que fez foi, tão-somente, no uso da faculdade que lhe garante o art. 182 do CPP, unir o conjunto probatório à fragilidade do laudo quanto à caracterização das mercadorias como estrangeiras, para, assim, absolver os acusados.

Houvesse necessidade, apesar das outras provas em que se baseou, de complementação da perícia, aí sim, deveria tê-la determinado. Porém, tal não ocorreu.

No precedente trazido pelo apelante, o eminente Ministro Gueiros Leite, Relator, afirmou:

> «Todavia, pelas razões contidas na sentença, o defeito existente no laudo — que apenas deveria ser mais explícito — não o invalida para o fim a que se destina» (ACr 6.022-BA — Julgado em 18-6-85).

No caso, o sentenciante não vislumbrou causa de desvalia no laudo, antes considerado, no conjunto probatório, impreciso e ineficaz para superar o restante das provas. Assim, como não está adstrito ao laudo (art. 182 do CPP), absolveu os acusados por não se haver comprovado a existência de elementos do tipo.

A propósito, vale lembrar que, no mesmo precedente citado pelo próprio apelante, a Dra. Procuradora da República, na fase instrutória, requereu que as peritas prestassem esclarecimentos. Assim, não deve o juiz suprir omissão da acusação, quando, como no caso, o restante da prova já lhe oferecia elementos de convicção. A acusação, ao invés de pugnar pela melhora do laudo, este realmente lacônico, limitou-se a alegar que ele não deixava dúvidas quanto à origem estrangeira das mercadorias (fls. 183). Assim, deu-o por bastante suficiente, não podendo, agora, quando o conjunto probatório conduziu à absolvição dos acusados, pretender nulidade da sentença para que seja complementado o laudo.

Nego, pois, provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 7.244-BA — (Reg. nº 7.288.913) — Rel.: O Sr. Min. Edson Vidigal. Apte.: Justiça Pública. Apdos.: Anísio da Silva Rosário e Marizete Maria Amorim. Adv.: Dr. Agnaldo Araújo Pazelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 17-5-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Fleury Pires (art. 138, § 2º do RITFR) e Otto Rocha votaram com o relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.508 — SC
(Registro nº 7.919.743)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*
Apelante: *Walter Gundel*
Apelada: *Justiça Pública*
Advogado: *Dr. Élzio Pereira de Lima*

EMENTA: Criminal. Falsificação. Estelionato.

Dosimetria da pena. Reparos da sentença apelada para, intocada a regra da subsunção (sob pena de reformatio in pejus, tomar-se por base a pena do crime-fim, e não a do crime-meio.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença em parte e reduzir a pena corporal a um ano e quatro meses de reclusão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Denunciado por falsificação de documento público e tentativa de estelionato, da forma como foi flagrado ao tentar receber auxílio-natalidade na agência do INPS em Brusque-SC, Walter Gundel também o foi por cúmulo material, como consumara o estelionato por seis vezes, em cidades outras daquele Estado, conforme oportuno e regular aditamento da denúncia — fls. 370 e 391.

Por isso que, apoiado em Hungria, o douto juiz *a quo* considerou a unidade do núcleo delitivo, para assim condenar o réu:

> «Isto posto e tudo o mais que dos autos consta julgo procedente a denúncia, aditada, para desclassificar os delitos em um único crime, na forma continuada, e condenar o réu, como o faço, como incurso no artigo 297 do Código Penal, tendo presente a intensidade do dolo, a falta de antecedentes judiciais,

à conduta social da média dos homens, sua personalidade inconsistente diante da adversidade, a desmotivação em face das circunstâncias acidentais e a repercussão deletéria de sua atividade criminosa, à pena-base de quatro (4) anos de reclusão, e inocorrendo agravantes e atenuantes, porém, considerando a causa de aumento em razão da continuidade delitiva, importa majorá-la em 1/6, para torná-la definitiva em quatro (4) anos e oito (8) meses, e multa, à vista da precária situação econômica do réu, em dez (10) dias-multa, cujo dia-multa fixo no mínimo, ou seja, Cr$ 5.552 (cinco mil, quinhentos e cinqüenta e dois cruzeiros), a ser corrigido, em execução de sentença, mediante aplicação dos índices de variação da ORTN (fls. 246/7 do 1º vol. e 367/8 do 2º vol.) (arts. 49, §§ 1º e 2º, 60 a 62, 65, 66 e 71 do Cód. cit. e arts. 383 e 384, parágrafo único do CPP.).

Decreto a perda, em favor da União, do valor em espécie, proveito do crime, bem como determino a inutilização dos demais objetos apreendidos, exceto as Carteiras Profissionais, que deverão ser encaminhados à Delegacia Regional do Trabalho para cancelamento (fls. 54 a 193 do 1º vol.) (art. 91, II, b, do Cód. Penal, com a alteração cit.).

Como o acusado já cumpriu provisoriamente mais de onze (11) meses de prisão, tanto que foi detido em três (3) de outubro de 1984 e liberado em vinte e quatro (24) de setembro de 1985, e dado o caráter progressivo da pena, esta deve ser cumprida em regime aberto, na Casa do Albergado local (fls. 15 do 1º vol. e 395 do 2º vol.) (art. 33, § 1º, *c* do Cód. cit. c/c. os arts. 84, 93, 105, 106, 107 e 112 da Lei 7.210, de 11-7-84).» — fls. 403/404.

Apelando, o réu pleiteia a diminuição da pena, quer em face do mínimo previsto, considerados a primariedade e os bons antecedentes, quer pela absorção do crime-meio pelo crime-fim, aí absorvida a falsificação pelo estelionato — fls. 412.

Oficiando, a nobre Subprocuradoria-Geral da República louva-se em precedentes do STF para endossar essa última postulação do apelante, em parecer ementado, *verbis*:

«Apelação Criminal. Prevalência do Crime de estelionato que absorve a falsificação. Provimento.» — fls. 420.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, relembre-se que por épocas este Egrégio Tribunal persistiu no entendimento da consunção do falso especificamente dirigido ao estelionato ou ao peculato, tal qual o defende o apelante com apoio da nobre Subprocuradoria-Geral da República.

No entanto, em dias mais recentes, houve-se por bem revisar-se tal entendimento, pondo-o na nova linha hermenêutica do Supremo Tribunal Federal. Disso dá conta o acórdão de minha lavra, proferido por esta Egrégia Turma, com esta ementa:

«Criminal. Falsificação documental e estelionato. Quadrilha.

Concurso formal. Até mesmo por conta da pragmática judiciária, uma vez reiterada a nova orientação do STF, com ares de pacificação da controvérsia sobre constituir concurso formal à falsificação documental objetivante do estelionato, cabe rever a jurisprudência da Turma, antes posta em tema da subsunção.

Aplicação da pena. Se bem que recomende maior rigor da pena a verificação do concurso formal, a par do concurso material de crimes, todavia, a sua dosimetria deve acautelar-se pelos parâmetros circunstanciais do art. 59 do Código Penal». — Acr. 7.532, *in DJ* de 2-10-86.

Inobstante essa nova orientação da Turma, tenha-se por certo a vedação de sua aplicação ao caso dos autos, sob pena de *reformatio in pejus*, vez que a sentença houve por bem conceituar a unidade delitiva, em tese favorável ao réu. Digo, em tese porque, apesar dessa conceituação, o digno juiz *a quo* aplicou a pena do crime-meio (a falsificação), ao invés da correspondente ao crime-fim (o estelionato), inversão que resultou pena maior do que a recomendada pela regra da subsunção.

Daí que, a ter-se que manter forçosamente a unicidade reconhecida pela sentença, forçoso também o é reparar a inversão prejudicial ao apelante. Há, pois, que se acolher a conclusão do Ministério Público, a tempo de, em se dando razão ao apelante quanto à primariedade e aos bons antecedentes até ali registrados, partir-se da pena-base de um ano de reclusão (art. 171 do Código Penal), acrescida de 1/3 (§ 3º do dito artigo), isto é, um ano e quatro meses, pena sobre a qual incidirá o aumento de 1/3 pela continuidade delitiva, tudo a modo de concretizá-la em um ano e oito meses, mantida a pena de multa corretamente aplicada.

Para tanto é que dou provimento à apelação, reformada em parte a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.508 — SC — (Reg. nº 7.919.743) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Apte.: Walter Gundel. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Élzio Pereira de Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença em parte e reduzir a pena corporal a um ano e quatro meses de reclusão. (Em 28-8-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.527 — RJ
(Registro nº 8.626.693)

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

Apelantes: *Ham Man Pil, An Gil Ung e Gu Guem Uk*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogada: *Dra. Iassodara Cavalcante Viana Campello (Aptes.)*

EMENTA: Penal. Processual Penal. Cárcere privado. Insuficiência de prova.

I — O elemento subjetivo do delito de cárcere privado é, como ensina Hungria, a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação da liberdade alheia. Se a prova suscita dúvida quanto à intenção dos acusados ao amarrarem a vítima, que bem podem ter agido, desse modo, para aguardar a ação da polícia, como alegado, impõe-se a absolvição, com base no art. 386, VI, do CPP.

II — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a denúncia e, em conseqüência, absolver os acusados, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, 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 COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de apelação interposta por Ham Man Pil, An Gil Ung e Gu Guen Uk da r. sentença de fls. 146/150, que os condenou como infratores do art. 148, § 2º, do Código Penal, impondo a cada um deles a pena de três anos de reclusão, em razão do seguinte fato delituoso narrado na denúncia:

«No dia 18 de maio do fluente os denunciados foram presos em flagrante por agentes policiais porque mantinham em prisão, e cárecere privado, a bor-

do do navio «Celya», ancorado no Porto do Rio de Janeiro, Mirtes Maria da Silva, tendo-lhe sido infringido maus-tratos, causando-lhe grave sofrimento físico e moral.

À fls. 36 encontra-se o laudo pericial do exame dó material utilizado para proceder-se ao cácere privado de Mirtes».

Em suas razões de apelar, apontam, preliminarmente, a nulidade da sentença, sob a alegação de que não fixou a pena-base; no mérito, sustentam que a condenação se baseou exclusivamente na prova produzida na fase inquisitorial.

Recebida e processada a apelação, com contra-razões da Justiça Pública às fls. 161/162, subiram os autos.

Nesta instância, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, cujo parecer é pelo parcial provimento da mesma, a fim de que a pena seja reduzida para dois anos de reclusão.

Revisão dispensada, na forma regimental.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A preliminar é inconsistente, vez que a pena definitiva resultou da simples conversão da pena-base, não concorrendo circunstância agravante ou causa especial de aumento, apresentando-se, por outro lado, justificada a sua imposição acima do mínimo legal.

No que tange ao mérito, estou em que a prova produzida é, no mínimo, insuficiente para embasar decreto condenatório, na linha, aliás, das alegações finais do Ministério Público, das quais vale extrair e pôr em relevo o seguinte lance:

> «O Representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Han Man Pil, An Gil Ung e Gu Guen Uk porque no dia 18-5-84 mantiveram em cárcere privado, a bordo do navio «Celya», Mirtes Maria da Silva.
>
> Os marinheiros denunciados afirmaram que amarraram Mirtes apenas enquanto aguardavam a ação policial, já que a mesma tentava cometer furto no interior do navio. Tal versão vem confirmada pela própria vítima, nas suas declarações de fls. 46/47.
>
> No curso da instrução criminal não se conseguiu localizar a vítima e nem tampouco as demais testemunhas arroladas na denúncia, a fim de que melhor ficassem elucidados os fatos.
>
> Assim, face à fragilidade das provas, requer o MP Federal a absolvição dos Réus.»

Ora, o elemento subjetivo do delito de cárcere privado é, como ensina Hungria, a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação da liberdade alheia, o que, no caso dos autos, a teor da prova produzida, não se evidencia, como visto, fora de dúvida, não se podendo descartar, à mingua de elementos probatórios convincentes, a versão da defesa.

Nessas condições, Senhor Presidente, dou provimento à apelação, para, reformando a r. sentença recorrida, julgar improcedente a denúncia e absolver os acusados, com base no art. 386, IV, do Código Penal. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.527 — RJ — (Reg. nº 8.626.693) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Aptes.: Ham Man Pil, An Gil Ung e Gu Guem Uk. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dra. Iassodara Cavalcante Viana Campello (Aptes.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a denúncia e, em conseqüência, absolver os acusados, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, nos termos do voto do Relator (1ª Turma: 21-6-88).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.646 — DF
(Registro nº 7.962.088)

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

Apelantes: *Raimundo Gomes de Oliveira Filho e Maurício Costa Rodrigues*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Dra. Nadja Costa Ferreira (1º Apte.), Dr. Benedito Oliveira Brauna (2º Apte.).*

EMENTA: Penal. Estelionato. Regime inicial do cumprimento da pena.

I — Autoria e materialidade perfeitamente delineadas, exsurgindo induvidosa da prova produzida a responsabilidade penal dos acusados, pela prática do delito descrito no art. 171, caput, do Código Penal.

II — A primariedade por si só não autoriza a concessão do regime aberto, devendo, na determinação do regime inicial do cumprimento da pena, ser observados os critérios do art. 59, do Código Penal, na dicção do § 3º do art. 33 do mesmo Código.

III — Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Apelam Raimundo Gomes de Oliveira Filho e Maurício Costa Rodrigues da r. sentença de fls. 304/308, que os condenou como infratores do art. 171, *caput*, do Código Penal, aplicando a ambos a pena de dois anos de reclusão.

Intenta o primeiro apelante a concessão do regime aberto para cumprimento da pena. Já o segundo apelante, nas razões de fl. 361, sustentando inexistir prova de sua participação no evento criminoso, pugna pela absolvição.

Contra-razões às fls. 364/365.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo improvimento de ambas as apelações.

Pauta sem revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A apelação de Raimundo Gomes de Oliveira Filho cinge-se, como visto do relatório, ao regime inicial do cumprimento da pena, pretendendo a concessão do regime prisional aberto, em face da primariedade.

A primariedade por si só não autoriza a concessão do regime aberto, devendo, na determinação do regime inicial do cumprimento da pena, ser observados os critérios do art. 59, do Código Penal, na dicção do § 3º, do art. 33, do mesmo Código.

Com efeito, os antecedentes desse acusado, como ressaltou a sentença, indicam tratar-se de indivíduo predisposto aos crimes contra o patrimônio, não havendo lugar, pois, para o benefício pretendido.

Já o apelante Maurício Costa Rodrigues limita-se a negar o seu envolvimento no evento criminoso, o que se põe contrariamente à evidência dos autos. A responsabilidade penal exsurge induvidosa da prova, percucientemente analisada pela r. sentença recorrida, como se colhe do seguinte lance da sua fundamentação:

> «Posteriormente, confrontados datiloscopicamente os autógrafos de José Pereira dos Santos, apostos na ficha de abertura da conta bancária (fl. 181) com material gráfico recolhido do punho do segundo acusado (fls. 101 a 107) e 109 a 112), chegou a perícia à conclusão de que fora este o responsável pela abertura da aludida conta (fl. 201 e v.), tendo-se utilizado, para tanto, de carteira de identidade extraviada de José Pereira dos Santos.
>
> Ora, se o segundo acusado foi quem abriu a conta bancária no Banco Rural, em nome de José Pereira dos Santos, não pode haver dúvida de que foi ele quem retirou do banco o talonário de onde foram extraídos os cheques dolosamente preenchidos, e quem assinou ditos cheques.
>
> Veja-se que mais de um talão de cheques foi fornecido pelo Banco ao acusado Maurício, havendo ele próprio emitido diversos cheques em nome de José Pereira dos Santos (fls. 217/219), conforme se pode constatar, sem maior esforço, por meio de um confronto entre as assinaturas lançadas nos aludidos documentos e as constantes do cartão de autógrafo de fl. 181, assinaturas essas que a perícia não teve dúvida em concluir que emanaram de seu próprio punho (fl. 201 v.). Pela emissão desses cheques, aliás, foi indevidamente processado José Pereira dos Santos, perante a 2ª Vara II, desta Seção, havendo sido absolvido (fl. 267).
>
> Registre-se que um dos outros processos a que responde o primeiro acusado, perante a 5ª Vara Criminal do Distrito Federal (fl. 295), tem as mesmas características do ilícito apurado nestes autos, havendo o talonário de cheques sido emitido pelo Banco no mesmo nome de José Pereira dos Santos, tudo levando a crer que dele também participou Maurício Costa Rodrigues e que os mesmos métodos acima relatados foram novamente utilizados.»

Nessas condições, Senhor Presidente, nego provimento às apelações. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.646 — DF — (Reg. nº 7.962.088) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Aptes.: Raimundo Gomes de Oliveira Filho e Maurício Costa Rodrigues. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Dra. Nadja Costa Ferreira (1º Apte.) e Dr. Benedito Oliveira Brauna (2º Apte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações, para confirmar a sentença. (24-5-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.700 — RJ
(Registro nº 8.619.530)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelante: *Manoel Castro Alvarez*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Haroldo Bretas de Oliveira e outros*

EMENTA: Processual Penal e Penal. Nulidades. Citação dos artigos e dispositivo. Descaminho. Suspensão condicional da penal.

Nulidades. Inexiste a alegada com base na ausência de citação dos artigos em que se baseou a sentença, quando esta afirmou condenar o réu nos exatos termos da denúncia, esta clara quanto à capitulação. Do mesmo passo, tem-se por suficiente o dispositivo, conclusão existente e clara na sentença.

Prova. Suficiência quanto à autoria e materialidade, impondo a manutenção do decreto condenatório.

Suspensão condicional da pena. Constitui dupla oneração condicionar-se o benefício ao pagamento dos danos, eis que a obrigação de indenizar é efeito da condenação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, 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, 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A sentença de fls. 78/81, da Juíza Federal Julieta Lunz, condenou o Réu à pena de 1 ano de reclusão, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, letra *d*, do CP.

Apela o Réu com a pecha de nulidade da sentença por ofensa aos artigos 564 e 381 do CPP, eis que olvidou-se de formalidade essencial consistente na falta de indicação

do artigo de lei aplicável. Segue, requerendo seja retirada a condição de prévio ressarcimento da vítima como condição para o *sursis*. Finalmente, afirma a falta do laudo relativo às amostras retiradas para exame.

Contra-razões às fls. 96/97.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela manutenção da sentença, em parecer assim resumido:

> «EMENTA: Descaminho — Nulidade inexistente. Se a sentença faz expressa referência à capitulação da denúncia, está cumprida a exigência da indicação dos dispositivos de lei aplicados (art. 381, inciso IV, do CPP).
>
> Provado suficientemente o crime de descaminho, confirma-se a condenação, reformando-se a sentença somente para afastar a obrigação de ressarcir o dano como condição do *sursis*.»

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, improcedem os vícios apontados na apelação. O primeiro, relativo à ausência de citação dos artigos de lei em que se baseara, diante da clareza da decisão quanto a haver condenado o réu nos termos da denúncia, restando sem dúvida que foi condenado nas penas do art. 334, § 1º, letra *d*, do Código Penal. O segundo, concernente ao dispositivo, este existe e preenche todos os requisitos legais.

Afinal, a prova da materialidade está plenamente apresentada pelo laudo de fls. 24/29.

Apenas quanto à condição de ressarcimento do dano para a concessão do *sursis* é que não andou bem a sentença, posta, no particular, contra iterativa jurisprudência desta Corte lembrada no parecer (fls. 103/104):

> «EMENTA: Criminal. Estelionato. Suspensão condicional da pena.
>
> Fraude para obtenção de benefício previdenciário. Sentença que se recomenda confirmada, sem causa de descriminação da fraude apurada.
>
> *Sursis*. Em sendo efeito da condenação a certeza da obrigação de indenizar, constitui dúplice ônus arrolar-se o ressarcimento do dano dentre as condições da suspensão da pena.» ACr nº 6.478 — RJ — Rel. Min. José Dantas — *DJ* de 21-11-85 — p. 21.197.
>
> EMENTA: *Habeas Corpus*. Suspensão condicional da pena. Ressarcimento do prejuízo.
>
> I — O trânsito em julgado de sentença condenatória não constitui óbice para o exame, na via do *habeas corpus*, do capítulo pertinente ao *sursis*, se restou irrecorrido e sobre ele não se pronunciou a instância revisora.
>
> II — A concessão do benefício da suspensão condicional da pena não pode ser subordinada ao ressarcimento do prejuízo acarretado pela ação delituosa, ante a inexistência de previsão legal nesse sentido.
>
> III — Ordem deferida.»
>
> HC nº 6.647 — RJ — Rel. Min. Costa Leite — *DJ* de 20-11-86 — p. 22.725.

Dou, pois, provimento parcial à apelação, apenas para que o benefício da suspensão condicional da pena não se subordine ao ressarcimento dos danos.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.700 — RJ — (Reg. nº 8.619.530) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelante: Manoel Castro Alvarez. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Drs. Haroldo Bretas de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 24-5-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Fleury Pires (Art. 138, § 2º, do RITFR) e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.796 — PE
(Registro nº 9.525.262)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelante: *João José de Souza Pereira*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Dra. Maria das Neves Benevides Cruz e Agnaldo Jurandyr Silva e outros*

EMENTA: Penal. Estelionato. Tentativa. Primariedade e ausência de prejuízo.

Causa de diminuição de pena. Aplicável o art. 171, § 1º, do CP ao crime tentado, desde que presentes os respectivos requisitos de primariedade e pequeno prejuízo. Não há falar-se em prejuízo diante do valor, quando este, na realidade, não chegou a existir, pois o ato criminoso não atingiu o patrimônio da vítima.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial 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, em 24 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Condenado nas penas do art. 171, § 3º do Código Penal Brasileiro, por haver falsificado assinatura em talonário de cheques e tentado sacar a quantia no estabelecimento bancário, o réu apela, aduzindo, em resumo:

— que a sua primariedade e a ausência de prejuízo impõe a aplicação do § 1º do art. 171;

— que a falsificação foi grosseira, tanto que descoberta de pronto pelo caixa bancário, que não tem estudo aprofundado de grafoscopia;

— que praticara a ação movido por estado de necessidade.

Contra-razões às fls. 96/98.

A Subprocuradoria-Geral da República está pela manutenção da sentença, assim resumindo seu parecer:

> «EMENTA: Apelação Criminal — Falsificação capaz de enganar o homem médio — Perfeita a absorção do *falsum* pelo estelionato. Inexistência do estado de necessidade. Prova certa, decisão justa.»

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, improcedem, a todo o poder de clareza, as alegações do apelante. A uma, porque seu intento criminoso haver-se-ia consumado não fosse a oportuna intervenção do caixa, profissional detentor de técnica específica, inegavelmente.

Também o alegado estado de necessidade restou improvado, eis que, como bem colocado na sentença, o réu era, à época, servidor do INCRA, dali retirando seu sustento.

Quanto à dosimetria da pena, entendo-a, contudo, imperfeita, diante da aplicação do § 1º do art. 171, para o que é necessário, além da primariedade, a ausência de prejuízo. Ora, ambos os requisitos foram observados: o réu é primário, como reconhece a própria sentença, e não houve prejuízo.

Assim, conforme Celso Delmanto, a natureza jurídica do § 1º do art. 171 do CP não é tida como faculdade e sim como direito subjetivo do réu, obrigando à aplicação quando reunidos os requisitos legais («Código Penal Comentado», 1ª edição, 1986, Rio, p. 304.)

De referência à aplicação do art. 171, § 1º, para o crime tentado, a respectiva possibilidade já foi afirmada por este Tribunal, na ACR nº 4.404, *DJ* de 12-12-79, p. 9354.

Dou, pois, provimento parcial à apelação para, por força do art. 171, § 1º, do CP, aplicando o § 2º do art. 155 do mesmo Código, resumir a pena do réu à multa imposta na sentença.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.796 — PE — (Reg. nº 9.525.262) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelante: João José de Souza Pereira. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Drs. Maria das Neves Benevides Cruz e Agnaldo Jurandyr Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 24 de maio de 1988 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Fleury Pires (art. 138, § 2º, do RITFR) e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.845 — BA
(Registro nº 9.538.348)

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

Apelante: *Hamilton Santana de Aquino*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Rômulo Souza*

EMENTA: Penal. Estelionato. Tentativa. Crime em detrimento de ente de Direito Público.

Tentativa de delito qualificado ou agravado. Admissibilidade. Doutrina. Hipóteses.

Agente que tentou levantar quotas do PIS, mediante apresentação de certidão de casamento falsificada, só não consumando o crime por razões alheias à sua vontade.

Consumação da circunstância qualificativa, embora o crime não se tenha consumado.

Aplicação da agravação da pena prevista no § 3º do art. 171. Legalidade.

Recurso da defesa 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, 24 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Hamilton Santana de Aquino foi condenado por tentativa de levantamento de quotas do PIS, mediante certidão de casamento falsificada (art. 171, § 3º, c/c art. 14, II, do CP), *in verbis*:

> «Autoria induvidosa, quer em razão da prova pericial, em que constatou os lançamentos gráficos do acusado na certidão falsa de casamento (fls. 63/64), quer pela confissão, corroborada pelos depoimentos das testemunhas de fls. 96, 110 e 111.

A defesa alega, em primeiro lugar, a inidoneidade do meio empregado, pois seria rudimentar a falsificação. O funcionário do Banco do Brasil, no entanto, só descobriu o artifício utilizado pelo réu por estar alertado para as fraudes anteriores cometidas contra o Programa de Integração Social, com a utilização do mesmo método de ação delitiva. O meio não era idôneo, tanto que houve casos de falsificações semelhantes que induziram em erro aquele e outros funcionários da mesma Carteira.

Quanto ao flagrante preparado, também não se verificou, pois a execução se iniciou com o preenchimento do formulário e entrega dos documentos para efetivação do saque do PIS. A consumação não estava ex-ante obstada pela presença policial, pois esta só se fez depois, quando o acusado retornou à agência para levantar o dinheiro, nessa ocasião já estando descoberta a sua trama.

O caso também não envolve valor patrimonial de pequena monta, pois atingiu Cr$ 307.567 (fl. 7).

Isto posto, julgo procedente a denúncia e tenho o acusado como incurso nas penas do art. 171, § 3º, c.c. 14, II, do Código Penal.

O acusado é primário, mas tem antecedentes indicados à fl. 107. Normal a intensidade do dolo. Aplico a pena base no grau mínimo, aumentando-a de 1/3, em razão da qualificativa do § 3º do art. 171, e diminuindo o resultado pela metade, com base no parágrafo único do art. 14, CP.

Assim, condeno Hamilton Santana de Aquino a oito meses de reclusão e ao pagamento de três dias-multa, à base de CZ$ 50,00.

Concedo-lhe o benefício da suspensão da pena, condicionado à manutenção de atividade lícita e apresentação trimestral ao Juízo de Execuções Penais.»

Inconformada, apelou a defesa, alegando inidoneidade do meio, flagrante preparado e inaplicabilidade da exasperação do § 3º do art. 171.

Contra-razões às fls. 235/236.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, digno Subprocurador-Geral da República, opina pelo improvimento.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Penal. Estelionato. Tentativa. Crime em detrimento de ente de Direito Público.

Tentativa de delito qualificado ou agravado. Admissibilidade. Doutrina. Hipóteses.

Agente que tentou levantar quotas do PIS, mediante apresentação de certidão de casamento falsificada, só não consumando o crime por razões alheias à sua vontade.

Consumação da circunstância qualificativa, embora o crime não se tenha consumado.

Aplicação da agravação da pena prevista no § 3º do art. 171. Legalidade.

Recurso da defesa improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Em voto que proferi na ACr nº 6.917 — SE, afirmei:

«... o Código, ao falar em *ineficácia absoluta*, ou *impropriedade absoluta*, distingue a tentativa impossível da tentativa inidônea. Na primeira hipótese, o fato é impunível porque o crime de forma alguma poderia consumar-se. Um exemplo clássico é o da tentativa de envenenamento, com açúcar, por equívoco do agente que supunha estar ministrando arsênico (Basileu Garcia, *Instituições*, 2ª ed., 1952, pág. 240). Na segunda hipótese, a tentativa é relativamente impossível, como se dá no exemplo de ter o agente, por engano, ministrado o arsênico em quantidade diminuta, não letal.

Esta última modalidade de tentativa é punível, porque o «meio empregado» (primeira parte do art. 17) não era *absolutamente ineficaz*, só era relativamente.»

Em outro precedente, de que fui Relator, admitiu a Turma a ocorrência da tentativa de estelionato, em hipótese idêntica a destes autos, ficando o acórdão assim ementado:

«Penal. Estelionato.

Fraude objetivando levantamento do PIS mediante falsa certidão de casamento. Resultado não obtido, por razões independentes da vontade do agente.

Tentativa caracterizada.

Sentença condenatória confirmada.» (ACr nº 7.636-BA — Julg. em 16-6-87 — Unânime).

Aqui, também, o crime só não se consumou devido à diligência do servidor do Banco do Brasil, que, empregando cuidados redobrados, na verificação da documentação que instruiu o pedido de levantamento, deu margem a que se constatasse a falsidade da certidão de casamento em que se baseava o pedido.

Não há falar-se em flagrante preparado por ausência, *in casu*, do agente provocador.

Rejeito, pois, os dois primeiros fundamentos.

Sustenta-se, finalmente, no recurso a inaplicabilidade da causa do aumento do § 3º do art. 171, na hipótese de tentativa.

A tese mereceu acolhida em acórdão desta Corte, da 4ª Turma, da lavra do então Ministro Carlos Madeira, *in verbis*:

«O § 3º do art. 171 prevê a exasperação pretendida, quando o crime é cometido contra pessoa de direito público. Cometido, no léxico da lei, significa consumado, o que, em tema de estelionato, alcança a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio, pois se trata de crime de ação e resultado.

Se ocorreu apenas o início de execução do tipo, se sua consumação foi obstada por cricunstâncias alheias à vontade dos agentes, não se há de cogitar a aplicação do § 3º do art. 171. Com efeito, se os réus armaram um ardil para haver do Instituto uma vantagem indevida, não o conseguindo em virtude da ação fiscalizadora do órgão envolvido, é claro que eles não conseguiram chegar ao momento consumativo do delito. E como a nossa lei penal não distingue o crime falho e a tentativa imperfeita, tem-se que não cabe a aplicação, na hipótese, da regra da exasperação da pena, mas simplesmente o critério objetivo de sua diminuição.» (ACr nº 3.428-RJ — Julg. em 21-3-79).

Permito-me, *data maxima venia*, divergir de tão respeitável entendimento.

No homicídio qualificado, utilizou o legislador da mesma técnica de redação, empregando análoga expressão verbal — «Se o *homicídio é cometido*...» (grifamos).

E não se nega que, se o agente, mediante paga ou promessa de recompensa, tenta matar alguém, comprovada a cirscunstância qualificativa, responderá por tentativa de homicídio qualificado, não de homicídio simples ou privilegiado.

O decisivo nessa questão é, segundo os autores, distinguir se a circunstância é subjetiva ou objetiva. Na primeira hipótese, a circunstância é inseparável do fato principal, não sendo possível cindi-lo para ter aquela como consumada e este como tentado. Na segunda — circunstância objetiva —, esta pode consumar-se ou não. Exemplo: no furto, com rompimento de obstáculo, embora a intenção do agente seja realizá-lo, se não chega a romper o obstáculo, quando é surpreendido e preso, responderá por tentativa de furto simples e não qualificado. É que a circunstância qualificativa não chegou a se realizar.

Essa a lição de Maggiore, com apoio em Manzini, *in verbis*:

> «É invece perfettamente ammissibile il tentativo di delitto aggravato, sia che si tratti di circostanze soggettive che oggettive. La questione non può offrire difficoltà nel caso di circostanze soggettive e personali (motivo abietto o futile, premeditazione, abuso di relazioni domestiche ecc.) perchè in tale ipotesi la circostanza è inscindibile dal reato principale, e non può essere l'uno consumato, l'altra tentata. Altrimenti accade nella ipotesi di circostanza oggettiva, che può essere o no consumata. Qui vale la regola che, per aversi delitto aggravato, la circostanza deve essere completa, non soltando tentata. Così, se taluno venga sorpreso nell'atto di aprire una cassa a scopo di furto, con una chiave falsa, senza assersene ancora completamente servito, risponderà di tentativo di furto semplice e non qualificato.») *Diritto Penale*, 5ª ed., vol. I, Tomo II, página 546).

No mesmo sentido, Bettiol, para quem «deve reputar-se admissível a tentativa de delito agravado por uma circunstância, mas não uma tentativa de circunstância» (*Diritto Penale*, 7ª ed., pág. 498).

No Direito Penal alemão, que também admite a tentativa de crime qualificado, segundo Maurach, basta o início de realização da circunstância qualificadora:

> «En las acciones qualificadas por la especial forma de comisión, la tentativa empieza com el disponerse a realizar la acción base de la cualificación.» (*Derecho Penal*, vol. II, pág. 183).

Ora, no tipo do § 3º do art. 171 do CP, temos uma hipótese de delito agravado ou qualificado pela circunstância objetiva, para o sujeito ativo, de ser a vítima «entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência». (Cf. Nelson Hungria, *Comentários*, 1ª ed., vol. VII, pág. 252).

No caso dos autos, tal circunstância se realizou por completo, não obstante o crime não se tenha consumado por razões alheias à vontade do agente. O dolo do agente abarcou todos os elementos do tipo qualificado e o *iter criminis* foi percorrido até a apresentação do documento falso ao órgão pagador.

O agente concretizou, pois, tudo que lhe cabia fazer.

Pelo exposto, considero aplicável à espécie o § 3º em exame, rejeitando o último argumento do recurso.

Nego provimento.

É o meu voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Acompanho o eminente Ministro-Relator, pois que, além dos excelentes escólios doutrinários expendidos, vem à memória recente julgamento em que, recusando a tese de que a fraude ou estelionato contra a Previdência não admitia tentativa, nós aqui a admitimos, apenando o acusado inclusive com o aumento previsto no art. 171, § 3º, sede única da sanção por estelionato.

Pelo exposto, voto com o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.845 — BA — (Reg. nº 9.538.348) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: Hamilton Santana de Aquino. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Rômulo Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 24-11-87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.515 — BA
(Registro nº 88.180.000)

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

Apelantes: *Alcebíades Couto Filho (réu preso); Carlos Alberto dos Santos Nascimento (réu preso)*

Apelado: Justiça Pública

Advogados: *Drs. Roberto de Sant'Anna, Artur José Pires Veloso*

EMENTA: Penal. Assalto a Banco. Roubo qualificado. Prova. Aplicação da pena. Cerceamento de defesa.

1. Intimado o advogado da expedição de carta precatória para a tomada de depoimento de testemunhas residentes fora da sede da jurisdição, não há falar em cerceamento de defesa, em virtude da falta de intimação da designação de audiência no juízo, deprecado (art. 222, CPP).

2. Evidenciado, pelo conjunto probatório, que os réus efetuaram assalto à agência da CEF, do qual participaram mais de duas pessoas, sem que caracterizada, por falta de perenidade, a associação como bando, com o emprego de arma, confirma-se sentença que os condena pela prática do delito do art. 157, § 2º, I e II do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação de Alcebíades Couto Filho e dar parcial provimento à apelação de Carlos Alberto dos Santos Nascimento para reduzir a pena, 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-DF, 17 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Alcebíades Couto Filho e Carlos Alberto dos Santos Nascimento apelam de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que os condenou à pena de 6 (seis)

anos e 4 (quatro) meses e multa, e 9 (nove) anos e 1 (um) mês e multa, respectivamente, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por assalto à agência da Caixa Econômica Federal, com emprego de violência e arma de fogo, em concurso de duas pessoas.

Recebidas e processadas as apelações, vieram os autos a este Tribunal, onde a Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer opinando pelo não provimento da apelação do réu Alcebíades e pelo provimento parcial da apelação de Carlos Alberto para modificação do cálculo matemático da pena definitiva.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Não procede a alegação de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, porquanto os órgãos de acusação e de defesa foram intimados da expedição da carta precatória, para tomada de depoimento das testemunhas no local de seus domicílios. E o art. 222 do Código de Processo Penal não exige mais do que isto.

No mérito, tenho que a respeitável sentença do ilustrado Juiz Federal Fernando da Costa Tourinho Neto, da 3ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, como de costume, decidiu com acerto a causa, mediante o exame da prova, com análise percuciente dos fatos do processo.

Leio a fundamentação da douta sentença, que me leva a, conferidos todos os termos da ação, adotá-la como razão de decidir da presente apelação (ler fls. 340-345).

No que diz respeito à dosimetria da pena, tenho que o MM. Juiz sentenciante se houve até com certa moderação, posto que, entre um mínimo de 4 anos e um máximo de 10 anos de reclusão, situou, em relação a um dos apelantes, Alcebíades, por ser tecnicamente primário, embora os péssimos antecedentes sociais, em quatro anos e nove meses, a pena-base; enquanto que, para o outro, com folha de antecedentes em que há uma condenação e cumprimento de pena, de cujo término até o evento ainda não haviam decorrido cinco anos, caracterizada a reincidência específica, ainda assim estabeleceu a pena-base abaixo da média, em seis anos e seis meses de reclusão.

Os acréscimos, em virtude do emprego de arma de fogo e do concurso, também foram parcimoniosamente feitos, um terço para o primeiro, e dois quintos para o segundo, situando o deste pouco acima do mínimo do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Há, contudo, o erro aritmético apontado pela Subprocuradoria-Geral da República, posto que dois quintos de 78 meses é trinta meses e dez dias.

Isto posto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação, para modificar a sentença no ponto indicado, reduzindo a pena aplicada a nove anos e vinte e seis dias de reclusão, mantida, no mais, a respeitável decisão.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 8.515 — BA — (Reg. nº 88.180.000) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Aptes.: Alcebíades Couto Filho (réu preso); Carlos Alberto dos Santos Nascimento (réu preso). Apdo.: Justiça Pública. Advs.: José Roberto de Sant'Anna; Artur José Pires Veloso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação de Alcebíades Couto Filho e deu parcial provimento à apelação de Carlos Alberto dos Santos Nascimento para reduzir a pena, nos termos do voto do Relator. (Em 17-5-88 — 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 CRIMINAL Nº 8.610 — PR
(Registro nº 880.030.091-0)

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

Apelante: *Darcy Terres*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. José Carlos da Costa Pereira*

EMENTA: Penal. Processual Penal. Tráfico Internacional de Drogas. Conjunto probatório harmônico. Dosimetria e fixação da pena base para réu menor de 21 anos.

I — Confirma-se a condenação imposta com base no conjunto probatório harmônico, onde a autoria, a materialidade e a tipicidade do crime estão comprovadas.

II — Sendo o réu menor de 21 anos, na data do fato, primário e de bons antecedentes, a pena base deve ser fixada no mínimo legal, quando este mínimo é o suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

III — Apelação provida, parcialmente, para fixar-se a pena base no mínimo legal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial 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-DF, em 9 de agosto de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela Darcy Terres de sentença do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Guaíra, que o condenou a 6 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 133 dias-multa, pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes (art. 12, c/c art. 18, I, da Lei nº 6.368/76), por haverem sido apreendidos em seu poder 50 quilos de maconha, adquiridos no Paraguai, para fins comerciais (fls. 153/157).

Em suas razões, às fls. 183/186, embora confirmando a posse da droga e sua finalidade comercial, nega que a tivesse adquirido em território estrangeiro. Insurge-se, também, contra a quantidade da pena aplicada, por ser primário, de bons antecedentes e menor de 21 anos, pleiteando a respectiva redução para o mínimo legal, sem o agravante do inciso I do art. 18 da Lei nº 6.368/76.

Contra-razões às fls. 187/188.

Parecer da douta SGR, às fls. 212/216, pelo provimento parcial do recurso, para aplicação da pena base no mínimo legal, por ser o réu menor de 21 anos, incidindo sobre a referida pena o aumento de 1/3, em virtude de a droga ter sido adquirida no exterior.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Embora a sentença tenha sido proferida por Juiz Estadual, reconheço a competência deste Tribunal para conhecer e julgar a apelação, por se tratar de crime de tráfico internacional de entorpecentes (art. 27 da Lei nº 6.368).

Juntamente com o apelante foi denunciado James Martins, absolvido por inexistir prova de haver concorrido para a infração. São incontroversas a autoria e a materialidade da posse da droga, pelo apelante, e sua finalidade comercial, não só diante de sua confissão, por ocasião do flagrante, e em Juízo (fls. 9/12 e 90/90v), como também pelos autos de apresentação e apreensão de fl. 14 e laudos periciais de fls. 19/20 e 97/98, que encontram ressonância na prova testemunhal coletada (fls. 112/113).

Quanto à negativa do apelante, de haver adquirido a maconha no Paraguai, não convence. O próprio réu, em seu depoimento, no flagrante, relata com minúcias a aquisição da droga em um sítio, no Paraguai (fl. 10), tendo, em Juízo, tentado minimizar sua responsabilidade penal, afirmando (fl. 89):

> «Que Humberto ensinou onde ficava a residência de um cidadão que vendia vídeo-cassete; que o interrogado não sabe dizer se é do lado brasileiro ou do lado Paraguai; que o co-denunciado ficou na casa de Humberto dormindo; que o interrogado em lá chegando, ao invés de adquirir o vídeo-cassete, por sugestão da pessoa que lhe vendia, cujo nome não se recorda, acabou adquirindo 50 quilos de maconha.»

O co-denunciado afirmou à fl. 12:

> «Que no sábado último, resolveu empreender a viagem com Darci Teles, saindo ambos de Campo Mourão/PR, com destino a Amambaí/MS, na proximidade da fronteira com o Paraguai; que nessa ocasião, Darci Teles disse ao interrogado que era sua intenção ir ao Paraguai para adquirir um aparelho de vídeo-cassete; que efetivamente Darci foi ao Paraguai, retornando domingo último à noite.»

A aquisição da droga no Paraguai é induvidosa. No entanto, a respeitável sentença apelada merece reparo na fixação e dosimetria da pena base, pois, em se tratando de menor de 21 anos na data do fato (fl. 79), primário e de bons antecedentes (fls. 24v 76/81), a pena base deve ser fixada no mínimo legal, quando este mínimo é o suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo, para fixar a pena base em 3 anos de reclusão e pagamento de 51 dias-multa, aumentando-a de 1/3, em decorrência do disposto no art. 18, I, da Lei nº 6.368/76, o que dará 4 anos de reclusão e pagamento de 68 dias-multa, que será a pena concreta e definitiva, que será cumprida, inicialmente, em regime fechado. Deixei de fazer incidir sobre a pena base a circunstância

atenuante da menoridade (CP, art. 65, I), porque a redução a tornaria abaixo do mínimo legal. Também assim a compensação de uma circunstância atenuante com uma causa de aumento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 8.610 — (Reg. nº 88.003.091-0) — PR — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: Darcy Terres. Apelada: Justiça Pública. Advogado: Dr. José Carlos da Costa Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para os fins consignados no voto do Sr. Ministro Relator. (Julg. em 9-8-88 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.021 — SP
(Registro nº 8.833.067)

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

Suscitante: *Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto-SP*

Suscitado: *Juízo de Direito de Bebedouro-SP*

Partes: *Instituto Jurídico das Terras Rurais — INTER e Maria Rosa Biloria Costa*

EMENTA: Conflito de Competência. Execução fiscal da Fazenda Pública Federal. Justiça Estadual.

— A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal. TFR — Súmula 40.

— Tratando-se de competência relativa, não pode o Juiz declará-la de ofício.

— Competência do Juiz Suscitado.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito de Bebedouro-SP, 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-DF, 16 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — ajuizou, perante o Juízo da Comarca de Bebedouro, processo de execução contra devedor ali domiciliado.

O MM. Juiz Estadual, todavia, declinou de sua competência em virtude da instalação da 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto, cuja jurisdição compreende o Município e a referida Comarca.

Por seu turno, o MM. Juiz Federal em exercício em Ribeirão Preto, suscitou conflito negativo de jurisdição por entender aplicável o art. 126, da Constituição Federal.

Às fls. 11/12, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina seja declarado competente o MM. Juiz de Direito da Comarca Estadual de Bebedouro.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O devedor tem domicílio na Comarca de Bebedouro, São Paulo, onde a execução fiscal deverá ser promovida, a teor do entendimento jurisprudencial da Corte, consubstanciado na Súmula 40 *verbis*:

> «A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal.»

O fato de haver sido instalada Vara da Justiça Federal em Ribeirão Preto, cuja jurisdição compreende a Comarca do Município de Bebedouro, não afasta a norma do art. 578 do CPC com aplicação do art. 126 da Constituição Federal.

Ademais, como bem ponderou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, tratando-se de competência relativa, não poderá o juiz declará-la de ofício (Conflito de Competência nº 8.141-SP e Agravo de Instrumento nºs 45.968-RS e 48.786-RJ, todos de meu relato).

A essas considerações, conheço do presente conflito, para julgar competente o Juiz de Direito suscitado, da Comarca de Bebedouro — São Paulo.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 8.021 — SP — (Reg. nº 8.833.067) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara de Ribeirão Preto — SP. Suscitado: Juízo de Direito de Bebedouro-SP. Partes: Instituto Jurídico das Terras — INTER e Maria Rosa Biloria Costa.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito para declarar competente o Juízo de Direito de Bebedouro-SP, o Suscitado (em 16-8-88 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, Torreão Braz e Sebastião Reis.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.075 — SP
(Registro nº 880.010.334-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*
Suscitante: *Juiz Federal da 2ª Vara — SP*
Suscitado: *Juiz de Direito de Votorantim-SP*
Partes: *Justiça Pública e Rubens Gonelli*

EMENTA: Competência. Falsificação. TRU. Seguro obrigatório. Taxa de fiscalização de serviços diversos.

A falsificação de Guias de Recolhimento da TRU com o conseqüente desvio do numerário a ela relativo constitui delito sujeito à competência da Justiça Federal.

Prevalência da Justiça Federal no que concerne às demais infrações, tendo em vista o disposto no art. 78, IV do CPP. Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 28 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O representante do Ministério Público do Estado de São Paulo denunciou Rubens Gonelli como incurso nas sanções do artigo 171, *caput* 293, 294 e 297, c/c o art. 69, *caput* do Código Penal, por ter falsificado e alterado várias guias de recolhimento de Seguro Obrigatório, Taxa Rodoviária Única (TRU) e Taxa de Fiscalização de Serviços Diversos, apondo as chancelas de autenticação mecânica do recolhimento.

Após ter recebido a denúncia (fls. 367), o MM. Juiz de Direito da Vara Distrital de Votorantim-SP, em despacho exarado à fl. 426 vº, declinou de sua competência em favor da Justiça Federal, ao fundamento de que o desvio ilícito do numerário relativo à TRU constitui ato prejudicial ao interesse federal.

Acolhendo parecer do Ministério Público (fls. 428/429), o MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara de São Paulo, para quem foram distribuídos os autos, suscitou o presente conflito negativo de jurisdição, entendendo não haver configurado, na espécie, crime em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (fl. 430).

Instada a se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do conflito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Rubens Gonelli foi denunciado como incurso em vários crimes, inclusive por falsificação e alteração de guias de recolhimento de seguro obrigatório, taxa de fiscalização de serviços diversos e Taxa Rodoviária Única (denúncia de fls. 2/6 dos autos, principais em apenso). Ora a competência para apurar e julgar estes crimes é da Justiça Federal, conforme entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal em vários acórdãos (CJ nº 6.658, Relator o eminente Ministro Francisco Rezek, pub. no *DJ* de 25-3-88; CJ nº 6.540, Relator o eminente Ministro Sidney Sanches, pub. no *DJ* de 11-12-87 e ReCr. nº 94.738, Relator o eminente Ministro Neri da Silveira, pub. no *DJ* de 17-12-82), além dos citados pela Douta Subprocuradoria-Geral da República do bem-lançado parecer de fls. 433/457.

Como no caso ocorre conexão entre vários crimes de competência da Justiça Estadual e Federal, deverá prevalecer a competência desta, nos termos do art. 78, IV do CPC. (CC nº 7.674 — PE — Relator o eminente Ministro Carlos Thibau — *DJ* de 17-12-87, Primeira Seção).

Julgo improcedente o conflito.

VOTO
(VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, a essa altura das manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a espécie, acho que, na realidade, a competência federal há de ser ressalvada em tais casos, mais porque no presente caso parece que há um concurso de crimes.

De qualquer maneira, demonstra-se a afetação do Serviço Público Federal. Daí porque acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, estou também de acordo, com a ressalva do entendimento manifestado anteriormente, de que a simples falsificação destas Guias de Recolhimento, por si só, não induz à competência do Juízo Federal. Mas, como se trata da prática de vários crimes, como bem acentuou o Sr. Ministro José Dantas, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

CC. 8.075 — SP — (Reg. nº 8.810.334-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara-SP. Suscdo.: Juiz de Direito de Votorantim-SP. Partes: Justiça Pública e Rubens Gonelli.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara, da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante. (1ª Seção — 28-9-88).

Os Srs. Ministro José Dantas, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Min. Bueno de Souza não compareceu à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 8.231 — SC
(Registro Nº 880.030.692-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*
Suscitante: *Juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal de Lages-SC*
Suscitado: *Juiz de Direito da 6.ª Vara Criminal de São Paulo-SP*
Partes: *Justiça Pública e Laerte Frassini*
Advogado: *Dr. Ribaldo Pereira de Godoy*

EMENTA: Competência. Crime praticado por promotor de vendas.

Tratando-se de crime praticado por promotor de circulação de empresa jornalística o foro competente é o do local de prestação de contas.

Conflito procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 6.ª Vara Criminal de São Paulo-SP, 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, 28 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Laerte Frassini foi denunciado como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III do Código Penal, porque, exercendo as funções de Promotor de circulação da empresa jornalística «O Estado de São Paulo», apropriava-se de valores relativos aos pagamentos de assinaturas.

Remetidos os autos de inquérito para a 6ª Vara Criminal de São Paulo, o MM. Juiz de Direito, acolhendo parecer do Ministério Público exarado às fls. 77, declinou de sua competência, determinando a remessa dos autos para a Comarca de Lages-SC, onde sustenta terem ocorrido os fatos delituosos.

Recebidos os autos, o MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Lages-SC sucitou o presente conflito de jurisdição (fls. 239), invocando acórdão do E. Tribunal

de Alçada Criminal de São Paulo que dispõe que o foro competente para o julgamento do delito de apropriação indébita praticado por viajante comercial é o do local da prestação de contas (fls. 223).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência do conflito (fls. 242/243).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Verifica-se pela decisão de fls. 02/05 ter sido Laerte Frassini denunciado sob a acusação de ter, como promotor de circulação de uma grande empresa jornalística, se apropriado de valores relativos a pagamentos de assinaturas do jornal «O Estado de São Paulo». Embora tenha ele recebido tais importâncias, estaria obrigado a prestar suas contas junto à empregadora, em São Paulo.

Competente o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

Julgo procedente o conflito para declarar competente o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo, o suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC. 8.231 — SC — (Reg. Nº 8.880.692-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Suscte.: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Lages-SC. Suscdo.: Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP. Partes: Justiça Pública e Laerte Frassini. Adv.: Dr. Rivaldo Pereira de Godoy.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo-SP, o sucitado. (1ª Seção — 28-9-88).

Os Srs. Ministros José Dantas, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo e Edson Vidigal votaram com o Sr. Min. Relator. O Sr. Min. Bueno de Souza não compareceu à Sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 7.046 — SP
(Registro Nº 8.146.250)

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

Recte. Ex. Of.: *Juízo Federal da 3ª Vara-SP*

Partes: *Justiça Pública e Adolfo Vasconcelos Noronha*

Paciente: Adolfo Vasconcelos Noronha

EMENTA: Processual Penal. Decisão do Juiz de primeiro grau que, no curso do procedimento penal, decreta a prescrição da ação, pelo decurso do tempo, dizendo que o faz pela concessão de habeas corpus de ofício, recorrendo de ofício.

Recurso necessário não conhecido, por não se tratar in casu de habeas corpus (só o Tribunal é competente para conhecer de habeas corpus contra ato do Juiz — art. 122, I, d, da Constituição), mas de ato judicial que tem a natureza de decisão interlocutória terminativa, facultada pelo art. 61 do CPP, contra a qual cabe apenas recurso voluntário (art. 581, VIII, do CPP).

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do recurso, 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 novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de ação penal por crime de imprensa, cometido através de publicações nas edições de «O Estado de São Paulo» de 25/9, 9/11 e 13-11-83. A denúncia, todavia, somente foi recebida pelo Juiz em 7-3-86, mais de dois anos após os fatos.

O MM. Juiz, no curso do procedimento, verificando aquele decurso de prazo, concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício para, reconhecendo a prescrição, trancar a ação penal.

Sobem os autos, sem inconformismo das partes, em razão exclusivamente do recurso de ofício.

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Penal. Decisão do Juiz de primeiro grau que, no curso do procedimento penal, decreta a prescrição da ação, pelo decurso do tempo, dizendo que o faz pela concessão de *habeas corpus* de ofício, recorrendo de ofício. Recurso necessário não conhecido, por não se tratar *in casu* de *habeas corpus* (só o Tribunal é competente para conhecer de *habeas corpus* contra ato do Juiz — art. 122, I, *d*, da Constituição), mas de ato judicial que tem a natureza de decisão interlocutória terminativa, facultada pelo art. 61 do CPP, contra a qual cabe apenas recurso voluntário (art. 581, VIII, do CPP).

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Observo que, *in casu*, se autoridade coatora houvesse, seria ela o próprio Juiz do processo, caso em que somente o Tribunal teria competência para concessão de *habeas corpus* (art. 122, I, *d*, parte final, da Constituição.).

Por outro lado, não é lógico admitir-se a fusão, na mesma pessoa, das posições antagônicas de Juiz e de autoridade coatora.

Todavia, podia o Juiz valer-se não do *writ* mas do que lhe faculta o art. 61 do CPP, para declarar de ofício a extinção da punibilidade de que se trata.

E que, no caso, houve a prescrição da ação, nos termos do art. 41 da Lei 5.250/67, não há dúvida.

Assim, interpreto a decisão em exame, pela sua natureza, não como sentença de *habeas corpus*, e sim como decisão interlocutória terminativa do processo; da qual cabe apenas o recurso voluntário no art. 581, VIII, do CPP.

Não conheço do recurso necessário.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 7.046 — SP — (Reg. Nº 8.146.250) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Partes: Justiça Pública e Adolfo Vasconcelos Noronha. Paciente: Adolfo Vasconcelos Noronha. Rec. Ex. Of.: Juízo Federal da 3ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 24-11-87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 7.322 — RS
(Registro nº 880.023.184-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Ronaldo Oliveira Gerundo*

Impetrado: *Juízo Federal da 3ª Vara-RS*

Paciente: *Paulo Tibiriçá Alves da Cunha*

EMENTA: Habeas Corpus. Proceso Penal. Incidente de insanidade mental. Constrangimento ilegal.

Descaracterização. A presença de dúvida razoável sobre a saúde mental do acusado torna obrigatório o exame que a sanará através de verificação técnica especializada.

Denegação da ordem.

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-DF, 2 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Presente acórdão deixa de ser assinado por impedimento definitivo do Sr. Ministro Relator Presidente.

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Pede-se a presente ordem para livrar o paciente de exame de sanidade mental, por ele tido como constrangedor e desnecessário.

Argumenta, representado por Curador Especial, que o suscitante do incidente não indicou onde, nos autos, encontrou os elementos que o levaram a duvidar da sanidade do acusado. Afinal, assevera que, sendo o incidente suscitado meio de evitar-se sentença condenatória contra quem não detém desenvolvimento mental completo, necessária seria pelo menos, uma boa dúvida sobre o estado mental do paciente, fato que não ocorre pois que, ainda que injustas as agressões, a situação permaneceria, no caso, atípica.

As informações noticiam que o paciente, advogado, defende-se por conta própria de denúncia por incursão em crime de imprensa e, nesse mister, haveria tecido considerações injuriosas e a levantar suspeitas contra o Ministério Público Federal, a Justiça Federal e contra a própria informante, Juíza Federal da 8ª Vara do Rio Grande do Sul. Afirma que, em sua defesa, além de apresentar exceção da verdade, negou a prática dos delitos que lhe foram imputados.

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República assim resume sua posição:

> «EMENTA: Processo Penal — Exame de Sanidade Mental. Se existe dúvida sobre a sanidade mental do acusado, não se tratando de conclusão arbitrária, é obrigatório o exame específico, por se tratar de matéria indisponível.» (fls. 122).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, cuidando-se de incidente de insanidade mental suscitado e aceito pela autoridade dita coatora, tenho que, a esta última, condutora do processo, é dado dissernir acerca da real necessidade do exame sobredito. Isto porque, ao que me parece, ele visa, inclusive, ampliar a defesa do próprio examinando de forma técnica especializada. Ora, se o Juiz, lastreado em dados concretos constantes dos autos, reputou necessário tal exame, não vislumbro grave constrangimento ou empeço à locomoção do examinando no submeter-se a ele, técnico e especializado que é. O máximo que poderá ocorrer é um resultado negativo partindo de fonte fidedigna, o que possibilitará a seqüência normal da ação principal.

Não vejo, à luz dos elementos dos autos, como discordar de afirmações como estas, feitas no parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

> «Com efeito, pelo que se vê das petições de fls. 38/46 e 55/95, a forma inusitada como o paciente vem conduzindo sua defesa no processo crime em referência, é mesmo de se duvidar de sua higidez mental justificando-se a instauração do incidente, desde que se trata de matéria técnica especializada, qual a de formar juízo sobre as condições psíquicas do paciente.
>
> Efetivamente, ao invés do exercício de sua defesa o paciente prefere agredir, desfiando extenso rosário de acusações absurdas contra agentes do Ministério Público Federal, inclusive contra o Procurador-Geral da República, buscando ainda alcançar a Polícia Federal e até mesmo a Justiça Federal.
>
> São de tal forma desconexas as colocações do paciente, e inteiramente descabidas as acusações que insiste em repetir, que é de se duvidar de sua higidez mental, dúvida que só o exame específico poderá solucionar.
>
> Por outro lado, não pode ser esquecido que é interesse da Justiça definir a situação do paciente, para que não se cometa a injustiça de se condenar um doente mental, que não pode ser responsabilizado pelos seus atos, não configurando coação ilegal a sujeição do mesmo ao exame, desde que se trata de matéria indisponível:
>
> «EMENTA: 1. Se houver dúvida sobre a saúde mental do acusado, é obrigatório o exame psiquiátrico. Trata-se de matéria indisponível. Acusador, acusado e Juiz não podem dispensar tal medida.
>
> 2. Petição de *habeas corpus* que objetiva a dispensa de tal exame.
>
> 3. Denegação do *writ*. HC 55.710-SP — Rel. Min. Antonio Neder — JSTF — Lex Editora — Volume 2, página nº 158.
>
> Por fim, a realização do exame não resultará em prejuízo para o paciente, antes pode até beneficiá-lo.» (fls. 123/124).

Nessa mesma linha de raciocínio, denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.322 — RS — (Reg. nº 880.023.184-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Impetrante: Ronaldo Oliveira Gerundo. Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara-RS. Paciente: Paulo Tibiriçá Alves da Cunha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem (Em 2 de agosto de 1988 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Bueno de Souza votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

HABEAS CORPUS Nº 7.336 — PR
(Registro nº 880.245.129)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*
Impetrante: *Júnior Rafagnin*
Impetrado: *Juízo Federal em Foz do Iguaçu*
Paciente: *Mathias Campos Coelho*

EMENTA: Criminal. Descaminho. Fiança.

— Impedimento: Operando o quebramento da fiança concedida em processo anterior pendente, a nova prática delituosa também opera, necessariamente, a sua própria inafiançabilidade. CPP, art. 341, in fine.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, indeferir o pedido, 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).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Em favor do paciente, preso em flagrante de descaminho, queixa-se o impetrante do indeferimento da fiança requerida; consoante a regra legal concernente, a doutrina e a jurisprudência mais tranqüilas, não viria ao caso a alegação de maus antecedentes, com forro na quebra da fiança em dois outros processos pendentes, pois que somente a condenação com trânsito em julgado pode obstar o benefício a que faz jus o acusado quando ainda tecnicamente primário, com residência conhecida e trabalho certo. Ler-se.

As informações destacam os maus antecedentes do paciente que ora responde a dois outros processos por idêntica prática delituosa da comercialização de mercadorias estrangeiras, trazidas de Puerto Stroessner — Paraguai, onde trabalha, para Foz do Iguaçu, onde reside — fls. 71.

Oficiando, via de Parecer do Procurador Magaldi Netto, a nobre Subprocuradoria-Geral da República é pela parcial concessão da ordem, a fundamentos assim ementados:

«Processual penal. Fiança. Requisitos. Maus Antecedentes. Nova infração penal. Quebramento. Efeitos. I — O fato de o réu ser portador de maus antecedentes, porque responde a outro processo-crime no qual não há ainda sentença trânsita em julgado, não o impede de obter os benefícios da fiança; II — No caso, porém, o cometimento de nova infração resultou no quebramento da fiança anteriormente concedida, cujo principal efeito é a obrigação de recolhimento ao cárcere, CPP, artigo 343; III — Parecer pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus.*» fls. 128.

Daí a seguinte conclusão:

«Diante, portanto, das circunstâncias do caso concreto, somos pela concessão parcial da ordem, apenas para garantir ao paciente o direito de prestar fiança no Processo nº 395/88 (que é o objeto deste *writ*); devendo, porém, ser mantida a prisão porque passou a decorrer de outro motivo.» — fls. 130/131.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, por mais que se diga não impedir a fiança a pendência de processo por crime doloso, senão que apenas a impede a condenação anterior transitada em julgado, disso não se infere que também não a impeça a nova prática dolosa sobrevinda à fiança anterior; ou seja, não se infere que o quebramento da fiança no processo pendente não impeça a fiança no processo sobrevindo.

De fato, o impedimento da nova fiança por quebramento da anterior em processo diverso está necessariamente compreendido na regra do art. 341, *in fine*, ao estabelecê-lo sem reservas no caso da prática de infração penal na vigência da fiança. Não teria sentido lógico cassar a fiança por força do novo crime, e ao mesmo tempo substituí-la, para que continue solto o acusado, apesar do quebramento processualmente punido.

Donde me parecer correta a posição do digno juiz impetrado, denegatória do benefício em face de ter julgado quebrada a fiança no processo anterior. Fê-lo muito bem, apesar da impropriedade terminológica de a isso chamar de maus antecedentes do acusado, qualificativo que, *lato sensu*, realmente não tem relevância na apreciação dos pressupostos da fiança penal.

Pelo exposto, indefiro, o pedido.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.336 — PR — (Reg. nº 880.245.129) — Rel.: O Exmo. Sr Ministro José Dantas — Impte.: Júnior Rafagnin — Impdo.: Juízo Federal em Foz de Iguaçu. Pacte.: Mathias Campos Coelho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido. (Em 14-6-88 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Nilson Naves e Assis Toledo. Ausente o Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 109.719 — DF
(Registro nº 7.264.160)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara/DF*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelados: *Nylton Moreira Velloso e outros e Aulus Safar*

Advogados: *Drs. Luiz Felipe Belmonte dos Santos e outros, Afonso Estevão Torres e outros e Wilson Safar*

EMENTA: Comercial. Cancelamento de Carta Patente. Entidades Financeiras. Banco Central do Brasil.

I — As cartas patentes constituem títulos patrimoniais, com valor de mercado, podendo ser transacionadas, consubstanciando um bem de valor econômico, e, justamente por tais motivos, a sua cassação há de ser motivada.

II — O ato de cancelamento não aponta os motivos ensejadores da cassação, o que caracteriza sua nulidade.

III — Sentença que se confirma. Improvimento do apelo e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário 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, 28 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O relatório da r. sentença sintetizou a matéria nos seguintes termos:

> «Nylton Moreira Velloso, Nylton Velloso Filho, Roberto Carlos de Almeida Cunha e Antônio José Ferreira de Araújo qualificados na inicial, pedem segurança contra ato praticado pelo Sr. Chefe Adjunto do Departamento

de Mercado de Capitais do Banco Central do Brasil, que determinou o cancelamento da autorização para funcionamento das empresas Economia Crédito Imobiliário S/A — Economisa; Economisa Crédito, Financiamento e Investimento S/A; e Economisa — Economia Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., todas em liquidação extrajudicial.

Alegam os Impetrantes que é ilegítimo o ato da autoridade por vício de inconstitucionalidade, ilegalidade e abuso de poder, porquanto, nos procedimentos administrativos, não foi proporcionada às entidades afetadas oportunidade para se defenderem, com afronta ao princípio constitucional de garantia do direito de defesa e do devido processo legal (art. 153, §§ 15 e 36).

Alegam também que o cancelamento, em conseqüência, violou direito patrimonial das entidades, representado pelas cartas patentes ou de autorização.

Alegam ainda que o ato da autoridade apontada coatora foi praticado contra a lei, em flagrante ofensa ao disposto nos arts. 73, do Dec.-Lei nº 2.627/40; 44, V, e §§ 9º, da Lei nº 4.595/64; 36 e 43, *c*, da Lei nº 4.380/64, sendo o ato ilegítimo e inválido.

Pedem seja deferida a segurança para reconhecer e decretar a nulidade dos atos de cancelamento das autorizações para funcionar concedidas às sociedades Economia Crédito Imobiliário S/A — Economisa; Economisa Crédito, Financiamento e Investimentos S/A e Economisa — Economia Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. Pedem, também, por via de conseqüência, seja determinado o restabelecimento das cartas patentes conferidas pelo Banco Central do Brasil para funcionamento das sedes e agências das aludidas sociedades, permanecendo tais cartas de autorização incorporadas ao patrimônio das empresas.

A autoridade apontada como coatora, ao prestar informações (fls. 211/218), sustenta que o cancelamento de autorização para funcionar não se confunde com cassação da autorização para funcionar, que é um ato punitivo e sujeito à oportunidade de defesa.

Sustenta também que a autorização para funcionar é ato discricionário, de caráter precário, podendo a administração do Banco Central cancelá-la discricicionariamente, segundo está implícito na Lei nº 4.595.

Sustenta ainda que, se ocorrer a hipótese prevista no art. 19, letra *a*, da Lei nº 6.024/74, o Banco Central emitirá nova carta patente e que carta patente, símbolo ou notícia da autorização para funcionar, é bem fora do comércio, sobre o qual o Banco Central exerce exclusiva titularidade.

Inicial instruída com os docs. de fls. 19/199. Foi admitido Aulus Safar como litisconsorte ativo. Parecer do MP pela denegação da segurança (fl. 227v).» (Fls. 251/252).

A r. sentença concluiu pela concessão da segurança para decretar a nulidade dos atos de cancelamento das autorizações de funcionamento das sociedades.

O Banco Central do Brasil embargou de declaração, o qual foi rejeitado — fl. 264 — no que interpôs apelação aduzindo que a carta patente é bem insusceptível de alienação, penhora ou caução e trata-se de coisa fora do comércio, citando parecer do jurista Wilson do Egito Coelho — fls. 277/280.

Afirma que o Decreto-Lei nº 1.337/74 invade seara que não lhe compete, «admitindo certa atribuição de valor à carta patente, para o fim de permitir sua contabilização como despesa dedutível do lucro tributável.»

Após aduzir e deduzir bem sobre a natureza jurídica da carta patente, quanto à legalidade do seu cancelamento, afirma que «a decretação da liquidação extrajudicial das empresas do chamado Grupo Economisa foi solicitada pelo BNH, em força da gravíssima situação em que se encontravam, sem condições de permanecer operando no siste-

ma financeiro, com alto risco aos credores, mantendo elevado passivo a descoberto, de natureza ascendente, além de ter constatado diversas irregularidades cometidas pelos seus administradores.» Fl. 284.

Conclui: «a decretação do regime de liquidação extrajudicial e a manutenção da carta patente são atos jurídicos absolutamente antagônicos e incompatíveis.»

Pede a final a reforma da r. sentença para manter os atos de cancelamento das cartas patentes.

Nas contra-razões os impetrantes argumentaram, também, sobre a tese da natureza jurídica da carta patente e diz que o ato atacado por ser vinculado não obedeceu às regras da lei.

Afirma que a carta patente de entidade financeira, uma vez concedida, passa a integrar o patrimônio da instituição, é clasificada como bens intangíveis e exemplifica os casos de alienação no mercado o valor econômico da carta patente.

Os apelados deduzem que o ato atacado se constitui em sanção administrativa, como ato punitivo e assim conclui que a revogação da autorização de funcionamento dada à sociedade não pode ser revogada, cancelada, cassada, por motivo de oportunidade ou conveniência da administração pública.

Fundamentam, ainda, os apelados, suas contra-razões nos vícios do ato revogatório, especificamente: incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade em boa peça de fls. 299/307.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Antes de fazer as minhas considerações não posso deixar de citar os argumentos expendidos na r. sentença — fls. 253/4:

> «Cinge-se a controvérsia em decidir se o cancelamento das cartas patentes das instituições financeiras submetidas ao regime da liquidação extrajudicial é decorrência cogente de norma legal. O cancelamento imediato da carta patente, antes de encerrada a liquidação extrajudicial, não encontra amparo em lei. Admitir-se raciocínio em contrário, estar-se-á fazendo o prejulgamento de que a instituição não voltará a funcionar e estar-se-á também cometendo lesão potencial aos credores, uma vez que a carta patente tem indiscutível valor no mercado. Diversos textos legais admitem implicitamente valor patrimonial à carta patente. O Dec.-Lei nº 1.337/74, que dispõe sobre o tratamento tributário na cessão de cartas patentes, ordena:
>
> > 'Art 1º São dedutíveis do lucro sujeito à tributação do Imposto Sobre a Renda das pessoas por instituições financeiras, inclusive entidades do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, pela aquisição de direitos no exercício de atividades financeiras, certificados por cartas patentes ou outros títulos de autorização expendidas pelo Banco Central do Brasil, desde que a transação tenha sido previamente autorizada pelo mesmo'.
>
> Disposição contida no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.337 considera expressamente constituir «receita de transação eventual, sujeita à tributação do imposto de renda os valores havidos pelo cedente na cessão dos direitos a que se refere o artigo anterior». Nenhum alcance prático teria o Dec.-Lei nº 1.337/74, se as cartas patentes de instituições financeiras não tivessem efetivo valor patrimonial. Carta patente não constitui mera autorização para funcionar. Se a

carta patente fosse bem fora do comércio, inócuas seriam as normas do mencionado Decreto-Lei nº 1.337. De outra parte, o Dec.-Lei nº 2.075/83 (art. 2º) autoriza a amortização do ágio pago na aquisição do controle acionário de instituições financeiras.

A Lei nº 6.024/74, em seu art. 19, torna inadmissível o cancelamento antes de encerrada a liquidação extrajudicial de sociedade que vinha atuando, desde que cumpridas determinadas condições.

Carta patente constitui parte do ativo da sociedade e sua preservação não impede que a instituição sob liquidação extrajudicial deixe de operar como tal. Isto significa que dispõe de autorização legal, mas está impedida provisoriamente de o fazer, em virtude de superveniência do regime da liquidação extrajudicial.

As cartas patentes, como já se afirmou, não são bens fora do comércio. Têm valor econômico, quer nas instituições em atividade, quer nas instituições sob o regime da liquidação extrajudicial. A autoridade apontada como coatora, ao determinar o cancelamento das autorizações para funcionar, representadas pelas cartas patentes, das empresas Economia Crédito Imobiliário S/A — Economisa, Economisa — Economia Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., agiu com abuso de poder, violando o direito de propriedade dos acionistas e sócios das referidas instituições financeiras.»

Com esses fundamentos o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para decretar a nulidade dos atos de cancelamento das autorizações para funcionar.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou no mesmo sentido da r. sentença, de cujo parecer destaco o seguinte tópico — fl. 311:

«Com efeito, a carta patente, que certifica a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil, para o funcionamento de entidades financeiras, integra o fundo de comércio da empresa e, assim, possui valor economicamente mensurável, desde que escapa do campo de mera autorização a título precário para se incorporar ao patrimônio da entidade instituída. É o que se apreende do texto legal citado na r. sentença monocrática.

Embora totalmente revogado o Decreto-Lei nº 1.337/74, pelo Decreto-Lei nº 2.075, de 20 de dezembro de 1983, este manteve, *in substantia*, o mesmo tratamento que aquele conferia à matéria. Senão, vejamos como o tema é tratado no artigo 4º da lei posterior *in verbis*:

> 'Art. 4º A alienação dos direitos ao exercício de atividades financeiras certificadas por cartas patentes ou quaisquer outros títulos de autorização expedidos pelo Banco Central do Brasil, fica sujeita ao seguinte tratamento tributário, relativamente ao imposto de renda.'

Segue-se, daí, que a carta patente, inicialmente certificando mera autorização concedida a título precário, nos moldes do Direito Administrativo, se transmuda em título representativo de direitos ao exercício de atividades financeiras, porque o legislador tributário, legitimado para tal, elege aquela situação a fato gerador do imposto de renda.

Temos, então, por correta e apropriada a dicção sentencial que declara taxativamente consistir o questionado cancelamento um ato abusivo de poder e lesivo do direito de propriedade, que justifica a pronta correção através deste remédio heróico.»

Os fundamentos da impetração devem ser examinados a partir da indagação: é admissível o cancelamento de carta patente antes de encerrada a liquidação extrajudicial?

A resposta deve ser buscada na lei que disciplina sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras — Lei nº nº 6.024/74, art. 19 — cujo dispositivo prescreve:

«Art. 19. A liquidação extrajudicial cessará:

a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa;

b) por transformações em liquidação ordinária;

c) com a aprovação das contas finais do liquidante e baixa no registro público competente;

d) se decretada a falência da entidade.»

O preceito do dispositivo permite a que a empresa possa voltar a funcionar, porque não encerrada a sua liquidação. Portanto, enquanto não finalizada ou acabada a liquidação extrajudicial não pode o apelante vir a cancelar as cartas patentes.

Ora, se a liquidação extrajudicial ainda não se findou ou se encerrou, é inadmissível a autoridade impetrada se apressar em cancelar as cartas patentes, exatamente por permitir a lei possa a liquidanda vir a se restabelecer no mercado.

Sobre este dispositivo o eminente Ministro Armando Rollemberg já se pronunciou assim:

«De tal disposição decorre que, enquanto não encerrada a liquidação, a empresa pode voltar a funcionar, e para tal lhe é necessário a Carta Patente que, conseqüentemente, não lhe pode ser retirada enquanto durar.»

O Ministro Armando Rollemberg fez alusão ao argumento do Banco Central no precedente, o qual é o mesmo no caso, e frisou S. Exa. nesses termos:

«Argumenta o Banco Central em contrário a esse entendimento que, cassada a Carta Patente, outra será concedida à empresa em liquidação caso suspensa esta, o que não me parece aceitável desde que a lei fala em prosseguimento das atividades econômicas, o que pressupõe a conservação das condições essenciais para tal efeito.»

Igualmente, não comungo com o argumento do apelante tenho como inadmissível o cancelamento das cartas patentes das empresas em liquidação, pois o *mens legis* conferiu às mesmas a possibilidade de voltarem a funcionar.

Cassar as autorizações de funcionamento para ao depois outorgá-las sobre critérios discricionários é ao mínimo um contracenso em negativa de vigência ao art. 19, da Lei nº 6.024/74.

Unanimemente a 4ª Turma decidiu assim, quanto à parte final da ementa do acórdão, AC 72.617-DF, *in DJ* 17-2-83:

«Acolhimento do recurso tão-somente para determinar a restauração da carta patente de Credence S/A — Crédito, Financiamento e Investimento, porque inadmissível o cancelamento respectivo antes de encerrada a liquidação extrajudicial de sociedade que vinha atuando, em face dos termos do art. 19 da Lei nº 6.024/74, que prevê, cumpridas determinadas condições, o prosseguimento das respectivas atividades.»

O eminente Ministro Carlos Velloso, revisor da apelação, acompanhou o Sr. Ministro Armando Rollemberg, bem assim o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Portanto, dúvida não tenho de que é inaceitável cancelar autorização de funcionamento ou carta patente antes de finda a liquidação extrajudicial.

É de todo oportuno frisar analiticamente aspectos do acórdão que proferi no MS 94.668-DF, in RTFR 89/212, aventado pelo apelante — fl. 217 — cuja ementa foi a seguinte:

«Administrativo. Carta-Patente. Cancelamento.

Não preenchida a sua finalidade, pela inoperância da instituição financeira, pode a carta patente ser cancelada. Embora não prevista a hipótese expres-

samente em lei, tem-se o cancelamento pelo Banco Central, fundado na inatividade da empresa, como medida de cautela e de controle do sistema financeiro, inserido na alçada daquele órgão diretor. Denegação da segurança, tanto mais porque não se vislumbra no ato atacado nenhum ressaibo de desvio de poder.»

Esse precedente não se me afigura bom como paradigma.

Naquele caso os fundamentos da decisão foi estribado na inoperância, na inatividade da empresa no mercado financeiro, cuja cautela era recomendada ao cancelamento.

Já no caso presente, se trata de empresa que se encontra em processo de liquidação extrajudicial, no que enquanto esse processo não se encerra a empresa ainda tem a possibilidade de retornar à sua atividade.

De tudo, por este fundamento, há de se conceder a segurança pleiteada, mas dois outros fundamentos devem ser analisados.

Um diz respeito à intangibilidade do bem, pois a carta patente de instituição financeira constitui um bem ou valor novo incorporado ao patrimônio da empresa, classifica-se na categoria de bens incorpóreos ou bens intangíveis.

Ditos tipos de bens, Orlando Gomes, «Introdução ao Direito Civil», Forense, 1983, pág. 229, tem como sendo «elementos componentes da empresa, considerando patrimônio especial: *a*) bens corpóreos (móveis, imóveis, dinheiro, mercadorias); *b*) bens incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, patentes de invenção, marcas de fábrica); *c*) crédito e débitos; *d*) o fundo de comércio, representado, dentre outros fatores, pela clientela, o ponto, a fama, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.»

Se é atribuído valor contábil às cartas patentes ou autorizações para funcionamento, tais instrumentos se constituem em um bem com valor econômico e os bens intangíveis correspondem a um valor econômico de natureza contábil.

Fábio Konder Comparato, em seu trabalho «Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial», Forense, 1978, págs. 32 e 106, se refere às dificuldades de natureza contábil para traduzir «o exato valor dos bens intangíveis, como a aviamento empresarial, as cartas patentes de concessões e autorizações governamentais, o *know how* industrial e comercial, os segredos de fabricação ou comercialização» e prossegue: «os primeiros — tais as cartas patentes ou autorizações públicas de funcionamento, os privilégios industriais, os sinais distintivos ou as concessões exclusivas — podem ser objeto de uma cessão particular.»

Frise-se que estas passagens foram bem citadas pelos apelados — fl. 294.

Sem dúvida a carta patente tem indiscutível valor no mercado, mesmo porque o Decreto-Lei nº 1.337/74 dispõe sobre o tratamento tributário na cessão de carta patente, cujo art. 1º estabelece:

> «Art. 1º São dedutíveis do lucro sujeito à tributação do imposto de renda das pessoas jurídicas as quantias pagas por instituições financeiras, inclusive entidades do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, pela aquisição de direitos ao exercício de atividades financeiras, certificados por cartas patentes ou outros títulos de autorização expedidos pelo Banco Central do Brasil, desde que a transação tenha sido previamente autorizada pelo mesmo.»

Do dispositivo, constata-se que na aquisição de direito no exercício de atividades financeiras, certificados por cartas patentes há a tributação e se há tributação a carta patente tem valor de mercado.

O art. 2º, do diploma considera, de forma clara, constituir receita de transação eventual, sujeita à tributação do imposto de renda.

Ora, a considerar que as cartas patentes não tenham valor patrimonial ou que estejam fora do comércio, despiciendas seriam as normas do sobredito decreto-lei.

De outra parte, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), no § 1º, do art. 255, determina sejam incluídas entre os bens intangíveis de companhia aberta, que dependa de licença do governo para funcionamento, as autorizações para funcionar ou cartas patentes.

A disposição tem o seguinte enunciado:

> «Art. 255. A alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar e cujas ações ordinárias sejam, por força de lei, nominativas ou endossáveis, está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto.
>
> § 1º A autoridade competente para autorizar a alienação deve zelar para que seja assegurado tratamento equitativo aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para a aquisição das suas ações, ou o rateio, por todos os acionistas, dos intangíveis da companhia, inclusive autorização para funcionar.»

De tudo concluo que a carta patente de instituições financeiras constitui um título patrimonial que pode ser objeto de transação via cessão de direitos, portanto tributável.

O outro fundamento é o da definitividade da autorização de funcionamento ou carta patente.

As sociedades de crédito imobiliário têm um comando especial ditado pelo art. 36, da Lei nº 4.380/64, cuja redação é a seguinte:

> «Art. 36. A autorização para funcionar será concedida por tempo indeterminado, enquanto a sociedade observar as disposições legais e regulamentares em vigor.»

Deflui-se desse dispositivo que a outorga da autorização de funcionamento se inscreve em ato administrativo de caráter vinculado, pois se a autorização é dada «por tempo indeterminado», a mesma é definitiva.

Essa definitividade perdura «enquanto a sociedade observar as disposições legais e regulamentares em vigor.»

Daí infere-se que para a sua cassação há de se exigir do agente público os motivos e a motivação para a medida.

O ato atacado não demonstra os motivos ensejadores do cancelamento da autorização, cujo vício caracteriza sua nulidade.

Quer por um ou qualquer outro dos fundamentos explicitados se impõe a concessão do *writ*.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 109.719 — DF — (Reg. nº 7.264.160) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara/DF. Apte.: Banco Central do Brasil. Apdos.: Nylton Moreira Velloso e outros e Aulus Safar. Advs.: Drs. Luiz Felipe Belmonte dos Santos e outros, Afonso Estevão Torres e outros e Wilson Safar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial (Em 28-9-87 — 5ª Turma).

Sustentou, oralmente, pelo Banco Central do Brasil, o Dr. Luiz Felipe Belmonte dos Santos. 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.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.977 — SP
Registro nº 6.695.515

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Euclydes Aguiar*

Apelante: *Redutores Transmotécnica Ltda.*

Apelado: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Ewaldo Fidêncio da Costa e outro, Drs. Luiz Haroldo Gomes de Soutello e outro*

EMENTA: Tributário. Imposto sobre Operações Financeiras, incidente sobre operações de câmbio, destinadas à remessa de numerário, para pagamento de empréstimo externo, vinculado a certificado de autorização anterior a 31 de dezembro de 1980. Circular nº 775/83, do Banco Central do Brasil, e Resolução nº 816, do Conselho Monetário Nacional.

— Dissídio jurisprudencial existente entre as Turmas componentes da Segunda Seção do Tribunal acerca da matéria. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, acolher a proposta do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro no sentido de suscitar, perante a Egrégia 2ª Seção, incidente de uniformização de jurisprudência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro EUCLYDES AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EUCLYDES AGUIAR: Sentença do MM. Juiz Federal Dr. Homar Cais denegou a segurança impetrada, após sumariá-la nestes termos (fls. 86/87):

> «Redutores Transmotécnica Ltda., com sede nesta Capital, impetra mandado de segurança contra ato do Chefe do Departamento Regional de São Paulo do Banco Central do Brasil, alegando, em síntese, haver obtido do exte-

rior financiamento destinado à importação de bens e equipamentos para seu setor produtivo, comprometendo-se a impetrante a reembolsar o valor do principal financiado em 16 parcelas semestrais consecutivas, no valor de US$ 13.254,72, vencendo-se a nona em 27-5-85, receando que à oportunidade venha o impetrante a exigir-lhe o pagamento do imposto sobre operações de câmbio, à alíquota de 15%, com base nas disposições da Circular nº 775, baixada pela Diretoria do Banco Central do Brasil em 18-5-83, que é ilegal e ineficaz, pois a Resolução nº 816/83 declara indevido o tributo nas remessas jungidas a certificados emitidos antes de 31-12-80.

Sustenta a impetrante que o Conselho Monetário Nacional detém competência para modificar ou eliminar alíquotas e alterar as bases de cálculo do imposto, donde a legalidade da Resolução nº 816/83, mas a Diretoria do Banco Central do Brasil, investindo-se de poderes que não lhe foram outorgados, expediu a Circular nº 775/83, procedendo ajustes no Regulamento do Imposto, aprovado pela mencionada Resolução e fixando a alíquota de 15% para as operações de natureza da contratada e que haviam sido expressamente desoneradas do encargo tributário pelo regramento aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, inovando de forma irregular na ordem jurídica, donde pedir a concessão da ordem para o efeito de assegurar-lhe o direito de ver enquadrada a remessa em pagamento do financiamento a que alude o Certificado de Autorização nº 211/1865, de 30-6-80, nos termos do item 4.4.13.10, *b* da Resolução nº 816/83.

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 9/60, processando-se sem liminar, na forma do despacho de fl. 63, mantido à fl. 76.

Requisitadas informações, prestou-as o impetrado, argüindo, em preliminar, a inexistência de liquidez e certeza do invocado direito, por não haver a impetrante juntado os documentos de embarque, pois só são admitidos desembolsos no exterior, sem apresentação dos documentos de embarque, de até 20% do montante autorizado e, no mérito, sustentando a legalidade do ato (fls. 78/82).

O Ministério Público Federal, no seu parecer de fl. 84, entende ser cabível a preliminar argüida pelo impetrado, pedindo a extinção do feito, sem julgamento do mérito.»

Apelou o impetrante, às fls. 94/97, sustentando ser indevido o tributo; a uma, porque faltaria ao Banco Central do Brasil competência para inovar, modificar, alterar ou revogar normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; a duas, porque prevalente seria a citada Resolução nº 816/CMN que, ao esclarecer a incidência do tributo sobre os contratos registrados após 31-12-80, curvou-se à jurisprudência enunciadora de que o Imposto Sobre Operação de Câmbio, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, somente teria efetiva aplicação a partir de 1º de janeiro de 1981.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

Nesta instância, o parecer é pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EUCLYDES AGUIAR (Relator): Da fundamentação da bem elaborada decisão recorrida é de se destacar (fl. 88):

«Não detém, portanto, o Chefe do Poder Executivo e, muito menos, o Conselho Monetário Nacional ou a Diretoria do Banco Central do Brasil, competência para estabelecer hipótese de exclusão do crédito tributário, ou seja, para isentar do pagamento do imposto as operações de câmbio «relativas a

importação de bens realizada com utilização de financiamento externo vinculado a Certificado de Autorização ou Registro emitido pelo Banco Central anteriormente a 31-12-80», como se fez naquilo que se convencionou chamar «Regulamento» do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários (cf. fls. 19/27).

Tal ato administrativo não pode estabelecer hipóteses de exclusão do crédito tributário, posto que estas só podem ser dispostas por lei (CTN, art. 97, inciso VI).

Por outro lado, como «Regulamento» não se pode considerar a Resolução nº 816, do Conselho Monetário Nacional, porque a faculdade regulamentar é privativa do Presidente da República (Constituição, art. 81, inciso III). A faculdade regulamentar cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, privando, em conseqüência, de seu exercício qualquer outra autoridade ou órgão, sendo indelegável, já que as hipóteses de outorga ou delegação de atribuições encontram-se previstas no parágrafo único, do art. 81 da Constituição Federal.

De resto, viu-se, mesmo que como «Regulamento» se pudesse considerar a Resolução do Conselho Monetário Nacional a matéria foge, por completo, a seus limites, já que reservada exclusivamente à lei.

O tributo em causa é devido porque assim o diz o Decreto-Lei nº 1.783/80, que o instituiu, estabelecendo as hipóteses de incidência e suas alíquotas, sendo certo que o fato gerador ocorre não no momento da obtenção do Certificado de Autorização, mas quando da remessa do numerário para o exterior, sendo despiciendas quaisquer considerações sobre a Resolução do Conselho Monetário Nacional ou a Circular do Banco Central do Brasil.»

Sobre a matéria discutida nos autos, confiram-se os seguintes precedentes desta Eg. Turma relatados, respectivamente, pelos eminentes Ministro Carlos Velloso e Américo Luz, *verbis*:

«Tributário. IOF. Alíquotas. Bases de Cálculo. Alteração por Ato do Poder Executivo: Impossibilidade. Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art. 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 22, § 2º; CTN, art. 65; Lei nº 5.134/66, art. 10.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (EC nº 18/65, art. 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o art. 65 do Código Tributário Nacional, bem assim o art. 10 da Lei nº 5.143, de 20-10-66. É que somente a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, art 19, I; art. 153, § 29), não tendo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art. 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 22, § 2º.

II — As Resoluções do Banco Central, que estabelecem alíquotas para o IOF, ou que concedem isenção deste, são ilegítimas.

III — Recurso provido.» (AC 108.676-SP) (*DJ* de 4-6-87).

«Tributário. IOF. Alíquotas. Base de cálculo.

— São ilegítimas as Resoluções do «Banco Central do Brasil», que estabelecem alíquotas para o IOF ou que concedem isenção desse tributo, por contrariarem o disposto no artigo 176 do CTN.

— Precedentes do TFR nas AMS nºs 108.473 e 110.006, acórdãos publicados no *DJ* de 14-5-87; também na AMS nº 108.675 — *DJ*, de 4-6-87.

— Apelação improvida.» (AC 109.998-SP) (*DJ* de 11-9-86).

Do exposto, por assim também compreender a espécie, nego provimento à apelação.

É como voto.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A jurisprudência dominante da Corte prestigia a tese da sentença singular, da lavra do ilustre juiz federal, Dr. Homar Cais, posta no sentido de que o tributo em causa é devido a teor do disposto no Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, sendo despiciendas quaisquer considerações sobre a Resolução 816/83, do Conselho Monetário Nacional, ou a Circular 775/83, da Diretoria do Banco Central do Brasil.

A exemplo, além dos arestos nas Apelações Cíveis nºs 108.676-SP e 109.998-SP, relatados, respectivamente, pelos Ministros Mário Velloso e Américo Luz, citados pelo digno relator, permito-me sinalar, também, o acórdão na AMS nº 110.002-SP, relator Ministro Pedro Acioli, assim ementado:

«Tributário. IOF. Resolução CMN; isenção. Art. 176.

I — A exigência do IOF no ano de sua criação é indevida por desrespeito ao princípio constitucional da anterioridade.

II — A isenção de tributos decorre de lei, na forma do que é estabelecido pelo artigo 176, do CTN, que é Lei Complementar. A lei que concede a isenção especifica as condições e requisitos necessários para a sua aplicação. Assim, não pode simples Resolução do CMN estabelecer isenção de impostos por invadir área na qual não detém competência.

III — Improvimento da apelação.»

Reportando-me a esses precedentes jurisprudenciais, cujos fundamentos adoto, adiro ao voto do eminente relator.

VOTO — VISTA (Preliminar)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O eminente Relator citou acórdão desta Turma em que o tema ora em debate foi objeto de exame. Seu voto transcreveu as respectivas ementas, o que me exime de fazê-lo. Nas hipóteses mencionadas, assim como no caso presente, questionava-se sobre a validade e eficácia da circular 775/83, do Banco Central do Brasil, relativa ao imposto sobre operações financeiras, incidente sobre operações de câmbio, destinadas à remessa de numerário, para pagamento de empréstimo externo, vinculado a certificado de autorização anterior a 31 de dezembro de 1980.

Nos precedentes invocados, acolheu-se o entendimento de que a faculdade concedida ao Poder Executivo para, nos limites estabelecidos em lei, alterar alíquota e base de cálculo do IOF, foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1/69. Deste modo, carecem de valor quaisquer resoluções tendentes a fazê-lo. E isenção só a lei pode conceder. Assim sendo, restaria sem motivo a discussão sobre se resolução do Banco Central poderia contrapor-se ao estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional, já que a este faltaria competência para estabelecer que uma dada situação de fato não realizaria a hipótese de incidência do tributo ou que haveria isenção.

A Egrégia 4ª Turma, entretanto, decidiu de modo diverso ao julgar a AMS 106.487. É o seguinte o voto do douto Ministro Ilmar Galvão, acompanhado por seus pares:

«A douta sentença apelada assim decidiu a controvérsia:»

«Ora, a Impetrante contratou operação financeira no exterior, aprovada pelo Banco Central do Brasil através do Certificado de Autorização nº 211/1844, de 22 de maio de 1980 (fls. 10/14). Nestas condições, enquadra-se a operação no item 4.4.13.10 *b*, da Resolução nº 816/83 citada, não incidindo o imposto sobre operações de câmbio.

Sucede, entretanto, que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em 18 de maio de 1983, expediu a Circular nº 775/83, com o objetivo de «aprovar ajustes no regulamento» do IOF, instituído pela Resolução nº 816/83. E, no item 4.4.13.11 *b*, da Circular nº 775/83, ficou estabelecida a alíquota de 15% para as operações como aquela contratada pela Impetrante e que haviam sido desoneradas do tributo pelo item 4.4.13.10 *b*, da Resolução nº 816/83, do Conselho Monetário Nacional.

Entende a impetrante que a Circular nº 775/83 não poderia modificar a Resolução nº 816/83, por faltar competência à Diretoria do Banco Central do Brasil para modificar Resolução do Conselho Monetário Nacional.

Ao que tenho, assiste razão a Impetrante. Efetivamente, ao estabelecer a incidência do imposto nas operações como aquela contratada pela Impetrante, a Circular nº 775/83 modificou, no particular, a Resolução nº 816/83. Tal modificação é inválida, à míngua de competência do Banco Central do Brasil para alterar Resolução do Conselho Monetário Nacional.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, fixa a competência do Banco Central do Brasil e, no art. 9º, estabelece:

> «Art. 9º *Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir* as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e *as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.*

Portanto, por expressa determinação legal, ao Banco Central compete, apenas, cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. Nada mais. Não pode, por conseguinte, inovar, modificar, alterar ou revogar normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional; apenas cumpri-las e fazer cumpri-las. Logo, inválido, por falta de competência, o estabelecimento da alíquota de 15% para as operações como aquela contratada pela impetrante, objeto do item 4.4.13.11 *b* da Circular nº 775/83, por conflitar com o item 4.4.13.10 *b* da Resolução 816/83, do Conselho Monetário Nacional» (fls. 50/51)».

Trata-se de decisão que se acha em perfeita consonância com os princípios e regras que regem a espécie, havendo de ser confirmada. Aduza-se, apenas, não haver sido comprovado, pelo Banco Central, que a malsinada Circular nº 775/83 foi expedida em obediência à decisão do Conselho Monetário Nacional, como alegado nas informações.»

Parece-me induvidoso o dissídio jurisprudencial. Voto no sentido de que se instaure incidente de uniformização da jurisprudência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EUCLYDES AGUIAR: De acordo com o voto do Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 110.977 — SP — (Reg. nº 6.695.515) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Euclydes Aguiar. Apelante: Redutores Transmotécnica Ltda. Apelado: Banco Central do Brasil. Advogados: Drs. Ewaldo Fidêncio da Costa e outro, Drs. Luiz Haroldo Gomes de Soutello e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento à apelação, pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. (Em 28-3-88 — 6ª Turma).

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Miguel Ferrante negando provimento ao apelo, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Em 6-4-88 — 6ª Turma).

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, acolheu proposta do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro no sentido de suscitar, perante a Egrégia 2ª Seção, incidente de uniformização de jurisprudência. (Em 25-4-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Velloso. Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.839 — DF
(Registro nº 7.899.815)

Relator p/acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Relator Originário: *O Senhor Ministro Geral Sobral*

Impetrante: *Allied Automotive Ltda.*

Impetrado: *Ministro de Estado dos Transportes*

Advogados: *Hélio Proença Doyle e outro*

EMENTA: Mandado de Segurança. Alteração de Ato Administrativo.

A Administração não pode alterar os seus atos baseada na modificação interpretativa do mesmo texto legislativo, principalmente quando aqueles já permitiram a concretização de situações individuais.

Diferença entre os institutos da revogação e da anulação. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, preliminarmente e por maioria, conhecer do pedido, no mérito, após o voto desempate do Sr. Ministro Presidente, conceder a segurança, na forma do voto e das notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1987

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro GUEIROS LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Allied Automotive Ltda., atual denominação da Bendix do Brasil Equipamentos para Autoveículos Ltda., impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Transportes que revogou a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), ao aprovar os Pareceres 322-1/85 e 323-1/85, da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes.

O impetrante, em sua exordial (fls. 2/13), alegou que

> «... com amparo no artigo 55, da Lei nº 5.025, de 10-6-66, pleiteou junto à 7ª Delegacia Regional da Superintendência Nacional da Marinha Mercante em Santos, SP, o reconhecimento do direito à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — ARFMM — para carga objeto do Termo de Aprovação BEFIEX nº 109/82.

Indefiro o pedido nas 1ª e 2ª instâncias administrativas, recorreu ao Senhor Ministro dos Transportes que, finalmente, ao aprovar o Parecer nº 282-I/85, da Consultoria Jurídica de seu Ministério, deu provimento ao recurso e reconheceu-lhe o direito pleiteado e exaustivamente discutido.

. . . . . .

A partir da publicação do despacho ministerial, no *Diário Oficial da União*, de 24-5-85 (Doc. nº 3), a impetrante passou a ter reconhecido, sem qualquer contestação, o direito de isenção do AFRMM nas importações que fez ao abrigo do Programa aprovado pelo Termo de Aprovação BEFIEX nº 109/82. Decorridos quase 5 meses, foi surpreendida com a publicação no *Diário Oficial da União*, de 7-10-85, de despacho do Sr. Ministro dos Transportes, que apreciando processo do interesse da firma Caterpillar do Brasil S/A. e outra revogou a isenção antes reconhecida à impetrante ao aprovar os Pareceres Jurídicos nºs 322-I/85 e 323-I/85 (cópia Doc nº 4), da Consultoria Jurídica do MT, já com outro titular.» (Fls. 2/4).

Por entender que houve violação do seu direito, pleiteou que seja «liminarmente suspenso o ato impugnado ou seja, a exigência do AFRMM nas importações que fez, sob o amparo do referido Programa BEFIEX, sob Termo de Responsabilidade e Fiança, bem como aquelas que venha a fazer» e «se determine a suspensão de qualquer medida visando a execução dos Termos de Responsabilidade e Fiança».

Concedida a liminar e devidamente notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 60/73), aduzindo, em preliminar, a inadequação da via mandamental para o exame do presente caso, pois trata-se de matéria de alta indagação. No mérito, pondera que não houve abuso de poder, uma vez que o ato revogatório limitou-se a dar cumprimento ao disposto na legislação pertinente ao AFRMM, não havendo, assim, qualquer direito que ampare o pleito da impetrante, muito menos direito líquido e certo próprio da ação de mandado de segurança.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer de fls. 81/84, manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento do *mandamus*, por tratar-se de ação contra lei em tese e, no mérito, pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Tenho que o presente mandado de segurança não merece ser conhecido, uma vez que a impetrante decaíra do direito de propor a ação mandamental.

Com efeito, afere-se dos autos que o ato apontado como coator, foi o despacho do Sr. Ministro dos Transportes, publicado no *Diário Oficial da União* do dia 7-10-85, que revogou a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), antes reconhecida à impetrante.

Constata-se, também, que a impetrante formulou pedido de reconsideração (fl. 7) e que não obteve sucesso, consoante se vê do despacho proferido no Parecer nº 378-1/86, publicado no *Diário Oficial da União* de 29-4-86, retificado pelo *DOU* de 8-5-86.

A Súmula nº 430 da Suprema Corte, assim dispõe, *verbis*:

> «Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.»

Ora, sabendo-se que o pedido de reconsideração não interrompe ou suspende o prazo do artigo 18 da Lei nº 1.533/51, e levando-se em conta que o ato impugnado foi publicado no dia 7-10-85 e proposta a ação de segurança no dia 22-5-86, dúvida não há de que a impetrante decaíra do seu direito de fazê-lo.

Isto posto, não conheço do *writ of mandamus*.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: O eminente Ministro Geraldo Sobral afirmou, no seu ilustre voto, que a impetrante teria decaído do direito de propor o mandado de segurança, porque:

a) o ato apontado como coator, ou seja, o despacho do Ministro dos Transportes, revogador da isenção do AFRMM, antes concedida à impetrante, teria sido publicado no *DOU* de 7 de outubro de 1985;

b) a impetrante teria formulado pedido de reconsideração, sem obter êxito, consoante despacho proferido no Parecer nº 378-I/86, publicado no *DOU* de 29 de abril de 1986 e retificado em 8 de maio do mesmo ano.

Afirmo, entretanto, com a devida vênia ao nobre relator, que não há nos autos prova da existência de qualquer pedido de reconsideração, pois o eminente relator reporta-se apenas ao que, por mero equívoco, foi dito na petição inicial, à fl. 7.

Realmente foi utilizado pela Bendix, fora de qualquer dúvida, recurso administrativo «contra ato de aprovação dos Pareceres nºs 322-I/85 e 323-I/85, os quais haviam reformulado entendimento anterior da Consultoria do Ministério (fl. 36).

É sabido que o recurso administrativo impede a fluência do prazo decadencial, relegando o seu início para após o julgamento (Cf. MS nº 88.911-*DJ* 16-10-80; MS nº 99.355-*DJ* 22-4-83).

Essa é a orientação do Tribunal.

No mais, basta ler o memorial entregue pelo ilustre advogado da impetrante, para saber-se o seguinte:

a) que o pedido de isenção, feito pela Bendix no recurso em apreço, foi concedido em 14-5-1985, conforme Parecer nº 282-I/85, e vigorou até a aprovação do Parecer nº 378-I/86, publicado no *DOU* de 8-5-86.

Ora, a impetração se deu a 22 de maio do mesmo ano, em 14 dias;

b) que, no intercurso desse tempo, entre as datas de 14-5-85 e 8-5-86, a Consultoria (que era outra) proferiu os Pareceres 322 e 323, pertinentes, tão-só, a pedidos idênticos da Ford e da Caterpillar;

c) que somente a partir da publicação do Parecer nº 378-I/86, já citado — e que revogava a isenção — é que começou a fluir o prazo de 120 dias, pronta e zelosamente utilizado

Sendo assim, desacolho a decadência da impetração, tanto mais quanto sou de opinião que, tanto a decadência como a prescrição, não devem ser conhecidas e decretadas de ofício, pelo julgador, quando se cuidem de direitos patrimoniais (CPC, arts. 219, § 5º; 295, IV; 810, nota 2, T. Negrão, 17ª ed., pág. 329; cf AC nº 43.976 — *DJ* de 27-8-81).

É como voto, *data venia*.

---

* Indicado pelo Sr. Min. Carlos Velloso.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, em face do voto divergente do eminente Ministro Gueiros Leite, peço a palavra aos ilustres Pares, para melhor esclarecimento do meu voto.

Inicialmente, passo a ler a parte do relatório em que destaquei a pretensão da impetrante:

«... com amparo no artigo 55, da Lei nº 5.025, de 10-6-66, pleiteou junto à 7ª Delegacia Regional da Superintendência Nacional da Marinha Mercante em Santos, SP, o reconhecimento do direito à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante AFRMM — para carga objeto do Termo de Aprovação BEFIEX nº 109/82.

Indefiro o pedido nas 1ª e 2ª instâncias administrativas, recorreu ao Senhor Ministro dos Transportes que, finalmente, ao aprovar o Parecer nº 282-I/85, da Consultoria Jurídica de seu Ministério, deu provimento ao recurso e reconheceu-lhe o direito e exaustivamente discutido.

.....

A partir da publicação do despacho ministerial, no *Diário Oficial da União*, de 24-5-85 (Doc. nº 3), a impetrante passou a ter reconhecido, sem qualquer contestação, o direito de isenção do AFRMM nas importações que fez ao abrigo do Programa aprovado pelo Termo de Aprovação BEFIEX nº 109/82. Decorridos quase 5 meses, foi surpreendida com a publicação no *Diário Oficial da União*, de 7-10-85, de despacho do Sr. Ministro dos Transportes, que apreciando processo do interesse da firma Caterpillar do Brasil S/A e outra revogou a isenção antes reconhecida a impetrante ao aprovar os Pareceres Jurídicos nºs 322-I/85 e 323-I/85 (cópia Doc. nº 4), da Consultoria Jurídica do MT, já com outro titular.» (Fls. 2/4).

Por entender que houve violação do seu direito, pleiteou que seja «liminarmente suspenso o ato impugnado ou seja, a exigência do AFRMM nas importações que fez, sob o amparo do referido Programa BEFIEX, sob Termo de Responsabilidade e Fiança, bem como aquelas que venha a fazer» e «se determine a suspensão de qualquer medida visando a execução dos Termos de Responsabilidade e Fiança.»

Ocorre que, em sua exordial, a própria impetrante diz com todas as letras o seguinte:

É oportuno esclarecer que a impetrante não obteve sucesso no pedido de reconsideração apresentado à autoridade coatora, como se vê do despacho proferido no Parecer nº 378-I/86 (Doc. nº 6) publicado no *DOU* de 29-4-86, retificado pelo *DOU* de 8-5-86 (Docs. nºs 7 e 8).» (Fl. 7). (Grifo Nosso).

Como se vê, ficou patente que houve o pedido de reconsideração e que a parte impetrou o presente *mandamus* após o aludido pedido.

Ora, se o ato apontado como coator foi, sem dúvida, o despacho do Sr. Ministro dos Transportes, publicado no *DOU* de 7-10-85, que revogou a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), antes recolhida à impetrante e, somente no dia 22-5-86 foi proposta a ação, não resta dúvida que a mesma decaira do seu direito de fazê-lo.

Por outro lado, saliento que pelo memorial apresentado pelo ilustre advogado da impetrante, onde alega que não houve pedido de reconsideração, *data venia*, ouso discordar, pois restou claro na sua inicial, consoante transcrevi acima, que houve o referido pedido.

Aliás, com muita propriedade, ensina o Professor Hely Lopes Meirelles, que pedido de reconsideração «é a solicitação da parte dirigida à mesma autoridade que expediu o ato, para que o invalide ou o modifique nos termos da pretensão do requerente». Foi o que aconteceu no caso *sub judice*, pois, o pedido foi endereçado à mesma autoridade que lhe revogou a isenção, no caso o Sr. Ministro do Trabalho.

Com estas considerações, com a devida vênia, mantenho o meu voto, no sentido de conhecer do *writ of mandamus*.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O eminente Ministro Geraldo Sobral, Relator, entende ter ocorrido a decadência do direito de agir mediante segurança; o Sr. Ministro Gueiros Leite, em voto-vista, afirmou o contrário.

Examinando os autos, cheguei à conclusão de que não houve a proclamada decadência.

O Relator toma como termo inicial do prazo o dia 7 de outubro de 1985, data em que teria sido publicado no *DOU* o ato revocatório da isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM).

O eminente Ministro Gueiros Leite entende que o início do prazo decadencial ocorreu com a aprovação do Parecer nº 378-I/86, no *DOU* de 8-5-86.

Penso que não ocorreu a decadência.

Não obstante haver a empresa impetrante, em sua petição inicial, declarado que não tivera êxito em seu «pedido de reconsideração» (fl. 7), induzindo em erro quanto à verdadeira natureza do requerimento formulado à Administração, dúvida não pode haver de que se trata de uma impugnação formal, com pedido de revisão do ato administrativo, mais assemelhado a uma *reclamação* (Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 12ª ed., pág. 576), do que a pedido de reconsideração. É que a impetrante estava beneficiada pela concessão da isenção, por decisão administrativa, tomada em processo regular, que fora negada em duas instâncias administrativas e somente concedida, em grau de recurso (hierárquico) pelo Ministro de Estado, do que resultou a assinatura de Termo de Aprovação BEFIEX (fls. 27/30) e de Termo Aditivo (fls. 31/33).

Ora, simples revisão de parecer, aconselhado quando da edição de outro parecer (fl. 18), não desconstitui atos formais de feição contratual, firmado pela Administração. Daí a reclamação da parte, perante o Ministro de Estado, que já era outro, que não o que anteriormente firmara os referidos Termos de Aprovação BEFIEX.

Ora, a Administração Pública recebeu a reclamação como «recurso» — palavra que usa no próprio parecer que serviu de base ao indeferimento, por diversas vezes, e no despacho ministerial indeferitório da pretensão (cf. fls. 36, 42, 44, 45, 46 e 47).

Com efeito, o Parecer nº 378-I/86, de 17 de abril de 1986, assim se inicia (fl. 36):

> «Trata o presente processo de *recurso* interposto pela Bendix do Brasil Equipamentos para Autoveículos Ltda, atualmente denominada Allied Automotive Ltda., contra ato de aprovação dos Pareceres nºs 322-I/85 e 323-I/85, de lavra desta Consultoria, a qual reformulou entendimento constante de Parecer anterior (282-I/85). Por meio da aprovação deste (seria *desse* parecer) a administração anterior deferiu pedido de isenção do AFRMM à empresa beneficiária do Programa BEFIEX, mediante apresentação do Termo de Aprovação nº 109/82.» (Sem grifo no original).

E, no final, diz (fl. 44):

> «Isto posto não vemos como possa prosperar o recurso ora em estudo, nada restando senão indeferi-lo.»

No *Diário Oficial da União* de 29 de abril de 1986, ao mencionar-se a natureza jurídica do processo nº 20000.020550/85 — ele é identificado como «recurso» (fl. 45), assim referido no despacho. Como houve um equívoco neste, que consignou o *deferimento* do recurso, houve republicação, no *DOU* de 8-5-86, com a competente *retificação*, para dizer que «onde se lê: Pelo deferimento do recurso, Leia-se: Pelo indeferimento do recurso.» (fl. 46).

É evidente que somente daí se deveria contar o prazo decadencial, até porque a impetrante ainda supunha, até ali, que lograra êxito em sua pretensão. Com o indeferimento formal, nasceu o seu direito de pedir segurança, que exerceu, no dia 22 de maio de 1986, poucos dias depois.

E mais: a empresa recebeu um ofício executório do ato ministerial, datado de 16-5-86, onde mais uma vez se fala em «recurso» e na conseqüência, isto é, no dever de efetuar o pagamento do adicional, marcando-se-lhe o prazo de recolhimento, ao Banco do Brasil S/A, «até 27-5-86.» (Fl. 47).

A eficácia da mudança de entendimento da Administração, portanto, somente se patenteou, para a impetrante, com a denegação formal do seu recurso e a intimação para recolher o encargo tributário.

Se a impetrante vinha usufruindo de uma isenção, que lhe foi regularmente concedida, somente quando se deu a suspensão formal dessa outorga, pelo indeferimento do seu recurso (leia-se — reclamação), é que nasceu o direito de pedir segurança. Tanto mais que a própria Administração, mesmo no parecer que serviu de base à mudança de entendimento, declarou que se tratava de revogação do ato administrativo, a produzir efeitos somente a partir de sua formalização, quanto à impetrante (fls. 39 e segs.).

De salientar que as informações da autoridade impetrada alegam preliminar de impropriedade da ação proposta, não de decadência (fl. 61). E a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, como preliminar, sustenta que a insurgência da impetrante é contra lei em tese (fl. 82); nenhuma palavra quanto à decadência. E tanto o impetrado quanto a Subprocuradoria-Geral assim agiram porque decadência não há.

Acentuo que se houvesse dúvida, quanto à decadência, eu preferiria afastá-la, para examinar, no seu merecimento, o pedido de segurança, no exercício da função jurisdicional, de que se não deve demitir o Poder Judiciário, especialmente quando se trata de garantia constitucional de proteção de direitos. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, por ser garantia constitucional, e «veículo de defesa do indivíduo para a proteção dos objetivos de contenção do exercício do poder, cumpre que o mandado de segurança seja interpretado generosamente» («Do Ato Coator», *in* «Curso de Mandado de Segurança», RT, 1986, págs. 8/9).

Assim, se houvesse dúvida, dever-se-ia interpretar generosamente a controvérsia pertinente à decadência da ação em que o administrado pede segurança contra o administrador. No caso, todavia, como não há dúvida alguma quanto ao início do prazo decadencial, conforme demonstrado, inexiste qualquer necessidade de interpretação, seja restritiva, seja generosa.

Pois, no acertado dizer de Hely Lopes Meirelles, «a fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exeqüível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante». («Mandado de Segurança e Ação Popular», 10ª ed., pág. 23).

No caso dos autos, ao indeferir o recurso da impetrante e lhe marcar data fatal para o recolhimento do tributo, contra o qual se insurge, demarcou-se o termo inicial da decadência.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente Relator, afasto a decadência, a todas as luzes inocorrente, na espécie.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Senhor Presidente, para mim a impetrante é que provocou toda essa confusão ao narrar os fatos. Li a petição inicial e ouvi os votos aqui já proferidos e convenci-me de que, com a vênia do Sr. Ministro Geraldo Sobral, a impetração não foi ajuizada a destempo.

Afasto, em conseqüência, a decadência.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Discute-se, no momento, a decadência do direito à ação mandamental, ocorrendo divergência entre os ilustres colegas que já se manifestaram a respeito.

Para melhor situar a questão, faz-se necessário um breve relato dos fatos pertinentes. A Impetrante, Allied Automotive Ltda., pleiteou, com amparo na Lei nº 5.025, de 1966 (art. 5º), junto à 7ª Delegacia Regional da Superintendência Nacional da Marinha Mercante, em Santos, Estado de São Paulo, o reconhecimento do direito à isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, para carga objeto do Termo de Aprovação BEFIEX nº 109/82.

Após indeferimentos iniciais, recorreu ao Ministro dos Transportes que, com base no Parecer nº 282-I/85, da sua Consultoria Jurídica, resolveu conceder o benefício, conforme despacho no *DO* de 24-5-85.

Decorridos quase cinco meses no gozo dessa isenção, a Suplicante foi surpreendida com uma decisão publicada no *DO* de 7-10-85, através da qual o mesmo Ministro revogou o benefício, ao aprovar os Pareceres nºs 322-I/85 e 323-I/85.

Inconformada a Suplicante peticionou com o propósito de ver ressalvado o seu direito de continuar com a referida isenção. O seu requerimento não teve o sucesso desejado, por isso que despacho ministerial aprovando o Parecer nº 378-I/86, publicado no *DO* de 29-4-86, retificado no *DO* de 8-5-86, denegou a pretensão.

O problema gira em torno do termo inicial da contagem do prazo para a impetração.

Registre-se, em primeiro lugar, a ausência de precisão técnica na utilização dos termos para definir esse último petitório. Enquanto a inicial o denomina, erradamente, de «pedido de reconsideração», o Parecer nº 378-I/86 o qualifica, de modo equivocado, como «recurso».

No meu entendimento, não se cuida de uma coisa nem outra. Com efeito, conforme se viu, a Impetrante estava no uso e gozo de uma isenção que obteve em processo específico, que tramitou por todas as instâncias administrativas. Esse processo foi encerrado com a autorização do Senhor Ministro dos Transportes.

Uma nova etapa surgiu com o Parecer nº 323-I/85 (fls. 18/26), de interesse de uma outra empresa — Caterpillar Brasil S/A —, onde se pleiteava igual isenção. O citado pronunciamento concluiu, após análise da legislação aplicável, não mais ser possível conceder-se tal tipo de benefício. A manifestação genérica, e aprovada pelo Ministro dos Transportes, alcançou a Impetrante, que não era parte no processo. Em conseqüência, sentiu-se violada em seus direitos, motivo pelo qual peticionou no sentido de não ser atingida pela decisão, dando ensejo ao Parecer nº 378-I/86, aprovado pelo Ministro e publicado no *DO* de 8-5-86, no sentido de recusar o pedido.

Ora, essa última petição foi dirigida ao Ministro porque a decisão genérica, tomada em processo de firma diversa, decorreu de ato da mesma autoridade. Não se pode confundir o direito de petição inaugural, como ocorreu no particular, com o recurso hierárquico ou pedido de reconsideração que pressupõem a audiência de instâncias ou a retratação por parte do agente público que indeferiu o pedido.

Sendo assim, esse requerimento constitui uma etapa diversa nos caminhos da burocracia administrativa, sem qualquer vinculação com o antigo processo da interessada ou mesmo com a decisão genérica, de cujo procedimento não participou.

Ante o exposto, forçoso é reconhecer a tempestividade da impetração, porquanto publicado o despacho que lhe indeferiu essa nova pretensão, em 8-5-86, o ajuizamento do *writ* ocorreu em 22-5-86, ou seja, treze dias após.

É como voto.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Entendo tempestiva a impetração, pelo que acompanho o voto do eminente Ministro GUEIROS LEITE.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, afasto a decadência.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, com a devida vênia dos que entendem contrariamente, acompanho o eminente Ministro Relator, porque entendo intempestivo.

Como bem disse Sua Excelência, o ato apontado como coator foi, sem dúvida, o despacho do Ministro dos Transportes publicado no dia 7-10-85, revogando a isenção. Somente no dia 22 foi impetrado o presente mandado, não resta dúvida, decaiu do seu direito.

Acompanho o eminente Relator, com a devida vênia.

É o meu voto.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, a petição da impetrante nem é recurso nem pedido de reconsideração. Na linha do voto do eminente Ministro Gueiros, também entendo, *data venia*, do eminente Relator, que não houve decadência.

RETIFICAÇÃO DE VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, peço licença, porque quero retificar o meu voto, para acompanhar os Srs. Ministros que entendem tempestivo o mandado de segurança.

RETIFICAÇÃO DE VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também quero retificar o meu voto para acompanhar o Ministro Gueiros.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Na primeira sessão, em que se fez o relatório, estive presente, mas na sessão seguinte, em que votou o Sr. Ministro Washington Bolívar, não. De maneira que estou bem inteirado de todos os lances do caso e, Sr. Presidente, dispensando-me de outras considerações, acompanho o Sr. Ministro Gueiros Leite, que entende que não há decadência com os subsídios dos votos dos Srs. Ministros Washington Bolívar e William Patterson.

Também conheço do mandado, Sr. Presidente, com a vênia do Sr. Ministro Relator.

VOTO (MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, no mérito, a douta Subprocuradoria-Geral da República equacionou a controvérsia nos seguintes termos:

«... verifica-se que a incidência do AFRMM está consolidada no Decreto-Lei nº 1.801, de 18-8-80, e no seu regulamento, Decreto 88.420, de 21-6-83, afastando normas derrogadas:

Das informações prestadas pela autoridade coatora, sublinhe-se este trecho, que bem fixou o entendimento dos Decretos supracitados:

«O dispositivo seguinte foi o Decreto-Lei nº 1.626, de 1-6-78 (dispõe sobre isenção do AFRMM e Taxa de Melhoramento dos Portos...), que altera no artigo 1º o *caput* do art. 78 do Decreto-Lei nº 37/66.

§ 1º *A isenção prevista no «caput» fica condicionada a exportação para o exterior das mercadorias submetidas aos referidos regimes aduaneiros especiais (previstos no art. 78 do Decreto-Lei nº 37).*

E é com base no Decreto-Lei nº 1.626/78 combinado com o art. 78 do Decreto-Lei 37/66 e Dec. 68.904/71, os Ministros da Fazenda e Transportes baixam normas para a concessão da isenção do AFRMM.

Em 1980, o Decreto-Lei 1.801, de 18 de agosto, ao consolidar e alterar a legislação relativa ao AFRMM, «repetiu em seu artigo 3º, § 7º o estabelecido no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.142/70, com pequenas alterações, mantendo, no entanto, inalterada e já mencionada na letra *d*.

a) sejam definidas como bagagem pela legislação específica;

b) sejam transportadas em embarcações de até 500 toneladas de registro, operadas isoladamente ou agrupadas em comboio;

c) consistentes em livros, jornais e periódicos bem como em papel destinado a sua impressão;

d) estejam *expressamente* definidas em lei como isentas do AFRMM (ou seja, os casos de *drawback* previstos no Decreto-Lei 37/66, art. 78, e Dec.-Lei 68.904/71).

Acrescentou ainda o § 7º do artigo 15 que «os órgãos de Secretaria da Receita Federal não receberão pedidos de despacho de mercadorias de qualquer natureza, sem que o conhecimento de embarque conste o recibo de pagamento do AFRMM, ou a competente declaração de Isenção de acordo com o § 7º do art. 3º.

Ou seja, o legislador ao conceder a isenção do AFRMM, referiu-se apenas aos casos expressos nas letras *a*, *b*, *c* e *d*. Referindo-se esta à última carga expressamente definida em Lei como isenção do AFRMM, remeteu ao art. 55 da Lei 5.025, alterado pelo art. 4º do D.L. 24 e regulamentada pelo art. 99 do Dec. 59.607/66, combinado com o art. 78 do D.L nº 37 alterado pelo art. 1º, § 1º, do D.L. 1.626/78, *permanecendo em vigor a condição da exportação das mercadorias beneficiadas.*

Por fim, o Dec. 88.420, de 21-6-83, § 9º do art. 27, repete o estabelecido nas letras *a*, *b*, *c* e *d* do dispositivo legal supramencionado (D.L. nº 1.801/80).»

O AFRMM é uma contribuição parafiscal, ou seja, um adicional ao frete cobrado pelo armador, de qualquer embarcação que opere em porto nacional, não cabendo alegar isenção tributária para eximir-se ao pagamento, tendo em vista que retornará em benefício dos próprios armadores e não em favor do Erário Público.

O Decreto 77.065, de 20-1-76 (regulamenta o D.L. 1.428/75), em seus arts. 2º e 6º esclarece que só será concedida a isenção de impostos nos Programas Especiais do BEFIEX em caso de relevante interesse nacional.

Quanto à isenção do AFRMM cumpre assinalar o disposto no Informe Técnico nº 5 da FUNCEX:

«Esclareça-se que o Programa de exportação não dispensa a empresa do pagamento dos demais impostos e taxas incidentes, tais como, TMP — Taxa de Melhoramento dos Portos, AFRMM — Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, ...» .

Isto posto, esta Subprocuradoria se manifesta em preliminar, pelo não conhecimento do pedido e, se alcançado o exame de mérito, pela denegação da segurança.» (Fls. 82/84).

Nada mais a acrescentar ao douto parecer suso transcrito, o qual adoto como razão de decidir, denegando a segurança.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O presente mandado de segurança foi impetrado por Allied Automotive Ltda, antiga Bendix do Brasil Equipamentos, para Autoveículos Ltda, contra o Sr. Ministro dos Transportes, para não ser obrigada a recolher o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM — Relativo a importações de produtos que efetuou sob os incentivos do Programa BEFIEX, pactuado entre a impetrante e o Ministério da Indústria e do Comércio, mediante Termo de Aprovação nº 109, de 22-6-82, e Termo Aditivo nº 091, de 12-9-84.

Pelo mencionado programa, pelo prazo de dez anos a impetrante obriga-se a exportar determinados produtos de sua fabricação podendo, em contrapartida, importar outros produtos com isenção dos impostos de importação e sobre produtos industrializados, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.219/72, que instituiu os Programas BEFIEX, destinados a incentivar a exportação de produtos brasileiros.

Como lhe tivesse sido exigido o pagamento do AFRMM a impetrante percorreu as vias administrativas até que, em virtude de despacho do antigo Ministro dos Transportes, exarado no Parecer da Consultoria Jurídica nº 282-I-85, de 15-3-85, foi desobrigada de efetuar esse recolhimento (fls. 14/17).

Contudo, alertada por outra empresa que desejava gozar da mesma isenção, a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, no Parecer nº 323-I/85, de 19-9-85, propôs e obteve do novo Ministro de Estado a revisão do parecer que beneficiava à impetrante (fls. 18/26), sob o argumento de que os incentivos dos programas BEFIEX nada teriam a ver com aqueles do regime de «drawback».

A impetrante denominou de recurso o pedido de reconsideração que interpôs contra essa decisão, não logrando êxito face ao Parecer 378-I/86, aprovado pelo Sr. Ministro dos Transportes (fls. 36/46).

Por isso é que entrou com o pedido de segurança, ante a exigência, que se lhe fez, de recolher o AFRMM.

Sustenta a impetrante que o chamado programa BEFIEX de importação de mercadorias seria equivalente ao regime de «drawback» e, como tal, gozaria das mesmas isenções deste último.

Quanto à preliminar, acompanhei o eminente Relator, não conhecendo do pedido, porque entendi, como ele, que o suposto recurso da impetrante à mesma autoridade que praticara o ato recorrido nada mais seria do que pedido de reconsideração que, como se sabe, não suspende o prazo de decadência do mandado de segurança.

Quanto ao mérito, também me parece que a razão esteja com o eminente relator, em primeiro lugar, porque a Súmula 27 deste Tribunal assim estabelece:

«É legítima a exigência do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), em importação sob o regime aduaneiro de «drawback», realizada antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.626, de 1º de junho de 1978».

O primeiro óbice ao pedido, com que me deparei, não é tanto pela Súmula 27, em si, porque ali está dito que existem as isenções do AFRMM somente a partir da vigência do D.L. 1.626/78.

Reside, essa dificuldade, em se saber se foi derrogado, no particular, o art. 55 da Lei nº 5.025/66, que concedeu isenção do imposto de importação, do imposto de consumo, e das taxas de despacho aduaneiro, de melhoramentos dos portos e de renovação da marinha mercante às operações realizadas sob o regime de *drawback* ou «*equivalente*». Nesse dispositivo se fundamenta basicamente a impetrante sustentando que o Programa BEFIEX, de que desfruta, é equivalente ao regime de *drawback*.

Essa Súmula 27 nasceu da controvérsia que lavrava no Tribunal a respeito da permanência, ou não, da isenção do art. 55 da Lei nº 5.025/66 para o AFRMM a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.142/70, que transformou a antiga Taxa de Renovação da Marinha Mercante nessa nova contribuição e teria revogado todas as disposições que com ele conflitassem (art. 19), de modo que só restaram algumas hipóteses de isenção nele expressamente previstas, em que não se enquadram os regimes de *drawback* ou «*equivalentes*».

O incidente de uniformização de jurisprudência foi apreciado no MS 77.719 — RS, em sessão de 4-12-79, em que se extremaram as opiniões sobre a incidência, ou não, em tais casos, da isenção do adicional que sucedeu à taxa.

Na abordagem que fez o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso sobre o assunto, pode-se bem aquilatar a dificuldade em que se encontrava a corrente mais liberal, face à jurisprudência do E. STF, que considera o AFRMM uma contribuição parafiscal, não se lhe aplicando, contudo a isenção tributária. (RE 88.943-SP, RTJ 85/349, RE 87.552-SP, RTJ 85/701 e RE 84.360-AM, RTJ 85/926).

É ler-se em seu voto o seguinte trecho:

> «Na AMS nº 80.358-RJ, de que fui relator, julgada em 20-5-77, entendi que a isenção do art. 55, da Lei 5.025/66, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66 diz respeito, apenas, àTaxa de Renovação da Marinha Mercante, tributo hoje inexistente, substituído por outro, contribuição.
>
> Escrevi então:
>
> «Pretender interpretar o citado dispositivo — art. 55 — com vistas a abranger o novo tributo, não é possível, dado que a norma tributária concessiva de isenções deve ser interpretada literalmente, na forma do disposto no artigo 111, II, do CTN.»
>
> Continuei meditando, todavia, sobre a questão.
>
> Impressionou-me o decidido pela Egrégia 3ª Turma, na AMS nº 78.471-SP, Relator o eminente Ministro José Néri da Silveira:
>
> «Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante. Mercadorias importadas sob o regime de «Drawback». A isenção da Taxa de Renovação da Marinha Mercante prevista no art. 55 da Lei nº 5.025, de 10-6-1966, na redação dada pelo art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 9-10-1966, não está revogada com o advento do Decreto-Lei nº 1.142, de 1970. Com a mudança do título de Taxa de Renovação da Marinha Mercante para Adicional ao Frete de Renovação da Marinha Mercante, a natureza da impositividade não se alterou. No art. 19 do Decreto-Lei nº 1.142, de 1970, indicaram-se, ademais, expresssamente normas que se revogaram, entre elas, não se enquadrando a regra do art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966.
>
> O Decreto nº 68.904, de 12-7-1971, que regulamentou o regime de «Drawback», posterior ao Decreto-Lei nº 1.142/1970, explicitou, no § 1º, do art. 1º, se compreenderam entre os incentivos aí previstos aqueles definidos no art. 55, da Lei nº 5.025/1966, na redação do art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966.
>
> Recurso provido para conceder a segurança. (*DJ* de 10-11-77).

No seu voto, sustentou o eminente Ministro Néri da Silveira, com a sua habitual acuidade jurídica, que o Decreto-Lei 1.142/70, «não modificou a situação do incentivo» inscrito no art. 55 da Lei nº 5.025, de 1966, por isso que, «sob o título de TRMM ou de AFRMM, a natureza da impositividade não se alterou», mesmo porque, não obstante com o título de taxa, tratava-se, na realidade, «de contribuição especial». Ademais, continuou o douto Ministro:

«Não parece procedente o argumento de, com a mudança da denominação de TRMM para AFRMM, através do Decreto-Lei nº 1.142, de 30-12-1970, houvesse cessado o benefício fiscal a que se referia o art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 19-10-1966.

É certo que, no Decreto-Lei nº 1.142, houve alteração da legislação referente ao Fundo de Marinha Mercante, dispondo-se, quanto ao AFRMM, sobre as hipóteses de isenção do pagamento do dito Adicional *ut* art. 3º, § 5º. Não é menos exato que, na alínea *d* do citado § 5º, dentre as isenções do AFRMM, se inseriram as cargas que «estejam expressamente definidas em lei como isentas do AFRMM».

De outra parte, no art. 19 do Decreto-Lei nº 1.142, revogaram-se disposições em contrário, indicando-se, expressamente, normas abrangidas pela revogação. Ora, aí, como convinha, se se cogitasse de revogar a regra do art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966, que, até então, era norma isencional especial para certas cargas, no que atine à TRMM, seria de explicitamente também referir o dispositivo em foco.

Não sucedendo tal, a só mudança do nome da impositividade não a tenho como suficiente para afastar o benefício, que foi concedido ao importador, por razões especiais constantes dos Consideranda do diploma em foco».

Ora, acrescentamos aos lúcidos argumentos suso transcritos, se o AFRMM tem o mesmo conteúdo da TRMM, irrelevante é a simples mudança de nome. O que importa é que, ou como TRMM, ou como AFRMM, sempre se teve Contribuição, certo que a TRMM ou o AFRMM sempre tiveram um mesmo suporte fático. Sendo assim, está de pé a isenção prevista no art. 55 da Lei nº 5.025, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66 *ex vi* do disposto no art. 1º, § 1º, do Decreto nº 68.904/71.

Quanto à alegação no sentido de que a isenção estaria revogada pelo Decreto-Lei 83, de 1966, pelo Decreto-Lei 1.016, de 1969, com ou sem a redação que lhe deu a Lei nº 6.418, de 30-5-77, não tem procedência, conforme temos decidido, iterativamente, na 3ª Turma, com referência à Taxa de Melhoramento dos Portos

Menciono, *inter plures,* AMS 85.622-SP, 85.407-SP, 85.491-SP e 85.621-SP, das quais fui relator:

Todavia, bem esclarece o Sr. Ministro Márcio Ribeiro, Relator, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal é iterativa no sentido de que não há falar na isenção do AFRMM nas operações sob regime de «drawback». Isto, em verdade, ocorre, segundo pesquisa que fiz da jurisprudência da Corte Suprema.

Não devemos decidir em sentido contrário ao intérprete máximo das leis, quando este, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, tem entendimento uniforme a respeito.

Destarte, com ressalva do meu ponto de vista pessoal, acompanho o voto do Sr. Ministro Moacir Catunda, Revisor, no sentido de que é legítima a exigência do AFRMM em importação sob regime aduaneiro de «Drawback», realizada antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.626, de 1-6-1978». (RTFR nº 77, págs. 177/179).

Ao final desse julgamento do Plenário venceu a corrente do Sr. Ministro Moacir Catunda, que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Peçanha Martins, Aldir Passarinho, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson e Adhemar Raymundo.

Ficou, assim, placitado que as importações sob o regime de «drawback» estariam isentas do AFRMM somente a partir da vigência do D.L. 1.626/78, que estipulou, no seu art. 1º, o seguinte:

> «Art. 1º Ficam isentas do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante e da Taxa de Melhoramento dos Portos as cargas objeto das operações previstas nos regimes estabelecidos no artigo 78 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.
>
> § 1º A isenção prevista no *caput* fica condicionada à exportação para o exterior das mercadorias submetidas aos referidos regimes aduaneiros especiais.
>
> § 2º Para efeito de controle da isenção, aplicar-se-á, no que couber, a disciplinação dos regimes mencionados, inclusive a exigência do termo de responsabilidade».

Assim, pois, parece-me impossível utilizar-se o art. 55 da Lei nº 5.025/66, com a redação do Decreto-Lei nº 24/66, porque o Decreto-Lei nº 1.626/78 criou direito novo, restrito apenas às hipóteses de «drawback», que não repristina a isenção mais ampla daquela lei.

Embora reconheça a enorme importância que representa o Programa BEFIEX da impetrante para nossa balança comercial, visto como se propõe a apresentar, ao final do prazo de 10 anos, um saldo positivo de 376,9 milhões de dólares, não posso ignorar que, em matéria de isenção tributária, interpreta-se literalmente a lei.

Aliás, já bem antes da Lei nº 5.172/66, Carlos Maximiliano, a propósito da interpretação das leis tributárias, dizia que:

> «O rigor é maio em se tratando de disposição excepcional, de isenções ou abrandamentos de ônus em proveito de indivíduos ou corporações. Não se presume o intuito de abrir mão de direitos inerentes à autoridade suprema. A outorga deve ser feita em termos claros, irretorquíveis; ficar provada até à evidência, e se não estender além das hipóteses figuradas no texto; jamais será inferida de fatos que não indiquem irresistivelmente a existência da concessão ou de um contrato que a envolva. No casó, não tem cabimento o brocardo célebre; na dúvida, se decide contra as isenções totais ou parciais, e a favor do fisco; ou melhor, presume-se não haver o Estado aberto mão de sua autoridade para exigir tributos». («Hermenêutica e Aplicação do Direito», Forense, 9ª edição, págs. 333/334).

Ainda que se possa usar, em direito tributário, de métodos, de interpretação teleológica, ou até mesmo econômica como entende Aliomar Balleeiro, que considerou esse último timidamente acolhido por nosso CTN, no art. 108 (Balleeiro, *in*, «Direito Tributário Brasileiro», 4ª ed., pág. 395/396), ao contrário do que ocorre com o código alemão (Reichsabgabenordnung), o certo é que, em se tratando de isenção, não há como se fugir ao critério do art. 111, II, da Lei nº 5.172/66.

Além do mais, ao referir-se ao regime aduaneiro de «drawback» ou «equivalentes», de certo não quis o art. 55 da Lei nº 5.025/66 estender a isenção tributária senão aos dois outros regimes, também chamados impropriamente, de «drawback», não pelo art. 78 do Decreto-Lei nº 37/66 que os instituiu, mas pelo Decreto nº 68.904/71, que o regulamentou. São tais regimes o beneficiamento ativo e o de reposição de estoques. Todos os três regimes foram devidamente dissecados na excelente monografia de Osiris

de Azevedo Lopes Filho intitulada «Regimes Aduaneiros Especiais», verificando-se que, das três modalidades, somente a primeira pode ser, tecnicamente, considerada como tal. (Osiris Lopes Filho. Ob. cit., «Revista dos Tribunais», 1984, páginas 91 e seguintes).

Ainda que em pleno vigor, seria, pois, inaplicável ao Programa BEFIEX a isenção do art. 55 da Lei nº 5.025/66.

Aliás, se o legislador quisesse conceder isenção do AFRMM para as importações do Programa BEFIEX, teria expressamente abordado o assunto, como fez com os impostos de importação e sobre produtos industrializados no Decreto-Lei nº 1.219/72, que instituiu o programa e as isenções específicas, ou no Decreto-Lei nº 1.248/75, que o aperfeiçoou.

Do mesmo modo a isenção do adicional nos casos BEFIEX teria sido expressamente prevista no Decreto-Lei nº 1.801/80, que consolidou a legislação relativa ao AFRMM e ao Fundo da Marinha Mercante.

Como essa isenção não consta, expressamente, da legislação pertinente, não pode ser aplicada, como deseja a impetrante.

Segundo a Súmula 473 do E. STF pode a Administração revogar seus próprios atos, se eivados de ilegalidades, como parece que é o caso.

Pelo exposto, denego a segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a que se reporta o art. 55 da Lei nº 5.025, foi extinta pelo Decreto-Lei nº 1.142, que criou, em seu lugar, o Adicional ao Frete de Renovação da Marinha Mercante. E as hipóteses de isenção desse adicional estão previstas no art. 3º, § 5º do aludido Decreto-Lei, sendo que a alínea *d* refere-se a cargas que estejam expressamente definidas em lei como isentas do adicional em apreço. E o Decreto-Lei nº 1.626 concede isenção apenas para importação realizada sob o regime aduaneiro do «Drawback». Com efeito, o Decreto-Lei nº 1.219, que instituiu o Programa BEFIEX, concede isenção apenas do IPI e do Imposto de Importação. Como as normas concessivas de isenções devem ser interpretadas literalmente, a teor do disposto no art. 111, item II, do Código Tributário Nacional, entendo também legítima, na hipótese, a exigência do adicional.

De sorte que acompanho o eminente Relator, denegando a segurança.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, eu acho que a matéria, pelos dois votos que acabam de ser declarados, se basta demonstrada na especificação das isenções instituídas para o chamado Programa BEFIEX — tão específicas quanto distinta e expressamente estabelecidas na lei de instituição do programa e na de seu aperfeiçoamento.

Daí porque não cabe confundir essas isenções com aquelas outras pertinentes ao «Drawback».

Pelo exposto, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO (VISTA)

«Tributário. Importação. AFRMM. Programa BEFIEX e «Drawback». Isenção. Decreto-Lei 37/66, art. 78. Decreto-Lei nº 1.219, de 15-5-72. Decreto-Lei nº 1.626, de 1-6-78.

I — Observados os limites e condições do termo próprio, estão as cargas objeto das importações efetivadas no Programa BEFIEX isentas do pagamento do AFRMM, dado que citadas importações enquadram-se nos regimes do art. 78 do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

II — Mandado de segurança deferido.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Allied Automotive Ltda., antiga Bendix do Brasil Equipamentos para Autoveículos Ltda., impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado dos Transportes, objetivando não ser compelida a recolher o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM, relativamente à importação efetivada sob os incentivos do Programa BEFIEX, por ela pactuado com o Ministro da Indústria e do Comércio, mediante Termo de Aprovação nº 109, de 22-6-82 e Termo Aditivo nº 091, de 12-9-84.

Em razão do citado programa, obriga-se a impetrante, pelo prazo de dez anos, a exportar determinados produtos de sua fabricação, podendo, em contrapartida, importar outros produtos com isenção dos impostos de importação e IPI, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.219/72, que instituiu os Programas BEFIEX, destinados a incentivar a exportação de produtos brasileiros.

O AFRMM lhe foi exigido. A impetrante, então, requereu e obteve, administrativamente, por despacho do antigo Ministro de Estado dos Transportes, o reconhecimento no sentido de que não estava obrigada a pagar citado AFRMM, conforme parecer da Consultoria Jurídica nº 282-I-85, de 15-3-85, (fls. 14/17). Todavia, o novo Consultor Jurídico do mesmo Ministério, recentemente, emitiu o Parecer nº 323-I/85, de 19-9-85, propondo e obtendo do novo Ministro de Estado a revisão do parecer que a beneficiava (fls. 18/26), ao argumento de que os incentivos dos programas BEFIEX nada teriam que ver com aqueles do regime de *DrawBack*.

Daí o presente mandado de segurança.

Tendo este Egrégio Plenário conhecido do mandado de segurança, passou a enfrentar o seu mérito. O Sr. Ministro Geraldo Sobral, Relator, denegou a segurança, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros C. Thibau, C. Leite, Il. Galvão, Trindade, Jesus Filho, Toledo, Rollemberg, Dantas e Torreão Braz. O Sr. Ministro W. Bolívar dissentiu e deferiu a segurança. Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do *writ*.

Abrindo o debate, esclareço que esta Egrégia Corte, ao julgar o TUJ na AMS 77.719-RJ, editou a Súmula nº 27, a dizer que «é legítima a exigência do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), em importação sob regime aduaneiro de «Drawback», realizada antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.626, de 1º de junho de 1978.»

No citado julgamento, proferi o seguinte voto, no que tange ao ponto aqui discutido:

«Sr. Presidente, fixemos, inicialmente, a natureza jurídica do AFRMM, que a SUNAMAM sustenta não ser um tributo.

Data venia, não concordo com tal entendimento.

O AFRMM tem natureza tributária, dado que exigido compulsoriamente, assim ajustando-se à definição de tributo (CTN, art. 3º).

Conceituado como tributo, genericamente, ou como *contribuição parafiscal*, ou *contribuição especial*, sujeita-se o AFRMM às regras legais atinentes ao tributo.

Os tributos, no sistema constitucional brasileiro, podem ser classificados da seguinte forma: *a*) *não vinculados: impostos* (CF, art. 18; CTN, art. 16); *b*) *vinculados*: *b*1.) *Taxas* (CF, art. 18, I); *b*.2) *contribuições*, que podem ser:

b.2.1.) de melhoria (CF, art. 18, II); *b*.2.2.) parafiscais, ou especiais (CF, art. 21, § 2º, I); *c*) *especial*: empréstimo compulsório (CF, arts. 18, § 3º, e 21, § 2º, II; CTN, art. 15).

Geraldo Ataliba entende, com o apoio de outros tributaristas, que «as contribuições não se confundem com as taxas, nem com os impostos, mas também não constituem gênero que a eles se oponha. São espécies de tributos vinculado, ao lado da taxa. Desta se distingue por um *quid plus* na estrutura da materialidade da h.i.» («Hipótese de Incidência Tributária», p. 193).

Para Ataliba, as contribuições parafiscais, ou especiais, ou são *taxas* ou são *impostos*.

Sem embargo, penso que não é desarrazoada a tripartição do gênero tributo nas espécies: imposto, taxa, contribuições.

O saudoso Rubens Gomes de Souza, que acolhe a concepção tripartida, entende que «a contribuição é um gênero de tributos suscetível de subdivisão em várias espécies. E isto em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, § único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs I a V.» (RDA, 112/39; RDP, 17/314).

Ao que sustentamos, na linha do raciocínio de Rubens Gomes de Souza, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são, apenas, espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

Assente-se, pois, com referência à contribuição discutida nestes autos, como premissa fundamental, *que é ela um tributo*. Alguns autores, como Geraldo Ataliba, tem-na ou como imposto, ou como taxa, já falamos, presente a divisão dos tributos em *vinculados* e *não vinculados* (ob. cit., p. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.). Tais autores, ao que penso, não estão errados. A conclusão a que chegam embasa-se em dados científicos. Entretanto, *data venia*, acho que, face ao que dispõe o direito possitivo brasileiro (CF, art. 21, § 2º, I, CTN, art. 217), as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas com *status* próprio, ou como *contribuições*, ou como *contribuições parafiscais*, ou como *contribuições especiais*, observada, todavia, a lição de Geraldo Ataliba:

> «A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária «ex lege» em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública» é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hipótese de Incidência Tributária», pág. 201).»

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 75.972-SP, Relator o Sr. Ministro Thompson Flores, decidiu que o AFRMM é uma *contribuição*. É tributo, portanto.

Essa contribuição, o AFRMM, subsistiu a antiga Taxa de Renovação da Marinha Mercante, que era tratada na Lei nº 3.381, de 1958; o Decreto-Lei nº 1.142, de 1970, o regulou e disciplinou.

Estaria ela abrangida pela isenção do art. 55 da Lei nº 5.025/66, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66?

Na AMS nº 80.358-RJ, de que fui relator, julgada em 20-5-77, entendi que a isenção do art. 55, da Lei 5.025/66, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66 diz respeito, apenas, à Taxa de Renovação da Marinha Mercante, tributo hoje inexistente, substituído por outro, contribuição.

Escrevi, então:

«Pretender interpretar o citado dispositivo — art. 55 — com vistas a abranger o novo tributo, não é possível, dado que a norma tributária concessiva de isenções deve ser interpretada literalmente, na forma do disposto no art. 111, II, do CTN.»

Continuei meditando, todavia, sobre a questão.

Impressionou-me o decidido pela Egrégia 3ª Turma, na AMS nº 78.471-SP, Relator o eminente Ministro José Néri da Silveira:

«Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante. Mercadorias importadas sob o regime de «drawback». A isenção da Taxa de Renovação da Marinha Mercante prevista no art. 55 da Lei nº 5.025, de 10-6-1966, na redação dada pelo art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 19-10-1966, não está revogada com o advento do Decreto-Lei nº 1.142, de 1970. Com a mudança do título de Taxa de Renovação da Marinha Mercante para Adicional ao Frete de Renovação da Marinha Mercante, a natureza da impositividade não se alterou. No art. 19 do Dereto-Lei nº 1.142, de 1970, indicaram-se, ademais, expressamente, normas que se revogaram, entre elas, não se enquadrando a regra do art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966.

O Decreto nº 68.904, de 12-7-1971, que regulamentou o regime de «drawback», posterior ao Decreto-Lei nº 1.142/1970, explicitou, no § 1º do art. 1º, se compreenderem entre os incentivos aí previstos aqueles definidos no art. 55, da Lei nº 5.025/1966, na redação do art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966.

Recurso provido para conceder a segurança.» (*DJ* de 10-11-77).

No seu voto, sustentou o eminente Ministro Néri da Silveira, com a sua habitual acuidade jurídica, que o Decreto-Lei 1.142/70 «não modificou a situação do incentivo» inscrito no art. 55 da Lei 5.025, de 1966, por isso que, «sob o título de TRMM ou de AFRMM, a natureza da impositividade não se alterou», mesmo porque, inobstante com o título de taxa, tratava-se, na realidade, «de *contribuição especial*». Ademais, continuou o douto Ministro:

«Não parece procedente o argumento de, com a mudança da denominação de TRMM para AFRMM, através do Decreto-Lei nº 142, de 30-12-1970, houvesse cessado o benefício fiscal a que se referia o art. 4º do Decreto-Lei nº 24, de 19-10-1966.

É certo que, no Decreto-Lei nº 1.142, houve alteração e consolidação da legislação ao Fundo de Marinha Mercante, dispondo-se, quanto ao AFRMM, sobre as hipóteses de isenção do pagamento do dito Adicional, *ut* art. 3º, § 5º. Não é menos exato que, na alínea *d* do citado § 5º, dentre as isenções do AFRMM se inseriram as cargas que «estejam expressamente definidas em lei como isentas do AFRMM.»

De outra parte, no art. 19 do Decreto-Lei 1.142 revogaram-se disposições em contrário, indicando-se, expressamente, normas abrangidas pela revogação. Ora, aí, como convinha, se se cogitasse de revogar a regra do art. 4º do Decreto-Lei nº 24, de 1966, que, até então, era norma isencional especial para certas cargas, no que atine à TRMM, seria de explicitamente também referir o dispositivo em foco.

Não sucedendo tal, a só mudança do nome da impositividade não a tenho como suficiente para afastar o benefício, que foi concedido ao importador, por razões especiais constantes dos consideranda do diploma em foco.»

Ora, acrescentamos aos lúcidos argumentos suso transcritos, se o AFRMM tem o mesmo conteúdo da TRMM, irrelevante é a simples mudança de nome. O que importa é que, ou como TRMM, ou como AFRMM, sempre se teve uma contribuição, certo que a TRMM ou o AFRMM sempre tiveram um mesmo *suporte fático*. Sendo assim, está de pé a isenção prevista no art. 55 da Lei nº 5.025, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66, *ex vi* do disposto no art. 1º, § 1º, do Decreto nº 68.904/71.

Quanto à alegação no sentido de que a isenção estaria revogada pelo Decreto-Lei 83, de 1966, pelo Decreto-Lei 1.016, de 1969, com ou sem a redação que lhe deu a Lei nº 6.418, de 30-5-77, não tem procedência, conforme temos decidido, iterativamente, na 3ª Turma, com referência à Taxa de Melhoramento dos Portos.

Menciono, *inter plures*, AMS 85.622-SP, 85.407-SP, 85.491-SP e 85.621-SP, das quais fui relator:

Todavia, bem esclarece o Sr. Ministro Márcio Ribeiro, Relator, a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal é iterativa no sentido de que não há falar na isenção do AFRMM nas operações sob regime de «drawback». Isto, em verdade, ocorre, segundo pesquisa que fiz da jurisprudência da Corte Suprema.

Não devemos decidir em sentido contrário ao intérprete máximo das leis, quando este, o Eg. Supremo Tribunal Federal, tem entendimento uniforme a respeito.

Destarte, com ressalva do meu ponto de vista pessoal, acompanho o voto do Sr. Ministro Moacir Catunda, Revisor, no sentido de que é legítima a exigência do AFRMM em importação sob regime aduaneiro de «drawback», realizada antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.626, de 1-6-1978.»

Tendo prevalecido, no citado julgamento, o voto do Sr. Ministro Catunda, editou-se a Súmula 27, nos termos em que está redigida. Isto quer dizer que esta Eg. Corte entendeu que a Lei 5.025, de 10-6-66, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei nº 24, de 1966, não conferia isenção do AFRMM, mas, apenas, da Taxa de Renovação da Marinha Mercante, entendendo o Tribunal que os dois citados tributos — AFRMM e TRMM — não poderiam ser identificados.

Votei em tal sentido, por ocasião do citado julgamento da IUJ na AMS 77.719-RJ, com ressalva do meu ponto de vista pessoal a respeito do tema.

Destarte, o argumento da impetrante, no sentido de que estaria isenta do pagamento do AFRMM, com base no art. 55 da Lei nº 5.025, de 10-6-66, com a redação do art. 4º do Decreto-Lei 24/66, esbarraria na jurisprudência desta Eg. Corte, consubstanciada no verbete da Súmula nº 27.

Estaria a questão, entretanto, encerrada? Penso que não.

Não há dúvida no sentido de que, após a edição do Decreto-Lei nº 1.625, de 1968, as importações realizadas em regime aduaneiro de «drawback» estão isentas do pagamento do AFRMM.

O «drawback» é a importação vinculada à exportação (Decreto-Lei nº 37, de 1966, Título III, Capítulo III, art. 78, regulamentado pelo Decreto nº 68.904/71). Consiste na restituição, total ou parcial, dos tributos que hajam incidido sobre a importação de mercadoria exportada após beneficiamento, ou utilizada na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra exportação. Para maior e melhor esclarecimento, confira-se o excelente livro de Osires de Azevedo Lopes Filho, «Regimes Aduaneiros Especiais», Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1984.

Em resumo, no «drawback», o produto importado é exportado depois de beneficiado, ou utilizado na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra mercadoria.

E o que é o BEFIEX?

O BEFIEX foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.219, de 15-5-72, e constitui-se num Programa Especial de Exportação de produtos manufaturados. As empresas enquadradas nesse programa gozam de isenção do Imposto de Importação e do IPI. Aprovado o programa, na forma estabelecida no Decreto-Lei 1.219/72, arts. 1º e 2º, observadas as restrições do art. 3º, passa o exportador a gozar dos seus benefícios, que são incentivos à exportação (Decreto-Lei 1.219/72).

No caso, a impetrante teve aprovado o seu Programa BEFIEX, conforme termo de fls. 27/30 e aditivo de fls. 31/33, pelo que foi expedido, pela Comissão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação — BEFIEX — o Certificado nº 164/82 (fls. 34/35).

Por força do que foi pactuado, a Impetrante é obrigada a *exportar* produtos no valor FOB mínimo de US$ 546,7 milhões (quinhentos e quarenta e seis milhões e setecentos mil dólares), «devendo apresentar saldo de divisas positivo, ano a ano, e salvo acumulado ao final do programa não inferior a US$ 376,9 milhões (trezentos e setenta e seis milhões e novecentos mil dólares)». (V. cláusula 2ª do Termo Aditivo BEFIEX, fls. 31/33). Em contrapartida, pode importar maquinaria, matéria prima, produtos intermediários, etc., em valor FOB até o limite máximo de US$ 45,5 milhões (cláusula 4ª e 5ª do citado Termo Aditivo, fls. 32), com isenção do II e do IPI.

Pelo que vimos de ver, não há dúvida no sentido de que o *BEFIEX* é equivalente, em substância, ao *Drawback*. Ambos constituem-se em programas de estímulo à exportação de produtos beneficiados no Brasil.

Seria possível, indaga-se, agora, estender ao BEFIEX uma isenção própria do «Drawback»?

Penso que sim.

É que *drawback* e BEFIEX são rótulos de um mesmo sistema aduaneiro especial. O que importa verificar é que, nos termos e condições estabelecidos no regulamento respectivo, poderá ser concedida, estabelece o art. 78 do Decreto-Lei 37/66,

> «I — restituição, total ou parcial, dos tributos que hajam incidido sobre a importação de mercadoria exportada após beneficiamento ou utilizada na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra exportada;
>
> II — suspensão do pagamento dos tributos incidentes sobre a importação de mercadoria a ser exportada após o beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada;
>
> III — isenção dos tributos que incidirem sobre importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalentes à utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento de produto exportado.»

Numa palavra, sempre que uma mercadoria é importada com a finalidade de ser utilizada na fabricação de um produto nacional, poderá haver a dispensa do pagamento dos impostos de importação e do IPI, bem assim do AFRMM, certo que, no que concerne a este, o que estabelece o Decreto-Lei 1.626, de 1978, é que fica isento do referido AFRMM «as cargas objeto das operações previstas nos regimes estabelecidos no artigo 78 do Decreto-Lei nº 37, de 18-XI-1966». (Decreto-Lei 1.626/78, art. 1º), desde que haja a «exportação para o exterior das mercadorias submetidas aos referidos regimes aduaneiros especiais» (Decreto-Lei 1.626/78, art. 1º, § 1º), certo que, «para efeito de controle da isenção aplicar-se-á, no que couber, a disciplinação dos regimes mencionados, inclusive a exigência de termo de responsabilidade.» (Decreto-Lei 1.626/78, artigo 1º, § 2º).

Ora, se a importação sobre Programa BEFIEX enquadra-se nos regimes do art. 78 do Decreto-Lei 37, de 1966, não importa a denominação que se utiliza, se BEFIEX ou *Drawback*. Importa verificar, apenas, se se trata de importação vinculada à exportação. Tem-se, em caso assim, um *estímulo à exportação*, concedido pela lei, que não cabe ao intérprete restringir, ao argumento de que a lei que outorga isenção interpreta-se literalmente. Na verdade, a lei que outorga isenção interpreta-se literalmente, na forma do

que dispõe o art. 111, II, CTN. Mas é pela interpretação literal da lei que concede isenção do AFRMM em casos que tais — o Decreto-Lei 1.626/78 —'que vamos reconhecer que a impetrante está isenta do pagamento do referido adicional, observados os limites do pactuado do «Termo BEFIEX» atrás mencionado. Porque,. não custa repetir, a isenção do citado AFRMM é para as cargas objeto das operações previstas nos regimes do art. 78 do Decreto-Lei 37/66. Se a importação sob sistema BEFIEX enquadra-se, em substância, nos citados regimes, não há como deixar de conceder a isenção, convindo acentuar que o indeferimento tem base simplesmente num rótulo — *drawback*, que, numa tradução ao pé da letra significa *puxar para trás*, e que, traduzido livremente, quer dizer *o que entra para retornar*. Vale, pois, afirmar: se o produto importado está vinculado à exportação, goza ele da isenção do AFRMM.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Relator e dos demais Srs. Ministros que o acompanharam, adiro ao voto do Sr. Ministro W. Bolívar, para deferir o «writ».

VOTO-MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, já examinei esses autos quando da discussão sobre a preliminar suscitada.

No tocante à questão de mérito, devo esclarecer o seguinte: é princípio cediço no Direito Administrativo que a administração só pode desfazer seus atos por dois meios: anulando-os, por desconformes com a ordem jurídica vigente, ou revogando-os, em razão de conveniência e oportunidade. No particular, chamou-me a atenção o fato de o desfazimento do ato administrativo que beneficiava a impetrante ter ocorrido com processo de terceiros onde se reivindicava idêntico benefício, o chamado BEFIEX.

O novo Consultor Jurídico do Ministério reanalisou toda a questão jurídica e chegou à conclusão de que o parecer antigo estava errado, em termos de juridicidade. Estudou a mesma legislação, isto é, o art. 55, da Lei nº 5.025, com a redação dada pelo art. 4º, do Decreto-Lei nº 24, de 1966. O primeiro parecer foi elaborado quando já vigente a ordem jurídica ora discutida. O segundo pronunciamento limitou-se a oferecer uma interpretação dissonante, presentes os mesmos preceitos legais.

Ora, Sr. Presidente, não me parece que aí se trate de revogação, pois li o parecer e, em nenhum momento, discute-se a oportunidade e conveniências. Debate-se apenas a legalidade. Isso, porém, não enseja revogação e sim anulação. A própria Impetrante, inteligentemente, recorreu dessa decisão, citando jurisprudência e doutrina, sobre o não cabimento da revogação, diante dos fundamentos apresentados. A manifestação impugnada chega a defender tese incompreensível, quando diz:

> «A revogação se deu por manifesta desconformidade entre o benefício concedido e a ordem jurídica vigente».

A revogação tem como pressupostos motivos de conveniência e oportunidade. A infringência legal sugere outra providência, de natureza mais rigorosa, a anulação do ato.

Sr. Presidente, não entro na análise conceitual de BEFIEX e sua identidade com o «DrawBack». O Ministro Carlos Velloso pediu vista dos autos e, especialista na matéria, examinou, com profundidade, esse aspecto. Acho, apenas, que o ato deve ser reparado, pois formalmente imperfeito, porquanto calcado em motivação equivocada.

A Impetrante colaciona manifestações respeitáveis no sentido de que a Administração não pode alterar seus atos baseada na modificação interpretativa do mesmo texto legislativo, principalmente quando aqueles já permitiram a concretização de situações individuais, como ocorreu na espécie.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto do Ministro Washington Bolívar, para conceder a segurança.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, também, sem examinar se o Sistema BEFIEX corresponde ao regime do «drawback», concedo a segurança, à vista das peculiaridades do caso concreto, tendo em conta que, realmente, não pode a administração alterar interpretação dada à lei de maneira a ofender a direito adquirido.

Com esta breve fundamentação, acompanho o voto do eminente Ministro Washington Bolívar.

VOTO (MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, a meu ver, a administração não revogou, mas anulou o seu próprio ato, e poderia assim proceder, em face da sua ilegalidade.

Com a devida vênia, nego a segurança, nos termos do voto do Sr. Relator.

VOTO — MÉRITO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, afigura-se-me irrelevante, *data venia*, que o ato impugnado refira-se a revogação quando a hipótese é de anulação. Importa a substância do ato e não o seu rótulo. Nem se trata, outrossim, de uma hipótese de mudança de critério jurídico a que a jurisprudência tem-se mostrado hostil.

De outra parte, *data venia* do eminente Sr. Ministro Carlos Velloso, BEFIEX e «drawback» não se confundem. Ocorre o «drawback» — como S. Exa. salientou — quando se importa uma mercadoria para posteriormente exportá-la beneficiada ou como componente de um outro produto.

Não é o que ocorre na hipótese.

Peço vênia para acompanhar o eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, quer ao argumento do Senhor Ministro Washington Bolívar, que viu no ato ministerial uma ofensa às regras já ajustadas, desde o momento em que a impetrante foi reconhecida debaixo dos benefícios do BEFIEX; ou pelos argumentos do Senhor Ministro Carlos Velloso, que encontra as similitudes entre as figuras que beneficiam a exportação brasileira; ou, ainda, pelos argumentos formais do Senhor Ministro William Patterson, segundo os quais a administração não podia revogar por seu exclusivo interesse momentâneo aquilo que já havia considerado legítimo, por qualquer destes fundamentos, acompanho os votos que concedem a segurança, *concessa venia* dos doutos votos contrários.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Sr. Presidente, quero retificar o meu voto para acompanhar o Ministro Washington Bolívar, a partir da argumentação desenvolvida no voto do Ministro William Patterson, este último quanto à questão formal relativa à natureza dos institutos da *revogação* e da *anulação* do ato administrativo.

Na verdade, à míngua de previsão terminológica é que as discussões se eternizam na esfera jurídica. No caso, a imprecisão de que falou o Ministro Patterson, longe de configurar bisantinice, afetou a própria natureza de importantes institutos jurídicos com reflexo no direito da parte.

Delibando apenas a matéria da lide, quanto aos benefícios fiscais do «drawback» e do BEFIEX, faço reparos à argumentação contida no voto do Ministro Carlos Velloso, de modo que por ela não concederia o «writ», *data venia*.

Não considero que as máquinas importadas e destinadas ao beneficiamento de matéria assim exportável sejam incluídas naqueles benefícios fiscais (do «drawback» e do BEFIEX), porque são, na realidade, bens de capital.

Concedo a ordem — repito — com fulcro nos fundamentos da parte final do voto do Ministro Washington Bolívar e, integralmente, do voto do Ministro William Patterson.

VOTO — DESEMPATE

O EXMO. SR. MINISTRO LAURO LEITÃO (Presidente): Senhores Ministros, concedo a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 111.839 — DF — (Reg. nº 7.899.815) — Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Rel. Orig.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Impte.: Allied Automotivo Ltda. Impdo.: Min. de Estado dos Transportes. Advs.: Hélio Proença Doyle e outro.

Decisão: O Tribunal, prosseguindo no julgamento, preliminarmente e por maioria, conheceu do pedido, vencidos os Srs. Ministros Relator, Carlos Thibau, Costa Leite, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus, Assis Toledo, Armando Rollemberg, José Dantas e Flaquer Scartezzini. No mérito, após o voto desempate do Sr. Ministro Presidente, concedeu a segurança, vencidos os Srs. Ministros Relator, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Armando Rollemberg, José Dantas, Torreão Braz e Otto Rocha. Retificou seu voto o Sr. Ministro Gueiros Leite, que lavrará o acórdão. (Em 27-8-87 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar, Carlos Velloso, William Patterson, Bueno de Souza (RI, art. 151, § 2º). Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.782 — RS
(Registro nº 6.896.723)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara-RS*

Apelante: *Banco Nacional da Habitação — BNH*

Apelado: *Aldo Barbieri*

Advogados: Drs. Paulo Martins Zenha Guimarães e outros e Luiz Antonio Castellano de Almeida

EMENTA: Imobiliário. Caderneta de poupança. Intervenção. Bloqueio. BNH.

I — A medida de intervenção executada pelo órgão competente, atinge, por força da lógica, aos devedores da empresa sob intervenção, alcançando as disponibilidades financeiras daquelas.

II — Todavia, tal alcance somente poderá ser efetivado mediante ato expresso do órgão interventor. Ineficaz deliberação do BNH.

III — Sentença confirmada. Improvimento do apelo e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Quinta 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, 22 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A r. sentença relatou a espécie, nestes termos:

> «O impetrante requer Segurança contra ato do Gerente Nacional do Banco Nacional de Habitação, por lhe obstar, ilegalmente, a livre movimentação de seu depósitos em Caderneta de Poupança, inicialmente no Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A, transferidos, por ocasição da intervenção, para a

Caixa Econômica Estadual, Agência Moinhos de Vento. Em síntese, a inicial de fls. 02/24 fundamenta sua pretensão: *a*) na incompetência da Diretoria do Banco Nacional de Habitação para expedir quaisquer normas dentro do sistema, cabendo essa atribuição, em exclusivo, ao Conselho de Administração; *b*) na lesão ao princípio da isonomia constitucional, eis que há a garantia, através da Resolução Normativa do Conselho de Administração do BNH nº 3/67, nos termos da legislação de regência, até 500 HPCs; *c*) na invasão de matéria restrita ao Banco Central do Brasil.

«O preparo consta à fl. 75v. Não houve concessão de medida liminar (fl. 2).

Noticiada a autoridade apontada como coatora (fls. 76), vieram as respectivas informações a fls. 77/80, pela denegação da Segurança, aos argumentos seguintes: ilegitimação passiva da autoridade apontada (Gerente Regional do BNH), por partir a ato do Senhor Liquidante da Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A; a indisponibilidade da conta do Impetrante fundamentou-se na Lei nº 6.024/74, por se enquadrar o mesmo na situação de 'Diretor, componente da administração ou acionista com mais de 10% do capital de empresa inadimplente de obrigação assumida com a sociedade sob intervenção ou em liquidação extrajucial'; não se caracteriza, na espécie, a existência de direito líquido e certo do Impetrante, pois, ao contrário, o bloqueio decorreu de disposições legais, visando à proteção de interesse público.

À fl. 97 pronunciou-se a Procuradoria da República, neste Estado, subscrevendo, por seus jurídicos fundamentos, as informações da autoridade apontada como coatora». (Fls. 167/168)

Sobreveio a sentença, concedendo a segurança.

Apelou o Banco Nacional de Habitação, sustentando a reforma do *decisum*.

Contra-razões de Aldo Barbieri, pela confirmação da sentença.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela intimação da CEF, *ex vi* do disposto nos arts. 1º e 5º do Decreto-Lei nº 2.291/86, por se tratar de matéria relacionada a bloqueio de poupanças, tendo o BNH na relação processual.

Ordenou-se a intimação da CEF, a qual se pronunciou às fls. 202/203, sustentando que a competência é do Conselho Monetário Nacional, na forma do Decreto-Lei nº 2.291/86, art. 7º, I, e ainda que os depósitos das poupanças objeto do *mandamus* não foram recolhidos à CEF, mas sim à Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul.

Ouvida a culta SGR, esta se manifestou transcrevendo entendimento da egrégia 5ª Turma do Colendo Tribunal Federal de Recursos, que proclamou ser a CEF, sucessora de direito e obrigações do BNH, conseqüentemente parte legítima para prosseguir nos feitos, de acordo com o art. 5º do Decreto-Lei nº 2.291/86.

Pediu-se, ainda, o pronunciamento do Ministério Público Federal, para dizer sobre o mérito da causa, que se manifestou pela confirmação da sentença monocrática.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): No curso do processamento do presente feito foi editado o Decreto-Lei nº 2.291/86, que extinguiu o BNH por incorporação à 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 quanto à demanda argüiu a sua ilegitimidade de parte, porque o órgão normativista do Sistema Financeiro da Habitação é o Conselho Monetário Nacional.

Data venia, o equívoco no meu sentir é 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 instauradas 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 SGR que a legitimidade é da CEF para figurar no feito.

Por tais fundamentos rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte argüida pela CEF.

É como voto preliminarmente.

VOTO (MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A matéria *sub judice* foi bem examinada e obteve solução adequada na sentença monocrática, da qual destaco:

> «O impetrante, e bem assim respectiva empresa por ele controlada — Guerino S/A Construções e Incorporações (esta devedora inadimplente da Liquidanda Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A), naturalmente poderiam ficar sujeitos ao regime de intervenção e/ou liquidação extrajudicial.
>
> É o que consta estabelecido no artigo 51 da Lei nº 6.024/74. Trata-se de possibilidade, dependente apenas de ato expresso do Banco Central. Na espécie dos autos, nada consta sobre a existência de ato do Banco Central nesse sentido. De presumir, portanto, a inexistência da extensão desse regime ao Impetrante. Ineficaz, para tanto, a deliberação da Diretoria do Banco Nacional de Habitação, que não possui poderes para tanto.
>
> Por outro lado, a garantia oferecida pelo Banco Nacional de Habitação para as Cadernetas de Poupança não pode, de forma unilateral e em casos particulares, ser retirada, salvo, é lógico, para contas irregulares, abertas por quem não as podia, ou contra normas gerais e abstratas, como servem de exemplo as contas de pessoas jurídicas.
>
> Na espécie dos autos, é certo que, decretada a intervenção, houve a geral indisponibilidade dos créditos, inclusive das contas de poupança, e isso inclusive sem necessidade de menção expressa (art. 6º da Lei nº 6.024/74), porém, logo superada através das medidas administrativas tomadas, com a total liberação das contas de poupança, transferidas para outros estabelecimentos do sistema financeiro, porém sempre com a garantia, observados os limites, do Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias.
>
> Vê-se, por conseguinte, que foram ilegítimas as medidas tomadas pelos órgãos executivos do Banco Nacional de Habitação, obstativas da livre movimentação das contas de poupança do Impetrante, com os rendimentos habituais oferecidos» — fls. 168/169.

Alinha-se ao entendimento da r. decisão o lúcido parecer da douta SGR, do qual, no essencial, destaco:

> «É certo que o Impetrante, na qualidade de diretor de empresa devedora inadimplente do Banco Sul Brasileiro, ficou sujeito ao regime de intervenção e/ou liquidação extrajudicial, que prevê, entre outras medidas, a geral indisponibilidade dos créditos, inclusive os de poupança, 'sem necessidade de menção expressa (art. 6º da Lei nº 6.024/74)', consoante observação contida também no ato decisório.
>
> Todavia, a transferência das contas de poupança para outros estabelecimentos do sistema financeiro pôs a salvo do sobredito regime até mesmo

aquelas que, nos termos do art. 51 e parágrafo único da Lei da regência, deveriam estar indisponíveis, por força da garantia oferecida pelo BNH, através do Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI).

Entendeu o Impetrado de condicionar a prestação dessa garantia a certos requisitos, tendo em vista a possilidade de seu beneficiário ter 'contribuído ou influído para gerar ou agravar a situação de insolvência que levou a entidade financeira a invocar recursos do Fundo de Garantia de Depósito da Letra Imobiliária (FGDLI), para pagar créditos decorrentes da captação de recursos do público'.

É louvável a iniciativa do Impetrado no sentido de adotar as medidas retromencionadas, porém, não poderia, como não pode, praticá-las por ato próprio, tendo em vista a sua incompetência face à matéria, pois somente o Banco Central do Brasil, através do ato expresso, poderia estender os efeitos da intervenção do Impetrante por força do que dispõe o art. 51 e seu parágrafo único da Lei nº 6.024/74.

Assim, força é admitir que a Circular/3/85 e a decisão da Diretoria do BNH que lhe deu causa não têm suporte legal, dado que têm por objeto matéria afeta exclusivamente à esfera competencial do Banco Central do Brasil.» (Fls. 210/211).

Assim, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 112.782 — RS — (Reg. nº 6.896.723) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara/RS. Apte.: Banco Nacional da Habitação — BNH. Apdo.: Aldo Barbieri. Advs.: Drs. Paulo Martins Zenha Guimarães e outros e Luiz Antônio Castellano de Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 22-6-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 117.326 — SP
(Registro nº 7.480.318)

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

Apelante: *INPS*

Apelado: *Orlando Fernandes*

Advogados: *Drs. Regina Lúcia Souza Silva Moreira dos Santos e outros e Luiz Antônio Rebello*

EMENTA: Mandado de Segurança.

Suspensão do pagamento de aposentadoria previdenciária. Fraude presumida.

Exigência de inquérito administrativo, com garantia de ampla defesa.

Segurança concedida.

Sentença confirmada.

A aposentadoria que vem sendo paga pelo Instituto Nacional de Previdência Social, em decorrência de processo regular, não pode ser suspensa por simples presunção de fraude.

A adoção dessa atitude, que envolve a própria subsistência do aposentado, exige que o fato fique provado em prévio inquérito administrativo, com a garantia de ampla defesa do prejudicado.

Sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, ao reexaminar o processo no exercício do duplo grau de jurisdição, manter a sentença na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1988 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Trata-se de apelação em mandado de segurança, interposta pelo Instituto Nacional de Previdência Social contra

a sentença que concedeu o *mandamus* ao impetrante Orlando Fernandes, para restabelecer os pagamentos da aposentadoria anteriormente deferida pela autarquia.

Em sua irresignação o apelante preliminarmente alega a carência da ação mandamental, com invocação da «Súmula» nº 269 do STF.

No mérito, defende a legalidade do ato de suspensão dos pagamentos, lastreando a sua argumentação no artigo 206 da CLPS, e artigo 165, parágrafo único, da Constituição Federal.

Sem contra-razões.

O parecer ministerial de fls. 128/129 é no sentido do conhecimento e provimento da apelação, por entender haver sido comprovada mediante regular procedimento administrativo a existência de fraude na concessão da aposentadoria.

Remessa *ex officio* tida como interposta.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, rejeito a preliminar de carência de ação, pois o caso concreto não se subsume à hipótese tratada na «Súmula» nº 269 da Suprema Corte.

Não se trata de substituição da ação de cobrança pelo *mandamus*, mas sim de coibição de ato atentatório ao direito do impetrante.

No mérito, é aplicável à causa a jurisprudência da Corte, consubstanciada no Verbete nº 160 da Súmula, *verbis*:

> «A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo.»

É do entendimento da Casa que a aposentadoria que vem sendo paga pelo Instituto Nacional de Previdência Social em decorrência de processo regular, não pode ser suspensa por simples presunção de fraude, sendo indispensável que o fato fique provado em inquérito administrativo, com a garantia de ampla defesa do prejudicado.

Inacolhível a afirmação do Ministério Público Federal de haver sido atendido o requisito da ampla defesa do prejudicado, pois o Instituto limitou-se a tomar as declarações do impetrante (fl. 74), suspendendo o pagamento da aposentadoria no mesmo dia 25 de outubro de 1985 (fl. 76).

Inocorrentes, pois, ofensa ao artigo 165, parágrafo único, da Constituição Federal, ou negativa de vigência do artigo 206 da Consolidação das Leis da Previdência Social, é de aplicar-se o entendimento deste Egrégio Tribunal Federal de Recursos, traduzido por sua «Súmula» de nº 160, pelo que nego provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 117.326 — SP — (Reg. nº 7.480.318) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Apte.: INPS. Apdo.: Orlando Fernandes. Advogados: Drs. Regina Lúcia Souza Silva Moreira dos Santos e outros e Luiz Antônio Rebello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, ao reexaminar o processo no exercício do duplo grau de jurisdição, manteve a sentença. (Em 4-10-88 — 2ª Turma).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 117.921 — RJ
(Registro nº 9.616.535)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*
Impetrante: *S/A Write Martins*
Impetrado: *Juízo Federal da 2ª Vara-RJ*
Advogados: *Drs. Antônio de Pádua Pereira Lima e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato Judicial. Cabimento.

I — Mandado de segurança contra decisão judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, artigo 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o periculum in mora da prestação jurisdicional faz nascer causa petendi de outro direito de ação, assim o direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

II — No caso, não há prova no sentido de que contra o ato impugnado foi interposto, a tempo e modo, o recurso próprio, sem efeito suspensivo.

III — Mandado de segurança não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1987.

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS M. VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 31/32, lavrado pelo Procurador Flávio Vieira, assim relata e opina a respeito da matéria:

«Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato judicial que, no curso de ação de repetição de indébito (FINSOCIAL), acolhêu pedido, da parte da União Federal, para a realização de prova pericial, tendente a verificar se houve ou não repasse da exação em tela.

Alega, em síntese, a Impetrante que é desnecessária a realização de perícia para o fim retroapontado, vez que o FINSOCIAL é tributo direto e, por esta razão, não comporta a transferência do encargo tributário ao contribuinte de fato.

Pelo r. despacho de fl. 25, o Eminente Relator da matéria deferiu liminar pelo prazo de 90 dias.

Às fls. 28/29, a Autoridade dita coatora prestou as informações de estilo, consignando que a perícia requerida é admissível, vez que se destina a apurar possível ocorrência de fato extintivo do direito do Autor-contribuinte; que a «Impetrante, temendo o não conhecimento do agravo de instrumento, que foi interposto do indeferimento do pedido de reconsideração, e não da decisão que se pretendia modificar, sendo o referido agravo intempestivo, procura, agora, tangenciar aquela dificuldade, reabrindo o debate sobre questão através de mandado de segurança, com o mesmo objeto».

Parecem-nos razoáveis as ponderações expendidas nas informações.

Ab initio, as alegações de que o agravo de instrumento tenha sido interposto intempestivamente suscita controvérsia cujo deslinde se torna impossível ante a ausência de certidão que registra a data do ato agravado.

Parece-nos necessário, portanto, que se esclareça essa circunstância, haja vista ser o agravo de instrumento (recurso) um dos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial. Eis que a jurisprudência pretoriana exige que do ato judicial atacado haja sido interposto, a tempo e modo, o recurso adequado.

Por outro lado, concordamos em que a realização de perícia contábil, *in casu*, se faz necessária como único instrumento de defesa, capaz de comprovar a extinção ou não do direito à repetição do tributo recolhido.

Sendo princípio jurídico de que o ônus da prova cabe a quem alega; que a impetrante não carreou aos autos elementos que comprovem o requisito de admissibilidade retroaludido, o parecer é pelo indeferimento da segurança, cassando-se a liminar concedida».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O Dr. Juiz deixa expresso, nas informações:

. . . . . .

«No que diz respeito ao mérito, parece-nos que a Impetrante, temendo o não conhecimento do agravo de instrumento, que foi interposto do indeferimento do pedido de reconsideração, e não da decisão que se pretendia modificar, sendo o referido agravo intempestivo, procura, agora, tangenciar aquela dificuldade, reabrindo o debate sobre a questão através de mandado de segurança, com o mesmo objeto.»

. . . . . .

O que sustento é que, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para

que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim o direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso. Assim tenho votado e foi assim o voto que proferi por ocasião do julgamento do *MS nº 109.369-DF*, cuja cópia faço anexar, para boa compreensão do meu pensamento.

No caso, o Dr. Juiz, nas informações — informações às quais deve-se emprestar cunho de veridicidade, até prova em contrário — deixa expresso que o agravo interposto do ato impugnado foi apresentado a destempo. A impetrante, nos autos, não demonstrou o contrário. Sendo assim, por inexistir um dos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, não pode o *writ* ser conhecido, dispensando-me de examinar o segundo pressuposto de admissibilidade, ou a possibilidade de dano irreparável.

Do exposto, não conheço do mandado de segurança.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 109.369 — Distrito Federal

«Mandado de Segurança. Medida cautelar. Ilegalidade evidente.

I — A ação cautelar é proposta contra a União Federal. Destarte, mesmo se o ato nela atacado é do Presidente da República, pode o juiz de 1º grau conceder a medida cautelar, se ocorrentes os pressupostos desta, na forma da lei processual.

II — Mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o *periculum in mora* da prestação jurisdicional faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso.

III — Mandado de segurança conhecido e deferido».

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, quando pedi o aparte ao Sr. Ministro Miguel Ferrante, pensava eu que S. Exa. estava concedendo efeito suspensivo ao agravo de instrumento, justamente para que se propiciasse à Turma, vale dizer, ao órgão incubido de exercitar a prestação jurisdicional de 2º grau, a faculdade de examinar, em toda a sua extensão, a matéria. Mas vejo que está ocorrendo o contrário. Empresta-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento para quê? Para que possa ser encaminhada a lista. Ora, isto ocorrendo, a decisão do Juiz de 1º grau ficará sem cumprimento. Então, quando a Turma examinar o agravo de instrumento, a questão já poderá estar prejudicada, acabada. Por quê? Porque a lista terá sido encaminhada, e até a nomeação já poderá ter sido realizada. Estava eu na firme convicção de que o Sr. Ministro Miguel Ferrante concedia efeito suspensivo, justamente para impedir o esvaziamento da questão. Vejo, entretanto, que se está concedendo o efeito suspensivo, justamente para ficar sem cumprimento a decisão do Juízo de 1º grau. Parece-me que a questão assim posta esvazia a decisão do órgão jurisdicional de 2º grau, incumbido de apreciar o agravo de instrumento.

Sr. Presidente, vou acompanhar o Sr. Ministro Relator, mas quero dizer, antes, duas palavras: em primeiro lugar, acho, com a vênia dos que não pensam desta forma, que é perfeitamente legítimo ao Juiz de 1º grau examinar e, se for o caso, conceder a medida cautelar. Esta é, aliás, uma obrigação, um poder-dever do Juiz, seja o ato oriundo de que autoridade for.

A ação cautelar não é promovida contra o Presidente da República, ou contra o Ministro de Estado, ou contra órgão do Estado. Ela é promovida contra a pessoa pública, assim, contra a União Federal, ou contra o Estado-membro, ou contra o Município, enfim, contra a pessoa jurídica pública.

Na ação especial do mandado de segurança é que a autoridade impetrada representa a entidade de direito público e determina a competência do órgão jurisdicional. Mas isto ocorre por expressa previsão constitucional, ou legal. Em conseqüência, no mandado de segurança, faltando competência ao órgão jurisdicional, competência que se firma em razão da autoridade apontada coatora, é que não pode o órgão jurisdicional incompetente expedir a medida liminar.

Mas na ação cautelar isto não ocorre, nem há previsão constitucional de competência originária dos Tribunais de 2º grau para o processo e julgamento de ações cíveis, em razão da pessoa que participa da demanda no pólo passivo. Tratando-se de ação cível, a jurisdição é de dois graus: há sempre um juiz de primeiro grau que julga e um Tribunal de 2º grau que aprecia a justiça dessa decisão. E, não custa repetir, a cautelar é uma ação.

Não é desarrazoado mencionar que o sistema judicial brasileiro se estrutura segundo o modelo judicial americano. A primeira Constituição republicana brasileira de 1891 inspirou-se na Constituição americana de 1787, que modelou o federalismo, o presidencialismo, o estadualismo e o sistema judicial brasileiros. Não é bem recente, mas é dos nossos dias, o grande exemplo dado pela democracia americana, quando o Juiz J. Sirica, um juiz de 1º grau, filho de imigrantes italianos, no curso de uma ação, determinou que o Presidente Nixon apresentasse as fitas, ou «tapes», que ele sonegava ao conhecimento das autoridades e do povo.

Dessa maneira, estruturado o sistema judicial brasileiro segundo o modelo americano, não me causa nenhuma estranheza que um juiz de 1º grau, decidindo uma ação que não é promovida contra o Presidente da República, mas contra a União Federal, expeça, se for o caso, uma medida cautelar. Afinal, temos uma República e, como é óbvio, o Presidente não é um monarca irresponsável.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: V. Exa. me permite um aparte?

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Com todo prazer, Sr. Ministro Gueiros Leite.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Gostaria de lembrar apenas o seguinte: se V. Exa. acha, como também acho, que o Juiz pode fazer tudo isso, porque, então, não deixar que o órgão judicante examine o mérito do agravo de instrumento, para saber se o juiz decidiu certo ou não? Então, V. Exa. tem apenas que dar efeito suspensivo ao agravo e deixar que o órgão julgue.

Data venia, V. Exa. está sendo incoerente.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: V. Exa. não ouviu a segunda parte do meu voto. Quero dizer-lhe, entretanto, Sr. Ministro Gueiros, que, aqueles que desejam que o órgão judicial, vale dizer, a Turma, aprecie o agravo, não poderiam emprestar efeito suspensivo a este recurso. Mas, quero dar-lhe a segunda parte do meu voto.

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Então, vou ouvir.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Aparte): O fundamento do voto do Relator trata justamente da incompetência do Juiz, porque o ato já era de outra autoridade.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Agora, se V. Exa. me permitir, vou equacionar a segunda parte do meu voto.

A tese que perfilho, em tema de mandado de segurança contra ato judicial, está na linha do sustentado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza. Se a lei concede, expressamente, efeito apenas devolutivo ao agravo, não vejo como seria possível deferir mandado de segurança contra a lei, a fim de emprestar-se efeito suspensivo a esse recurso.

Equaciono a questão da seguinte forma: tenho o mandado de segurança como ação constitucional, um remédio do Direito Constitucional, com pressupostos constitucionais, que são os seguintes: *a*) direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; *b*) ato de autoridade ilegal ou abusivo de poder (CF, art. 153, § 21). Tratando-se de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, se do ato resultar a possibilidade de dano irreparável, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais acima mencionados e desde que o recurso próprio tenha sido interposto a tempo e modo (porque o *mandamus* não é sucedâneo de recursos próprios e os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados pela preclusão), examino a segurança em toda a sua plenitude, vale dizer, examino o próprio ato. É que, repito, ocorrentes os pressupostos constitucionais da segurança, o *periculum in mora* da prestação jurisdicional, vale dizer, a demora da decisão a ser proferida no recurso sem efeito suspensivo faz nascer *causa petendi* de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso, conforme prelecionava, nesta Casa, o eminente Ministro Paulo Távora. Em casos assim, portanto, repito, a segurança deve ser examinada em toda a sua plenitude, examinando-se o próprio ato impugnado, a fim de que seja restabelecido o direito líquido e certo violado.

Esta é a tese que sustento, tendo presente, primeiro que tudo, que o mandado de segurança é garantia constitucional, que deve ser visualizada sem preconceitos. Considero, *data venia*, simplesmente preconceituosa a afirmativa no sentido de que se deve deixar o conhecimento do recurso interposto para o órgão incumbido de julgá-lo e, por isso, a segurança deve ser concedida apenas para emprestar-se efeito suspensivo ao agravo. Isto, repito, é mero preconceito. E o que é pior: leva-se a decidir contra a lei, vale dizer, a emprestar-se efeito suspensivo a um recurso que a lei, expressamente, exclui esse efeito. E, no caso, *data venia*, emprestando-se efeito suspensivo ao agravo, está-se justamente esvaziando o julgamento do agravo, conforme já falamos.

Posta a questão nestes termos, examinemos o ato impugnado.

Este é, na verdade, flagrantemente ilegal.

Com efeito.

Começa ele por violar o artigo 2º do Código de Processo Civil, que estabelece que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

Ora, a ação foi requerida contra um órgão do Poder Judiciário da União. Deveria sê-lo contra a União Federal, e o Juiz permitiu a ilegalidade. E foi além. Conforme esclareceu o eminente Ministro Relator, o Juiz, *ex officio*, incluiu na demanda o Tribunal Superior do Trabalho e o Ministro de Estado da Justiça, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho e o Ministro da Justiça nem sequer foram indicados na inicial da ação cautelar.

Mas o ato impugnado não ficou apenas no que foi exposto. Há mais. Tratava-se de promoção por merecimento. Ora, sendo assim, não tinha o autor da ação cautelar legitimidade ativa para a causa, porque não tinha direito subjetivo à promoção ou a ingressar na lista tríplice de promoção por merecimento.

Isto foi ignorado pelo Dr. Juiz.

Há mais, ainda.

Em verdade, não há, na ordem jurídica brasileira, a proibição apontada pelo autor da cautelar. Vale dizer, quando o autor da cautelar afirma que a lei proíbe que o parente do Juiz Presidente do TRT ingresse neste, não está afirmando a verdade legal por inteiro. O que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 1979, proíbe, é que tenham assento, na mesma Turma, Câmara ou Seção, cônjuges e parentes consangüíneos ou afins em linha reta, bem como em linha colateral até o terceiro grau, certo que, nas sessões do Pleno ou órgão que o substituir, onde houver, o primeiro dos membros mutuamente impedidos, que votar, excluirá a participação do outro no julgamento (Lei Comp. 35, de 1979, art. 128, parág. único).

O ato impugnado, conforme se verifica, é flagrantemente ilegal, pelo que não pode persistir, mesmo porque a jurisprudência deste Egrégio Tribunal é no sentido de que, sendo flagrante a ilegalidade do ato, deve ser admitido o *mandamus*, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas do ato (MS n.º 82.784-SP, Julg. de 1-12-77, MS n.º 83.574-SP, Rel. Ministro Carlos Madeira, Rev. TFR, 60/153).

De todo o exposto, Sr. Presidente, conheço do mandado de segurança e o defiro. Acompanho, destarte, a conclusão do voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS 117.921 — RJ — (Reg. n.º 9.616.535) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Impte.: S/A White Martins. Impdo.: Juízo Federal da 2.ª Vara-RJ. Advs.: Drs. Antônio de Pádua Pereira Lima e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança. 15-9-87 — 2.ª Seção.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão e Armando Rellemberg. Ausente, justificadamente, os Srs. Ministros José de Jesus e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 117.990 — SP
(Registro nº 6.691.889)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 5ª Vara — SP*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Micro Eletrônica Ltda.*

Advogados: *Drs. Léo Krakowiak, outros, Luiz Carlos Bettiol e outros*

EMENTA: Tributário e Constitucional. Importação. Taxa de Melhoramento dos Portos. Natureza jurídica. Constitucionalidade de sua cobrança. GATT.

Apesar da oscilação jurisprudencial acerca da qualificação técnico-jurídica da TMP, manifestada em etapas diversas — acréscimo ao imposto de importação, taxa, preço público — e das alterações legislativas ocorridas desde sua instituição, é de afirmar-se a sua natureza jurídico-tributária de taxa pela utilização do serviço público portuário (art. 8º, XV, d da CF), específico e divisível, prestado ao usuário a ele deferido com apoio em multiplicados pronunciamentos do Alto Pretório e desta Corte.

Constitucionalidade da exação, sob essa qualificação técnica, em face do § 2º do art. 18 da Constituição Federal proclamada pelo Plenário desta Corte na Argüição de Inconstitucionalidade suscitada no AgMs 68.886 (Rev. do TFR 36/86, Rel.: Ministro Néri da Silveira) e no RE 74.674 (STF — Pleno — Rel.: Min. Thompson Flores — RTJ 67/503).

O serviço de transporte de carga nos postos (movimentação de mercadorias) não se mede somente pelo peso respectivo, mas é mensurável por igual, em função da responsabilidade patrimonial assumida pelo transportador (Administração portuária), medida pelo valor da mercadoria, alternativa adequada in casu a critério do legislador.

A base de cálculo ad valorem, por si só não individualiza a TMP como imposto de importação, já que ela se encontra presente em outras figuras tributárias, sem acarretar identificações jurídicas.

As modificações legislativas posteriores não alteraram a estrutura do fato gerador e da base de cálculo pré-tipificadas e a eventual ausência de destinação específica que haja sobrevindo é aspecto estranho à relação tributária, porque inserível nos domínios da despesa pública, não desfigurando a TMP, porque subsistente o binômio — serviço público portuário específico e divisível a base de cálculo adequada, no contexto acima esboçado.

A isenção do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507/76, e do art. 2º, III, do DL 2.185/84 não ofende o Tratado GATT.

Deu-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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, 29 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: O MM. Juiz Federal *a quo* emitiu nos autos o seguinte relatório (fls. 131/132):

> «Micro Eletrônica Ltda., devidamente qualificada, impetra(m) o presente Mandado de Segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em Santo André.
>
> Alega que cumpridas as formalidades legais obteve a guia de importação que exibe, habilitando-se a importar do país signatário do GATT os bens nela descritos; que chegada a mercadoria e pretendendo desembaraçá-la, opõe-se a autoridade impetrada a menos que seja recolhida, previamente, a Taxa de Melhoramento dos Portos, calculada à alíquota de 3% (três por cento) sobre o valor CIF dos produtos importados. Tal exigência é ilegal.
>
> Em longo arrazoado a impetrante discute a constitucionalidade da sobredita exigência, sob fundamento de ter sido adotado para aferição da base imponível da taxa, critério próprio de imposto, violando, destarte, o disposto no art. 18, § 2º, da Constituição Federal, e art. 77, § único, do Código Tributário Nacional, o que faz com que a Taxa de Melhoramento dos Portos configure exigência inconstitucional e ilegal.
>
> Ressalta, ainda, ser ilegítima a exigência por lesionar cláusula de Acordo Internacional, vez que a mercadoria é proveniente de país signatário do GATT.
>
> Inicial instruída com os documentos de fls. 16/114.
>
> Processado com liminar, nos termos do despacho de fl. 117, informou a autoridade impetrada às fls. 122/129, sustentando a constitucionalidade e legalidade da exigência questionada.
>
> A Procuradoria da República opina pela denegação da segurança.»

O culto Juiz Dr. Jorge T. Flaquer Scartezzini concedeu a segurança, havendo apelado a União, e, instruído o recurso, nesta Corte a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em douto parecer, opina pela reforma do julgado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: *Sub specie juris*, tive oportunidade de discutir e decidir a controvérsia em debate, em voto que proferi na AMS nº 116.000, quando, após fixar-me na tese da natureza jurídico-tributária dessa exação como taxa pela utilização de serviço público portuário, específico e divisível, prestado ao usuário, a ele referido, afirmei a constitucionalidade de sua exigência, fazendo remissão a precedente desta Corte e do Alto Pretório, no particular, acentuando, ainda, que o serviço de transporte de carga nos portos (movimentação de mercadoria) não se mede

somente pelo peso respectivo, mas é mensurável, por igual, em função da responsabilidade patrimonial assumida pelo transportador (Administração portuária) medida pelo valor da mercadoria, alternativa adequada *in casu*, a critério do legislador.

Outrossim, também conclui que o Decreto-Lei nº 1.507/76, e o art. 2º, III, do Decreto-Lei nº 2.185/84 não ofende o tratamento do GATT.

Junto cópia do voto que proferi sobre o tema.

Dou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ANEXO

Apelação em Mandado de Segurança nº 116.000 — SP

(Registro nº 7.638.779)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Consoante se recolhe da douta sentença de primeiro grau, ali, o julgador, após repelir a preliminar suscitada, anota a hesitação jurisprudencial acerca da qualificação técnico-jurídica da denominada Taxa de Melhoramento dos Portos, a princípio, tratada como preço público, e, posteriormente, como taxa, reporta-se à sua origem e evolução legislativa, invoca a orientação que teria vindo a prevalecer no Alto Pretório, no sentido de sua natureza específica de taxa, e, fixando-se nessa tese, afasta a violação do § 2º, do art. 18, com fulcro em voto do Ministro Thompson Flores, proferido no RE 74.674 (RTJ 67/511), reconhecendo não haver confundir-se o fato gerador e sua base de cálculo, no atinente ao confronto do imposto de importação e a exação enfocada; outrossim exclui a alegação de afronta ao Tratado do GATT, seja porque a TMP não incide direta ou indiretamente sobre mercadorias importadas, seja em razão dos fundamentos do voto do Ministro Rodrigues Alkimin tomado no RE 80.004, em que se proclama a prevalência da ordem jurídica interna sobre os atos internacionais, para indeferir, por fim, a segurança.

A impetrante, em sua apelação, insurge-se contra as premissas e a conclusão do julgado recorrido, insistindo na tese básica da inadequação da base de cálculo respectiva — custo CIF da mercadoria importada — ao fato gerador correspondente — serviço portuário relativo à movimentação da mercadoria — não sendo necessária, para caracterizar-se a violação do § 2º do art. 18, da C. Federal a coincidência integral do fato gerador ou base de cálculo, quanto às espécies tributárias em cotejo, acrescentando que, nesse sentido, se firmou a jurisprudência do Pretório Excelso; de outro lado, lembra que hoje a TMP é recolhida diretamente ao Tesouro Nacional, compondo a lei orçamentária na rubrica «Receita Tributária», sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador João Leoni Taveira, aprovado pelo culto Subprocurador-Geral José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, e, endossado por Nelson Parucker, sustenta a qualificação de preço público.

Num rápido levantamento da legislação pertinente, vê-se que traduzindo-se abstração do Decreto-Lei nº 7.995/45, de curta vigência, a matriz da TMP tem sede no Decreto-Lei nº 8.311/45, instituidor da então denominada «taxa de emergência», cobrável sobre a tonelagem de mercadoria movimentada nos portos administrativos pela União, suas autarquias ou concessionárias (art. 1º), posteriormente substituída pela TMP em foco, por força da Lei nº 3.421/58, incidente sobre a mercadoria movimentada nos portos organizados, tendo por base de cálculo o valor da mercadoria, entendido como tal o custo que servir de base para o cálculo dos direitos aduaneiros, no caso de importação, o constante das guias de exportação, em se tratando de produtos exportados, e o de aquisição referido no conhecimento, para a hipótese de comércio de cabota-

gem e de navegação interna, observadas as alíquotas ali estipuladas especificamente (art. 3º e §§); o Decreto-Lei nº 1.507/76 introduziu alterações, dispondo, em especial, que, no atinente às mercadorias importadas, entende-se por valor comercial o custo CIF respectivo mencionado na documentação aduaneira (§ 2º do art. 1º).

Correlatamente, o Fundo Portuário Nacional, criado pela Lei nº 3.421/58, de cuja composição a TMP, inicialmente, participava com 60% da sua arrecadação, e, posteriormente, com a totalidade do arrecadado, conforme Lei nº 6.222/75 (art. 9º, § 1º), diploma autorizativo da criação da PORTOBRÁS; o Decreto-Lei nº 1.754/79, ao alterar o art. 2º da Lei nº 6.093/74, determinou que os recursos do Fundo Portuário Nacional passassem a integrar o Fundo Nacional de Desenvolvimento, prescrevendo a extinção desse último, a partir de 1983, havendo o Decreto-Lei nº 1.859/81 antecipado a extinção para 1982, ratificando o Decreto-Lei anterior na parte em que dispusera que os recursos correspondentes comporiam a lei orçamentária como dotações ordinárias do Tesouro Nacional, sem vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa.

Segundo se induz desse retrospecto, sob a vigência do Decreto-Lei nº 8.311/45, a então «taxa de emergência», apresentava como hipótese de incidência a movimentação de mercadorias nos portos, explorados direta ou indiretamente pela União, e base imponível a tonelagem respectiva, oferecendo, assim, os pressupostos configuradores da espécie tributária taxa, de acordo com o direito positivo da época (Decreto-Lei nº 2.416, de 17-7-40), apresentando, inclusive, correlação entre o antecedente normativo e a base de cálculo.

No regime jurídico da denominada Taxa de Melhoramento dos Portos, a partir de 1958, sob o império da Constituição de 1946, antes da EC 18/65, quando, ainda, o legislador maior não conceituara esse ente tributário, foi mantido o mesmo pressuposto tributável — a movimentação das mercadorias importadas — no que interessa ao caso concreto, a base de cálculo se indentificava com o valor comercial, representado pelo custo que servia de suporte ao cálculo dos direitos aduaneiros (art. 3º e § 3º), autorizando, assim, a tese de cuidar-se de simples acréscimo ao imposto de importação.

Ulteriormente o Decreto-Lei nº 1.507/76, ao dar nova redação ao art. 3º acima aludido, estabeleceu no § 2º do seu art. 1º que, no caso de mercadorias importadas, entende-se por valor comercial o custo CIF respectivo, constante da documentação oficial aduaneira, expediente dirigido a afastar a tese do caráter de simples acréscimo ao imposto de importação, numa tentativa de destacar as bases de cálculo respectivas.

Nesta altura, seja à luz da redação originária ou da alterada, surge a falta de pertinência entre o fato gerador e a base de cálculo, embora tal aspecto ainda não estivesse fixado doutrinariamente ou elaborado na jurisprudência, e a Constituição de 1946 fosse omissa, no particular.

Sobrevinda a E. Const. 18/65, pela primeira vez, o conceito de taxa assumem estatura Constitucional, sob a dicotomia taxa de serviço e taxa pelo exercício do poder de polícia (art. 18), explicitado que não terá base de cálculo idêntica à que corresponda a imposto ali referido, princípios aproveitados no art. 77 e seu parágrafo único do CTN, mantidos na Constituição em vigor.

Por fim, absorvido o Fundo Portuário Nacional pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento e extinto esse em 1982 (Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81), incorporados os saldos ao Orçamento Federal, à conta do Tesouro Nacional, com desvinculação de qualquer órgão, programa, fundo ou despesa, reabre espaço à tese do acréscimo ao imposto de importação, ou mesmo de imposto baixado com fulcro na competência residual da União como entendeu o Juiz e tributarista Sebastião de Oliveira Lima, em sentença que proferiu.

Esboçado o quadro constitucional-legal, passando ao plano jurisprudencial, vê-se que o Pretório Excelso, a princípio, identificou tributariamente a TMP como adicional ao imposto de importação (RMS 9.472, de 21-5-62 e RE 49.782, ambos publicados no *DJ* de 6-6-63, pág. 373 — 1ª Turma; RE 50.586 — 1ª Turma, *DJ* 5-9-63, pág. 822; RE 48.035, de 26-10-62 — *DJ* de 4-6-63 — pág. 110; RE 50.546 — *DJ* de 5-9-63 e 56.744 — RTJ 52/417).

Posteriormente, passou a qualificar essa exação como taxa (RMS 13.341 — Pleno, de 22-7-64 — RDA 81/67, Rel.: Min. Victor Nunes Leal; RMS 12.889, RMS 13.060 — RTJ 35/504, RMS 13.341, RMS 13.856 — RTJ 36/505 e 895, RMS 14.335 — RTJ 37/64, RMS 15.503, RMS 15.671, RMS 16.697 — RTJ 41/802; RMS 16.700, RMS 16.774, RMS 17.692 (Ementário 709-I), RE 60.746 (ib. 849), RE 60.814 (ib. 765-I), ERE 48.846 — RTJ 51/595, RE 75.285 — RTJ 80/78).

Ressalte-se que essa segunda tese deu base ao enunciado do verbete 550 da Súmula do STF.

Terceira corrente manifestada na Corte Maior é a que vislumbra na TMP preço público, consoante afirmado no RE 83.196, 2ª Turma, Rel. Ministro Thompson Flores (RTJ 80/182), RE 75.580, Plenário, de 16-10-74, RE 103.624, Rel.: Min. Octavio Gallotti (RTJ 116/296), RE 75.580, Rel. Min. Rodrigues Alckmin — Plenário *DJ*. 28-2-85, pág. 1120, RE 82.904, Rel.: Min. Xavier de Albuquerque, 2ª Turma, *DJ* 7-11-75, pág. 8222, RE 74.674 (RTJ 67.503).

A posição que sustentou a qualificação jurídica de adicional ao imposto de importação foi liderada pelo eminente Ministro Gallotti, embora S. Exª, no RE 73.171, sessão de 29-3-72, com ressalva de seu ponto de vista, se haja curvado à orientação então vitoriosa no Plenário, em sentido oposto; a que insistia na natureza de taxa, foi comandada por Victor Nunes Leal, a partir do RMS 13.341 — Plenário — (RDA 81/67), ficando vencidos os Ministros Gallotti, Pedro Chaves e no julgamento do RE 74.674 — (Plenário — RTJ 67/503), a divergência entre as várias correntes se mostra nítida, Thompson Flores inserindo a exação no contexto da espécie tributária taxa, repelindo a violação do § 2º do art. 18 da C. Federal, Aliomar Baleeiro, sustentando a violação referida e dando pela inconstitucionalidade da exigência, enquanto Rodrigues Alckmin sufragou a tese da figura do preço público, um sobrepreço dos serviços de capatazia, havendo acompanhado o Min. Baleeiro — voto vencido — os Ministros Bilac Pinto e Osvaldo Trigueiro.

No seio deste Tribunal, originariamente, posicionou a Corte pela natureza jurídica de preço público (Rel.: Min. Djalma da Cunha Melo — RDA 76/33), posteriormente, fixou-se na tese da qualificação como Taxa (AMS 76.076 — *DJ* 15-4-76, pág. 2442; AMS 72.457 — *DJ* 6-5-75, pág. 2945, o primeiro relatado pelo Min. Decio Miranda e o segundo, por Aldir Passarinho, ambos, então, honrando este Colegiado; AMS 110.021, Relator Min. Pádua Ribeiro — Sessão de 6-6-87, AMS 111.296 (*DJ* de 9-4-87), e AMS 114.298 — Sessão de 5-8-87, relatados pelo Min. Carlos Velloso e AMS 114.379, Rel. Min. Miguel Ferrante — Sessão de 5-8-87, os quatro mais recentes com amplo debate do enfoque constitucional ora discutido.

Nesta Egrégia Turma, vem prevalecendo o entendimento de tratar-se de preço público, como se vê das Apelações em MS 110.832, 115.325, 115.632, 116.104, 117.049, 117.053, todas relatadas pelo Ministro Torreão Braz (Sessão de 24-6-87), e AMS 109.995 Rel.: Min. Geraldo Sobral (*DJ* de 14-8-86).

Essa oscilação pretoriana se deve às mutações legislativas sinaladas e às inovações constitucionais a partir da EC nº 18/65, podendo-se induzir, de modo geral, que na Carta Magna de 46 até a formulação da Súmula 550 prevaleceu a qualificação como acréscimo ao imposto de importação, fixando-se, daí em diante, a orientação no sentido da caracterização como taxa, aparecendo hoje como tendência que se vem afirmando a configuração como preço público, conforme foi salientado por Octavio Gallotti no último acórdão sobre o assunto, publicado na RTJ (116/296), tudo com evidente ressonância na orientação do TFR, nesta Turma.

De minha parte, como Relator, em 1979 e 1980, filiei-me à corrente que conceitua a exação em tela como taxa, tendo-o feito na AMS 75.741 (*DJ* 24-10-79), e AMS 74.328 (*DJ* 26-9-80), havendo acentuado no voto proferido em 1979:

> «O Pretório Excelso, na AMS 13.341, a 22-7-64, analisando a estrutura técnico-tributária da TMP, depois de estabelecer que se tratava de uma imposição complexa, por relacionar-se com mercadorias importadas, nacionais ex-

portadas e mercadorias movimentadas nos portos nacionais, sem qualquer vinculação exclusiva com o comércio exterior, e que o ponto comum, nessa tríplice visualização é a movimentação de mercadorias em porto nacional, conclui se tratar de uma entidade tributária indivisível e que qualquer enfoque isolado de um desses aspectos seria juridicamente artificioso, e, à luz dessa perspectiva unitária, fixou, de um lado, não ser ela um adicional ao imposto de importação e, de outro, ser ela uma taxa por serviços portuários». (AMS 75.741-SP — 2ª Turma — *DJ* 24-10-79).

Em 1980:

«Taxa de Melhoramento dos Portos. Exigência:

A isenção do imposto de importação, por si só, não importa na exoneração da Taxa de Melhoramento dos Portos, conforme jurisprudência, por último, dominante no Alto Pretório e neste Tribunal.

Por igual, não há confundir-se a base de cálculo de um e outro, pois no imposto de importação é a unidade de medida adotada na lei tributária, quando a alíquota é específica, ou o preço normal, enquanto na TMP é o valor comercial». (AMS 74.328-SP — *DJ* de 26-9-80).

Agora, anos depois, ao repensar o tema, confesso que me impressiona o argumento da falta de pertinência entre o fato gerador — movimentação da mercadoria no porto — e a base imponível — custo CIF da mercadoria importada — com vista ao disposto no § 2º do art. 18 da C. Federal e, também, reconheço que para efeito do confronto do fato gerador, basta uma coincidência substancial não sendo de exigir-se uma identidade literal ou formal, em face da nova elaboração doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria.

Nesse ponto, no entanto, não pode este Tribunal esquecer-se de que seu Plenário, no Agravo em Mandado de Segurança 68.886, Matéria Constitucional, sendo Relator o Ministro Néri da Silveira, hoje ilustrando o STF, qualificou essa exação como taxa e afastou a argüição de inconstitucionalidade então levantada (RTFR 36/86), em face do § 2º do art. 18 da C. Federal, em voto majoritário com exame demorado da tese suscitada sob essa ementa:

«Taxa de Melhoramento dos Portos. Não é inconstitucional o tributo em referência, diante da norma do art. 18, § 2º, da EC nº 1, de 1969.

Argüição de inconstitucionalidade rejeitada, à unanimidade, pelo Plenário do TFR.»

Da mesma sorte, e acima de tudo, a Corte Máxima, no julgamento do RE 74.674, já referido, rejeitou a mesma argüição por maioria de votos, em aresto assim ementado (RTJ 67/503):

«Taxa de Melhoramento dos Portos (TMP). Imunidade ou isenção fiscal desprezadas.

II — Sendo verdadeira taxa, nos termos da Lei nº 3.421, de 1958, a ela estão sujeitos, mesmo aqueles que gozam de imunidade ou de isenção fiscal genérica.

III — Inconstitucionalidade não reconhecida, com vista à sua cobrança.

IV — Recurso extraordinário conhecido, mas não provido».

Em seu douto voto, o eminente Relator, Thompson Flores, ao focalizar o § 2º do art. 18 discutido acentuou:

«8. Porém, incidência não é cobrança como se pretende e a lei não contém palavras inúteis. O que o dispositivo constitucional proíbe é adotar para a base de cálculo para a cobrança da taxa o mesmo fato gerador que serviu de base para a cobrança do imposto.

9. Importando em dizer: o fato gerador (incidência) do qual decorre a cobrança do imposto não pode servir de base de cálculo para a cobrança da taxa».

Ainda recentemente no RE 104.534, referido pelo Ministro Octavio Gallotti no RE 103.624 — RTJ 116/297, o Relator Ministro Rezek advertiu:

«Embora haja diversidade de entendimento, quanto à natureza jurídica da Taxa de Melhoramento dos Portos, é pacífica a orientação do Supremo, no sentido da sua constitucionalidade e da legitimidade de sua cobrança, mesmo em relação aos que gozam de imunidade ou isenção».

De outro lado, é certo que, a adequação entre a hipótese de incidência e a base de cálculo vem sendo, *in casu*, criticada em trabalhos doutrinários (Gomes de Sousa — RDP 21/299 e segs.; Geraldo Ataliba, *ib* 18/367 e segs.) e forenses, da melhor qualificação jurídica, mas não é menos certo que há vozes autorizadas que dão pela conformidade, sendo, a esse propósito, de invocar-se recente pronunciamento do eminente Ministro Eduardo Ribeiro na AMS 114.379, quando S. Ex.ª acentua:

«A questão liga-se à que vem suscitada nos autos e diz com a inadequação da base de cálculo à taxa. Pretende-se que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientar-se-ia no sentido de que deve ser perquirido se a base de cálculo é própria de imposto, ainda que não exatamente igual a de um, especificamente considerado.

O ponto nuclear está exatamente em verificar se a base de cálculo eleita divorcia-se da hipótese de incidência, acarretando desvirtuamento da natureza do tributo. Nestes termos se há de examinar o disposto no § 2º do art. 18 da Constituição.

No caso em julgamento, tenho como certo que a base de cálculo está referenciada ao serviço, sendo condizente com o fato gerador. Não há necessidade de que traduza uma exata mensuração do serviço prestado. A taxa, segundo o melhor entendimento, é devida em virtude do serviço mas não se constitui em contraprestação dele.

A hipótese de incidência é a movimentação de mercadorias nos portos. A base de cálculo é o valor dessas mercadorias. Haveria inadequação se a base fosse, por exemplo, o valor da embarcação. Eleger-se, entretanto, o valor dos bens movimentados é perfeitamente razoável. É sabido que a contratos de transporte e de armazenagem não é estranha a adoção de preços *ad valorem*.»

Estou em que o enfoque acima é válido, para efeito do debate, visto como o serviço de transporte de carga nos portos (movimentação de mercadorias) não se mede somente pelo peso respectivo, segundo sustenta o impetrante, mas é mensurável, por igual, em função da responsabilidade assumida pelo transportador — valor da mercadoria — a critério do legislador.

Sobremais, as alterações legislativas posteriores (Lei 6.222/75, DL 1.754/79 e 1.859/81) não modificam a estrutura do fato gerador e da base de cálculo da TMP preexistentes; outrossim, a própria extinção do Fundo Portuário Nacional, cujos recursos estão vinculados, no pertinente, a PORTOBRÁS, não resulta claro do inciso V do art. 2º do DL 1.754/79; se admitida a extinção, ter-se-á afirmado a natureza tributária da exação, sem prejuízo da hipótese de incidência e da base imponível, tipificadas anteriormente, sendo certo que a eventual falta de destinação específica — aspecto estranho à relação tributária, inserível nos domínios da despesa pública — não desfigura a taxa, porque subsistente o binômio — serviço prestado e base de cálculo.

Não aceito a tese da qualificação da TMP como acréscimo ao imposto de importação, por entender suficientemente distintos o fato gerador e a base de cálculo, num e noutro caso, não havendo, em especial, identificar-se o preço normal do imposto de importação — o de faturamento, o da pauta de valor mínimo ou preço de referência — com o custo CIF e, ademais, o critério *ad valorem*, por si só, não individualiza o tribu-

to como imposto aduaneiro, já que ele se encontra presente em outras figuras tributárias, principalmente as relacionadas com a produção e circulação sem acarretar identificações jurídicas.

Sublinho que a distinção técnico-jurídica entre taxa e preço ainda não se mostra nítida na doutrina e jurisprudência e que a própria Lei 3.421/58 destaca as tarifas portuárias (art. 15) da TMP (art. 3º).

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, persevero-me no entendimento já manifestado anteriormente de cuidar-se, na espécie, do ente tributário taxa, não se configurando violação do § 2º do art. 18 da Lei Magna.

Por último, alega a impetrante que o art. 2º, III, do DL 2.185, de 20-12-85 enseja tratamento desigual para os produtos importados do exterior, e para os nacionais e nacionalizados, visto como isenta da TMP as mercadorias transportadas em embarcações de tráfego local, interior ou em navegação de cabotagem entre portos nacionais, tratamento que viola o Tratado do GATT e o art. 98 do CTN.

Rejeito a alegação, reportando-me, para tanto, a voto do Ministro Carlos Velloso, na AMS 114.289, atrás referida, de que destaco:

> «O art. 2º do Decreto-Lei 1.507, de 23-12-76, concede isenção da TMP «incidente sobre as mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem de navegação interior». Mesmo que se admitisse que essa disposição legal privilegie a mercadoria nacional, em relação à mercadoria estrangeira, o que se diz para argumentar, nem assim seria ele atentatório ao GATT, tendo em vista o disposto na parte final o item 4º do art. III do Tratado, que autoriza a «aplicação de tarifas diferentes para os transportes internos, fundados exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem do produto.» E se assim não fosse, continuaria sem razão a impetrante, por isso que, conforme bem ressaltou o Dr. Juiz, o art. 2º, do DL nº 1.507, de 1976, não exclui da isenção as mercadorias oriundas do estrangeiro. O que ali está dito é que a isenção incide sobre as mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e de navegação interior, a título de incentivo para o desenvolvimento desse tipo de transporte. O mesmo pode ser dito em relação ao art. 2º, III, do DL nº 2.185/84, que concede isenção do pagamento da TMP às mercadorias transportadas em embarcações de tráfego local, interior ou em navegação de cabotagem entre portos nacionais, que não distingue a origem da mercadoria e alcança tanto as mercadorias nacionais quanto as estrangeiras. Ademais, se tudo o que foi dito não tivesse procedência, ainda assim a impetrante não teria razão, porque não trouxe ela, para os autos, a prova de que os produtos importados têm similar nacional, tal como decidiu esta Egrégia Corte, na AMS nº 94.523-SP, de que fui relator, cuja ementa foi transcrita na sentença e está publicada no *DJ* de 7-10-82.»

No mesmo sentido, é a posição assumida pelo Min. Pádua Ribeiro na AMS 110.021, já aludida, onde analisa doutamente o tema, tese, por igual, sufragada pelo Min. Miguel Ferrante na AMS 114.379, também retroinvocada.

Por todas as razões expostas, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS Nº 117.990 — SP — (Reg. nº 66.911.889) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara — SP. Apte.: União Federal. Apda.: Micro Eletrônica Ltda. Advs.: Drs. Léo Krakowiak, Outros, Luiz Carlos Bettiol e Outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial (Em 29-6-88 — 5ª Turma).

Os senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 122.919 — RJ
(Registro nº 9.904.379)

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

Impetrantes: *Wagner Rocha e outros*

Impetrado: *Juízo Federal da 17ª Vara*

Advogado: *Dr. Lourival Gonçalves de Oliveira*

EMENTA: «Mandado de segurança impetrado contra o indeferimento de liminar em ação declaratória proposta para obter o reconhecimento da regularidade de importação de veículos.

Não há dispositivo legal determinando que, na ação declaratória destinada a provar a regularidade da importação de veículo automotor, seja assegurada liminarmente ao proprietário a posse respectiva. Mandado de segurança indeferido».

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Wagner Rocha e outros, requereram mandado de segurança contra ato do Dr. Juiz Federal da 17ª Vara do Rio de Janeiro, e assim narraram os fatos:

«Os Impetrantes, todos proprietários de veículos de procedência estrangeira (automóveis e motocicletas), ingressaram na Justiça Federal do Rio de Janeiro, com Ação Declaratória (doc. 02), visando ao reconhecimento da regularidade das suas respectivas propriedades, tendo o feito sido distribuído para a Autoridade Coatora, na 17ª Vara daquela Regional.

Verifique-se, *ab initio*, que a atitude dos Impetrantes é das mais dignas e sensatas, demonstrando, ineludivelmente, a sua intenção de colocar a regularização e o destino nas mãos da Justiça.

Por causa disso, esperavam eles que, reciprocamente, a Justiça garantisse a incolumidade do seu patrimônio, enquanto a questão estivesse *sub judice*.

Mas tal tratamento não lhes foi deferido pela digna autoridade coatora, como a seguir é relatado.

Ora, como se sabe, é praxe da autoridade administrativa apreender veículos importados, que não estejam ainda com a situação regularizada, como é o caso.

Assim, na peça vestibular, além do pedido específico, os Impetrantes requereram a concessão de Medida Liminar, visando, apenas:

> «Que fossem mantidos na posse de seus veículos, até ulterior decisão (da Justiça), evitando, assim, ato de constrição por parte da autoridade policial e administrativa» (doc. 02, última página — alínea A).

Reafirmando, ainda, a sua boa-fé e a confiança no trato com as coisas da Justiça, os Impetrantes, no mesmo pedido de liminar, ao solicitarem que se oficiasse o Departamento de Trânsito a respeito, concordaram que os veículos ficassem gravados com cláusula de inalienabilidade, até julgamento final (doc. 02 — última página — alínea B).

Portanto, a única coisa que solicitaram da Justiça foi que lhes fosse confiado o depósito dos veículos, mesmo arcando com todos os ônus pertinentes, na qualidade de Fiéis Depositários.

Tal pedido, pois, como se verifica, só tinha o intuito de proporcionar, aos Impetrantes, o indispensável resguardo do seu patrimônio, contra a possível investida da autoridade administrativa.

Entretanto, apesar do peso de tal argumentação, a digna autoridade impetrada indeferiu o pedido de liminar, mandando citar e comunicar à autoridade administrativa (doc. 03).

Contra esse *decisum* insurgiram-se os Impetrantes, tendo requerido a reconsideração do indeferimento ou o recebimento do pedido como Agravo de Instrumento, tendo o Impetrado optado pela segunda hipótese, mantendo o indeferimento (doc. 04).»

Afirmaram depois assistir-lhes direito à providência ante o justo receio de que o seu valioso patrimônio seja dilapidado no caso da apreensão dos veículos.

Solicitadas informações, a autoridade impetrada as prestou esclarecendo:

> «Trata-se de uma Ação Declaratória ajuizada com vistas ao reconhecimento da regularidade fiscal da importação de motocicletas marca Kawasaki e automóveis marca Mercedes-Benz, respectivamente do Japão e da Alemanha, com um pedido de liminar para garantir-lhes a posse dos veículos.
>
> Ao proferir o despacho inicial, o Dr. Ricardo Regueira, então substituindo-me, indeferiu o pedido liminar, justificando a negativa com o incabimento da medida e a circunstância de tratar-se de mercadoria cuja importação é vedada.
>
> Na verdade, a concessão da liminar, sem garantia do Juízo, importaria em pré-julgamento do feito, deixando nas mãos dos próprios Autores as mercadorias cuja legitimidade de importação se questiona. Demais, tratando-se de Ação Declaratória e não Cautelar, é de todo desaconselhável o adiantamento do gozo do direito pleiteado, a título da liminar, enquanto se discute o mérito. Afinal, se a ação viera a ser julgada improcedente a reparação da Ré será extremamente difícil, de vez que os veículos estarão deteriorados pelo uso, no final do pleito, e a Fazenda em dificuldades para ressarcir-se dos danos causados pela ilegalidade da operação.

Entendo, tal como o ilustre colega que proferiu a decisão impugnada, que os objetos apreendidos devam permanecer sob a custódia da Autoridade Fazendária, até que a questão fique esclarecida, pelo mérito.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O mandado de segurança é da Constituição, e se destina a proteger direito líquido e certo, que, acentua com propriedade Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, Ação Popular, 10ª Edição, página 11) «para ser amparável por tal via há de vir expresso em norma legal.»

Ora, não há dispositivo legal determinando que, na ação declaratória destinada a provar a regularidade da importação de veículo automotor, seja assegurada liminarmente ao proprietário a posse respectiva.

Indefiro o mandado de segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 122.919 — RJ — (Registro nº 9.904.379) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Imptes.: Wagner Rocha e outros. Impdo.: Juízo Federal da 17ª Vara-RJ. Adv.: Dr. Lourival Gonçalves de Oliveira.

Decisão: A Seção, por unanimidade, indeferiu a segurança. (Em 5-4-88 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus e Euclydes Aguiar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 123.293 — DF
(Registro nº 9.917.861)

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

Apelantes: *Jonacyr Sant'Anna de Moraes e outro*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Adelino de Carvalho Tucunduva Júnior*

EMENTA: Funcionário. Concurso. Inscrição para carreira do Ministério Público da União. Limite de idade. Não aprovação dos impetrantes. writ prejudicado.

A idade-limite para inscrição em concurso público para ingresso em carreira do Ministério Público da União junto à Justiça do Trabalho é de 35 anos, tratando-se de funcionário público tal limite se estende aos 45 anos de idade, ex vi das disposições previstas no art. 3º da Lei nº 1.341/51, e art. 7º, Inciso I, da Lei nº 6.788/80.

Inaplicabilidade, ao caso, dos preceitos contidos no § 2º do art. 19 da Lei nº 1.711/52, e art. 1º da Lei nº 6.334/76, eis que regulam situações genéricas e não específicas. Não havendo, outrossim, ofensa ao princípio da igualdade, quando a lei dispensa tratamento uniforme a todos os integrantes da clientela a que se destina.

Ademais, in casu, comprovado nos autos que os impetrantes não lograram aprovação no concurso, fica prejudicado o mandamus.

Apelo desprovido.

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

Custas como de lei.

Brasília, 5 de abril de 1988.

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O relatório da r. sentença encontra-se à fl. 33, conforme adoto e leio.

A seguir, o MM. Juiz, ao convencimento de que o ato impugnado está de acordo com a legislação que regula a matéria, denegou a segurança, nos termos da r. decisão de fls. 34/35.

Deste decisório os Impetrantes apresentaram a apelação de fls. 39/44, repisando os argumentos já aduzidos perante a primeira instância, com os quais pretendem ver concedida a segurança.

Após as contra-razões de fls. 46/48, o feito veio a esta instância, tendo a douta Subprocuradoria, às fls. 53/55, manifestado-se no sentido de ser julgada prejudicada a impetração.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Os autores, respectivamente, com 47 e 49 anos de idade, objetivaram com a presente impetração inscreverem-se no concurso para ingresso no cargo de Procurador do Trabalho da 2ª Categoria, invocando em defesa de suas pretensões a condição de funcionários públicos, as disposições do § 2º, do art. 19, da Lei nº 1.711/52, art. 1º da Lei nº 6.334/76, e § 1º, do art. 153, da Constituição Federal.

Ao contrário do que entendem os Suplicantes, não tem aplicação à hipótese em exame, nem o § 2º do art. 19, do Estatuto dos Funcionários Públicos, nem o art. 1º da Lei nº 6.334/76, eis que regulam situações genéricas, e não específica, como a do caso em tela.

A exigência contida no edital está conforme os preceitos contidos no art. 3º da Lei nº 1.341/51, e art. 7º da Lei nº 6.778/80, que é a legislação reguladora da matéria, sendo, portanto, a legítima.

Quanto à alegação de ofensa ao princípio da igualdade, não há como se possa vislumbrá-la, quando a lei dispensa tratamento uniforme a todos os integrantes da clientela a que se destina, como fez *in casu*.

Não bastasse não assistir razão aos impetrantes quanto ao mérito da questão, noticiam os autos que foram reprovados no concurso em causa, o que, sem dúvida, torna prejudicado o *mandamus*.

Com estas considerações, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 123.293 — DF — (Reg. nº 0.009.917.861) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Aptes.: Jonacyr Sant'Anna de Moraes e outro. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Adelino de Carvalho Tucunduva Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 5-4-88).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 128.577 — DF
(Registro nº 880.087.485)

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

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Sérgio de Souza Alves e outros*

Remetente: *Juízo Federal da 8ª Vara-DF*

Advogados: *Drs. Luiz Ribeiro de Andrade e outros*

EMENTA: Funcionalismo. Registro profissional. Arquivista. Reclassificação.

Os servidores que, embora não possuam diploma de curso superior de Arquivologia, mas, contudo, sejam portadores de habilitação legal equivalente, na forma do inciso IV do art. 1º da Lei nº 6.546/78, c/c o § 2º do art. 5º do Decreto Regulamentador nº 82.590/78, fazem jus à reclassificação para a categoria funcional de Arquivista.

Apelo desprovido.

Sentença mantida.

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 à apelação e confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1988.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de mandado de segurança impetrado por diversos servidores do Ministério do Exército, contra atos do Sr. Diretor de Pessoal Civil do Ministério do Exército, pelos quais foi denegada a reclassificação dos impetrantes para a categoria funcional de arquivista, sob o fundamento de que a amostragem do trabalho apresentada não correspondia ao exercício da profissão.

Alegam, os impetrantes, que por preecherem as condições da Lei nº 6.546, de 4 de julho de 1978, obtiveram o registro profissional na Delegacia Regional do Trabalho, bem como a revalidação do mesmo nos termos da Portaria Interministerial nº 3.369, de 4 de novembro de 1986. O suporte de sua tese é de que a lei somente exige habilitação legal e não a apresentação de trabalhos para efetivação de reclassificação no grupo arquivo e, tendo as normas inferiores extrapolado as leis e os decretos reguladores da matéria, são totalmente ilegais, pelo que, a condição de arquivistas não lhes pode ser negada, a esse fundamento.

Após solicitadas, vieram as informações aos autos, onde o Diretor de Pessoal Civil do Ministério do Exército acentua que «o diploma de habilitação legal equivalente, por si só, não autoriza a reclassificação, instituto que depende também da conjugação do exercício das atividades profissionais com as atribuições próprias da Categoria Funcional de Arquivista», e que os autores não atenderam todos os pressupostos legais.

A r. sentença, ao entendimento de que os autores, ao revalidarem seus registros, apresentaram documentos necessários para a comprovação do exercício da profissão, concedeu a segurança.

O apelo da União, sinteticamente, repisa os argumentos expendidos nas informações, pedindo a reforma do decisório.

Após as contra-razões subiram os autos e mereceram parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido da confirmação da r. sentença concessiva da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, para chegar à conclusão de que a r. sentença deve ser mantida, a douta Procuradora da República, Dra. Maria de Fátima Labarrére, assim opinou:

> «A lei para a reclassificação, nada mais fez que exigir o diploma ou habilitação legal e o exercício da profissão (ocupantes de cargos com atividades que se identifiquem), porém, devemos considerar que os portadores de habilitação legal equivalente, ou seja, o Registro Profissional como Arquivista, já haviam demonstrado o exercício profissional quando da concessão do mesmo, e perante um órgão especializado e competente de acordo com a lei, para aferir os requisitos da categoria.»

É evidente, no meu entender, que assim acontece.

Fazendo um cotejo da legislação que rege a espécie, temos, primeiramente a Lei nº 6.546, de 4 de julho de 1978, «que dispõe sobre a regulamentação das profissões de Arquivista e de Técnico de Arquivo», no seu art. 1º, dispõe:

> «Art. 1º. Aos níveis de classificação de empregos integrantes ao Grupo-Arquivo, código LT-AR-2300, criado com fundamento no art. 4º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, correspondem as referências de salário estabelecidas no anexo nesta Lei.»

O art. 4º, por sua vez, determina:

> «Art. 4º O ingresso nas categorias funcionais do Grupo-Arquivo far-se-á na referência inicial da classe A, mediante concurso público de provas e formação especializada, exigindo-se, no ato da inscrição, para a Categoria Funcional de Arquivista, diploma de Arquivologia devidamente registrado ou habilitação legal equivalente, e, para a Categoria Funcional de Técnico de Arquivo, certificado de conclusão do Curso Técnico de Arquivo ou habilitação legal equivalente.»

Por sua vez, o Decreto 82.590, de 6 de novembro de 1978 que regulamentou a lei 6.546, estabelece em seu art. 5º:

«Art. 5º. O registro a que se refere o artigo anterior será efetuado a requerimento do interessado, instruído com os seguintes documentos:

I — para arquivista:

a) diploma mencionado no item I ou item II do artigo 1º; ou documentos comprabatórios de atividade profissional de arquivista, incluindo as de magistério no campo da arquivologia, durante cinco anos ininterruptos ou dez intercalados, até 5 de julho de 1978.

.....

§ 2º Para comprovação das atividades profissionais de arquivista e de Técnico de Arquivo, durante o período mencionado no item IV do art. 1º, o interessado deverá juntar documentos que demonstrem, irrefutavelmente, o exercício.»

Sabendo-se que os autores são portadores de habilitação legal, e não portadores de diplomas em Arquivologia, na forma do inciso IV do art. 1º da Lei 6.546/78, c/c o § 2º do art. 5º do Decreto regulamentador nº 82.590/78, para obterem seus registros, necessários se fez que juntassem documentos que demonstrassem, cabalmente, a realização do trabalho de arquivista, e desta forma, o exercício da profissão.

Logo, a Portaria Interministerial nº 3369/86 que os obriga a fazer nova prova do exercício profissional, é ao meu sentir ilegal, considerando o ato jurídico perfeito consistente na demonstração do trabalho de arquivista, quando do registro, ante a lei vigente ao tempo.

Desta forma, nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença singular para tornar definitiva a segurança concedida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 128.577 — DF (Reg. nº 880.087.485) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: União Federal. Apdos.: Sérgio de Souza Alves e outros. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara-DF. Advs.: Drs. Luiz Ribeiro de Andrade e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida (3ª Turma — 21-6-88).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 128.669 — SP
(Registro nº 8.800.051.103)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Impetrante: *Caixa Econômica Federal*

Impetrado: *Juízo Federal da 16ª Vara — SP*

Litisconsortes Passivos Necessários: IAPAS, Municipalidade de São Paulo e Roberto Carvalho Rochlitz

Advogados: *Drs. Cláudio da Rocha Camargo e outros, Carlos Antônio de Araújo e outros, Maria Regima C. Pinto Rios, Miriam Bartholomei Carvalho*

EMENTA: Mandado de segurança. Agravo de instrumento. Possibilidade de dano de difícil reparação. Efeito suspensivo.

É admissível o mandado de segurança com o fito de atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento, quando tal via se mostra a mais eficaz para evitar a ocorrência de prejuízos decorrentes da decisão judicial e cuja reparação se apresenta difícil ou incerta.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: A Caixa Econômica Federal impetra mandado de segurança contra decisão da Juíza Federal da 16ª Vara de São Paulo que, em desapropriação indireta, fixou os honorários do perito oficial e expediu alvará autorizando o levantamento da quantia depositada.

Alega que, em virtude de avenças, tornou-se proprietária, juntamente com o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, de uma gleba de terras situada na Cidade de São Paulo, à Av. Nações Unidas.

Adquirida a propriedade, a impetrante assumiu a posição da sua antecessora Paranapanema S.A. Mineração Indústria e Construção na expropriatória indireta que esta e outro condômino (IAPAS) moviam contra o Município de São Paulo.

Realizada a avaliação, a Dra. Juíza, a requerimento do perito oficial, fixou os seus honorários na elevada soma de Cz$ 18.934.000,00 (dezoito milhões e novecentos e trinta e quatro mil cruzados), ordenando à impetrante que o depositasse no prazo de cinco (5) dias.

Desatendida a sua súplica no sentido de que o litisconsorte IAPAS haveria também de suportar o ônus e não querendo, ademais, incorrer em desobediência, a requerente efetuou o depósito.

Entretanto, tendo S. Exa., posteriormente, ordenado a expedição de alvará autorizando o perito a levantar o depósito, contra esse ato impetra o *writ* objetivando conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento que interpusera da decisão que fixara os honorários.

Deferi a medida liminar e solicitei informações à ilustre autoridade coatora, que as prestou (fls. 40/44).

Citados para integrarem a lide, o IAPAS, a Municipalidade de São Paulo e Roberto Carvalho Rochlitz se manifestaram às fls. 189, 191/195 e 200/205.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, da decisão que arbitrou a remuneração do perito judicial, origem de toda a pendência, agravaram o Município de São Paulo, réu na desapropriação indireta, e a Caixa Econômica Federal, autora e ora impetrante.

Feito esse esclarecimento necessário, tenho que o levantamento do numerário, em face do seu acentuado vulto, causará dano irreparável ou, quando menos, de difícil e incerta reparação, na hipótese de vir a decisão agravada a ser reformada por este Col. TFR, dano que a impetrante sofrerá de imediato em face da sua condição de depositante do valor arbitrado.

Esta Eg. Segunda Seção tem admitido o uso do remédio constitucional com o fito de conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento, quando tal via se mostra a mais eficaz em situações análogas.

Para esse fim, concedo o mandado de segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 128.669 — (Reg. nº 8.800.051.103) — SP — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Impte.: Caixa Econômica Federal. Impdo.: Juízo Federal da 16ª Vara-SP. Listisconsortes passivos necessários: IAPAS, Municipalidade de São Paulo e Roberto de Carvalho Rochlitz. Advs.: Drs. Cláudio da Rocha Camargo e outros, Carlos Antônio de Araújo e outros, Maria Regina C. Pinto Rios, Miriam Bartholomei Carvalho.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança (Em 6-9-88 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e José de Jesus Filho. Ausentes justificadamente, os Srs. Ministros Pedro Acioli, Ilmar Galvão e Armando Rollemberg. Na ausência justificada do Sr. Ministro José Cândido, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 130.515 — ES
(Registro nº 880.013.006-2)

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

Remetente: *Juízo Federal da 4ª Vara*

Apelantes: *União Federal e Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF*

Apelados: *Os mesmos*

Advogado: *Dr. Lucas Lelis (2º Apte)*

EMENTA: Ecologia. Preservação ambiental. Loteamento. Árvore florestada. Inocorrência, no caso, de situação jurídica definitivamente constituída.

I — Desde o Código Florestal de 1934, há norma expressa, limitadora do direito de propriedade, proibindo ao proprietário «cortar árvore em florestas protetoras ou remanescentes, mesmo em formação, sem licença prévia da autoridade florestal competente» (Decreto nº 23.793, de 23-1-34, art. 22, letra g. No caso, não há como reconhecer estejam as impetrantes ao amparo de situação jurídica adquirida decorrente da aprovação, pela autoridade municipal, há mais de 20 anos, sem a interveniência da autoridade florestal, de loteamento para cuja consecução pretendem desmatar floresta localizada na região, onde se acha a maior área em mata nativa que ainda resta no litoral do Estado do Espírito Santo.

II — Apelações providas. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento aos recursos a fim de reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A sentença (fls. 92-97), ao fundamento do princípio da irretroatividade das leis, concedeu a segurança

impetrada por Conterra — Construções e Terraplanagens Ltda. e outro contra ato do Sr. Delegado do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, que determinou a autuação e embargo dos trabalhos de infra-estrutura no seu loteamento «Recreio de Setiba», aprovado pelo Decreto nº 37/64, por prática de desmatamento sem a devida autorização daquele órgão.

Apelou a União Federal (fls. 101/104). Sustenta, em suma, que a aprovação do loteamento não autoriza o desmatamento e que a autoridade municipal não tem competência para tal procedimento.

Apelou, também, o IBDF (fls. 106/118). Alega, em síntese, que os loteamentos não foram aprovados de acordo com as normas florestais.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 121/129), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo seu provimento (fls. 133/137).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ecologia. Preservação ambiental. Loteamento. Áreas florestais. Inocorrência, no caso, de situação jurídica definitivamente constituída.

I — Desde o Código Florestal de 1934, há norma expressa, limitadora do direito de propriedade, proibindo ao proprietário «cortar árvore em florestas protetoras ou remanescentes, mesmo em formação, sem licença prévia da autoridade florestal competente» (Decreto nº 23.793, de 23-1-34, art. 22, letra «g»). No caso, não há como reconhecer estejam as impetrantes ao amparo de situação jurídica adquirida decorrente da aprovação, pela autoridade municipal, há mais de 20 anos, sem a interveniência da autoridade florestal, de loteamento para cuja consecução pretendem desmatar floresta localizada na região, onde se acha a maior área em mata nativa que ainda resta no litoral do Estado do Espírito Santo.

II — Apelações providas. Sentença confirmada.

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República da lavra do ilustre Subprocurador Cláudio Lemos Fonteles, está assim fundamentado (fls. 133/137):

«1. Conterra Construções e Terraplanagens Ltda. ajuizou mandado de segurança contra ato do Delegado Regional do IBDF, por se sentir ameaçada de embargo na incorporação imobiliária que pretende realizar no local denominado «Recreio de Setiba».

2. É lhe concedida a segurança ao fundamento, de essência, segundo o qual à época da aprovação municipal do loteamento — 12 de março de *1964* (fl. 23) — a legislação de regência, o Decreto-Lei nº 58/37, *verbis:*

«... não fazia as restrições que hoje existem no tocante às áreas florestadas. Tal restrição só foi inserida na legislação sobre loteamento pela Lei nº 4.778, de 22-9-65, que deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 58/37. Ainda assim cabia às prefeituras colher o pronunciamento das autoridades florestais antes de aprovar o loteamento.

Somente com a edição da Lei nº 6.766, de 19-12-79, que dispõe «sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências», é que foi expressamente proibido o loteamento em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção (art. 3º — V).

Ora, as impetrantes adquiriram um loteamento regularmente aprovado e devidamente registrado no Registro de Imóveis, havendo, pois, uma situação jurídica constituída sob a égide da legislação anterior e que não pode ser modificada pela superveniência das leis novas, aplicáveis, obviamente, aos fatos que lhes são posteriores.» (Vide: fls. 95/96).

3. Recorrem o IBDF e a União Federal. Há contra-razões da recorrida.

4. De logo, sem razão a preliminar, por esta suscitada, de ilegitimidade recursal dos recorrentes.

5. O IBDF é autarquia. Vencido no feito, com a decisão monocrática, significando *o impedimento* de ação administrativa sua aos fins para os quais foi criado o Instituto — *fundamentalmente a preservação ambiental*, — óbvio que ressuma claro o seu interesse no questionamento de dito ato judicial, tendo-o também a União Federal que hoje tem *legitimação ativa expressa*, para propor *ação civil pública em defesa do meio ambiente* (consulte-se: Lei 7.347/85).

6. No mérito, faz-se *equivocado* o fundamento do r. decisório.

7. É que, como está muito bem posto no contra-arrazoado do IBDF, *desde 1934*, pelo então Código Florestal — Decreto nº 23.793/34 — *norma expressa havia — artigo 22, g* —, que instituía *limitação ao direito de propriedade*, justo para que se observasse o *preceito constitucional da função social da propriedade — artigo 160, III — expressamente proibindo ao proprietário.*

> «o cortar árvore em florestas protetoras ou remanescentes, mesmo em formação, sem licença prévia da autoridade competente...» (vide: *fl. 109*).

8. Portanto, as propriedades particulares *constituídas, total ou parcialmente*, por florestas protetoras ou remanescentes do ecossistema ambiental, submetem-se a *legal e legítima* limitação ao uso, posto que se sujeitam ao controle administrativo sempre que seus proprietários pretendam assumir atos de transformação ambiental.

9. A singela aprovação da planta de loteamento pela Prefeitura Municipal, que inclusive *estabeleceu condições não explicitadas pelos impetrantes, ora recorridos* (vide: teor do Decreto à fl. 23), não tem o condão de ultrapassar e pôr-se sobre a exigência do Código Florestal de 1934, assim não se podendo cogitar de direito adquirido *contra legem*.

10. Mais, e aqui outro ponto de realce, acaso, por absurdo, desconsiderássemos a *clara inexistência do direito líquido e certo*, como se vem de demonstrar.

11. A ação fiscalizadora da Administração Pública *faz-se, obviamente, no instante do fato acontecido*, sujeitando-se este, portanto, às *disposições vigorantes no momento* do seu acontecer.

12. Ora, a Prefeitura de Guarapari, *nos idos longínquos de março de 1964*, aprovou o loteamento.

13. Somente agora, *em 1987, 21 anos passados*, é que a recorrida resolveu realizar o empreendimento imobiliário.

14. Ora, o ato de aprovação do loteamento não confere ao proprietário, *a arternitatem*, absoluto direito ao empreendimento.

15. Inerte no tempo; mais de duas (2) décadas passadas; assim alteradas, obviamente, as condições de antanho da *licença administrativa concedida* — porque nisso se traduz o ato de aprovação municipal do loteamento — óbvio está que, se não estipulado prazo de caducidade, todavia a *longa desídia* do li-

cenciado não pode contemplá-lo, *quando o dinamismo natural* das relações humanas estabeleceram *nova realidade, imobilizando o poder concedente,* no fazer observar situação ditada *20 anos antes*, inconciliável com a *envelhecida e desfigurada situação pretérita, assim perdida no ontem.*

16. Por todos estes fundamentos, somos pelo conhecimento e *provimento* do recurso, cassando-se a r. decisão monocrática, pela inexistência do direito líquido e certo, que albergou equivocadamente».

Adotando a transcrita fundamentação como razão de decidir, dou provimento aos recursos, a fim de reformar a sentença e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 130.515 — ES — (Reg. nº 880.013.006-2) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara. Apelantes: União Federal e Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF. Apelados: Os mesmos. Advogado: Dr. Lucas Lelis (2º Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos a fim de reformar a sentença e cassar a segurança (em 28-9-88, 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.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 131.960 — DF
(Registro nº 880.016.335-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Impetrante: *Álvaro Cavalcante Bezerra*

Impetrado: *Sr. Presidente do Conselho da Justiça Federal*

Advogado: *Dr. Henrique Fonseca de Araújo*

EMENTA: Mandado de Segurança. Candidato reprovado no concurso público de Juiz Federal. Regulamento do concurso. Cômputo da nota de títulos para obtenção da média final.

Não há ofensa a direito líquido e certo do postulante por parte da Comissão Examinadora, que se ateve às normas do regulamento.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos por unanimidade, denegar 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, 30 de junho de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Álvaro Cavalcante Bezerra, candidato inscrito no último concurso de Juiz Federal, contra ato do Conselho da Justiça Federal homologatório do resultado.

O impetrante obteve a média final 5,83, insuficiente para a aprovação. Opõe-se ao critério do regulamento entendendo que a nota obtida na prova de títulos não deve ser considerada para apuração da média final. Tal nota deve constar apenas, para efeitos classificatórios. A real demonstração de conhecimento é dada nas provas escritas e na oral. Só com esse critério é que se estaria dando igual tratamento a todos os candidatos, para demonstração de capacidade de exercício de cargo público.

O ilustre Presidente do Tribunal prestou as informações de fls. 30/32.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, trazendo à colação Acórdão desta Corte, proferido em caso idêntico, de interesse de Amaury Chaves de Atahyde, no qual se decidiu não ter havido ofensa a direito líquido e certo do postulante, igualmente reprovado no concurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de Segurança. Candidato reprovado no concurso público de Juiz Federal. Regulamento do concurso. Cômputo da nota de títulos para obtenção da média final.

Não há ofensa a direito líquido e certo do postulante por parte da Comissão examinadora, que se ateve às normas do regulamento.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): No presente Mandado de Segurança pleiteia o impetrante ser considerado aprovado no concurso a que se submeteu para o cargo de Juiz Federal, não obstante não ter alcançado a nota mínima.

O argumento central do pedido é o de ter sido computada a nota obtida na prova de títulos, para apuração da média final. No entender do impetrante a nota dos títulos só pode ser computada para efeitos classificatórios. Argumenta com o parágrafo 2º do art. 4º do regulamento, nestes termos:

> «Efetivamente no parágrafo 2º, do art. 4º, acima transcrito, lê-se que «ocorrerá eliminação automática do candidato que não alcançar a nota mínima de (05) cinco em cada uma das provas escritas e na oral», o que significa, iniludivelmente que a nota atribuída à prova de títulos não influirá na aprovação do candidato, desde que, com o resultado das demais provas, ainda que nenhum título apresente, alcance ele a nota mínima para aprovação, ou seja, seis (06)».

Reforça a tese sustentada na inicial com esta passagem, à fl. 05:

> «Os títulos somente podem ser levados em conta para a classificação dos candidatos aprovados nas provas de conhecimento, pois, caso contrário como se pretende no caso, estar-se-ia dando prevalência ao conhecimento presumido, que decorre dos títulos, sobre o *conhecimento real* demonstrado nas provas escritas e na oral, o que é inadmissível, por contrário ao preceito constitucional.
>
> Caso contrário, os candidatos não estariam sendo considerados em pé de igualdade, ao se inscreverem para o concurso, quanto à demonstração para o exercício dos cargos públicos. As provas de conhecimento é que permitem a exata avaliação da capacidade dos candidados para o exercício do cargo em concurso».

O caso, no entanto, é que havia um Regulamento, a cujas prescrições se sujeitaram todos os candidatos, com o pedido de inscrição (art. 8º, § 1º). E seu art. 4º é bastante claro para que suscite divergência.

Eis o texto:

> «Art. 4º Habilitar-se-á ao provimento o candidato que obtiver média final igual ou superior a seis (06), na escala de zero a dez, atribuindo-se peso um (1) a cada uma das provas escritas e à prova de títulos, e peso dois (2) à prova oral.
>
> «1º Ocorrerá eliminação automática do canditato que não alcançar a nota mínima de cinco (5) em cada uma das provas escritas e na oral».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, juntando Acórdão desta Corte proferido no Mandado de Segurança nº 115.855, denegado unanimemente, de interesse do candidato Amaury Chaves de Athayde, abordou com acerto, a questão da igualdade entre os candidatos, no parecer contrário ao pedido.

«Obviamente, não há quebra de princípio de igualdade quando todos os candidatos são avaliados de acordo com os *mesmos critérios*, como ocorreu na hipótese. Ruptura desse princípio haveria, aí sim, caso viesse a prevalecer o entendimento do impetrante, que pretende lograr sua aprovação no certame por *critério diverso* daquele a que se submeteram todos os demais candidatos».

Do exposto conclui-se, a meu ver sem sombra de dúvida, inexistir direito líquido e certo a ser amparado, impondo-se conseqüentemente o indeferimento. Procedendo uniformemente na avaliação de todas as provas, pelo critério expresso no Regulamento, não há censura à douta Comissão.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente em atenção ao ilustre advogado que fez a sustentação oral, peço vênia para fazer breve consideração sobre o meu entendimento acerca do texto constitucional pertinente.

Diz o § 1º do art. 123 da Constituição:

«O provimento do cargo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, organizado pelo Tribunal Federal de Recursos, devendo os candidatos atender aos requisitos de idoneidade moral e de idade superior a vinte e cinco anos, além dos especificados em lei».

Interpretando esse texto em caso anterior em que se julgou a questão do exame psicotécnico, tive ensejo, embora tenha ficado vencido, de sustentar a inconstitucionalidade da exigência do referido exame. Por quê?

Meu argumento foi no sentido de que a Constituição estabelece critérios objetivos, para efeito de seleção dos candidatos ao cargo de Juiz Federal. E o exame psicotécnico, em razão da sua alta subjetividade, viola a objetividade exigida pelo texto constitucional.

Agora, no caso, cuida-se de prova de títulos. Penso que a prova de títulos não implica em dar subjetividade ao exame, de tal maneira a infringir a objetividade exigida pelo texto constitucional. Porque a sua finalidade é apurar dados que reflitam a vida do candidato, através da sua atuação no magistério, na publicação de livros e no exercício de cargos públicos. A apuração de tais elementos é feita através de critério detalhado estabelecido pela Comissão de Concurso e o respectivo resultado é considerado no cômputo da nota final. Para tanto cabe esclarecer que o regulamento exige, como salientado pelo eminente Sr. Ministro-Relator, que, nas provas escrita e oral, o candidato obtenha, pelo menos, a nota cinco. Mas que, na média, há de alcançar a nota seis. No tocante aos títulos, é possível, pois que o candidato seja aprovado mesmo que obtenha nota inferior a cinco. Agora, a média global, computando-se a nota atribuída aos títulos, há de ser, pelo menos, seis.

Em tal contexto, penso que a consideração dos títulos, de acordo com o regulamento do concurso aprovado por este Tribunal, conforma-se perfeitamente com o texto constitucional. Ou seja, o aspecto que, a meu ver, merece realce é esse: a Constituição quer que os candidatos se submetam a exame que tenha caráter objetivo. O que não permite o texto constitucional é que critérios de exacerbada subjetividade, como no caso do psicotécnico, possa ser considerado para fins de reprovação do candidato. No caso, sem dúvida alguma, disso não se trata: o candidato na prova de títulos foi julgado diante de elementos objetivos, diante de critérios que foram cuidadosamente estabelecidos pela Comissão de Concurso.

Com essa breve observação, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator, também denegando a ordem.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não há dúvida de que o eminente advogado, com o brilho de sempre, deduziu argumentação que impressiona. Entretanto, só em parte posso concordar com S. Exa.

A adesão do candidato às normas do concurso é realmente irrelevante. Se estas forem ilegais, ou ferirem norma constitucional, o vício não ficará sanado. Ocorre, entretanto, que a meu ver não existem tais máculas.

Não há ofensa ao princípio da isonomia no fato de a nota obtida na avaliação dos títulos poder conduzir à reprovação do candidato. Pessoas que têm títulos diferentes não se encontram em situação idêntica e podem ser tratadas de modo diverso. Uma titulação rica significa experiência e sua falta sugere o contrário. E nada há de juridicamente censurável em valorizar esta circunstância, de modo a exigir-se do menos experiente a obtenção de notas maiores, nas provas, para conseguir aprovação.

Acompanho o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 131.960 — DF — (Reg. nº 880.016.335-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Impte.: Álvaro Cavalcante Bezerra. Impdo.: Senhor Presidente do Conselho da Justiça Federal. Advs.: Dr. Henrique Fonseca de Araújo.

Decisão: O Plenário, por unanimidade, denegou o Mandado de Segurança. (Em 30-6-88 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, José Dantas, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Bueno de Souza, Américo Luz, Carlos Thibau, Ilmar Galvão e Edson Vidigal. Sustentou oralmente, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo, pelo impetrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar, Vice-Presidente, no impedimento do Sr. Ministro GUEIROS LEITE, Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 136.678 — DF
(Registro nº 880.026.428-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis*

Impetrantes: *João Evangelista de Souza e outros*

Impetrado: *Sr. Ministro de Estado da Fazenda*

Advogados: *Drs. Paulo Sérgio de Souza e outros, Lúcio Cezar da Costa Araújo e outros*

EMENTA: Administrativo e Processual. Sistema Financeiro da Habitação. BNH. Sucessão. Decreto-Lei nº 2.281/86. Mandado de segurança.

In casu, a sucessão do BNH se opera pela Caixa Econômica Federal, com exclusão da lide do Conselho Monetário Nacional, órgão meramente normativo, na espécie.

Precedentes do Plenário.

Nao se conheceu da impetração, por incompetência originária do Tribunal, determinando-se a remessa do Juízo de origem, para os fins de direito.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conhecer do mandado de segurança e determinar a ida dos autos ao juízo de origem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Nos presentes autos de mandado de segurança requerido por João Evangelista de Souza e outros, mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, impetrado originariamente perante a Justiça Federal de primeiro grau, contra ato do presidente do Banco Nacional de Habitação, citado posteriormente o agente financeiro (fl. 317), por força do r. despacho de fl. 334v. foi determinada a intimação do Conselho Monetário Nacional, como substituto processual

daquela autuarquia, em face do disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 2.291/84, seguindo-se, por fim, a declinação de competência pronunciada à fl. 357 e, aqui, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, manifestou-se pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Consoante reiterados pronunciamentos deste Plenário, inter plures, os de números MS nº 128.841-DF, MS nº 128.850-DF, MS nº 128.832-DF, MS nº 128.838-DF, MS nº 128.830-DF, MS nº 128.844-DF e MS nº 131.632-DF na espécie a sucessão do Banco Nacional da Habitação se opera pela Caixa Econômica Federal, sendo de excluir-se da lide o Conselho Monetário Nacional, órgão meramente normativo, pelo que não conheço da impetração, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem.

Não se conheceu do pedido, e declarou-se a incompetência originária do Tribunal, com a remessa do processo ao Juízo de origem.

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 foi 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 nº 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 nº 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 nº 19. A resposta, com a devida vênia, parece-me óbvia. Competente será o órgão que deva «exercer as 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 nº 2.291/86; não naquela de dispor sobre a atuação dos agentes financeiros.

Argumenta-se com o disposto no artigo 5.º 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 n.º 136.678 — DF — (Reg. n.º 880.026.428-0) — Rel.: Min. Sebastião Reis. Imptes.: João Evangelista de Souza e outros. Impdo.: Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advs.: Drs. Paulo Sérgio de Souza e outros, Lúcio Cezar da Costa Araújo e outros.

Decisão: O Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, não conheceu do mandado de segurança e determinou a ida dos autos ao juízo de origem. (Em 25-8-88 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Pedro da Rocha Acioli, Américo Luz, Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas, Washington Bolívar, Torreão Braz, William Patterson e Bueno de Souza votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, José Cândido e Flaquer Scartezzini. Impedidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.321 — RJ
(Registro nº 4.786.173)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Universidade Federal do Rio de Janeiro*

Recorrida: *Iolina dos Santos*

Advogados: *Drs. Ailton da Silva, Maria Lourdes da Cunha e outro e Aldir Guimarães Passarinho Júnior e outro*

EMENTA: Trabalhista. Contrato de trabalho. Rescisão. Justa causa. 1. Punido com penas de advertência e suspensão, em decorrência de faltas praticadas, não pode o empregado, sem cometimento de nova falta, ter o seu contrato de trabalho rescindido pelo empregador, por justa causa, ainda que ao argumento de desídia. Não se repete punição, daí a proibição da dupla penalidade, do non bis in idem. 2. Horas extras. A compensação pressupõe acordo ou contrato coletivo. 3. Reclamação julgada procedente. Recurso ordinário 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 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, em 28-4-87 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de reclamação trabalhista proposta por Iolina dos Santos contra a Universidade Federal do Rio de Janeiro (Hospital Universitário), objetivando o pagamento de verbas rescisórias, em decorrência de dispensa injustificada, incluindo horas extras não pagas.

Contestando a reclamação, justificou a reclamada a despedida da reclamante, com base no art. 482, letra *e* (desídia), bem como o não pagamento de horas extras, por terem sido as mesmas compensadas.

O Juiz Federal Ney Magno Valadares, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, decidiu pela procedência da reclamação, nos termos da ementa a seguir transcrita:

«Reclamação trabalhista. Dispensa por justa causa. Necessidade da comprovação de falta grave superveniente à última punição disciplinar sofrida pelo empregado. As faltas ao trabalho, já punidas com advertência e suspensão, não podem ensejar a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, sob a alegação de desídia, porque esta somente se configuraria com a verificação de novas faltas, após a última penalidade. Reconhecimento do direito do empregado às verbas resilitórias, inclusive quanto à remuneração das horas excedentes da jornada normal de trabalho, desde que não foi prevista a sua compensação.»

Recorreu a reclamada.

A Subprocuradoria-Geral da República, através de parecer do Dr. João Henrique Serra Azul, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, pronunciou-se pela confirmação da r. sentença:

«4. Parece-nos que a r. sentença, *data venia*, se houve com acerto e sabedoria, pois é realmente aberrante dos princípios jurídicos a dupla punição por uma mesma falta.

Isto posto, opinamos pelo desprovimento do recurso, confirmando-se a r. sentença, como de direito.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Analisando as questões de fato e de direito, assim se fundamentou a sentença:

«Admitida no emprego de Auxiliar de Enfermagem, em 23 de junho de 1980, como optante pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (fl. 6), sofreu a Reclamante, em 24-4-1981, a pena de advertência, pelo motivo de faltas não justificadas e impontualidade nos meses de novembro e dezembro de 1980 e janeiro de 1981, tendo sido suspensa, por reincidência em faltas não justificadas, em 18-9-1981, e punida disciplinarmente, pelo mesmo motivo, ainda com a pena de suspensão, em 12-1-1982.

Em 13 de abril de 1982, foi a Reclamante dispensada por justa causa, com fundamento no art. 42, letra e, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Acontece que, entre a data da última penalidade disciplinar aplicada à Reclamante, em 12 de janeiro de 1982 (fl. 26), e a da rescisão de seu contrato de trabalho, não foram indicadas novas faltas que pudessem ensejar tal medida, cuja gravidade exigia justificativa do empregador.

A comunicação da rescisão do contrato de trabalho (fl. 29) não menciona nenhum fato que possa ser interpretado como desídia, após a última sanção disciplinar sofrida pela Recorrente, quando esta foi suspensa do trabalho por quatro dias.

A aplicação de nova penalidade pelo mesmo motivo constitui medida administrativa completamente aberrante dos princípios de proporcionalidade da pena e da relação de imediatidade entre a sanção disciplinar e a falta cometida.

Configurada a falta de justa causa para a dispensa da Reclamante, esta faz jus às verbas resilitórias correspondentes a aviso prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais, assim como à expedição de guia, pelo código adequado, para movimentação da conta vinculada do FGTS, com o acréscimo previsto no art. 22 do respectivo Regulamento. Descabe, entretanto, o pagamento de um salário corrigido, na forma do art. 9º da Lei nº 6.708/79, porque esta não se aplica aos servidores das autarquias federais. A inclusão da Reclamante na Tabela Permanente da Reclamada, por ato posterior à sua de-

missão (fl. 66), não modifica a situação da Reclamante, que era optante do FGTS, atribuindo-se aquele ato ao descompasso existente entre a sua expedição e o período a que se refere, desde que trata do enquadramento dos servidores com contratos de trabalho vigente em 31 de março de 1981.

Com relação às horas extras, também procede a reclamação, pois o contrato de trabalho da Reclamante (fl. 20) não autoriza a compensação pretendida pela Reclamada. Na realidade, estando a Reclamante obrigada a jornada de trabalho de 8 horas diárias, ou 40 semanais, não poderia ter essa jornada prorrogada, sem a remuneração correspondente às horas suplementares efetivamente prestadas, hebdomadariamente.»

Estou de acordo com a sentença, nos dois pontos enfocados. Quanto ao primeiro, já que punida a reclamante, ora recorrida, com as penas de advertência e de suspensão, em decorrência das faltas praticadas, não poderia a reclamada, ora recorrente, voltar a puni-la, meses depois da última punição, sem o cometimento de outra falta, ainda que invocando, para tanto, a desídia, que, em tese, pressupõe habitualidade. É que, com o seu procedimento, o empregador acabou repetindo punição. Sabe-se, consoante a melhor orientação, que se proíbe a dupla penalidade, o *non bis in idem*. Ponho ainda em destaque, como a pôs a sentença, a ausência de imediatidade; «da relação de imediatidade entre a sanção disciplinar e a falta cometida».

Quanto ao segundo ponto, o das horas extras, a compensação, pleiteada pela recorrente, requer acordo ou contrato coletivo, cuja existência não foi demonstrada.

Nego provimento ao recurso ordinário.

EXTRATO DA MINUTA

RO 7.321 — RJ — (Reg. nº 4.786.173) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Universidade Federal do Rio de Janeiro. Recda.: Iolina dos Santos. Advs.: Drs. Ailton da Silva, Maria Lourdes da Cunha e outro e Aldir Guimarães Passarinho Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (3ª Turma, 28-4-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 9.090 — RS
(Registro nº 6.861.741)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrentes: *Hélvio Jobim Filho e outros*

Recorrida: *Universidade Federal de Santa Maria*

Advogados: *Drs. José Luís Wagner e outros e Cláudio Brilhante Segala*

EMENTA: Trabalhista. Servidor público.

Salário profissional. Sentença denegatória confirmada pelos seus próprios fundamentos, harmônicos com a orientação do TFR sobre a espécie.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A cuidar-se de reclamação trabalhista proposta por engenheiro da Universidade Federal de Santa Maria, com o escopo de passarem a receber o salário mínimo profissional da categoria (art. 82 da Lei nº 5.194/66), assegurado, ainda, o pagamento de duas horas extras, por cumprirem jornada superior à estabelecida em 6 horas diárias pela Lei nº 4.950-A, de 22-4-66, sentenciou o MM. Juiz Federal Ari Pargendler, com o seguinte entendimento:

> «Na espécie, no entanto, os Reclamantes — pelo menos à data da propositura da ação, nos termos das peças de fls. 16/18 — percebem remuneração superior a seis vezes o salário mínimo. Não importa que o salário propriamente tal, seja inferior a esse montante. Tudo porque a Lei nº 5.194/66, no art. 82, fala em remuneração, não em salário. Nessas condições, para o efeito do cálculo devem ser integradas na remuneração o salário e as gratificações.
>
> Ante o exposto, julgo improcedente a ação. Registre-se. Intimem-se. Porto Alegre, 26 de setembro de 1985.»

Inconformados, recorrem os reclamantes, aduzindo que, ainda quando prevalecesse o entendimento sentencial de que o percebimento do salário profissional em tela deva ser auferido pela remuneração total integrada das gratificações, a reclamação mereceria procedência. Quer porque, considerada a jornada de oito horas cumprida pelos recorrentes e o adicional de 25% preceituado pela Lei n.º 4.950-A/66 para as horas excedentes de seis diárias, o total da remuneração dos reclamantes seria inferior ao salário profissional cogitado; como porque, não se dando os aumentos salariais dos servidores públicos na mesma época que as majorações do salário mínimo, necessariamente, em alguns meses do ano a inferioridade entelada se consubstanciaria; quer, ainda, porque, requerido o pagamento de parcelas relativas a período anterior ao ajuizamento da ação, não bastaria ao indeferimento do pleito a confrontação salarial operada àquela época. Ademais, a reclamada, em sua contestação, se limitou a negar que devesse pagar o salário cogitado, aquiescendo, portanto, com a afirmação da inicial de que não o pagara. Finalmente, ponderam os recorrentes que o entendimento sentencial seria insustentável também sob o ângulo de que, em se constituindo como piso salarial da categoria, o salário profissional lhes é devido a partir do enquadramento na referência e classes iniciais da carreira, de modo que os aumentos decorrentes da progressão funcional e as próprias gratificações, que não têm o caráter remuneratório e nem a constância emprestados pela sentença, devem ser calculados com base naquele valor.

Desmerecido de contra-razões, o recurso, ao ver da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, esbarra no entendimento estampado na Súmula nº 212-TFR, o que estima suficiente a ensejar a manutenção da sentença recorrida, não obstante esta ter se fulcrado em motivos diversos.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, os reclamantes João Gilberto Crosseti Gontan e Tadeu Bitencourt de Freitas, admitidos posteriormente à data de entrada em vigor do Decreto-Lei nº 1.820, de 1980, não fazem jus ao salário mínimo profissional, bastando ao improvimento do recurso, quanto aos mesmos, a mera indicação da pacífica orientação jurisprudencial deste egrégio TFR, sumulada nos seguintes termos:

> «A partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.820, de 1980, o servidor público celetista não tem direito à percepção de salário mínimo profissional» — Súmula 212.

Quanto aos outros dois reclamantes, admitidos anteriormente à referida data, verifico que o entendimento sentencial, sobre julgar improcedente a reclamação — à consideração de que a remuneração dos mesmos, integradas pelas gratificações, era superior aos seis salários mínimos prescritos pela Lei nº 4.950-A, de 1966 —, encontra guarida em precedente da Eg. 2ª Turma, elencado na referência da sobredita súmula.

Deveras, no julgamento do RO 6.554-RS (*in DJ* 6-12-84), aquela Eg. Turma deu unânime acolhida ao ilustrado voto do Ministro Relator, Jesus Costa Lima, a cujo teor me reporto, *verbis*:

> «Diz o art. 2º da Lei nº 4.950-A, de 29-4-66, aplicável aos engenheiros empregados no serviço público até a vigência do Decreto-Lei nº 1.820/80:
>
> > «Art. 2º O salário mínimo fixado pela presente lei é a remuneração mínima obrigatória por serviços prestados pelos profissionais definidos no artigo 1º, com relação de emprego ou função, qualquer que seja a fonte pagadora» (grifei).
>
> A própria lei, como se vê, equaliza o salário mínimo por ele fixado (5 ou 6 vezes o maior salário mínimo comum) à remuneração. Logo, não é possível aceitar, para o caso, argumento tendente a desprezar o conceito de remunera-

ção, fixado pelo § 1º do art. 457 da CLT, e no qual se compreende qualquer gratificação paga em caráter permanente. Assim, a remuneração da Reclamante, estampada no contracheque de fl. 15, já ultrapassava os 6 (seis) salários mínimos da época, como bem demonstra a Recorrente, à fl. 60.

Por outro lado, as oito (8) horas de trabalho a que estava sujeita a Reclamante, por força de norma do plano de classificação aplicável aos servidores públicos em geral, correspondiam exatamente à categoria profissional beneficiada com seis salários mínimos, conforme art. 5º da referida Lei nº 4.950-A. Não procede também o pedido de horas extras.»

Dessarte, considerando que da percepção da citada verba, quando de suas contratações, di-lo a própria inicial, e que a única prova produzida no sentido da cessação do indigitado pagamento (fls. 16/19), em verdade, atesta a percepção de remuneração superior ao mínimo profissional de que se trata, firme no precedente supra-transcrito, convenço-me da excelência dos fundamentos sentenciais, também quanto ao pleito dos recorrentes admitidos anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 1.820, de 1980.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 9.090 — RS — (Reg. nº 6.861.741) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Rectes.: Hélvio Jobim Filho e outros. Recda.: Universidade Federal de Santa Maria. Advs.: Drs. José Luís Wagner e outros e Cláudio Brilhante Segala.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 30-6-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Assis Toledo. Ausente o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 9.258 — CE
(Registro nº 7.902.506)

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

Recorrente: *Romeu Cisne Prado*

Recorrida: *Universidade Federal do Ceará*

Advogados: *Drs. Benedito de Paula Bizerril e outros e Therezinha Camurça de Oliveira*

EMENTA: Trabalhista. Vantagem pessoal (Lei nº 6.732/79). Não se aplica ao servidor-empregado (RO-5.832). Acaso erroneamente deferida, pode a administração, para sanar o equívoco, cancelar seu próprio ato. Reclamação improcedente. Recurso ordinário 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 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, 12 de maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Romeu Cisne Prado ajuizou reclamação trabalhista contra a Universidade Federal do Ceará, pleiteando o pagamento de gratificação, quando então alegou o seguinte:

«1. Admitido ao serviço no dia 1º-12-1969;

2. Em razão do exercício de cargo de confiança o reclamante percebia uma gratificação, a título de vantagem pessoal, na forma prevista na Lei nº 6.732, de 4-12-1979, incorporando-se, assim, tal benefício ao seu contrato de trabalho, enquanto ocupante de cargo ou função de confiança (v. contracheques, anexos);

3. Ocorre que, em junho de 1984, a reclamada, por ato unilateral, aboliu o pagamento da mencionada gratificação ao reclamante, em que pese permanecer o mesmo no exercício de seu cargo de confiança;

4. Entende o reclamante que a retirada da vantagem que lhe era deferida há mais de um ano fere o art. 468, da CLT, eis que tal ato implicou em alteração unilateral do contrato de trabalho, infringindo, ainda, o princípio constitucional, garantidor do direito adquirido (v. art. 153, § 3º, da Constituição Federal).»

Contestando a reclamação, a Universidade defendeu o seu ato, *verbis*:

«2. Não resta dúvida de que o reclamante, exerce na reclamada, funções do Grupo DAI. Entretanto, sendo o mesmo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não tinha, como de fato não tem, direito ao adicionamento da importância equivalente à fração de 1/5 (um quinto) da gratificação da função de DAI ao respectivo salário de Agente Administrativo, a título de vantagem pessoal, o que vinha ele usufruindo em virtude de um erro administrativo de interpretação, no qual não se deveria persistir, para cuja correção impunha-se a sustação da referida vantagem ao pessoal celetista, e isso ocorreu em julho de 1984.»

Foi a reclamação julgada improcedente, pelo Juiz Federal Vicente Leal de Araújo:

«Inobstante a ponderabilidade do pleito expresso na reclamação, assentado nos ideais de justiça e de eqüidade, o pedido não tem amparo na legislação pertinente.

A Lei nº 6.732, de 1979, que instituiu o direito de incorporação de frações de gratificação de função dos Grupos DAS e DAI, após o sexto ano de exercício funcional, é lei suplementar ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Lei nº 1.711/52.

Não se trata, no caso, de norma dirigida aos servidores públicos em geral. Todo o contexto da Lei nº 6.732/79 consubstancia disciplina do regime estatutário. Todos os seus institutos e preceitos são dirigidos aos funcionários públicos, *strictu sensu*.»

. . . . . .

«O fato de terem sido pagas, ao reclamante, parcelas a título de vantagem pessoal, com base na Lei nº 6.732/79, por erro da Administração, não lhe confere o direito de incorporá-las ao seu salário, à míngua de embasamento legal. A suspensão do pagamento, nesta hipótese, não configura alteração de contrato de trabalho.»

Recorreu o reclamante e respondeu a reclamada.

A Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer pelo improvimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Ao recurso ordinário, interposto às fls. 34/35, nego provimento, confirmando a sentença, por seus próprios e judiciosos fundamentos.

De fato, a Lei nº 6.732, de 4-12-79, que alterou a Lei nº 1.711, de 28-10-82, só se aplica ao funcionário público, pelo que dela se depreende. Aliás, já afirmou este Tribunal, no RO-5.832, *DJ* de 25-8-83; «Inaplicação ao regime do servidor-empregado da chamada lei dos quintos (Lei nº 6.732/79), cujo comando só alcança a situação dos funcionários estatutários». De outro lado, este Tribunal também tem dito que a administração pode corrigir seus próprios atos, uma vez constatado o erro. Assim, em caso de adicional de insalubridade pago sob outro critério: «não significa que a Administração esteja impedida de corrigir o equívoco» (RO's 7.781, 8.027 e 8.028). Inexiste, portanto, ofensa aos arts. 153, § 3º, da Constituição, e 468 da Consolidação.

Como disse, nego provimento ao recurso ordinário.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 9.258 — CE — (Reg. 7.902.506) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Romeu Cisne Prado. Recorrida: Universidade Federal do Ceará. Advogados: Drs. Benedito de Paula Bizerril e outros e Therezinha Camurça de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (3ª Turma — 12-5-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

REMESSA EX OFFICIO Nº 120.336 — SP
(Registro nº 9.428.500)

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

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara*

Partes: *Paes Mendonça S/A e União Federal*

Advogados: *Dr. Leo Krakowiak e outro, Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros*

EMENTA: Tributário. Importação. Data do embarque da mercadoria.

Se o transporte se iniciou por caminhões, prosseguindo por via marítima, prevalece, para os efeitos assinalados, a data em que teve início a primeira fase.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta 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, 11 de abril de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Sentença do MM. Juiz Federal da Nona Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo concedeu segurança impetrada por Paes Mendonça S/A contra ato do Delegado da Receita Federal, em Santos, que lhe está exigindo recolhimento de diferença de IPI, calculado sobre vinhos que importou da Alemanha, parte dos quais foi embarcada em 18-11-86 e o restante em 24-11-86, dentro, portanto, do prazo previsto no Decreto-Lei nº 2.303/86, que, ao majorar de 90 para 240% a alíquota do mencionado tributo, ressalvou as mercadorias embarcadas no exterior até a última data acima indicada.

Não houve recurso voluntário.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Importação. Data do embarque da mercadoria.

Se o transporte se iniciou por caminhões, prosseguindo por via marítima, prevalece, para os efeitos assinalados, a data em que teve início a primeira fase.

Sentença confirmada.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Este o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

«O parecer de fls. 91-v.º bem equacionou e solucionou a hipótese. No caso presente, as mercadorias, alemãs, foram embarcadas por via rodoviária da Alemanha, em data de 18 e 24 de novembro de 1986, portanto em data em que ainda se aplicava a alíquota de 90%, embora só colocadas a bordo em porto belga em 26-11-86, quando já vigia a alíquota de 240%.

A jurisprudência desse Colendo Tribunal se inclina no sentido de considerar como embarcada a mercadoria, não no momento em que é colocada a bordo, mas por ocasião de sua entrega ao transportador para embarque. Sendo assim correta a r. sentença que se harmoniza com os precedentes apontados à fl. 6, mais o seguinte:

EMENTA: Tributário. Importação. Embarque de Mercadoria no Exterior.

I — Prevalência da data em que a mercadoria foi entregue ao transportador para embarque e não aquela em que foi colocada efetivamente a bordo nem a de emissão do conhecimento de embarque. Precedentes do TFR.

II — Sentença confirmada. «(Remessa *Ex Offício* n.º 100.454. Reg. 0013234. Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. 4.ª Turma. Publ. no *DJ* de 12-4-84 — pág. 5518)».

Trata-se de pronunciamento que, como se viu, está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

REO n.º 120.336 — SP — (Reg. n.º 9.428.500) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Remetente: Juízo Federal da 9.ª Vara. Partes: Paes Mendonça S/A e União Federal. Advogados: Dr. Leo Krakowiak e outro e Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (Em 11-4-88 — 4.ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 134.722 — BA
(Registro nº 9.722.521)

Relator: *O Exmo Senhor Ministro Sebastião Reis*
Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara — BA*
Parte A: *Armarinhos Siclamino Ltda.*
Parte R: *União Federal*
Advogado: *Dr. Luiz Paulo Lôbo de Assunção*

EMENTA: Processual civil. Cautelar. Deferimento.
Presentes os requisitos embasadores do pedido defere-se a cautelar.
Improvimento da remessa oficial

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Cuida-se de remessa *ex officio* da r. sentença de fls. 25/27, que julgou procedente ação cautelar requerida por Armarinhos o Siclamino Ltda, para o fim de autorizar o depósito de quantia referente a imposto de renda, sem correção monetária, porquanto controversa a exigência contida no Decreto-Lei nº 2.323/87.

Entendeu o MM. Juiz *a quo* satisfeitos, na hipótese, os requisitos necessários à concessão da cautelar.

Nesta instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Procurou o requerente acautelar-se dos efeitos do não recolhimento do imposto de renda, na forma preconizada pelo Decreto-Lei nº 2.323/87, por entendê-lo indevido, o que seria discutido em ação própria.

Apresentam-se, pois, na espécie, os pressupostos necessários à concessão da medida cautelar, consubstanciada pelo *periculum in mora e o fumus boni juris*, porque é justo o receio de lesão grave ou de difícil reparação, havendo, ademais, plausibilidade do direito material do autor.

Face ao exposto, nego provimento à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 134.722 — BA — (Reg. nº 9.722.521) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — BA. Partes: União Federal e Armarinhos O Siclamino Ltda. Adv.: Dr. Luiz Paulo Lôbo de Assunção.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial. (Em 21-9-88 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

REMESSA EX OFFICIO Nº 143.981 — CE
(Registro nº 8.883.021)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*
Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara — CE*
Partes: *José Julie Viana de Araújo e União Federal*
Advogados: *Newton Flastone Barbosa de Moura e outro*

EMENTA: Constitucional e Tributário. Sobretarifa para o Fundo Nacional de Telecomunicações — FNT. Lei nº 6.093/74. Decreto-Lei nº 2.186/84. Ação de Repetição do Indébito.

Inconstitucionalidade da cobrança da sobretarifa em questão, em face do evidente desvio de finalidade do produto de sua arrecadação, no período de 27-8-74 a 1-1-85, datas, respectivamente, da entrada em vigor da Lei nº 6.093/74 e do Decreto-Lei nº 2.186/84 (Tribunal Pleno, AI na REO 107.572-PB, Ac. in DJ de 29-10-87).

Honorários advocatícios. Sua redução para 5% (cinco por cento), dada a simplicidade da causa.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, reformar parcialmente a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Inconstitucional a cobrança da sobretarifa para o Fundo Nacional de Telecomunicações — FNT, tal como decidiu a sentença de fls. procedente foi a ação de repetição intentada contra a União Federal, que restou condenada na devolução das importâncias recolhidas àquele título, observada a prescrição qüinqüenal, conforme pedido na inicial, acrescidas de correção monetária na forma da Súmula nº 46 desta Eg. Corte, juros de mora contados da citação, além da restituição das custas e do pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor a ser restituído, devidamente atualizado — fl. 156.

Na espécie não foi interposto recurso de apelação, tampouco determinada a remessa dos autos pelo MM. Juiz *a quo*, sendo certo que a subida deles se deu por iniciativa do Sr. Diretor de Secretaria da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará — fls. 156/158.

Daí o despacho que proferi à fl. 173 determinando a reautuação do processado como remessa *ex officio*, em face da inexistência de apelação e tendo em vista a natureza constitucional da causa (Súmula nº 246-TFR).

Reautuados, conclusos e com parecer, é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sobre a espécie, envolvendo discussão pertinente à legalidade da cobrança da sobretarifa incidente sobre contas telefônicas e de *telex*, cuja destinação é o Fundo Nacional de Telecomunicações, o Tribunal Pleno desta Eg. Corte, julgando a Argüição de Inconstitucionalidade suscitada na REO nº 107.572-PB, acórdão publicado no *DJ* de 29-10-87, bem como os declaratórios a ele opostos pela União Federal, estes na assentada de 26 do mês seguinte, perfilhou o entendimento de que é manifestamente inconstitucional a sua exigência no período compreendido entre 27 de agosto de 1974 a 1º de janeiro de 1985, datas, respectivamente, da entrada em vigor da Lei nº 6.093/74 e do Decreto-Lei nº 2.186/84, por evidente desvio de finalidade do produto da arrecadação.

Juntando cópias dos julgados acima referidos, com os quais ponho-me inteiramente de acordo, reformo parcialmente a sentença remetida, tão-somente para reduzir a 5% (cinco por cento) os honorários advocatícios, dada a simplicidade da causa, e determinar a contagem dos juros moratórios na forma do parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional.

É como voto.

Juntando cópias dos julgados acima referidos, com os quais ponho-me inteiramente de acordo, reformo parcialmente a sentença remetida, tão-somente para reduzir a 5% (cinco por cento) os honorários advocatícios, dada a simplicidade da causa, e determinar a contagem dos juros moratórios na forma do parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional.

É como voto.

ANEXO

Emb. Decl. na REO nº 107.572-PB

(Registro nº 7.182.503)

(Argüição de Inconstitucionalidade)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A União Federal opõe embargos de declaração ao v. acórdão de fl. 232, cuja ementa se espelha assim:

> «Constitucional. Tributário. FNT. Lei nº 4.117/62. Lei nº 6.093/74. Desvio de Finalidade. Lei nº 6.127/74. Decreto-Lei nº 1.754/79 e Decreto-Lei nº 1.859/81.
>
> I — Instituída sobretarifa sobre o serviço de telecomunicações, com fim específico e por prazo determinado, conforme faz ver a Lei nº 4.117/62, especificamente seu artigo 51, e, cumpridas as determinações, não pode outra norma destinar os recursos arrebanhados pelo FNT, para outras atividades, sob pena de desvio de finalidade, pois que inexiste vinculação com sua origem legal ou fonte institudora.

II — Estampado o desvio de finalidade com a edição da Lei nº 6.093, de 1974, as que se lhe sucedem estão, também, maculadas pelo mesmo vício.

III — A criação de novos tributos necessita, por força de norma constitucional, dos pressupostos à sua exigibilidade, quais sejam: fato gerador, alíquota e sujeito passivo. Não podem, por conseguinte, os recursos do FNT serem transformados, abruptamente em espécie do gênero tributo, como assim o querem os Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81.

IV — Argüição de Inconstitucionalidade que se acolhe para declarar inconstitucional a exigência da sobretarifa a partir da edição da Lei nº 6.093/74, até a vigência do Decreto-Lei nº 2.186/84, ou seja, 1-1-85, que cria o Imposto Sobre Serviços de Comunicações.» (fl. 232).

A embargante põe os seus argumentos assim:

1. alega ser irrelevante o destino da arrecadação da sobretarifa do art. 51, letra *a*, da Lei nº 4.117/62 para determinar-lhe a natureza jurídica que envolve o exame dos arts. 4º, inciso II e 3º, do CTN, e traduz pressuposto para a apreciação da mesma sobretarifa à luz de princípios constitucionais tributários;

2. alega que demonstrou toda a legislação atinente à matéria e que amparada no art. 8º, inciso XI, alínea *a*, da Constituição, as concessionárias de serviços de telecomunicações não detêm exclusividade na respectiva prestação da atividade e, para tanto, deve ser examinado o motivo pelo qual se quis imprimir compulsoriamente à sobretarifa, já que a embargante presta alguns desses serviços diretamente e, assim, não deve afastar o caráter remuneratório da sobretarifa. Assinalo que essa relevância foi posta nos votos dos Mins. Pádua Ribeiro, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade;

3. alega o não pronunciamento do Plenário quanto à natureza dos serviços prestados pela EMBRATEL e TELEBRÁS e que se declare os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com relação a TELEBRÁS, em face da transferência do produto da arrecadação das sobretarifas da União para a TELEBRÁS, segundo os arts. 9º, inciso I, e 10, da Lei nº 5.792/72;

4. alega omissão no exame da falta de liquidez e certeza do direito postulado pelos usuários e que os autores têm buscado provar fatos mediante simples referência a normas legais e, por isso ofende o art. 153, § 21, da Constituição e art. 1º da Lei nº 1.533/51;

5. requer a embargante sejam apresentados os fundamentos para a alegada vulneração ao art. 153, § 36, da Constituição e examinado o confronto do art. 9º da Lei nº 4.320, com o princípio constitucional da não afetação da receita tributária — art. 62, § 2º, da Constituição; e

6. requer, finalmente, sejam objeto de expressa referência no v. acórdão todas as normas constitucionais e legais mencionadas nestes embargos e no parecer de fls. 129/139, ainda que para recusar-lhes aplicação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Como assinalado no relatório pretendo expressar os fundamentos que hão de suportar as alegações uma a uma dos declaratórios.

Hei por bem, *a priori*, destacar de novo a ementa do v. acórdão embargado que ficou assim às fls. 232:

«Constitucional. Tributário. FNT. Lei 4.117/62. Lei 6.093/74. Desvio de finalidade. Lei 6.127/74. DL nº 1.754/79 e DL 1.859/81.

I — Instituída sobretarifa sobre serviço de telecomunicações, com fim específico e por prazo determinado, conforme faz ver a Lei 4.117/62, especificamente seu artigo 51, e, cumpridas as determinações, não pode outra norma

destinar os recursos arrebanhados pelo FNT, para outras atividades, sob pena de desvio de finalidade, pois que inexiste vinculação com sua origem legal ou fonte instituidora.

II — Estampado o desvio de finalidade com a edição da Lei nº 6.093, as que se lhe sucedem estão, também, maculadas pelo mesmo vício.

III — A criação de novos tributos necessita, por força de norma constitucional, quais sejam: fato gerador, alíquota e sujeito passivo. Não podem, por conseguinte, os recursos do FNT serem transformados, abruptamente em espécie do gênero tributo, como assim o querem os Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81.

IV — Argüição de inconstitucionalidade que se acolhe para declarar inconstitucional a exigência da sobretarifa, a partir da edição da Lei nº 6.093/74, até a vigência do DL 2.186/84, ou seja, 1-1-85, que cria o Imposto Sobre Serviços de Comunicações.»

Como se vê na ementa, está espelhada na mesma argüição dos embargos quanto à alegação da primeira omissão, quando se assinala no item I que:

«Instituída sobretarifa sobre o serviço de telecomunicações, com fim específico e por prazo determinado, conforme faz ver a Lei nº 4.117/62, especificamente seu artigo 51, e, cumpridas as determinações, não pode outra norma destinar os recursos arrebanhados pelo FNT, para outras atividades, sob pena de desvio de finalidade, pois que inexiste vinculação com sua origem legal ou fonte instituidora.»

Ademais o voto condutor frisa — fls. 149 — «... não há se afastar que, o seu caráter reveste-se, nitidamente, de imposto. Isto porque, ao transpor o fruto da arrecadação para o Tesouro Nacional, o Estado violou os princípios constitucionais regentes da matéria.»

Ainda, se destaca do voto a seguinte passagem, quanto ao primeiro fundamento dos embargos, que igualmente responde o segundo ponto dos declaratórios, assim:

«a sobretarifa instituída pelo artigo 51 da Lei nº 4.117/62 realizou seu destino específico de prestar-se à expansão e melhoramentos do Sistema Nacional de Telecomunicações, com resultados admiráveis, as distorções e ilegalidade, nesse campo, surgem com o advento da Lei nº 6.093, de 29-8-74, que cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND) «destinado a financiar projetos prioritários em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico e social do País, especialmente quanto à infra-estrutura (art. 1º), fazendo integrar os recursos deste fundo, além de outras contribuições, o produto da arrecadação das sobretarifas do FNT (art. 2º, item III), com retorno de uma parte desses recursos ao setor de telecomunicações, sendo a outra parte investida em outros setores, segundo as prioridades governamentais.

Caracterizou-se, aí, o desvio de finalidade dos recursos arrecadados do FNT, agora, com destinação a fins estranhos à Lei que os instituiu (Lei nº 4.117/62, art. 51) como sobretarifa destinada, especificamente, a realizar a expansão e melhoria dos serviços públicos de telecomunicações. Tornou-se aquela sobretarifa, um acréscimo resultante de exigência compulsória, visando a carrear recursos necessários à realização de projetos de desenvolvimento, sem vinculação com sua origem legal, ou fonte instituidora.

Sobre o assunto em tela, observou, acertadamente, o ilustre Professor Rui Barbosa Nogueira, da Universidade Federal de São Paulo, *in verbis*:

'A sobretarifa era destinada ao FNT, fundo especial como qualificado no art. 71 da Lei Complementar nº 4.320/64 e especificamente destinado à expansão e melhoria do serviço de telecomunicações. Sendo o FND destinado a finalidades inespecíficas, dele não podia ser desviada

parte da arrecadação da sobretarifa, cuja base legal era precisamente aquela destinação específica. Essa transferência importou na destinação ou descaracterização constitucional e legal de «fundo especial» e conseqüentemente tornou ilegítima a citada inclusão, *ipso facto et jure* a cobrança dessa sobretarifa passou, desde então, a ser ilegítima' (*In* «O Confisco nas Contas de Telecomunicações» — DCI — Edição de 11-12-84).

Nova distorção ocorre com a Lei nº 6.127/74, que prorrogou, por período indeterminado, o prazo de dez (10) anos, fixados no artigo 51 da Lei nº 4.117/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações.» (Fls. 150/151).

No tocante ao princípio constitucional da não afetação da receita tributária — art. 62, § 2º, da Constituição em confronto com o art. 9º da Lei 4.320, o próprio texto do voto condutor explicita que a arrecadação do FNT não tem vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa, senão constituir-se recurso ordinário do Tesouro Nacional.

Esse fundamento dos declaratórios não prospera diante do seguinte trecho do voto condutor da decisão embargada: — fls. 151/152:

«Surge o Decreto-Lei nº 1.754, de 31-12-79, para determinar que «do produto da arrecadação a que se referem os itens III e V do art. 2º da Lei nº 6.093/74, serão transferidos à conta do FND, a partir de 1981, os seguintes percentuais: I — em 1981 — 50% (cinqüenta por cento); II — a partir de 1982 — 100% (cem por cento)», estabelecendo, inclusive, que o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), a contar do exercício financeiro de 1983, ficaria extinto, e os recursos que o integram continuariam a compor a Lei Orçamentária, como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa (art. 7º).

A ilegalidade maior e a inconstitucionalidade gritante, acima vistas, foram coroadas pelo Fisco Federal, com o Decreto-Lei nº 1.859, de 17-2-81, que, além de determinar, como já o fizera seu congênere anterior, no sentido de que o produto da arrecadação do FNT passaria a compor as leis orçamentárias e constituiria recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa (art. 1º), antecipou, ainda, o prazo de extinção do sobrealudido FND, que ficava extinto, a partir do exercício financeiro de 1982, inclusive.» (Fls. 152).

Essa explicitação se deu, inclusive, com a seguinte transcrição posta no voto às fls. 154:

«Os Decretos-Leis nºs 1.754, de 31-12-79 e 1.859, de 17-2-81 extinguiram o FND. O de 1981 determinou (art. 1º) que a antiga sobretarifa para o FNT passaria «a compor as leis orçamentárias» e seu montante constituiria «recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa».

Ressalta a mutação ocorrida na especificidade jurídico-financeira da exigência em análise. Não há qualquer vínculo entre a receita e os serviços de telecomunicações. A cobrança é feita mediante pura imposição estatal, coativamente, a fim de derivar dos particulares o dinheiro indispensável à atividade do setor público. Mimetizou-se a sobretarifa em tributo, por ser agora, uma «prestação pecuniária compulsória» (CTN, art. 3º). Seu exame demonstra ser uma «receita derivada e instituída» por entidade de direito público, cujo produto se destina «ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas», por essa entidade, em correspondência à definição de tributo formulada pelo art. 9º da Lei 4.320.» (Fls. 154).

A v. decisão embargada compreende as notas taquigráficas que no seu todo ficaram bem explícitas as razões postas nos embargos — v. voto do Min. Pádua Ribeiro

(fls. 165) — v. voto Min. Nilson Naves (fls. 172) — v. voto do Min. Eduardo Ribeiro (fls. 173) — v. voto Min. Ilmar Galvão (fls. 176) — v. voto Ministro Assis Toledo (fls. 180) — v. voto Min. Miguel Ferrante (fls. 205).

A alegação de omissão de exame da falta de liquidez e certeza do direito dos usuários mediante prova dos fatos, por simples referência às normas legais, é desprocedente diante dos documentos materializadores dos fatos apresentados na inicial a confronto simples.

Quanto à explicitação e efeitos pedidos nos embargos da extinção da declaração de inconstitucionalidade relativamente a natureza dos serviços prestados pela EMBRATEL e TELEBRÁS, em face do produto da arrecadação do FNT ser repassado a esta última empresa, destacou o voto condutor:

> «A Lei nº 5.792, de 11-7-82, que instituiu a política de exploração de serviços de telecomunicações e autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa de Telecomunicações Brasileiras S/A — TELEBRÁS (art. 3º), determinou que os recursos da referida empresa, dentre outros, seriam constituídos dos recursos do FNT, postos à sua disposição pelo Ministério das Comunicações (arts. 9º, I e 10).» (Fls. 150).

Assinalei atrás que o produto da arrecadação do FNT passou a compor as leis orçamentárias e se constituiu recursos ordinários do Tesouro Nacional e sem vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa — art. 1º do Decreto-Lei nº 1.859/81 — e de outra parte:

> «A Lei nº 5.972, de 11-7-72, criou a TELEBRÁS e o seu artigo 10 determinou que o Fundo Nacional de Telecomunicações, instituído pelo art. 51 da Lei nº 4.117, de 1962, antes transcrito, fosse colocado, pelo Ministro das Comunicações, à disposição da referida empresa, a fim de aplicar os seus recursos de acordo com programa por ele previamente aprovado.» (Fls. 162).

Porteriormente, a esta disposição foi editada a Lei nº 6.093, de 29-8-74, que criou o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND) integrado, dentre outros recursos, pelo «produto da arrecadação das sobretarifas a que se refere a alínea *a*, do art. 51, da Lei 4.117/62 e a seguir o Decreto-Lei 1.754/79, extinguiu a partir do exercício financeiro de 1983, o FND e estabeleceu que os recursos que o integram continuarão compondo a Lei Orçamentária como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa — art. 7º — portanto, a declaração de inconstitucionalidade efeitos nenhum terá ao órgão TELEBRÁS, apenas à União Federal.

Este aspecto está bem explicitado no voto condutor.

Como demonstrado inexiste as omissões, contradições ou dúvidas apontados nos embargos declaratórios.

Rejeito os embargos.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Admito a existência de controvérsia a respeito da matéria. É certo que, de superficial análise exsurge o entendimento dúbio de que a exação relativa ao FNT, possa ser entendida como tarifa, preço público, imposto, ou qualquer outra conotação tributária que lhes queira atribuir. Todavia, de uma investigação acurada a respeito do assunto, não há se afastar que o seu caráter reveste-se, nitidamente, de imposto. Isto porque, ao transpor o fruto da arrecadação para o Tesouro Nacional. O Estado violou os princípios constitucionais regentes da matéria.

Nesse passo, há que se volver ao bem posicionado entendimento da r. sentença, merecendo que se destaque:

> «O Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT) foi criado pela Lei nº 4.117, de 27-8-62, que estabeleceu sua alimentação através de receitas arreca-

dadas, pelo prazo de dez (10) anos, de sobretarifas, com percentual máximo de 30% (trinta por cento) da tarifa, criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações, a fim de serem aplicadas de acordo com as diretrizes do Plano Nacional de Telecomunicações, elaborado pelo mesmo Conselho e aprovado por decreto do Presidente da República (art. 51 e respectiva letra *a* da lei citada).

O Decreto nº 53.352, de 26-12-63, regulamentou o FNT, visando, especificamente, à melhoria e à expansão dos serviços de telecomunicações, sobre cujo preço (tarifa de incidência) era cobrada uma sobretarifa, a título de sobrepreço, sem caráter tributário (art. 4º do decreto referenciado), presentes as finalidades articuladas no Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações (Decreto nº 52.026, de 20-5-63).

A Lei nº 5.792, de 11-7-82, que instituiu a política de exploração de serviços de telecomunicações e autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa de Telecomunicações Brasileira S/A — TELEBRÁS (art. 3º), determinou que os recursos da referida empresa, dentre outros, seriam constituídos dos recursos do FNT, postos à sua disposição pelo Ministério das Comunicações (arts. 9º, I e 10).

Até esse momento, a sobretarifa instituída pelo artigo 51 da Lei nº 4.117/62 realizou seu destino específico de prestar-se à expansão e melhoramento do Sistema Nacional de Telecomunicações, com resultados admiráveis. As distorções e ilegalidades, nesse campo, surgem com o advento da Lei nº 6.093, de 29-8-74, que cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND) «destinado a financiar projetos prioritários em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico e social do País, especialmente quanto à infra-estrutura (art. 1º), fazendo integrar os recursos deste fundo, além de outras contribuições, o produto da arrecadação das sobretarifas do FNT (art. 2º, item III), com retorno de uma parte desses recursos ao setor de telecomunicações, sendo a outra parte investida em outros setores, segundo as prioridades governamentais.

Caracterizou-se, aí, o desvio de finalidade dos recursos arrecadados do FNT, agora, com destinação a fins estranhos à lei que os instituiu (Lei nº 4.117/62, art. 51) como sobretarifa destinada, especificamente, a realizar a expansão e melhoria dos serviços públicos de telecomunicações. Tornou-se aquela sobretarifa, um acréscimo resultante de exigência compulsória, visando a carrear recursos necessários à realização de projetos de desenvolvimento, sem vinculação com sua origem legal, ou fonte instituidora.

Sobre o assunto em tela, observou, acertadamente, o ilustre Professor Rui Barbosa Nogueira, da Universidade Federal de São Paulo, *in verbis*:

> 'a sobretarifa era destinada ao FNT, fundo especial como qualificado no art. 71 da Lei Complementar nº 4.320/64 e especificamente destinado à expansão e melhoria do serviço de telecomunicações. Sendo o FND destinado a finalidades inespecíficas, dele não podia ser desviada parte da arrecadação da sobretarifa, cuja base legal era precisamente aquela destinação específica. Essa transferência importou na destinação ou descaracterização constitucional e legal de «fundo especial» e conseqüentemente tornou ilegítima a citada inclusão, *ipso facto et jure* a cobrança dessa sobretarifa passou, desde então, a ser ilegítima' (*In* O Confisco nas Contas de Telecomunicações» — DCI — Edição de 11-12-84).

Nova distorção ocorre com a Lei nº 6.127/74, que prorrogou, por período indeterminado, o prazo de dez (10) anos, fixados no artigo 51 da Lei nº 4.117/62, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações.

Surge o Decreto-Lei nº 1.754, de 31-12-79, para determinar que «do produto da arrecadação a que se referem os itens III e V do art. 2º da Lei nº 6.093/74, serão transferidos à conta do FND, a partir de 1981, os seguintes percentuais: — I — em 1981 — 50% (cinquenta por cento); II — a partir de 1982 — 100% (cem por cento)», estabelecendo, inclusive, que o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), a contar do exercício financeiro de 1983, ficaria extinto, e os recursos que o integram continuariam a compor a Lei Orçamentária, como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa (art. 7º).

A ilegalidade maior e a inconstitucionalidade gritante, acima vistas, foram coroados pelo Fisco Federal, com o Decreto-Lei nº 1.859, de 17-2-81, que, além de determinar, como já o fizera seu congênere anterior, no sentido de que o produto da arrecadação do FNT passaria a compor as leis orçamentárias e constituiria recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa (art. 1º), antecipou, ainda, o prazo de extinção do sobrealudido FND, que ficava extinto a partir do exercício financeiro de 1982, inclusive. Sobre esta gama de irregularidades, observou o citado tributarista, Rui Barbosa Nogueira, no acerto destas letras:

'As disposições do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.859/81, acima transcritas, podem ser, por seus danosos efeitos de desordenação sobre o Sistema Tributário, comparável à tempestade que, arrebatando as amarras do sistema da embarcação, desvia seu rumo e a destrói sem as finalidades e os cuidados do sábio pai e bondoso Próspero. Este, quando por meio de sua arte, desencadeou a tempestade, esclareceu logo à atônita Miranda que ela seria a usuária, ou melhor, a beneficiada, e que ele tivera o cuidado de ordenar para que nenhuma pessoa sofresse o mínimo dano (*There's no harm done. I have done nothing but in care of Thee*). Com essa tempestade restabeleceu o reino e afastou as ilegalidades.

Ao contrário, a tempestade do indigitado art. 1º destrói as amarras constitucionais do Sistema Nacional, pois desata todos os laços do art. 167 da Constituição; e, ao inverso da arte shakesperiana, causa danos a todos os usuários, às concessionárias e ao melhoramento e à expansão dos serviços nacionais de telecomunicações, porque da aplicação nesses desviou, inconstitucionalmente, todo o *quantum* da sobretarifa a eles destinado.

. . . . . .

O art. 1º do Decreto-Lei nº 1.859/81 subverteu todos os citados campos do direito pátrio, bastando citar os seguintes dispositivos que estão sendo feridos na sua letra ou contexto:

Da Constituição Federal, art. 167, II; art. 19, I, art. 153, § 29; art. 153, § 36.

Da lei de natureza complementar da Constituição nº 4.320/64, que «Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal», subverteu todas as Normas Gerais do Direito Financeiro e do orçamento e balanço da União, que disciplinam a inclusão, aplicação e escrituração da receita proveniente de «tarifa» ou preço público, infringindo, especificamente, os seus arts. 71, 72, 73, 74 e 51.

Da lei de natureza complementar da Const. nº 5.172/66, denominada Código Tributário Nacional e que «dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios», subverteu todas as suas normas gerais e todo o seu sistema que dispõem sobre os impostos, ao dar as vezes de

falso imposto à sobretarifa, pois nos termos do art. 16 do CTN, «imposto é o tributo cuja obrigação tem por fatô gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte», e nos termos do art. 17, «os impostos componentes do sistema tributário nacional — são exclusivamente os que constam deste título, com as competências e limitações — nele previstas.»

Tendo dado à tarifa «vestes falsas de imposto, infringe não só o sistema do CTN, e especificamente os seus arts. 16, 17, 97, 114, 116, 121, 128. Ainda com a indevida cobrança, incide nas responsabilidades e cominações dos arts. 165 e 167'. (aut. et. op. cit.).

Com igual maestria e acuidade, enfrentou a *quaestio juris*, em comento, o eminente Juiz Federal, Silvio Dobrowolski, da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, ao decidir embargos infringentes opostos por Antônio Klinger Mota de Albuquerque, nos autos da ação declaratória de inexistência de obrigação tributária, (Proc. JF/CE nº 458/84) que promoveu contra a União Federal, consoante se vê dos tópicos seguintes:

«'Os Decretos-Leis nºs 1.754, de 31-12-1979 e 1.859, de 17-2-81 extinguiram o FND. O de 1981 determinou (art. 1º) que a antiga sobretarifa para o FNT passaria «a compor as leis orçamentárias» e seu montante constituiria «recursos ordinários» do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa».

Ressalta a mutação ocorrida na especificidade jurídico-financeira da exigência em análise. Não há qualquer vínculo entre a receita e os serviços de telecomunicações. A cobrança é feita mediante outra imposição estatal, coativamente, a fim de derivar aos particulares o dinheiro indispensável à atividade do setor público. Mimetizou-se a sobretarifa em tributo, por ser agora, uma «prestação pecuniária compulsória» (CTN, art. 3º). Seu exame demonstra ser uma «receita derivada e instituída» por entidade de direito público, cujo produto se destina «ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas» por essa entidade, em correspondência à definição de tributo formulada pelo art. 9º da Lei 4.320.

. . . . . .

. . . . . .

O aditivo às contas telefônicas é cobrado em função da circunstância de alguém ser usuário de uma linha de telefone. O preço do uso desta está representado pela tarifa paga à empresa concessionária. O adicional se lastreia, portanto, em uma situação pessoal do sujeito passivo, independendo de qualquer atividade estatal específica, a ele relativa. Trata-se, sem dúvida, de um imposto, nos precisos termos de sua configuração legal, de tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte' (CTN, art. 16).

. . . . . .

. . . . . .

A criação do acréscimo em análise foi feita, conforme dispunha a Lei nº 4.117, em seu art. 51, pelo Conselho Nacional de Telecomunicações. Ademais, o preceito constitucional só está cumprido se observadas as explicitações do artigo 97 do Código Tributário Nacional (Machado, Hugo de Brito — op. cit. pág. 26). Para a sobretarifa, a lei não fixou a alíquota, cujo estabelecimento coube a uma portaria do CONTEL (cfr. item 3, *c*, supra), órgão este que poderia ainda rever os valores a serem cobrados (art. 2º, § 3º, Dec. nº 53.352, de 26-12-63), aumentando-os ou reduzindo-os dentro do limite máximo de 30% (trinta por cento). Como

se não bastasse, a lei sequer indicou o sujeito passivo (ver artigo 51 da Lei 4.117, de 1962, item 3, *c*, supra). Foram desconsiderados, além da regra da Lei Maior, os preceitos dos incisos II e III, e IV do artigo 97 do Código Tributário Nacional.'

IV

A nossas vistas, não resta dúvida de que a transferência dos recursos do FNT para o Fundo Nacional de Desenvolvimento revestiu-se de manifesta inconstitucionalidade. Os Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81 transformaram, abruptamente, a sobretarifa criada pela Lei 4.117/62, em espécie do gênero tributo, com características de imposto, sem os elementos essenciais, embora, à sua instituição, tais como, fato gerador, alíquota e sujeito passivo.

Se o fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência (CTN, art. 114), tanto que essa obrigação tributária surge, somente, com a ocorrência do fato gerador (CTN, art. 113, § 1º), podemos afirmar com Aliomar Baleeiro que «não há dívida de imposto sem que a lei estabeleça o fato gerador. Ele é a condição para que os funcionários do Fisco pratiquem os atos administrativos que individuam a obrigação fiscal (lançamento), constituindo o crédito tributário», (*In* «Direito Tributário Brasileiro» — 9ª Edição — Forense — 1980 — pág. 411). Afigura-se-me válida e oportuna, neste passo, a lição do eminente Alberto Xavier, assim, redigida:

> 'No Direito Tributário, o princípio da legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito. Com vista a proteger a esfera de «direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do direito — juiz ou administrador — e, portanto, a prevenir a aplicação de «tributos arbitrários» optou-se neste ramo do Direito por uma formulação mais restritiva do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto.
>
> «Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência da *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos. A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal. (*In* «Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação» — RT/SP-1978 — págs. 37/38).

Nesta linha de raciocínio, o Alto Pretório já decidiu, em sessão plenária, que «em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa, não pode o Poder Público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público». (RE 89.876-RJ, Rel. Min. Moreira Alves — RTJ/98 — pág. 230). (Fls. 54/61).

Como visto na r. sentença o MM. Juiz *a quo* se fundamentou no argumento da inconstitucionalidade da Lei nº 6.093/74 para dizer que a exigência da cobrança da sobretarifa do FNT é ilegítima e abusiva a partir da sua vigência.

O histórico analítico da r. sentença, realmente, nos mostra que a sobredita Lei nº 6.093/74 descaracterizou a natureza e a destinação da mencionada tarifa, que, sem dúvida, passou a ser exigida de forma compulsória sob o título de imposto.

Essa lei é que causou o desvio de finalidade dos recursos arrecadados do FNT, com destinação diversa da preconizada Lei nº 4.117/62, art. 51. Fez aquela lei criar um acréscimo à exigência compulsória, sem, contudo, conter previsão legal de fato gerador, alíquota e sujeito passivo.

Estes são os fundamentos que me levam a aderir aos fundamentos da r. sentença, inclusive na parte que julga legítima a exigência do imposto, a partir da edição do Decreto-Lei nº 2.186, de 28-12-84, que criou o Imposto Sobre Serviços de Comunicação e sua exigência se deu a partir do exercício seguinte, em respeito ao princípio da anterioridade.

Ressalvo o meu ponto de vista de que não admito criação de imposto via decreto-lei, mas curvo-me à jurisprudência do Tribunal e do Supremo que o tem admitido.

O pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República não trouxe elementos a justificar a mudança do meu ponto de vista.

Acolho a argüição para julgar inconstitucional a cobrança da sobretarifa do FNT a partir da vigência da Lei nº 6.093/74, dada a exigência mascarada como imposto e, inclusive quanto ao fato do desvio de finalidade, estava eivado de inconstitucionalidade, não sendo, por isso mesmo, devida no interregno compreendido entre 27 de agosto de 1974 até o início da vigência do Decreto-Lei nº 2.186, de 28 de dezembro de 1984, ou seja, 1-1-85.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 143.981 — CE — (Reg. nº 8.883.021) — Rel.: Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-CE. Partes: José Julie Viana de Araújo e União Federal. Advs.: Newton Fladstone Barbosa Moura e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou parcialmente a sentença (em 10-8-88 — 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 148.168 — SC
(Registro nº 8.800.196.780)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*
Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara — SC*
Partes: *Indústria de Plásticos S.A. — INPLAC e União Federal*
Advogado: *Dr. Stanley Braga e outro*

EMENTA: Tributário.

Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), criado pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 1982. Ilegitimidade da sua cobrança no mesmo exercício financeiro em que foi instituído, em face da sua conceituação como imposto (TFR, Acórdão no MS nº 97.775).

Repetição do indébito. Contribuinte de jure e contribuinte de facto. Não sendo o fenômeno da repercussão privativo de determinada espécie de imposto, mas comum a todos eles, e dada a impossibilidade de identificar o consumidor final, o rigor da Súmula nº 546 do STF e do art. 166 do CTN praticamente inviabiliza a pretensão do contribuinte em ver restituído o tributo indevidamente pago.

Como, entretanto, não se pode desconhecer a existência desses textos, é razoável interpretá-los cum grano salis, em ordem a alcançarem apenas os tributos em que a repercussão se apresenta mais tangível pela sua indiscutível entrada na composição do preço da mercadoria ou do serviço.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento 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, 08 de agosto de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Dr. Juiz Federal da 3ª Vara de Santa Catarina expôs a controvérsia nestes termos (fl. 48): (lê).

A sentença julgou a ação procedente para condenar a ré a restituir à autora a importância recolhida no exercício de 1982, a título de contribuição para o FINSOCIAL, acrescida de juros de mora, à taxa de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença, correção monetária, na forma da Súmula 46 deste TFR, custas e honorários advocatícios de 5% sobre o valor da condenação (fls. 55). Ao final, sujeitou tal decisão ao duplo grau de jurisdição.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção da sentença (fl. 58).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 97.775, o Plenário deste Colendo Tribunal decidiu que, sob a denominação de contribuição, o Fundo de Investimento Social na realidade agasalha dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, *ex vi* do art. 18, § 5º e do art. 21, § 1º, do Estatuto Político; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda (acórdão no *DJ* de 8-3-84).

Deliberou ainda, depois de examiná-lo sob todos os ângulos, que o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-05-82, instituidor dos aludidos tributos, não afrontava qualquer princípio da Constituição da República, salvo o da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, na hipótese de sua cobrança no mesmo exercício em que foi criado.

No caso concreto, o pedido de restituição concerne a tributo recolhido em 1982, ano de sua instituição, inexistindo dúvida quanto à ilegitimidade do recolhimento.

De referência ao cabimento do pedido em face do disposto no art. 166 do CTN e na Súmula nº 546 do STF, reporto-me às razões aduzidas no voto que proferi na REO nº 87.599, cuja cópia vai em anexo.

A verba honorária é razoável e atende ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Isto posto, nego provimento à remessa oficial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): As operações de câmbio relacionadas pela autora (fls. 13/102) se efetivaram em 1980, sendo indevido o imposto que então recolheu, face ao princípio da anterioridade de que trata o art. 153, § 29, da Constituição, conforme ficou assentado por este Eg. TFR no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 91.322 (*DJ* de 18-2-82).

O fato está comprovado documentalmente, residindo a controvérsia em saber se cabe a repetição em face do disposto no art. 166 do CTN, *verbis*:

> «Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.»

Esta disposição legal tem sofrido crítica contundente da doutrina, por tornar praticamente impossível a repetição do indébito tributário.

Em monografia dedicada ao tema («A Restituição de Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas», Resenha Tributária, São Paulo, 1983), o professor e advogado Tarcísio Neviani começa por considerar inexata a afirmação segundo a qual os tributos diretos nunca se trasladam sobre outras pessoas que não o contribuinte *de jure*, assim como inexato será asseverar que repercutem sempre os impostos sobre a circulação ou produção de bens.

Carece de base científica, portanto, o critério da traslação para distinguir o tributo direto do indireto, circunstância que milita, por igual, em desfavor da discriminação contida no citado preceito da lei complementar e na Súmula nº 546 do STF, mesmo porque, além das incertezas já apontadas, é quase sempre impossível identificar o último contribuinte de fato a suportar o ônus da imposição.

A tese do ilustre monografista coincide, em linhas gerais, com a do Prof. Rubens Gomes de Souza, exposta em comentário a acórdão deste Egrégio TFR (RDA, vol. 21, pág. 24). Para o renomado tributarista, abandonada a premissa da repercussão, a doutrina da repetição do indébito há de nortear-se pela relação jurídica tributária, que se estabelece unicamente entre o fisco e o contribuinte *de jure*. «O princípio — argumenta — pode portanto ser sintetizado dizendo-se que o fisco só toma conhecimento do contribuinte legal, isto é, da pessoa expressamente designada pela lei como obrigada ao pagamento do tributo. Ora, se assim é em matéria de cobrança do tributo, tudo indica que assim também deva ser em matéria de restituição; por outras palavras, se o fisco não admite que a translação lhe seja oposta como defesa por ocasião da cobrança, tão pouco lhe caberá opô-la, ele próprio, como defesa quando pedida a restituição». É de natureza estritamente privada a relação jurídica entre o contribuinte de direito e o contribuinte de fato, decorrente do fenômeno da repercussão. Este, na hipótse de enriquecimento ilícito, teria ação contra aquele, à qual seria estranha a Fazenda Pública.

Tarcísio Neviani chama a atenção para o problema criado pelos tribunais e para a falta de precisão terminológica do prefalado dispositivo do CTN. Após dissertar sobre o fenômeno da repercussão e de enfatizar que «não apenas os tributos sobre a produção ou circulação de bens ou a prestação de serviços, mas também os sucessivos tributos sobre a renda das pessoas jurídicas ou físicas intervenientes no processo de produção do bem ou serviço consumido» terminarão sendo suportados pelo consumidor final, sustenta que, a ser correto o raciocínio dos nossos tribunais, «dever-se-ia simplesmente abolir a restituição de tributos indevidamente pagos, porque todos eles acabam por incidir economicamente sobre os consumidores finais». Escreve, a seguir, sobre a distinção, que deve ser observada, entre *transferência do ônus financeiro* e a *transferência do ônus econômico do tributo*, para rematar: «A primeira não existe, porque suportar ônus financeiro do tributo é desembolsá-lo, pagá-lo, sendo que o único a desembolsar tributo, a pagá-lo, é o contribuinte legal. Se este eventualmente incorpora ao seu preço de revenda o valor do tributo pago, estará a lhe transferir o ônus econômico, pois o financeiro ele, contribuinte legal, o suportou e mais ninguém o fará» (obr. cit. págs. 118/119).

É manifesta, assim, a situação de desigualdade, inadmissível num Estado de Direito, decorrente do tratamento que se tem atribuído à matéria. A Fazenda Pública, armada do seu *jus imperii*, dispõe de meios coativos para exigir o pagamento do tributo indevido. O contribuinte que paga, geralmente forçado pelas circunstâncias, fica impossibilitado de pedir a repetição do indébito, tantos e tais os óbices, fundados em premissas irreais, opostos pela legislação e pela jurisprudência dos pretórios.

Diante das sérias dúvidas suscitadas sobre o fenômeno da repercussão, razões lógicas e de eqüidade aconselham a adoção de uma diretriz uniforme, consistente ao acolhimento do pedido do repetente, à vista da prova do indébito, qualquer que seja o tipo de tributo. Com isto se preservaria, como bem ressaltado pelo autor referido, o princípio maior da legalidade dos tributos.

Mas, já que não se pode esquecer a existência da Súmula nº 546 do STF e do art. 166 do CTN, convém ficar, por enquanto, a meio caminho. Assim, afigura-se-me razoável interpretar esses textos *cum grano salis*, em ordem a alcançarem apenas os tributos em que a repercussão se apresenta mais tangível pela sua indiscutível entrada na composição do preço da mercadoria, como o IPI e o ICM.

Incluir em tal categoria os impostos a que alude o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.783/80 traduz propósito meramente dialético, dada a incerteza da transferência do seu ônus econômico a terceiros.

A propósito, convém transcrever o pensamento de Marcq Aurélio Greco, a quem se deve atribuir o estudo mais lúcido tendente a solucionar a questão de maneira lógica e a obviar as perplexidades que a comentada disposição do CTN tem propiciado («Caderno de Pesquisas Tributárias», nº 8, págs. 290/291): «A circunstância de o comprador da moeda estrangeira, num momento subseqüente, realizar operação sujeita a IPI ou ICM é irrelevante para a caracterização da transferência do encargo financeiro, pois a aplicabilidade do artigo 166 do CTN cinge-se à ocorrência de fatos geradores do mesmo tributo e não de tributos diferentes. Se repercussão ocorrer, ela será de caráter puramente indireto e, por isso, irrelevante para fins de incidência do art. 166 do CTN».

Pelas razões expostas, confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 148.168 — (Reg. nº 8.800.196.780) — SC — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara-SC. Partes: Indústria de Plásticos S.A. — INPLAC e União Federal. Advs.: Dr. Stanley Braga e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial. (Em 8-8-88 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

REMESSA EX OFFICIO Nº 148.960 — MS
(Registro nº 8.800.221.971)

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

Remetente: *Juízo de Direito da 1ª Vara*

Parte (A): *Manoel Rodrigues de Miranda*

Parte (R): *INCRA*

Advogados: *Dr. Ivan Afonso da Costa Marques. Dra. Dora Maria Haidamus Monteiro*

EMENTA: Tributário. ITR. Embargos. Imóvel que, no período tributado, já não integrava o patrimônio do executado.

Caso em que a execução não poderia prosperar.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta 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, 1º de junho de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz de Direito da Comarca de Bela Vista julgou procedentes embargos opostos por Manoel Rodrigues de Miranda à execução que lhe move o INCRA, por débitos de ITR, ao entendimento de que o imóvel tributado, no período a que se refere a execução, já não pertencia ao Embargante.

Não houve recurso voluntário.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. ITR. Embargos. Imóvel que, no período tributado, já não integrava o patrimônio do executado.

Caso em que a execução não poderia prosperar. Sentença confirmada.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A sentença não merece reparo. Com efeito, conforme consta dos autos, o Embargante, por meio de escrituras públicas que foram registradas em dezembro/75 e junho/78, alienou a totalidade do imóvel «Retiro Bahia», não podendo, pois, responder pelo Imposto Territorial Rural (ITR) que sobre ele incidiu nos exercícios de 1981 a 1985, período sob execução.

Meu voto, pois, é pela confirmação.

EXTRATO DA MINUTA

REO 148.960 — MS — (Reg. nº 8.800.221.971) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Remte.: Juízo de Direito da 1ª Vara. Partes: Manoel Rodrigues de Miranda e INCRA. Advs.: Dr. Ivan Afonso da Costa Marques e Dra. Dora Maria Haidamus Monteiro.

Decisão: Confirmou-se a sentença. Decisão unânime (4ª Turma — 1-6-88).

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

REVISÃO CRIMINAL Nº 459 — MS
(Registro nº 7.860.463)

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

Requerente: *Waldemar Gomes*

Requerida: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro*

EMENTA: Processo Penal. Revisão. Hipótese em que não restaram comprovadas as nulidades, à falta de prejuízo para a defesa, e não ficou demonstrado pronunciamento contrário à evidência dos autos. Pedido improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, indeferir o pedido de revisão, 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-DF, 20 de maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Preso em flagrante, no dia 6.4.83, na barreira policial do Posto Pacuri, estrada entre Ponta Porã e Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, trazendo consigo substância entorpecente, viu-se Waldemar Gomes processado, como incurso nas penas do art. 12, com o aumento previsto no art. 18, inciso I, ambos da Lei nº 6.368, de 21-10-76, por denúncia que assim descreveu o fato:

> «Que os policiais se identificaram e passaram a proceder a revista no veículo, nas bagagens e nos passageiros que foram identificados como sendo: Straus Gonçalves de Senna, motorista do veículo, sua esposa Norma Batista Senna, um menor filho do casal e o acusado Waldemar Gomes.
>
> Que em revista pessoal encontraram em Waldemar Gomes, no interior da cueca, uma bolota de haxixe, e em sua cintura um revólver calibre 38.
>
> Que no veículo, no motor, no filtro de ar, foram encontradas 30 (trinta) bolotas de uma resina vegetal pesando um total de 400 quatrocentos) gramas e 75 (setenta e cinco) ampolas contendo um líquido branco, os quais submetidos

a exame específico constatou-se tratar-se, as bolotas o entorpecente Haxixe e as ampolas o entorpecente Perventin, conforme consta dos exames de constatação de fls. 02 e 23.

Que o acusado Valdemar Gomes assumiu a responsabilidade do entorpecente, dizendo que o adquiriu no Paraguai e os demais ocupantes do veículo não tinham conhecimento da existência do tóxico que levava.

Que o acusado e os demais ocupantes do veículo afirmaram que vieram a esta cidade a passeio e hospedaram-se em uma pensão na vizinha cidade paraguaia Pedro Juan Cabalero.

Que pelo haxixe e o Perventin o acusado pagou a importância de Cr$ 210.000,00 (duzentos e dez mil cruzeiros), dinheiro esse que lhe foi fornecido por um elemento conhecido por 'Baiano' cuja atividade principal é o tráfico de entorpecente e o conheceu na zona do baixo meretrício, na Cidade de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, sendo que o lucro com a venda do entorpecente seria dividido entre os dois.

Que o entorpecente foi adquirido no Paraguai.»

A sentença, confirmada por acórdão da 1ª Turma (Ministro Washington Bolívar, Relator, Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau), condenou-o a 6 anos e 8 meses de reclusão e 130 dias-multa. Após referência aos interrogatórios e análise dos depoimentos colhidos em juízo, afirmou o Dr. Juiz da Comarca de Ponta Porã:

«Estas mesmas testemunhas asseguram que o réu adquiriu as substâncias entorpecentes, segundo as próprias declarações do réu, em Aral Moreira, do lado Paraguaio, onde foi com o veículo que tomara emprestado do casal.

Todas estas provas se harmonizam com os relatos contidos no flagrante.

Insurge-se a ilustre defesa, em suas alegações derradeiras, argumentando que as declarações do réu na fase policial foram obtidas mediante violência física e moral. Entretanto, nenhuma providência tomou para anular as provas do órgão Ministerial. Ora, por que não se arrolou como suas testemunhas os conhecidos do réu, nominados em seu interrogatório em Juízo? Descarregar baterias contra os depoimentos dos policiais, que nada mais fizeram do que cumprir o seu dever, apreendendo as substâncias entorpecentes que colocam em risco a saúde pública, repito, descarregar baterias com alegações destituídas de fundamento, não nos convencem diante da farta prova em contrário.

Ademais disto, o réu é reincidente e portador de uma personalidade voltada para a delinqüência, cuja comprovação vem espelhada pelas certidões criminais das Comarcas de São José do Rio Preto e Palmeira D'Oeste no Estado de São Paulo. Verifica-se que responde na primeira Comarca citada, a processo-crime por roubo; condenado nesta mesma Comarca, por furto qualificado e continuado; condenado por homicídio qualificado com aplicação de segurança; a bem da verdade, há que ressalvar que as certidões criminais existentes nos autos, são todas da Comarca de São José do Rio Preto e não também da de Palmeira D'Oeste, conforme se afirmara antes. A situação processual do réu naquela Comarca paulista está espelhada no Ofício nº 12.787, do Juízo das Execuções Penais, que informa em conclusão, ter o réu comutadas as suas penas em 16 anos, 2 meses e 19 dias de reclusão, cujo término se dará em 28-7-86, quando passará a cumprir medida de segurança.

Por estes elementos se comprova a periculosidade do réu, bem assim sua personalidade mal formada.

Durante a instrução criminal, nenhuma prova foi produzida pela defesa, para espancar a denúncia oferecida.

Convenço-me tranqüilamente de que a autoria do réu pela prática do crime se encontra sobejamente provada e como tal deve responder pelo ato praticado.»

2. Em petição por ele próprio subscrita, Waldemar Gomes pediu revisão, buscando amparo no art. 621 do Cód. de Pr. Penal. Argüiu de nulo o processo, seja porque o exame toxicológico não viera aos autos antes da audiência de instrução e julgamento, seja porque não realizado exame de dependência. Contestou ainda a prova, ao argumento de contraditória. E arrematou nestes termos:

> «Em conclusão, sendo inquestionável a nulidade da r. sentença condenatória, por omissão de formalidades essenciais ao fato, previsto no artigo 564 do Código do Processo Penal, inserindo-se assim, a conduta do revisando, no artigo 386, inciso VI, do mesmo diploma legal, em sendo indeclinável a aplicação da Lei nº 6.368/76, em seu artigo 12, aguardando, assim, o deferimento do seu pedido de revista.»

Recebendo os autos, após declaração de incompetência do Tribunal de Justiça do Estado, indiquei, para patrocinar o pedido, o advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, que oficiou às fls. 43/54. Em preliminar, apontou, o douto advogado, a incompetência do Tribunal Federal de Recursos, a partir da apelação, em decorrência de não existir tráfico com o exterior, e, no mérito, qual o requerente, contestou a prova. Concluiu assim:

> «Pelo exposto e pelo que dos autos consta, invocando os doutos suprimentos de V.Exa., aguarda o ora revisando que seja anulado o processo conforme pleiteado na preliminar ou, se assim não entender, que se lhe dê provimento para desclassificar o crime para uso, atribuindo ao revisando as penas previstas no art. 16 da Lei nº 6.368/76, com a internação do ora revisando em estabelecimento adequado, por ser de...»

Com vista dos autos, pronunciou-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo indeferimento do pedido.

Encontram-se apensados a estes os autos da ação penal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Falando pela Subprocuradoria-Geral da República, disse o Dr. Guilherme Magaldi Netto:

> «6. O pedido revisional, entretanto, não comporta provimento.
>
> 7. De um lado, porque as nulidades suscitadas não restaram demonstradas. Nesse sentido, improcede a argüida incompetência da Justiça Federal. Há nos autos prova cabal de que a droga fora adquirida no Paraguai. E toda prova testemunhal colhida no sumário é uníssona quanto a este aspecto. Do mesmo modo, a juntada do laudo de exame em substância após a audiência não causou qualquer nulidade. Esse documento veio aos autos antes da prolação da sentença condenatória, e dele tomou ciência a defesa do réu (fl. 89), de sorte que, nessas condições, não houve nenhum prejuízo para o ora requerente — e só se declara a nulidade quando há gravame (CPP, artigo 563).
>
> 8. Por outro lado, não se conseguiu demonstrar fosse a condenação contrária à evidência dos autos. Na verdade, o que se pretende nessa revisão é um autêntico reexame da prova que serviu de apoio à decisão condenatória. O peticionário esforçou-se sobretudo em apontar contradições nos depoimentos das testemunhas. Mas não logrou demonstrar que a sentença estivesse desfundamentada, isto é, que ela não tivesse fundamento em nenhuma prova colhida no processo. Ao contrário, parece-me que a decisão ora impugnada está apoiada em indícios que demonstram a participação do acusado na atividade delituosa.

9. Nessas condições, inexiste causa suficiente e apta para deferir-se a revisão. Este recurso (ou ação como querem alguns), não se constitui numa segunda apelação ou uma terceira instância recursal, capaz de possibilitar novo exame da prova.»

De fato, improcede a revisão.

Pela precedência, a primeira das teses é a da incompetência, face à alegada inexistência de tráfico com o exterior, trazida às fls. 43/45. Não prospera a alegação. A nota de internacionalidade, no caso, isto é, a extensão do crime a mais de um país, própria da competência federal, restou plenamente comprovada. Com efeito, a substância entorpecente fora adquirida no Paraguai, conforme se depreende das testemunhas ouvidas e dos indícios, como circunstâncias conhecidas e provadas. Aliás, o próprio acusado, ora requerente, em seu interrogatório na fase judicial, admitiu a sua ida ao país vizinho.

A outra das teses tem a ver com a nulidade do processo, envolvendo os exames toxicológicos e de dependência. Não prospera, por igual. Quanto à substância vegetal, haxixe, o exame veio antes da audiência de instrução e julgamento, ao passo que, quanto à substância metanfetamina, o exame veio após. O certo é que, ao sentenciar, o juiz teve às mãos ambos os exames. Ora, sendo dessa forma, ainda que alguma irregularidade tenha ocorrido, daí não se há de tirar nulidade, à falta de prejuízo para a defesa. Agora, no tocante ao exame de dependência ao uso do tóxico, às fls. 67/69 da ação penal mostram a sua realização, afirmando os peritos o uso em grau moderado.

A tese remanescente, relativa à prova, que se aponta contraditória, também não prospera. Resultou a prisão de flagrante, com ampla confissão. Do exame dos atos principais, em apenso, percebe-se que entre a confissão, conquanto tomada na fase policial, e as demais provas, existe compatibilidade ou concordância. Destaco duas passagens dos depoimentos em juízo: à fl. 55, «que o réu assumiu a responsabilidade da droga tanto na barreira como na Delegacia de Polícia»; à fl. 56, «que tão logo encontrado o entorpecente o réu confessou que era dele». Portanto, incensurável a sentença, com tópicos recolhidos pelo relatório, que este Tribunal confirmou, por sua 1ª Turma.

Finalmente, como o cabimento da revisão, em relação à tese restante, requer pronunciamento contrário à evidência dos autos, é de se notar, ainda que se admita a contradição entre os depoimentos, como alegado, que a sentença, confirmada depois, fazendo a opção que fez, não se divorciou de todos os elementos dos autos, isto é, a sua dicção não se fez ao arrepio da prova, mas, aí sim, segundo o livre convencimento de seu subscritor. De conseguinte, inviável no pormenor, a pretensão.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

EXTRATO DA MINUTA

RvCr 459 — MS — (Reg. nº 7.860.463) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Reqte.: Waldemar Gomes. Reqda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, indeferiu o pedido de revisão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (1ª Seção — 20-5-87).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, José Dantas, Washington Bolívar, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Carlos Thibau votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha e Costa Leite. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.