
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.435 — PR
(Registro nº 7.913.206)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Autor: *Banco Nacional da Habitação — BNH*

Réus: *Antônio Francisco Alves e outros e Associação Profissional dos Carregadores e Ensacadores de Café e Arrumadores de Goio-Erê*

Advogados: *Drs. Minol Yaedu e outros*

EMENTA: Trabalhista. Levantamento do FGTS. Ação Rescisória. Jurisdição voluntária. Vício de citação.

Admissibilidade da ação. Conhecimento parcial, enquanto vise a desconstituir sentença proferida em reclamação trabalhista formalmente proposta, se bem que objetivada pela obtenção de simples alvará de levantamento do FGTS, procedimento, este último, de jurisdição voluntária; incabimento, enquanto vise a obter declaração de nulidade por falta de notificação de terceiro, moça formal infensa à rescidibilidade, tal qual o é o vício da citação.

Trabalhadores avulsos. Impedimento legal de movimentação da conta, pretendida a equívoco título de despedida injusta e extinção do órgão sindical representativo da categoria, hipótese incompatível com a natureza da prestação laboral, e da qual é sucedânea legal a de desligamento da atividade avulsa — Decreto 66.819/70, e POS 01/71.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente a ação para rescindir 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, 30 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O Banco Nacional da Habitação, postulando perante o TRT da 9ª Região, quis rescindir sentença do Juiz de Direito da

Comarca de Goio-Erê/PR, proferida em jurisdição trabalhista, e pela qual foi julgada procedente reclamação de diversos ensacadores contra Associação Profissional dos Carregadores e Ensacadores de Café e Arrumadores daquele Município. Seria ofensiva à literal disposição da Lei nº 5.107/66, art. 21, parágrafo único, e de seu Regulamento (art. 60, parágrafo único, c.c. o art. 58) aprovado pelo Decreto 59.820/66, assim proferida por juiz incompetente, violando, ademais, os arts. 1º e 2º do Decreto 66.819, relativo ao FGTS devido aos trabalhadores avulsos; pelo que, dita sentença tornara-se rescindível na forma do art. 798, I, a e c, do CPC de 1939 (Prejulgado 49-TST).

É que, em suma, a Justiça do Trabalho só teria competência para autorizar o levantamento de depósitos do FGTS quando ocorrente dissídio entre empregado e empregador (impossível acontecer no caso de trabalhador avulso, a cujo respeito também não tem como ocorrer dispensa motivante do saque da respectiva conta), indispensável, por sua vez a notificação do órgão local da Previdência Social; de dissídio não cuidara, pois, a sentença, mas de simples pedido de alvará, apesar da simulada emenda da inicial (suspeita de conluio entre as partes), e como tal é que foi afinal julgada procedente a pretensão, conforme o seguinte dispositivo da sentença:

«Nestas condições, julgo procedente, em parte, a reclamação formulada por Antônio Francisco Alves e outros, contra Associação dos Profissionais Carregadores e Ensacadores de Café de Goio-Erê, para o fim de autorizá-los a procederem ao levantamento das importâncias depositadas em suas contas vinculadas relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS —, junto ao Banco do Brasil S/A, agência desta cidade conforme documentos de fls. 406/561, facultando-lhes a promoção de nova reclamatória para reivindicção das demais verbas trabalhistas, consoante entenderem de direito.

Expeçam-se Alvarás Judiciais, exceto quanto aos reclamantes a favor de quem a reclamada não procedeu aos recolhimentos do FGTS, os quais poderão pleitear a indenização por tempo de serviço, de acordo com o disposto no art. 478, do diploma consolidado.

Condeno a reclamada, ainda, ao pagamento das custas processuais.» — Fls. 3/4.

Contestaram os réus (fl. 278), autores daquela reclamação, não o fazendo a Associação, então reclamada, se bem que citada por edital. Os contestantes defendem o acerto da sentença, conquanto que devedora de obrigações trabalhistas se tornou a dita Associação Profissional, fraudulentamente extinta pelos últimos diretores, com desvio de seus bens, causa do dissídio individual que lhe moveram os contestantes na Justiça competente.

Cautelarmente sustada a eficácia dos malsinados alvarás, em 1º grau, saneou-se o feito (fl. 427).

Afinal, houve por bem dar-se por incompetente o Eg. Tribunal Regional suplicado, a fundamento de que, pelo qualificado interesse da empresa pública Autora, o conhecimento da ação competia a este Eg. Tribunal — fls. 441/48.

Vindo-me distribuídos, ordenei vista dos autos à nobre Subprocuradoria-Geral da República, que então se manifestou, em parecer da Procuradora Marilene da Costa, nos termos da seguinte ementa:

«I — Ação Rescisória proposta por ofensa a literal disposição de lei e por incompetência absoluta do juiz.

II — Constatação dos requisitos alegados.

III — Viabilidade jurídica de obter a declaração de rescindibilidade da sentença.» — Fl. 454.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, consulte-se preliminarmente, a legitimidade *ad causam* do BNH, para resultado da competência deste Tribunal para a rescisão da sentença trabalhista de que se trata.

Na verdade, por autorização do art. 11 da Lei 5.107/66, a empresa autora, ora sucedida pela Caixa Econômica Federal, qualifica-se como gestor do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, atribuição essa que, a teor da mesma lei, vai desde a programação financeira e sua fiscalização, até a real aplicação dos recursos. Donde a legitimidade do Autor inteirar-se pelo seu *status* de terceiro juridicamente interessado — CPC, art. 487, II.

Via de consequência, legitimada a autoria da empresa pública para a ação rescisória, correta se me afigura a declinatória, em face mesmo da competência absoluta da Justiça Federal, em ambos os graus, estabelecida *ratione personae* pelo art. 125, I, da Constituição. Aliás, a esse propósito, convém lembrar caso semelhante, acontecido com a rescisória nº 593-GO, Rel. Min. William Patterson, de autoria do INCRA contra acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, e na qual, mesmo assim, o STF, definiu a competência do TFR para a ação — CJ 6.278-8-GO.

Cumprida essa verificação preliminar, convenha-se, porém, que o juízo de admissibilidade da rescisória, na parte dos vícios formais atribuídos à sentença, merece reservas, segundo a própria temática da inicial.

Com efeito, pelo fundamento da incompetência do juiz prolator da sentença — porque seria matéria de jurisdição voluntária o pedido de alvará, imprescindindo da necessária intervenção do BNH, e assim cabendo o seu conhecimento à Justiça Federal — defronta-se sentença insuscetível de rescisória, anulável regularmente que é como o comum dos atos jurídicos. O simples pedido de alvará de levantamento de valores constitui procedimento de jurisdição voluntária, e como tal a respectiva decisão recusaria rescindir-se, no dizer mesmo da jurisprudência do STF, textual:

«Ação rescisória. Pressuposto.

A ação rescisória, tendo por finalidade elidir a coisa julgada, não é meio idôneo para desfazer decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, não suscetíveis de trânsito em julgado, mormente quando a pretensão é formulada por quem não foi parte do feito administrativo.

Recurso extraordinário conhecido e provido, para julgar a Autora carecedora da ação.» — RE 86.348, Rel. Min. Cunha Peixoto, 1ª Turma, *in* RTJ 94/677.

Já pelo segundo fundamento — ofensa à literal disposição do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 5.107 —, veja-se que, reclamação trabalhista que tenha sido a ação afinal julgada procedente, a carência da notificação do órgão local da Previdência Social também se mostra infensa à rescisão, sabido que até mesmo a falta de citação, mandamento processual mais vigoroso do que a simples notificação de terceiros, não é motivação de mérito, pelo que também se conforma como nulidade reparável por via declaratória ordinária. Essa é a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, como à mesma me reportei em acórdão sobre o tema (leio — AC 113.898-SE — voto junto por xerocópia).

Decisão mais recente ainda (30-8-83) veio a ser proferida pela Eg. Segunda Turma do Pretório Excelso, voltando o seu Relator, o Sr. Ministro Moreira Alves, às mesmas asseverações, *verbis*:

«— Ação de nulidade. Alegação de negativa de vigência dos artigos 485, 467, 471 e 474 do CPC.

— Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil — que é a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia — persiste,

no direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade de sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível.

Recurso extraordinário não conhecido.» — RE 96.374, *in* RTJ 110/210.

Logo, no particular das suas duas primeiras invocações, a presente rescisória resulta ressentida de admissibilidade: a se tratar de mera expedição de alvará, daí incompetente o juízo, a ação se impede, à mingua de sentença de mérito contencioso, conteúdo inafastável da coisa julgada permissiva da rescindibilidade; e, se pelo contrário, ao procedimento de origem conferir-se o caráter reclamatório de que, de fato, se revestiu, a moessa formal remanescente — carência de notificação de terceiro — também se mostrará factível a reparos por via de simples ação declaratória de nulidade.

Inadmissível, assim, nos seus dois principais fundamentos, como deveras a julgo, resta, porém, à ação rescisória a questão-mor, substancial de mérito, aventada a peso da inviabilidade legal do levantamento do FGTS do trabalhador avulso, qualificação profissional por si mesma incompatível com o instituto da despedida-imotivada pressuposta do dito levantamento.

Nesse ponto da postulação, comece-se por ver que o Dec. 66.819, arts. 1º e 2º, de fato, determinou que os recolhimentos dos valores do FGTS devidos aos trabalhadores avulsos sejam feitos pelos tomadores de serviço, em nome da entidade sindical da categoria profissional, que os individualará em nome dos respectivos destinatários. Das instruções complementares deixadas à atribuição do BNH pelo mesmo decreto, decorreu a POS nº 1/71, via da qual se estabeleceram as hipóteses de saque da conta vinculada, e dentre outras comuns aos trabalhadores em geral, destacou-se a do desligamento da atividade avulsa.

Percebe-se daí a peculiaridade daquela última hipótese de saque, inteligente e necessariamente posta em correspondência à despedida do trabalhador-empregado, fato deveras incompatível com a natureza da prestação de trabalho avulso. A partir do ordenamento legal consultado, certamente que as relações entre o trabalhador avulso e o respectivo órgão sindical representativo da categoria, cingidas que são ao mero mecanismo daquela individualização dos valores recolhidos pelos tomadores de serviço, não guardam a menor conotação empregatícia.

Para o caso dos autos, essa panorâmica da disciplina normativa do FGTS impõe a compreensão de que, dissolvida que se encontrasse a Associação classista, mesmo que por fraude irrogada a seus diretores, o procedimento judicial dos associados lesados pela dissolução poderia pretender reparações as mais diversas, menos, certamente, o levantamento da conta do FGTS — primeiro, porque, devedor dos respectivos recolhimentos é o tomador de serviço, e segundo, porque, devedora que o fosse a própria Associação, a reparação deveria consistir da obrigação de recolher os valores porventura em falta, e nunca consistir do levantamento de antigos valores oportunamente recolhidos.

Portanto, ao que me parece, a sentença rescindenda, ao determinar o indevido levantamento da conta do FGTS individualizada em nome daqueles reclamantes, fê-lo com literal ofensa aos invocados dispositivos regulamentares, segundo os quais, pelo visto, conquanto os obreiros-empregados tenham direito a movimentar a conta nas despedidas sem justa causa ou por extinção da empresa (art. 24, I e II, do Decreto 5.920), tais condições não se verificam em relação aos trabalhadores avulsos, senão que na hipótese sucedânea, isto é, quando se desliguem da atividade profissional avulsa — Decreto 66.819, art. 2º, c.c. a POS 1/71 —, caso que não é dos autos.

Pelo exposto, admitindo parcialmente a ação, a julgo procedente, para rescindir a sentença de procedência da reclamatória.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, confira-se que, nuclearmente, a sentença se ateu a prejudicial da coisa julgada, oposta à pretensão de nulidade do registro imobiliário, com a força da sentença de usucapião proferida por juiz estadual, para cuja rescisão não teria competência o nobre julgador a quo, juiz do mesmo grau hierárquico.

Defronta-se, pois, o tema do cabimento da ação anulatória contraposto à exclusividade da ação rescisória para reparar sentença afetada por vício de citação, como o alega a União na qualidade de co-proprietária da área usucapida, constituída de terrenos de marinha.

Nesse ponto, lembre-se, porém, que, a salvo acórdãos cada vez mais raros na recente crônica jurisprudencial, assentou-se a relação *res inter alios* da sentença para com terceiros, interessados não citados, legitimando-os, pois, à opcional ação ordinária. No concernente à matéria, a exemplo da boa doutrina que a rege, aconselham-se consultados dois excelentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal, enunciados nestes termos:

«Processo Civil. Usucapião. É ineficaz a sentença, proferida em ação de usucapião, na qual não foi citado aquele em cujo nome está transcrito o imóvel, se a ação correu à revelia.

II — Ação de reivindicação pode intentá-la aquele que, devendo ser citado para a ação de usucapião, não o foi.

III — Desnecessidade da ação rescisória.

IV — Recurso extraordinário conhecido e provido.» — RE 96.696-RJ, Rel. Min. Alfredo Buzaid, 1ª Turma, 22-10-82, in RTJ 104/827.

.....
 «Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida.

1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC — que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no direito positivo brasileiro — a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese.

2. Recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento.» — RE 97.589-SC, Rel. Min. Moreira Alves, T. Pleno, 17-11-82, in RTJ 107/778.

Para o caso dos autos, ditos precedentes se mostram preceptivos, porquanto se fazia indispensável a citação da União para aquela ação; quer o fosse pelo domínio sobre a área usucapienda, dita parcialmente superposta a terreno de marinha, quer o fosse, em última hipótese, como simples lideira dos acrescidos — fatos protestados provar pericialmente, conforme deferido pelo juiz (fl. 89) —, certo é que a necessidade da citação não havia de confundir-se com a mera cientificação devida às pessoas de direito público nas ações de usucapião, como aliás é da nossa jurisprudência, segundo o exemplo do precedente colacionado pela apelante (AI 38.643-SC, 3ª T., 7-2-77).

Desse modo, tenho por insustentável a sentença, arriada no temor da coisa julgada, mas em desapreço à chamada *querela nullitatis insanabilis* que serve ao caso da falta ou nulidade da citação necessária, formalidade que, repita-se, não se atende pela destinação meramente informativo do expediente que se diz entregue à Procuradoria da República.

Finalmente, sobre tratar-se do acionamento das vias ordinárias, legitimado ao largo do juízo rescisório, d.m.v., também infundado se revela o temor de incompetência do digno sentenciante, vez que não cabe indagar da hierarquia de jurisdição.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença, em ordem a que, instruída, a ação seja julgada pelo seu mérito.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, tenho ressalvas no tocante à competência do Tribunal para julgamento dessa rescisória, mas acompanho o eminente Relator e justifico. Tive um caso de ação rescisória contra uma decisão do Tribunal do Estado de Goiás, em que se discutia usucapião. o INCRA alegou interesse. Votei no sentido de declarar nossa incompetência e, em consequência, suscitei conflito perante o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a nossa competência, ao fundamento de que o ingresso do órgão público federal indicava a Justiça Federal competente para rescindir a decisão.

Em face desse precedente, acompanho o Ministro Relator, com a ressalva do meu ponto de vista.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, a espécie se oferece um tanto ou quanto discrepante dos modelos usuais, mas estou em que o Senhor Ministro Relator se houve com a habitual galhardia, identificando os veros institutos que aqui se controvertem.

Razão pela qual me afeiço a conclusões de S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.435 — PR — (Reg. nº 7.913.206) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Autor: Banco Nacional de Habitação — BNH. Réus: Antônio Francisco Alves e outros e Associação Profissional dos Carregadores e Ensacadores de Café e Arrumadores de Goio-Erê. Advs.: Drs. Minol Yaedu e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação para rescindir a sentença. (Em 30-9-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade e Assis Toledo votaram com o Relator. Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Flaquer Scartezini não compareceram por motivo justificado.

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

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.625 — SC
(Registro nº 9.681.310)

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

Autor: *Município de Itajaí*

Rê: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Advogados: *Drs. Heitor Francisco Gomes Coelho e Bento Berto Costa e outros*

EMENTA: Processual Civil. Ação rescisória. Reintegração de posse. Direitos indisponíveis. Revelia.

Não pode ser conceituado como direito indisponível para os efeitos do item II, do art. 320, do CPC, a ocupação de área por parte de Município, contestada pela empresa pública titular do domínio, em ação de reintegração de posse.

Ação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar improcedente a 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, 27 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Município de Itajaí ajuizou a presente ação contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos objetivando rescindir sentença do Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina que julgou procedente reintegratória movida pela Ré, envolvendo área de terras situadas no centro da cidade de Itajaí.

Diz que, na verdade, não contestou aquela ação e, por isso, foi considerado revel. Todavia, a decisão, ao antecipar o julgamento e aplicar-lhe a pena de confissão ficta, inobservou a regra do art. 320, II, do Código de Processo Civil, porquanto versando o litígio sobre bens indisponíveis, a providência não poderia ocorrer.

Citada, contestou a ECT (fls. 34/37), refutando a argumentação desenvolvida na inicial.

Saneado o feito (fl. 39), as partes não requereram a produção de provas, oferecendo, porém, razões finais (fls. 47/48 e fls. 50/52).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação (fls. 54/57).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, dizendo-se senhora e legítima possuidora do terreno ocupado pela Prefeitura Municipal de Itajaí, moveu ação de reintegração de posse, alegando, inclusive, que a área questionada foi invadida pela Ré, onde nela construiu um estacionamento de veículos e uma parada de ônibus.

A sentença do Juiz Federal da 2ª Vara de Santa Catarina foi lastreada nesses fundamentos:

«A revelia do Município de Itajaí importa na presunção do art. 319, CPC, pela qual reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pela autora. Isto é, a posse anterior da empresa era jurídica e a ocupação pelo R. ilícita, o que confere à primeira fundamento suficiente para pretensão reintegratória sobre o imóvel assim descrito:

«... terreno localizado no Município de Itajaí, com a área de 2.934,00m², limitando-se ao norte com terras de Manuel Vieira Garção, Samuel Heusi Júnior, Juvêncio Tavares d'Amaral e outros, onde mede 85,25m; a leste, com a Rua Felipe Schmdit, onde mede 36,30m; ao sul, com a Rua 15 de Julho, onde mede 82,34; e a oeste, com a Travessa 24 de Maio, onde mede 34,10 ...» (fl. 2).

Ante o exposto, julgo procedente a demanda para condenar o Município de Itajaí a demitir-se da posse do dito imóvel para nela reintegrar definitivamente a empresa autora, o que se deprecará ao juízo da situação da coisa.»

A presente rescisória funda-se no inciso V, do art. 485, do Código de Processo Civil, por alegada violação ao item II, do art. 320, do mesmo Código.

Em que pesem os fundamentos da vestibular, avalizados pela Subprocuradoria-Geral da República, não vejo como agasalhar a situação exposta nos limites do item II, do art. 320, do CPC.

É certo que a revelia não induz os efeitos mencionados no art. 319, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Mas, para se obter a verdadeira concepção dessa regra, há de se buscar o conceito de «direitos indisponíveis». Na verdade não há muita discrepância na definição do instituto. Até mesmo o Professor J. J. Calmon de Passos, crítico rigoroso dos efeitos processuais da revelia, define-o como «aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente se satisfeitos determinados controles». Por outro lado, classifica-o em absoluto e relativo conforme se cuido de bem que se vincula ao sujeito e deste se torna indissociável, ou derivada dos limites fixados na lei em convenção dos interessados. Neste último enquadra todo e qualquer direito submetido, para efeito de sua disposição a controles estatais, quer de natureza administrativa, quer de natureza jurisdicional (cfr. «Comentários ao Código de Processo Civil», III vol., pág. 406).

Nessa linha conceptiva pode-se acrescentar a lição de Wellington Moreira Pimentel (in «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. III, pág. 333).

O Juiz Hélio Armond Wernech Cortes, em trabalho publicado na Revista dos Tribunais, vol. 471, págs. 26/36, sob o título «Revelia, Confissão e Transigência», opõe-se à conceituação dada pelo Professor Calmon de Passos, por entender mais aceitável aquela inscrita no Código de Processo Civil Português, segundo a qual existe direito indisponível «quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter».

Dentro desse entendimento jamais se poderia incluir a posse questionada na categoria de direito indisponível. Ora, se a posse de um imóvel, por parte de quem não é o titular do domínio pleno, resulta de uma situação fática, transigível, contestável, impugnável, não se pode dizer que a vontade das partes é ineficaz para o efeito jurídico desejado.

Em resumo, todo direito indisponível é aquele a que o seu detentor, preposto ou agente, não pode renunciar e, por consequência, a revelia, em processo judicial, não pode induzir à confissão de que fala o art. 319, do CPC.

Sendo assim, não vejo como atribuir à posse, mesmo que sustentada por entidade de direito público, as consequências da indisponibilidade.

In casu, não vislumbro a alegada indisponibilidade dos direitos do Município, por isso que não se questiona qualquer direito deste, pois a isto não se pode equiparar a posse não consentida, vale dizer, a ocupação decorrente de esbulho.

Advirta-se que a discussão gira em torno do pleito reintegratório e não reivindicatório. O domínio é da Empresa. Portanto, se há direitos indisponíveis estes são inerentes à entidade pública que detém a titularidade da área e não em relação ao que mantém posse contestada.

Veja-se, por exemplo, que o Código Civil, no seu art. 497, diz não induzir posse até mesmo atos de mera permissão ou tolerância quanto mais aqueles que se revestem de vícios como o esbulho.

Finalmente, a menção feita no parecer de fls. 54/57, ao artigo 924 do CPC, não deve ser ela considerada: primeiro porque ausente na inicial e, segundo, porque o rito ordinário não é incompatível com o princípio da antecipação do julgamento da lide (cfr. art. 330, CPC).

Ainda que se discorde da orientação doutrinária por mim acolhida, descarto a possibilidade de rescisão da sentença monocrática, por dois motivos. Em primeiro lugar, fundada a ação na norma contida no inciso V, do art. 485, da Lei Adjetiva, forçoso é reconhecer não ser a hipótese de violação a literal disposição de lei. Com efeito, o art. 320, II, do CPC, indicado como transgredido, estabelece um princípio genérico, ao falar em «direitos indisponíveis». Não os traduz de forma clara e inuidosa, e muito menos alude à posse como um deles. Em segundo lugar, a decisão rescindenda examinou a espécie diante dos fatos e da legislação processual de regência, circunstância que não autoriza a rescisória com fulcro no citado dispositivo. Nesse passo lembro o seguinte acórdão de minha lavra (AR nº 996/RS):

«Ação rescisória. Reexame da decisão. Descabimento.

Demonstrado que a sentença rescindenda examinou as questões suscitadas diante dos fatos e da legislação de regência, descabe renovar a discussão da matéria, a pretexto de violação de dispositivo já analisado.

Ação improcedente.»

Nessa mesma linha pode-se incluir esses arestos do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

«RE 77.599-4 — RJ

Relator: Min. Leitão de Abreu (in DJ de 5-9-80).

EMENTA: Ação rescisória. Recurso Extraordinário. Ataque aos fundamentos da decisão rescindenda e não aos pressupostos da rescisória. In-

viabilidade. Ofensa à coisa julgada. Improcedência, neste ponto, da impugnação. Recurso de que não se conheceu.»

«AR 1.050-7 — SP

Relator: Min. Cordeiro Guerra (*In DJ* de 12-8-83).

EMENTA: Ação rescisória. Não se presta a ação rescisória ao reexame do que foi apreciado pela decisão impugnada.

Inocorrência de ofensa à coisa julgada ou aos princípios da isonomia, da legalidade ou do recurso ao judiciário.

Ação improcedente.»

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenando o Autor em honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor dado à causa.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.625 — SC — (Reg. nº 9.681.310) — Autor: Município de Itajaí. Ré: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Advs.: Drs. Heitor Francisco Gomes Coelho e Bento Berto Costa e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação. (Em 27-4-88 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Fleury Pires e José Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Assis Toledo não compareceu à Sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

AGRAVO CRIMINAL Nº 1.244 — PR
(Registro nº 7.900.287)

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

Agravante: *Renato Pedroso Ribas*

Agravada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Antônio Carlos Neto*

EMENTA: Penal. Execução. Extinção da punibilidade. Efeitos. Caso em que o interessado perdeu o prazo para recorrer. Agravo não conhecido.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por ato de 13-6-85, assim decidiu o juiz federal (fl. 10):

«Tendo em conta que os acusados Renato Pedroso Ribas e Rubens Alves Pinto foram denunciados em 4-5-82, nos autos de Ação Penal 1.382/83, e a denúncia recebida em 10-8-82 (fl. 209), sendo condenados à pena de oito anos, e quatro meses de detenção, respectivamente (fls. 461/64), em 29-3-85, sem recurso da acusação.

Ouvido o Ministério Público com relação aos pedidos de extinção de punibilidade por prescrição (fls. 474 e 476), este não se opôs.

Declaro extinta a punibilidade de Renato Pedroso Ribas e Rubens Alves Pinto, pela prescrição, nos termos do art. 109, VI, c.c. o art. 108, IV, todos do Código Penal, posto que, entre a data do recebimento da denúncia até a sentença decorreu prazo superior a dois anos.

Aguarda-se o prazo do art. 94 (Lei 7.209) para as devidas anotações.

P.R.I.

Curitiba, 13 de junho de 1985.»

Em 22-11-85, requereu Renato Pedroso Ribas (fl. 12):

«Em razão da respeitável sentença que aplicou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, necessário se faz que seja determinado por V. Exa. o cancelamento do nome do Requerente do *livro do rol dos culpados*, e a *baixa na distribuição*, para se obter *certidão negativa* em nome de Renato Pedroso Ribas.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Curitiba, 22 de novembro de 1985.»

Ouvido, com o pedido concordou o representante do Ministério Público, e disse o juiz federal (fl. 13):

«à luz dos arts. 93 e 94, Lei 7.209/84, quanto ao pedido de fl. 504, aguarde o prazo legal. Intime-se.»

Apoiado no art. 197 da Lei n.º 7.210/84, Renato Pedroso Ribas entrou com agravo de instrumento pleiteando (fl. 3):

«... a ver determinado a baixa na distribuição e o cancelamento do seu nome do *livro do Rol dos Culpados*, pois, se a prescrição e da pretensão punitiva, «data venia», a respeitável sentença não os efeitos de sentença condenatória, não havendo de que se reabilitar o Agravante.»

Formado o instrumento, subiu o agravo, e sobre ele pronunciou-se a Procuradora Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, em parecer com a chancela do Subprocurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, nestes termos (fls. 26/28):

«4. Preliminarmente, somos pelo não conhecimento do presente recurso como agravo de instrumento, eis que, na lei de execuções penais (art. 197), na qual se apoiou o agravante, não existe o instituto da reabilitação.

5. Outrossim, com base no art. 579 do CPP, que dispõe sobre a fungibilidade dos recursos, temos que a hipótese poderá ser conhecida como apelação.

6. No mérito, desassistente razão ao recorrente quanto ao pretendido cancelamento do seu nome no rol dos culpados com a baixa na distribuição da ação penal.

7. Os assentamentos e registros permanecem não sendo eliminados pela renúncia à execução da pena principal.

8. Reconhecida a extinção da punibilidade, uma das conseqüências seria não o cancelamento das anotações relativas à ação penal nos registros forenses e no Instituto de Identificação do Estado, mas a proibição de fornecimento de certidão quanto a essas anotações, as quais somente poderão ser informadas mediante requisição judicial.

9. Nesse sentido existem inúmeros julgados, entre os quais destacamos, *in verbis*:

‘Crimes dos arts. 201 do C. Pen., e 13 e 18 da Lei n.º 1.802/53. Condenação. Prescrição. Efeitos.

II — Decretada e extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada na sentença condenatória, permanece o lançamento do apelado no rol dos culpados, onde é feita, apenas, a respectiva averbação.

III — Aplicação dos arts. 393, II, do C. Pr. Pen., combinado com o art. 118, parágrafo único do C. Penal.

IV — Recurso extraordinário conhecido e provido.’ (RE n.º 75.824-SP. Rel. Sr. Ministro Thompson Flores, RTJ 69, pág. 800).

'Penal. Prescrição. 1) Extinção da punibilidade, pela pena em concreto aplicada, com a extensão antes emprestada ao enunciado da Súmula nº 146, por ter ocorrido o fato anteriormente à vigência da Lei nº 6.416, de 24-5-77. A extinção da punibilidade acarreta a proibição de fornecimento de certidões e de menção ao fato na folha de antecedentes, salvo requisição de juiz criminal, tal como acontece na reabilitação (CPP, art. 748). (RECr nº 92.945-SP. Rel. Sr. Min. Décio Miranda, RTJ 101, pág. 745).

'Prescrição da Ação Penal pela pena concretizada na sentença (Súmula 146). Cancelamento do nome do réu no rol de culpados — Impossibilidade.

Decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada na sentença condenatória permanece o lançamento do apenado no rol dos culpados, onde será feita, apenas, a respectiva averbação.

Recurso extraordinário criminal conhecido e provido' (RECr nº 91.379-SC. Rel. Sr. Ministro Cunha Peixoto, RTJ 105, pág. 153).

10. Desse modo, o recorrente, além de só fazer jus à reabilitação dentro de dois anos da data da extinção da punibilidade, conforme preceitua o art. 94 da Lei nº 7.209/84 (Nova Parte Geral do Código Penal), tal benefício não atinge a sua pretensão.

III

11. Ante o exposto, somos, preliminarmente, para que seja o presente agravo conhecido como apelação e, no mérito, pelo seu improvimento.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De início, experimento dificuldade quanto ao conhecimento do recurso interposto. É que, a meu ver, o ato judicial recorrível era o de fl. 10, datada de 13-6-85, que julgara extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Isto porque, naquela decisão, o juiz, ao se referir ao art. 94 do Cód. Penal, na redação de hoje, já estava a recomendar, para os fins ora pleiteados, a reabilitação. Cabia então ao interessado, certamente que naquele momento, ou interpor o recurso cabível para este Tribunal, ou, antes, pedir declaração, *ut* art. 382 do Cód. de Pr. Penal. Como assim não procedeu, perdeu o prazo de impugnação. Agora, no tocante ao requerimento de fl. 12, solvido pelo ato de fl. 13, ora atacado, não se trata, à toda evidência, de requerimento de reabilitação. Portanto, sequer cogito da preliminar contida no parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Voto pelo não conhecimento do agravo criminal interposto.

EXTRATO DA MINUTA

Agravo Criminal nº 1.244 — PR — (Reg. nº 7.900.287) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Agravante: Renato Pedroso Ribas. Agravada: Justiça Pública. Advogado: Dr. Antônio Carlos Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo (Em 26-8-86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Fonteles e José Dantas. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.013 — SP
(Registro nº 3.169.650)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*
Agravantes: *União Federal e Fazenda do Estado de São Paulo*
Agravado: *Banco Bradesco de Investimentos S/A*
Advogados: *Drs. Antônio Vitor de Ávila e outros*

EMENTA: Processual Civil. Execução. Preferência dos Créditos Tributários.

I — Quando do pagamento aos credores, o crédito tributário, por ser de direito material e absoluto, prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste. A única exceção diz respeito ao crédito trabalhista.

II — Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A Fazenda Nacional e a Fazenda do Estado de São Paulo agravaram de despacho que, nos autos de Execução por Quantia Certa (nº 1.482/77), proposta pelo Banco Bradesco de Investimentos S/A contra a firma HACAF — Indústria e Comércio de Móveis Ltda. e Vadi Miguel Hakim e outros, autorizou o levantamento do crédito, sem reconhecer a preferência dos créditos tributários das Agravantes, ao argumento de que há um saldo credor que, teoricamente, cobrirá eventuais diferenças.

O agravo foi contraminutado (fls. 82/90). A decisão foi mantida e determinada a subida dos autos a esta instância, onde, ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo, adotando as razões das agravantes.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Execução. Preferência dos Créditos Tributários.

I — Quando do pagamento aos credores, o crédito tributário, por ser de direito material e absoluto, prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste. A única exceção diz respeito ao crédito trabalhista.

II — Agravo conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Cuida-se de agravo tomado em litisconsórcio, pelas Fazendas Nacional e Estadual, contra a r. decisão que, apreciando questão incidente, autorizou o levantamento do crédito de empresa privada, sem antes satisfazer os créditos tributários habilitados, ao argumento de que havia saldo credor que teoricamente cobriria eventuais diferenças (fls. 34).

Em suas razões de agravar, as Agravantes aduziram:

«Entretanto, com a devida vênia, o mencionado saldo é manifestamente insuficiente para cobertura dos créditos tributários preferentes, de vez que as contas de liquidação de fls. 169 e verso e 178 omitiram sua atualização e correção monetária, levando em conta tão somente seus valores originários, exceto no tocante ao crédito previdenciário (fl. 176 c.c. fl. 178), admitido com todos os seus acréscimos e correções.

Note-se que as Fazendas Nacional e Estadual foram deixadas à margem do processo, sem conhecimento das liquidações e decisões prolatadas, com quebra evidente do Princípio da Bilateralidade de Audiência, culminando-se com a precipitada liberação do crédito privado, em detrimento do crédito tributário preferente.

De fato, parece extreme de dúvida que a preferência do Crédito Tributário é de Direito material e absoluta, consoante dispõe o artigo 186, do Código Tributário Nacional:

«O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste (...)».

Enfatiza o ilustre Prof. Aliomar Baleeiro, a propósito («Direito Tributário Brasileiro», pág. 538), que:

«O privilégio do crédito tributário pode ser considerado absoluto, pois deverá ser pago de preferência a qualquer outro, exceto os decorrentes da legislação do trabalho (...)».

Não discrepam a Jurisprudência Pátria (RT-452/142, 454/151, 514/245, RTJ-81/440, 66/263, RT-491/228, 519/278) nem a Doutrina (Fábio Fanucchi, Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. 79, páginas 404/406; José Afonso da Silva, Execução Fiscal Segundo o Novo Código de Processo Civil. Ed. RT, págs. 22/24; Humberto Theodoro Júnior, Processo de Execução, 3ª Ed., pág. 323).

Registra José Alberto dos Reis, citado por José de Moura Rocha («Comentários ao CPC», volume IX/215-216) a respeito da Preferência de Direito Material:

«A verdade é que se justifica perfeitamente em face dos princípios jurídicos. A preterição do exequente pelos credores privilegiados e preferentes colocados antes dele é uma exigência das regras de direito substancial».

E, a respeito da ordem de preferência, observa o citado Humberto Theodoro Júnior (op. cit. Página 324):

«A classificação dos credores, para pagamento, será feita, portanto, com observância do seguinte critério: a) *independentemente de penhora*, devem ser satisfeitos, em primeiro lugar, os que tiverem título legal de preferência, e possuírem, naturalmente, título executivo (fisco, credores de custas, credores com garantia real, etc); b) não havendo preferências legais anteriores, ou *depois de satisfeitas estas*, os demais credores serão escalonados segundo a ordem cronológica das penhoras (...).»

Especificamente, quanto à prevalência do crédito tributário, sobre o Hipotecário, o próprio Supremo Tribunal Federal, julgando o recurso extraordinário nº 79.893/SP, decidiu, taxativamente, que

«O crédito do BNH, representado por cédula Hipotecária (...) não goza de preferência relativamente a crédito tributário estadual, que àquele fica sobranceiro» (RT 514/245; no mesmo sentido, RTJ 81/440).

Não destoam o Colendo Tribunal Federal de Recursos, em decisão unânime:

«O crédito tributário tem sempre preferência sobre o *real*, só perdendo para os trabalhistas (artigos 186 e 187 do CTN)». (TFR AC 38.147-SP — BCE-3(13) 607-10)».

Dessa forma, antes de liberar o crédito privado, deveriam ser liquidados os créditos tributários ou, pelo menos, separar valores suficientes para satisfazê-los plenamente.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 41.013 — SP — (Reg. nº 3.169.650) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Agravantes: União Federal e Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: Banco Bradesco de Investimentos S/A. Advogados: Drs. Antônio Vitor de Ávila e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 16-3-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.240 — MG
(Registro nº 3.212.610)

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

Agravante: *IAPAS*

Agravada: *Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Aloisio Mazzoli Schmidt, João Procópio de Carvalho e outro.*

EMENTA: Processual Civil. Execução contra devedor insolvente. Habilitação (CPC, arts. 761 e 762).

I — A Lei não exige que esteja estabelecida a lixeira para a remessa, ao juízo da insolvência, das execuções movidas por credores individuais em desfavor do devedor comum (CPC, arts. 761 e 762).

II — Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS agrava da decisão que, nos autos de Execução Fiscal proposta pela Fazenda do Estado de Minas Gerais contra Antônio Francisco Barbosa, excluiu o seu crédito no concurso de preferência que se instaurou, após a venda em hasta pública do bem imóvel do executado, embora já houvesse se habilitado e classificado em 3º lugar, no quadro de credores privilegiados, com o crédito de Cr\$ 30.972,53, inclusive com a concordância dos demais credores, visto que a Caixa Econômica Federal apenas se opôs à ordem de classificação e não à decisão de sua exclusão, baseada em que não fora citado o executado e, assim, não composta a lixeira e nem lavrado arresto em bens do devedor (doc. fl. 19).

Sustenta, com fundamento no § único, do art. 558, a suspensão da ordem de levantamento do crédito da Caixa Econômica Federal, a menos que preste caução, ou que o seu crédito, no valor de Cr\$ 58.569,30, fique depositado em conta corrigida, até que se decida o presente recurso, na forma do § 1º do art. 188 do CTN; que, ao estabelecer o CTN a preferência dos créditos tributários, aos quais se equipara o seu crédito (Decreto nº 77.077/76, art. 157), não fez qualquer exigência de que fosse previamente reconhecida, por sentença ou que lhe tivesse a garantir bens arrestados ou penhorados em processo anterior de execução, em que o devedor deveria ter sido necessariamente citado.

O MM. Juiz, pelo despacho trasladado à fl. 12, determinou o pagamento dos créditos trabalhistas, por não impugnados e incontroversos; pelo despacho trasladado à fl. 13, indeferiu o pedido da Fazenda Nacional, por existir recurso interposto pela Caixa Econômica Federal, que não se conformou com a classificação de seu crédito e pediu igualdade de tratamento com a Fazenda Nacional; pelo despacho trasladado à fl. 22, autorizou o levantamento da importância rateada em favor da Fazenda Pública Estadual e da Caixa Econômica Federal, mantendo a exclusão da verba do INPS.

Atendendo a intimação, a Fazenda Pública Estadual declarou já estar plenamente satisfeita em seu crédito, pelo que entende não ser parte na relação processual e, portanto, agravado é o MM. Juiz da Comarca de Leopoldina e não ela.

A decisão que originou o presente agravo foi mantida (fl. 30) e determinada a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, visto que a exceção de incompetência argüida fora rejeitada (doc. de fls. 11 e verso).

Pelo v. acórdão de fl. 48, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado não conheceu do agravo, determinando a retificação da atuação e remetendo os autos a este Tribunal, consoante o disposto no art. 10, da Lei nº 5.010/66.

Nesta instância, foram os autos distribuídos ao Exmo. Sr. Ministro Nilson Gonçalves; redistribuídos ao Exmo. Sr. Ministro Jarbas Nobre, art. 52, *in fine*, e, finalmente, vieram-me conclusos, na forma do dispositivo citado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Execução contra devedor insolvente. Habilitação (CPC, arts. 761 e 762).

I — A Lei não exige que esteja estabelecida a lixe para a remessa, ao juízo da insolvência, das execuções movidas por credores individuais em desfavor do devedor comum (CPC, arts. 761 e 762).

II — Agravo conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Trata-se de agravo de instrumento tomado pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, de despacho que nos autos da execução fiscal movida pela Fazenda Pública Estadual, contra devedor comum, o excluiu do quadro de credores.

O r. despacho agravado, trasladado à fl. 19, no particular diz:

«1) Exclua-se do rateio o crédito do INPS, pois não se promoveu nos autos de sua execução sequer a citação do executado Antonio Francisco Barbosa, não estando composta a lixe, nem havendo arresto em bens do devedor.»

Como se vê, cuida-se de execução contra devedor insolvente e o ponto controvertido é saber se há ou não exigência de estar o processo de execução, a ser remetido ao juízo da insolvência, em determinada fase.

A meu ver, não há essa exigência.

No capítulo destinado à declaração judicial da insolvência, diz o artigo 762 do CPC, que «ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores do devedor comum»

e em seu parágrafo 1º, que «as execuções movidas por credores individuais serão remetidas ao juízo da insolvência.»

A única observação a respeito é a do parágrafo 2º, estabelecendo que «havendo em alguma execução, dia designado para a praça ou o leilão, far-se-á a arrematação, entrando para a massa o produto dos bens.»

Com estas considerações, conheço do agravo e dou-se provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 41.240 — MG — (Registro nº 3.212.610) — Rel.: Exmo Sr. Ministro José de Jesus Filho. Agte.: IAPAS. Agda.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Advs.: Drs. Aloisio Mazoli Schmidt, João Procópio de Carvalho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 16-3-88. 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.056 — RJ
(Registro nº 7.391.080)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*
Agravante: *União Federal*
Agravado: *Banco Bamerindus do Brasil S/A*
Advogado: *Dr. Valter Gonçalves Martins*

EMENTA: Processual Civil. Embargos infringentes (Lei nº 6.825/80, artigo 4º). Fazenda Pública. Prazo em dobro para recorrer. CPC, artigo 188.

A Fazenda Pública faz jus ao prazo em dobro para opor embargos infringentes do julgado, de que cuida o art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Julgada procedente ação de procedimento sumaríssimo proposta pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A contra a União Federal, opôs esta embargos infringentes, com as razões de fls.

Entretanto, o Dr. Juiz *a quo* não os recebeu, porque apresentados fora do prazo de 10 dias. Entendeu S. Exa. que, no caso de embargos infringentes, a Fazenda Pública não faz jus ao prazo em dobro para recorrer.

Daí o presente agravo.

O Dr. Juiz não se reconsiderou.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Embargos infringentes (Lei nº 6.825/80, artigo 4º). Fazenda Pública. Prazo em dobro para recorrer. CPC, artigo 188.

A Fazenda Pública faz jus ao prazo em dobro para opor embargos infringentes do julgado, de que cuida o artigo 4º da Lei nº 6.825/80.

Agravo provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Pela Subprocuradoria-Geral da República, oficiou o Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, com este Parecer:

«Procede a irresignação. *Data venia*, não se vislumbra qualquer razão para afastar a aplicação aos embargos infringentes previstos no artigo 4º da Lei nº 6.825/80 da sistemática de contagem de prazo estabelecida no artigo 188 do estatuto processual civil.

Neste sentido já decidiu este Colendo Tribunal, por sua 1ª Turma, ao julgar o Ag. nº 48.835-SP, de que foi Relator o Senhor Ministro Costa Leite.

«Processual civil. Contagem de prazo. Lei nº 6.825, de 1980, e artigo 188, do Código de Processo Civil.

I — Aplica-se a sistemática da contagem de prazo do artigo 188, do Código de Processo Civil, aos embargos infringentes do julgado, de que cuida o artigo 4º da Lei nº 6.825, de 1980.

II — Agravo parcialmente provido». (Lex JTFR 54/89, DJ 2-5-86)».

Adotando esse parecer, que bem apreciou a espécie, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 50.056 — RJ — (Reg. nº 7.391.080) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Agravante: União Federal. Agravado: Banco Bamerindus do Brasil S/A. Advogado: Dr. Valter Gonçalves Martins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 11-5-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hugo Machado e Pádua Ribeiro. Licenciado o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.820 — SC
(Registro nº 9.534.482)

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

Agravantes: *Mário Mazzola e outros.*

Agravado: *INPS*

Advogados: *Drs. Glacir Medeiros Prade e outro*

EMENTA: Constitucional e Processo Civil. Competência. Casa com objeto de natureza pecuniária. Pode o segurado ou beneficiário ajuizar a ação ou no foro do seu domicílio ou no foro federal. É que a regra do art. 125, § 3º da Constituição não exclui o foro federal. Agravo de instrumento provido.

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 provimento ao agravo para reformar a decisão agravada, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 24-2-87 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em caso de reajuste de proventos, indêntico a tantos outros que têm chegado a esta Corte, a ação ordinária foi aforada por João Berto da Silveira Filho, residente em Florianópolis, e por Mário Mazzola, João Artur Mariano e Umberto Mazzola, residente em São José, perante juiz Federal, que nos autos assim despachou:

«Por força do disposto no parágrafo 3º do artigo 125 da Constituição Federal, excluo da presente relação processual Mário Mazzola, João Artur Mariano e Umberto Mazzola por serem domiciliados em Comarca que não é sede da Justiça Federal, devendo, por consequência, a ação ter seguimento somente em relação ao autor João Berto da Silva Filho.

Cite-se.

Int.

Florianópolis, 27-5-86.»

Daí o agravo de instrumento, com a alegação, segundo orientação pretoriana, de que o segurado, renunciando ao privilégio instituído em seu favor, de que trata o art. 125, § 3º da Constituição, pode ajuizar a ação perante o juiz federal, e com o seguinte pedido:

«3.4. A reforma da decisão para o efeito de serem os agravantes mantidos na relação processual;»

O juiz não se reconsiderou.

Subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Têm inteira razão os agravantes. A orientação da Corte é no sentido de que a regra de competência inscrita no art. 125, § 3º da Constituição não exclui, por si só, o foro federal. Equivale a dizer que o segurado ou beneficiário pode optar entre o foro do seu domicílio e o foro federal. A respeito, é de se ver o já citado acórdão de fl. 33: «A regra do art. 125, § 3º, da Constituição, tem o claro escopo de favorecer ao segurado, por isso que pode ele ajuizar a ação tanto no foro estadual do seu domicílio como no foro federal, que são concorrentes» (Ag-49.308, Ministro Costa Leite). Outros precedentes: Ag's 40.212, 42.147 e 47.276.

Para o fim pleiteado, provejo o agravo de instrumento.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 51.820 — SC — (Reg. nº 9.534.482) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Agravantes: Mário Mazzola e outros. Agravado: INPS. Advogados: Drs. Glacir Medeiros Prade e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para reformar a decisão agravada (em 24-2-87. 3ª Turma).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Ministros José Dantas e Flaquer Scartezzi. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.081 — PR
(Registro nº 9.554.394)

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

Agravantes: *Ângela Cristina Massi e outros*

Agravada: *Cia. Energética de São Paulo — CESP*

Advogados: *Drs. Fábio de Oliveira Luchési e outro (Agrtes) e Wanderlei Simões de Campos e outros (Agrda)*

EMENTA: Processual Civil. Agravo de instrumento. Improcedência. Desapropriação. Imissão provisória na posse. Prazo.

I — A teor do Decreto-lei nº 3.365/41, art. 10, após a promulgação do decreto expropriatório, terá o expropriante o prazo de 5 anos para buscar amigavelmente a composição e, não sendo ela possível, surge o momento, a partir de então, para a propositura da competente ação judicial.

II — A faculdade posta ao expropriante de requerer a prévia imissão na posse, invocando urgência, não a obriga a fazê-lo em 120 dias, ex vi do art. 15, do Decreto-lei nº 3.365/41 c/c o art. 3º., § 1º do Decreto nº 91.809/85.

III — In casu, a expropriante, logo após a promulgação do indigitado decreto expropriatório, buscou compor amigavelmente, com os expropriados; não o conseguindo, ajuizou a ação expropriatória, quando, então, face à urgente necessidade da área, requereu, no mesmo dia do ajuizamento, sua prévia imissão na posse, por isso que não se há falar em decadência.

IV — Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 4 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 agravo de instrumento interposto por Ângela Massi e outros, da decisão proferida pelo ilustre Juiz Fe-

deral da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, Dr. Vladimir Passos de Freitas, que, nos autos da Ação de Desapropriação que lhes move a CESP — Companhia Energética de São Paulo S/A, concedeu imissão provisória de posse a expropriante no imóvel objeto da ação.

Em suas razões de fls. 02/07, os agravantes sustentam «que o pedido de imissão de posse foi deferido, quando já havia transcorrido o prazo decadencial para o deferimento da alegação de urgência, que é de 120 dias».

Formado o agravo de instrumento, manifestou-se a agravada, às fls. 41/43, após o que o MM. Juiz «a quo» manteve a decisão agravada às fls. 45.

Remetidos os autos a este Egrégio Tribunal, vieram-me conclusos por distribuição. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O agravo não merece prosperar, pois não me parecem jurídicas as razões apresentadas pelos agravantes.

A matéria ora *sub judice* ficou bem explicitada nas contra-razões de fls. 42, nestes termos:

«Improcede o agravo, posto que originário, *data maxima venia*, de equívoco dos agravantes quanto à interpretação, não apenas do Decreto-lei nº 3.365/41, bem como também do Decreto Extraordinário de nº 91.809, de 18-10-85, como passa a demonstrar a agravada.

Primeiramente, quanto ao Decreto nº 91.809, em seu art. 3º, § 1º, cumpre salientar que ao facultar à expropriante o direito de, invocando urgência, requerer a prévia imissão na posse, não a obriga a fazê-lo em 120 dias, como estabelece o parágrafo 2º do art. 15 do Decreto nº 3.365/41.

Muito pelo contrário, após a promulgação do Decreto Expropriatório, a expropriante, na conformidade do artigo 10, do Decreto-lei nº 3.365/41, terá o prazo de 5 anos para, primeiro, tentar compor amigavelmente com os proprietários das áreas atingidas ou, não o conseguindo, intentar a competente ação judicial.

Ao propor a ação, ai sim, terá a concessionária o prazo de 120 dias para requerer a prévia imissão na posse, desde que, é claro, declare a necessária urgência, decorrente da própria natureza da obra.

Assim, logo após a promulgação do decreto expropriatório, a expropriante buscou compor amigavelmente com os expropriados, figurando, entre eles, os agravantes. Ante a impossibilidade desse acordo tratou de ajuizar a competente ação expropriatória, quando então, face à urgente necessidade da área, requereu, *no mesmo dia do ajuizamento*, sua prévia imissão na posse do imóvel, isto é, não decorreu sequer um dia entre a data do ajuizamento, com alegação de urgência, e o pedido de prévia imissão na posse.»

Com estas considerações, e não vislumbrando na espécie qualquer decadência, conforme pretendido pelas agravantes, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 52.081 — PR — (Reg. nº 9.554.394) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrtes: Ângela Cristina Massi e outros. Agrda: Cia. Energética de São Paulo — CESP. Advs.: Drs. Fábio de Oliveira Luchési e outro (Agrtes) Wanderlei Simões de Campos e outros (Agrda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 4-5-87 — 5ª Turma).

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



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.731 — RJ
(Registro nº 9.232.885)

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

Agravante: *DNER*

Agravados: *Percy Douglas Levy — Espólio e outros*

Advogados: *Sylvio Bastos Machado e Luiz Cláudio Fábregas da Costa*

EMENTA: «Ação proposta contra o DNER para haver indenização pelo fato de imóvel de propriedade dos autores haver ficado sem condições de acesso em decorrência de construção de estrada.

Hipótese em que não se justificava a inspeção pretendida pela autarquia, em face de afirmações da empresa construtora no sentido não somente da impossibilidade de restabelecimento do antigo acesso ao imóvel, como também da inviabilidade de estudo de um novo. Agravo desprovido.»

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, 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 dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Na instrução de ação proposta contra o DNER para haver indenização pelo fato de imóvel pertencente aos autores haver ficado sem condições de acesso em decorrência da construção de estrada, o Perito Oficial, em seu laudo, afirmou a ocorrência do fato aludido, enquanto o Assistente Técnico do réu negou-o terminantemente.

Requeru a autarquia, então, a realização de inspeção no imóvel para verificar com quem estava a razão, e indeferido o pedido, interpôs agravo de instrumento que foi processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Se os elementos constantes dos autos fossem apenas os dois laudos, assistiria, sem dúvida, razão ao DNER quando pretendeu a realização de uma inspeção para verificar com quem estava a razão.

Sucedo, contudo, que na oportunidade da construção da estrada, a empresa Proenge — Projetos, Serviços — Engenharia Ltda., em carta ao Chefe da EF/75, do 7º Distrito Rodoviário Federal, referindo-se ao acesso aludido, afirmou:

«Trata-se de acesso ao remanescente a montante da nova BR-040 no trecho relativo ao corte nº 19.

Em visita ao local, constatou-se não haver possibilidade de restabelecer o antigo acesso, tendo em vista a grande diferença de nível em relação à nova estrada.

Um estudo do novo acesso para o referido remanescente se torna inviável, por se tratar de uma encosta instável em cujo trecho foi necessária uma mudança no eixo do projeto a fim de evitar, no futuro, obstruções na rodovia.

Desta forma, somos de parecer que não se deva molestar a encosta na qual já executamos diversos dispositivos de drenagem e proteção vegetal, concluindo pela inviabilidade de tal acesso.»

Ante tal elemento, vê-se, não se justificava a inspeção pretendida.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 52.731 — RJ — (Reg. nº 9.232.885) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agrte: DNER. Agrdos: Percy Douglas Levy — Espólio e outros. Advs.: Drs. Sylvio Bastos Machado e Luiz Cláudio Fábregas da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 16-12-87 — 4ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.805 — DF
(Registro nº 9.606.700)

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

Agravante: *Caixa Econômica Federal—CEF*

Agravado: *Francisco Nunes*

Advogados: *Dr. Paulo Machado da Silva e outros. Dr. Manoel Firmino de Araújo e outro. Dr. Nilo Arêa Leão*

EMENTA: **Processual Civil. Apelação recebida como embargos infringentes. Incidente de impugnação ao valor da causa ainda pendente de solução. Ilegitimidade.**

Antes de ultimado o curso do incidente apontado, não há como emitir-se juízo sobre o cabimento ou não da apelação interposta.

Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de abril de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Agravo da CEF contra despacho do MM. Juiz Federal da Quarta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que recebeu como embargos infringentes apelação por ele manifestada contra sentença proferida em ação declaratória que lhe moveu Francisco Nunes, como mutuário do SFH.

Disse haver impugnado o valor da causa, incidente ainda não julgado, razão pela qual não poderia o MM. Juiz negar seguimento à apelação.

Contraminutou o agravado.

Não houve reconsideração.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Apelação recebida como embargos infringentes. Incidente de impugnação ao valor da causa ainda pendente de solução. Ilegitimidade.

Antes de ultimado o curso do incidente apontado, não há como emitir-se juízo sobre o cabimento ou não da apelação interposta.

Agravo parcialmente provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Conforme registrado à fl. destes autos, o incidente de impugnação ao valor da causa a que se referiu a Agravo encontra-se pendente de solução, motivo pelo qual o MM. Juiz não poderia antecipar-se, recebendo a apelação como embargos infringentes, como aconteceu.

Assim sendo, meu voto é no sentido de dar parcial provimento ao agravo, para o fim tão-somente de determinar seja susgado o processamento da apelação, até que se ultime o curso do incidente, quando se terá condição de saber qual o recurso cabível.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 52.805 —DF — (Reg. n.º 9.606.700) — Rel. O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Agrte: CEF. Agrdo: Francisco Nunes. Advs: Drs. Paulo Machado da Silva e outros, Dr. Manoel Firmino de Araújo e outro, Dr. Nilo Arêa Leão.

Decisão: Por unanimidade, deu-se parcial provimento ao agravo. (4ª Turma — 25-4-88).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.121 — SP
(Registro nº 9.718.478)

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

Agravante: *Ubirajara da Silva Rondon*

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

Advogados: *Dr. José Paulino Franco de Carvalho (Agrte), Dr. Oswaldo Denis e outro (Agrdo)*

EMENTA: Processual Civil. Arrematação. Nulidade. Declaração. Bem objeto de penhoras efetivadas em execuções que correm em juízos diversos, ensejador de duas arrematações. Prevalência da primeira arrematação, embora decorrente da segunda penhora. Inaplicação ao caso da regra «prior tempore potior iure».

I — O desfazimento da arrematação, por vício de nulidade, pode ser declarado de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando, como no caso, o processo de execução ainda estiver em curso.

II — Sendo o mesmo bem penhorado em juízos diferentes, deve prevalecer a primeira arrematação efetivada, mesmo que decorrente de ato construtivo que não o primeiro. O produto da arrematação é que há de ser distribuído com observância da anterioridade das penhoras, respeitadas as preferências fundadas no direito material. CPC, arts . 612, 613 e 711. Interpretação.

III — Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Agra-va Ubirajara da Silva Rondon da decisão (fls. 88), proferida nos autos da execução fiscal

que o IAPAS promove contra WON MAN Obras e Serviços S/A (Proc. 3.487/85, artigo 1.725/80), que deu pela prevalência da arrematação do Trator Fiat — AD — 14, que, anteriormente, havia sido arrematado, nos autos da execução fiscal que a União Federal move à mesma executada (Processo nº 77/83), por Edson Benvenutti, que o transferiu a João Marcos Rodrigues Mendes e este ao agravante.

Sustenta, em suma, o agravante a nulidade do leilão efetivado na execução ajuizada pelo IAPAS contra Won Man Obras e Serviços Ltda., e, em consequência, pretende que lhe seja devolvido o referido trator que se encontra em poder, como depositário, do agravado Jemuel Canuto Alves de Almeida. Invoca, a propósito, escólios doutrinários e precedentes jurisprudenciais, no sentido da validade da arrematação do questionado bem, não obstante a sua penhora tenha sido efetivada posteriormente àquela feita na execução proposta pelo IAPAS.

Contraminutado o recurso (fls. 145-151 e fls. 152), após mantida a decisão agravada (fls. 153), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu improvemento (fls. 159-161).

É o relatório.

EMENTA: Processual Civil. Arrematação. Nulidade. Declaração. Bem objeto de penhoras efetivadas em execuções que correm em juízos diversos, ensejador de duas arrematações. Prevalência da primeira arrematação, embora decorrente da segunda penhora. Inaplicação ao caso da regra «*prior tempore potior iure*».

I — O desfazimento da arrematação, por vício de nulidade, pode ser declarado de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando, como no caso, o processo de execução ainda estiver em curso.

II — Sendo o mesmo bem penhorado em juízos diferentes, deve prevalecer a primeira arrematação efetivada, mesmo que decorrente de ato construtivo que não o primeiro. O produto da arrematação é que há de ser distribuído com observância da anterioridade das penhoras, respeitadas as preferências fundadas no direito material. CPC, arts. 162, 613 e 711. Interpretação.

III — Agravo provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ensina Amaral Santos que o desfazimento da arrematação, por vício de nulidade, pode ser declarado de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando o processo de execução ainda estiver em curso. (Primeiras Linhas, 3º vol. pág. 319, Saraiva, 3ª Ed., 1979).

No caso, o agravante, na qualidade de adquirente do bem questionado, arrematado nos autos da execução promovida pela União Federal contra Won Man Obras e Serviços S.A., pleiteou ao Juiz, perante o qual corria a execução movida pelo IAPAS contra a mesma empresa e o mesmo bem foi arrematado, que desse pela prevalência da arrematação efetivada dois anos antes, na primeira execução mencionada. Todavia, tal pretensão foi repelida pela decisão agravada, nestes termos (fls. 88):

«Deve prevalecer a arrematação nestes autos. O processo é originário da E. 2ª Vara Cível da Comarca onde registrado sob o nº 1.725/80. Efetivou-se a penhora do bem em 15-4-81.

O processo onde alega o interessado ter originado o seu direito e numerado na série do ano de 1983.

De consequência, a alegada penhora é posterior: «uma primeira penhora não impede outras, de diversos credores, venham a atingir o mesmo bem. Mas a ordem das penhoras fixa, entre os credores quirografários, a ordem para pa-

gamento, de acordo com o tempo do nascimento do direito pignoratício processual de cada credor». «*Prior tempore potior iure*» (Humberto Theodoro Júnior — Processo de Execução, fls. 261, 6ª Edição — LEVD).

A compra nestas condições é irregular e o comprador tem as vias próprias para ressarcir-se».

A transcrita decisão, a meu ver, não está correta. Com efeito, antes da publicação do edital de arrematação, ocorrida em 17-2-86, certificara o Oficial de Justiça em 12-2-86 (fls. 65):

«Deixei de constatar o objeto penhorado, uma vez que fui informado pelo depositário de que referido bem foi objeto de arrematação em processo que tramita perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível».

Em tal contexto, resulta que o MM. Juiz prolator da decisão agravada está a admitir a validade da arrematação de bem que, segundo era do seu conhecimento, já havia sido penhorado e arrematado em outra execução. No entanto, há de se convir que a segunda arrematação é nula. A regra, segundo a qual quem penhora primeiro recebe primeiro (*prior tempore potior iure*), não tem o condão de respaldar a realização de duas arrematações de um bem objeto de duas penhoras, efetivadas por determinação de Juizes diferentes. Em tal caso, há de ocorrer apenas uma arrematação e o seu produto é que há de ser distribuído com observância da prioridade da penhora, ressalvadas as preferências decorrentes do direito material. É o que se depreende dos arts. 612, 613 e 711 do CPC., dispondo este último:

«Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal de preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade da penhora».

Em outras palavras: à vista dos princípios que informam a Lei Processual, sendo o mesmo bem penhorado em juízos diferentes, deve prevalecer a primeira arrematação efetivada, mesmo que decorrente de ato construtivo que não o primeiro. O produto da arrematação é que há de ser distribuído com observância da anterioridade das penhoras, respeitadas as preferências fundadas no direito material, das quais, na espécie, se beneficia a União Federal (CTN, art. 187, parágrafo único).

Em tal panorama, resulta que a prova da propriedade dos bens penhorados não é necessária ao deslinde deste agravo, ao contrário do que sustenta o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Com efeito, a decisão agravada nada decidiu quanto à referida questão. Fundou-se, apenas, na regra da prioridade da penhora, argumento que não pode ser acolhido, consoante reconhece aquele douto pronunciamento, ao dizer (fls. 160):

«Contudo, parece-nos que deve prevalecer a arrematação levada a efeito na execução fiscal da Fazenda Nacional, por ser anterior à efetivada no novo processo do IAPAS; eis que os leilões realizados no primeiro processo da autarquia sempre resultaram negativos por falta de licitantes».

Isto posto, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 54.121 — SP — (Reg. nº 9.718.478) — Rel.: Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Agravante: Ubirajara da Silva Rondon. Agravado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advogados: Dr. José Paulino Franco de Carvalho (Agrte.) e Dr. Oswaldo Denis e outro (Agrdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 25-4-88 — 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.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.128 — RJ
(Registro nº 880.003.171-4)

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

Agravantes: *Mauro de Araújo Fonseca e outros*

Agravado: *INPS*

Advogados: *Drs. Mauro Roberto Gomes de Mattos e outros (Agrtes), Drs. Nivalda de Santana Araújo e Martins e outro (Agrdo)*

EMENTA: Processo Civil. Competência. Ação contra o INPS. Litisconsórcio.

I — As ações contra o INPS podem ser propostas no Rio de Janeiro, onde mantém sede provisória, nos termos da Lei nº 6.439/77, além do que, no caso de ação proposta por litisconsortes domiciliados em diferentes unidades da federação, é competente o foro federal do domicílio de qualquer deles, na linha do decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no RE 94.024-8-RS.

II — Agravo a que se dá provimento.

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, 23 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Mauro de Araújo Fonseca e outros ajuizaram ação contra o Instituto Nacional de Previdência Social no foro federal do Rio de Janeiro, tendo a autarquia oposto exceção de incompetência, em relação aos autores domiciliados em outras unidades da federação.

Acolhida a exceção pela r. decisão trasladada à fl. 19, destes autos, agravaram os exceptos, sustentando, preliminarmente, a intempestividade da exceção.

Formado o instrumento e contraminutado o agravo, restou mantida a r. decisão agravada, subindo então os autos a este Tribunal.

Este o relatório.

EMENTA: Processo Penal. Competência. Ação contra o INPS. Litisconsórcio.

I — As ações contra o INPS podem ser propostas no Rio de Janeiro, onde mantém sede provisória, nos termos da Lei nº 6.439/77, além do que, no caso de ação proposta por litisconsortes domiciliados em diferentes unidades da federação, é competente o foro federal do domicílio de qualquer deles, na linha do decidido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no RE 94.024-8-RS.

II — Agravo a que se dá provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A preliminar aventada pelos agravantes não tem acolhida nesta Turma, que, em reiteradas decisões, firmou o entendimento de que o prazo da exceção de incompetência é o mesmo da contestação.

Quanto ao mérito, reporto-me aos fundamentos do voto que proferi no Agravo de Instrumento nº 53.990-RJ, que passo a ler e cuja cópia farei juntar.

Isto posto, dou provimento ao agravo. É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O agravo é tempestivo, pois o despacho trasladado à fl. 13, destes autos, deferiu requerimento de devolução de prazo formulado pelos agravantes.

No mérito, a matéria não mais comporta discussão. Além de o INPS manter provisoriamente a sua sede no Rio de Janeiro, nos termos da Lei nº 6.439, de 1977, no caso de ação proposta por litisconsortes domiciliados em diferentes unidades da federação, é competente o foro federal do domicílio de qualquer deles, como assentou o colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 94.024.8-RS.

De qualquer modo, haveria, no mínimo, competência concorrente, segundo o princípio da Súmula nº 204, deste Tribunal.

Do exposto, dou provimento ao agravo. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 55.128 — RJ — (Reg. 880.003.171-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Agrtes: Mauro de Araújo Fonseca e outros. Agrdo: INPS. Advs.: Drs. Mauro Roberto Gomes de Mattos e outros (Agrtes) e Drs. Nivalda de Santana Araújo e Martins e outro (Agrdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (1ª Turma. 23-2-88).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 55.602 — PB
(Registro nº 8.854.749)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Agravante: *INCRA*

Agravado: *Humberto Soares de Oliveira*

Advogados: *Drs. João Luis Colares Sarmento e outros e Paulo Américo Maia de Vasconcelos e outros*

EMENTA: Desapropriação. Reforma agrária. Cautelar.

Salvo casos excepcionais, não se deve obstar seja intentada a ação de desapropriação com a consequente imissão na posse pois, a ser de modo diverso, frustrar-se-á a lei que estabelece que esta seja determinada em 24 horas após ajuizada a ação, além de tornar letra morta o disposto no artigo 9º e no parágrafo único do artigo 14 do Decreto-Lei nº 554.

Demonstrado, entretanto, que o imóvel estava classificado como empresa rural, tendo sofrido desclassificação, feita unilateralmente pelo INCRA, ato este que foi impugnado na via administrativa, sem que tenha havido decisão, recomenda-se a liminar para sustar a desapropriação.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 13 de abril de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária apresentou agravo de instrumento, visando a reformar decisão que determinou a suspensão de ação expropriatória movimentada contra Humberto Soares de Oliveira. Alega, em substância, que o processo de expropriação tem caráter executivo, nele não se podendo discutir mais que o preço a ser pago. Se vier a ser demonstrado, em ação própria, que o imóvel está organizado como empresa rural, caberá ao expropriado pleitear pagamento em dinheiro, em lugar de títulos da dívida agrária.

A decisão foi mantida e subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A propósito do tema — cautelar tendente a obstar o ajuizamento de expropriação — já tive ocasião de pronunciar-me nos termos seguintes:

«Intentada a ação expropriatória, o Juiz haverá de, em quarenta e oito horas, se não o fizer de plano, determinar a expedição de mandado para imissão na posse e de transcrição no registro de imóveis. Para proferir esta decisão, verificará se a inicial encontra-se em termos e adequadamente instruída, consoante determina o artigo 6º do Decreto-Lei nº 554/69. No curso da ação, além da regularidade do processo, não se questionará senão quanto ao valor da indenização a ser pago. Quaisquer outras matérias haverão de ser apreciadas em ação direta. Este o esquema legal do processo em exame, basicamente aplicável tanto às desapropriações por utilidade pública como por interesse social, para fins de reforma agrária.

Ocorre que, neste segundo caso, como sabido, a indenização correspondente à terra nua far-se-á em títulos da dívida agrária e, por isso mesmo, resritas às hipóteses em que lícita a adoção desse caminho. Daí a pretensão dos proprietários, deduzida em numerosos processos, de obstar a desapropriação, a fundamento de que ausente pressuposto que a autorize.

Verifica-se, claramente, a necessidade de se conciliar dois interesses legítimos. De um lado, afastarem-se maiores delongas no processo expropriatório. E a lei ampara decididamente este valor. De outro, não atropelar o direito do proprietário de não ver consumir-se a desapropriação, em hipótese inadmitida por lei.

Visando a resguardar este direito, têm sido ajuizadas cautelares, tendentes a impedir seja intentada a expropriatória. A medida é legítima. Entretanto, seu deferimento, notadamente liminar, há de ser feito com certos cuidados, pena de violentar-se o primeiro dos interesses apontados e que a lei abriga de maneira muito evidente. A concessão da liminar pode levar a que demande anos uma providência que, nos termos do ordenamento vigente, há de fazer-se em quarenta e oito horas. Conduz, outrossim, a tornar letra morta o parágrafo único do artigo 14, bem como o artigo 9º do Decreto-Lei nº 554. Matéria que sequer pode ser discutida na ação de desapropriação passa a constituir pressuposto da própria admissibilidade desta.

Dentro desse quadro, considero que não se há de deferir liminar quando não apresente de logo como razoavelmente bem fundada a pretensão. Assim, se a parte puder demonstrar que o imóvel encontrava-se classificado como empresa rural; ou quando tiver havido desclassificação para latifúndio por exploração, sem observância das formalidades exigíveis.»

No caso em exame, o imóvel encontrava-se classificado como empresa rural e foi, unilateralmente, desclassificado pelo INCRA. Não se conformou o proprietário com essa decisão e recorreu administrativamente, recurso não decidido. Isto o que foi relatado nos autos e não sofreu contestação. Em tais circunstâncias, recomendava-se liminar que subsistirá, em princípio, até o julgamento da cautelar.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 55.602 — PB — (Reg. nº 8.854.749) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Agrte.: INCRA. Agrdo.: Humberto Soares de Oliveira. Adv.s.: Drs. João Luís Colares Sarmiento e outros e Paulo Américo Maia de Vasconcelos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (6ª Turma — em 13-4-88).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Euclides Aguiar e Carlos Velloso. Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 56.217 — RS
(Registro nº 880.018.087-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Otto Rocha*

Agravante: *INPS*

Agravado: *Olavo Fontes da Silva*

Advogados: *Drs. Maria de Lurdes Pinto C. Silva e outra e Darcy Mezzomo*

EMENTA: Processual. Perícia.

O deslinde das ações de reajustes de proventos propostas contra a Previdência Social prescinde de provas periciais, especialmente as contábeis.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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, 10 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente/Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OTTO ROCHA: O Instituto Nacional da Previdência Social agravou de instrumento, inconformado com o despacho que rejeitou o requerimento de perícia contábil formulado nos autos da ação ordinária de reajuste de proventos que lhe move Olavo Fontes da Silva.

Sustenta que a demonstração de inexistência do prejuízo alegado pelo Autor somente pode ser apurada mediante perícia contábil, oportunamente requerida e indeferida pelo MM. Juiz *a quo*.

Oferecida contraminuta, o ilustre julgador de primeiro grau manteve o despacho recorrido e determinou a remessa dos autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Tenho sempre decidido que o deslinde das ações de reajuste de proventos propostas contra a Previdência Social prescinde de provas periciais, especificamente as contábeis.

Neste sentido, tem-se manifestado o Tribunal em inúmeros casos, dentre os quais destaca:

«Previdenciário. Reajustamento de benefícios. Prova pericial. Desnecessidade. Agravo de instrumento.

A questão sobre reajustamento de benefícios de aposentadoria previdenciária cabe solucionar mediante a aplicação das regras de direito apropriadas, não se apresentando necessária a produção de prova pericial, se não e, eventualmente, no momento da liquidação». (AI 52.229-SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. pub. no *DJ* de 28-5-87).

«Previdenciário. Proventos. Reajuste. Cálculo.

1. Tratando-se de matéria de direito, é dispensável a perícia contábil, até porque se tem conhecida a ilegalidade dos critérios aplicados.

2. Os proventos de aposentadoria não podem ser reduzidos em razão da aplicação de cálculos atuariais que obedeçam a critérios administrativos sem qualquer respaldo legal.

3. Correção monetária na forma da Lei nº 6.899/81.

4. Os juros moratórios contam-se a partir da citação.

5. Agravo retido improvido.

6. Apelação parcialmente provida». (AC 120.241-SP, Rel. Min. Geraldo Fonteles, ac. pub. no *DJ* de 19-2-87).

Com estas breves considerações, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. 56.217 — RS — (Reg. nº 880.018.087-6) — Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Agrte: INPS. Agrdo: Olavo Fontes da Silva. Advs.: Drs: Maria de Lurdes Pinto C. Silva e outra e Darcy Mezzomo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (2ª Turma — 10-5-88).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Edson Vidigal votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.769 — DF
(Registro nº 3.225.968)

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

Apelante: *Orequim — Organização Reunida Química Nacional Ltda.*

Apelada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Dr. Moyses Coelho e outro, Dr. Paulo Roberto Baeta Neves e outros*

EMENTA: Comercial. Cheque. Exigência de mandato escrito, com poderes especiais e expressos, para sua emissão.

Cheques emitidos por gerente de empresa, constituído procurador com poderes gerais de administração e mais os de receber importâncias em dinheiro ou em cheques. Excesso de mandato. Responsabilidade do estabelecimento de crédito (Caixa Econômica Federal) pelos saques e pagamentos indevidos a débito do correntista.

Provimento do apelo da autora, para julgar-se procedente a ação de indenização, nos termos do pedido.

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 provimento à apelação, para reformar a sentença, e julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A sentença, da lavra do então Juiz Federal Ilmar Nascimento Galvão, hoje Ministro desta Corte, assim relata e aprecia a espécie:

«OREQUIM — Organização Reunida Química Nacional Ltda., firma estabelecida em São Paulo-SP, ajuizou a presente ação contra a Caixa Econômica Federal, alegando, em suma, que:

a) por instrumento de mandato de 29 de junho de 1970 constituiu seu procurador, para que a representasse nesta Capital, o Sr. Muriel de Gracia Braz;

b) entre os poderes outorgados não se incluíam «os especiais para abertura de conta bancária, emissão de cheques, o lançamento de endosso, enfim, a movimentação de fundos bancários»;

c) apesar disso, o aludido mandatário abriu conta na Caixa Econômica Federal — Filial de Brasília (Ag. México — Rua da Igrejinha) e passou a movimentá-la, tendo-se apoderado da importância de Cr\$ 39.145,26, de propriedade da suplicante;

d) tendo a R. permitido que o referido gerente movimentasse a aludida conta corrente sem que para isso tivesse poderes, tornou-se solidariamente responsável pela reparação dos danos sofridos pela A.

Pediu fosse a R. condenada a repor a importância indevidamente sacada, com correção monetária, juros de mora, custas e honorários advocatícios na base de 20%.

Inicial instruída (fls. 5/11).

Contestou a R. (fls. 16/21), dizendo, em síntese, que a quantia objeto desta ação está sendo cobrada pela A., simultaneamente, do seu ex-gerente, por meio de uma ação ordinária de indenização e de uma ação cominatória de prestação de contas, ajuizadas na 2ª Vara Cível local, e, ainda, através de uma reclamação trabalhista, o que constitui abuso de direito; e que o mandato outorgado ao referido senhor pela A. se aplicava a todos os negócios da constituinte, porquanto encerrava poderes de administração, o que se confirma pelo fato de tratar-se de pessoa encarregada da gerência de sua filial, a quem competia receber importâncias em dinheiro ou cheque e retirar ordens de pagamento.

Resposta igualmente instruída (fls. 22/37).

A pedido da A. foi requisitado à Caixa Econômica Federal o processo administrativo relativo ao fato, cujas peças principais foram trasladadas para os autos (fls. 57/76).

Saneador irrecorrido (fls. 80vº).

Na audiência (fls. 97 e vº), nenhuma prova foi aduzida, havendo as partes se reportado às razões anteriormente expandidas.

A Procuradoria da República oficiou no feito (fls. 88), opinando por sua improcedência.

É o relatório.

Como se afirma na inicial, Muriel de Gracia Braz foi nomeado pela A. seu representante em Brasília, ocasião em que, por meio de instrumento de mandato (fls. 6), outorgou-lhe

«...amplos poderes para o fim especial de, em nome da outorgante, receber importâncias em dinheiro ou em cheques, retirar ordens de pagamento, dando a respectiva quitação; participar de concorrências públicas, retirar impressos e formulários; inscrever a firma nos cadastros de fornecedores, pagar e levantar cauções, fazer contratos de locação, comercial e residencial, requerer concessão de telefone na companhia telefônica; representar a outorgante perante repartições públicas e autarquias em geral, enfim, praticar todos os demais atos necessários ao fiel e cabal desempenho do presente mandato, o que tudo darão por bom, firme e valioso.».

Trata-se, como se vê, de mandato conferido em termos gerais, para a prática de todos os atos inerentes à função de representante, ou gerente.

Pelos termos em que foi redigida a procuração, depreende-se que a representação, no caso, envolvia as mais amplas atribuições, autorizando o seu titular a participar de concorrências públicas, desde a elaboração das propostas e pagamento de cauções, até o recebimento do preço cotado, fosse ele pago em dinheiro, em cheque ou em ordem de pagamento.

Aliás, segundo informou a R. (fls. 64), a conta bancária em referência foi aberta justamente para acolher uma ordem de pagamento emanada do Ministério da Aeronáutica.

Vale dizer que inexistia qualquer restrição acerca do manuseio e utilização de dinheiro, por parte do citado gerente.

Segundo ensina Carvalho Santos, apoiado em Cunha Gonçalves, Aubry et Rau, Baudry-Wohl e Gama (Cód. Civil Brasileiro Interpretado, vol. 18, pág. 160), todos os atos, até mesmo de alienação, desde «que sejam inerentes à administração, não requerem poderes especiais e expressos, podendo perfeitamente o mandatário geral praticá-los no exercício de sua administração normal».

A abertura e movimentação de conta bancária, nesse caso, se inseria perfeitamente na esfera dessa atribuição, porquanto não seria razoável admitir-se que um gerente ou representante pudesse receber o dinheiro de sua empresa e guardá-lo consigo, utilizando-o em pagamentos diversos, feitos em espécie, e não pudesse depositá-lo em banco, efetuando os pagamentos necessários por meio de cheque.

Ressalta, de logo, a vantagem que essa segunda modalidade de operação traria para a empresa, por possibilitar um rígido controle da movimentação do dinheiro.

De outra parte, está mais do que evidente que o prejuízo sofrido pela A. não teria sido evitado se a Caixa Econômica houvesse deixado de acolher em conta corrente, como fez, a ordem de pagamento do Ministério da Aeronáutica, sendo certo, ao revés, que o pagamento da quantia correspondente, ao gerente da A., permitido no instrumento de mandato, só concorreria para facilitar a prática de seus desígnios malsãos.

Não há que se falar, assim, em excesso de mandato, mas de exercício de poderes de administração, o que exclui a responsabilidade da ré pelos ilícitos praticados pelo Gerente da A.

É de consignar-se que, contrariamente ao que afirma o R., o ajuizamento da presente ação não impedia que, ao mesmo tempo, fosse o aludido gerente demandado com o mesmo objetivo, perante o juízo competente, face ao princípio que rege a solidariedade.

Ex positis,

Julgo improcedente a ação.

Condeneo o A. nas custas e em honorários de advogado, que fixo em 20% do valor da causa.»

Inconformada, apelou a autora pedindo a procedência da ação. Sustenta, em síntese, a inexistência de poderes expressos, no mandato conferido ao seu gerente, para movimentar contas bancárias.

Contra-razões às fls. 117/121.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Comercial. Cheque. Exigência de mandato escrito, com poderes especiais e expressos, para sua emissão.

Cheques emitidos por gerente de empresa, constituído procurador com poderes gerais de administração e mais os de receber importâncias em dinheiro ou em cheques. Excesso de mandato. Responsabilidade do estabelecimento de crédito (Caixa Econômica Federal) pelos saques e pagamentos indevidos a débito do correntista.

Provimento do apelo da autora, para julgar-se procedente a ação de indenização, nos termos do pedido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A autora, como se viu pelos termos da sentença, transcrita no relatório, outorgou ao seu gerente, Muriel de Graça Braz, por escritura pública, procuração para

«receber importâncias em dinheiro ou em cheques, retirar ordens de pagamento, dando a respectiva quitação, ...representar a outorgante perante repartições públicas e autarquias federais...»

Não consta do texto poderes expressos para emissão de cheques. E não creio que esses poderes possam considerar-se implícitos no de receber importâncias em dinheiro ou em cheques, já que os atos deles resultantes se distinguem nitidamente destes últimos. Uma coisa é o recebimento de importâncias em cheques, em dinheiro ou em ordens de pagamento devidos à empresa de que o mandatário é gerente ou administrador; outra, bem diversa, é a movimentação, por meio de emissão de cheques, da conta bancária da empresa. Na primeira hipótese, os atos se inserem nos poderes gerais, praticados em benefício da empresa, no âmbito da simples administração ordinária. Um servidor subalterno, um simples caixa, comumente os tem. Na segunda hipótese — emissão de cheques contra a conta bancária da empresa —, pelos maiores riscos que apresenta, é prática diametralmente oposta ao simples *recebimento de valores*. Sobreexcede à administração ordinária, exigindo poderes especiais expressos, na lição de Washington de Barros Monteiro («Curso de Direito Civil», 21ª edição, 1987, vol. V, pág. 255).

No âmbito do Direito Comercial não é diferente, conforme se extrai de Waldemar Ferreira:

«Abrange o mandato geral todos os atos de gerência, conexos e consequentes, segundo se entende e praticam os comerciantes, em casos semelhantes, no lugar em que se executa. Confere ele, em suma, poderes de administração. Na generalidade dos poderes, não se compreendem os de alhear, hipotecar, assinar fianças, transações, compromissos de credores ou concordatas, entrar em companhias ou sociedades. Nem os demais atos para os quais se exigem poderes especiais. Os atos exorbitantes da administração ordinária, ou seja, de disposição, dependem de poderes especiais e expressos. Assim, para sacar, endossar, aceitar ou avalizar letras de câmbio, notas promissórias ou títulos de idêntica natureza. Em tais casos, é indispensável mandato especial.» («Instituições de Direito Comercial», Freitas Bastos, 1953, 3ª vol., pág. 390).

A emissão de cheques está, obviamente, incluída nessa exigência.

Não me impressiona, *data venia*, o argumento da sentença, de que, se o gerente podia receber dinheiro da empresa e utilizá-lo em pagamentos diversos, deveria também poder depositá-lo e emitir os cheques para saques (fls. 110). Esse argumento prova em demasia, pois o Caixa de uma empresa normalmente recebe valores, mas nem por isso está automaticamente autorizado a emitir cheques em nome da empresa.

A Caixa não impugnou o montante de Cr\$ 39.145,26, relativo aos cheques sacados pelo mandatário com excesso de poder.

Ante o exposto, com apoio no art. 429 do Código Comercial e no art. 934 do Código Civil, declaro de nenhum efeito, em relação à autora, os saques realizados em sua conta. Dou, portanto, provimento ao apelo da autora, para julgar procedente a ação nos termos do pedido.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.769 — DF — (Reg. nº 3.225.968) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: OREQUIM — Organização Reunida Química Nacional Ltda. — Apda: Caixa Econômica Federal — CEF. Advs.: Drs. Moyses Coelho e outro, Paulo Roberto Baeta Neves e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente a ação. (Em 29-9-87 — 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 CÍVEL Nº 74.928 — RJ
(Registro nº 2.626.543)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*
Apelante: *César Pires Chaves*
Apelada: *União Federal*
Advogados: *Dr. José de Aguiar Dias e outros*

EMENTA: Processual Civil. Ação declaratória. Objeto e cabimento.

Pessoa punida com aposentadoria pelo AI/5. Pretensão a obter pública afirmação de sua probidade e outros atributos pessoais.

Ausência de litígio ou dúvida concreta para solução de controvérsia, a exigir pronunciamento do Judiciário sobre o pedido, assim como formulado.

Carência de ação.

Recurso 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, 29 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: César Pires Chaves, por seu ilustre advogado, José de Aguiar Dias, propôs ação declaratória contra a União Federal, alegando em síntese haver sido aposentado com base no Ato Institucional nº 5 no cargo de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, do qual foi Presidente, de 1963 a 1967.

Em consequência disso, passou a sofrer, por parte de «espíritos timoratos ou crédulos», influenciados por rumores malévolos, que atribuíam aos cassados condutas funcionais divorciadas dos deveres do seu ofício, tratamento menos delicado e até hostil, «como foi o caso de pessoa por ele amparada e que, ingratamente, pretendeu chamá-lo a contas que não devia».

Vítima desse clima, sofreu violento abalo em sua saúde, daí resultando sua incapacitação para o trabalho intelectual que até então vinha exercendo.

E formula o pedido nestes termos:

«Diante desses efeitos, no juízo de terceiros, da medida que sofreu, aliás não precedida do processo previsto pela própria legislação excepcional, quer o Suplicante que, por meio desta ação declaratória, fique assentado o seu conceito moral e funcional, tomado no depoimento de seus pares, de advogados, membros do Ministério Público e de jurisdicionados, em desmentido àquele temerário julgamento.

Para que assim se julgue, requer a citação da União Federal, na pessoa de seu representante legal, para que venha acompanhar a presente ação em todos os seus termos até final sentença, em que seja assegurado ao Suplicante plena e pública afirmação de sua probidade, de sua capacidade intelectual, de sua pontualidade, de sua rigorosa exação no cumprimento dos deveres de seu cargo, a ponto de ser consagrado como juiz e publicista dos mais eminentes, no campo do Direito do Trabalho. Em caso de contestação ao pedido, requer a condenação da contestante em custas e honorários de advogado.»

Contestando a ação, a União argüiu prescrição, ausência de interesse de agir, ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica do pedido, requerendo a carência de ação ou a extinção do processo.

Houve réplica (fls. 58/64).

Especificadas as provas, proferiu o MM. Juiz a sentença, julgando o autor carecedor da ação, com a condenação nas custas e honorários, *in verbis*:

«.....

Embora o exame das preliminares relacionadas com os pressupostos e as condições de exercício da ação declaratória tenha precedência sobre a alegação de prescrição, esta é manifestamente imprecendente. Pontes de Miranda (Tratado das Ações — Tomo II — Ações Declarativas) não deixa qualquer dúvida ao afirmar que «a ação declaratória típica é imprescritível». As poucas exceções, arroladas em casos especiais por aquele ilustre jurista, servem apenas para confirmar o «princípio da imprescritibilidade» da ação declaratória típica, também reconhecido por Celso Agrícola Barbi (Ação Declaratória Principal e Incidente), citando a lição de juristas estrangeiros do porte de Chioven- da, Liebmann e Ferrara.

Com relação às demais preliminares, deve ser apreciada, com prioridade, a alegação de impossibilidade jurídica do pedido do Autor, que pretende lhe seja assegurada, por sentença, «plena e pública afirmação de sua probidade, de sua capacidade intelectual, de sua pontualidade, de sua rigorosa exação no cumprimento dos deveres de seu cargo, a ponto de ser consagrado como juiz e publicista dos mais eminentes, no campo do Direito do Trabalho».

Data venia do ilustre patrono do Autor, não conseguiu abstrair do pedido, acima formulado, a *relação jurídica a ser declarada*, porque, na realidade, o objeto da ação não ultrapassa o mundo fático, ou o simples registro das ocorrências relativas à vida funcional do Autor, pautada, como ele afirma, de honradez, competência e exação funcional.

Com relação à honra alheia, existe um dever de abstenção de conceito depreciativo, cuja transgressão pode ser sancionada com penalidades de natureza criminal (ou mesmo cível — indenização por danos morais); mas nenhuma lei obriga a quem quer que seja, nem mesmo o próprio Estado, a reconhecer os méritos ou as virtudes de qualquer cidadão, ou de funcionário público. Ainda no caso de promoção por merecimento, a avaliação é feita por critérios muitas vezes subjetivos da autoridade administrativa, não importando em desmerecimento para o servidor preterido.

Quanto à vida funcional do Autor, nada mais lhe deve o Estado, se for requerida, do que uma certidão de seus assentamentos, em que se encontram registradas todas as ocorrências relevantes para o serviço público, tais como os atos de nomeação, posse, promoção etc. Tais assentamentos resumem-se, assim, em *atos* ou *fatos*, cuja existência não pode ser objeto de ação declaratória.

Além disso, não foi ao Estado, ao Governo, mas a um terceiro — desafeto seu —, que o Autor atribuiu assaque à sua honra, mediante especulações quanto às razões políticas do ato que o aposentou no cargo de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho do antigo Estado da Guanabara. Como «a ação deve ser dirigida contra aqueles em face dos quais a *res judicata* precisa produzir efeitos», a sentença, que for proferida, seria inócua em face daquele terceiro, que é estranho à relação processual.

Não pretenda o Autor induzir da colocação rigorosamente técnica dada à questão, em exame, insensibilidade ou indiferença deste Juízo a seu drama pessoal, que reflete a crise institucional de que o País procura emergir, após um longo período de hibernação da consciência jurídica nacional, em que se relegaram a um plano secundário os direitos humanos, substituindo-se por critérios políticos de conveniência e oportunidade os valores eternos da Justiça. Se ao Autor foi negada qualquer oportunidade de defesa, subtraindo-se o ato de sua aposentadoria ao controle jurisdicional, a única resposta do Poder Judiciário, usurpado em sua competência, será o perpétuo silêncio sobre tais ações, a que o próprio Governo se incumbiu de dar solução política, através da anistia de que trata a Lei n.º 6.883/79.

Em conclusão, como o Autor, para defender sua honorabilidade pessoal, que estaria sendo objeto de especulações malévolas e maledicentes por parte de terceiro, pretende sejam afirmados *atos* e *fatos* relacionados com sua vida funcional de magistrado da Justiça do Trabalho, não ficou evidenciada a relação jurídica pela qual a União Federal esteja obrigada a reconhecer ou a declarar quaisquer *atos* ou *fatos* além dos constantes dos assentamentos funcionais do Autor e que lhe devem ser fornecidos, por meio de certidão, se requerida, na forma da lei (art. 153, § 35, da Constituição Federal).

Não concorrendo, assim, uma das condições da ação, qual seja a possibilidade jurídica do pedido, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Isso posto, julgo o Autor carecedor da ação declaratória, condenando-o no pagamento das custas e da verba advocatícia, esta fixada, mediante apreciação equitativa, em Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros).»

Inconformado, recorre o autor, sustentando textualmente o seguinte:

«2. Quanto à carência de ação, assenta-a o douto juiz *a quo* na impossibilidade jurídica do pedido, que envolveria atos e fatos, que a Ré não está obrigada a declarar, bastando, no tocante à vida funcional, que o interessado solicite certidão às repartições competentes.

3. Não obstante sua aguda perspicácia, não alcançou o dr. juiz o verdadeiro objeto do pedido, que visou à declaração do seu conceito, da sua reputação, o que envolve a sua honra pessoal e funcional. É claro que, para chegar a essa definição, há que examinar fatos. Mas o que a ação declaratória não permite é o accertamento de *simples fatos*, isto é, dos fatos em si, como fim da declaração e não como elementos componentes da relação jurídica, mediante os quais essa relação se configura.

4. Apesar de sensível ao drama alheio, o ilustre dr. juiz não o sofreu. Dai, não perceber a importância do rumor desairoso criado pelas chamadas cassações e divulgado pelos espíritos malévolos, ferindo o pundonor dos que,

de consciência limpa, não podiam, todavia, opor aos detratores o firme desmentido que só uma declaração judicial poderia estabelecer. Não estando o ato sujeito à apreciação judicial, essa imunidade não alcançava os seus motivos, tanto assim que, em caso recente, um órgão da Justiça Militar divulgou o caso de pessoa punida por prática de corrupção. Não tendo em sua oposição ao pedido a Ré alegado a menor justificativa para a punição do Apelante, implícita, mas indiscutivelmente, reconheceu que ela se deu por motivo de conveniência política, esta, sim, imune à apreciação judicial.

5. A alusão à chamada anistia não foi feliz. Ela visou precipuamente aos crimes praticados em nome e com visível abuso dos apregoados propósitos do movimento de 1964. É claro que ela cobriu, além da repressão, a insurreição infanto-juvenil que ela venceu. Mas essa anistia não reveste o menor sentido em relação aos que foram atingidos pelos Atos Institucionais sem que se lhes imputasse a menor atividade subversiva, corruptora ou corrompida, salvo se se levar a sério a denúncia anônima, a acusação caluniosa, a falsa imputação, nenhuma delas apurada, nenhuma delas apresentada à confutação das vítimas.

6. A sentença apelada não soube, *data venia*, ir além da tecnicidade. Contradizendo a sua sensibilidade, que é o apanágio maior dos que têm por missão distribuir justiça, o douto Juiz *a quo* deixou que ela fosse superada pela sua própria negação, que é o exagero formalístico.

7. A questão requeria entendimento menos tímido e mais solidário, sem sacrifício da imparcialidade do juiz. Esse entendimento consistia em perceber que o objetivo do Apelante era obter uma verdadeira definição do sentido de sua cassação, inspirada em conveniência de ordem política e não em motivo que compromettesse a sua dignidade.

8. Não sendo duvidoso que a declaratória é viável, desde que, sem ela, o autor sofreria um dano injusto, como a ameaça, ainda que difusa, aos seus sentimentos morais, como ensinam os especialistas, entre eles avultando Celso Agrícola Barbi, cuja lição ficou transcrita em nossa réplica, espera o Apelante a reforma da decisão recorrida, para que se complete uma obra de

Justiça.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 1981.

José de Aguiar Dias».

Nesta instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Nélson Parucker, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, digno Subprocurador-Geral da República, pela confirmação da sentença.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Processual Civil. Ação Declaratória. Objeto e cabimento.

Pessoa punida com aposentadoria pelo AI/5. Pretensão a obter pública afirmação de sua probidade e outros atributos pessoais.

Ausência de litígio ou dúvida concreta para solução de controvérsia, a exigir pronunciamento do Judiciário sobre o pedido, assim como formulado.

Carência de ação.

Recurso improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Objeto da ação declaratória é uma *relação jurídica*, não mera questão de direito ou a existência de um fato (Celso Agrícola Barbi, *Comentários*, Forense, 1986, V. I, pág. 64).

No caso em exame, o autor foi aposentado, por Decreto de 9-5-69, com base nos §§ 1º e 2º do art. 6º do Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, sem especificação dos motivos da punição revolucionária, como sempre ocorria nessa hipótese (cf. Decreto de fls. 8).

No primeiro «considerando» desse Ato Institucional, fala-se no combate à subversão e na «luta contra a corrupção», do que resulta que as punições excepcionais, então instituídas, tinham um ou outro desses fundamentos, conforme, aliás, propalava-se, publicamente, na época.

Como, entretanto, o ato punitivo não indicava a sua motivação e as investigações sumárias eram sigilosas, podia pesar sobre a pessoa do punido o atributo dubitativo de ser «subversivo» ou «corrupto», o que, evidentemente, causar-lhe-ia dano se ocorresse a eventual difusão errônea da segunda hipótese, sensivelmente mais grave, tal como se afirma na inicial.

Portanto, quisesse o autor, na inicial, esclarecer unicamente a causa verdadeira da punição — se por corrupção ou por razões políticas —, como sugere, agora, no recurso, não me furtaria a reexaminar, nessa hipótese, o cabimento da declaratória para esclarecimento de um ato que, segundo alega, afetou-lhe a vida profissional, ante o impacto negativo sobre sua boa imagem e reputação com a difusão de suspeita, que reputa infundada, sobre prática de corrupção.

Tal punição não implicaria em apreciação ou revisão judicial do ato, ainda vedada (art. 11 do AI/5, 181 da Constituição e 3º da Emenda nº 11) e diria respeito ao componente de uma relação jurídica — a causa do ato punitivo.

Não obstante, *na inicial*, pede o autor coisa bem diversa, ou seja: «plena e pública afirmação de sua probidade, de sua capacidade intelectual, de sua pontualidade, de sua rigorosa exação no cumprimento dos deveres, a ponto de ser consagrado como juiz e publicista dos mais eminentes, no campo do Direito do Trabalho» (*sic*).

Cuida-se, pois, de declaração de meras questões de fato em torno da conduta ou da reputação do autor. E, para tanto, não me parece, com efeito, adequada a ação declaratória, pois não se apresenta um litígio ou dúvida concreta para solução de controvérsia, a exigir do Judiciário pronunciamento sobre esses atributos pessoais do autor.

Considere-se, por outro lado, que na área legislativa, têm os punidos por atos de exceção encontrado reparações de ordem moral e material, com sucessivas anistias, de que é exemplo mais recente a concedida pela Emenda Constitucional nº 26/85, art. 4º e §§.

Tais atos legislativos estão a dizer, claramente, que aquelas punições se consideram inexistentes frente ao ordenamento jurídico brasileiro, com o evidente propósito de remover os males por elas causados aos punidos.

O mais, ou seja, a reputação, considerada esta como o conceito favorável, a estima, o apreço, o respeito que certa pessoa goza no meio social e familiar, é bem que o ordenamento jurídico tutela, mas não ordena seja declarado por sentença judicial, sem outro objetivo que não o de só obter uma «plena e pública afirmação de probidade».

Neste terreno, os atributos de cada um, os trabalhos que tenha realizado, os serviços que haja prestado, sua conduta social, tudo isso fala por si mesmo, independentemente da coleta de provas em juízo, quase sempre incompletas e fragmentárias.

Pelas razões expostas, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.928 — RJ — (Reg. nº 2.626.543) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: César Pires Chaves. Apda.: União Federal. Advs.: Dr. José de Aguiar Dias e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 29-9-87 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.368 — RJ
(Registro nº 2.534.940)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo

Apelante: *Sebastião Alves Batal*

Apelada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Walter Guimarães de Moraes, Antônio Arismar Silva e outros*

EMENTA: Civil.

Repetição de indébito.

Pagamento de remuneração a servidor da Caixa Econômica Federal, além do devido.

Erro do solvens. Direito à restituição, na via cível (artigo 964 do CC), mesmo que o erro seja de direito.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A Caixa Econômica Federal ajuizou ação ordinária de ressarcimento por ato ilícito contra seu ex-empregado Sebastião Alves Batal. Alegou, em síntese, que rescindido o contrato de trabalho, por justa causa, efetuou ao empregado despedido pagamentos de salários e vantagens, além do efetivamente devido, no montante de Cr\$ 38.764,72.

Como o réu se negou a restituir dita importância, quer a autora sua condenação nesse montante, mais juros, correção e lucros cessantes.

Houve contestação e reconvenção (fls. 17/19). Alegou o réu demissão injusta, ser credor da autora, e, em reconvenção, pediu reintegração no emprego, com os consectários legais.

Saneado o feito e designada audiência, desistiram as partes da produção de outras provas (fl. 61), sobrevindo a sentença, nestes termos:

«.....

O contrato de trabalho do autor foi rescindido pela Portaria nº 1.891, de 28 de novembro de 1979, com fundamento na ocorrência da falta grave capitulada no art. 482, letra *i*, da CLT (fl. 5).

A autora alega que foram pagos ao réu, «além dos devidos, salários e vantagens indevidamente, relativos aos meses de janeiro e agosto de 1978, no total de Cr\$ 38.764,72» (fl. 6).

O réu, em sua defesa, diz que não abandonou o emprego, mas que esteve afastado por motivo de doença e que, sendo estável, não podia ser demitido sem inquérito judicial, razão pela qual pede, em reconvenção, sua reintegração no cargo.

Diga-se, desde logo, que o réu, ao optar pelo regime do FGTS, não fez qualquer ressalva quanto ao tempo de serviço anterior, renunciando, assim, à estabilidade prevista na CLT.

O empregado também não ajuizou, contra sua empregadora, reclamação trabalhista opondo-se à rescisão contratual e postulando possíveis direitos, inclusive sua reintegração ou a correspondente indenização. Conformou-se, pois, com seu despedimento.

As ininterruptas faltas ao serviço, que motivaram a rescisão do contrato de trabalho, não foram devidamente justificadas pelo empregado-réu, que não se encontrava em auxílio-doença.

O atestado fornecido por médico particular (fl. 21), não garante o direito do réu porque a autora tem serviço médico próprio e, após os primeiros quinze dias de doença, providenciaria o encaminhamento ao INPS, nos termos da lei, se fosse o caso.

O réu não impugnou, como lhe competia, os valores que lhe estão sendo cobrados e nem lhes comprovou a improcedência.

Face ao exposto,

Julgo a ação procedente, e, em consequência, improcedente a reconvenção, para condenar o réu Sebastião Alves Batal a pagar à autora Caixa Econômica Federal a quantia de Cr\$ 38.764,72, com juros e correção monetária. Condeno, ainda, o réu, nas custas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da condenação.»

Inconformado, apelou o réu, reiterando as alegações da contestação e salientando:

a) que o suposto débito é fruto de relação de trabalho, pelo que só poderia ser cobrado na via própria, não em ação ordinária; e

b) sendo servidor estável, não poderia ter sido despedido sem inquérito judicial, nos termos da legislação trabalhista.

Contra-razões às fls. 79/82.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Civil.

Repetição de indébito.

Pagamento de remuneração a servidor da Caixa Econômica Federal, além do devido.

Erro do *solvens*. Direito à restituição, na via cível (art. 964 do CC), mesmo que o erro seja de direito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Consta do processo administrativo, exibido e apensado, por xerox, aos autos, que o autor teve seu contrato de trabalho rescindido por justa causa (abandono de emprego) em 28-11-79 (Portaria 1.891/79, fls. 5).

Em 14-1-80, portanto após essa rescisão, procedeu o setor de Serviço de Folha de Pagamento da Caixa ao seguinte cálculo para acerto de contas com o servidor em causa:

«Vantagens:

Dif. Deltas s/Sal. (1-1-78 a 6-8-78)	5.409,62
Dif. Deltas s/Gratíf. Inc. Prod. 1º Sem./78	542,10
13º Salário/78 — 6/12	12.397,02
	18.348,74

Débitos:

Sal. Ago./78 (24 dias pagos indevidamente)	19.234,08
Sal. Set./78 (30 dias pagos indevidamente)	24.042,66
Gratíf. Inc. Prod. 1º Sem./78 (11 afast.)	1.347,06
13º Salário-adiantamento Fev./78	11.592,00
IAPAS-s/Dif. Deltas (1-1-78 a 6-8-78)	432,77
FUNCEF-s/Dif. Deltas (1-1-78 a 6-8-78)	105,49
IAPAS-s/Dif. Deltas-GIP 1º Sem./78	43,37
IAPAS-s/13º Salário	316,03

57.113,46

Total a Ressarcir à CEF Cr\$ 38.764,72»
(Fls. 06).

Na contestação, não impugna o réu esse cálculo, nem contesta as faltas ao serviço a partir de princípios de agosto de 1978. Opõe, entretanto, à pretensão da autora a alegação de que esteve licenciado pelo INPS, com auxílio-doença, de 5-8-78 a 4-5-79. Afirma que, ao receber alta, a autora recusou-se a admitir o seu retorno ao trabalho (fls. 17).

Embora tivesse sido muito fácil ao réu fazer prova dessa alegação, apresentou apenas o carimbo de fls. 22, sem qualquer assinatura e sem que se saiba sua verdadeira origem.

Por outro lado, é certo que, nesta ação, não se discute matéria trabalhista, mas a ocorrência de um pagamento indevido e o direito, ou não, à sua repetição.

Ora, mesmo que o réu estivesse em gozo de benefício, como alega, não estava a Caixa obrigada a pagar-lhe remuneração a partir do 16º dia do afastamento, consoante dispõe o art. 27 da atual CLPS e 79 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 73.080/79, o que também dispunha o art. 32 da CLPS aprovado pelo Decreto nº 77.077, de 24-1-76.

Assim, se houve o benefício previdenciário, enriqueceu-se o réu ilicitamente com a percepção de remuneração cumulativa com esse benefício, em prejuízo da Caixa.

Assim, nos termos do art. 964 do Código Civil, está obrigado a restituir o que indevidamente recebeu. O erro da Caixa, na efetivação das parcelas cujo retorno ora pleiteia, parece-nos evidente, pouco importando que esse erro se inclua na classificação do denominado erro de fato ou de direito, por estar excluída, no caso, a hipótese de liberalidade, ante o que consta dos autos apensados. (Consulte-se a respeito da repetição do indébito, na ocorrência de erro de direito, Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 21ª ed., 1987, 4ª v., pág. 270; J. M. Carvalho dos Santos, *CCB Interpretado*, 11ª ed., 1981, vol. XII, pág. 395).

A via própria para haver a repetição do indébito é, com efeito, a presente ação, não outra de natureza trabalhista, pois não está em questão, para o deslinde do litígio, a subsistência ou não da relação de emprego.

Ante o exposto, confirmo a sentença, esclarecendo que, por se tratar de ato voluntário da Caixa, os juros serão devidos a partir da citação, e a correção a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, por se tratar de ação proposta anteriormente.

Nego provimento ao apelo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC Nº 77.368 — RJ — (Reg. nº 2.534.940) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: Sebastião Alves Batal. Apda.: Caixa Econômica Federal. Advs.: Drs. Walter Guimarães de Moraes, Antônio Arismar Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-10-87 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 88.170 — RJ
(Registro nº 5.596.050)

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

Apelante: *DNER*

Apelada: *Empresa João Nunes da Silva — Rápido Cachoeirense*

Advogados: *Drs. Sylvio Bastos Machado, Jorge Bragança e outros*

EMENTA: Tributário. ISTR. Anistia fiscal. Decretos-Leis nºs 1.893/81 e 1.951/82. Fazenda Pública.

I — Dispensa de multas e juros de mora. Decretos-Leis nºs 1.893/81 e 1.951/82. ISTR. Abrangência.

II — Recurso desprovido.

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, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1986.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A sentença de fls. 129/130 do apenso, lavrada pelo Juiz de Direito da Comarca de Cachoeiras de Macacu-RJ, que julgou improcedentes os embargos opostos por Rápido Cachoeirense Ltda. à execução fiscal que lhe move o DNER, para haver Imposto Sobre Transporte Rodoviário (ISTR), transitou em julgado. Os autos da execução fiscal foram, então, encaminhados ao contador e os cálculos de fls. 46/47 foram homologados pela sentença de fls. 72/73.

É deste teor a sentença homologatória:

«1. O DNER ajuizou Execução Fiscal contra a Empresa João Nunes da Silva — Rápido Cachoeirense, qualificado nestes Autos, fundando-se em Certidão de Dívida Ativa, autuada que fora a Executada por falta de recolhimento do Imposto Sobre Transporte Rodoviário (ISTR), referente ao período de 1969/1974.

Com a inicial vieram as peças de fls. 5/8.

2. Garantido o Juízo, a Executada ofertou Embargos, julgados improcedentes, transitando a d. Sentença.

3. Às fls. 46/47, procederam-se os cálculos, com anuência à fl. 48, por parte da Exeçüente.

Atualização às fls. 34/35 e, a requerimento da executada, às fls. 45/46, novo cálculo com os benefícios do Decreto-Lei nº 1.893/81, modificado pelo Decreto-Lei nº 1.951/82.

Depósito à fl. 47.

O Exeçüente não concorda com os cálculos, sob fundamento:

A) Não estar a Executada amparada pelos referidos Decretos-Leis.

B) Já existir sentença transitada em julgado.

Distingue entre Fazenda Nacional e Fazenda Pública para excluir a pretensão da Executada dos benefícios invocados.

4. A disposição legal invocada permite seja pago de uma só vez os débitos de natureza tributária, vencidos até 1979, ajuizados ou não, dispensados os juros, multas e encargos.

O depósito se deu a 29-XI-1982, antes, pois, do prazo fixado por lei.

O débito refere-se ao período 1969/1974 — Imposto sobre Serviços de Transporte (art. 68, do CTN).

A Sentença transitada a que se refere a Exeçüente diz respeito à decisão dos Embargos.

Data venia, o crédito se funda em título líquido, certo e exigível — ou seja, a Certidão de Dívida Ativa (art. 585, VI, do CPC), e não no *decisum* dos Embargos.

A natureza do crédito funda-se no direito tributário.

Imposto não recolhido oportunamente. Como tal, sua competência é da União (art. 21, VII, Constituição da República, Emenda nº 1).

Assim, não há como se negar a natureza tributária do débito.

Apenas, por política administrativa, a União deslocou sua cobrança à Exeçüente, como o poderia ter feito a outro órgão se lhe fosse oportuno.

5. Isto posto, homologo para que produza seus devidos e legais efeitos os cálculos de fls. 45/46. Em consequência, julgo suficiente o depósito de fl. 47, considerando satisfeito o pagamento.

Autorizo, desde logo, se o desejar a Exeçüente, o levantamento.

Transitada, expeçam-se os atos».

Inconformado, apelou o DNER (fls. 77/80), pugnando pela reforma da r. sentença na parte em que diz que «... o crédito se funda em título líquido, certo e exigível — ou seja, a Certidão da Dívida Ativa (art. 585, VI, do CPC), e não no *decisum* dos embargos». Entende o apelante que, tendo a sentença que julgou improcedentes os embargos transitado em julgado, sem recurso da embargante, ora apelada, não pode aquela decisão ser modificada por legislação publicada posteriormente (Decreto-Lei nº 1.893/81). Ademais, referida legislação não tem aplicação no caso, pois ela se refere aos débitos inscritos ou não como dívida ativa e ajuizados ou não. *In casu*, já há coisa julgada. Diz-se o apelante amparado pelo contido no § 3º, art. 153, da Constituição Federal, e pede, por isso, que o pagamento do tributo seja feito na íntegra (juros e multa) e devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento.

Com a resposta de fls. 83/86, subiram os autos.

Nesta Egrêgia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 95/100, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 95/100, lavrado pelo Procurador Carlos Fonseca, com aprovação do Subprocurador-Geral Aristides Junqueira Alvarenga, assim deslindou a controvérsia:

«Apela o DNER nos autos da execução fiscal promovida pela autarquia contra a firma individual João Nunes da Silva para cobrança de débito de ISTR, impugnando a decisão que admitiu o pagamento do débito com dispensa de juros e multa de mora.

2. Rejeitados os embargos em setembro de 1980, por sentença transitada em julgado, sobreveio o Decreto-Lei nº 1.893/81, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 1.951/82, permitindo o pagamento do débito até 30 de novembro de 1982, com dispensa de multa e juros de mora, nas condições indicadas no art. 1º do mesmo diploma.

3. O Dr. Juiz admitiu a aplicação do dito favor, reconhecendo, por sentença (fl. 73), satisfeito o pagamento (guia de fl. 57).

4. Nas razões do seu apelo, aduziu o DNER:

«Como se pode observar do processado, era da exequente o produto da arrecadação do tributo e desse modo pertence ao DNER, autarquia federal do Ministério dos Transportes, a titularidade do mencionado crédito.

A ação proposta no Juízo *a quo* foi julgada procedente, conforme decisão de fls. 129/130, irrecorrida. Referida sentença condenatória transitou em julgado em 1980, não podendo, dessa forma, ser modificada por dispositivo legal publicado posteriormente (Dec.-Lei nº 1.893/81). Além do mais, referida legislação invocada pelo executado refere-se aos débitos inscritos ou não como dívida ativa e ajuizados ou não. Como vemos, no caso não tem aplicação tal diploma legal, porque há nos autos coisa julgada.

Por conseguinte, a admitir-se o entendimento do Juízo *a quo*, estariamos, *data venia*, contrariando dispositivos constitucionais, especialmente o contido no § 3º do art. 153 da Constituição federal:

«A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.»

Se tudo isso não bastasse, há que se ter em conta que o dispositivo mencionado pelo executado — Decreto-Lei nº 1.893/81, refere-se à Fazenda Nacional e não à Fazenda Pública. A Nacional, como bem distingue a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80 — art. 2º, §§ 2º e 4º), está adstrita ao Ministério da Fazenda, tal qual as Procuradorias da Fazenda Nacional» (fls. 78/9).

5. Nesta instância superior, pediu o Relator, Ministro Carlos Velloso, o pronunciamento da SGR.

6. O Decreto-Lei nº 1.893/81, no seu art. 1º, outorgou a dispensa da multa e dos juros de mora, nas condições indicadas, e no art. 4º determinou o cancelamento dos débitos de valor igual ou inferior a Cr\$ 12.000,00 (doze mil cruzeiros antigos), relativamente aos gravames indicados no inciso II, além de outros. Esses dispositivos, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.951/82, rezam:

«Art. 1º Os débitos para com a Fazenda Nacional, de natureza tributária, vencidos até 31 de dezembro de 1979, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, poderão ser pagos, de uma só

vez, até 30 de novembro de 1982, com a dispensa das multas, dos juros de mora e do encargo de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e alterações posteriores» (DOU de 15-7-82, pág. 12995).

«Art. 4º Ficam cancelados, arquivando-se os respectivos processos administrativos, os débitos de valor originário igual ou inferior a Cr\$ 12.000,00 (doze mil cruzeiros):

II — concernentes ao Imposto de Renda, ao Imposto sobre Produtos Industrializados, ao Imposto sobre a Importação, ao Imposto sobre Operações relativas a Combustíveis, Energia Elétrica e Minerais do País e ao Imposto sobre Transporte, bem assim a multas de qualquer natureza, previstas na legislação em vigor, constituídos até 18 de novembro de 1980.»

7. Ensinam os processualistas e administrativistas que no conceito de fazenda pública inserem-se a fazenda municipal, a fazenda estadual e a fazenda nacional, abrangendo as respectivas autarquias.

8. A expressão fazenda nacional, entretanto, tem sentido equivalente ao de fazenda federal, nesta incluindo-se a autarquia da União.

9. Nesta ordem, nada obsta a aplicação do dito favor, desde que se trate de dívida para com a União, ainda que cobrada por autarquia sua (Decreto nº 64.064/69, arts. 4º e 23). O entendimento aqui sufragado não chega a se atritar com o que decidiu a Eg. Sexta Turma, na AC 99.489-RS (Reg. nº 6.196.985), Rel.: Min. Eduardo Ribeiro, *in DJ* de 24-10-85).

10. No caso, cuida-se de Imposto sobre Transporte, da competência da União (CF, art. 21-X). Irrelevante a destinação eventual que se tenha dado ao produto da arrecadação do gravame em apreço.

11. Observe-se que, ao cuidar do cancelamento, o Decreto-Lei nº 1.893 (art. 4º, inciso II, transcrito acima, redação pelo Decreto-Lei nº 1.951/82) mencionou expressamente o Imposto sobre Transporte. O mesmo repetiu o Decreto-Lei nº 2.163 (art. 8º, inc. II) e a Lei nº 7.450/85 (art. 73-II).

12. O pagamento com dispensa da multa e dos juros de mora, no caso, deu-se após o trânsito em julgado da decisão que rejeitou os embargos. A coisa julgada, entretanto, não é impeditiva da aplicação da anistia parcial e superveniente cogitada.

13. Como se sabe, a incolumidade da coisa julgada recebe a custódia da Carta da República (art. 153, § 3º). Mas o conceito é categoria de direito processual.

14. O limite objetivo da coisa julgada é apreendido nos limites da lide (CPC, arts. 301, § 2º, 460 e 468). Se é alterável o direito no qual se funda a situação individual continuativa protegida por sentença, a coisa julgada não obsta que lei nova disponha diversamente sobre os fatos ocorridos a partir da sua vigência, inofensivamente ao dispositivo sentencial.

15. Desse modo, ainda que inaplicável fosse, no caso, a dispensa da multa e dos juros de mora, prevista no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.893/81, a discussão está superada, visto que, inferior originariamente a Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros antigos), o débito passou a ser incobrável por força do cancelamento do remanescente operado pelo Decreto-Lei nº 2.163/84, art. 8º, II.

16. Por todo o exposto, opina a Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento da apelação.»

Perfeito, em toda a linha, o parecer do Dr. Carlos Fonseca, que dispensa qualquer acréscimo. Adoto-o, como razões de decidir e, com base nele, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC 88.170 — RJ (Reg. nº 5.596.050) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Apte.: DNER. Apda.: Empresa João Nunes da Silva — Rápido Cachoeirense. Advs.: Drs. Sylvio Bastos Machado, Jorge Bragança e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. Em (17-12-86, 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Miguel Ferrante e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.669 — SP
(Registro nº 2.373.866)

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

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

Apelados: *Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC — Administração Regional de São Paulo e Hopasa — Engenharia e Comércio Ltda.*

Advogados: *Drs. Adélia Leal Rodrigues e outros, Suely de Souza Gomes e outros e Fábio Marques dos Santos*

EMENTA: *Previdência Social. Construção civil. Contribuições sobre salários pagos na execução da obra.*

Empresa construtora que mantém a sua escrituração em ordem. É ilegítimo o arbitramento de valores novos pelo Instituto, com base em aferição presumida de salários pagos.

Responsabilidade do proprietário da obra (TFR, Súmula nº 126).

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC promoveu contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS ação anulatória de débito previdenciário cumulada com obrigação de fazer com efeito cominatório, denunciando à lide a Hopasa — Engenharia e Comércio Ltda.

Aduziu o autor, em síntese, que firmou contrato de empreitada com a empresa supracitada para construção de um prédio em Campinas-SP, cabendo a esta o cumpro-

mento das obrigações legais decorrentes, consoante o disposto em contrato. Finda a obra, e enquanto a empreiteira providenciava a expedição do certificado de quitação da mesma junto ao IAPAS, este autou o autor por ausência de recolhimento do FGTS e de contribuições previdenciárias. Em relação ao FGTS o autor logrou êxito em seu recurso administrativo, não ocorrendo o mesmo em relação às contribuições previdenciárias. Assevera o autor ser absurda a exigência, tendo em vista que o próprio réu reconheceu, no decorrer do processo administrativo relativo ao FGTS, através de pericia da sua fiscalização, estar a contabilidade da empreiteira perfeitamente regular não só quanto ao FGTS, mas também quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias. Além do mais — prossegue o autor —, o Instituto procedeu ao lançamento por arbitramento com base apenas no contrato de empreitada quando, por determinação legal, deveria examinar a escrituração da empreiteira, que se revestia das formalidades legais.

Manifestou-se a denunciada às fls. 58 e 61.

Contestação às fls. 66/75.

O Dr. Juiz Federal da 4ª Vara de São Paulo julgou procedente a ação, anulando a decisão administrativa e declarando indevido o débito lançado, e condenou o réu a fornecer à empreiteira a certidão negativa de débito, sob pena de não o fazendo no prazo estipulado incidir na multa diária de Cr\$ 20.000,00 até o efetivo cumprimento da decisão. Condenou o réu, ainda, no reembolso das custas antecipadas, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa (fls. 178/189).

Irresignado, apelou o IAPAS, com as razões de fls. 192/193.

Contra-razões às fls. 200/204.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A r. sentença apelada, da lavra do ilustre Juiz Fleury Antônio Pires, bem solucionou a controvérsia e desmerece qualquer reparo.

Com efeito, a jurisprudência deste Eg. TFR é firme no sentido de que, se o empreiteiro mantém a sua contabilidade em ordem, não pode o Instituto, concluída a obra, arbitrar valores novos com base em elementos estranhos à escrita.

De outra parte, sobre a responsabilidade do proprietário, a Súmula nº 126 é incisiva, *verbis*:

«Na cobrança de crédito previdenciário, proveniente da execução de contrato de construção de obra, o proprietário, dono da obra ou condômino de unidade imobiliária, somente será acionado quando não for possível lograr do construtor, através de execução contra ele intentada, a respectiva liquidação.»

Isto posto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 91.669 — SP — (Reg. nº 2.373.866) — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: IAPAS. Apdos.: SENAC — Administração Regional de São Paulo e Hopasa — Engenharia e Comércio Ltda. Advs.: Drs. Adélia Leal Rodrigues e outros, Suely de Souza Gomes e outros e Fábio Marques dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-4-88 — 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 92.014 — MG
(Registro nº 5.652.588)

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

Apelante: *Instituto Nacional de Previdência Social*

Apelada: *Eunice Vieira Alves*

Advogados: *Drs. Antônio Caixeta Ribeiro e Múcio Arantes Borges*

EMENTA: Processual Civil. Citação por precatória.

Termo inicial do prazo para contestar.

Desnecessidade de intimação da juntada da precatória cumprida.

Revelia. Efeitos restritos à matéria de fato, excluídas as questões de direito.

Se, não obstante a revelia, o direito aplicável à espécie não favorece a autora, pode e deve a ação ser julgada improcedente.

Recurso do réu provido integralmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, retomado o julgamento, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente 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, 13 de outubro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Uberlândia julgou procedente ação ordinária contra o INPS, *in verbis*:

«Trata-se de Ação Ordinária movida por Eunice Vieira Alves contra o Instituto Nacional de Previdência Social, visando obtenção de pensão previdenciária por morte do marido Luiz Alves Rodrigues, falecido em 30 de agosto de 1969, pelos fundamentos expostos na petição de fls. 2/7, instruída com os documentos de fls. 8/16.

Fez-se a citação do Instituto na pessoa do seu Procurador Regional, por precatória cumprida na Seção Judiciária da Justiça Federal em Belo Horizonte (fls. 29).

Transcorrido o prazo quádruplo sem que houvesse resposta (fls. 31/31vº), deu-se vista dos autos, *ad cautelam*, ao Dr. Promotor de Justiça, que opinou pela procedência do pedido, em face da revelia (fls. 31vº).

Com este relatório, *sentencio*, antecipadamente, com base no art. 330, inciso II, do Código de Processo Civil:

A pretensão da Autora acha-se articulada de maneira mais convincente na petição de fls. 2/7. Ali se demonstra, com os subsídios da lei, da jurisprudência e da interpretação na esfera administrativa do próprio Instituto, que a Autora faz jus à pensão por morte do marido, ocorrida em 30-8-69, ainda que tenha interrompido as suas contribuições em 12-8-67. A conjugação dos arts. 39 do Decreto-Lei nº 72/66, 16, da Lei nº 5.890/73 e 109 do Decreto nº 77.077/76, orientada pela visão finalística das leis previdenciárias e da sua aplicação retroativa, foi exposta com maestria pelo Dr. Procurador da demandante, sem que seja necessário repetir todos os raciocínios e argumentos contidos na peça inicial lapidar.

Por outro lado, a revelia deixou consolidadas todas as alegações que dizem respeito à matéria de fato em que o pedido se baseia.

Assim sendo, nada impede se dê total guarida à pretensão deduzida em Juízo pela Autora contra o Instituto, de modo que

Julgo procedente o pedido e condeno o Instituto Nacional de Previdência Social a pagar-lhe a pensão a que faz jus por morte do marido, desde cinco anos antes do requerimento formulado na via administrativa, e enquanto viver, com acréscimo de juros e correção monetária, na forma do pedido (fls. 7).

Condeno-o ao pagamento das custas e honorários advocatícios de Cr\$ 200.000,00.»

Inconformado, apelou o INPS, alegando, em síntese:

a) nulidade do processo por falta de intimação do Procurador da Autarquia e da juntada aos autos da carta precatória citatória, devidamente cumprida;

b) nulidade da sentença, por ter considerado, como efeito da revelia, «consolidadas todas as alegações que dizem respeito à matéria de fato», sem levar em conta que, no caso, a lide versa sobre direitos indisponíveis;

c) descabimento da pretensão da autora à percepção de pensão de seu falecido esposo, por ter o óbito ocorrido quando este já perdera a qualidade de associado; por último, invoca a inaplicabilidade da Lei nº 5.890/73 aos casos anteriores à sua vigência.

Pede o reconhecimento das nulidades suscitadas ou o provimento do recurso, para se julgar improcedente a ação.

Contra-razões às fls. 44/49.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A citação se fez por mandado, em cumprimento de precatória, na pessoa do Procurador-Chefe da autarquia (fls. 11), portanto, regularmente. E, para o início do prazo de que trata o art. 241, I, não havia necessidade de intimação da juntada aos autos da precatória, ou abertura de vista ao réu, conforme se tem entendido.

Rejeito, pois, a primeira alegação de nulidade.

Faço o mesmo em relação à segunda. O Juiz considerou provada, por efeito da revelia, apenas a matéria de fato alegada. Se o fez bem ou mal, contrariando prova documental dos autos sobre direitos indisponíveis, tal circunstância, ainda que verdadeira, não acarreta, necessariamente, a nulidade da sentença, ante o julgamento antecipado da lide, quando a matéria em discussão é eminentemente de direito e os autos contêm, como no caso, elementos suficientes ao seu deslinde.

Passo, pois, ao exame de mérito.

Segundo consta da própria inicial, o marido da autora foi segurado da Previdência Social, de 2-5-59 a 12-8-67, vindo a falecer em 30-8-69, portanto dois anos e alguns dias após deixar o último emprego. Xerox da Carteira Profissional, constante de fls. 16, documenta a data de demissão em 12-8-67, acima referida. Diz a inicial que, após essa data, passou ele a trabalhar por conta própria, sem especificar em que ramo de atividade, o que lhe asseguraria a continuidade como segurado obrigatório da Previdência Social.

O Conselho de Recursos da Previdência Social negou, entretanto, a pensão requerida pela esposa, autora desta ação, ao fundamento de que o óbito ocorrera 4 anos e 3 meses antes da vigência da Lei nº 5.890/73, após haver o *de cujus* perdido a qualidade de associado (doc. de fls. 13).

A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 — Lei Orgânica da Previdência Social —, dispunha que a perda da qualidade de segurado importava na caducidade de seus direitos, e que perdia essa qualidade aquele segurado que, não se achando em gozo de benefício, deixasse de contribuir por mais de doze meses consecutivos (arts. 7º e 8º).

Mais tarde, quando o desemprego passou a ser uma das preocupações da Administração Pública, esse prazo veio a ser dilatado pelo Decreto-Lei nº 66, de 21-11-66, que acrescentou, ao § 1º do art. 8º da Lei citada, a alínea e, que assim dispôs:

«Para o segurado desempregado, desde que comprovada essa condição pelo registro no órgão próprio do Departamento Nacional de Mão-de-Obra até mais de doze meses.»

É o caso dos autos.

Dir-se-á que houve afirmação, na inicial, de que o falecido passou a trabalhar como autônomo, após deixar o último emprego, e que esse fato está comprovado pela revelia do réu.

Não obstante, como a revelia diz respeito unicamente a questões de fato, não de direito, ainda que se tenha como verdadeira aquela afirmação, o direito aplicável à espécie não beneficia a autora.

Com efeito, para que, como autônomo, mantivesse sua condição de beneficiário da Previdência, seria indispensável que o *de cujus* estivesse inscrito, como tal, no Instituto, nos termos do art. 16 da Lei nº 3.807/60.

Isso não foi alegado nem comprovado nos autos.

Assim, havendo indícios veementes da perda da qualidade de associado, e não tendo a autora feito, como lhe competia, prova de fato constitutivo de seu alegado direito (art. 333, I, do CPC), nem tendo sido afirmada a existência de inscrição, como autônomo, na inicial (art. 319 do CPC), a conclusão que se impunha ao Juiz era a improcedência do pedido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas e honorários advocatícios, fixados em CZ\$ 150,00.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhores Ministros, pedi vista dos autos, na última Sessão da Turma, após o voto do Sr. Ministro Relator que, inobstante

a revelia, dera por não verificada a questão consistente da perda da condição de segurado, em vida do *de cujus*, que não mais contribuíra como empregado, mas que contribuinte obrigatório se tornara, como autônomo, que fora até seu falecimento, segundo a inicial.

Da vista, verifiquei que, na verdade, tal matéria consubstancia questão de direito, qual a da vinculação previdenciária obrigatória do autônomo, sem prejuízo de haver ou não contribuído efetivamente para a Previdência. Acontece que essa alegada situação jurídica se mostra deveras improcedente, desde que sequer a profissão do falecido foi esclarecida pela inicial, como condição necessária à relevação da confessada falta de contribuição e, conseqüentemente, ao benefício pleiteado pela viúva.

Dáí que me acosto ao voto do Relator, para o mesmo efeito de prover a apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 92.014 — MG — (Reg. n.º 5.652.588) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Apelante: INPS. Apda.: Eunice Vieira Alves. Advs.: Drs. Antônio Caixeta Ribeiro e Múcio Arantes Borges.

Decisão: A Turma, retomado o julgamento, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. (Em 13-10-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.711 — RS
(Registro nº 5.443.318)

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

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Roberto Herbert Nickhorn*

Advogados: *Drs. Jorge Luiz Ledur Brito e outros (apdo)*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Deduções por conta de aquisição de livros técnicos. Distribuição disfarçada de lucros. Inocorrência.

I — O administrador de sociedade de porte pode deduzir na Cédula C, de acordo com o art. 18 da Lei nº 4.506, de 1964, 5% da remuneração decorrente da sua função.

II — No caso, os empréstimos feitos pelo sócio à empresa e desta recebidos, em condições reciprocamente favoráveis, resultaram, segundo a prova pericial, em benefício da empresa, achando-se, por isso, afastada a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros. Aplicação do art. 60, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

III — Apelação desprovida. 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 à apelação 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, 20 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 484/487):

«Inicial: Roberto Herbert Nickhorn propôs a presente ação ordinária contra a União Federal para anular o lançamento fiscal que, em 22 de março de

1982, lhe imputou a obrigação de pagar, a título de imposto de renda, a quantia de Cr\$ 34.401.204, como decorrência das seguintes glosas: a) sobre deduções levadas a efeito na cédula C, durante os exercícios de 1977 a 1981, por conta de aquisição de livros técnicos e despeito de os respectivos rendimentos não terem resultado do desempenho de função técnica; b) sobre omissão de rendimentos identificada como distribuição disfarçada de lucros, nos exercícios de 1971, 1980 e 1981, decorrentes de empréstimos contratados com Adinco Administração, Indústria e Comércio Ltda., da qual é sócio-gerente, sem que os correspondentes contratos cumprissem os requisitos legais. No primeiro caso, a ação fiscal se fundou no art. 47, III, do Decreto nº 85.450/80, no segundo, no artigo 39, VIII, do mesmo diploma, em ambos equivocadamente já quanto à forma, já quanto ao conteúdo. Formalmente, os autos de infração estão viciados de nulidade por contrariarem o princípio da legalidade, na medida em que o Decreto nº 85.450/80 não apanha os exercícios de 1977 a 1980, sendo aplicável apenas ao exercício de 1981 em diante. Materialmente, a exigência neles contida é ilegal: no que se refere às deduções cedulares, porque na condição de diretor de empresa o contribuinte exerce função técnica que exige aprimoramento através de publicações especializadas; em relação à distribuição disfarçada de lucros, porque ela se descaracteriza quando, havendo empréstimos de sociedade a quotista e vice-versa, o conjunto desses mútuos se revela proveitoso à empresa ou, quando menos, comutativo (aliás neste tópico a figura de distribuição disfarçada de lucros é de todo irreconhecível no exercício de 1977 por insuficiência de reservas e, nos exercícios restantes, quando pudesse ter se caracterizado, a respectiva base de cálculo deveria ser equivalente ao saldo médio dos empréstimos, e não ao maior montante desses empréstimos no decorrer do exercício, como consolidado no lançamento fiscal) — fls. 2/36.

Contestação: A União Federal contestou a ação. Preliminarmente, fez ver que os autos de infração estão corretos do ponto de vista formal. Tudo porque o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional permite que o fisco se socorra do regulamento vigente para o efeito de capitular a infração tributária. No mérito sustentou, relativamente às deduções cedulares, que o contribuinte teve, preponderantemente, como rendimentos valores decorrentes de participações em lucros, sobre cujo montante, obviamente, descabem quaisquer reduções de imposto a título de desempenho de função técnica. Quanto à distribuição disfarçada de lucros, insistiu em que o instituto se caracteriza quando os empréstimos de pessoa jurídica a pessoa física a ela vinculada se realizam com estipulação de encargos financeiros aquém dos limites vigentes no mercado. Na espécie, esses empréstimos foram concedidos com a só remuneração de juros à taxa de 12% ao ano, sem correção monetária. Pouco importa se o primeiro desses empréstimos é anterior à lei que atualmente disciplina a matéria. A regulamentação anterior não foi alterada nesse particular e já exigia que os empréstimos, nesses caso, tivessem a onerosidade do mercado. Por isso a impropriedade da ação (fls. 136/142).

Instrução: Roberto Herbert Nickhorn manifestou-se sobre a contestação (fls. 361/365) e, a requerimento seu, foi determinada a realização de perícia contábil na contabilidade de Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda. (fls. 367). Apenas ele indicou o assistente técnico e formulou quesitos (fls. 369/371 e 372). O perito e o assistente técnico apresentaram laudo conjunto (fls. 375/379). Nesse interim, a União Federal propôs uma ação de execução para haver os valores relativos ao citado lançamento fiscal (fls. 468), cujos autos foram apensados aos da ação ordinária ora relatada, juntamente com os autos dos embargos do devedor, opostos por Roberto Herbert Nickhorn, de que a inicial repetiu os argumentos já expostos (fls. 2/41). Em razão da conexão, os embargos do devedor tiveram instrução conjunta com a da ação ordinária nos autos desta. Por determinação do Juízo (fls. 471-verso), o perito complementou o laudo a especificando, por exercício, a natureza, o respecti-

vo valor e a fonte pagadora dos rendimentos classificados na cédula C das declarações de renda de Roberto Herbert Nickhorn e (b) elaborando um demonstrativo da conta credora e da conta devedora deste junto à Adinco Administração, Indústria e Comércio Ltda., de que constam, por exercício, o número de dias em que a conta acusou saldo credor, bem assim quanto aos dias em que revelou saldo devedor; o saldo médio anual de cada uma dessas contas, o montante de juros pago, por exercício, em razão de uma e outra conta; e o proveito que, do confronto desses saldos, resultou (fls. 467/480). As partes tiveram vista da complementação do laudo e foram intimadas a dizer se ainda tinham provas a produzir (fls. 476), despacho apenas atendido por Roberto Nickhorn que requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 483)».

O Dr. Ari Pargendler, MM. Juiz Federal no Rio Grande do Sul, julgou procedentes, em parte, os embargos, nestes termos (fls. 493):

«Ante o exposto, declarando que as deduções cedulares a título de despesas com publicações técnicas não podem ter como base de cálculo valores decorrentes de participações sociais — subsistente, portanto, nessa parte o lançamento fiscal — julgo (a) procedente a ação ordinária para anulá-la nos tópicos relativos a deduções cedulares que tiveram como base de cálculo a remuneração percebida por serviços prestados e à distribuição disfarçada de lucros; (b) procedentes, na mesma extensão, os embargos do devedor, compensados os honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca. Espécie sujeita ao reexame necessário».

Apelou a União Federal (fls. 494/495). Sustenta, em suma, que o julgador deixou de atentar para o fato confirmado pelo exame técnico de que os empréstimos realizados, sem incidência de correção monetária e desvinculados das condições do mercado financeiro, constituem, inegavelmente, distribuição disfarçada de lucros, numa economia assolada pela inflação, como é a brasileira.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 497/506), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento das apelações, necessária e voluntária, a fim de ser julgada totalmente improcedente a demanda (fls. 509/514).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Deduções por conta de aquisição de livros técnicos. Distribuição disfarçada de lucros. Inocorrência.

I — O administrador de sociedade de porte pode deduzir na Cédula C, de acordo com o art. 18 da Lei n.º 4.506, de 1964, 5% da remuneração decorrente da sua função.

II — No caso, os empréstimos feitos pelo sócio à empresa e desta recebidos, em condições reciprocamente favoráveis, resultaram, segundo a prova pericial, em benefício da empresa, achando-se, por isso, afastada a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros. Aplicação do art. 60, § 2º, do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977.

III — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a causa, argumentou a sentença (fls. 487/492):

«Princípio da legalidade: Na forma do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo-fiscal, «o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e contera obrigatoriamente: IV — a disposição legal infringida e a penalidade aplicável». Aqui o auto de infração se refere aos exercícios de 1977 e 1981 e aponta como disposições legais infringidas os arts. 39, VIII, e 47, III, do Decreto nº 85.450/80. Salvo quanto ao exercício de 1981, há um evidente erro nessa capituloção, na medida em que o diploma citado não teve vigência nos exercícios de 1977 a 1980. Daí decorre a questão de saber quais os efeitos desse equívoco que, diversamente do que sustenta a petição inicial, não afetou o princípio da legalidade; apenas feriu uma norma do processo administrativo-fiscal. O princípio da legalidade está, como expresso em sua designação, na garantia de que nenhum tributo pode ser exigido sem lei. Na espécie, havia lei anterior e o agente fiscal só deixou de mencioná-la, citando por comodidade o regulamento do imposto de renda vigente. Esse regulamento, nos referidos dispositivos, remete o leitor para os respectivos fundamentos legais. Assim o art. 39, VIII, *in verbis*: «Na cédula H serão classificados a renda e os proventos de qualquer natureza não compreendidos nas cédulas anteriores, inclusive» — «os lucros distribuídos disfarçadamente, nos termos dos artigos 367 e 374» (*Decreto-Lei nº 1.598/77*, art. 62). Também o art. 47, III: «Na cédula C serão permitidas as seguintes deduções: ... «as contribuições para associações científicas e as despesas com aquisição ou assinatura de livros, revistas e jornais necessários ao desempenho de função técnica» (*Lei nº 4.506/64*, art. 18). Nessas condições, o contribuinte não sofreu preterição no seu direito de defesa, única hipótese que, no caso, poderia provocar a nulidade do lançamento fiscal pelo motivo invocado (art. 59, II, Decreto nº 70.235/72).

Deduções: Na cédula C é permitido deduzir «as contribuições para associações científicas e as despesas com aquisição ou assinatura de livros, revistas e jornais necessários ao desempenho de função técnica» (art. 18 da Lei nº 4.506/64). As notas aí dominantes estão no desempenho de função técnica e na necessidade, para esse efeito, de adquirir publicações especializadas. No atual estágio dos negócios, não pode haver dúvida de que as grandes empresas exigem de seus administradores conhecimentos técnicos especializados. Até por isso, entre outros motivos, o capitalismo moderno se caracteriza pelo divórcio entre a propriedade e a sua administração. Em obra clássica, dedicada ao estudo do contexto norte-americano, Berle demonstrou, nas sociedades anônimas, um poder de decisão cada vez maior dos administradores e uma postura cada vez mais passiva dos acionistas («A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada», *Abril Cultural*, São Paulo, 1984, pág. 4). Hoje, para que o proprietário de quotas ou de ações seja o administrador da sociedade, é preciso que tenha competência, qualidade que não é inata e depende de conhecimentos que são buscados nos livros técnicos e nas publicações especializadas. Daí porque o administrador de uma sociedade de porte pode deduzir na cédula C, de acordo com o art. 18 da Lei nº 4.506/64, 5% da remuneração recebida a título de retribuição por serviços prestados. Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda., tal como retratada nos autos, é uma das «holdings» de um grande grupo empresarial. Seu gerenciamento, é bem de ver, constitui uma função técnica e por isso Roberto Herbert Nickhorn estava autorizado a deduzir na Cédula C os gastos com a aquisição de publicações técnicas. Mas apenas quanto à remuneração decorrente da função de diretor. Os valores declarados nessa cédula — resultantes de participações — estão fora desse rol e não se compadecem com a natureza das deduções. Por isso a glosa fiscal deve subsistir em relação ao que o auto de infração denominou de participações estatutárias (fls. 39) e o laudo pericial designou de participações administrativas (fls. 478).

Lucros disfarçados: No sistema da Lei nº 4.506/64, segundo o ensino de Sampaio Dória, «se a sociedade não dispõe de lucros suspensos ou reservas, pode livremente conceder empréstimos a seus titulares, com ou sem juros, que são fatores acidentais na estruturação jurídica do contrato respectivo»... «Não obstante, se durante a vida dos empréstimos a sociedade tiver lucros suspensos ou formar reservas, a distribuição disfarçada se verifica no momento em que atingirem o valor do empréstimo»... «O acertado teria sido a lei deflagrar a equiparação tão logo qualquer montante de reservas ou lucros suspensos se verificasse, embora sem atingir o *quantum* mutuado. Sem essa regra, a parte pode manejar, a seu proveito, o volume das reservas a se formarem» (Distribuição Disfarçada de Lucros, Revista de Direito Público nº 25, pág. 88). No exercício de 1977, essa era a lei ainda vigente, posto que o Decreto-Lei nº 1.598/77 passou a ter eficácia somente a partir de 1º de janeiro de 1978. Ora, nos termos do laudo pericial, a reserva de lucros consignada no balanço de Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda., levantado em 31 de maio de 1976, era de Cr\$ 3.026.107 (fls. 376). Logo, o Fisco não poderia ter lançado como distribuição disfarçada de lucros o total de Cr\$ 4.303.671 (fls. 376).

Lucros disfarçados II: Através de três ajustes, designados como contratos de abertura de crédito, datados respectivamente de 31 de maio de 1974, 31 de maio de 1977 e 30 de maio de 1980, Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda. e Roberto Herbert Nickhorn convencionaram empréstimos recíprocos, vencendo juros de 12% ao ano, calculados pelo método hamburguês, sem correção monetária. Aparentemente as partes caracterizaram, nesse passo, a hipótese de distribuição disfarçada de lucros prevista no art. 60, V, do Decreto-Lei nº 1.598/77, a cujo teor «presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica»... «empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros». Diz-se aparentemente, porque, na espécie, ficou provada a excludente prevista no § 2º do citado dispositivo. Nos termos deste, «a prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros». O laudo pericial é incisivo no sentido de que nos empréstimos recíprocos Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda. teve melhor proveito do que Roberto Herbert Nickhorn. Assim é que, no exercício de 1977, este teve saldo credor durante 193 dias e saldo devedor apenas em 173 dias; o saldo médio credor foi de Cr\$ 984.645, e o saldo médio devedor de Cr\$ 443.300; no exercício de 1979, teve saldo credor durante 271 dias e saldo devedor apenas em 94 dias; o saldo médio credor foi de Cr\$ 3.521.247 e o saldo médio devedor de Cr\$ 1.235.375; no exercício de 1980, teve saldo credor durante 244 dias e saldo devedor apenas em 122 dias; o saldo médio credor foi de Cr\$ 11.618.511 e o saldo médio devedor de Cr\$ 2.229.194 (fls. 480). E a prova cabal de que o negócio resultou em proveito para Adinco — Administração, Indústria e Comércio Ltda. está no fato de que Roberto Herbert Nickhorn teve saldo credor durante a totalidade dos dias do exercício de 1977, 1978 e 1981 (fls. 480). Tudo no sentido de descaracterizar, no caso, a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros».

A transcrita decisão examinou detidamente a espécie, solucionando as questões suscitadas à vista da prova produzida e dos preceitos legais de regência.

Isto posto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 102.711 — RS — (Reg. 5.443.318) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara. Apelante: União Federal. Apelado: Roberto Herbert Nickhorn. Advogado: Drs. Jorge Ledur Luiz Brito e outros (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 20-4-88 — 4ª Turma.)

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.209 — SP
(Registro nº 7.233.531)

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

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

Apelado: *Manoel Lito Prata*

Advogados: *Drs. Silvio Leão (Apte) e Júlio Simões e outro (Apdo)*

EMENTA: Tributário. Execução fiscal. Contribuição previdenciária. FGTS. Prescrição.

I — As contribuições previdenciárias ou para o FGTS são de natureza tributária, conformando-se à definição do artigo 3º do CTN.

II — Até a vigência da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o prazo para cobrança das contribuições previdenciárias é de 5 (cinco) anos, porque regido pelo artigo 174 do CTN.

III — A prescrição da ação de cobrança do crédito previdenciário se interrompe por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor (CTN, art. 174, inciso IV). In casu, a prescrição foi interrompida em virtude do devedor, em fevereiro de 1981, haver efetuado o recolhimento de parte da dívida exequenda.

IV — Remessa ex officio, dada como interposta, e apelação providas, a fim de que os autos retornem à instância de origem para que o ilustre magistrado aprecie as demais questões de mérito. Sentença reformada.

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 de ofício, dada como interposta, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), interpôs, tempestivamente,

apelação (fls. 593/597), irrisignado com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Foro Distrital de Vicente de Carvalho — Comarca de Guarujá-SP, que julgou procedentes os embargos à execução oferecidos pela firma individual Manoel Lito Prata, por considerar o débito exequendo abrangido pela prescrição quinquenal.

A autarquia previdenciária, em seu recurso, sustenta que a contribuição para o FGTS não é tributo e que a prescrição, nesta hipótese, é trintenária. Pondera que a prescrição não teria ocorrido, ainda que se adotasse o prazo do artigo 174 do CTN, pelo fato de o executado haver pago parte da dívida, o que implica num inequívoco reconhecimento do débito pelo devedor (CTN, artigo 174, inciso IV). Aduz, ainda, que existindo débitos prescritos e outros não prescritos deve a execução prosseguir quanto à dívida não prescrita. Argumenta que pelo fato do devedor não haver efetuado o recolhimento das contribuições de forma correta, ficou configurada a fraude, o que impede a extinção do crédito previdenciário pela prescrição. Em consequência, pleiteou o provimento do recurso e a reforma da sentença monocrática.

Recebida a apelação (fls. 598), devidamente contra-arrazoada (fls. 599/603), subiram os autos a esta egrégia Corte.

Dispensei a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Face o valor da causa (Cr\$ 1.448.632,61) ser superior a 100 ORTNs na data do seu ajuizamento (100 ORTNs em novembro de 1983 = Cr\$ 646.955,00), e tratando-se de execução fiscal em que a autarquia previdenciária é sucumbente, conheço da remessa *ex officio*, dada como se interposta fosse, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.825/80, combinado com o artigo 475, inciso III do CPC e Súmula nº 34 desta egrégia Corte.

O IAPAS, em seu recurso, busca afastar a prescrição do débito exequendo, alegando que a contribuição para o FGTS não é tributo, e que o seu prazo é trintenário. Pondera, igualmente, que a dívida exequenda não estaria prescrita, ainda que o prazo prescricional fosse de 5 (cinco) anos, pelo fato de o devedor haver reconhecido o débito (CTN, artigo 174, inciso IV), bem como por ter ocorrido fraude quando do recolhimento das contribuições.

Passo, por conseguinte, a examinar cada um dos argumentos, separadamente.

Em primeiro, no que concerne à natureza jurídica das contribuições previdenciárias, inclusive para o FGTS, tenho entendimento formado no sentido de que referidas contribuições são de natureza tributária e estão sujeitas ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 174 do CTN.

Destarte, afasto a pretensão do IAPAS no sentido de ver reconhecida a prescrição trintenária.

Fixado o prazo prescricional de cinco anos, resta saber se, *in casu*, a dívida exequenda encontra-se abrangida ou não pelo lapso prescricional.

Compulsando a Certidão de Dívida Inscrita acostada às fls. 10 do apenso, afere-se que o débito exequendo encontra-se embasado na NDFG nº 355.091.

Em contrapartida, afere-se que o NDFG nº 355.091 foi lavrada em 28 de junho de 1977 (confira-se fls. 10 dos embargos), e referia-se a débito apurado no período de maio de 1975 a abril de 1977.

É bem verdade que nos autos não existe nenhum motivo que pudesse suspender a exigibilidade do crédito previdenciário e, dessa forma, a autarquia previdenciária poderia ter ajuizado a execução fiscal a partir de junho de 1977 até junho de 1982, quando, em princípio, haveria o transcurso do prazo prescricional.

Ocorre, todavia, que o prazo prescricional pode sofrer interrupções, como se afere do artigo 174 do CTN, *in verbis*:

«Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I — pela citação pessoal feita ao devedor;

II — pelo protesto judicial;

III — por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV — *por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.*» (Grifo nosso).

Na hipótese sob julgamento, o prazo prescricional, que teve início em junho de 1977, sofreu interrupção em virtude do executado haver efetuado o recolhimento parcial da dívida exequênda nos anos de 1977 a 1981.

Se o último recolhimento de parte da dívida, efetuado pelo devedor, se deu em fevereiro de 1981, entendo que o término do prazo prescricional só ocorreria em fevereiro de 1986, face ao reinício da contagem do prazo quinquenal a partir de fevereiro de 1981.

Destarte, levando em consideração que o devedor, através de ato inequívoco (recolhimento de parte da dívida em fevereiro de 1981), reconheceu o débito exequendo, encontra-se afastada a prescrição, nos termos do artigo 174, inciso IV do CTN.

Afastada a prescrição, entendo que os autos devem retornar à instância de origem, a fim de que o ilustre magistrado de primeiro grau aprecie as demais questões de mérito.

Ante o exposto, dou provimento à remessa *ex officio*, dada como interposta, e à apelação, nos termos acima aduzidos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 105.209 — SP — (Reg. nº 7.233.531) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apdo: Manoel Lito Prata. Advs.: Drs. Silvio Leão (Apte) e Júlio Simões e outro (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa de ofício, dada como interposta, nos termos do voto do Relator. (Em 4-2-87 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.923 — AL
(Registro nº 7.242.859)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara — AL*

Apelantes: *Telecomunicações de Alagoas S.A. — TELASA e União Federal*

Apelado: *Sociedade Beneficente de Palmeira dos Índios*

Advogados: *José Moura Rocha, Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outros*

EMENTA: Constitucional e Tributário. FNT. Sobretarifas. Legislação correlata.

Esta Corte, em Sessão Plenária, observado o quorum próprio, por maioria qualificada, proclamou a inconstitucionalidade da cobrança das sobretarifas referidas na Lei nº 4.117/62, a partir da vigência da Lei nº 6.093/74 até a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 2.186/84. (Arguição de inconstitucionalidade na REO 107.572-PB).

No atinente ao entretempo anterior, prevaleceu o entendimento de que as mesmas, à luz da legislação pertinente ao tempo, se apresentam como adicionais às tarifas propriamente ditas, e, enquanto tais, têm carácter remuneratório de serviços prestados pela União, interligados aos das concessionárias, vinculadas às finalidades do item II do art. 167 da Constituição Federal.

Reduzido o alcance ab ovo da declaração de inconstitucionalidade pronunciada no Juízo a quo para ajustá-lo aos limites temporais da decisão do Pleno da Corte, princípio com o qual não se harmoniza a sentença de primeiro grau.

Excluída da relação processual, como litisconsorte, a Telecomunicações de Alagoas S/A — TELASA.

Reduzida para 10% (dez por cento) a verba de patrocínio.

Deu-se provimento à apelação da concessionária e proveu-se, parcialmente, o recurso voluntário da União e a remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação da concessionária, e prover parcialmente a apelação da União Federal e a remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do rela-

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A respeitável sentença de fls. 39 e seguintes sumariou a controvérsia dos autos nos termos que leio (lê).

O MM. Juiz Federal Vladimir Souza Carvalho, dando pela inconstitucionalidade total da sobretarifa em causa, julgou procedente a ação para condenar as Rês Telecomunicações de Alagoas S.A. e União Federal — a devolverem à Autora o total arrecadado a título de FNT, a partir de 1983, desde que devidamente comprovado, e as custas e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor apurado em liquidação, proporcionalmente.

Submeteu a decisão ao reexame necessário deste Tribunal.

Telecomunicações de Alagoas S.A. — TELESA — apela com vista à sua exclusão da lide como litisconsorte passivo da relação processual (fls. 47/55); razão de apelação da União relativamente à inconstitucionalidade da cobrança das sobretarifas e referentemente à honorária de patrocínio estão às fls. 57/59, dos autos.

Contra-razões da apelada vêm às fls. 62/63.

Devidamente preparados sobem os autos a este Tribunal e, aqui, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, através de douto parecer da lavra do Procurador Hugo Gueiros Bernardes Filho, aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, se pronunciou às fls. retro.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: No concernente à controvérsia principal dos autos, reporto-me ao voto que vai em anexo e que proferi na AC nº 110.910, como Relator, nesta Egrégia Turma, acompanhado pelos meus ilustres pares, onde ficou assentada a inconstitucionalidade da sobretarifa em causa, na vigência da Lei nº 6.093/84, até a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 2.186/84, conforme decidiu o Plenário desta Corte na Arguição de Inconstitucionalidade suscitada no REO nº 107.572/PB.

Com esse princípio não se harmoniza a sentença de primeiro grau que recua o vício máximo de inconstitucionalidade à origem da sobretarifa do FNT. Essa divergência, no entanto, não prejudica a conclusão da decisão do Juízo *a quo* no sentido de deferir a restituição pleiteada a contar de 1983.

No atinente à apelação da TELESA, a jurisprudência desta Corte é tranqüila no sentido de sua exclusão da lide vista como, na espécie, a sua posição é de mera repassadora do produto arrecadado.

Referentemente à apelação da União, a argumentação ali posta quanto à constitucionalidade da sobretarifa do FNT contraria o decidido pelo Plenário da Corte no precedente antes invocado, cabendo-lhe razão, no entanto, no concernente à redução da verba de patrocínio de 20% para 10% (dez por cento), percentual que considero, no caso, mais ajustado aos parâmetros legais e à orientação jurisprudencial assente.

Nesse conteso, dou provimento à apelação da concessionária e provejo, parcialmente, a apelação da União Federal e a remessa oficial.

ANEXO
AC 110.910 — RS

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Num rápido esboço histórico da legislação correlata, anote-se que o Código Brasileiro de Telecomunicações previu a instituição de sobretarifas, a serem criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações sobre qualquer serviço respectivo prestado pelo antigo Departamento de Correios e Telégrafos, por empresas concessionárias, inclusive tráfego mútuo, taxas terminais, taxas de radiodifusão e radioamadorismo, não podendo aquelas ultrapassar 30% das tarifas; o produto da arrecadação das sobretarifas, juros de depósitos bancários, produto de operações de crédito, rendas eventuais, inclusive donativos, no todo, passaram a constituir recursos do FNT, a serem arrecadados pelo prazo de 10 anos, postos à disposição da EMBRATEL para serem aplicados na forma estatuída no Plano Nacional de Telecomunicações, aprovado por decreto presidencial (art. 42, §§ 5º e 51, da Lei nº 4.117/62; posteriormente, a Lei nº 5.792/72 criou a TELEBRÁS e em seu artigo 10 determinou que o FNT instituído pela Lei nº 4.117/62 fosse posto à disposição da empresa criada a fim de aplicar seus recursos de acordo com a programação previamente aprovada; mais tarde, a Lei nº 6.093/74 instituiu o Fundo Nacional do Desenvolvimento (FND), integrado, entre outros recursos, «pelo produto da arrecadação das sobretarifas já aludidas (art. 2º, III) e, a seguir, surge o Decreto-Lei nº 1.754/79 que extingue, a contar do exercício financeiro de 1983, o FND, e estabeleceu que os recursos dele integrantes «continuarão a compor a lei orçamentária como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgãos, fundo ou despesa» (art. 71); em fevereiro de 1981 sobreveio o Decreto-Lei nº 1.859 que extinguiu, a partir do exercício financeiro de 1982, o FND, reiterando que o produto de sua arrecadação passasse a compor «as leis orçamentárias e constituir recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa; por fim, o Decreto-Lei 2.186, de 20-12-84, instituidor do Imposto sobre Serviços de Comunicações, revogou o art. 51 da Lei nº 4.117/62, e a Lei nº 6.127, de 6-11-74, que havia prorrogado, por prazo indeterminado, a arrecadação dos recursos para o FNT.

Consoante se induz desse levantamento histórico, desde sua instituição até 1974, ditas sobretarifas eram cobradas do usuário e arrecadadas com as tarifas pelos respectivos arrecadadores, recolhidas diretamente ao Banco do Brasil, a crédito do FNT, para aplicação em programa previamente aprovado.

Numa segunda etapa, ocorreram alterações na destinação do produto arrecadado, seja na sua integração no Fundo Nacional de Desenvolvimento, com o fito de financiar projetos prioritários em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico e social do País, seja pela extinção do mesmo Fundo, com integração no Tesouro Nacional dos recursos pertinentes.

A matéria enfocada foi objeto da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Egrégia Quinta Turma na REO nº 107.572, relatada pelo eminente Ministro Pedro Acioli, havendo surgido no seio do Plenário da Corte três correntes, duas em posições polares — uma, sustentando a inconstitucionalidade da cobrança, desde a origem, outra, pela legitimidade constitucional plena — enquanto terceira — a vitoriosa — se situou intermediariamente, dando pela inconstitucionalidade, a partir da vigência da Lei nº 6.093/74.

A tese da ilegitimidade constitucional *ab ovo* foi levantada pelo Ministro Pádua Ribeiro, quando S. Excia., em douto voto, inicialmente, anotou:

«À vista da legislação mencionada, verifica-se que as sobretarifas, previstas no art. 51, letra a, da Lei nº 4.117, de 1.962, permanecem as mesmas desde a vigência do citado diploma legal; apenas a destinação do produto da sua arrecadação foi alterada.

Saliente-se que as referidas sobretarifas foram apenas autorizadas e não criadas pelo citado dispositivo legal, que, aliás, previu expressamente a sua criação pelo CONTEL. Por isso mesmo, este Conselho, em 15-2-66, editou a Resolução nº 4, que criou os incidentes sobre serviços internacionais (telefonia, *fac simile* e circuitos alugados), e, em 27-2-67, a Decisão nº 29, que instituiu as incidentes sobre os serviços telefônicos interurbanos e urbanos, sobre serviços telegráficos interiores e sobre os serviços da rede nacional de telex. A Portaria nº 626, de 21-10-69, do Ministro das Comunicações, criou as incidentes sobre os serviços de transmissão e retransmissão de TV, internacionais e interiores.

Insista-se: as sobretarifas foram autorizadas pelo citado dispositivo legal, mas, em suas várias modalidades, instituídas através de Resolução e Decisão do CONTEL e Portaria do Ministro das Comunicações (Sacha Calmon, Fatos e fundamentos sobre a ilegalidade do FNT, Associação dos Magistrados Mineiros — Revista da Amagis nº 6/1985, página 84).»

A seguir, após acentuar que as tarifas propriamente ditas têm a destinação constitucional expressa e que as sobretarifas questionadas não se destinam a remunerar as concessionárias do serviço de telefone, conclui:

«Não tendo as discutidas «sobretarifas» a mesma natureza jurídica da tarifa a que se referem, como conceituá-las?

Afigura-se que, na verdade, constituem tributo, enquadrando-se na definição do art. 3º do Código Tributário Nacional, cujo art. 4º esclarece que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a sua denominação ou destinação legal do produto da sua arrecadação.

A respeito da natureza tributária das controvertidas sobretarifas, endosso os ensinamentos dos Professores Paulo Barros de Carvalho, constantes do trabalho antes referido, Geraldo Ataliba (Inconstitucionalidade da Cobrança de Adicional às Tarifas Telefônicas — FNT — Cadernos de Direito Tributário, nº 32, págs. 60/63) e Celso Antônio Bandeira de Mello (Tributo sob a Designação de Tarifa, Revista de Direito Tributário, nºs 27, 28, págs. 40-42).

E, sendo tributo, as sobretarifas são inconstitucionais, desde a sua instituição, pois não foram criadas por lei, mas, como antes assinalado, por Resolução e Decisão do CONTEL e Portaria do Ministro das Comunicações.»

A tese da legitimidade constitucional plena foi sustentada doutamente pelo preclaro Ministro Torreão Braz.

S. Excia., após extremar a taxa do preço público, com fulcro em natureza do serviço prestado, se essencial às funções do Estado, ou não, é frisar que aqui se cuida de exploração em regime de monopólio, dos serviços industriais de telecomunicações, e que ninguém é obrigado a ser titular de linha telefônica, afasta a descaracterização da sobretarifa pela mudança posterior de sua destinação — simples fenômeno financeiro inserto no campo da despesa — e acentua:

«A sobretarifa, como todos sabem, significa *tarifa adicional* que se vai acrescer à tarifa ordinária ou já existente, para ser exigida juntamente com ela (v. Plácido e Silva, «Vocabulário Jurídico», Forense, 1984, vol. IV/247).

É de ver que, ainda que se aplicasse ao caso em discussão a regra do art. 167 da Constituição, estaria ela sendo respeitada, pois o fundo de recepção da sobretarifa tinha por finalidade a expansão e o aprimoramento da telecomunicação no País, dentro, portanto, dos parâmetros marcados pela citada regra.

Entretanto, cumpre atentar para a circunstância, de especial relevo ao debate da controvérsia, segundo a qual o monopólio se forma por motivos de interesse público. Nessa consonância e na medida da judiciosa advertência de Edvaldo Brito, reveste-se de caráter público essencial a atuação do Estado,

que age em função da sua soberania e com a preocupação de prestar assistência ou desenvolver setores que dizem de perto com a segurança nacional, como o das telecomunicações.

Por força dessas peculiaridades e do regime jurídico especial emergente, a existência de um Fundo Nacional de Telecomunicações, sua transformação e extinção não têm significado maior no quadro do direito financeiro. Partindo do pressuposto de que o serviço é monopolizado, a União pode até cobrar um preço social, ou seja, acima do custo, por conveniência pública (v.g., expansão e melhoramento do serviço, como dito antes), e mandar incluí-lo no orçamento, com o que estará apenas rendendo obediência ao comando do art. 62 da Constituição em vigor.»

E mais, adiante:

«A EMBRATEL e a TELEBRÁS são a *longa manus* da União na exploração e planejamento dos serviços de telecomunicações. Se tais serviços pertencem à União, figurando as aludidas entidades na condição de meros instrumentos da sua atuação, não há falar em subvenções ou transferências à conta do orçamento. Convém lembrar, todavia, que a Lei nº 4.117/62 (art. 42, § 5º) e a Lei nº 5.792/72 (art. 7º) mandaram reservar, para ambas, dotações no orçamento. Aliás, sendo renda da União, detentora do monopólio, é axiomático que os ingressos oriundos dos serviços de telecomunicações devam estar inseridos no orçamento por injunção mesmo dos princípios da universalidade e da exclusividade da matéria orçamentária, consagrados nos arts. 62 e 60 da Constituição, respectivamente;...»

A posição intermediária, esposada pelo ilustre Relator, Ministro Pedro Acioli, lastreou-se, basicamente, no seguinte raciocínio desenvolvido por S. Excia:

«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 pela 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 comunicações, e sua exigência se deu a partir do exercício seguinte, em respeito ao princípio da anterioridade.»

Como já antecipado, prevaleceu no Pleno, majoritária, a tese intermediária do eminente Relator, nos termos da conclusão do seu douto voto, conforme transcrição acima, tendo sido declarada a inconstitucionalidade da cobrança respectiva, a partir da vigência da Lei nº 6.093/74 até o início da vigência do Decreto-Lei nº 2.186/84, ou seja, 1-1-85, consoante resultado publicado no *DJ* de 17-9-87, pág. 19528, *verbis*:

«Arguição de Inconstitucionalidade na REO nº 107.572-PB (7.182.503) — Rel.: Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-PB. Partes: Manuel Batista de Medeiros e outros, e, Telecomunicações da Paraíba S/A — TELPA e União Federal. Adv.: Drs. Maria Cristina de Souza França, Manuel Batista de Medeiros, Luiz Carlos Bettiol e outros e Evaldo Borborema

Henrique e outro. O Tribunal, por maioria, acolheu a arguição de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade da cobrança da sobretaxa instituída pela Lei nº 6.093, de 27-8-74, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade, que declaravam a inconstitucionalidade em maior extensão, bem como o Sr. Ministro Torreão Braz, que a rejeitava. Impedido o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.»

No atinente ao entretanto anterior, prevaleceu o entendimento de que as mesmas, à luz da legislação pertinente, ao tempo se apresentam como adicionais às tarifas propriamente ditas, e, enquanto tais, têm caráter remuneratório de serviços prestados pela União, interligados aos das concessionárias, vinculados às finalidades do item II do art. 167 da Constituição Federal.

No caso concreto, como se vê da r. sentença apelada, ali o julgador deu pela ocorrência do vício máximo, desde a instituição das sobretarifas enfocadas, latitude que diverge da extensão proclamada pelo Pleno deste Tribunal, ao limitar a ilegitimidade constitucional respectiva, a partir da vigência da Lei nº 6.093/74 até a entrada em vigor do Decreto-Lei 2.186/84, balizas a que deve ser ajustada a decisão recorrida.

Não sendo caso de remessa oficial e não havendo a apelação versado especificamente acerca do *dies a quo* para o cômputo de juros de mora e condenação em custas integrais, aqui e agora, descabe pronunciar-se a Turma sobre tais particularidades.

Por fim, anote-se que a tese vitoriosa neste Tribunal tem por si, no plano doutrinário, as manifestações autorizadas de Alberto Xavier (Pareceres de Direito Tributário, pág. 215 e segs., Eros Grau (RDT, Ano 9, nºs 33/64-78). Sacha Calmon (Rev. da Amagis, nº 6/1985, pág. 84), sendo de registrar-se, todavia, que a tese da ilegitimidade constitucional integral é sustentada por juristas de igual estatura (Paulo Barros de Carvalho (RDT 31/166/67), Geraldo Ataliba (RDT 32, págs. 60/3) e Celso Antônio Bandeira de Mello (RDT nºs 27-28, págs. 40-42).

Dou provimento parcial ao recurso voluntário da União, para reduzir o alcance temporal da inconstitucionalidade pronunciada aos limites declarados pelo Pleno da Corte.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 105.923 — AL — (Reg. nº 7.242.859) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Ap-tes.: Telecomunicações de Alagoas S.A. — TELASA — e União Federal. Apdo: Sociedade Beneficente de Palmeiras dos Índios. Advs.: José Moura Rocha, Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da concessionária, e proveu parcialmente a apelação da União Federal e a remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Senhores Ministros Pedro Aciolli e Geraldo Sobral votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.078 — RS
(Registro nº 6.305.954)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis*

Apelante: *Roberto Francisco Cappeletti Azcueta*

Apelada: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Eunice T. L. Soares Gomes, Gaspar Pedro Viecell e outros*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Consignação em pagamento. Sistema Financeiro da Habitação.

Em se tratando de consignação em pagamento, requerida por mutuário, é suficiente a citação do agente financiador.

Restituição ao Juízo a quo para decisão de meritis.

Deu-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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, 16 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Nos presentes autos de ação de consignação em pagamento requerido por Roberto Francisco Cappeletti Azcueta contra a Caixa Econômica Federal, o MM. Juiz Federal a quo sumariou a controvérsia nos termos que leio (lê).

O MM. Juiz Federal a quo extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, o que provocou apelação do A. e, instruído o recurso, neste Tribunal a ilustrada Subprocuradoria Geral da República se manifestou às fls. retro.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Ao extinguir o processo, por ilegitimidade passiva da Ré, fê-lo sob essa fundamentação (fls. 105):

«A ação é intentada contra um Agente Financeiro da Habitação e, no fundo, questiona a validade das normas emitidas pelo órgão central do Sistema Financeiro da Habitação.

Ora, sendo a lide posta dentro de tais parâmetros, cabe suscitar-se uma questão prévia, de importante consequência no plano da relação processual.

A indagação é esta: qual o papel do Agente Financeiro dentro do Sistema Financeiro da Habitação?

A resposta é uma: mero repassador de recursos do órgão central do Sistema Financeiro da Habitação e arrecadador de prestações.

Tal resposta, que deflui da Lei 4.380/64, art. 39, § 3º, permite concluir que ao Agente Financeiro é vedado contrariar qualquer diretriz emanada do Banco Nacional da Habitação.

Tal situação reflete-se, necessariamente, no plano da relação processual, impondo-se que se reconheça ser o Agente Financeiro parte ilegítima passiva nas ações versando sobre o Sistema Financeiro da Habitação.»

Embora haja o Relator na AC n.º 99.269, invocado na sentença, sustentado a tese da sentença, o certo é que a jurisprudência desta Corte veio a prevalecer no sentido da suficiência da citação do agente financiador, em se tratando de consignação em pagamento, pelo que é de prover-se a apelação para que o juízo a *quo* aprecie o mérito do pedido.

Dou provimento à apelação nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AC 111.078 — RS — (Reg. n.º 6.305.954) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Apte.: Roberto Francisco Cappeletti Azcueta. Apda.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advs.: Drs. Eunice T. L. Soares Gomes, Gaspar Pedro Viecell e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 16-12-87 — 5ª Turma)

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 112.397 — PE
(Registro nº 7.888.554)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *Maria Anunciada de Andrade Lacerda Nilo e INPS*

Apelada: *Ana Kleide Pereira Furtado*

Advogados: *Drs. Vicente Moreno Filho e outro, Janine Moreira Nascimento Patriota e outro e Maria José Pereira Pinto*

EMENTA: Processual e Previdenciário. Recurso. Pensão.

Deserção. Não se conhece de apelação não preparada no quinquídio contado da intimação da conta (Lei 6.032/74, art. 10, II), pelo que resta prejudicado o agravo retido da apelante.

Companheira. Direito à pensão, em concorrência com a esposa, nas condições da Súmula 159-TFR.

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 provimento ao agravo do apelado, para declarar deserta a apelação, prejudicado o seu agravo retido; no mérito, negou provimento à apelação 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, 10 de abril de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de ação movida por companheira de associado falecido, ao fito de obter pensão previdenciária, contestada por negativa da convivência *more uxore*, tanto pelo INPS como pela litisconsorte, a esposa do pré-morto.

Julgada procedente, para assegurar o benefício em concorrência com a litisconsorte, apelaram os vencidos, censurando a sentença por valorar provas que, além de contraditórias e frágeis em si mesmas, se mostrariam tendenciosas e assim imprestáveis para o requisito do questionado concubinato; a exemplo, a declaração de fl. 8, dita assi-

nada em vida do *de cujus*, e sobre cuja falsificação reforça-se o agravo retido, interposto pela litisconsorte contra o indeferimento do incidente de falsidade — fls. 217 e 227.

Em suas contra-razões (fl. 241), a apelada se houve em suscitar a deserção da apelação da litisconsorte, razão de ser do agravo retido à fl. 245.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, preliminarmente, reputo deserta a apelação da litisconsorte passiva, tal como argüido pela apelada em suas contra-razões e no agravo retido que se seguiu.

Na verdade, a intimação pessoal do lançamento da conta, em guia que fora então entregue ao advogado, ocorreu a 5-2-86, uma quarta-feira, mas o recolhimento somente se deu a 18 seguinte, uma terça-feira, sem causa, portanto, de prorrogação do quinquídio estabelecido pelo Regimento de Custas de Justiça Federal — Lei 6.032/74, art. 10, II —, como também se deu fora do decêndio a que alude o CPC, art. 519, se fosse o caso da justiça comum.

Por isso que, provento o agravo do apelado, declaro deserta a apelação da litisconsorte passiva, pelo que dela não conheço, prejudicado, afinal, seu agravo retido.

Conhecendo da apelação do INPS, faço-o, porém, para repelir-lhe os argumentos. É que, conforme a exaustiva análise da prova como levada a cabo na sentença, o longo convívio *more uxorio* resultou suficientemente demonstrado, ao lado mesmo da indagada dependência econômica.

Acrescente-se que ao conceito do companheirismo assim constituído, na verdade, não se opõe o fato da constância da vida conjugal legítima, se o que se pretende é a concorrência à pensão, e não a sua exclusividade.

Dáí que me reporto à sentença, nestes seus expressivos trechos:

«A Exma. Procuradora do Instituto Nacional da Previdência Social fala em ausência de prova documental, de forma a secundar o apresentado pela Autora, no que não concorda este Juiz, pois às fls. 09, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18, bem como os documentos de fls. 88, 90 a 91, provam a residência da Autora sob o mesmo teto ou ao menos em comum ao Sr. Aurino Lacerda Nilo, isto quer em relação à rua Pe. Carapuceiro nº 150, aptº 301, Boa Viagem, nesta cidade do Recife, quer em relação à Praia Porto de Galinha no município de Ipojuca.

Por sua vez, os documentos de fls. 19, 20 e 21 e igualmente os documentos de fls. 22 e 23 provam a dependência econômica da parte da Autora em relação ao Sr. Aurino Lacerda Nilo, pois em tais documentos se vê que o mesmo Senhor indicou a Autora como sua beneficiária na Apólice de Seguro, às fls. 23, e, igualmente às 22, transferiu para a mesma os títulos descritos em tal Declaração, além do mesmo Sr. Aurino ter tomado a seu encargo o pagamento do estudo do filho da Autora, conforme os documentos de fls. 11 a 13.

O mesmo domicílio e a dependência econômica da Autora em relação ao Sr. Aurino vêm dar maior veracidade à Declaração presente às fls. 08 e cujo original foi trazido às fls. 78, onde se lê, em declaração do próprio Aurino Lacerda Nilo, datada de 24 de setembro de 1979 e com firma reconhecida, que o mesmo passou a viver maritalmente com a Autora desde 15-9-73.

Como mui bem observou a Exma. Procuradora do INPS, é de somenos importância o Sr. Aurino, enquanto vivia maritalmente com a Autora, ter mantido ou não a constância do seu casamento em relação a Maria Anunciada de Andrade Lacerda Nilo, pois tal situação desde que aceita comprovada nestes autos, ao que na verdade não me encontro autorizado, em nada pode ter

tornado impossível a vida em comum entre a Autora e o sr. Aurino, vida esta que nos termos do art. 14, § 1º, da Consolidação das Leis da Previdência Social, se apresenta devidamente comprovada à vista dos documentos acima, como igualmente provada ficou a dependência econômica da Autora em relação ao Sr. Aurino.

Ininteligível pretender-se nestes autos questionar-se sobre a condição moral ou não da Autora.

Considerando, pois, ter nestes autos ficado provado à vista das provas documentais acima relacionadas e igualmente das provas testemunhais à vida em comum *more uxore*, entre a Autora e o Sr. Aurino Lacerda Nilo, e isto desde 15 de setembro de 1973, conforme declaração firmada pelo próprio Sr. Aurino, até o ano de 1980, ou seja, há mais de cinco anos, e igualmente comprovada a dependência econômica da Autora em relação ao seu companheiro, dependência esta por sinal que nos termos do art. 15 da CLPS é presumida, e no caso nem o Instituto nem a litisconsorte passiva apresentaram contraprova nesse sentido, não há como julgar-se senão nos termos, inclusive, da Súmula 122 pelo procedimento da ação, pelo que reconhecendo ser de direito da Autora fazer jus à pensão deixada por Aurino Lacerda Nilo, isto em concorrência com a esposa do mesmo, condeno o Instituto Réu a conceder à Autora, na qualidade de ex-companheira de Aurino Lacerda Nilo, tal pensão, a partir de 3 de setembro de 1980, data em que se deu o óbito do ex-companheiro, digo, ex-segurado, devendo incidir sobre os valores vencidos e vincendos, a partir de 3-9-80, correção monetária calculada nos mesmos índices das ORTNs — fls. 214/215.

Em conclusão, preliminarmente, provejo o agravo do apelado e declaro deserta a apelação da litisconsorte passiva; conseqüentemente, julgo prejudicado o seu agravo retido; no mérito, nego provimento à apelação do INPS.

EXTRATO DA MINUTA

AC 112.397 — PE — (Reg. nº 7.888.554) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Aptes.: Maria Anunciada de Andrade Lacerda Nilo e INPS. Apdo.: Ana Kleide Pereira Furtado. Advs.: Drs. Vicente Moreno Filho e outro, Janine Moreira Nascimento Patriota e outro e Maria José Pereira Pinto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo do apelado, para declarar deserta a apelação, prejudicado o seu agravo retido; no mérito, negou provimento à apelação do INPS. (Em 10-4-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Nilson Naves e Assis Toledo. Ausente o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 114.455 — RJ
(Registro nº 2.651.114)

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

Remetente: *Juízo Federal da 15ª Vara/RJ*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Roberto Tibúrcio Freire*

Ag. Retido: *CNPq (fls. 102 e 199)*

Advogado: *Dr. Edgard Pinto Monteiro*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Enquadramento. Auxiliar de Astrônomo. Pesquisador assistente.

As provas coligidas na instrução processual, principalmente a pericial, condenam o enquadramento do Autor, Auxiliar de Astrônomo, na Categoria de Técnico de Cartografia, pela falta de identidade das tarefas. A especificação das atribuições do primeiro cargo enseja considerar a possibilidade de classificação como Pesquisador Assistente.

Reparos em determinadas parcelas do dispositivo sentencial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao agravo retido de fls. 102 e 199 e não conhecer da apelação da União Federal; no mérito, dar parcial provimento à remessa *ex officio*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de matéria que foi exposta com clareza em minudência às fls. 201/203, que passo a ler:

«Roberto Tibúrcio Freire, qualificado na inicial, promove a presente ação ordinária contra a Fundação Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq — e a União Federal.

A inicial, redigida de forma confusa, não conseguiu expor, com detalhes, a situação funcional do demandante. Sabe-se, no entanto, por informações prestadas pelo Superintendente de Recursos Humanos do CNPq, que, no regime da Lei nº 3.780, de 1960, o autor foi readaptado no cargo de Auxiliar de Astrônomo, nível 10, e, posteriormente, promovido ao nível 12, quando integrava o quadro de pessoal do Observatório Nacional. Nessa situação, o encontrou a Lei nº 5.645, de 1970, e, nela, ele se manteve até 31 de outubro de 1974 (fl. 9).

Através do Decreto nº 76.893, de 23 de dezembro de 1975, o suplicante foi incluído no Novo Plano de Classificação de Cargos como Técnico em Cartografia, B, Código NM-1015.7, quando ainda se encontrava no Observatório Nacional (Sup. do DO de 31-12-75). Antes mesmo de inclusão no Novo Plano de Classificação de Cargos, o demandante, tendo tomado conhecimento de sua habilitação no processo seletivo realizado para a transposição de cargos integrantes das Categorias Funcionais do Grupo Outras Atividades de Nível Médio — NM-1000, inconformado, dirigiu requerimento ao Diretor do Observatório Nacional, insurgindo-se contra a classificação que lhe havia sido dada, de Técnico em Cartografia (fl. 7). Sua reclamação não mereceu resposta. Por nunca haver exercido o novo cargo, segundo alega, foi posto em disponibilidade (fl. 2).

Em maio de 1980, requereu ao Secretário do Pessoal Civil do Departamento Administrativo do Serviço Público a revisão de seu enquadramento. O pedido recebeu parecer favorável do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico — CNPq (fls. 9 a 11). Nada obstante, a pretensão do suplicante foi indeferida pelo DASP em despacho datado de 4 de agosto de 1980 (fls. 12 a 13).

Com seu enquadramento mantido no cargo de Técnico em Cartografia, não concorda o autor porque sempre exerceu atribuições na área da astronomia, auxiliando os astrônomos, em trabalhos técnicos. No caso, argumenta, os astrônomos foram classificados como pesquisadores assistentes. No cargo de técnico em cartografia não poderia ter sido classificado, uma vez que esse cargo nunca exerceu no Observatório Nacional, conclui o suplicante.

Pretende que lhe seja reconhecido o direito de se reenquadrar na carreira de Pesquisador Assistente, código PCT-201.1., com efeitos financeiros a partir de 31 de dezembro de 1975, data de sua classificação, quando havia 27 (vinte e sete) cargos vagos.

Embora fora do prazo, o primeiro réu, CNPq, contestou a ação, arguindo a preliminar de sua ilegitimidade para responder a ação e pedindo sua exclusão do feito. Depois de afirmar que o CNPq foi instituído pela Lei nº 6.129, de 6 de novembro de 1974, sob a forma de Fundação vinculada à Secretaria de Planejamento da Presidência da República, com personalidade jurídica de direito privado, sendo o regime de seu pessoal exclusivamente o da legislação trabalhista, conclui:

«Assim, os funcionários públicos da Unidade Subordinada Observatório Nacional não passaram, após a absorção deste órgão, a integrar o quadro de pessoal do CNPq, permanecendo eles, inclusive o Suplicante, como agregados, em um quadro em extinção, sujeitos às mesmas disposições do DASP, como funcionários do Ministério da Educação e Cultura, de onde o O. N. fazia parte» (fl. 59).

Sob a alegação de que o cargo de Técnico em Cartografia apresenta semelhança com o de Auxiliar de Astrônomo, o primeiro réu manifestou-se contrário à pretensão do autor (fl. 60).

Movido contra o CNPq e o DASP, o mandado de citação foi expedido correto para citar a Fundação e a União Federal (fl. 43). Houve irregularidades na citação, corrigidas oportunamente (fl. 71). Contestou a União, baseada em informações prestadas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público e sustentando a ocorrência da prescrição quinquenal. Alega que o ato de enquadramento foi publicado em 31 de dezembro de 1975. Entre esta data e a do ajuizamento da ação, 26 de dezembro de 1980, decorreu prazo superior a cinco anos, embora o primeiro requerimento administrativo date de 6-10-75, apresentado antes do ato de classificação, enquanto o segundo foi formulado em 12-5-80, «quando já não era mais cabível» (fl. 86).

Sobre o pronunciamento da ré, contrário ao mérito da pretensão do autor, merecem destaques os seguintes trechos:

«Quanto à pretensão manifestada pelo autor da inclusão na Categoria Funcional de Pesquisador Assistente, PCT-201.1, do Grupo Pesquisa Científica e Tecnológica, PCT-200, há evidente impossibilidade, em face das exigências estabelecidas pelo Decreto nº 72.303, de 30-5-73, que, dispondo sobre o grupo, após especificar as respectivas atividades, estipulou, no art. 6º, *verbis*:»

Mais adiante, afirma:

«Pelo anexo I do Decreto nº 76.893, de 1975, que dispõe sobre a transposição dos cargos para o Grupo-PCT-200, verifica-se que somente os cargos de Pesquisador em Astronomia foram transpostos. Não se poderia dispensar idêntico tratamento ao Auxiliar de Astronomia.» (Fl. 89).

Houve exame pericial cujo laudo foi contrário ao pedido do autor (fls. 113/128).»

Acrescento que à fl. 102 o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq pediu reconsideração do despacho saneador por não ter sido julgado extinto o processo em relação àquele órgão, tendo em vista a sua ilegitimidade passiva, consoante demonstrado no item 2, de sua contestação. Alternativamente, caso não fosse reformado o saneador, requereu se considerasse o pedido como agravo de instrumento retido nos autos.

A decisão foi confirmada (fls. 197/198) e o CNPq reiterou a interposição do agravo retido.

Sentenciando, o Dr. Armindo Guedes da Silva, eminente Juiz Federal da Décima Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, julgou procedente a ação nos termos do pedido «para reconhecer ao demandante o direito à revisão do ato de sua aposentadoria e a condenar os réus a procederem tal revisão para considerar o suplicante aposentado no cargo de pesquisador assistente, Código PCT-201.1., com efeito a partir de 31 de dezembro de 1975, a cujas vantagens financeiras deverão ser acrescidas juros e correção monetária. Condeno ainda os réus em 10% de honorários advocatícios, calculados sobre o valor da condenação.» Submeteu seu decisório ao duplo grau de jurisdição.

Com as páldas razões de fls. 211/212, apelou a União Federal, insistindo nas preliminares argüidas em sua defesa e defendendo a improcedência da ação.

O Autor ofereceu contra-razões às fls. 214/215, suscitando a preliminar de intempestividade do apelo, reforçada pela informação da fl. 216.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento do recurso voluntário por intempestivo e provimento da remessa oficial para que se reforme integralmente a decisão monocrática (fls. 220/222).

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O apelo voluntário da União Federal é intempestivo, posto que publicada a r. sentença monocrática no dia 3-10-85 (cfr. certidão de fl. 207) somente foi interposto o recurso em 5-12-85, após cerca de sessenta dias, o que infringe o disposto no art. 508 c/c o art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

No exame do mérito, a complexidade da situação funcional do Autor não permite que se solucione a questão pela simples leitura e interpretação dos textos regulamentares, pois em debate o enquadramento do Suplicante, Auxiliar de Astrônomo, na nova estrutura organizacional, decorrente do Plano instituído pela Lei nº 5.645, de 1970, onde a ausência de indicação daquele cargo leva a considerar as tarefas e atribuições que lhe são próprias para fins de posicionamento no Quadro.

Sendo assim, a perícia é um elemento de grande valia, para o deslinde desta questão. Os dois laudos trazidos aos autos constituem peças bem elaboradas e com significativos fundamentos. Impressionou-me a declaração contida em ambos sobre a falta de identidade entre as funções do Auxiliar de Astrônomo (antigo cargo) e as do Técnico em Cartografia (resultado do enquadramento), circunstância que levaria, de pronto, a admitir incorreta a classificação efetivada. É certo que o Perito do Juízo assinalou, também, a mesma dificuldade no que tange à categoria de Pesquisador Assistente. Todavia, encontrou o melhor abrigo na carreira de Assistente de Pesquisador. É o que se lê desse trecho do laudo respectivo (fl. 127):

«Se o autor não satisfaz as condições para ser transposto para o cargo de pesquisador assistente e também para o de técnico em cartografia, para o qual foi reclassificado pelo Decreto nº 76.893 de 23-12-75 (ver fl. nº 37 dos Autos), pode-se depreender que houve uma falha na aplicação do PCC no tocante ao autor.

A solução que satisfaria a peculiaridade do autor, ter pertencido a um cargo extinto quando do surgimento dos Decretos nº 72.950 de 17-10-73 e nº 72.303 de 30-5-73 e ainda o Decreto nº 76.893 de 23-12-75, seria o autor ser classificado na clientela secundária da Categoria Funcional de Pesquisador em Ciências Exatas e da Natureza. Embora, não esteja explicitado em nenhum dos decretos ora citados, o cargo de Assistente de Pesquisas, existente hoje no Observatório Nacional, seria o que mais similaridade e correlação tem com o extinto cargo de Auxiliar de Astrônomo. As atribuições e funções do cargo de Assistente de Pesquisa constituem o anexo de XLIX a LX ao presente laudo.»

Esta solução, aparentemente mais técnica, contém uma dificuldade, qual seja a de colocar o servidor em cargo inexistente na estrutura primitiva, embora hoje existente, conforme adverte.

O laudo do Assistente Técnico do Réu perfilha, quase que inteiramente, as justificativas do outro profissional, preferindo, porém, por convicção extraída do material examinado, vislumbrar identidade entre as tarefas do Auxiliar de Astrônomo e do Pesquisador Assistente. É ler-se:

«4º Quesito

Pergunta: Se há identidade, similitude ou correlação, entre as funções supra-referidas de Auxiliar de Astrônomo e Assistente Pesquisador, com vistas às funções de Pesquisador em Ciências Exatas e da Natureza, relativamente ao Observatório Nacional, conforme as denominações do Decreto nº 76.893, de 23-12-1975, publicado no *Diário Oficial* da União de 31-12-75?

Resposta: Comparando-se as descrições das funções e atribuições de Auxiliar de Astrônomo exercidas pelo Autor com as de Pesquisador Assistente, verifica-se que há correlação conforme consta das fls. 21, 24, 27, 28 e 29 do presente processo PCC, do Observatório Nacional (Decreto 76.893 de 23-12-

75). O Autor tinha como atribuições e responsabilidades «Alisamento das correções-observadas no Relógio Padrão do Observatório Nacional, incluindo agrupamento conveniente de valores observados e relação destes valores médios normais. Interpolação das correções alisadas, cálculos das correções dos Sinais Horários, para elaboração final dos *boletins horários*, que se enquadram nas funções de *pesquisador assistente*, PCC do Observatório Nacional — Decreto nº 76.893 de 23-12-75, especificadas abaixo:

- a) Realizar Trabalhos de Pesquisa;
- b) Participar de realização de trabalhos de desenvolvimento, transferência e adaptação de tecnologia;
- c) Divulgar a produção Técnico-Científica por meios de artigos, monografia, livros ou relatórios (no caso do Autor, — *Boletins Horários do Observatório Nacional*);
- d) É oportuno esclarecer que o Autor exerceu Funções e Atribuições de *Astrônomo*, conforme informação prestada pelo então Diretor do Observatório Nacional, Professor *Lélio Itapuambira Gama* (Membro do Conselho Nacional de Pesquisa), em 1964, no processo de readaptação do Autor, folhas 27 e 28 item *h*, do processo, onde consta «*Até certo tempo esta tarefa automática era exercida por Astrônomo.*»

Também estou convencido de que o Suplicante, pelos encargos desempenhados na qualidade de Auxiliar de Astrônomo, merecia, como merece, ser posicionado na classe de Pesquisador Assistente. A objeção no que tange à formação universitária, desde quando a própria regulamentação previu a alternatividade da equivalência, parece-me preenchida a condição pelo fato incontroverso do exercício, por longo período, das atividades pertinentes ao novo cargo.

Ao dispositivo sentencial faço, porém, os seguintes reparos: a) o termo inicial do benefício deve ser o da citação, pois, embora havendo requerimento administrativo, ficou demonstrado que a Administração procurou solucionar o caso diante das normas existentes, já que inexistia indicação precisa a respeito; b) a correção monetária aplicável é da Lei nº 6.899, de 1981, incidente a partir da sua vigência; c) os juros de mora são contados da citação, mês a mês.

No tocante ao agravo retido de fl. 102, entendo que o MM. Juiz *a quo* deu correta solução ao problema nele ventilado, com o despacho de fls. 197/198.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido de fl. 102; não conheço da apelação da União Federal; dou parcial provimento à remessa necessária para os fins acima consignados. Mantém-se a sentença quanto ao mais.

EXTRATO DA MINUTA

AC 114.455 — RJ — (Reg. nº 2.651.114) — Rel.: o Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 15ª Vara/RJ. Apte.: União Federal. Apdo.: Roberto Tibúrcio Freire. Ag. Retido: CNPq (fls. 102 e 199). Adv.: Dr. Edgard Pinto Monteiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao agravo retido de fls. 102 e 199 e não conheceu da apelação da União Federal; no mérito, deu parcial provimento à remessa *ex officio*. (Em 12-5-87 — 2ª T.)

Os Srs. Mins. Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Min. Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Min. OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 117.329 — RJ
(Registro nº 7.109.911)

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

Remetente: *Juízo Federal da 15ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Tele Rio Eletro Domésticos Ltda.*

Advogados: *Dra. Maria Cecília Raeder La Cava Tinoco e outros*

EMENTA: Fundo Nacional de Telecomunicações. Repetição de indébito. Prévio esgotamento das vias administrativas.

1. A sustentação, pela União, da constitucionalidade ou legalidade de ato do qual se originou o pagamento de débito cuja repetição é pleiteada pelo contribuinte em Juízo supre a exigência de esgotamento da via administrativa, prevista no art. 169, do CTN.

2. 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 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.

3. A declaração de inconstitucionalidade de norma legal afasta-a de aplicação ao caso concreto, não perdendo ela, entretanto, 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.

4. Decidido que contrariava a Constituição a cobrança da sobretarifa ao contribuinte a partir da data da Lei 6.093/74, não há como fazer-se distinção entre as parcelas que foram efetivamente transferidas do FNT para o FND, e outras que continuaram sendo recolhidas ao primeiro.

Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ação proposta contra a União para obter a sua condenação à restituição de importâncias relativas à sobretarifa do FNT, recolhidas na oportunidade do pagamento de contas telefônicas, ao fundamento de que a cobrança referida contrariara a Constituição, foi julgada por sentença que assim concluiu a sua parte decisória:

«Com esses fundamentos, julgo procedente a ação para reconhecer a inexistência da obrigação de recolhimento da sobretarifa impugnada e decretar a nulidade dos atos administrativos praticados pela TELERJ, não abrangidos pela prescrição e que autorizaram a arrecadação da referida contribuição, condenando a ré a restituir aos suplicantes o valor do indébito relativo ao período não atingido pela prescrição, acrescido de correção monetária até 27 de fevereiro de 1985 e juros moratórios, além de custas e honorários advocatícios que fixo em 8% (oito por cento) sobre o valor da restituição.

Esta sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição».

A União apelou alegando:

a) improcedência da arguição de inconstitucionalidade, por não se revestir a sobretarifa de caráter tributário, derivando de relação contratual entre o assinante e a empresa concessionária;

b) não haverem sido remetidos à Fazenda Nacional, na fase de instrução da ação, os documentos necessários;

c) ser a autora carecedora da ação, por não haver pleiteado antes, na órbita administrativa, a devolução pretendida, e nem comprovado que não repassara o valor pago.

O recurso foi contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Seguidamente tenho proferido o voto que passo a ler:

«É tranqüilo o entendimento neste Tribunal no sentido de que, se proposta a ação, a União a contesta, como ocorreu no caso dos autos, tem-se por suprida a exigência do pedido à Administração da restituição do tributo.

Improcede, assim, a preliminar.

Quanto ao mérito, 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 ele 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 consequência a nulidade da cobrança efetuada aos autores, que, assim, têm legitimidade para repetir as importâncias pagas.

Desacolho, também, outra arguição 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.»

Quanto às alegações de que não foram remetidos à Fazenda Nacional os documentos em que se fundava a ação, e de não haver a autora comprovado que não repassara o tributo, são de todo improcedentes, a primeira porque irrelevantes os documentos no caso, pois a restituição se dará com prévia liquidação de sentença, e, a última, porque impossível, no caso, o repasse de custo de uso do telefone.

Nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 117.329 — RJ — (Reg. nº 7.109.911) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte: Juízo Federal da 15ª Vara. Apte: União Federal. Apdo: Tele Rio Eleto Domésticos Ltda. Advs.: Dra. Maria Cecília Raeder La Cava Tinoco e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 23-11-87 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.960 — SP
(Registro nº 2.243.911)

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

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Lucas Cav do Brasil Ltda.*

Advogado: *Dr. Aleksas Juocys (Apda)*

EMENTA: Ação de repetição do indébito. Imposto de Importação. Bicos injetores, corpos de porta-injetor e injetores completos. Erro na classificação da mercadoria importada. Prova da não repercussão. Mercadoria tabelada pelo CIP.

I — No caso, a perícia realizada concluiu que os bens questionados não compõem o sistema do motor, como quer o Fisco, constituindo partes integrantes do sistema de bombeamento. Daí ter agido corretamente a autora, ao classificá-los na posição 84.10.90.000 da TAB.

II — Em se tratando de mercadorias tabeladas pelo CIP, como no caso, não há divisar a possibilidade de repercussão do tributo. Ademais, segundo a prova pericial, o imposto cuja restituição é pretendida não foi repassado a terceiros, segundo se depreende das notas fiscais correspondentes ao período em discussão.

III — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação 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, 13 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República, de lavra da Dra. Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo Dr. Nelson Parucker, assim resumiu a controvérsia (fls. 2779/2780):

«Trata-se de apelação interposta pela União Federal da r. sentença de fls., que julgou procedente pedido de repetição de indébito formulado por Lucas Cav do Brasil Ltda., para haver a quantia de Cr\$ 23.702.932,00, recolhida aos cofres públicos a título de Imposto de Importação.

Pelo que se depreende dos autos, a Apelada importou bicos injetores, corpos de porta-injetor e injetores completos, classificando-os na posição 84.10.90.000, da TAB.

A autoridade fiscal impugnou a classificação, deslocando-a para a posição TAB 84.06.91.99, que resultou no recolhimento, pela Apelada, da quantia ora repetida.

Em suas razões, sustenta a Apelada que as mercadorias importadas constituem-se em partes e peças de bomba injetora para motores a diesel, entendimento esse contrariado pela Apelante, que, com arrimo nas Notas Explicativas da Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas, afirma tratar-se de peças de motor a explosão.

Sustenta, ainda, a Apelante, que, nos termos do art. 166, do Código Tributário Nacional, a restituição só seria cabível, se a Apelada comprovasse que não transferiu a terceiro o encargo financeiro, ou que está expressamente autorizada por este a pleitear a repetição.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a Apelante a restituir a quantia paga pelo importador, acrescido de correção monetária, bem como ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.»

Assinalo que, examinando as questões suscitadas, concluiu o citado parecer pelo provimento do recurso, por não ter a autora feito a prova de que não transferiu a carga tributária a terceiro, nem a de estar autorizada por este a propor a ação de repetição do indébito.

É o relatório.

EMENTA: Ação de repetição do indébito. Imposto de Importação. Bicos injetores, corpos de porta-injetor e injetores completos. Erro na classificação da mercadoria importada. Prova da não repercussão. Mercadoria tabelada pelo CIP.

I — No caso, a perícia realizada concluiu que os bens questionados não compõem o sistema do motor, como quer o Fisco, constituindo partes integrantes do sistema de bombeamento. Daí ter agido corretamente a autora, ao classificá-los na posição 84.10.90.000 da TAB.

II — Em se tratando de mercadorias tabeladas pelo CIP, como no caso, não há divisar a possibilidade de repercussão do tributo. Ademais, segundo a prova pericial, o imposto, cuja restituição é pretendida, não foi repassado a terceiros, segundo se depreende das notas fiscais correspondentes ao período em discussão.

III — Apelação desprovida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao opinar pelo provimento do recurso, argumentou a douta Subprocuradoria-Geral da República no seu parecer (fls. 2780/2782):

«7. Duas são as questões que merecem apreciação, para que se possa concluir sobre o direito da Apelada à restituição.

8. A primeira delas refere-se à classificação da mercadoria importada.

9. A perícia realizada por ordem do juízo concluiu que os bens questionados não compõem o sistema do motor, como quer a Apelante, constituindo partes integrantes do sistema de bombeamento.

10. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença, que bem elucidou a questão:

«A posição correta, portanto, é a indicada pela A., vale dizer, 84.10.90.00.

Além do mais, se o sistema de bombeamento integra o sistema maior do motor, aplicar-se-ia a regra de interpretação consubstanciada na letra a, da regra 3ª, segundo a qual a posição mais específica terá prioridade sobre a mais genérica.

Possui, portanto, a NBM, regra própria para dirimir a controvérsia, sem qualquer necessidade de recurso às Notas Explicativas da Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas.

O art. 3º do Decreto-Lei nº 1.154, de 1-3-71, estabelece prioridade das regras de interpretação, ao estabelecer:

«A interpretação do conteúdo das posições e desdobramentos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) far-se-á pelas suas Regras Gerais e Regras Gerais Complementares e, subsidiariamente, pelas Notas Explicativas da Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas (NENAB).»

Ora, se o recurso da NENAB é subsidiário, ele só é legítimo a partir do momento em que as Regras Gerais e Complementares da NBM forem omissas, ou melhor dizendo, se pelo sistema de tais regras não se puder inferir qualquer classificação para uma dada mercadoria.»

11. Vê-se, assim, que, com referência à classificação da mercadoria, assiste razão à Apelada.

12. Todavia, quanto à segunda questão, repercussão tributária, o mesmo não se pode afirmar.

13. Dispõe o art. 166, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este autorizado a recebê-la.»

14. O Imposto de Importação, por sua natureza, enquadra-se dentre aqueles classificados como indiretos, pois sempre comporta a transferência do encargo financeiro ao contribuinte de fato.

15. Desse modo, para legitimar-se à ação de repetição de indébito é necessário que o contribuinte de direito prove ter assumido o encargo financeiro, ou seja, não ter agregado aos custos o valor do tributo, ou então, ter sido expressamente autorizado pelo contribuinte de fato a instaurar a demanda.

16. Ora, a Apelada não atendeu ao pressuposto expresso no art. 166 do CTN, já que nos autos não consta a prova de que não transferiu a carga tributária a terceiro, nem a prova de estar autorizada a propor a ação de repetição de indébito.

17. Por fim, cabe lembrar o teor da Súmula nº 546 do STF, *in verbis*:

«Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido, por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.»

Concordo com o transcrito parecer, ao dar a sua anuência à classificação da mercadoria feita pelo Perito e endossada pela sentença. Todavia, dele discordo no ponto

em que, à vista do artigo 166 do CTN e da Súmula nº 546 do STF, sustenta que não há nos autos prova de que a autora não transferiu a carga tributária a terceiro ou de que se achava por este autorizada a pedir a restituição do indébito. Com efeito, em se tratando de mercadoria tabelada pelo CIP, não há divisar a possibilidade de repercussão. Nesse sentido, votei, como vogal, por ocasião do julgamento do EAC nº 114.453-SP, pela Egrêgia 2ª Seção, na assentada de 5-4-88. Com a mesma orientação, o acórdão do STF, proferido no RE 84.827, Relator Ministro Aldir Passarinho (*DJU* de 11 de março de 1977, pág. 1325), assim ementado:

«ICM — Ação de repetição do indébito — Ausência de repercussão econômica do tributo sobre mercadoria tabelada. Aplicação da Súmula nº 546 — Recurso extraordinário conhecido e provido.»

E, no caso, o Perito Judicial, ao responder o quesito complementar nº 2 da Apelação, sobre se «os produtos da autora estavam sujeitos ao controle de preços do Conselho Interministerial de Preços — CIP», respondeu afirmativamente (ver fl. 2607).

Ademais, à vista das respostas dadas pelo Experto aos quesitos complementares formulados pela autora (ver fls. 2605/607), não há conceber a ocorrência do fenômeno da repercussão. A propósito, bem argumentou a recorrida (fl. 2774):

«Demonstrou o Perito, através da juntada das Notas Fiscais correspondentes ao período em discussão, que os impostos destacados e debitados pela Autora, ora Apelada, nas Notas Fiscais de venda de seus produtos são o IPI e o ICM, sendo que o II, objeto da presente ação de repetição de indébito, não se apresentava nas Notas Fiscais. Como poderia, então, ter a Apelada repassado um imposto que sequer se encontrava em destaque nas Notas Fiscais que acobertavam as operações em questão?»

Finalmente, quanto aos honorários, à vista das circunstâncias da causa, afigura-se-me que foram estipulados em percentual razoável.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 120.960 — SP — (Reg. nº 2.243.911) — Rel.: Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara. Apelante: União Federal. Apelada: Lucas Cav do Brasil Ltda. Advogado: Dr. Aleksas Juocys (Apda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 13-4-88 — 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 122.371 — DF
(Registro nº 9.525.602)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Delgado*

Apelantes: *Servix Engenharia S/A e outros*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Maria Luzia Fayad da Silva e outros e Hugo Mosca*

EMENTA: Processual Civil. Competência. Ações contra a União. CF, art. 125, § 1º.

I — Dentre as alternativas facultadas ao autor, pelo § 1º, art. 5º, da CF, para se propor ações contra a União, acha-se a de escolher o foro do Distrito Federal.

II — Sentença reformada. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente, Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Cuida-se de apelação proposta por Servix Engenharia S/A e outros, em razão de decisão do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que entendeu ser incompetente para processar e julgar ação que envolvem autores com domicílio em outra circunscrição judiciária.

Alega o MM. Juiz que o Distrito Federal não é «Foro Supletivo» de nenhum outro; que os Juizes do DF não têm jurisdição mais ampla que quaisquer outros juizes; que o artigo 125 da Constituição não contempla a «Opção de Foro», mas indica a competência exclusiva dos juizes federais. Entende, por fim, que a ação de cada um dos AA. pertence à jurisdição exclusiva das Seções Judiciárias dos respectivos Estados, e que, assim sendo, falece-lhe competência para julgar a demanda e, dada a impossibilidade de desmembramento dos autos, o processo é julgado extinto.

As apelantes, em suas razões, argumentam que a doutrina é uniforme no sentido de identificar a norma constitucional como uma faculdade posta à disposição dos autores, pelo constituinte, com a finalidade de facilitar-lhes o acesso à Justiça. Traz à colação o ensinamento de diversos processualistas pátrios e encerra suas razões pedindo a reforma do *decisum*.

A douda SGR, após vista, acosta parecer mimeografado que diz respeito ao mérito da matéria, não tendo ligação com o incidente processual que acarretou a extinção do feito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Em outras assentadas, esta Turma teve oportunidade de apreciar matéria idêntica, tendo se posicionado de forma a dar pela competência do juiz do Distrito Federal para apreciar a lide proposta por autores domiciliados em outros Estados, porque assim o permite a norma constitucional.

Aliás, não discrepam os ensinamentos de mestres do porte de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando diz:

«A Constituição deixa ao autor quatro alternativas para a propositura de ações contra a União: 1ª Propô-la na capital do Estado ou Território onde for domiciliado; 2ª — Na capital do Estado ou território onde tiver ocorrido o fato ou ato que dá ensejo à demanda; 3ª — Na capital do Estado ou Território onde está a coisa objeto da demanda; 4ª — No Distrito Federal («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, 3ª ed., pág. 498).»

No mesmo diapasão, temos o professor Celso Agrícola Barbi, *in* «Comentários ao CPC» (Forense, 2ª ed., pág. 437).

De toda sorte, esta Turma, a exemplo da 1ª Turma, vem decidindo na forma do precedente abaixo:

«Processual civil. Competência para as ações contra a União Federal. Artigo 125, § 1º, CF.

Dentre as alternativas facultadas ao autor, pelo parágrafo 1º do art. 125 da CF, para a propositura de ações contra a União, encontra-se a de propô-la no Distrito Federal.»

Diante do exposto, dou provimento ao recurso voluntário de Servix Engenharia S/A e outros para anular a sentença, e que outra seja proferida, julgando o mérito como entender de direito o MM. Juiz *a quo*.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 122.371 — DF — (Reg. nº 9.525.602) — Rel.: O Sr. Ministro José Delgado. Aptes.: Servix Engenharia S/A e outros. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Maria Luíza Fayad da Silva e outros e Hugo Mosca.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 30-11-87 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 122.394 — SP
(Registro nº 4.244.044)

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

Apelante: *Última Filmes Ltda.*

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

Advogados: *Drs. Mariam Berwanger e outros (Apte), Vera Monteiro dos Santos Perin e outro (Apdo)*

EMENTA: Administrativo. Direitos autorais. Bens corpóreos. Titularidade.

I — A teor das legislações pertinentes (Lei nº 5.988/73, art. 1º, caput; art. 95 c.c. o art. 3º, alínea a do Decreto nº 57.125/65, os atores, locutores, bailarinos, enfim, artistas, têm assegurado o direito autoral, insculpido na Constituição Federal, art. 153, § 25.

II — Do trabalho artístico emana vínculo personalíssimo do artista que o ata à execução ou interpretação que faz, enquanto obra destacada do corpo físico que as suporta, sendo, pois, titulares de bens corpóreos, por isso que podem dispor da criação que fazem, cedendo, transferindo e até impedindo tais realizações.

III — Apelação provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de embargos opostos por Última Filmes Ltda. à execução fiscal que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), objetivando o recebimento de contribuições previdenciárias.

Aduz a embargante, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, aos seguintes argumentos:

«Originou-se a presente execução da «Notificação para Recolhimento de Débito Verificado» (NRDV) nº 9.674, lavrada em 27 de setembro de 1976, pela qual o senhor agente autuante, analisando vários «Contratos de Cessão de Direitos Autorais» que lhe foram exibidos, entendeu que a executada efetuou pagamentos por serviços a ela prestados por figurantes, dubladores, modelos e locutores, sem o devido recolhimento das contribuições devidas ao IAPAS (doc. 2).

Exame mais atento de tais Contratos demonstrará que a embargante neles figura apenas como mandatária de uma das partes.

Efetivamente, tais Contratos foram celebrados entre várias pessoas físicas, cedentes de direitos autorais — e que figuraram nos Contratos como «CEDENTES» — e pessoas jurídicas, cessionárias daqueles direitos — designadas «CESSIONÁRIAS» nos Contratos — aparecendo a embargante apenas como representante das cessionárias.

A remuneração devida aos cedentes pelas cessionárias era de responsabilidade destas e nunca da mandatária, ora embargante.

Observe-se que a cláusula terceira de tais Contratos previa:

«3ª) A cessionária obriga-se a pagar ao cedente, como retribuição ao objeto desta cessão, a importância de Cr\$.... *através da produtora acima*, ..., contra-recibo, devidamente deduzida do Imposto de Renda — fonte, e/ou outro qualquer tributo que porventura possa incidir sobre esse tipo de remuneração» (grifamos).

Como se vê, a obrigação de pagar cabia exclusivamente às pessoas jurídicas cessionárias dos direitos autorais. E o respectivo pagamento era efetuado pelas próprias cessionárias, por intermédio de sua mandatária, a ora embargante.

Dessa forma, se alguma contribuição é devida ao IAPAS pela cessão de direitos autorais acima mencionada — o que se admite para argumentar — o sujeito passivo de tal contribuição não pode ser jamais a executada, pelo simples fato de ter agido tão-somente como mandatária das empresas cessionárias de direitos autorais.

Evidencia-se, assim, a ilegitimidade *ad causam* passiva da embargante para figurar nos autos da execução fiscal que lhe é movida pelo IAPAS, devendo V. Exa. extinguir o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil» (fls. 3/4).

No mérito, diz improcedente a execução, porque a hipótese trata de cessão de direitos autorais e não de prestação de serviço, por isso que aplicável o comando da Lei nº 5.988/73, afirmando, *verbis*.

«Na realidade, as partes contratantes, cedentes e cessionárias, celebraram várias cessões de direitos autorais. A cessão de tais direitos é que constituía o objeto e o fim desejado pelos celebrantes. Não pretendiam estes a simples prestação de um serviço.

3.4. Equivocada, também, a afirmação do senhor fiscal segundo a qual teria havido:

«remuneração por parte da empresa a pessoas físicas por serviços prestados a ela»...,

simplesmente porque não houve remuneração por parte da empresa embargante a pessoas físicas, porque aquela agia como mandatária e representante das empresas cessionárias que celebravam os Contratos com as pessoas físicas.

As empresas cessionárias, e só estas, é que remuneravam os modelos, figurantes, locutores e dubladores cedentes de seus direitos autorais.

Como tais empresas agiam através de sua representante — a ora embargante — confundiu-se o agente da fiscalização notificando para recolhimento de contribuições eventualmente devidas ao IAPAS quem não era parte e nunca foi, nos Contratos de Cessão de Direitos Autorais.

3.5. Bem se vê que a presente Execução Fiscal é fruto de uma série de equívocos em que elaborou o agente fiscal responsável pela lavratura da NRDV n.º 09.674.

3.6. A embargante tem por objeto social o ramo de produção cinematográfica em geral, notadamente para o cinema e televisão, com a respectiva aplicação de materiais para esses fins, bem como a distribuição de filmes e serviços técnicos de som.

Os pagamentos levantados pelo agente da fiscalização referem-se à participação de modelos, figurantes, locutores e dubladores na criação e produção de filmes de propaganda comercial e institucional, que se constituem na fixação de imagens e sons em suporte material e a reprodução das cópias das mencionadas execuções em filmes.

Uma vez selecionados os modelos, figurantes, locutores e dubladores, firmavam estes um contrato pelo qual cediam às suas contratantes — em geral agências de propaganda ou emissoras de radiodifusão ou TV — o direito autoral correspondente à respectiva participação no filme de propaganda.

Uma vez cedidos tais direitos às cessionárias, a atividade da embargante consistia na fixação de imagens e sons que, por sua vez, geram um novo bem, também protegido pelo direito autoral, este sim, negociado entre a embargante e as empresas cessionárias, em geral agências de propaganda.

O que se discute nesta Execução é esta primeira fase de criação de filmes de propaganda, isto é, o relacionamento existente entre os participantes desse filme e as empresas, em geral agências de propaganda, que os contrata.

A embargante é parte estranha nesse relacionamento, pois dele não participa.

Daí porque a manifesta ilegitimidade de parte, argüida em preliminar.

3.7. Admita-se, apenas para argumentar, a responsabilidade da embargante pela contratação de pessoal para participar dos filmes de propaganda que cria e produz.

Ainda assim é insubsistente a Execução.

Os modelos figurantes, locutores e dubladores participantes em filmes comerciais não prestam serviço algum a quem quer que seja, mas simplesmente cedem e transferem a terceiros um bem de que são titulares, um direito que lhes é personalíssimo, qual seja, sua criação artística.

3.8. Não há que se confundir prestação de serviços e cessão de direitos autorais, aquela ligada ao direito obrigacional, e esta ao direito real» (fls. 6/9).

Impugnando os embargos, o IAPAS aduz, *verbis*:

«Toda a discussão dos presentes embargos na verdade é bem menos complexa do que parece e gira sobre o problema do que seriam esses direitos autorais. Não há dúvidas inexistir incidência de contribuições previdenciárias sobre esses direitos. A nossa Carta Magna, em seu art. 153, § 25, declara expressamente:

«Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito de utilizá-las.»

Aliás, sobre a matéria, a própria embargante cita inúmeros pronunciamentos, tratadistas, leis, decretos e mesmo manifestações do próprio embargado todos favoráveis a esse entendimento.

Contudo, modelos, figurantes, locutores, dubladores, não são autores de obras literárias, artísticas ou científicas. São profissionais que, mediante *cachet*, prestaram serviços à embargada no período em tela (fevereiro de 74 a janeiro de 75). À fls. 27 a 33, em documento proveniente dos embargos se detalham minuciosamente os nomes desses «autores». Evidentemente, não queremos diminuir o valor desses elementos (e muito menos o signatário desta que, por acaso, entre outras coisas, é professor numa escola de teatro), mas quando se diz que fulano ao dublar um filme para a TV, digamos, fez um «trabalho artístico», estamos dando à expressão «trabalho artístico» um sentido amplo e confundi-lo com *autor* é um pouco demais.

O Fiscal da Previdência, Sr. José Violante, no processo, chama a atenção que vários dos nomes citados no doc. 1, chegaram a dar procuração ou autorização a um terceiro para receber o *cachet* pela participação em determinados filmes, e que essa expressão «receber o cachet», conta da documentação da embargante.

O problema dos direitos autorais já por diversas vezes havia sido levantado, o que motivou a expedição do Memo Circular 01-002.0/531/75 que indica a forma para a aplicação do artigo 94, da Lei nº 5.988, de 14-12-73, que regula os direitos autorais. Lemos no seu item 4:

«Assim, independentemente da eventual retribuição que caiba ao artista, em função do exercício de sua atividade, há a compensação decorrente do contrato de cessão de direito...

Com isto, configuram-se duas situações distintas:

1. há um pagamento pelo serviço prestado
2. há um pagamento pelo direito autoral.

Ora, no levantamento que deu origem à execução, as contribuições previdenciárias recaíram sobre uma *prestação de serviço*, e a embargante não comprovou, aqui ou administrativamente, o pagamento de quaisquer direitos autorais» (fls. 48/49).

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os embargos, nos termos da r. sentença de fls. 87/88.

Irresignada, apelou a sucumbente, ratificando os termos postos na exordial (fls. 90/99).

Recebido o recurso e devidamente contra-arrazoado (fls. 101/103), 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 preliminar argüida pela apelante sobre ser ilegítimada passiva *ad causam*, foi afastada pelo MM. Juiz sentenciante, nos seguintes termos:

«Não comprovou habilmente a embargante, em nenhum momento, as contratações referidas com as agências intermediárias, ficando demonstrado ser ela própria a devedora das contribuições previdenciárias pela locação dos serviços executados pelos artistas.»

Realmente, compulsando os autos, verifica-se que não logrou a embargante, em nenhum momento, comprovar o liame entre ela e as agências intermediárias, por isso que não procede, no ponto, a irresignação.

No que concerne ao mérito, a questão cinge-se, no meu sentir, à verificação da aplicabilidade do comando da Lei nº 5.988/73 e Decreto nº 57.425/65, à espécie, impondo-se, destarte, ao deslinde da controvérsia, o exame das indigitadas legislações e o seu assentamento sobre referidos sujeitos.

Com efeito, dispõe a Lei nº 5.988/73, em seu art. 1º, *caput*:

«Esta lei regula os direitos autorais, entendendo-se sobre esta denominação os direitos de autor e direitos que lhe são conexos.»

No capítulo I, Título V, cuida aludida lei da extensão das normas tocantes aos direitos do autor àqueles que lhe são conexos, dispondo, já no Capítulo II do mesmo Título, art. 95, sobre direitos dos artistas, intérpretes e executantes, *verbis*:

«Art. 95. Ao artista, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, cabe o direito de impedir a gravação, reprodução, transmissão, ou retransmissão por empresa de radiodifusão, ou utilização por qualquer forma de comunicação ao público, de suas interpretações ou execuções, para as quais não tenha dado seu prévio e expresso consentimento.»

Ora, ao assim dispor, declarou a lei que todos aqueles que se enquadrarem nas situações por ela previstas, são titulares de bens corpóreos, por isso que podem dispor da criação que fazem, cedendo, transferindo e até impedindo tais realizações.

Por outro lado, o decreto nº 57.125/65, que promulgou a Convenção Internacional para a proteção dos artistas, intérpretes ou executantes, reza, em seu art. 3º, alínea a, *litterim*:

«Para os fins da presente convenção entende-se por:

a) artistas intérpretes ou executantes, os atores, cantores, músicos, dançarinos e outras pessoas que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas.»

É ver que não deve, segundo a boa hermenêutica, o aplicador da norma, fazer distinção que o legislador não fez. Assim é que a *mens legis* enseja que do trabalho artístico, emana do artista vínculo personalíssimo que o ata à sua execução ou interpretação, enquanto obra destacada do corpo físico que a suporta.

Em verdade, não vejo como dizer-se que o desempenho do trabalho de um artista (locutor, modelo, bailarino, intérprete) esteja sujeito à prestação de serviços, a não ser que se pretenda mudar a realidade das coisas.

Ademais, segundo afirmado na inicial e anuído pelo próprio impugnado, o Conselho Diretor do Departamento da Previdência Social, através da Resolução 89/71, assim dispôs:

«Assunto: Contrato de cessão de Direitos Artísticos. Incidência de contribuição previdenciária face ao que dispõe o Decreto-Lei nº 959/69.

Suscitante: Associação Brasileira dos Produtores de Fonogramas — São Paulo.

Suscitado: Departamento Nacional da Previdência Social.

Relator: Conselheiro José Francisco Thompson da Silva Ramos.

O Conselho Diretor do Departamento Nacional da Previdência Social, por unanimidade, Considerando a consulta formulada pela Associação Brasileira dos Produtores e Fonogramas, no sentido de ser esclarecido se cabe a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre os contratos de cessão de direitos celebrados entre as suas filiadas e os músicos profissionais, intérpretes e artistas em geral;

Considerando que, no caso em espécie, não se trata de prestação de serviços e sim de cessão de propriedade, juridicamente protegida pela Lei nº 4.944/66;

Considerando o parecer proferido pela Assessoria Técnica deste Departamento,

Resolve:

Esclarece que, sobre os contratos de cessão de direitos artísticos, não incide a contribuição previdenciária de que trata o Decreto-Lei nº 959/69.

Ausente: Conselheiro Clóvis Matos de Sá.

ass.

José Francisco Thompson da Silva Ramos.

Conselheiro-Relator: Godofredo H. Carreira Leão, Presidente-Substituto.»

Frise-se, ainda, que a autarquia apelada, respondendo a consultas formuladas pelo ora apelante, assim se expressou:

«1. Em atenção à consulta formulada por V. Sa. e protocolada neste Instituto sob nº 837.704/74, temos a informar o seguinte:

De acordo com a Divulgação nº 42/71 onde se transcreve a Resolução nº CD/DNPS-89, de 10 de fevereiro de 1971, Processo MIPS 131.508/70, ficou resolvido que, sobre os contratos de cessão de direitos artísticos não incide a contribuição previdenciária de que trata o Decreto-Lei nº 959/69.

2. Apresentamos a V. Sª os protestos de nossa consideração.»

O mesmo teor promana de outra manifestação da autarquia (fl. 40), *verbis*:

«1. Respondendo à consulta dessa empresa, formulada através do Processo nº 8.377.704/74, informamos não incidir contribuição previdenciária sobre cessão de direitos autorais, e que sempre ocorreu a não incidência.

2. Relativamente às modalidades de direitos autorais, esclarecemos que o INPS se pauta pela definição contida na Lei nº 5.988, de 14-12-73.»

As alegações feitas pela ora apelada não têm o condão de abalar os fortes fundamentos da pretensão deduzida em Juízo.

Assim, pois, tenho que a r. sentença monocrática mereça reforma porque entendo que os atores, locutores, bailarinos, enfim, artistas, têm assegurado o direito autoral, em conformidade com o preceito insculpido no art. 153, § 25, da Carta Magna.

À vista do exposto, dou provimento à apelação para acolher, *in totum*, a pretensão dos embargantes ora apelantes.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 122.394 — SP — (Reg. nº 4.244.044) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Última Filmes Ltda. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advs.: Drs. Mariam Berwanger e outros (Apte), Vera Monteiro dos Santos Perin e outro (Apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 20-5-87 — 5ª Turma).

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

INCIDENTE DE CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 202
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 126.219 — SP
(Registro nº 6.348.963)

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

Apelante: *ELETROPAULO — Eletricidade de São Paulo S/A*

Apelado: *José Matheus Fonseca*

Advogados: *Drs. Neyland Parente Settanni, Elásio Alberto de Oliveira Rondon e outros (Apte)*

EMENTA: Súmula nº 202: cancelamento.

A Egrêgia Segunda Seção, ao julgar o incidente suscitado na AC 126.219, resolveu cancelar a Súmula nº 202, por ser contrária à jurisprudência do STF, sobre o assunto de que trata.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, aprovar o cancelamento da Súmula 202 desta Corte, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de março de 1988 (data de julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Ao ser julgada a presente apelação pela Egrêgia Quarta Turma, propus, com apoio no art. 114 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, o cancelamento da Súmula nº 202, razão por que os autos foram remetidos a esta Egrêgia Segunda Seção.

Naquela assentada, aduzi (fls. 105/107):

«Dentre as questões deduzidas neste recurso, insurge-se a expropriante contra a Súmula nº 202, desta Corte, nestes termos:

«Na desapropriação, pertence ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário.»

Ao ser aprovado o referido verbete, fiquei vencido, mas, a partir de então, venho aplicando-o, em respeito à vontade da maioria dos integrantes da

Egrégia Segunda Seção. Acontece que, a esta altura, a Suprema Corte firmou jurisprudência em sentido contrário à citada Súmula. A propósito, a expropriante traz à colação dois julgados (RE 107.079-0-RJ e RE nº 106.976-7-SP), dos quais foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, estando assim fundamentado o seu voto proferido no primeiro dos precedentes, antes mencionado:

«O Tribunal a quo considerou que o valor da oferta pertence ao expropriado, bem como a correção monetária respectiva, e não admitiu sua dedução do cálculo final de indenização, com o que, no dizer do recorrente, afrontaria o princípio da justa indenização ao favorecer o expropriado em detrimento do expropriante. Na espécie, os expropriados levantaram os 80% da oferta depositada pelo expropriante.

O ilustre Ministro Pádua Ribeiro, vencido, dá as razões do seu entendimento nos termos desse douto voto:

«A orientação que venho sustentando para o deslinde da controvérsia coincide com a adotada pelo douto voto vencido. A meu ver, no cálculo da liquidação, tanto as quantias recebidas pelo expropriado, quanto as devidas pelo expropriante devem ser expressas em uma mesma moeda. Se a indenização devida ao expropriado é corrigida até a data do efetivo pagamento, não há conceber que as quantias antecipadamente levantadas deixem de sê-lo até aquela data ou, se não há quantias levantadas, deixe a importância depositada para fins de oferta, devidamente corrigida, de ser deduzida do total da indenização.

O argumento em que se fundou o acórdão embargado consiste em que o valor da oferta pertence ao expropriado a título de pagamento antecipado da indenização.

Não entendo assim. A meu ver, só pertencem ao expropriado as importâncias por ele recebidas. Antes de recebê-las, estão à disposição do Juízo. De qualquer forma, afigura-se-me que a discussão acerca de quem pertence o valor da oferta não conduz à solução da controvérsia. O problema aqui é outro: trata-se de saber se o dinheiro com o qual o expropriante paga a indenização é um (sem correção monetária) e o dinheiro que o expropriado recebe, a verba indenizatória é outro (com correção monetária). Acredito que, mesmo sem entrar no debate concernente a quem pertence o valor da oferta, resulta indiscutível que não é possível considerar em favor de uma parte a moeda aviltada e da outra a moeda corrigida. Admitir a distinção será consagrar terrível iniquidade.»

Tenho que o douto equacionamento se reveste de irrefutável exatidão jurídica.

Precedentes deste Tribunal demonstram a incidência da correção monetária sobre os 20%, não levantados, do depósito, e que permanecem depositados no interesse do expropriante (RREE 87.864, 90.719, 86.888 e 89.574). De sua vez os RREE 74.039, 89.599 e 85.962 lançaram os fundamentos da correção monetária da oferta ou de quaisquer outras parcelas pagas. É a posição adotada nos RREE 106.976, 107.859 e 106.627.

Na verdade, a justa indenização há de ser obtida da diferença entre a oferta e a quantia arbitrada, ambas corrigidas monetariamente. A propósito, a Súmula 617 adota essa prática em relação aos honorários de advogado, cuja base de cálculo é a diferença entre a oferta e a indenização, ambas corrigidas monetariamente, sendo como que um desdobramento do princípio da equivalência financeira.

Correto é, portanto, que quanto aos 80% já levantados do depósito pelo expropriado, cumpre sejam, também, atualizados, no cálculo final, para atender ao princípio da justa indenização. Há que se atentar que o expropriado, quando do recebimento da quantia, usufruiu do seu valor contemporâneo, não se pode pretender que as quantias a serem encontradas ao final favoreçam apenas ao expropriado, em detrimento do expropriante.

O ponto nodal da questão, portanto, é a equidade a ser observada tanto no receber a indenização quanto no pagá-la, com igual correção monetária de todas as parcelas, para ambas as partes, interessando ao princípio da justa indenização.

Para demonstrar a viabilidade do presente recurso, reporto-me ao douto parecer proferido pelo Ilustre Procurador da República Gilmar Ferreira Mendes, no RE 105.571, nesse tópico:

«Ora, se tais diferenças, efetivamente percebidas pelo expropriado, não são deduzidas do montante da indenização, não há como negar que o critério adotado implica enriquecimento sem causa, resultando, por conseguinte, em violação do art. 153, § 22, da Constituição. Não há razão jurídica que possa emprestar fundamento à diferenciação entre as quantias devidas pelo expropriante e aquelas percebidas pelo expropriado.»

Reportando-me, pois, *data venia*, ao douto voto vencido do nobre Ministro Pádua Ribeiro, conheço do recurso e dou-lhe provimento.»

Isto posto, à vista do art. 114 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, proponho o cancelamento da aludida súmula, remetendo-se o feito ao julgamento da Egrégia Segunda Seção, independentemente de acórdão.»

Com vista, manifestou-se a douda Subprocuradoria-Geral da República, através de parecer do Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, nestes termos (fls. 109/111):

«A Egrégia Quarta Turma desse Colendo Tribunal, por proposta do eminente relator, Ministro Pádua Ribeiro, nos autos da Apelação Cível nº 126.219-SP, decidiu submeter ao plenário da Segunda Seção, o cancelamento da Súmula nº 202, enunciada nos seguintes termos:

«Na desapropriação pertence ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário.»

2. Oportuna decisão, pois, além de inúmeros acórdãos em sentido contrário à Súmula, anotamos o desconforto do próprio eminente Ministro Carlos Mário Velloso, defensor da tese que resultou na Súmula, «reconhecendo impropriedade e inadequação de seu enunciado».

3. Na E. Sexta Turma, por provocação construtiva do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, onde se evidenciava hipótese de verdadeiro enriquecimento sem causa, o Ministro Carlos Velloso acentuou contradição entre o acórdão-base da Segunda Seção e o enunciado da Súmula nº 202, concluindo pelo temperamento de sua interpretação — Agravo de Instrumento nº

4. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo em sentido diverso da Súmula nº 202, reconhecendo a *irrefutável exatidão jurídica* da argumentação ofertada pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro.

5. Relevante, porém, assinalar é a adoção do critério deste voto, pois,

«A justa indenização foi de ser obtida da diferença entre a oferta e a quantia arbitrada, ambas corrigidas monetariamente.»

6. O Ministro Rafael Mayer, para chegar a esta conclusão, buscou inspiração no voto do Ministro Pádua Ribeiro, que entendeu revestir-se de irrefutável exatidão jurídica, como também no próprio critério adotado para apurar

a verba honorária, consubstanciado na Súmula nº 617 (como o é da Súmula 141/TFR).

7. Agora, recentemente, no *DJ* de 16 de outubro, na última sexta-feira, tal posicionamento consolidou-se, graças à explícita enunciação dada pelo eminente Ministro Moreira Alves à ementa do acórdão no RE 114.174-3, julgado em 19-9-87, em matéria similíssima:

«A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, em desapropriação, a oferta deve ser corrigida para a dedução do valor total, também corrigido, da indenização.» (*DJ*, 16-10-87, pág. 22.423.)

8. Na mesma linha jurisprudencial:

- «RE 108.839-7-SP — *DJ*/16-5-86 — pág. 8.192
- RE 108.844-3-SP — *DJ*/16-5-86 — pág. 8.192
- RE 108.551-7-SP — *DJ*/20-6-86 — pág. 10.932
- RE 108.553-3-SP — *DJ*/10-5-86 — pág. 8.190
- RE 109.286-6-SP — *DJ*/13-6-86 — pág. 10.461
- RE 107.193-1-SP — *DJ*/27-6-86 — pág. 11.619
- RE 108.420-1-SP — *DJ*/6-6-86 — pág. 9.936
- RE 107.419-1-SC — *DJ*/4-4-86 — pág. 4.762
- RE 110.562-S-SP — *DJ*/24-10-86 — pág. 20.323
- RE 107.519-8-SP — *DJ*/4-4-86 — pág. 4.762
- RE 107.993-2-SP — *DJ*/23-5-86 — pág. 8.786
- RE 106.976-7-SP — *DJ*/4-4-86 — pág. 4.761
- RE 106.611-3-SP — *DJ*/18-4-86 — pág. 5.995
- RE 107.119-2-SP — *DJ*/18-4-86 — pág. 5.995
- RE 109.492-3-SP — *DJ*/22-8-86 — pág. 14.525
- RE 110.140-7-SP — *DJ*/19-9-86 — pág. 17.150
- RE 110.411-2-SP — *DJ*/19-9-86 — pág. 17.153
- RE 108.404-9-SP — *DJ*/18-4-86 — pág. 5.998
- RE 106.728-4-SP — *DJ*/21-3-86 — pág. 3.961
- RE 106.627-0-SP — *DJ*/21-3-86 — pág. 3.961
- RE 106.700-4-SP — *DJ*/18-4-86 — pág. 5.995
- RE 107.280-6-SP — *DJ*/18-4-86 — pág. 5.995
- RE 108.385-9-SP — *DJ*/17-10-86 — pág. 1.9663
- RE 109.806-6-SP — *DJ*/10-10-86 — pág. 18.931
- RE 110.542-9-SP — *DJ*/10-10-86 — pág. 18.934
- RE 110.763-4-SP — *DJ*/3-10-86 — pág. 18.346
- RE 110.126-i-SP — *DJ*/26-9-86 — pág. 17.725
- RE 106.505-2-RJ — *DJ*/22-8-86 — pág. 14.522
- RE 110.412-1-SP — *DJ*/26-9-86 — pág. 17.728
- RE 110.410-4-SP — *DJ*/10-10-86 — pág. 18.933
- RE 108.288-7-SP — *DJ*/26-9-86 — pág. 17.721
- RE 109.829-5-SP — *DJ*/19-9-86 — pág. 17.145
- RE 109.508-3-SP — *DJ*/15-8-86 — pág. 13.933
- RE 108.472-S-SP — *DJ*/30-5-86 — pág. 9.281
- RE 108.649-1-SP — *DJ*/30-5-86 — pág. 9.282
- RE 106.829-9-SP — *DJ*/2-5-86 — pág. 6.914
- RE 108.555-0-SP — *DJ*/5-9-86 — pág. 15.839
- RE 106.984-8-SP — *DJ*/2-5-86 — pág. 6.914
- RE 108.558-4-SP — *DJ*/9-5-86 — pág. 7.632
- RE 108.876-1-SP — *DJ*/9-5-86 — pág. 7.633
- RE 108.732-3-SP — *DJ*/13-6-86 — pág. 10.455
- RE 108.557-6-SP — *DJ*/13-6-86 — pág. 10.454
- RE 110.143-1-SP — *DJ*/19-9-86 — pág. 17.150
- RE 108.860-5-SP — *DJ*/20-6-86 — pág. 10.933

9. Ora, como já se reconheceu a impropriedade ou infidelidade do enunciado da Súmula nº 202 com as decisões do Tribunal, parece-nos oportuno rever o seu enunciado e não pura e simplesmente a sua revogação.

10. Assim, em matéria relevante e de grande alcance prático, a Segunda Seção poderá aproveitar a oportunidade para orientar milhares de liquidações de cálculos, em desapropriação.

11. Sem pretender insinuar coisa alguma, apenas para explicitar nosso entendimento, as alterações do enunciado da súmula poderiam ser:

«Nos cálculos de liquidação, em processo expropriatório, a justa indenização será obtida da diferença entre a oferta depositada e a quantia arbitrada, ambos corrigidos monetariamente.»

É o relatório.

EMENTA: Súmula nº 202: cancelamento.

A Egrégia Segunda Seção, ao julgar o incidente suscitado na AC 126.219, resolveu cancelar a Súmula nº 202, por ser contrária à jurisprudência do STF sobre o assunto de que trata.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não concordo com o duto parecer transcrito no relatório apenas no ponto em que diz que a Súmula nº 202 foi mal redigida. O verbete foi bem redigido e expressa exatamente a orientação que prevaleceu nesta Egrégia Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado na AC 86.107-RJ, de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso. Na referida assentada em que se deu sua aprovação, oportunidade em que fiquei vencido, prevaleceu, exatamente, o ponto de vista do ilustre Relator, nestes termos (RTFR nº 142/40):

«O que sustento é que a oferta pertence ao expropriado, com os seus frutos, vale dizer, os juros que o estabelecimento bancário pagar. A correção monetária, incidente sobre dita oferta paga pela Caixa Econômica Federal, simples atualização, pertence, evidentemente, ao expropriado. É que a oferta representa pagamento prévio, pagamento pela perda de posse, tanto que a imissão provisória na posse, ou a imissão liminar na posse só é concedida diante do depósito da oferta (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 15) e o expropriado poderá levantar 80% (oitenta por cento) do depósito (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 33, § 2º).

Assim, sempre foi o meu entendimento».

Rebatendo o transcrito argumento, disse então no meu voto-vencido (RTFR nº 142/44-45):

«Argumenta o ilustre Relator que o valor da oferta pertence ao expropriado, a título de pagamento antecipado da indenização. Não entendo assim, A meu ver, só pertence ao expropriado as importâncias por ele recebidas. Antes de recebê-las, estão à disposição do juízo. De qualquer forma, afigura-se-me que a discussão acerca de a quem pertence o valor da oferta não conduz à solução da controvérsia. O problema aqui é outro: trata-se de saber se o dinheiro com o qual o expropriante paga a indenização é um (sem correção monetária) e o dinheiro que o expropriado recebe a verba indenizatória é outro (com correção monetária). Acredito que, mesmo sem entrar no debate concernente a quem pertence o valor da oferta, resulta indiscutível que não é possível considerar em favor de uma parte a moeda aviltada e da outra, a moeda corrigida. Admitir a distinção será consagrar terrível iniquidade, com ofensa ao princípio da justa indenização prevista na Constituição (art. 153, § 2º)».

A maioria da dita Seção não atendeu, na referida ocasião, às minhas ponderações, prevalecendo o voto do Relator, antes transcrito, bem resumido no verbete, assim redigido:

«Na desapropriação, pertence ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário».

Feita a citada observação, proponho o cancelamento da referida súmula, eis que contraria a torrencial jurisprudência da Suprema Corte, mencionada no relatório. Os autos deverão voltar à Egrégia 4ª Turma, a fim de julgar a apelação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, quando da aprovação dessa súmula, tive ocasião de votar vencido.

Farei juntar esse voto e acompanhamento o eminente Relator.

ANEXO

IUJ na AC nº 86.107-RJ

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Para exame do tema, há de ter-se em conta que a oferta foi efetuada em época diversa daquela em que elaborado o laudo. As respectivas importâncias, em consequência, exprimiram-se em moeda cujo valor variou no correr do tempo. Se assim é, não se pode simplesmente abater uma importância da outra, uma vez que o cruzeiro, que serviu de base para expressão de determinado montante, tem valor diverso do que se prestou a outro.

Ao ajuizar a expropriatória, fez-se a oferta e procedeu-se ao depósito de determinada importância. Alguns meses depois, elaborou-se o laudo. Este teve em vista moeda já depreciada, relativamente à que serviu de base para oferta e depósito. Por isso mesmo, o número de cruzeiros terá de ser maior. Conseqüentemente, uma coisa não pode ser simplesmente diminuída da outra.

Visando ao deslinde da matéria, merece sejam consideradas duas situações. Uma em que haja o levantamento ainda que parcial do depósito e outra em que isto não ocorra.

No primeiro caso, o expropriado utilizou-se de moeda que valia mais que a utilizada pelo perito para proceder à avaliação. Valendo-se do depósito que levantou, poderá ter adquirido bens que não adquiriria se lançasse mão da mesma importância à época do laudo. Ressalta que, para abater uma importância de outra, mister se proceda à correção para que a operação não se faça com elementos heterogêneos.

No segundo caso, o dinheiro terá ficado depositado, sofrendo correção. Se a indenização é corrigida, o depósito igualmente corrigido, a partir de quando foi feito, é que será considerado para se fazer o abatimento. A ser de modo diverso, o expropriado obviamente se locupletará, em injustificado detrimento do expropriante.

Permito-me figurar um exemplo. Admita-se que o expropriante faça oferta e efetue o depósito de determinada importância. Ao elaborar o laudo, o perito entende que esta correspondia exatamente ao valor do bem. Entretanto, como a avaliação foi efetuada meses depois, a expressão do mesmo valor far-se-á em quantidade maior de moedas, tão-só por força da depreciação desta. Deste modo, havendo o depósito permanecido na Caixa Econômica, sendo corrigido, a importância deste, com a correção, será exatamente igual à encontrada pelo perito. Segundo entendo, o pagamento da indenização será feito simplesmente com o levantamento do depósito que, por suposto, correspondia ao valor do bem. Entretanto, aceito o entendimento ora questionado, o Poder Público que havia ofertado e depositado exatamente o devido terá de pagar a diferença

que resultará apenas da depreciação da moeda. E o expropriado que indevidamente rejeitou a oferta receberá correção duas vezes. Uma, paga pela Caixa Econômica; outra pelo expropriante. O mesmo raciocínio é válido quando efetuado o levantamento. O expropriado recebe na moeda mais forte e, posteriormente, recebe a diferença que decorre apenas da depreciação que não o atingiu exatamente porque procedeu ao levantamento.

Mais de um procedimento pode ser adotado, levando ao mesmo resultado. Um seria corrigir os valores do depósito e da indenização até a data da sentença de liquidação, fazendo-se, então, a subtração. Outro será o de corrigir-se o valor do depósito até a data do laudo e abater-se do valor deste. A correção monetária incidirá sobre o remanescente. Remanescente que corresponde à real diferença entre a oferta e a indenização. Diferença real, repita-se, e não derivada apenas do processo inflacionário.

Pelos motivos expostos peço vênia para acompanhar o Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, também acompanho o eminente Ministro Relator porque, quando da elaboração da súmula, não integrava este Tribunal e contra ela me insurgi. Em meus votos, tenho aplicado a súmula, com ressalva do meu ponto de vista.

VOTO VISTA (VENCIDO)

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária. DL 3.365/41, art. 15 Processo de revisão da Súmula nº 202-TFR. Regimento Interno, artigo 114 e seus parágrafos.

Proposta de mudança do enunciado da Súmula 202-TFR, tal como sugerido no voto do relator no IUJ na AC 86.107-RJ, ficando a Súmula assim redigida: incide a correção monetária sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, pelo que ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, contabilizada pelo estabelecimento bancário.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de revisão da jurisprudência do Tribunal compendiada na Súmula nº 202, na forma do que dispõe o Regimento Interno, artigo 114 e seus parágrafos. A Súmula nº 202, desta Corte, estabelece que «na desapropriação pertence ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário». Ao argumento de que a nossa Súmula contraria jurisprudência da Corte Suprema, o eminente Ministro Pádua Ribeiro requereu, nos autos da AC 126.219-SP, a sua revisão. Na sessão do dia 24-XI-87, S. Exa. votou no sentido do cancelamento da Súmula 202, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus, José Delgado, Armando Rollemberg e Torreão Braz. Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento da matéria.

No voto que proferi por ocasião do julgamento do Ag 51.317-RJ, de que foi Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, disse eu:

«O meu pedido de vista teve uma finalidade: esclarecer, mediante o confronto do julgamento do IUJ na AC 86.107-RJ, base da Súmula nº 202-TFR, os termos desta. Na verdade, o verbete da Súmula nº 202-TFR foi editado no pressuposto de que a correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. É que, pertencendo ao expropriado a oferta, com os seus frutos, inclusive a correção monetária contabilizada pelo estabelecimento bancário, o cálculo deverá ser feito na forma exposta, porque, se não se fizesse assim, o expropriado receberia correção

monetária duas vezes. Isto foi discutido, no meu voto, por ocasião do julgamento do IUJ na AC nº 86.107-RJ. Faço anexar cópia do voto que proferi no citado IUJ na AC 86.107-RJ, base do verbete da Súmula nº 202-TFR, para boa compreensão do exato sentido do referido verbete.

Registro que a minha proposta de redação do verbete da Súmula 202, contida no meu voto, era exatamente esta:

«Incide a correção monetária sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, pelo que ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, contabilizada pelo estabelecimento bancário.»

Cedi, entretanto, à redação que veio a prevalecer, mais simples, menos explicativa, por isso que em caso de dúvida sobre a real extensão do verbete, seria consultado o precedente que nela vem referenciado, e que é o acórdão do citado IUJ na AC 86.107-RJ.

Assim posta a questão, não se justifica, *data venia*, a acerba crítica que é feita ao mencionado verbete da Súmula nº 202-TFR.

No caso, o cálculo fez-se exatamente sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização (v. voto, fl. 27). Só que havia um detalhe: é que a indenização nada mais era senão a oferta corrigida, e isto não fora percebido, ou a autarquia-apelante não cuidou de ministrar ao Juízo os necessários esclarecimentos. Há que ser respeitada, portanto, a coisa julgada.

Do exposto, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator e nego provimento ao agravo.»

.....
Na verdade, quando do julgamento do IUJ da AC nº 86.107-RJ, de que resultou a Súmula nº 202, propus que a matéria fosse sumulada assim:

Incide a correção monetária sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, pelo que ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, contabilizada pelo estabelecimento bancário.

Para boa compreensão do meu pensamento, faço anexar cópia do voto que proferi no citado IUJ na AC 86.107-RJ, pelo que fica ele fazendo parte integrante deste.

Desde, pois, que se faça o cálculo nos moldes acima preconizados, não vemos em que poderia a nossa jurisprudência prejudicar, de qualquer forma, os interesses das entidades expropriantes.

Meu voto, pois, não é pelo cancelamento da Súmula nº 202, desta Egrégia Corte, mas pela mudança do seu enunciado, exatamente como propus no voto que proferi por ocasião do julgamento do IUJ na AC nº 86.107-RJ, cuja cópia está anexa.

É como voto, com a vênia do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Incid. Canc. Súm. nº 202/AC 126.219 — SP — (Reg. nº 6.348.963) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Eletropaulo Eletricidade de São Paulo S/A. Apelado: José Matheus Fonseca. Advogados: Dr. Neyland Parente Settanni, Elásio Alberto de Oliveira e Outros (Apte).

Decisão: A Seção, por maioria, aprovou o cancelamento da Súmula 202 desta Corte, vencidos os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. (Em 8-3-88 — 2ª Seção).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, José Delgado, Armando Rollemberg, Torreão Braz e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 128.548 — RJ
(Registro nº 5.861.128)

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

Apelantes: *Nilson de Oliveira Viana e outros*

Apelado: *INPS*

Advogados *Drs. Carlos Varjão, Maria Emilia Varjão Baptista Vieira e João Estê-
nio Campelo Bezerra, Sebastiana Arruda da Costa e outros*

EMENTA: Previdência Social. Aposentadoria. Segurados da CAPIN. Incorporação pelo IPASE. Dupla aposentadoria.

Os antigos segurados da Caixa de Aposentadorias e Pensões da Imprensa Nacional — CAPIN, que, à data da sua incorporação pelo IPASE não haviam completado o período de carência exigido no artigo 25, § 5º, do Decreto nº 20.465/31, não fazem jus ao benefício da aposentadoria securitária cumulativamente com a estatutária.

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, 16 de junho de 1987.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Cuida-se de recurso de apelação manifestado pelo Nilson de Oliveira Viana e outros, da v. decisão de primeiro grau, às fls. 73/77, que julgou improcedente a ação que intentaram contra o INPS, objetivando aposentadoria securitária cumulativamente com a estatutária, na condição de ex-filiados da Caixa de Aposentadoria e Pensões da Imprensa Nacional — CAPIN.

O MM. Juiz ao dar pela improcedência do feito, o fez sob o fundamento de que, não tendo os autores completado o número de prestações exigidas pela legislação previdenciária, para obtenção da aposentadoria, não fazem jus ao benefício.

Visando a desconstituição da r. decisão monocrática, sustentam os apelantes, em resumo, em suas razões de fls. 79/90, terem direito ao benefício pleiteado, eis que mesmo após a incorporação da Caixa ao IPASE, continuaram a ser descontadas as contribuições até perfazerem os cinco anos, e a negativa de tal direito constitui ofensa aos artigos 153, § 3º, e 119, III, a, da Constituição Federal, além de contrariar a jurisprudência de nossos tribunais superiores.

Vieram as contra-razões de fls. 116/120, pela confirmação da r. decisão afrontada, após o que os autos subiram, sendo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente. Embora seja a causa de valor inferior a 50 ORTN's, em face da arguição de matéria constitucional, devo conhecer do apelo.

Quanto ao mérito, a solução do litígio depende de se esclarecer se os ex-filiados da Caixa de Aposentadorias e Pensões da Imprensa Nacional, não tendo contribuído durante cinco anos para a mesma antes de sua incorporação ao IPASE, têm ou não direito à dupla aposentadoria.

Com relação à matéria, devo dizer que por ocasião do julgamento da AMS 91.967-RJ, votei com o Eminentíssimo Ministro Adhemar Raymundo, pois, como ele, entendi serem necessários os cinco anos de contribuição à CAPIN até à data de sua incorporação ao IPASE; para que o filiado fizesse jus à aposentadoria securitária, cumulativamente com a estatutária.

É bem verdade que esta Egrégia Turma, em outra composição, da qual fazia parte o insigne Ministro Hélio Pinheiro, relator da AC 84.718-RJ (*DJ* de 15-5-86), veio a entender, por maioria, na oportunidade daquele julgamento, não ser necessário tal requisito para a concessão do benefício em causa. Com a devida vênia, porém, mantenho o meu ponto de vista, que esposei no julgamento da referida AMS 91.967-RJ, cuja ementa do acórdão me permito destacar, *verbis*:

«Previdência Social.

Aposentadoria dos antigos servidores da Imprensa Nacional. Para a sua concessão, indispensável que tenham contribuído durante cinco anos para a antiga Caixa.

Contribuições dos segurados não se confundem com jóias. Estas têm caráter aleatório. Aquelas são certas e determinadas, com percentual fixo, na proporção dos salários dos servidores.

O antigo Regulamento da Caixa de Aposentadorias e Pensões da Imprensa Nacional, artigo 8º, expressamente as distinguiu. A disjuntiva «ou», ali inserida, não dá aos vocábulos a mesma significação, porque o objetivo da norma foi diferenciar umas das outras.

Se, pelo art. 3º do Decreto-lei nº 6.209/44, a concessão do benefício pelo IPASE, e atualmente pelo IAPAS, está condicionada a determinado fato, imprescindível a realização deste para o exercício do direito.» (TFR — 3ª Turma — Relator: Exmo. Sr. Ministro Adhemar Raymundo — *DJU* de 1-7-82).

Acrescente-se que o indeferimento da aposentadoria por falta do cumprimento da carência não implica em ofensa ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal, como estão a pretender os apelantes, pois «chama-se adquirido ao direito que se constitui regular e definitivamente, e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar ao patrimônio do respectivo titular...» («Direito Intertemporal», ed. 1955, pág. 43, Carlos Maximiliano). No caso em exame, não foi completada a carência, condição indispensável para que o direito reclamado se integrasse ao patrimônio dos Autores.

Por outro lado, também, não houve ofensa ao art. 119, inciso III, alínea a, da Carta Magna, eis que esta não foi contrariada, nem foi negada vigência à lei federal, apenas se procedeu à interpretação correta da legislação reguladora da matéria.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 128.548 — RJ — (Reg. nº 5.861.128) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Aptes.: Nilson de Oliveira Viana e outros. Apdo.: INPS. Advs.: Carlos Varjão e outro, Sebastiana Arruda da Costa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (3ª Turma — 16-6-87).

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 128.564 — RJ
(Registro nº 6.033.393)

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

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro*

Advogados: *Drs. Gutemberg Queiroz Neves Junior e outros.*

EMENTA: Repetição de indébito. Tributo. Correção monetária. Juros moratórios.

Repetição de indébito tributário. Incidência de correção monetária desde a data do pagamento indevido até o efetivo recebimento da importância reclamada. Súmula 46 do TFR. Juros moratórios nos termos do art. 167 do Código Tributário Nacional.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro e Nautilus Agência Marítima Ltda., qualificadas nos autos, propõem, perante o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, ação de repetição de indébito fiscal contra a Fazenda Nacional, alegando, em síntese: que o navio Paul Schroeder, afretado pela primeira suplicante e agenciado pela segunda, centrou no porto de Santos em 10-5-1971, transportando carga a granel; que, por ocasião da conferência final de manifesto do referido navio, a repartição fiscal em Santos apontou a falta de diversas mercadorias, sendo o transportador marítimo responsabilizado pelo pagamento do imposto de importação e respectiva multa; que o agente apresentou suas razões de impugnação, efetuando o «depósito para recurso», com a finalidade de evitar

a incidência de acréscimos moratórios, na hipótese de ser mantido o lançamento em questão; que em 30-6-78, a ação fiscal foi julgada improcedente, e em recurso de ofício foi tal decisão mantida em parte; que o agente recorreu ao Terceiro Conselho de Contribuintes que, embora mantendo o lançamento, determinou a redução do valor do crédito tributário para Cr\$ 24.443,03; que, assim, a segunda suplicante requereu o levantamento do valor depositado, o que ocorreu sem qualquer acréscimo; que as autoras estão convictas de que possuem legítimo direito de receber o valor previamente depositado, acrescido de juros de mora e correção monetária; que esperam seja a ré condenada a efetuar a devolução do equivalente a 173,7565 ORTN's no mês de sua efetiva devolução.

O MM. Juiz *a quo*, às fls. 51/53, julgou procedente o pedido, fixando os honorários advocatícios em Cr\$ 1.200,03.

Às fls. 55/56, as autoras opõem embargos de declaração, providos às fls. 55, para que a verba honorária passe a ser expressa em cruzados (CZ\$ 1.200,03).

A União Federal apela, com razões às fls. 58/59.

Contra-razões às fls. 61/64.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 67/68, pelo parcial provimento do apelo.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A sentença singular julgou procedente a ação de repetição de indébito intentada pela apelante, objetivando o recebimento de depósito feito para recurso, com acréscimo de correção monetária e juros de mora, incidentes sobre parte do principal, cuja devolução administrativa o próprio Fisco já efetuou.

No concernente à correção monetária, não há reparo a fazer ao *decisum*, porquanto adstrito à orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula 46 da Corte, que reza: «Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada».

Já no tocante aos juros moratórios, contudo, considero que a irresignação apelatória merece prosperar.

Filio-me à corrente jurisprudencial posta no sentido de que, na hipótese, os juros moratórios incidem sobre o valor corrigido do indébito, bem como a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, a modo e termo do disposto no parágrafo 1º do artigo 161, combinado com o parágrafo único do artigo 167, ambos do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido tenho votado em diversas ocasiões, v.g. entre outros na AC 106.890-DF, de meu relato, e na AC nº 102.584-RJ.

A essas considerações, dou parcial provimento à apelação para reformar em parte a sentença monocrática, em ordem a que os juros moratórios incidam a partir do trânsito em julgado da sentença, como acima explicitado.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, fazendo alguma observação relativamente à correção dos juros.

Sempre defendi o entendimento de que nesta matéria deve-se dar ao contribuinte o mesmo tratamento que tem o Fisco. E, isto, aliás, inspirou a jurisprudência do Tribunal quando determinou que os juros para repetição sejam de 1% (um por cento) ao mês.

Procedi o levantamento das leis a respeito de correção monetária de juros em débitos tributários. A variação foi grande no correr dos tempos. A legislação hoje vigente determina corrijam-se os juros de tal modo que, quando começarem a fluir os juros terão que ser corrigidos, igualando-se o tratamento entre a Fazenda e contribuinte.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 128.564 — RJ — (Reg. nº 6.033.393) — Rel.: Sr. Min. Miguel Ferrante. Apte.: União Federal. Apda.: Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro. Advs.: Drs. Gutemberg Queiroz Neves Junior e outros.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo.» (Em 4-5-88, 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 129.713 — RS
(Registro nº 7.776.551)

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

Apelante: *Khautz S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Newton Peter*

EMENTA: Tributário. FINSOCIAL. Restituição. Tributo indireto. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula nº 546-STF.

I — Tratando-se de FINSOCIAL, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta (Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º, §§ 1º e 2º). Destarte, não está a ação de restituição do FINSOCIAL, sujeita ao art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF.

II — Sujeição da contribuição do FINSOCIAL ao princípio constitucional da anterioridade CF, art. 153, § 2º). Precedentes do TFR, em sessão plenária: MS 97.775-DF e 99.552-DF. Precedentes do STF. RREE nºs 103.778 e 105.340.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Khautz S/A, sucessora de Khautz S/A Drogaria e Laboratório, ajuizou ação de repetição de indébito contra a União Federal, com o objetivo de obter a restituição, com os acréscimos legais, das importâncias recolhidas a título de contribuições para o FINSOCIAL, correspondentes ao período de julho/82 a dezembro/82, recolhidas de agosto/82 a janeiro/83, por entender que sua exigência no ano em que foi instituído constitui desrespeito ao princípio da anterioridade previsto na Const. Fed., art. 153, § 2º.

A sentença de fls. 39/41, lavrada pelo Juiz Federal Fábio Bittencourt da Rosa, julgou extinto o processo, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, por ilegitimidade ativa, e condenou a autora no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. Argumentou, em resumo, que a contribuição para o FINSOCIAL tem natureza tributária e está sujeita, por isso, ao princípio da anualidade. Por se tratar de tributo indireto (não obstante o caráter pouco científico da distinção entre tributo direto e tributo indireto), exige o art. 166 do CTN que «a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la». E essa prova a autora não fez.

Apela, então, a autora (fls. 44/46), sustentando que o Egrégio TFR decidiu que, no caso da restituição de FINSOCIAL indevidamente recolhido, não é necessária a prova de que não houve a transferência do ônus a terceiros, uma vez que não se trata de tributo que comporte a transferência do respectivo encargo financeiro

Com a resposta de fls. 55/58, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando à fl. 61, opina pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O que temos decidido é que, tratando-se de FINSOCIAL, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta (Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º, §§ 1º e 2º). Destarte, não está a ação de restituição do FINSOCIAL sujeita ao art. 166, CTN, e à Súmula 546-STF.

Assim decidimos, *inter plures*, na AC 99.024-RJ, de que fui relator, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

«Tributário. FINSOCIAL. Restituição. Necessidade de a restituição ser pleiteada administrativamente. Impugnação do pedido de restituição em juízo. CTN, arts. 168 e 169. Tributo indireto. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula 546-STF. FINSOCIAL. Princípio da anterioridade. Decreto-Lei nº 1940/82. Constituição, art. 153, § 29.

I — A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada; ao sujeito passivo faltar o interesse de agir, que é condição da ação.

II — Todavia, ajuizada a ação de repetição de indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública impugna o pedido, em seu mérito, isto faz satisfeito o pressuposto da ação, devendo ser observada a decadência do pedido relativamente às quantias pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação.

III — Tratando-se de FINSOCIAL, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta (Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º, §§ 1º e 2º). Destarte, não está a ação de restituição do FINSOCIAL sujeita ao art. 166, CTN, e Súmula 546-STF.

IV — Sujeição da contribuição do FINSOCIAL ao princípio constitucional da anterioridade (C.F., art. 153, § 29). Precedentes do TFR, em sessão plenária: MS 97.775-DF e 99.552-DF. Precedentes do STF: RREE nºs 103.778 e 105.340.

V — Recurso provido.» (DJ de 5-6-86.)

Faço anexar cópia do voto que proferi no julgamento da citada AC nº 99.024-RJ, para boa compreensão do tema.

A ação, pois, é procedente.

Os juros da mora contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença (CTN, art. 167, parág. único). A correção monetária incide a partir do recolhimento indevido (Súmula 46-TFR).

Dou, pelo exposto, provimento ao apelo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Examino, por primeiro, a preliminar de carência de ação.

I

A sentença entendeu que a autora, ora apelante, é carecedora da ação, por isso que ela não requereu, administrativamente, a restituição.

A sentença, em linha de princípio, está correta, no particular. A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

Assim tenho votado, nesta Egrégia Corte, conforme se vê do decidido nas AACC nºs 53.979-BA (DJ de 4-8-83) e 82.495-PR (DJ de 18-4-85).

Tenho sustentado, entretanto, que, posto ser necessário o pedido de restituição na área administrativa, e que somente diante da negativa de restituição é que poderá o sujeito passivo ajuizar a ação anulatória da decisão administrativa, certo é que, ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição tenha sido requerida, administrativamente, se, na causa, a pessoa pública contesta o pedido, então estaria satisfeito o pressuposto da ação. Porque, em tal caso, tem o Judiciário condições de examinar a questão, em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei. O acórdão da AC nº 82.495-PR, de que fui relator, ficou assim ementado:

«Tributário. Restituição do indébito. Direito de ação. Interesse de agir. Necessidade de a restituição ser pleiteada administrativamente. Impugnação do pedido de restituição em juízo. CTN, arts. 168 e 169. Constitucional. Fertilizantes. Fiscalização do comércio. Preço público e taxa. Inconstitucionalidade. Lei nº 6.138/74, art. 8º. Restituição do indébito. Juros de mora.

I — A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

II — Todavia, ajuizada a ação de repetição de indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública impugna o pedido, em seu mérito, isto faz satisfeito o pressuposto da ação, devendo ser observada a decadência do pedido relativamente às quantias pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação.

III — Inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 6.138/74. Ilegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração do serviço de fiscalização do comércio de fertilizantes. No caso, seria cabível a taxa. TFR, Trib. Pleno, AMS 83.818-RS (matéria constitucional).

IV — Repetição de indébito tributário. Juros de mora a 1% (um por cento) ao mês, na forma do § 1º do artigo 161, CTN, em respeito ao princípio da isonomia.

V — Recurso da União provido, parcialmente. Provimento do apelo da autora.» (DJ 18-4-85).

No ponto pertinente, foi este o voto que proferi na citada AC nº 53.979-BA:

«Segundo temos sustentado, a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de *decadência*, contado na forma do disposto no art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

Assim decidimos na AC nº 61.221-SP, Relator Ministro Pádua Ribeiro.

No voto que então proferi, disse eu:

«Estabelece o Código Tributário Nacional (art. 165), que o sujeito passivo (contribuinte ou responsável, CTN, art. 121, parágrafos único, I e II) tem direito à restituição do tributo pago indevidamente:

a) em face da legislação tributária aplicável, vale dizer, o tributo incompatível com a legislação, ou o tributo sem causa jurídica (CTN, art. 165, I, 1ª parte);

b) em face de erro de fato: «aquilo que a autoridade (ou o próprio sujeito passivo) pensou ser a situação de fato definida na lei, para gênero da obrigação tributária, não era, na realidade, tal situação nem a ela poderia ser racionalmente equiparada» (A. Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro», Forense, 10ª ed., 1981, pág. 563). (CTN, art. 165, I, 2ª parte);

c) em virtude de erros de fato: erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, art. 165, II);

d) por ter sido reformada, anulada, revogada ou rescindida decisão condenatória (CTN, art. 165, III). Neste caso, sustenta Baleeiro, a decisão em apreço pode ser administrativa ou judicial (ob. cit., pág. 564).

III

O direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, art. 168), que se conta assim:

a) da data da extinção do crédito tributário (melhor será dizer: do pagamento do crédito tributário), nas hipóteses de:

a.1.) cobrança ou pagamento indevidos, ou maiores que o devido (CTN, art. 165, I, 1ª parte, *ex vi* do disposto no art. 168, I);

a.2.) erro na interpretação da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (CTN, art. 165, I, 2ª parte, *ex vi* do disposto no art. 168, I);

a.3.) erro na identificação do sujeito passivo na determinação de alíquotas, no cálculo do montante do débito, ou na elaboração ou

conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, art. 165, II, *ex vi* do disposto no art. 168, I);

b) da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (CTN, art. 165, III, *ex vi* do disposto no art. 168, II). Nesta hipótese, há uma decisão definitiva, favorável ao sujeito passivo, administrativa ou judicial.

IV

Se o direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, artigo 168), conforme acima exposto, esclareça-se que a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição prescreve em dois anos (CTN, art. 169). Ensina Baleeiro, a propósito:

«se a decisão administrativa foi contrária ao sujeito passivo, denegando-lhe a restituição pleiteada, ele poderá intentar ação judicial de anulação desse ato administrativo. Mas deverá fazê-lo dentro de 2 anos da publicação desse ato. O prazo é de prescrição e não de decadência. Em consequência, interrompe-se pela propositura da ação, mas a prescrição voltará a correr pela metade do prazo a partir da intimação, aliás citação do representante judicial do sujeito ativo» (ob. cit., pág. 570).

V

De todo o exposto, conclui-se que o direito de pleitear, judicialmente, a restituição do indébito tributário, dá-se com a ação anulatória da decisão administrativa que denega a restituição. Noutras palavras, a restituição tem que ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos (CTN, art. 168). Denegada a restituição, administrativamente, o sujeito passivo terá o direito de ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169).

VI

A questão, no particular, põe-se no campo do interesse de agir. O controle jurisdicional do ato administrativo consiste no fato de o Poder Judiciário corrigi-lo, se violador de direito. Isto quer dizer que o ato há de existir. Ora, se «o interesse de agir é a relação entre a situação anti-jurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida», segundo o magistério de Frederico Marques («Instituição de Dir. Proc. Civil», Forense, 2ª ed., 1962, II/33), inexistiria interesse de agir se inócua o ato administrativo sobre o qual deveria incidir o controle judicial, porque, na lição de Liebman, esse interesse de agir inócua «quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada, na realidade não existe, ou não se verificou ainda» («Corso di Diritto Processuale Civile», pág. 49; ap — J. Frederico Marques, «Instituições», II/34).

VII

Em suma: a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do disposto no art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória des-

sa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). É que, conforme bem escreveu o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, «sem a negativa do fisco em devolver a quantia pleiteada pelo contribuinte, não é possível divisar a lide ensejadora da invocação da proteção jurisdicional do Estado». Sem essa negativa, diríamos nós, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir.»

Ora, não tendo sido pleiteada, administrativamente, a restituição, decaiu a autora, ora apelante, do direito de fazê-lo.

Assim, em linha de princípio, sendo necessário, entretanto, distinguir: a) as contribuições, cuja restituição é pedida, que foram pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação; b) as contribuições, cuja restituição é pedida, que foram pagas dentro do quinquênio que precede à propositura da ação.

Aquelas, sob a, foram apanhadas pela decadência, motivo por que a ação não poderia prosseguir, porque extinto o direito à restituição; todavia, com relação às contribuições sob b, não apanhadas pela decadência, a ação poderia prosseguir.

Dir-se-á que estaria contraditório o voto, no particular. É que sustentamos que a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, e que, somente diante da negativa da restituição, administrativamente, é que poderá o sujeito passivo ajuizar a ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169), e que, inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

A objeção, em verdade, não teria procedência.

Em caso semelhante, AC n.º 44.001-RS, disse eu, ao votar:

.....
«No que concerne à alegação de que não teria a Autora requerido, administrativamente, o benefício, e que, por tal razão, não seria titular do direito de ação, também não acolho.

De fato, a função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é o legítimo interesse.

Mas o que acontece é que, ajuizada a ação, contestou a União o direito da Autora. Tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão, em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei. Obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter indeferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor de regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental, apenas».

.....
Decidiu, então, a 2ª Turma, na sua composição antiga, na mencionada AC n.º 44.001-RS, de que fui Relator, em 13-5-77:

«Pensão. Prescrição. Caráter alimentar. Direito de ação. Legítimo interesse.

I — Dado o seu caráter alimentar, é imprescritível o fundo de direito, ou a ação respectiva.

II — A função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é o interesse de agir. Todavia, se a Ré contesta o direito da Autora, tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão em todos os seus aspectos, em ordem de fa-

zer valer a vontade concreta da lei: Obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter indeferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor da regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental, tão-só.

III — Sentença confirmada. Recurso desprovido».

Em caso igual, decidiu esta Egrégia Corte, na AC n.º 17.762-PE, Relator o saudoso Ministro Oscar Saraiva:

«Se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronunciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer» (RTFR, 13/50).

No voto que serviu de roteiro ao acórdão, disse o saudoso e eminente Ministro Oscar Saraiva, que tanto honrou e dignificou este Tribunal:

«Não está em jogo o mérito da ação, isto é, se cabe ou não a restituição reclamada, mas a questão de saber se, sem prévia provocação à Administração Pública, e sem que haja negativa desta, assiste à parte a faculdade de vir a Juízo reclamar restituição tributária. No regime constitucional da separação harmônica dos poderes da soberania, a função constitucional do Judiciário, entre outras, é a de assegurar o particular contra qualquer cerceamento ou denegação de seus direitos pela Administração Pública, e nesse sentido há de ser entendida a regra do § 4.º do art. 141 da Constituição, *verbis*: «A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual».

Mas, se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronunciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer. Essa foi a prejudicial decidida nestes autos, e se a discussão se tivesse limitado à mesma, mereceria a sentença plena confirmação, para que a declarassem as autoras carecedoras de ação. Mas a União, ao contestar a ação, impugnou o pedido em seu mérito e afirmou ser infundada a restituição pretendida. Daí já não ter mais sentido remeter as autoras à via administrativa, eis que já veio a Administração a juízo contestar em seu mérito o pretendido direito das autoras. Daí entendermos que a ação deve ser julgada em seu mérito, e como não o tinha feito o Dr. Juiz de Primeira Instância que, embora declarando-a improcedente, ateu-se apenas à matéria prejudicial, é caso de restituir-se o processo à Primeira Instância para que aí seja decidido, sem o que julgaria o Tribunal o pedido em instância única.

Meu voto, pois, é para que baixem os autos à Primeira Instância a fim de que seja o pedido julgado *de meritis*».

É exatamente isto o que ocorre, no caso.

Ajuizada a ação de restituição, a autarquia-ré, o INPS, a contestou. E, ao fazê-lo, impugnou o pedido em seu mérito, afirmando ser infundada a restituição pretendida. Assim, no que tange às contribuições não apanhadas pela decadência, deverá a ação ser examinada e decidida.

No caso, temos: a) a quantia, cuja restituição é pedida, foi paga dentro do quinquênio que precede à propositura da ação. Não há falar, portanto, em decadência; b) a Ré, União Federal, impugnou o pedido no seu mérito.

De ser reformada a sentença, pois, no particular. A ação pode, pois, prosseguir.

II

Examinou a segunda preliminar de carência de ação, posta na sentença que escreveu:

«Também haveria de ser decretada a carência da ação, sob outro fundamento, pois, em se tratando de contribuição conceituável como tributo indireto, não caberia a sua restituição (Súmula nº 71 do STF), salvo se for reconhecido que o contribuinte *de jure* recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo (Súmula nº 546 do STF).»

Também nesta parte a sentença não pode prevalecer.

O FINSOCIAL, tal como instituído (Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982, artigo 1º, §§ 1º e 2º), não apresenta a conotação indicada na sentença, a menos que se considere como sujeito ao art. 166, CTN, qualquer tributo, o que não seria correto.

No voto que proferi por ocasião do julgamento da AC nº 98.403-SP, de que fui relator, assim equacionei a questão:

«Temos decidido que, tratando-se de tributo indireto, cujo ônus econômico pode o contribuinte *de jure* transferir ao contribuinte *de facto*, a restituição somente ocorrerá: a) provando-se não ter havido a transferência do encargo, ou que o tributo não foi agregado ao preço; b) ou, se tal agregação houve, que há autorização do contribuinte *de facto* para o recebimento da restituição. Assim temos decidido, diante do disposto no art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF, conforme se pode ver, *inter plures*, da AC nº 75,885-SP, de que fui relator (DJ de 26-4-84, pág. 6170).

II — Em princípio, o IOF, por ser um tributo indireto, estaria sujeito ao entendimento acima exposto.

Sustento que o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546, do Egrégio Supremo Tribunal, deverão ser interpretados com certos temperamentos. Porque, em verdade, se se emprestar interpretação radical ao art. 166, CTN, e à Súmula 546-STF, a repetição de qualquer tributo estaria sujeita a tais dispositivos. É que qualquer tributo, mesmo os chamados diretos, podem repercutir, isto é, podem ter o seu respectivo encargo financeiro transferido a terceiro. Destarte, como bem escreveu o eminente Ministro Torreão Braz, no voto que proferiu por ocasião do julgamento da REO nº 87.599-SP, o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546-STF devem ser interpretados *cum grano salis*. Entende o eminente Ministro Torreão Braz, então, que esses textos — artigo 166, CTN, e Súmula nº 546-STF — alcançam «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.» E acrescentou S. Exa.:

«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 Marco 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 subsequente, 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 artigo 166 do CTN.»

III — Em linhas gerais, concordo com o entendimento do eminente Ministro Torreão Braz, que foi exposto com lógica e precisão jurídica. Dele dirijo, apenas, num pormenor, pormenor, todavia, importante, ao que penso, que nos levará, tratando-se de ação de repetição do IOF, a ficar, em certos casos, em campos opostos.

É o que procurarei demonstrar.

IV — O que sustento é que os citados textos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF — alcançam apenas os tributos que ensejam possibilidade de repercussão direta, e não «apenas os tributos em que a repercussão se apresenta mais tangível pela sua induscutível entrada na composição do preço da mercadoria, como o IPI e o ICMS».

Pelo exposto, o IOF pode estar abrangido pelos mencionados textos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF.

Justifico.

Se um comerciante importa vinte caixas de vinho para vender, é praticamente certo que ele vai agregar ao preço desse vinho o IOF/câmbio que pagou. Um bom comerciante procederá, evidentemente, dessa forma. Há, pelo menos, a possibilidade disso ocorrer. E a repercussão será direta, vale dizer, o mesmo produto que ensejou o pagamento do tributo, numa operação de venda imediata, teria agregado ao seu preço o valor do tributo pago na operação anterior. Ignorar essa possibilidade, seria, no mínimo, fechar os olhos a uma segunda possibilidade, decorrente da anterior, da ocorrência do enriquecimento ilícito, ou do locupletamento à custa alheia, princípio que a Teoria Geral do Direito repele.

V — Agora, se, por exemplo, o contribuinte pagou o IOF numa importação de bens para uso próprio, ou para não ser imediatamente vendido, ou para inclusão no seu ativo, ou pagou IOF numa operação de crédito, por não existir a possibilidade de o tributo ser transferido, em caso assim, numa operação imediata, direta, não estaria a ação de repetição sujeita aos textos referidos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF.

Esta é a tese que sustento:

VI — Mergulhemos no caso sob julgamento.

Aqui, os bens foram importados para uso da empresa-autora, integram o seu ativo (laudo, fl. 110).

Não têm aplicação, aqui, portanto, o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546-STF.

VII — Assim, tendo a autora-apelada recolhido o IOF no exercício de sua instituição, cuja cobrança, como bem ressaltou a sentença, foi julgada inconstitucional por este Eg. TFR (Arguição de Inconst. nas AMS nºs 91.322-SP — IOF/câmbio e títulos e valores mobiliários, e 91.148-RJ — IOF/crédito), faz jus à sua restituição, tal como decidiu a sentença recorrida.

VIII — Em conclusão, confirmo a sentença. Nego, em consequência, provimento ao apelo.»

Decidiu, então, a Egrégia 4ª Turma:

«Tributário. Repetição do indébito. IOF. Tributo indireto. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula nº 546-STF.

I — Interpretação, com certos temperamentos, do art. 166, CTN, e da Súmula nº 546-STF. Sujeição da ação de repetição do IOF aos citados textos, vale dizer, desde que haja possibilidade de repercussão do tributo na revenda imediata do produto. Inaplicabilidade do artigo 166, CTN, e Súmula nº 546-STF, se, por exemplo, o contribuinte pagou o IOF numa importação de bens

para uso próprio, ou para inclusão desses bens no seu ativo, ou pagou o IOF numa operação de crédito. É que, em tais casos, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta.

II — Recurso desprovido» (DJ de 30-5-85).

Tratando-se de FINSOCIAL, incidente a alíquota sobre a receita bruta, ou sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse (Decreto-Lei n° 1.940/82, art. 1°, §§ 1° e 2°), não há falar na repercussão do tributo, para o fim de sujeitá-lo ao art. 166, CTN, e Súmula n° 546-STF.

Também nesta parte a sentença é de ser reformada.

III

No mérito, a sentença denegou a restituição do FINSOCIAL, ao argumento de que «nada impedia a sua cobrança no mesmo exercício em que foi criada».

No particular, a sentença põe-se contrária à jurisprudência desta Casa, que, em sessão plenária, decidiu que a contribuição do FINSOCIAL está sujeita ao princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29) (MS n° 97.775-DF e MS n° 99.552-DF), entendimento que é, também, da Corte Suprema, conforme dá notícia, lealmente, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 169 (RREE n°s 103.778 e 105.340).

IV

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para o fim de julgar procedente a ação, condenada a Rê ao pagamento da verba honorária de 5% (cinco por cento) do valor da restituição.

EXTRATO DA MINUTA

AC 129.713 — RS — (Reg. n° 7.776.551) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Apte.: Khautz S/A. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Newton Peter.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 10-8-87 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.126 — SP
(Registro nº 6.612.989)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*
Remetente: *Juízo Federal da 16ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Van Leer Embalagens Indl. do Brasil Ltda.*
Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros*

EMENTA: IPI — Crédito-prêmio — Inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79.

O artigo 1º do Decreto-Lei nº 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.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 9 de março de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Adoto o relatório da sentença *in verbis*:

«Van Leer Embalagens Industriais do Brasil Ltda., qualificada na inicial, propôs contra a União Federal a presente ação declaratória, cumulada com condenatória, para o fim de ver declarado o seu direito ao aproveitamento de «crédito-prêmio do IPI», indevidamente suspenso, no período de 7-12-1979 até 31-3-1981, pela Portaria Ministerial 960/79, editada pelo Sr. Ministro da Fazenda e que, utilizando-se de indevida delegação de competência, houvera por bem suspender o incentivo; pleiteia, destarte, estabelecido seu direito ao

crédito, o respectivo ressarcimento dos incentivos fiscais, com seus acréscimos calculados sobre a taxa cambial vigente.

À inicial acostaram-se documentos de fls. 48/79.

Citada a Ré, apresentou informações da Fazenda Nacional às fls. 80/116 e contestação às fls. 120/122, sustentando que pelo princípio da analogia os atos de reduzir e extinguir o incentivo fiscal estão incluídos no ato de «suspender»; que, ademais, a delegação de competência do Presidente da República teria apoio na Constituição (artigos 85, IV, e 73); e que, a Portaria nº 960/79 não regulamentou o Decreto-Lei 124/79.

Réplica à contestação (fls. 125/198) acompanhada de várias peças jurisprudenciais e doutrinárias».

Acrescento que a ação foi julgada procedente. Juros de mora a partir da citação e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Apelou a União Federal. Reiterou argumentos expendidos quando da contestação e pediu fosse a ação julgada improcedente.

Parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA: IPI — Crédito-prêmio — Inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79.

O artigo 1º do Decreto-Lei nº 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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: 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 incidente de inconstitucionalidade na Apelação Cível 109.896. E o Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Em assim sendo, merece confirmada a sentença, salvo quanto ao fluxo de juros que correrão do trânsito em julgado, analogamente ao que ocorre na repetição de indébito.

Dou, pois, provimento parcial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Em alguns casos trazidos à apreciação da Turma, e dos quais fui Relator, mandei contar a correção monetária na forma da Lei nº 6.899/81, por isso que entendi que não estava diante de matéria tributária. Continuei, entretanto, meditando a respeito do tema e concluí que poderia perfeitamente aplicar, por analogia, as normas que dizem respeito à Ação de Repetição de Indébito Tributário. A aplicação analógica impõe-se, na verdade, no caso, por isso que, no momento em que lhe foi negado o crédito, houve acréscimo do imposto a pagar.

Com essas breves considerações, reformulando, pois, o entendimento manifestado nos casos anteriores, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator, para o fim de dar provimento parcial ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 131.126 — SP — (Reg. nº 6.612.989) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 16ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Van Leer Embalagens Indl. do Brasil Ltda. Advs.: Drs. Domingos Novelli Vaz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 9-3-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Euclides Aguiar e Carlos Velloso. Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.458 — MG
(Registro nº 9.703.284)

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

Apelante: *Carlos Alberto de Siqueira*

Apelada: *Universidade Federal de Minas Gerais*

Advogados: *Dr. Getúlio Sena Mascarenhas (apte), Dr. João Alves Gouvea Filho (apdo)*

EMENTA: Administrativo. Pretensão de servidor celetista. Processo próprio.

I — O processo trabalhista é a via própria para o deslinde de questões emergentes de relação contratual entre o servidor e o ente público.

II — Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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, 8 de março de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Em ação ordinária ajuizada contra a Universidade Federal de Minas Gerais, apela Carlos Alberto de Siqueira da r. sentença de fls. 39/41, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, itens I e IV, do Código de Processo Civil, por não corresponder o tipo de procedimento à natureza da causa.

Em suas razões de apelar, o autor sustenta a propriedade da via escolhida.

Recebida e processada a apelação, com contra-razões à fl. 43, subiram os autos.

Revisão dispensada, na forma regimental.

Este o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A matéria se identifica com a por mim examinada em voto proferido na AC nº 126.188-CE, que passo a ler e cuja cópia farei juntar, constituindo-se nas razões de decidir.

Isto posto, nego provimento à apelação. É o meu voto.

ANEXO

Apelação Cível nº 126.188 — CE
(Registro nº 9.583.238)

EMENTA: Administrativo. Pretensão de servidor celetista. Processo próprio.

I — O processo trabalhista é a via própria para o deslinde de questões emergentes de relação contratual entre o servidor e o ente público.

II — Apelação provida, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A preliminar suscitada pela autarquia na contestação e renovada em suas razões de apelar foi repelida, em primeiro grau, com base no disposto na parte final do item V, do art. 295, do CPC, permitindo a adaptação do procedimento escolhido pelo autor ao tipo de procedimento legal.

Sucedee que o permissivo em apreço tem a ver com o tipo de procedimento e não de processo, o que significa dizer que somente se pode cogitar de adaptação no caso de procedimento previsto na sistemática do Código de Processo Civil, quando, *v.g.*, é escolhido o rito sumaríssimo em lugar do ordinário ou adotado este ao invés de rito especial.

Na espécie vertente, porém, como se trata de pretensão de servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que houve escolha errônea de processo, porquanto o processo trabalhista é que constitui a via própria para o deslinde de questões emergentes da relação contratual entre o servidor e o ente público, na linha de reiteradas decisões deste Tribunal. Cuido de anotar, nesse passo, que assim decidiu esta Turma, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 48.021-MG, por mim relatado na assembléa de julgamento de 27 de maio de 1986.

Merece, destarte, acolhida a preliminar, por não ter a relação processual se constituído validamente, pelo que dou provimento à apelação, para extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% do valor da causa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 133.458 — MG — (Reg. nº 9.703.284) — Rel.: O Sr. Min. Costa Leite. Ap. te.: Carlos Alberto de Siqueira. Apda.: Universidade Federal de Minas Gerais. Adv.s.: Dr. Getúlio Sena Mascarenhas (apte) e Dr. João Alves Gouvea Filho (apdo).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação para confirmar a sentença. (Em 8-5-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.816 — CE
(Registro nº 9.737.804)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Delgado*

Remetente: *Juízo Federal da 5ª Vara — CE*

Apelante: *INCRA*

Apelado: *Lauro José Vinhas Lopes*

Advogados: *Drs. Olavo França Sobreira de Sampaio e outros e Raimundo Cavalcante Filho e outro*

EMENTA: Cautelar. Desapropriação. Imóvel Rural. Classificação. Insuficiência de prova.

I — Não constando dos autos prova bastante a caracterizar o imóvel como empresa rural, deve-se considerar o enquadramento do INCRA que o classificou como latifúndio por exploração.

II — Provimento da remessa oficial e da apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: 1. Trata-se de apelação e remessa oficial em medida cautelar inominada entre partes acima identificadas, contra sentença do Exmo. Dr. Hugo de Brito Machado, Juiz Federal da 5ª Vara, Ceará, que julgou procedente a ação, confirmando liminar concedida no sentido de garantir ao autor o direito de não ter o seu imóvel rural desapropriado, até que seja discutido na ação principal se o bem é explorado em regime de Empresa Rural ou não.

2. A União Federal não apelou. A Autarquia Apelante, O INCRA, refuta a decisão monocrática sob os seguintes fundamentos:

a) o Juiz deixou de considerar as regras restritivas e imperativas para as desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária, delineadas no Decreto-Lei nº 554/69;

b) houve, assim, desvio de poder por parte do magistrado;

c) o autor não comprovou que a propriedade «Fazenda Suíça», bem em questão, se encontrasse classificada como Empresa Rural, pois, maliciosamente, confundiu o termo Empregador Rural (Emp. Rural) constante no Certificado de Cadastro que juntou como prova (fls. 11 e 12) e que diz respeito ao «Enquadramento Sindical», com a real classificação do imóvel, que sempre foi enquadrado como latifúndio por exploração;

d) a medida cautelar concedida, em tais termos, impede a desapropriação, o que viola o princípio de o Juiz verificar ou não os pressupostos do interesse social contidos no decreto desapropriatório.

3. A parte apelada não respondeu.

4. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): 1. O ilustre Juiz sentenciante centrou sua decisão na análise dos pressupostos da Ação Cautelar (fls. 113/114). Tomou como fundamento essencial a afirmação de que «admitia a desapropriação antes de examinar a aludida pretensão, implica inviabilizar inteiramente tal exame...» (fl. 114).

2. O exame dos documentos apresentados pelo A. não revelam que o imóvel a ser desapropriado tenha sofrido desclassificação, sem o devido processo legal com garantia de contraditório, pela Autarquia Apelante.

3. O autor se sustenta, nuclearmente, na sigla «Emp. Rural», contida no Certificado de cadastro do INCRA, no quadrilátero definidor do Enquadramento Sindical.

4. Tal afirmação é rebatida pelo INCRA, sob a afirmação de que a sigla respectiva significa empregador rural e não Empresa Rural, bem como que a real classificação do imóvel vem registrada, no campo logo abaixo daquele, dando conta, de forma cristalina, que a Fazenda Suíça, cadastrada sob nº 149.012.258.385-7, em nome do autor, é e sempre foi enquadrada no artigo 22, II, alínea b, do Decreto nº 84.685, de 1-5-80, que define o latifúndio por exploração, *in verbis*:

«Art. 22. Para efeito do disposto no artigo 4º, incisos IV e V, e no art. 46, § 1º, alínea b, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, considera-se:

II — Latifúndio, o imóvel rural que:

b) Não excedendo o limite referido no inciso anterior e tendo dimensão igual ou superior a um módulo fiscal, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de Empresa Rural».

5. Tenho como acertado o posicionamento da apelante. Os Certificados apresentados pelo próprio autor são referentes aos exercícios de 1984 e 1985. Não há nenhum outro documento anexado pelo autor que comprove haver classificado o referido imóvel junto ao INCRA como Empresa Rural, de acordo com os requisitos estabelecidos pelo art. 22, inciso III, letras a, b e c, do Decreto nº 84.685, de 1-5-80.

6. Há, ainda, nos autos, o doc. de fls. 74, expedido com apoio na «Declaração para Cadastro de Imóvel Rural», onde está registrado que o bem é considerado, para cálculo do ITR, como latifúndio por exploração.

7. Os demais documentos apresentados pelo autor são referentes a uma empresa de reflorestamento denominada Fazenda Lagoa Verde Reflorestamento Ltda. De outra parte, há um contrato de arrendamento (fl. 23) de imóvel rural firmado pelo autor e pela referida empresa. Não há notícia de que o projeto de reflorestamento, objeto do arrendamento, tenha sido implantado, nem que o imóvel tenha, por quaisquer dos motivos alegados, sido classificado no INCRA como Empresa Rural.

8. Se não houve, por parte da Autarquia, ato ilegítimo, unilateral, de desclassificação da categoria do imóvel, não há que se falar em condição cristalizadora do referido como empresa rural.

9. Em assim sendo, dou provimento à apelação e à remessa oficial, desconstituindo a medida cautelar assegurada pela sentença. Inverto o ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 135.816 — CE — (Reg. nº 9.737.804) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. José Delgado. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara-CE. Apte.: INCRA. Apdo.: Lauro José Vinhas Lopes. Advs.: Drs. Olavo França Sobreira de Sampaio e outros e Raimundo Cavalante Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 25-11-87 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.944 — PB
(Registro nº 8.939.322)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelante: *Usina Santana S.A.*

Apelado: *Conselho Regional de Química da 1ª Região*

Advogados: *Drs. Paulo Américo Maia de Vasconcelos, Aderson Pessoa de Luna e outros*

EMENTA: Conselho de Química — Usina de álcool e açúcar.

A indústria para cuja atividade são necessários os serviços de química, e assim se considera a que produz álcool e açúcar, sujeita-se ao disposto nos artigos 27 e 28 da Lei 2.800/56.

Hipótese que não se confunde com a eventual exigência de registro da própria empresa no Conselho, situação regulada pela Lei 6.839/80.

VOTO

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

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

Brasília, 11 de abril de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Usina Santana S.A. apresentou embargos à execução que lhe é movida pelo Conselho Regional de Química da 1ª Região. Alegou que a certidão de dívida apresentava vícios formais e, de qualquer sorte, nenhuma contribuição seria devida, uma vez que não exercia atividade que envolvesse a «prestação de serviços de natureza química».

Os embargos foram julgados improcedentes.

Apelou a vencida, salientando haver equívoco da sentença, eis que se questionava a respeito da obrigatoriedade do registro da própria empresa no Conselho.

É o relatório.

EMENTA: Conselho de Química — Usina de álcool e açúcar.

A indústria para cuja atividade são necessários os serviços de química, e assim se considera a que produz álcool e açúcar, sujeita-se ao disposto nos artigos 27 e 28 da Lei 2.800/56.

Hipótese que não se confunde com a eventual exigência de registro da própria empresa no Conselho, situação regulada pela Lei 6.839/80.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ao contrário do que se afirma no recurso, a r. sentença não cometeu qualquer equívoco. Da leitura do procedimento administrativo vê-se que a penalidade foi aplicada, não por pretender-se devesse a recorrente inscrever-se no Conselho de Química, matéria a cujo respeito dispõe a Lei 6.839/80, mas por infringir a norma que determina a contratação de químico, pelas empresas cujas atividades compreendam o fabrico de produtos obtidos por meio de reações químicas dirigidas.

O artigo 335, letra c, da Consolidação das Leis do Trabalho faz obrigatória a admissão de químico pelas indústrias fabricantes de tais produtos e o mesmo dispositivo exemplifica com a menção de alguns deles, referindo-se expressamente ao açúcar e ao álcool. A descrição do processo de fabrico desses permite, mesmo ao leigo, concluir que são indispensáveis reações químicas.

Trata-se, no caso, de execução em que o exequente há de fundar-se em título de dívida líquido e certo. À embargante o ônus de alegar e provar fatos aptos a desconstituir aquele título. Não o fez, entretanto, procurando firmar-se em precedente relativo à fabricação de aguardente que não se confunde com a hipótese em exame.

O artigo 27 da Lei 2.800/56 há de ser interpretado, a meu entendimento, como obrigando as empresas que para suas atividades fim tivessem necessidade dos serviços de químico. É exatamente o caso dos autos.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC 135.944 — PB — (Reg. nº 8.939.322) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Ap- te.: Usina Santana S.A. Apdo.: Conselho Regional de Química da 1ª Região. Advs.: Drs. Paulo Américo Maia de Vasconcelos e Aderson Pessoa de Luna e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 11-4-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Euclides Aguiar e Carlos Velloso. Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.956 — SC
(Registro nº 8.939.357)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Delgado*

Apelante: *Mário José da Silva*

Apelado: *DNER*

Advogados: *Drs. Irivaldo Medeiros e Nelson Nunes*

EMENTA: Desapropriação indireta. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

I — O indeferimento da petição inicial que leva à extinção do processo só deve ser acolhida quando se tornar, de todo evidente, que os pressupostos do artigo 184, do CPC, não estão de todo presentes na petição inicial.

II — A simples descrição dos fatos, sem detalhes específicos, não é suficiente para o indeferimento da petição inicial, em razão da essencialidade das questões discutidas ficarem subordinadas às provas a serem apuradas.

III — Na resposta, cabe ao réu responder, de modo preciso, sobre os fatos narrados na petição inicial.

IV — A prescrição aquisitiva pode ser alegada em matéria de defesa, na desapropriatória indireta. Se assim não procedeu a demandada, o juiz não pode apreciá-la de ofício, por se tratar de direito patrimonial.

V — Não prevalece a sentença que julga extinto o processo, indeferindo a petição inicial, quando esta preenche os requisitos dos artigos 282 e 283 sem os vícios do art. 284, em combinação com o artigo 295, do CPC.

VI — Provimento do apelo para que seja feita a instrução do processo e julgada a ação como entender o juiz a quo.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: 1. Os apelantes afirmam, na petição vestibular, que o apelado, DNER, ao implantar trecho da BR/101, atingiu, em seu traçado, parte do imóvel de que são legítimos posseiros e é situado no local Morro do Boi, Balneário Camburiú, Estado de Santa Catarina, sem que houvesse se utilizado de ação desapropriatória.

2. Pretendem, conseqüentemente, ser indenizados pelo apossamento indevido cometido pela autarquia, pelo que requereram, para fim de procedência da ação, que o órgão expropriante via indireta fornecesse a data efetiva da ocupação do imóvel, e que fosse deferida prova testemunhal e pericial. Sobre esta indicou, desde logo, o seu assistente técnico, e formulou os quesitos.

3. O pedido foi instruído com os documentos de fls. 10/37.

4. A autarquia, após citação regular, respondeu nos termos seguintes:

«1. Os Autores ao conferirem ao seu reconhecido patrono os poderes inseridos no instrumento de fls. 37, possibilitou-lhe o ajuizamento da ação nº 1.511/82, em fase de execução nessa r. Vara, uma vez que julgada improcedente transitou em julgado.

2. Numa demonstração inequívoca de inconformismo, vem o ilustre causídico, sistematicamente, ajuizando ações em nome dos Autores, utilizando-se de cópia xerografada do instrumento procuratório, conforme a de fls. 37 destes autos, bem como a que instrui os autos nº 577/86, em tramitação na 4ª Vara dessa Seção Judiciária.

3. Podemos até assegurar que os Autores desconhecem a existência de qualquer ação judicial, salvo a primitiva, autuada sob nº 1.511 (RG número 18.897/82), cabendo sua extinção sem julgamento do mérito, a exemplo do decidido nos autos nº 7.677 (RG nº 12.913/86), condenando-os todavia ao pagamento das custas processuais, verba honorária e demais cominações de lei».

5. O Exmo. Dr. Juiz presidente do feito, por despacho, determinou que a secretaria esclarecesse os fatos alegados na contestação, resultando a certidão de fls. 42, do teor seguinte:

«Certifico que na Ação Ordinária RG número 18.987/82 (RV 1.511) os mesmos autores, Mário José da Silva e sua mulher Custódia Vieira da Silva, apresentam-se, na inicial, como *proprietários* (e não posseiros) de uma área de terras de 7.020m², com confrontações diferentes das constantes neste processo, atingida em 4.900m² pelo DNER».

6. Sentenciando, a seguir, S. Exa. indeferiu a petição inicial com apoio no art. 284 do CPC, julgando extinto o processo.

7. Os apelantes pedem a reforma da sentença para que o feito tenha seu curso normal.

8. A autarquia apelada defende a manutenção da sentença, sob a alegação de que são jurídicos os seus fundamentos.

9. Por se tratar, ao meu pensar, de matéria predominantemente de direito, foi dispensada a revisão (RI — art. 33, IX).

10. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): 1. O MM. Juiz decidiu o feito do modo seguinte:

«O que pretendem os requerentes é indenização e acréscimos por perda ilícita da posse de parte do imóvel que possuem e que teria sido ocupado administrativamente pelo réu. Mas não há no pedido a indicação clara de que os AA. eram, de fato, os reais possuidores da fração invadida, ou de que nela tinham efetiva exploração ou uso ativo, nem indicação precisa de como se há de comprovar e concluir dessa maneira. É verdade que (item *f* do «requerimento») se pretendem provas testemunhais, mas tal produção, além de problemática em termos concretos, dificilmente reproduzirá com precisão a situação «de fato» em 1969, há dezessete anos ao menos.

Penso que a falta de descrição amudada dessa posse infringe abertamente o requisito essencial do inciso III art. 282 CPC, pelo qual se exige a indicação do «fato e os fundamentos jurídicos do pedido», sendo que os fundamentos mencionados ficam prejudicados na razão direta da deficiência de descrição e indicação detalhadas dos fatos.

Mais. Se os fatos tivessem sido perfeitamente elucidados ainda faltaria ao requerimento a exata e clara indicação das «provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados», não bastando, como é evidente ante a exigência do direito de defesa da outra parte, a mera requisição de prova testemunhal. O respeito ao processo e ao direito do réu impõe absoluta lealdade na propositura da demanda.

É preciso, por fim, considerar que a oportunidade de emenda dessas objeções é inútil, porquanto, já pelo pobre teor da descrição, como pela inexistência total de documentos abonatórios da alegação de posse (o que é inacreditável se são passados mais de 17 anos), desde logo, se obtém certeza de que nada se acrescerá, ou melhor, nada se poderá acrescer no sentido de remediar o pedido.

Finalmente, a autarquia alega e demonstra com documentos, que a obra é velha, de mais de 20 anos, sendo que o serviço completo de terraplanagem foi entregue já em meados de 1960. A posse dos AA., acaso ficasse esclarecida, ou mesmo os indicativos da demanda possessória fossem processualmente aceitáveis, fatal seria prescrição da ação, no caso a prescrição máxima, faltando, portanto, interesse jurídico aos autores».

2. As razões da sentença antecipada demonstram que a extinção do processo, com fundamento no art. 284, do CPC, não deve prevalecer.

3. A alegação de que não há no pedido a indicação clara de que os AA. eram, de fato, os reais possuidores da fração de terra invadida, é matéria de prova, a ser apurada durante a instrução.

4. Por outro ângulo, a conceituação feita pelo MM. Juiz de ser problemática a prova testemunhal, não é motivo suficiente para indeferir petição inicial, por conter restrição ao princípio da apresentação dos meios probantes, sem amparo legal.

5. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido estão registrados na petição inicial. Se são verdadeiros ou se serão provados ineficientes ou se não existem, só após a instrução é que pode ser firmado juízo de convicção.

6. Não prevalece, também, a consideração da sentença de que falta ao requerimento inicial a exata e clara indicação das «provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados». Na petição inicial há requerimento expresso por prova testemunhal, com depósito do rol em tempo oportuno, e de perícia, cujos quesitos e indicação de assistente técnico foram desde logo apresentados.

7. Por último, o Juiz registra que a autarquia alega e demonstra, com documentos, que a obra é velha, de mais de 20 anos, pelo que, se por acaso ficasse esclarecida a posse dos AA., haveria de incidir a prescrição.

8. Não se compatibiliza com a resposta da autarquia a parte da sentença, no particular. A apelada, em nenhum momento, contestou os fatos alegados pelos apelantes, obrigada que estava a manifestar-se precisamente sobre os mesmos, a teor do art. 300, c/c o art. 302, do CPC.

9. Por último, a apelada não alegou, como matéria de defesa, o usucapião comentado pela sentença (Súmula 237-STF), pelo que não se podia, previamente, apreciá-lo, embora sem ter havido concessão.

10. O fundamento da extinção foi o art. 248, do CPC. Conquanto assim o diga, não se encontra na petição inicial ausência dos requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, do CPC. Não apresenta, também, defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, pois os fatos apontados necessitam de apuração em prova testemunhal e pericial.

11. Não há que se falar no art. 295, IV, do CPC, que permite o indeferimento da petição inicial quando o juiz verificar, desde logo, a prescrição. Esta, em se tratando de direito patrimonial, não pode ser argüida de ofício, por interpretação do art. 219, § 5º, CPC, «a contrario», e art. 166 do CC expressamente.

12. Isto posto, dou provimento à apelação para anular a sentença de fls., determinando que a ação seja instruída, com a colheita das provas, e que o Dr. Juiz a quo decida o mérito de acordo com o seu entendimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 135.956 — SC — (Reg. nº 8.939.357) — Rel.: O Sr. Ministro José Delgado. Apte.: Mário José da Silva. Apdo.: DNER. Advs.: Drs. Irialdo Medeiros e Nelson Nunes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 2-12-87 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 136.800 — PB
(Registro nº 9.898.298)

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

Apelantes: *Temístocles Gonçalves Lacet e INPS*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Nizi Marinheiro e Hathanael de Vasconcelos e outros*

EMENTA: Administrativo. Quinquênios. Licença especial não gozada. Art. 180, Lei 1.711/52. «Quintos». Sucumbência mútua.

1. A contagem em dobro da licença especial não gozada é feita exclusivamente para fins de aposentadoria (art. 117, Lei 1.711/52).

2. O direito à vantagem do art. 180 b da Lei 1.711/52, pelo mais elevado padrão de cargo de confiança exercido, supõe o exercício mínimo de dois anos no mesmo (art. 180, § 1º, Lei citada).

3. Os «quintos» não se acumulam com as vantagens dos arts. 180 e 184 da Lei 1.711/52, ressalvada opção (art. 5º, Lei 6.732/79).

4. Reconhecido o direito aos «quintos», pela autarquia, após ajuizada a ação, tem-se que a ré admitiu a procedência do pedido em relação àqueles a que o servidor tinha direito até aposentar-se com a vantagem do art. 180 da Lei 1.711/52. E, tendo sido pago administrativamente o respectivo valor, resta ao autor o direito a juros a partir da citação e correção monetária, desde a propositura da ação.

5. Mútua sucumbência impõe recíproca e proporcional condenação pelas despesas judiciais, inclusive honorários de advogado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação do Autor e dar parcial provimento à apelação do INPS, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 1 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Em autos de ação movida por Temistocles Gonçalves Lacet contra o INPS, visando obter a retificação do ato de sua aposentadoria, a fim de incluir parcelas relativas às vantagens da Lei nº 6.732/79 e quinquênios, apelam as partes de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou parcialmente procedente a ação.

Apela o autor da parte da sentença que julgou improcedente o pedido de incorporação de parcelas da Lei nº 6.732/79, e o Instituto, visando à reforma integral do julgado.

Recebidas e processadas as apelações, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A contagem em dobro do período de licença especial não gozada é feita exclusivamente para fins de aposentadoria, não servindo a aperfeiçoar o direito à gratificação quinquenal, como expressa o art. 117 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. O período em que o servidor se acha a fruir da licença é que é considerado como de efetivo exercício e para todos os efeitos, não aquele que, só para aposentadoria, é considerado como prestado.

De resto, ainda que possível fora a contagem do período dobrado da licença não gozada, para a percepção de quinquênios, no caso, como demonstra a respeitável sentença, a adição do mesmo não completaria o quinquênio perseguido pelo autor.

De relação à parte do pedido, referente à vantagem do art. 180 da referida Lei 1.711/52, está o apelante sem razão, porquanto não atende ao que prescreve o § 1º desse artigo, uma vez que esteve tão-somente a responder, por pouco mais de três meses, por cargo de confiança DAS-1, quando a letra do dispositivo exige um exercício mínimo de dois anos.

Em relação aos quintos, da Lei 6.732, de 4 de dezembro de 1979, os mesmos não podem ser fruídos cumulativamente com a vantagem do art. 180 da Lei 1.711/52, como diz o art. 5º da primeira. E como lhe tenha a autarquia deferido e pago por esses «quintos», até a data de sua aposentadoria, embora esse pagamento tenha sido feito administrativamente, após proposta a ação, resta, tão-somente, o direito a ressarcimento de custas, de honorários de advogado, e correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, e juros desde a citação até a data do pagamento.

Ante a mútua sucumbência, não se apresentando mínima a do autor, manda a regra do art. 21 do Código de Processo Civil que os encargos de custas e honorários sejam recíproca e proporcionalmente divididos, não havendo justificativa para que os honorários de advogado sejam fixados acima do percentual mínimo do § 3º do art. 20 do mesmo diploma.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação do autor e de dar parcial provimento à apelação da autarquia-rê, para modificar a sentença nos pontos indicados, ou seja, para distribuir proporcionalmente os ônus da sucumbência, fixados os honorários de advogado em dez por cento sobre conteúdo econômico daquilo de que decairam as partes.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 136.800 — PB — (Reg. nº 9.898.298) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Aptes.: Temistocles Gonçalves Lacet e INPS. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Nizi Marinheiro e Nathanael de Vasconcelos Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do Autor e deu parcial provimento à apelação do INPS, nos termos do voto do Relator (Em 1-12-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 137.983 — SP
(Registro nº 9.065.407)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fleury Pires*

Apelante: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Apelado: *Cassiano Oscar de Carvalho*

Advogados: *Drs. Lilián de Castro de Souza e outro e José Carlos M. Paulino e outros*

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria. Auxílio-acidente.

1. O valor do auxílio-acidente é de ser adicionado ao salário de contribuição para apuração do salário de benefício da aposentadoria. Precedentes.

2. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 1 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro FLEURY PIRES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional de Previdência Social — INPS da sentença de fls. 120/123, prolatada pela ilustre Juíza Federal da 18ª Vara de São Paulo, Dra. Diva Prestes Marcondes Malerbi, que julgou procedente ação de procedimento ordinário promovida contra o ora apelante por Cassiano Oscar de Carvalho. Eis o dispositivo da sentença:

«Isto posto, julgo procedente a presente ação e o faço para condenar o réu a proceder à revisão do benefício da aposentadoria do autor, mediante a adição do valor do auxílio-acidente ao salário de contribuição para o cálculo da aposentadoria, pagando as diferenças vencidas monetariamente atualizadas, observado o quinquênio prescricional anterior à data do ajuizamento da ação, acrescidas, ainda, dos juros moratórios a partir da citação. Sem custas, por

ser o autor beneficiário da gratuidade da Justiça e o réu autarquia federal. Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação» (fls. 123).

No recurso, sustenta o INPS, preliminarmente, que interpôs agravo retido da decisão que indeferiu a realização de perícia contábil, pedindo a apreciação do Tribunal; que a ação acha-se prescrita; que é parte ilegítima; que o pedido é juridicamente impossível. No mérito, argumenta que o proceder da autarquia no que tange aos reajustamentos de benefícios previdenciários é legítimo, quer no que tange à proporcionalidade do 1º reajuste, quer quanto à base do salário mínimo para composição das faixas da política salarial (fls. 125/132).

Com a resposta do apelado (fls. 134/145), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria. Auxílio-acidente.

1. O valor do auxílio-acidente é de ser adicionado ao salário de contribuição para apuração do salário de benefício da aposentadoria. Precedentes.

2. Apelo improvido.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): As prejudiciais arguidas pelo apelante são improcedentes. O pedido de apreciação de agravo retido é totalmente infundado, eis que tal recurso inexistente nos autos, não havendo, pois, o que apreciar. Inocorre, outrossim, prescrição do direito de ação. De há muito pacificou-se a jurisprudência no sentido de inexistir prescrição da ação ou do fundo de direito quando se trata, como no caso, de benefício previdenciário. Apenas prescrevem as parcelas atingidas pelo quinquênio legal anterior ao ajuizamento da ação, consoante, aliás, expressamente consignado na sentença recorrida. Confira-se, nesse sentido, o v. acórdão desta Corte na Apelação Cível nº 86.277-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Gueiros Leite, *in DJU* de 12-4-84, pág. 5.493, dentre inúmeros outros arestos deste mesmo Tribunal. Não há falar, ademais, em impossibilidade jurídica do pedido. Neste passo, a alegação do apelante de que o apelado pretende aplicação retroativa do Decreto-Lei nº 2.171/84 (fl. 127) é absolutamente despropositada, vez que o pedido inaugural não diz respeito ao decreto-lei citado. Há evidente equívoco do apelante. Da mesma forma, há evidente engano do apelante quando sustenta sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que se é o apelante quem concede benefícios previdenciários e é o órgão competente para efetuar os cálculos dos valores respectivos, a ação judicial objetivando revisão desses cálculos só pode ser dirigida contra o mesmo Instituto que, assim, acha-se legítima do passivamente, *ad causam*.

No que tange ao mérito, o recurso não merece prosperar, mesmo porque aborda matéria estranha àquela discutida e decidida pela sentença.

A questão cinge-se em saber-se se no cálculo da aposentadoria do autor, ora apelado, ou seja, se o salário de benefício respectivo deve ou não ser apurado mediante a inclusão, no salário de contribuição, dos valores recebidos a título de auxílio-acidente.

A matéria não é nova, já tendo sido objeto de inúmeros pronunciamentos do Judiciário.

O auxílio-acidente é benefício autônomo e independente de quaisquer outros benefícios compreendidos no sistema geral da Previdência Social, ressalvados, apenas, aqueles outros benefícios que resultem do mesmo acidente. Confira-se, a esse respeito, o ensinamento de Russomano («Curso de Previdência Social», pág. 331).

A Lei nº 5.316, de 1967, que cuidava dos benefícios da infortunística, estabelecia, no parágrafo único do art. 7º, que o auxílio-acidente seria adicionado ao salário de

contribuição de qualquer benefício não resultante de acidente, desde que fosse respeitado o limite máximo estabelecido na legislação previdenciária.

Portanto, por expressa disposição legal, o valor do auxílio-acidente era considerado e adicionado ao salário de contribuição de qualquer benefício previdenciário, com as exceções mencionadas. Logo, no cálculo da aposentadoria do apelado, o valor do auxílio-acidente deveria ter sido adicionado ao salário de contribuição respectivo.

Tal situação não se modificou com o advento da Lei n.º 6.367, de 19 de outubro de 1976. Esta norma estabeleceu, em seu art. 5.º, os critérios de cálculos dos benefícios por acidente de trabalho relativamente ao auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão. O § 5.º do mesmo artigo esclarece que o direito a esses benefícios (da infortunistica) exclui o direito aos congêneres do sistema previdenciário, asseverando, porém, que tal ocorre *sem prejuízo* dos demais benefícios por este assegurado (§ 5.º, *in fine*, do art. 5.º da Lei n.º 6.367/76).

Portanto, em relação aos demais benefícios previdenciários (exceto os expressamente mencionados na lei citada), não há incompatibilidade entre os benefícios acidentário e previdenciário. Portanto, a nova legislação não excluiu a possibilidade de o benefício do auxílio-acidente integrar o salário de contribuição para cálculo de aposentadoria do sistema previdenciário.

Considerando que o auxílio-acidente tem caráter indenizatório, para compensar o trabalhador que em razão de acidente vai produzir menos, não tem qualquer sustentáculo afirmar-se que ocorreria duplicidade de pagamento do benefício da aposentadoria com o auxílio-acidente. O que há na adição do auxílio-acidente ao salário de contribuição para o cálculo da aposentadoria é simples compensação econômico-financeira ante a redução da saúde do trabalhador que, se não estivesse nessas condições, teria recolhido contribuições superiores para composição do cálculo da aposentadoria. Essa circunstância levou a Consolidação das Leis da Previdência Social, baixada com o Decreto n.º 77.077/76, a estabelecer expressamente a adição do auxílio-acidente ao salário de contribuição para o cálculo de qualquer outro benefício não resultante do acidente (art. 170, parágrafo único).

Tal situação, como se viu, não se modificou com o advento da Lei n.º 6.367/76, o que, aliás, vem sendo proclamado pela jurisprudência desta Corte, conforme se verifica dos arestos seguintes:

«EMENTA: Previdência Social. Aposentadoria. Auxílio-Acidente. Consideração. A legislação acidentária, pertinente ao INPS (Lei n.º 6.367, de 1976), não exclui possibilidade de o benefício do auxílio-acidente integrar o salário de contribuição, para fins de aposentadoria do sistema. Sentença confirmada» (AC n.º 69.302-SP, 2.ª Turma, unânime, Relator Ministro William Patterson, *in Ementário da Jurisprudência do TFR*, volume 37, págs. 36/37).

«EMENTA: Previdenciário. Auxílio-Acidente. Cálculo da aposentadoria.

1. As parcelas recebidas a título de auxílio-acidente devem ser incluídas no cálculo da aposentadoria.

2. Recurso parcialmente provido para reduzir os juros moratórios ao percentual de 0,5% ao mês» (AC n.º 131.357-SP, 2.ª Turma, unânime, Relator Ministro Costa Lima, *in DJU* de 15-10-87).

Vê-se, assim, que a decisão recorrida não merece censura, porque em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, confirmando a sentença.

É como voto, Sr. Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

AC 137.983 — SP — (Reg. nº 9.065.407) — Rel.: O Sr. Ministro Fleury Pires. Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social. Apelado: Cassiano Oscar de Carvalho. Advogados: Drs. Liliam de Castro de Souza e outro e José Carlos M. Paulino e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 1-3-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Costa Lima votaram com o Sr. Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 138.649 — RJ
(Registro nº 7.393.440)

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

Apelante: *Armep Plásticos Ltda.*

Apelada: *União Federal*

Advogada: *Dra. Esmeralda Carneiro Pereira*

EMENTA: Tributário. Repetição do indébito. Sobretarifa do FNT. Lei nº 6.093/74. Inconstitucionalidade de sua cobrança. Correção monetária. Juros de mora. Honorários.

I — Decidindo o Pleno desta Corte pela inconstitucionalidade da cobrança da sobretarifa do FNT, prevista na Lei nº 6.093/74, na arguição de inconstitucionalidade suscitada na REO nº 107.572-PB, devida a repetição do indébito, devidamente comprovada nos autos, observada a prescrição quinquenal.

II — Correção monetária nos termos da Súmula nº 46 desta Corte.

III — Juros de mora, na base de 1% ao mês, contados a partir do trânsito em julgado da sentença (CTN arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único).

IV — Honorários arbitrados em 5%.

V — Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento em parte 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, 20 de abril de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A sentença julgou improcedente a ação ordinária de repetição de indébito proposta por Armep Plásticos Ltda. e

outros contra a União Federal, visando a restituição das quantias recolhidas a título de FNT e condenou os Autores nas custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Inconformados, apelaram os Autores com as razões de fls. 1122/1132.

Contra-razões às fls. 1134/1135.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Repetição do indébito. Sobretarifa do FNT. Lei nº 6.093/74. Inconstitucionalidade de sua cobrança. Correção monetária. Juros de mora. Honorários.

I — Decidindo o Pleno desta Corte pela inconstitucionalidade da cobrança da sobretarifa do FNT, prevista na Lei nº 6.093/74, na arguição de inconstitucionalidade suscitada na REO nº 107.572-PB, devida a repetição do indébito, devidamente comprovado nos autos, observada a prescrição quinquenal.

II — Correção monetária nos termos da Súmula nº 46 desta Corte.

III — Juros de mora, na base de 1% ao mês, contados a partir do trânsito em julgado da sentença (CTN arts. 161, § 1º e 167, parágrafo único).

IV — Honorários arbitrados em 5%.

V — Apelação provida em parte.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Ao decidir a controvérsia, o MM. Dr. Juiz julgou a ação improcedente e condenou os autores nas custas do processo e a pagar honorários que arbitrou em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apelaram os Autores. Em suas razões sustentam que a cobrança é ilícita, pedem o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar a ação procedente, nos termos do pedido da inicial, no que têm razão em parte.

Com efeito, esta Corte, apreciando a arguição de inconstitucionalidade suscitada na REO nº 107.572-PB, decidiu que a cobrança da sobretarifa do FNT, prevista no art. 2º, inciso II, *in fine*; da Lei nº 6.093/74 é inconstitucional. Portanto, os pagamentos feitos a esse título, até a vigência do Decreto-Lei nº 2.186/84, são indevidos e devem ser restituídos, observada a prescrição quinquenal, desde que devidamente comprovados nos autos.

Em assim sendo, a restituição dos valores está sujeita à correção monetária de acordo com a Súmula nº 46 desta Corte, devendo ser calculada até 28-2-86, pelo índice de variação nominal da ORTN e, a partir de então, pelo índice de variação da OTN.

Incidem, também, juros de mora, à taxa de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado desta decisão.

As custas processuais pagas pelos Autores devem ser restituídas.

Finalmente, considerando os valores a serem restituídos, a simplicidade da causa, as disposições do art. 20, § 4º, do CPC e a jurisprudência convergente desta Turma, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 5% sobre o valor da condenação.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao apelo dos Autores, para reformar a r. sentença, julgar a ação procedente, em parte, e condenar a União Federal a

restituir as parcelas recolhidas a título de FNT, no período de março de 1981 a dezembro de 1984, cujos pagamentos estejam comprovados nos autos, acrescidos dos encargos devidos, na forma especificada.

Eis o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 138.649 — RJ — (Reg. n.º 7.393.440) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Apte.: Armpel Plásticos Ltda. Apda.: União Federal. Adva.: Dra. Esmeralda Carneiro Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento em parte à apelação, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (4.ª Turma, em 20-4-88).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 140.587 — RJ
(Registro nº 8.803.699)

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

Apelantes: *Manoel Octávio Penna Pereira Lopes e outro*

Apelada: *Comissão de Valores Mobiliários*

Advogados: *Drs. Luiz Leonardo Cantidiano e Renato Paulino Filho e outros, Luiz Carlos Bettiol*

EMENTA: Responsabilidade civil. Garantia dos acionistas minoritários. Oferta pública de aquisição de ações. Aprovação indevida pela CVM. Indenização.

A Comissão de Valores Mobiliários responde civilmente por prejuízos sofridos por acionistas minoritários de empresa aberta que tem seu controle acionário adquirido, ao aprovar oferta de aquisição de ações desses sócios, sem obediência ao princípio de tratamento igualitário, previsto no art. 254 da Lei 4.040/76.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, 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, 26 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Apelaram Manoel Octávio Penna Pereira Lopes e outro da sentença do MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que julgou improcedente a ação proposta contra a Comissão de Valores Mobiliários, na qual objetivam os autores danos sofridos, lucros cessantes, resultantes de ato ilícito, juros, correção monetária e honorários de advogado, já que a Comissão de Valores Mobiliários deverá responder pelos danos causados aos acionistas minoritários da Pereira Lopes Ibesa Indústria e Comércio S.A., uma vez que não zelou para que recebessem o benefício pago pela Refrigeração do Paraná S.A. — Refripar, aos acionistas controladores da mencionada sociedade.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos a este Tribunal.
É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A questão está posta, como já consta do voto que proferi na apelação anterior, em termos de responsabilidade civil, em virtude de aprovação, pela ré, Comissão de Valores Mobiliários, dos termos de oferta pública para aquisição de ações de acionistas minoritários de empresa, cujo controle acionário fora adquirido por outra, mediante compra a detentores indiretos nesse controle, aprovação essa que não obedeceu aos princípios garantidores do direito desses minoritários, de alienarem as suas ações pelo mesmo preço que os daqueles detentores do controle acionário da empresa, nos termos do art. 254 da Lei 4.404, de 15 de dezembro de 1976 — Lei das Sociedades Anônimas.

A Refrigeração do Paraná S.A. — Refripar adquiriu as ações de Ernesto e Esther Pereira Lopes na PLI — Participações e Administração de Bens S.A., a qual detinha o controle acionário da Pereira Lopes Ibesa Indústria e Comércio S.A., representado por 145.205.893 ações ordinárias nominativas de emissão dessa última, totalizando 54,17% do capital votante.

Por sua vez, as ações de Ernesto e Esther na PLI, organizada como empresa *holding* da Ibesa, representavam 66% das ações com direito a voto, a significar que, indiretamente, Ernesto e Esther detinham o controle acionário da Ibesa, onde a PLI representava mais de metade das ações com direito a voto.

A Ibesa é uma empresa aberta, razão pela qual a Comissão de Valores Mobiliários, ciente da aquisição do controle acionário da mesma pela Refripar, determinou a esta que fizesse pública a oferta de aquisição das ações dos acionistas minoritários, em condições iguais àquelas pelas quais, em preço e modo de pagamento, fizera a dita aquisição do controle acionário.

É que dispõe o art. 254 da Lei 2.404/76:

«A alienação do controle da companhia aberta dependerá de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º A Comissão de Valores Mobiliários deve zelar para que seja assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisições de ações.»

A Refripar, após entendimentos entabulados com a direção da autarquia-ré, quanto ao preço das ações adquiridas, que lhe asseguravam a detenção do bloco controlador da Ibesa, ofereceu minuta de edital de oferta pública de aquisição das ações dos sócios minoritários.

Ocorre que, ao calcular o valor da aquisição das ações que lhe deram o controle da empresa, tomou para divisor o número total das ações que a PLI detinha no capital da Ibesa e não aquele número efetivamente por ela adquirido, equivalente a dois terços dessas ações, obtendo a aprovação da CVM, para esse preço, como sendo o que atendia à garantia de tratamento igualitário, previsto na lei.

Está provado nos autos, inclusive por depoimento de testemunhas que participaram das negociações entre a CVM e a Refripar, que esta, inicialmente, se comprometia a adquirir as ações por preços ainda menores, entre três e cinco cruzeiros, até que chegaram ao de pouco mais de dez cruzeiros por ação, que constou do edital de oferta, aprovado pela autarquia-ré.

Leio, para ilustrar o depoimento do economista Ary Waddington, que assina como interveniente no contrato de alienação das ações por Ernesto e Esther Pereira Lopes, visto às fls. 230, verso dos autos, do qual se verifica que os entendimentos se processaram exclusivamente entre a autarquia-ré e a Refripar, deles não havendo participado os autores, acionistas minoritários da empresa cujo controle acionário fora adquirido: (lê).

Tenho, ao contrário do que entendeu a respeitável sentença, que o cálculo do valor pelo qual deveria a Refripar adquirir as ações dos sócios minoritários, feito entre a ofertante e a CVM, não obedeceu ao princípio igualitário assegurado pela lei, por isso que deveria ter tomado para divisor do valor global do preço de aquisição do controle acionário, não o número de ações que representam o bloco de controle, senão o das ações efetivamente adquiridas, correspondente a dois terços desse bloco.

A dedução de dez por cento, a título de garantia de balanço, por seu turno, não encontra justificação, por isso que, embora contratada a redução de preço das ações, não se evidenciou que tenha a mesma ocorrido, ou seja, não comprovou a ré que as alegadas insubsistências ativas tivessem reflexos no preço efetivamente pago aos alienantes do controle acionário.

Estou, deste modo, que a autarquia-ré incorreu em responsabilidade civil pelo prejuízo sofrido pelos autores, que alienaram suas ações por preço inferior àquele pago pela Refripar aos acionistas majoritários da Ibesa, imbuídos que se achavam de que a oferta pública, aprovada pela ré, teria obedecido à regra garantidora do direito dos sócios minoritários, princípio fundamental da Lei das Sociedades Anônimas por ações, cabendo-lhe, portanto, indenizá-los. É caso típico de responsabilidade objetiva, por falta do serviço, exatamente posto em defesa do interesse das minorias acionárias.

Não restaram demonstrados, contudo, lucros cessantes, que se não presumem, em ação indenizatória, pelo que os prejuízos se comporão pela correção monetária e pela incidência de juros.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente, em parte, a ação, condenada a autarquia-ré a indenizar os autores pela diferença entre o valor pelo qual foram vendidas as ações ordinárias que detinham e aquele obtido pelos detentores do controle acionário da Pereira Lopes Ibesa Indústria e Comércio S.A., tomando como divisor do preço alcançado o número de ações efetivamente por eles alienadas, e não o das ações que compunham o bloco de controle da dita empresa, integrado na *holding* PLI — Participações e Administração de Bens S.A., afastada a dedução de dez por cento, a título de obrigações adicionais assumidas pelos alienantes do dito controle acionário, com juros desde a citação e honorários de advogado de dez por cento sobre o valor da condenação, incidente correção monetária, desde o ajuizamento da ação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 140.587 — RJ — (Reg. nº 8.803.699) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Aptes.: Manoel Octávio Penna Pereira e outro. Apda.: Comissão de Valores Mobiliários. Advs.: Drs. Luiz Leonardo Cantidiano, Renato Paulino Filho e outros e Luiz Carlos Bettiol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Em 26-2-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 142.603 — SP
(Registro nº 880.005.135-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Joaquim de Souza*

Advogados: *Drs. José Ricardo de Oliveira e Eduardo Machado Silveira*

EMENTA: Aposentadoria invalidez — Concessão.

Comprovada através de laudos unânimes a incapacidade laborativa de trabalhador braçal há que se conceder a aposentadoria invalidez, diante da impossibilidade deste vir a exercer outras funções capazes de garantir-lhe a sobrevivência.

Excluída da condenação a incidência de verba honorária sobre prestações vincendas.

Honorários periciais fixados em dois salários mínimos.

Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar 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, 19 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Joaquim de Souza moveu ação sumaríssima contra o INPS, objetivando o recebimento do benefício da aposentadoria invalidez ou a concessão de auxílio-doença pelo prazo a ser estipulado pelos médicos.

Esclarece não ter obtido êxito em seu requerimento administrativo, indeferido que fora em abril de 1986.

Alega ser portador de «problemas cardíacos, hipertensão arterial, coluna vertebral, má circulação», dormência na perna direita e atordoações.

Sustenta, a final, não possuir mais condições de trabalhar como rurícola, ou em outra profissão qualquer que não exija grandes esforços em razão de sua instrução precária.

Na audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento de fls. 25/25vº, o Instituto-réu contestou a ação, limitando-se a negar a existência de incapacidade laborativa capaz de ensejar a concessão do benefício.

Realizada a perícia médica, vieram aos autos os laudos do assistente técnico do Réu (fls. 44/45) e do Perito Judicial (fls. 47/54), ambos concluindo pela incapacidade total e permanente do Autor.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, condenando a Autarquia na concessão da aposentadoria por invalidez requerida, a partir da data do requerimento administrativo. Acrescentou juros moratórios, correção monetária, honorários do Perito Judicial fixados em três valores de referência e honorários advocatícios de 15% sobre o total dos atrasados mais um ano de vincendas (fls. 60/60vº).

Inconformado, o Instituto apelou às fls. 62/64, argüindo que o Autor já era portador de problemas de saúde quando ingressou no regime da Previdência. Requereu a improcedência da ação, em especial, a redução dos honorários periciais e a exclusão da verba honorária sobre prestações vincendas.

Oferecidas contra-razões, os autos subiram a este E. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, a incapacidade total e permanente do Autor para qualquer trabalho está comprovada pelos laudos de fls. 47/54 e 44/45, elaborados pelo Perito Oficial e pelo Assistente do INPS.

O *expert* oficial, em laudo bem fundamentado, após submeter o Autor a vários exames, constatou ser o Autor definitiva e totalmente incapaz para o desempenho de qualquer atividade laborativa. Esclareceu ele ser o Autor «...portador de osteoartrose lombar (que acarreta-lhe desequilíbrio e instabilidade da coluna associado a quadro algico incapacitante) e hipertensão arterial com sinais evidentes de cardiopatia (insuficiência cardíaca que implica em repercussão sistêmica, principalmente atordoação e dispnéia aos esforços) — apresenta-se incapacitado de forma total e permanente para o trabalho» (fls. 53).

O Assistente do INPS confirmou ser o Autor portador de cardiopatia e artrose da região lombossacra e estar incapacitado para o trabalho rural, só podendo exercer trabalho que não exija esforço físico.

Para o próprio Assistente do INPS, a incapacidade do Autor durará até o fim da vida, por se tratar de patologias incuráveis.

Como se trata de trabalhador braçal que sempre desempenhou atividades rurais, praticamente analfabeto e já com idade avançada, não seria possível o desempenho de outras funções capazes de garantir-lhe sua sobrevivência.

Esta Egrégia Turma, por unanimidade, na AC nº 106.427-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Otto Rocha, entendeu que:

«A lei se contenta com a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência, favorecendo ao segurado que sempre executou atividade braçal a concessão do benefício pleiteado, diante da dificuldade deste vir a exercer outras funções».

A alegação do Instituto de que o Autor, ao ingressar na Previdência, já era portador de várias doenças, além de não comprovada, não impede a concessão da aposentadoria. Não nega o réu ter o Autor trabalhado vários anos depois de ter passado a contribuir e que suas doenças vêm se agravando. Esta Colenda Turma, na AC nº 110.737-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Otto Rocha, por unanimidade, decidiu que:

«Constatada a incapacidade total e definitiva da Autora, não importa que os males de que padece tenham se iniciado anteriormente ao seu ingresso na Previdência, se apenas com seu agravamento tornou-se inválida».

No mesmo sentido a AC nº 106.794-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Otto Rocha e AC 122.560-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Costa Leite, Primeira Turma, DJ de 30-4-87.

Os honorários do Perito Oficial devem ser fixados em dois salários mínimos, porque não existe mais o valor de referência (AC nº 113.222-SP, Relator o Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, DJ de 29-10-87).

Os honorários de advogado devem ser apenas sobre as prestações vencidas.

Dou provimento parcial ao recurso do INPS para fixar os honorários do Perito Oficial em dois salários mínimos e excluir as prestações vencidas da incidência dos honorários de advogado.

EXTRATO DA MINUTA

AC 142.603 — SP — (Reg. nº 880.005.135-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Apte.: INPS. Apdo.: Joaquim de Souza. Advs.: Drs. José Ricardo de Oliveira e Eduardo Machado Silveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação. (2ª Turma — 19-4-88).

Os Srs. Ministros Fleury Pires (Art. 138, § 2º, do RITFR) e Costa Lima votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.260 — MG
(Registro nº 8.800.170.374)

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

Apelante: *DNER*

Apelada: *Cleusa de Oliveira Abate — Espólio*

Advogados: *Dr. Djalma José Bois, Dr. Wander Santos Pinto*

EMENTA: Expropriatória indireta. DNER. Indenização acertadamente fixada com base no laudo pericial. Juros compensatórios a serem calculados na forma prevista na Súmula nº 74. Honorários advocatícios e periciais.

Indenização acertadamente fixada com base no laudo do perito, cujas conclusões não foram abaladas pelo Expropriante em suas razões de recurso, levando ainda a vantagem de ter sido elaborado por técnico que goza da presunção de imparcialidade.

Juros compensatórios a serem calculados de acordo com a regra substanciada na Súmula nº 74 do TFR.

Honorários advocatícios arbitrados em taxa razoável, em face do valor da causa e da regra dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Honorários periciais sujeitos à correção monetária, como previsto na Lei nº 6.899/81.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou o DNER de sentença do MM. Juiz Federal da Décima Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que, nos autos da ação expropriatória indireta que lhe moveu o espólio de

Cleusa de Oliveira Abate, condenou-o ao pagamento da indenização de CZ\$ 316.760,00, acrescida de juros compensatórios, a partir da data da ocupação, nos termos da Súmula nº 74, mais juros moratórios a partir do trânsito em julgado da decisão, e correção monetária, a partir do laudo.

Disse haver sido desprezado pela sentença, injustificadamente, o laudo do seu assistente técnico, que melhormente fixou o justo preço do imóvel objeto da ação, insurgindo-se, ainda, contra o critério de cálculo dos juros compensatórios e contra a taxa fixada para os honorários advocatícios, que considerou excessiva. Por fim, sustentou o descabimento de correção monetária sobre os honorários periciais.

Contra-arrazou o Apelado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Expropriatória indireta. DNER. Indenização acertadamente fixada com base no laudo pericial. Juros compensatórios a serem calculados na forma prevista na Súmula nº 74. Honorários advocatícios e periciais.

Indenização acertadamente fixada com base no laudo do perito, cujas conclusões não foram abaladas pelo Expropriante em suas razões de recurso, levando ainda a vantagem de ter sido elaborado por técnico que goza da presunção de imparcialidade.

Juros compensatórios a serem calculados de acordo com a regra substanciada na Súmula nº 74 — TFR.

Honorários advocatícios arbitrados em taxa razoável, em face do valor da causa e da regra dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC.

Honorários periciais sujeitos à correção monetária, como previsto na Lei nº 6.899/80.

Apelação desprovida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz *a quo* assim fundamentou a sua opção pelo laudo do perito:

«O perito, conforme informa, «após verificado o exato posicionamento do imóvel em questão, bem como a infra-estrutura, tipo de ocupação circunvizinha, acessibilidade, meios normais de transportes e demais fatores influenciáveis na avaliação», procedeu a uma excelente pesquisa de valores, e, depois, aplicando o Método de Sturges, calculou o valor do metro quadrado na região e, conseqüentemente, o valor do imóvel ocupado indevidamente pelo Departamento-réu.

... (omissis)

... em face do excelente trabalho realizado pelo Perito, que é um profissional sério e responsável, eu não tenho razões para deixar de adotar as suas conclusões.»

Com efeito, não há motivo para desprezar-se o laudo do perito, que leva ainda a vantagem de ter sido elaborado por técnico que goza da presunção de imparcialidade, não havendo o Apelante, por outro lado, em suas razões de recurso, apontado qualquer elemento capaz de abalar a convicção que dele dimana.

Os juros compensatórios hão de ser calculados na forma apontada na sentença, ou seja, de acordo com o que estabelece a Súmula nº 74 desta Corte.

Os honorários advocatícios, por outro lado, foram fixados em bases adequadas, face ao valor da causa e à luz da regra dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC.

A correção monetária dos honorários do perito é imposição legal, conforme assinalado na r. sentença recorrida.

Ante o exposto, meu voto é pelo desprovimento da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC n° 147.260 — MG — (Reg. n° 8.800.170.374) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Apelante: DNER. Apelada: Cleusa de Oliveira Abate — Espólio. Advogados: Dr. Djalma José Bois e Dr. Wander Santos Pinto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 11-5-88 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hugo Machado e Pádua Ribeiro. Licenciado o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.618 — MG
(Registro nº 6.155.987)

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

Revisor: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Apelante: *George John Rodrigues May*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Nélio Roberto Seidl Machado*

EMENTA: Penal. Falsificação de documento público. Falsidade ideológica. Autoria e materialidade comprovadas.

A comprovada falsificação de certidão de nascimento e posterior obtenção de outros documentos, também públicos (Cédula de Identidade, Passaporte, Certificado de Alistamento Militar), onde foram inseridos dados falsos, configuram a prática dos crimes capitulados nos arts. 297 e 299, do Código Penal.

Inexistindo lugar para a continuidade delitiva, por força da autonomia dos delitos, forçoso é reconhecer indevido o aumento da pena, autorizado no § 2º do art. 51, do Código Penal.

Nulidades processuais que se repelem.

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, preliminarmente, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Cândido, rejeitar as preliminares de cerceamento de defesa e vício na citação, enquanto, no mérito, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do réu para excluir da condenação o aumento da pena resultante da aplicação do parágrafo 2º, art. 51, do Código Penal, reduzindo-a a 3 (três) anos de reclusão; mantida no mais a 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, 2 de abril de 1985 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Leio a parte expositiva da sentença de fls. 258/263, na qual o Dr. Eustáquio Nunes Silveira, eminente Juiz Fede-

ral da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, expõe, com riqueza de detalhes, a matéria discutida nestes autos:

«George John Rodrigues May, brasileiro, solteiro, natural de Salvador-BA, comerciante, filho de Hugo Lacerda May e de Noélia Rodrigues May, residente à Rua Marquês de Caravelas, 42, ap. 1004, Salvador-BA, foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, como incurso nas sanções dos arts. 297 e 304, c.c. art. 51, § 2º, do Código Penal, por haver falsificado registro de nascimento de pessoa conhecida, e nele inserido dados de sua própria qualificação com o nome falso de John Matarazzo Pignatari Filho, obtendo, após essa falsificação e com base nela, os documentos públicos e particulares tais como título eleitoral, alistamento militar, carteira de identidade, inscrição no cadastramento de pessoas físicas (CPF), talonários de cheques, passaporte e etc. (fls. 03).

A denúncia, que se baseou o inquérito policial de fls. 04/139, foi recebida em 28-7-1980 (fls. 141v.).

Na instrução criminal, o réu foi preso preventivamente e solto por ordem de *habeas corpus* do Eg. Tribunal de Justiça, por excesso de prazo; foi qualificado e interrogado (fls. 144 e v), tendo-lhe sido nomeado defensor dativo na pessoa do Dr. Renato Zuppo, que requereu a juntada de antecedentes do acusado; juntou-se documento (fl. 155); as testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas (fls. 159/160v); a defesa nada requereu na fase do art. 499/CPP, ao passo que a acusação requereu a juntada de laudo pericial (fl. 162v).

Em alegações finais, o MP Estadual, após reiterar os dizeres da denúncia, afirma que os fatos nela descritos estão provados pela confissão do réu e pela perícia realizada, que concluiu haver o réu falsificado o registro de nascimento de fls. 126, que é um documento público, e, com base nele, outros documentos foram obtidos perante as repartições públicas, devendo ser condenado nas penas do art. 297 do CP, c.c. art. 51, § 2º, do mesmo CP, não lhe parecendo acertada a capitulação dos fatos no art. 304 do CP, porque, sendo o acusado o usuário do documento falso, por ele próprio falsificado, somente um crime se apresenta, por haver aqui um crime progressivo, constituindo unidade jurídica, porquanto o crime de uso não pode ser cometido sem a anterior falsificação e, ainda, porque a falsificação apontada e debitada ao réu já contém, em potência, o dano que o ulterior uso procura tornar efetivo (fls. 196/197).

A defesa, por seu turno, argüiu a incompetência do Juízo Estadual desta Capital, dizendo que a falsificação do registro de nascimento se deu em Nanuque, e com o uso desta certidão nesta Capital conseguiu o réu outros documentos, como o título de eleitor, carteira de reservista e passaporte, todos documentos emanados da União, cujo processo e julgamento está afeto à Justiça Federal. Concluiu, alegando, que havia criado o conflito de jurisdição entre a Justiça Estadual de Nanuque e a Justiça Federal, não a Justiça Comum da Capital, no qual deveria prevalecer a de maior graduação, a Federal.

No mérito, argumentou que todo *falsum* é crime-meio e visa ao estelionato, causar prejuízo a alguém, exigindo, também, o dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de causar prejuízo. *In casu*, o réu queria apenas «ser importante», «ser bem-recebido», ser «buona gente» (fls. 199/200).

Em seguida, veio aos autos o laudo pericial de fls. 202/210.

Oficiando nos autos, S. Exa., o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal desta Capital acolheu a argüição de incompetência daquele Juízo e remeteu os autos a esta 4ª Vara da Justiça Federal (fls. 215/220).

Aqui, aberta vista ao MPF, este ratificou a denúncia de fl. 3, requerendo tão-somente a citação do acusado e dispensou a produção de provas já realizadas (fls. 222v).

O MM. Juiz Federal, que me antecedeu na condução deste feito, recebeu a denúncia contra o acusado e determinou à Secretaria a designação de data para seu interrogatório, com a sua citação pela forma legal (fl. 225).

Nesse interim, requereu o MPF nova prisão preventiva do acusado, o que foi acolhido pelo MM. Juiz, com expedição de mandado de prisão (fls. 227/230).

Citado por edital, o acusado não compareceu, razão por que lhe foi nomeado defensor dativo, que apresentou defesa prévia, argüindo, na oportunidade, a incompetência deste Juízo, tendo seu pedido sido autuado em apartado (fls. 239/249).

Concluo a mim, chamei o processo à ordem, e ratifiquei todos os atos praticados pelo Juiz estadual, inclusive o recebimento da denúncia; tornei nullos os atos praticados nesta Justiça Federal, como a citação do réu e a nomeação de defensor dativo; revoguei a prisão preventiva decretada e determinei a intimação das partes e a conclusão dos autos para sentença.»

Depois de analisar detidamente as provas colhidas na instrução, examinando, inclusive, a repercussão que o delito teria em diversos órgãos da Administração, aquele Magistrado decidiu condenar o Réu, fixando a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, pena essa que aumentou em 1/3, estabelecendo-a, definitivamente, em 4 (quatro) anos de reclusão e multa de vinte mil cruzeiros.

Apelou por termo (fls. 272) o Réu, oferecendo o longo arrazoado de fls. 276/287, indicando, entre outros motivos de nulidade da sentença, cerceamento de defesa, mau enquadramento do delito e vício na citação por edital.

Contra-razões do Ministério Público Federal às fls. 294/295.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer assinado pelo Dr. João Antônio Desidério de Oliveira, e aprovado pelo ilustre Subprocurador Dr. Walter José de Medeiros, resumiu sua manifestação na seguinte ementa:

- «1. Apelação Criminal.
2. Alteração de documento público. Materialidade e autoria comprovadas.
3. Falsidade ideológica praticada de forma continuada. Materialidade e autoria incontrovertidas.
4. Parecer pela confirmação, em parte, da condenação pelo delito do artigo 297, abstraindo-se a continuidade. Incabendo com relação ao do 299, para não incidir em *reformatio in pejus*.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): As nulidades argüidas na peça recursal estão vinculadas ao comportamento do Juiz Federal que, ao receber os autos, por força da declarada incompetência da Justiça Estadual, deixou de renovar os atos processuais, daí decorrendo cerceamento de defesa e vício na citação.

Esses aspectos foram, igualmente, atacados pela via do *habeas corpus*, sendo repelidos por esta Colenda 2ª Turma, ao acolher, por maioria, voto que proferi no HC 6.102-MG, cuja cópia faço juntar ao presente e ao qual me reporto para ilustrar minhas conclusões, no particular.

De salientar, ainda, que a instrução processada no juízo criminal da Capital Mineira não apresenta qualquer irregularidade a merecer reparação. O Réu foi ali interrogado, ofereceu defesa e alegações finais, consoante se vê dos respectivos registros constantes do relatório da sentença de fls. 215/219, lavrada pelo MM. Juiz de Direito da

10ª Vara Criminal, tudo devidamente acompanhado por defensor dativo, inicialmente, e, depois, por advogado constituído.

Sem razão, por outro lado, o Apelante, quando investe contra a prova testemunhal, pela qualificação dos depoentes (peritos criminais), além de procurar retirar de suas declarações dúvidas sobre a autoria. Ora, a tentativa não encontra amparo, pois confessada a atuação do denunciado, conforme anotado no seguinte lance da sentença:

«Com efeito, ao ser interrogado pela autoridade policial (fls. 47/52), o acusado, após negar inicialmente o fato, acabou por confessar que, na verdade, rasurou a referida certidão de nascimento, nela incluindo elementos inautênticos. Também perante o Juízo, o réu declarou que se utilizou do documento, que a ele não se referia, para conseguir outros, embora negando que tivesse rasurado a mencionada certidão de nascimento, mas apenas a utilizado no estado em que a encontrou.

A perícia, levada a efeito na certidão, comprovou, contudo, de maneira inquestionável, que o documento foi mesmo rasurado em quase todo o preenchimento mecanografado, chegando, em certos momentos, à dilaceração do papel, pela forte pressão exercida para subtrair a mecanografia primitiva (fls. 124/125).

Além do mais, confrontadas as impressões digitais lançadas no prontuário referente ao acusado, expedido pelo Instituto Pedro Melo, de Salvador (BA), com as constantes da ficha datiloscópica existente no Instituto de Identificação deste Estado de Minas Gerais, em nome de John Matarazzo Pignatari Filho, constatarem os peritos tratar-se da mesma pessoa».

Como visto, a autoria da falsificação não pode ser discutida. Não bastasse a expressa confissão, em juízo, outros elementos existem a reforçar o procedimento delituoso. É bom lembrar, a propósito, que não se cuida de um ingênuo ou primário no mister da falsificação documental. Esta própria Turma já confirmou sentença condenatória do mesmo acusado, por infringência, também, do art. 297, do Código Penal, sendo Relator o Sr. Ministro Costa Lima (ACri nº 5944-RJ, fls. 317/329), sendo certo, ainda, que a Justiça Federal, na Bahia, o condenou a dois anos de reclusão, pela prática do crime capitulado no art. 299, da Lei Repressiva.

A convicção firme da autoria do crime de falsificação de documento público não permite que se descarte o enquadramento na figura típica do art. 297, do Código Penal, porquanto reunidos todos os elementos exigidos na conceituação legal.

Adverta-se, por oportuno, que a existência de outro delito, a do art. 299, restou comprovada na ação de inserir, em outros documentos, declarações falsas com o fim de alterar a verdade de fato jurídico relevante (identidade). Todavia, ao analisar esse aspecto, o digno julgador monocrático entendeu que se tratava de continuidade delitiva, razão por que preferiu aplicar o aumento da sanção, na forma autorizada no § 2º, do art. 51, do mesmo Código.

Na impossibilidade, agora, de se estabelecer a separação da responsabilidade na prática de crimes diversos, forçoso é reconhecer que o Apelante será beneficiado pela redução da pena, extirpando-se da condenação o acréscimo decorrente da continuidade. Aliás, isso é o que recomenda a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 367/372, subscrito pelo Dr. João Antônio Desidério de Oliveira e aprovado pelo digno Dr. Walter José de Medeiros, *verbis*:

«Mas, filiando-se ao entendimento de que não pode haver o concurso entre a falsidade e o uso pelo próprio autor de falsidade documental, *in casu*, infere-se que a George John Rodrigues May justa é a imputação dos ilícitos previstos nos artigos 297 e 299, c.c. o art. 51, do CPB.

A certeza dessas imputações, seguramente, extrai-se da robusta prova documental carreada ao processo, onde a materialidade e autoria são inquestionáveis.

Destarte, manifesta-se o Ministério Público Federal pela confirmação da Sentença, em parte, quando deve ser mantida a pena-base de três anos de reclusão e a multa, pela prática do delito descrito no artigo 297, como justificam seus antecedentes e o grau de dolo com que se conduziu, abstraindo-se, assim, o acréscimo decorrente do crime continuado, porque este se verificou com relação ao 299 do CPB, *data venia*, e que entendo não deva ser punido para não incidir em *reformatio in pejus*.»

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do Réu, para excluir da condenação o aumento da pena resultante de aplicação do § 2º do art. 51 do CP, reduzindo-a, assim, a 3 (três) anos de reclusão, mantida a sentença quanto ao mais.

Habeas Corpus nº 6.102 — MG

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Como visto, o Impetrante insurgiu-se contra a condenação resultante da sentença do Dr. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, ao alegar vício de citação do paciente, circunstância que ensejou a revelia e, por conseqüência, a ausência de qualquer defesa.

A situação não é bem essa. Leia-se, a propósito, o que diz a autoridade coatora, em suas informações:

«Conforme o próprio impetrante expõe em sua petição, a ação penal referida foi instaurada, originariamente, junto à Justiça deste Estado de Minas Gerais, através da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte.

Ali, naquele Juízo, foi procedida toda a instrução criminal, tendo o réu, ora paciente, *sido interrogado* e oferecido defesa, inclusive *alegações finais*.

Ocorre que, ao final da instrução, *estando os autos conclusos para a sentença*, o MM. Juiz de Direito, acatando tese da defesa, declinou de sua competência para esta Justiça Federal.

Nesta jurisdição, o Ministério Público Federal *ratificou* todos os atos cometidos pelo órgão do *Parquet* estadual.

De seu turno, o eminente Juiz Federal, que me antecedeu na condução do feito, determinou nova citação e interrogatório do réu, que, a essa altura, encontrava-se em lugar incerto e não sabido, conforme os elementos constantes dos autos.

Assumindo, então, a presidência do processo, verifiquei que toda a instrução já havia sido feita pelo Juízo estadual, razão por que restava a este Juízo tão-somente *ratificar* os atos não decisórios já cometidos, a teor do que dispõe o art. 108, § 1º, do Cód. de Processo Penal, o que foi feito evidentemente com prejuízo dos anteriores despachos proferidos nesta jurisdição, tais como os que haviam determinado nova citação e novo interrogatório do réu, além de inquirições de testemunhas, de resto desnecessários, *data venia*.

Em razão do exposto é que este Juízo se resumiu em proferir a sentença, que, afinal, resultou condenatória, tendo o réu, ora paciente, dela *apelado*, estando os autos do processo em vias de serem alçados a esse Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Como visto, portanto, nenhuma das ilegalidades apontadas no *writ* tem sua razão de ser.

Com efeito, o réu, ora paciente, foi citado e interrogado, tendo produzido defesa através de seu defensor, sendo de se notar que todos estes atos foram *ratificados*, repita-se, por este Juízo, conforme lhe faculta a lei. Por outro lado, sentença já foi proferida, estando o processo em grau de recurso, o que, certamente, devolverá a essa Eg. Corte todo o conhecimento da matéria, inclusive a alegada no presente *Habeas Corpus*.»

A ratificação dos atos processuais constitui procedimento legítimo, por isso que autorizado pelo art. 108, § 1º, do CPP, quando recebido o processo já instruído por força de exceção de incompetência acolhida. Também os artigos 567 e 568 autorizam medidas da espécie.

Em reforço desse entendimento, merecem destaque os seguintes comentários contidos no parecer elaborado pelo Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo nobre Subprocurador-Geral, Dr. Walter José de Medeiros:

«Resta, apenas, examinar o alegado cerceamento de defesa no que se refere ao direito de o réu constituir o advogado de sua confiança.

De acordo com o que consta à fl. 84, na audiência de inquirição de testemunhas esteve presente o réu, ora paciente, e seu advogado, Dr. Chaquib H. Souki, não sendo possível, pelos elementos acostados, imaginar o que aconteceu, e avaliar eventual prejuízo da defesa, em face da atuação do defensor nomeado.»

Ante o exposto, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Mantenho o meu voto por uma questão muito simples: não se trata de nulidade de citação, porquanto esta se fez validamente na pessoa do Réu, que foi interrogado. Está certo que o interrogatório é uma peça de defesa, mas se este ato ocorreu regularmente, apenas se entendesse necessário, o Juiz Federal poderia reinterrogá-lo. Ele não alegou nenhuma nulidade a esse respeito em instante nenhum, inclusive nas alegações finais, se não me engano, pelo que ouvi do relatório.

A falta do interrogatório, se o Réu fora citado pessoalmente, é que poderia ensejar a nulidade. Isso, porém, não ocorreu. A incompetência do Juiz causa, apenas, a nulidade dos atos decisórios, e o interrogatório não tem essa qualidade.

VOTO (PRELIMINAR-VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Revisor): Eminentíssimo Ministro, tenho ponto de vista firmado sobre o assunto há muito tempo. Na sistemática do nosso Código de Processo Penal, o interrogatório é peça de defesa. O réu foi interrogado pelo Juiz que se deu, posteriormente, por incompetente. O novo Juiz, ao receber o processo, repetiu a citação, mas não repetiu o interrogatório. O interrogatório faz parte da defesa, e é uma oportunidade que tem o Juiz para conhecer o réu, sentir-lhe as reações e confrontá-las com as provas apuradas na instrução. Acho, portanto, imprescindível que o Juiz faça o interrogatório. Sem isso, deve-se anular o processo a partir dessa irregularidade. No caso do revel é diferente. Aqui ele começa por aceitar os termos da denúncia, vez que dela não se defende.

Portanto, acolho a preliminar de nulidade do processo.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 6.618 — MG — (Reg. nº 6.155.987) — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Rev.: O Sr. Min. José Cândido. Apte.: George John Rodrigues May. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Nélcio Roberto Seidl Machado.

Decisão: A turma, preliminarmente, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Cândido, rejeitou as preliminares de cerceamento de defesa e vício na citação, enquanto, no mérito, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do réu, para excluir da condenação o aumento da pena resultante da aplicação do parágrafo 2º, art. 51, do Código Penal, reduzindo-a a 3 (três) anos de reclusão; mantida no mais a sentença de primeiro grau. Sustentaram oralmente os Drs. Nélcio Roberto Seidl Machado, pela pa-

ciente, e Walter José de Medeiros, pelo Ministério Público Federal. (Em 2-4-85 — 2ª Turma).

Na preliminar, o Sr. Ministro Costa Lima votou com o Sr. Ministro Relator, e, no mérito, os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM ACr 6.618 — MG
(Registro nº 6.155.987)

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

Embargante: *George John Rodrigues May*

Embargada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Nélío Roberto Seidl Machado e outros*

EMENTA: Processual Penal. Interrogatório realizado por Juiz incompetente.

Por não ser ato decisório, pode ser validamente ratificado pelo magistrado competente, sendo dispensável sua repetição, por não haver o Código de Processo Penal adotado o princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 108, § 1º, c/c o art. 567 e art. 196).

Embargos rejeitados

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: George John Rodrigues May foi denunciado perante o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte pelos crimes continuados de falsificação e uso de documentos públicos falsos, porque, mediante a inserção do nome falso de John Matarazzo Pignatari Filho, em registro de nascimento de pessoa conhecida, em que consignou, também, dados de sua própria qualificação, obteve, a partir desse, diversos outros documentos falsos, tais como inscrição de identidade, alistamento militar, título eleitoral, inscrição no cadastro de pessoas físicas, talonários de cheques e passaporte (fl. 3).

A denúncia foi recebida pelo MM. Juiz estadual (fl. 141v), que procedeu ao interrogatório do réu (fls. 144/144v), ouviu testemunhas (fls. 159/160) e, após as alegações

finais das partes, acolhendo arguição da defesa, declarou-se incompetente e determinou o encaminhamento do feito à Justiça Federal (fls. 215/220).

A denúncia estadual foi ratificada pelo Dr. Procurador da República, na 4ª Vara Federal de Minas Gerais (fl. 222v), e recebida pelo MM. Juiz Federal (fl. 225), tendo sido o réu citado por edital, porque, àquela altura, não fora mais localizado (fl. 242).

A revelia foi-lhe decretada, tendo-lhe sido designado defensor (fl. 243), que apresentou razões e argüiu exceção de incompetência da Justiça Federal (fls. 246/248).

Outro Juiz Federal assumiu o processo, o Dr. Eustáquio Nunes Silveira, que chamou o feito à ordem para ratificar todos os atos praticados pelo Juiz estadual, inclusive o recebimento da denúncia e a citação pessoal, tornando nulos os atos de citação do réu por edital e de nomeação de defensor dativo na Justiça Federal, e revogando sua prisão preventiva (fls. 249/251), após o que proferiu sentença, condenando-o a 4 anos de reclusão e multa de Cr\$ 20.000,00 pela prática continuada do crime de falsificação de documento público (fls. 258/263).

O condenado apelou da sentença, tendo a E. 2ª Turma deste Tribunal, por maioria, rejeitado as preliminares de cerceamento de defesa e de vício na citação, vencido nesse aspecto o Sr. Min. José Cândido, revisor, que, no entanto, acompanhou no mérito o relator, Sr. Min. William Patterson, para excluir da condenação o aumento da pena resultante da continuidade delitiva, considerada inexistente, em razão da autonomia dos delitos (fl. 389).

Participou, também, do julgamento o Sr. Ministro Costa Lima, que acompanhou integralmente o relator.

O acórdão foi assim ementado:

«Penal. Falsificação de documento público. Falsidade ideológica. Autoria e materialidade comprovadas.

A comprovada falsificação de certidão de nascimento e posterior obtenção de outros documentos, também públicos (cédula de identidade, passaporte, certificado de alistamento militar), onde foram inseridos dados falsos, configura a prática dos crimes capitulados nos arts. 297 e 299, do Código Penal.

Inexistindo lugar para a continuidade delitiva, por força da autonomia dos delitos, forçoso é reconhecer indevido o aumento da pena autorizado no § 2º, do art. 51, do Código Penal.

Nulidades processuais que se repelem.

Recurso parcialmente provido.» (Fl. 389).

A pena privativa de liberdade foi, então, reduzida de 1 ano, tendo sido fixada em 3 anos de reclusão.

Com apoio no voto preliminar vencido, o réu apresentou embargos infringentes, postulando a sua prevalência (fls. 391/393).

Admitido o recurso (fl. 394), houve pronunciamento da d. SGR, que concluiu por seu improvimento (fls. 397/399).

Sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Quanto à questão preliminar, o eminente Ministro José Cândido assim se pronunciou:

«... tenho ponto de vista firmado sobre o assunto há muito tempo. Na sistemática de nosso Código de Processo Penal, o interrogatório é peça de defesa. O réu foi interrogado pelo Juiz que se deu, posteriormente, por incom-

petente. O novo Juiz, ao receber o processo, repetiu a citação, mas não repetiu o interrogatório. O interrogatório faz parte da defesa, e é uma oportunidade que tem o Juiz para conhecer o réu, sentir-lhe as reações e confrontá-las com as provas apuradas na instrução. Acho, portanto, imprescindível que o Juiz faça o interrogatório. Sem isso deve anular o processo a partir dessa irregularidade. No caso do revel é diferente. Aqui ele começa por aceitar os termos da denúncia, vez que dela não se defende. Portanto, acolho a preliminar de nulidade do processo.» (Fl. 384)

Amparados no voto vencido, vieram os embargos de fls. 391/393, pretendendo a anulação do processo, por falta de interrogatório do réu. A controvérsia está restrita, assim, à validade e eficácia da ratificação do ato de interrogatório do réu, feita pelo Juiz competente.

Razão desassistente ao embargante, que foi interrogado perante o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal de Belo Horizonte (fls. 144/144v), tendo o interrogatório sido ratificado pelo Juiz competente, às fls. 249/251, como lhe faculta o disposto no § 1º do art. 108 c/c o art. 567, ambos do CPP. Convalidado o ato, por não ser decisório, a realização de novo interrogatório deixou de ser indispensável, passando a constituir uma faculdade do Juiz, conforme inteligência do art. 196 do CPP, que ao contrário da lei adjetiva civil, não adotou o princípio da identidade física do Juiz.

Não houve, portanto, cerceamento de defesa, porque o interrogatório do réu, embora realizado perante Juiz incompetente, tornou-se válido e eficaz, diante da ratificação do ato, no Juízo competente.

O embargante foi citado, pessoalmente, na Vara Criminal, tendo sido ali interrogado e apresentado alegações por intermédio de defensor, sem que nulidade alguma fosse por ele alegada, como bem salientou o Sr. Ministro Costa Lima, em seu voto (fl. 385).

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, ratificado que foi o interrogatório, é de se prestigiar a douda maioria que se formou na 2ª Turma deste Tribunal, tendo em vista o que dispõe o art. 180, § 1º, do Código de Processo Penal.

De sorte que acompanho o eminente Ministro Relator, rejeitando os embargos.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, ao que percebi, o Juiz competente, posteriormente, determinou nova citação. Iniciou o processo novamente. Então não valeria aquela ratificação de interrogatório feita anteriormente pelo Juiz incompetente. Se ele determinou a nova citação, reabriu o processo, ele teria que interrogar.

Por isso, recebo os embargos.

Relator do processo: Sr. Ministro Carlos Thibau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator e os demais que votaram com ele, *data venia* do eminente Ministro Dias Trindade.

Ressalto apenas que o art. 567, do Código de Processo Penal, é textual quando prescreve que a incompetência do Juiz anula somente os atos decisórios. O interrogatório é um ato da instrução e não pode ser considerado um ato decisório. Se o Juiz eventualmente mandou restabelecer um ato de comunicação processual ao réu, em função da alteração da competência, posteriormente reputado desnecessário, isso não obsta a

aplicação dos princípios do art. 108, § 1º, e do art. 567, ambos do Código de Processo Penal.

Concluindo, acompanho o eminente Relator.

Relator do processo: Ministro Carlos Thibau.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, se se cuidasse apenas de dizer viciado o interrogatório, porque não renovado, não teria a menor dúvida em acompanhar o Sr. Ministro Relator.

No entanto, na realidade, impressiona o fato de que o Juiz deu por volta à estaca zero a ação penal, para o qual mandou citar o réu.

E se essa citação se deu invalidamente por edital, quando não havia razão para tanto, tenho para mim que desde o nascedouro a nova ação nula se demonstrou em relação ao réu.

Daí porque, com a devida vênia, acompanho o Sr. Ministro Dias Trindade, recebendo os embargos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, necessito de alguns esclarecimentos do Senhor Ministro Relator.

Primeiro, se na verdade houve decisão, anulando a citação, após o interrogatório, determinando, portanto, nova citação. Se, enfim, neste processo, o embargante se acha citado, somente antes da decisão que anulou a citação?

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Ele foi citado duas vezes, pessoalmente e por edital. Feito o interrogatório, o Juiz Federal, havendo recebido o processo, considerou sem efeito a citação editalícia, evidentemente desnecessária, prosseguiu no feito, sentenciando após.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Até agora não ficou claro para mim o seguinte ponto: anulou-se uma citação-edital, procedeu-se a outra, e somente depois...

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A citação pessoal foi primitiva, a segunda editalícia, e uma terceira que diz não precisar mais da editalícia.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO (Advogado): Senhor Presidente, o que houve foi uma primitiva citação na Vara Estadual; depois o Juiz Federal, em exercício, determinou a citação por edital. Veio quando, na realidade, o réu estava preso pela própria Justiça Federal. Posteriormente, um Juiz de igual hierarquia, sem poder hierárquico de cassação sobre a decisão de seu colega, entendeu de anular a determinação, no sentido da citação-edital. Daí proferiu-se a sentença sem interrogatório, sem renovação das provas, sem respeito aos princípios básicos ao direito de ampla defesa.

Essa é a nota esclarecedora que gostaria de dar ao Tribunal.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Ministro Relator, estou a concluir que o réu não foi citado, depois que a citação foi tida por nula.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O eminente advogado acabou de esclarecer que houve a citação editalícia, que foi tornada sem efeito pelo Juiz Federal da mesma hierarquia do Juiz Federal que recebeu o processo, face à citação pessoal ratificada, anteriormente ocorrida.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: V. Exa. me permite? O Juiz Federal tornou sem efeito a citação editalícia, por força da citação existente, a qual ele ratificou.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: O réu tinha sido interrogado. Depois o processo passou para a Justiça Federal. A denúncia foi tida por ratificada, determinou-se, equivocadamente, citação-edital.

Quanto a esse ponto, dou-me por esclarecido. Mas, quanto ao segundo ponto, Senhor Ministro Relator, estou na dúvida se o embargante estava, de fato, preso por ocasião da citação. A primitiva foi pessoal. A segunda que se ordenou foi a edital, mas depois se dispensou. Então prevaleceu a citação inicial que foi pessoal; e, se ele foi pessoalmente citado, o fato de se achar preso ou não...

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Essa circunstância nem chegou a ser alegada pelo advogado constituído à época.

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente): Senhor Ministro Relator, só para esclarecer. Pelo que estou vendo aqui, nas anotações, o Ministro José Cândido foi voto vencido, na preliminar. Essa preliminar não se reportava à citação...

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Apenas em interrogatório.

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O objeto dos embargos, é o interrogatório.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Exatamente.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Não, a questão é outra, Senhor Presidente. Se se configurasse, nos autos, citação do réu preso, o processo poderia ser nulo, em certas circunstâncias.

Como agora percebo que, na verdade, se instaurou o processo perante Juiz Estadual, por citação pessoal, e, numa certa altura, na Justiça Federal, ordenou-se uma citação-edital desnecessária, logo se compreendeu que era desnecessária e dispensou-se.

Por estas razões, acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Embargos Infringentes e de Nulidade em ACr nº 6.618 — MG — (Reg. nº 6.155.987) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Embargante: George John Rodrigues May. Embargada: Justiça Pública. Advs.: Drs. Nelio Roberto Seidl Machado e outros.

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos. Vencidos os Srs. Ministros Dias Trindade e José Dantas que os recebiam (Julg. 24-6-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Assis Toledo, Lauro Leitão, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.626 — PR
(Registro nº 6.162.690)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*
Apelante: *José Carlos Avona*
Apelada: *Justiça Pública*
Advogado: *Dr. Nelson Edison de Azevedo (Apte.)*

EMENTA: Penal. Processo Penal. Descaminho. Confissão extrajudicial.

I — Conjunto probatório que milita em desfavor do apelante, certificando a sua participação consciente no delito de descaminho por que denunciado, a partir da própria confissão extrajudicial, afinada com o restante da prova.

II — Sentença condenatória confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação 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, 11 de março de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Apela José Carlos Avona da r. sentença de fls. 131/134, que o condenou como infrator do art. 334, *caput*, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de um ano de reclusão, cuja execução foi suspensa, por dois anos.

Nas razões de fls. 148/149, sustenta a fragilidade da prova para embasar decreto condenatório.

Recebida e processada a apelação, com contra-razões a fls. 151/152, subiram os autos.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República é pela manutenção da sentença.

Revisão dispensada, na forma regimental.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A autoria é indubitosa, resultando da própria confissão extrajudicial, afinada com o restante da prova, sendo certo que o acusado fez adentrar em território nacional mercadorias estrangeiras, iludindo, no todo, o pagamento do imposto devido pela entrada, como bem ressaltou a sentença.

A materialidade, por sua vez, está perfeitamente evidenciada, segundo o laudo de exame merceológico de fls. 56/57.

A grande quantidade de mercadorias apreendidas — oitenta fitas cassete e dez rádios AM/FM e toca-fitas — é o quanto basta para certificar a destinação comercial das mesmas, não tendo o apelante, no curso da instrução, logrado provar a alegação que fez quando da prisão em flagrante, no sentido de que se destinavam a amigos e parentes.

Desse modo, Senhor Presidente, o decreto condenatório se mostra insuscetível de qualquer reparo, inclusive no tocante à dosimetria da pena, já que aplicada em seu mínimo legal.

Nego provimento à apelação. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr n.º 6.626 — PR — (Reg. n.º 6.162.690) — Rel.: O Sr. Min. Costa Leite. Ap. te.: José Carlos Avona. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Nelson Edison de Azevedo (Apte.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação para confirmar a r. sentença de primeiro grau. (11-3-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.308 — PA
(Registro nº 7.873.123)

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

Apelantes: *Justiça Pública, José de Souza Teixeira e Carlos Nascimento Levy*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. J. J. Safe Carneiro e outros e José M. Barroso*

EMENTA: Penal. Injúria. Lei de Imprensa. Nota. Juiz. Caracterização do delito.

Extraindo-se da publicação («Nota de Solidariedade») elementos que denotam o desejo de denegrir a imagem do Juiz, configurado está o crime de injúria, sendo certo, ainda, que há prova suficiente para se admitir in-
duvidosa a autoria.

Preliminares repelidas.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento a todos 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-DF, em 27 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Colho da r. sentença de primeiro grau esses lances:

«O representante do Órgão do Ministério Público Federal, neste Juízo Federal, tomando por base a representação formulada pelo Dr. Aristides Porto de Medeiros, ilustre Juiz Federal neste Estado, ofereceu denúncia contra Carlos Nascimento Levy, desquitado, e José de Souza Teixeira, casado, ambos brasileiros, residentes e domiciliados nesta cidade, dando-os como incursos nas sanções punitivas do art. 22 da Lei nº 5.250/67, com as causas de aumento de pena estabelecidas no art. 23, itens II e III, da mesma lei, combinados com o art. 25 do Cód. Penal, em razão dos fatos assim narrados na denúncia:

«O primeiro denunciado responde a uma ação penal promovida pelo Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Almerindo Trindade, pela prática de «crime de imprensa» contra a honra de um Juiz Classista do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

Aos nove dias de janeiro corrente, o primeiro denunciado compareceu ao prédio onde funciona a Justiça Federal neste Estado, a fim de ser interrogado no aludido processo, ato este a ser presidido pelo magistrado representante, Dr. Aristides Porto de Medeiros.

Em cumprimento à legislação vigente, o magistrado dirigiu-se à sala de audiências do Juízo, determinando ao serventuário que procedesse ao pregão, em função do qual, adentraram ao local, o Dr. Almerindo Trindade, representante do Ministério Público, o patrono do réu, Dr. Adilson Verçosa, e o primeiro denunciado, que naquele processo também figura como réu.

Como relata o representante, após se referir ao pregão, «tendo o fiscal da lei e o patrono do denunciado cumprimentado o magistrado com a expressão de «bom dia», isso logo ao adentrarem no recinto. O réu todavia, e inobstante haver ingressado lado a lado com seu defensor, nenhum cumprimento (nem mesmo através de «flexão de cabeça») dirigiu à autoridade judiciária...»

O comportamento do primeiro denunciado causou estranheza ao representante que, por sinal de respeito ou mesmo cortesia, esperava o cumprimento que não veio. Após todos terem tomado seus devidos lugares, e como ainda não houvera o cumprimento protocolar por parte do réu, o magistrado, conforme relata a representação anexa, «perguntou-lhe o seguinte: «Onde foi que o senhor (e não você) chegou?». Tal pergunta foi feita porque se tratava de uma apresentação perante o Poder Judiciário e o natural seria o apresentado (como qualquer outra pessoa que ali também se fizesse presente) cumprimentar o presidente do ato. Não obtendo resposta à pergunta, disse o Representante que haveria de ser dado um «bom dia». E acrescentou: «É assim que o senhor (e não você) chega a sua casa?», isso para evidenciar que, na chegada ao lar, ao menos uma palavra há de ser dirigida a quem ali se encontre. Retrucou então o primeiro Representado que não sabia se era para dar «bom dia» ao magistrado, tendo-lhe sido então ponderado que não havia necessidade de que sobre tal fosse alertado, pois o natural é que uma pessoa cumprimente outra».

O fato narrado pela Representação anexa e acima transcrito, na realidade, não pode ser considerado pejorativamente como um incidente entre o Juiz e o réu. Isto porque, conforme os documentos que instruem a representação, o primeiro denunciado, embora inicialmente se tenha declarado sem condições para prestar depoimento naquela ocasião, acabou por fazê-lo. E note-se, que no termo de interrogatório, não consta nenhuma ressalva ou protesto, quer por parte do Sr. Carlos Nascimento Levy ou de seu advogado, em relação ao fato ocorrido.

Tais circunstâncias (o depoimento prestado e a ausência de ressalvas ou protestos) bem demonstram a inexistência de incidente e a tranqüila superação do fato.

Já no dia treze de janeiro corrente — quatro dias após a audiência de interrogatório do Sr. Carlos Nascimento Levy, a Federação dos Bancários fez publicar no Jornal «O Liberal», com assinatura do segundo denunciado «José de Souza Teixeira, Diretor efetivo», uma «Nota de Solidariedade», ao primeiro denunciado, em relação ao episódio já narrado e ocorrido no dia 19 de janeiro, em sala de audiência da Justiça Federal.

A «Nota de Solidariedade», na realidade, teve o objetivo de atingir, como atingiu, a honra subjetiva do representante, Dr. Aristides Porto de Medeiros, atacando sua dignidade funcional, quando diz que o Magistrado, em recinto fechado, inopinadamente constrangeu e intimidou o Sr. Carlos Nascimento Levy; e também quando diz que o Juiz Federal representante toma atitudes incívicas, extrapolando seus deveres funcionais, para constranger pessoas, atitudes essas não compatíveis com a grandeza do Poder Judiciário. Ora, estaria, assim, pela intenção dos autores da «Nota de Solidariedade», o Dr. Aristides Medeiros depondo contra o Poder ao qual pertence.

Tais expressões contidas na «Nota de Solidariedade», inegavelmente constituem injúria à honra do Magistrado representante. E tal intenção fica ainda mais evidente pelo decurso do prazo entre o episódio e a publicação da «nota», ou seja, dias 9 e 13 de janeiro. Mais evidente fica pelo aspecto de ter sido encerrado o episódio do «cumprimento» na mesma ocasião de sua verificação, tanto assim que o Sr. Carlos Levy prestou, naquela ocasião, seu depoimento.

Como a própria «Nota de Solidariedade» declara — «Havendo esta Federação sido cientificada», existe a relação de causalidade entre os Srs. Carlos Nascimento Levy e José de Souza Teixeira, no que diz respeito à autoria do documento, onde o primeiro denunciado aparece como autor intelectual.» (Fls. 2/4)»

Recebida a denúncia, prosseguiu, regularmente, o feito, processando-se com estrita observância dos preceitos legais.

Sentenciando, o Dr. José Anselmo Santiago, eminente Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará, julgou procedente a denúncia para condenar os Réus como incurso nas sanções do art. 22, com a agravante do art. 23, ambos da Lei nº 5.250, de 1967. Em consequência, aplicou-lhes a pena mínima de um mês de detenção, aumentada de um terço, resultando, para cada um, a pena definitiva de um mês e dez dias de detenção, a ser cumprida na Penitenciária do Estado, caso recusassem o benefício da suspensão condicional que assegurou, sob condições a serem impostas.

Os apelos dos acusados e do MPF foram assim resumidos no pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República:

«O primeiro (Carlos Levy) argüiu duas preliminares de nulidade do processo: impossibilidade de o juiz prolatar sentença porque «recusado» (sic) pela parte em exceção de suspeição interposta antes do advento da decisão recorrida, e, de outro lado, nulidade do feito por cerceamento de defesa. Quanto ao mérito, pediu a absolvição alegando que não há, nos autos, prova capaz de assegurar tenha esse réu concorrido, de qualquer maneira, para a prática da «pseuda» (sic) infração.

Já o segundo acusado (José de Souza Teixeira), limitou-se a pedir a absolvição, sustentando, nesse particular, que os fatos narrados na denúncia não passaram de um «mal-entendido» (sic), inexistindo, em sua conduta, qualquer elemento volitivo de natureza criminosa.

O órgão da acusação, por sua vez, irressignado com a quantidade da sanção imposta (a seu ver, pequena e branda), também interpôs recurso pleiteando a reforma do decisório singular em seus aspectos concernentes à dosimetria da pena: pedindo, outrossim, fosse revogado o *sursis* concedido na instância *a quo*.

Contra-razões às fls. 234/240, do Ministério Público, e fls. 243/244, dos Réus.

Neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria opinou pelo desprovemento dos recursos dos denunciados e parcial provimento do apelo da Justiça Pública.

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: As preliminares argüidas pelo Réu Carlos Levy são improcedentes. Com efeito, o incidente de suspeição do Juiz não tem o efeito de paralisar o andamento do processo. O art. 100, do Código de Processo Penal, estabelece a regra que disciplina o processamento da exceção, quando o Magistrado recusa a suspeição, determinando a autuação em apartado. Por outro lado, o art. 101, do mesmo Código, prescreve as conseqüências decorrentes da procedência da suspeição, nelas incluídas a nulidade dos atos do processo principal, o que significa dizer que a ação continua tramitando normalmente. Sendo assim, inexistente razão para impedir que o Juiz profira decisão de mérito.

Sobre o alegado cerceamento de defesa, em razão de recusa do pedido de vista dos autos, por parte do Advogado de um dos Réus, não vejo, igualmente, como acolhê-lo. O processo dá notícia de que a providência foi requerida por um novo causídico constituído quando a instrução já estava encerrada, conclusos os autos para sentença. Pode-se até admitir que a recusa seja motivo de quebra do bom relacionamento que deve haver entre o Advogado e o Juiz. Todavia, jamais se poderá conceber a ocorrência como causa de nulidade processual, por cerceamento de defesa, porquanto dela nenhum prejuízo acarretou ao acusado.

De assinalar, ainda, que sequer pode-se tomar o despacho impugnado no sentido desejado. As fls. 211, que contém a petição de pedido de vista, está registrado:

«N. A. Sim, em termos.»

Logo, não houve indeferimento da solicitação, conforme se apregoa no apelo.

De meritis, entendo que a autoria e a materialidade estão sobejamente comprovadas.

De pequeno e inexpressivo desentendimento entre o Juiz Aristides Medeiros e Carlos Nascimento Levy, durante uma audiência em que este último compareceu para ser ouvido, resultou em «Nota de Solidariedade» publicada no jornal «O Liberal», edição de 13-1-84, da Federação dos Bancários, assinada pelo Diretor José de Souza Teixeira. A referida publicação foi redigida nos seguintes termos: (lê fl. 16).

É certo que os denunciados procuraram se eximir de qualquer culpa, através de razões pouco convincentes, consoante anotado na sentença monocrática, *verbis*:

«No seu interrogatório, o acusado Carlos Nascimento Levy procurou não incriminar-se, dizendo que não teve nenhuma participação da redação da aludida «Nota de Solidariedade», cuja responsabilidade atribuiu à Federação dos Bancários (Norte/Nordeste), sendo um dos seus Diretores o Sr. José de Souza Teixeira. Contudo, esclareceu que a citada nota foi publicada em razão da carta por si dirigida ao Diretor da Federação dos Bancários, na qual narrou o incidente havido por ocasião do seu depoimento em Juízo, na ação em que figura como vítima Durval Israel.

Por sua vez, o denunciado José de Souza Teixeira, ao ser interrogado, não negou ter firmado a mencionada «Nota de Solidariedade», de cuja elaboração participou. Outrossim, afirmou que a dita Nota «nada mais é do que uma transcrição aproximada da carta dirigida à Federação dos Bancários pelo Sr. Carlos Nascimento Levy», em a qual esse Senhor narrou o acontecimento na sala da audiência, entre ele o Juiz Federal, Dr. Aristides Porto de Medeiros.»

Comentando tais posições, diz o digno Magistrado de primeiro grau:

«A carta mesmo não foi exibida em Juízo, mas segundo declarações do acusado José de Souza Teixeira, a «Nota de Solidariedade» é «uma transcrição aproximada» de tal carta. Se assim é, assiste razão ao representante do Órgão do Ministério Público quando, na promoção de fls., focaliza a existên-

cia de relação de causalidade entre os Srs. Carlos Nascimento Levy e José de Souza Teixeira, no que diz respeito à autoria do documento, onde o primeiro denunciado aparece como autor intelectual».

Incontestavelmente, o documento, isto é, a «Nota de Solidariedade», é de conteúdo ofensivo e teve o objetivo de atingir, como atingiu, a honra subjetiva do ilustrado Juiz Federal, Dr. Aristides Porto de Medeiros, e foi essa mesma a intenção dos acusados.

A prova testemunhal demonstra que em nenhum momento o digno Juiz Federal, Dr. Aristides Porto de Medeiros, ofendeu o acusado Carlos Nascimento Levy ou o seu lar, nem exerceu qualquer tipo de coação contra o mesmo.

Além disso, o próprio Juiz deu por encerrado o episódio relacionado com a falta de cumprimento ao Magistrado, tanto que, naquela mesma ocasião, o acusado Carlos Nascimento Levy declarou estar pronto para ser interrogado, respondendo, da forma como quis, as perguntas que lhe foram feitas.

Durante anos seguidos no exercício do honroso cargo de Juiz Federal, o Dr. Aristides Porto de Medeiros sempre se houve com muita dignidade e decência, jamais praticando atos que deponham contra o Poder ao qual pertence.

Injustas e descabidas as ofensas que lhe foram dirigidas na citada «Nota de Solidariedade».

Estou convencido, também, que a citada «Nota» investe contra a dignidade do Juiz, através de afirmações que buscam denegrir a imagem do mesmo perante a opinião pública, com sérias e graves repercussões, principalmente no campo de suas atividades profissionais.

Caracteriza, a meu juízo, a figura delituosa da «Injúria», porquanto integrante todos os elementos que a compõem.

Portanto, em relação aos recursos oferecidos pelos denunciados, não encontro justificativa para qualquer alteração do *decisum*.

No tocante ao apelo do Ministério Público Federal, objetivando o aumento da pena, embora concordando com as considerações sobre não constituir a primariedade técnica impedimento para a fixação da penalidade acima do mínimo legal, acho que o MM. Juiz a quo agiu corretamente, no particular, ao não reconhecer causas de exacerbação.

Ante o exposto, nego provimento a todos os recursos, para confirmar a sentença de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, também endosso as palavras do eminente Ministro William Patterson a respeito do Dr. Barroso, um profissional que todos nós conhecemos, por sua seriedade, o trato e o empenho com que defende as causas, sempre procurando respeitar todas as autoridades. Coloco-me na posição do Juiz, Juiz que fui e sou desde 1956, e sempre fiz questão, não de um boa tarde, mas daquilo que o Dr. Barroso fez, quando a Corte entrou, ele se levantou em sinal de respeito. Era o mínimo que o Juiz poderia esperar desse prepotente presidente de sindicato. Porque certos sindicalistas querem ser donos do país, mandar e desmandar contra tudo e contra todos, desrespeitando os poderes constituídos.

Conheço os dois Juizes. Quando estive em Belém do Pará, ano passado, ouvi de advogados, de membros do Ministério Público, de Desembargadores, de Juizes do Trabalho, as mais elogiosas referências aos dois magistrados, não só pela conduta profissional, mas como cidadãos conceituados na sociedade.

Ditas essas palavras, manifesto o meu acordo ao voto do Senhor Ministro William Patterson.

EXTRATO DA MINUTA

ACr n.º 7.308 — PA — (Reg. n.º 7.873.123) — Rel.: Exmo. Sr. Min. William Paterson. Apelantes: Justiça Pública, José de Souza Teixeira e Carlos Nascimento Levy. Apelados: Os mesmos. Advogados: Drs. J. J. Safe Carneiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a todos os recursos. (Em 27-11-87 — 2ª Turma). Sustentação oral pelo Dr. José M. Barroso.

Os Srs. Ministros Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.671 — SP
(Registro nº 7.965.451)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelantes: *Carlos Roberto Martins e José Antônio Bérghamo*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Adalberto Spagnuolo*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Cerceamento de defesa. Falsidade de documentos públicos e particulares. Estelionato. Concurso formal e continuidade delitiva. Quadrilha e bando.

Perícias e diligências. Ressaltando o cunho protelatório do pleito, de serem indeferidas.

Falsificação documental. Materialidade e autoria plenamente caracterizadas.

Estelionato. Presença do crime plenamente consumado, em concurso formal com o crime de falsificação documental.

Pena. Dosimetria aconselhada manter-se pelas peculiaridades da causa.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília-DF, 19 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Apela os Réus da sentença de fls. 832/847, do Juiz Federal Sinval Antunes de Souza, cujo dispositivo é o seguinte:

«Por todo o exposto, julgo procedente a ação penal para condenar, como efetivamente condeno, os Réus José Antônio Bérghamo e Carlos Roberto Martins, como infratores dos artigos 297, 298, 171 e 288 c.c os artigos 70 e 71, todos do CP.

O crime de falsidade dos documentos públicos foi perpetrado como meio para a prática do estelionato. Assim também a falsidade dos documentos particulares. Não se pode aplicar, aqui, o princípio da consunção, não só em virtude das heterogêneas objetividades jurídicas, como, também, em virtude de o crime-meio ser mais gravemente apenado que o crime-fim. O Excelso Pretório tem entendido — e parece ser esta a melhor solução — haver um concurso formal de delitos (cf. RE 98.594-RJ, DJU 29-4-83, pág. 5.559, HC 57.962-RJ, DJU 29-8-80, pág. 6.354, REC 92.211-GO, DJU 19-9-80, pág. 7.205).

Os Réus, ao que consta, são primários.

Os motivos de crime (ganância), suas conseqüências desastrosas (dilapidação do patrimônio público), a insensibilidade ética dos acusados levam este Juízo a condenar o Réu José Antônio Bêrgamo, pelo crime previsto no artigo 297 em concurso formal com o previsto no artigo 171, *caput*, do CP, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00; pelo crime previsto no artigo 298 em concurso formal com o tipificado no artigo 171, todos do CP, à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 7.000,00 (sete mil cruzeiros); pelo crime previsto no artigo 288, do mesmo diploma repressivo, à pena de 1 ano e 3 meses de reclusão. Como os crimes de falsidade e estelionato tiveram conotação de continuidade, elevo as respectivas penas de um sexto, ficando, assim, em definitivo, estabelecidas as seguintes penas: 2 anos e 11 meses de reclusão para os crimes previstos nos artigos 297 e 171 c.c. artigo 70, todos do CP, afora a multa já estabelecida; 1 ano e 9 meses de reclusão para os crimes previstos nos artigos 298 e 171 c.c. artigo 70, todos do CP, afora a multa já fixada e, finalmente à pena de 1 ano e 3 meses de reclusão pelo delito tipificado no artigo 288 do CPP, devendo ele cumprir, em estabelecimento penitenciário, a pena de 5 anos e 11 meses de reclusão. Na fixação de multa desprezei a regra do artigo 49 do CP e optei pela lei anterior, por ser esta mais benigna, tendo em vista que os crimes foram cometidos na vigência da Lei anterior e na da atual. O Réu Carlos Roberto Martins cumprirá, pelos crimes previstos nos artigos 297 e 171 c.c. o artigo 70, todos do CP, a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00; pelo crime previsto nos artigos 298 e 171 c.c. o artigo 70, todos do CP, a pena de 1 ano e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 7.000,00; pelo crime definido no artigo 288 do CP, a pena de 1 ano e 3 meses de reclusão. Em face do caráter continuado que tiveram os crimes de falsidade e estelionato, elevo a pena restritiva de liberdade de um sexto (1/6), ficando, desse modo, em definitivo, fixada a pena em 5 anos e 11 meses de reclusão e multa de Cr\$ 17.000,00 (dezessete mil cruzeiros).

Considerando que a pena restritiva de liberdade ultrapassou 4 anos e não chegou a 8, hei por bem, nos termos do artigo 33, § 2º, letra b, do Código Penal, conferir aos RR, ora condenados, o direito de cumprir a pena privativa de liberdade em Colônia Penal Agrícola, tão logo transite esta em julgado».

Em seu longo arrazoado alegam, em resumo:

Preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, eis que indeferidas as provas periciais complementares requeridas, além dos pedidos das demais provas: requisição de cópias degravadas de conversas telefônicas, cópias das declarações prestadas pelo Sr. Superintendente da Polícia Federal em São Paulo junto à CPI do Senado e informações da mesma autoridade policial sobre a substituição do Dr. Delegado que lavrou o flagrante.

No mérito, inicia atacando a ausência de descrição suficiente dos fatos, pois não houve a requisitada certeza e precisão sobre qual o documento que foi falsificado e em que consistiu a falsificação e que efeitos produziu. Aduzem que a denúncia limitou-se a reportar o laudo pericial e este é inteiramente omisso quanto aos elementos materiais do crime.

De relação ao crime de estelionato, afirmam que a mera tentativa inidônea não é equiparável ao crime consumado, sendo que os fatos por eles praticados não configuram a tentativa de estelionato, podendo, até, serem considerados atos preparatórios do crime. É que eles não haviam iniciado a indução da vítima, para obter vantagem indevida.

Referentemente ao concurso, alegam não ser o caso de concurso formal de crimes e sim de concurso aparente de normas penais, pois, na realidade, os documentos supostamente falsificados permaneceram, sempre, em poder dos agentes. Assim, não haveria concurso de crimes, mas aparente de normas, eis que a cogitação dos atos subseqüentes não configura delito autônomo.

Segue aduzindo a ausência de continuidade delitiva e de associação caracterizadora do crime de bando ou quadrilha. Primeiramente porque as falsificações seriam crimes da mesma espécie e, em segundo lugar, porque a mera existência de uma sociedade civil não leva à sua existência.

Finalmente, afirmando erro no cálculo do acréscimo correspondente ao concurso formal, além de haver exacerbação injustificada, aduz a impossibilidade de acumulação do acréscimo pelo concurso formal e pela continuidade delitiva. Afinal, pede:

«a) seja reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de falsificação de documento público e de falsificação de documento particular:

b) seja reconhecida a consunção da tentativa de estelionato pelo delito de falsificação documental;

c) seja aplicado apenas um acréscimo (o da continuidade delitiva), excluindo-se a incidência da fração correspondente ao concurso formal, nos exatos termos da decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, acima citada;

d) seja corrigida a sentença no que diz respeito ao *quantum* do acréscimo pelo concurso formal, aplicado com exacerbação não justificada».

Contra-razões às fls. 917/922, aduzindo, inicialmente, a extemporaneidade da juntada das razões de apelação.

A Subprocuradoria-Geral da República, após reportar-se à argumentação da sentença, que tem por irrefutável, opina pela sua integral manutenção.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, a alegada anexação serôdia das razões de apelação constitui, se existente, mera irregularidade irrelevante.

De início, tenho por irreprocháveis os argumentos da sentença ao indeferir as provas periciais e diligências complementares, consoante se lê:

«Indefiro as diligências requeridas na petição de fls. 711/712, ao ensejo da fase processual assinalada pelo artigo 499 do CPP, por serem dispensáveis, além de marcadas por cunho manifestamente protelatório. Senão vejamos: o ilustre defensor requer:

a) a realização de perícia nos documentos apreendidos através de peritos oficiais, e, à sua falta, por peritos nomeados por este MM. Juízo, de preferência do Instituto de Criminalística da Polícia Técnica;

b) requisição de cópias deglavadas de conversas telefônicas que foram apresentadas à Polícia Federal, dado o íntimo relacionamento com o presente processo;

c) requisição de cópia das declarações prestadas pelo Superintendente Regional da Polícia Federal em São Paulo, Dr. Romeu Tuma, junto à CPI do Senado que investiga a fraude do INAMPS;

d) requisição de informações ao Superintendente da Polícia Federal em São Paulo, quanto à substituição do Dr. Delegado que lavrou o flagrante, por quem determinado e por que motivos.

Quanto aos itens *b* e *c* é flagrante a impertinência das diligências requeridas. Conforme noticiado amplamente pelos meios de comunicação, dizem elas com outras pessoas totalmente diversas dos acusados neste processo. Ademais, constitui material em apuração sob o crivo de procedimento inquisitório. Não vê este Juízo o alegado «íntimo relacionamento». Quanto ao item *d*, de todo injustificável o pedido, que pretende perquerir critérios administrativos ínsitos no poder discricionário da autoridade policial. Quanto ao item *a*, que pretende a realização de perícia nos documentos apreendidos, o seu deferimento representaria verdadeiro *bis in idem*. A perícia já foi realizada por peritos oficiais do Instituto Nacional de Criminalística. O laudo pericial, acostado às fls. 281/317 dos autos, é claro, conclusivo e abrangente do universo dos documentos apreendidos no interior da Clínica AMEDH no dia do fato.»

Tais providências complementares, como se viu, por impertinentes, têm cunho eminentemente protelatório. Não há, pois, falar-se em cerceamento de defesa.

De seguida, respeitando à alegada narrativa defeituosa da denúncia, tenha-se que o Supremo Tribunal Federal já minora a necessidade de delimitar-se a participação de cada agente, isto nos crimes societários ou coletivos, como bem lembrou a sentença (fls. 840 — RHC 58.544, RTJ 101/563). Ademais, a descrição efetivada nenhum empeco causou à defesa, não havendo nulidade sem prejuízo.

No passo seguinte, a apelação pretende tenha havido meros atos preparatórios do crime de estelionato. Tal afirmar, porém, não resiste à simples lembrança de haverem os envolvidos citado os estabelecimentos hospitalares que eram «seus clientes» na falcatrua. Assim, não há como emprestar seriedade à afirmação de que não se perpetrou o crime de estelionato. Crime material que é, consuma-se no momento em que se obtém a ilícita vantagem. Ora, citando os estabelecimentos hospitalares que participavam da locupletação, os envolvidos confessaram o exaurimento do crime.

Afirma, ainda, ausência de concurso formal, acusando a presença de concurso aparente de normas. É que para caracterizar-se este último precisa-se de apenas um fato aparentemente incriminado por várias normas penais e, então, conclama-se à solução os princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção. Vê-se, de pronto, não ser o caso, de concurso formal, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal lembrado pela sentença (RE 98.594 — RJ, DJ 29-4-83; REC 92.211 — GO, DJ 19-8-80).

O próximo lance da apelação sustenta que, se for reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de falso e estelionato — como de fato foi acertadamente determinado na sentença — também haver-se-ia de reconhecê-la entre os crimes dos arts. 297 (falsificação de documento público) e 293 (falsificação de documento particular), ambos do CP. Assim, redimensionada deveria ser a pena para, nos termos do art. 71 do CP, aplicar-se a mais grave aumentada de 1/6. Sem razão os apelantes também aqui, em que pese a inteligência da colocação. É que o art. 71 do Código Penal, além de serem os crimes da mesma espécie — como de fato o são por carregarem os mesmos elementos objetivos e subjetivos e atingirem, ambos, a fé pública — exige, também, que os subsequentes possam ser havidos como continuação do primeiro. E aqui tal continuação vislumbra-se apenas entre os crimes de falso e estelionato e não entre os dois de falso. Correta a sentença também no particular.

Mais adiante, a apelação pretende se exclua a pena pelo crime de quadrilha ou bando, alegando que a mera existência de uma sociedade regularmente constituída não

pode embasar a condenação nesse ponto, porque exige-se a «existência de uma associação estável ou permanente de delinquentes, com a finalidade de praticar reiteradamente crimes» (cfe. Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, Parte Especial, Vol. III, pág. 934).

Sobre o tema, convenhamos que o emérito doutrinador, conquanto praticamente o tenha esgotado na excelência da colocação acima transcrita, não poderia exaurir as hipóteses de configuração. O caso dos autos é exatamente uma delas, na qual não se vislumbrou a associação apenas na existência da sociedade regularmente constituída, mas, antes, e com fartura de provas, no seu direcionamento diário, todo voltado à prática delituosa de forjaturas, criando e preenchendo documentos particulares e públicos. Frise-se que até mesmo nas residências dos empregados eram levadas a efeito tais fraudes. A associação com fins ilícitos existiu, a todo poder de clareza.

Finalmente, insurgem-se os apelantes quanto à aplicação das penas, aduzindo exacerbação injustificada e impossibilidade de acumulação dos acréscimos pelo concurso formal e continuidade delitiva.

A jurisprudência ainda não está acorde quanto à dita acumulação, conforme lembra Celso Delmanto, no seu «Código Penal Comentado». A melhor técnica parece recomendar a não acumulação, por se tratar de duas exceções a uma única regra, a do concurso material. No caso concreto, porém, a intensidade dolosa e o funesto resultado que a insaciedade dos agentes criminosos provocou justifica plenamente a dosimetria adotada, a partir de afirmações sentenciárias escorreitas postas no sentido dos motivos do crime (ganância), com conseqüências desastrosas (dilapidação do patrimônio público) e, também, da insensibilidade ética dos acusados.

Nego, pois, provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.671 — SP — (Reg. nº 7.965.451) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelantes: Carlos Roberto Martins e José Antônio Bérغامo. Apelada: Justiça Pública. Advogado: Dr. Adalberto Spagnuolo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 19-4-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Fleury Pires (art. 138, § 2º, do RITFR) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.870 — CE
(Registro nº 9.547.290)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelante: *Justiça Pública*

Apelado: *Wilson da Silva Vicentino*

Advogado: *Dr. Francisco Haroldo Bezerra*

EMENTA: Criminal. Exercício ilegal de profissão. Advogado. Estatuto da Ordem dos advogados do Brasil, art. 128. Lei de Contravenções Penais, art. 47.

Requisitos. Indispensável ao exercício legal da advocacia a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de convocar-se o art. 47 da Lei de Contravenções Penais.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para condenar o Réu a 45 (quarenta e cinco) dias-multa, nos termos do art. 47 da Lei de Contravenções Penais, mas decretar a prescrição da pretensão punitiva, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Insurge-se o Ministério Público Federal contra a sentença que absolveu o acusado do crime previsto no art. 47 da Lei das Contravenções — exercício ilegal de profissão ou atividade. Ataca o argumento principal da decisão, posto em que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer (art. 153, § 23 da CF). Aduz o Apelante que a sentença desconsiderou por inteiro norma específica que regula o exercício da profissão de Advogado. Tal seria o art. 128 da Lei nº 4.215/63. Assim, o só fato de o acusado ser bacharel em Direito não o capacita para advogar, precisando estar inscrito na OAB.

Contra-razões às fls. 103/106.

A Subprocuradoria-Geral da República, argumentando que o acusado possuía capacidade em abstrato, mas não o substrato da inscrição na OAB, e, assim, não

submeter-se-ia a nenhum órgão por infração de norma ética, opina pela reforma da sentença, com a condenação do acusado, conforme o art. 47 da Lei de Contravenções Penais.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, com inteira razão o Apelante. O art. 128 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê as mesmas penas do art. 47 da Lei das Contravenções Penais para aquele que usar carteira ou cartão de identidade, veste, insígnias e títulos privativos de advogado, estagiário ou provisionado, ou anunciar, por qualquer meio de publicidade, a condição ou a atividade de advogado, inclusive intitulando-se representante ou agente de advocacia no estrangeiro.

A defesa, além de louvar o argumento básico da sentença sobre o livre exercício de profissão previsto no art. 153, § 23, da CF, apenas aduz o fato de o Apelado não haver assinado desacompanhado as petições e peças trazidas pela acusação e sim na companhia de outro causídico.

Não vejo como refugir-se à presença da autoria e da materialidade da contravenção prevista no art. 47 da Lei de Regência. A sentença reputou bastante o diploma de bacharel em Direito e o exame na OAB, considerando irrelevante a inscrição. A defesa, agora nas contra-razões, alega que outro advogado assinara as petições em conjunto com o acusado, além de haver sido equívoca a negativa de sua inscrição.

Ora, a norma do art. 128 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil complementa perfeitamente a norma programadora da Constituição Federal inscrita no art. 153, § 23. E, assim, a inscrição é indispensável, sob pena de incursão nas penas do art. 47 da Lei de Contravenções Penais. O acusado, vendo indeferido seu pedido de inscrição, resolveu praticar atos de advocacia, mesmo sem ela. Nem se diga que o fez acompanhado de outro advogado inscrito, pois os documentos de fls. 28/29 mostram o contrário.

Dou, pois, provimento à apelação do Ministério Público para reformar a sentença e condenar o acusado Wilson da Silva Vicentino nas penas do art. 47 da Lei das Contravenções Penais. Fixo a pena em 45 dias-multa, considerando a sua personalidade, sua conduta social e os motivos do crime, circunstâncias judiciais sopesadas tendo em vista o recurso à contravenção quando poderia tentar as vias judiciais para regularizar sua situação. Considerei, também, dentre as circunstâncias judiciais, a ausência de consequências trazidas pela contravenção. Fixada a pena em 45 dias-multa, considerando a situação econômica do Réu, atribuo o valor de 1 décimo do salário mínimo para cada dia-multa.

Reconhecida a prescrição nos termos do art. 109, V, combinado com o § 1º do art. 110, todos do Código Penal, observado o lapso de tempo que medeou da Portaria em janeiro de 1986, até o julgamento colegiado deste apelo, declaro extinta a punibilidade pela prescrição.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.870 — CE — (Reg. nº 9.547.290) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Wilson da Silva Vicentino. Advogado: Dr. Francisco Haroldo Bezerra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para condenar o Réu a 45 (quarenta e cinco) dia-multa, nos termos do art. 47 da Lei de Contravenções Penais, mas decretou a prescrição da pretensão punitiva. (Em 19-4-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Fleury Pires (art. 138, § 2º, do RITFR) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.905 — MS
(Registro nº 9.580.123)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelante: *José Arnaldo de Souza*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. João Giselmair de Rocha e outros*

EMENTA: Criminal. Veículo apreendido.

Restituição. Inviável, ante a necessidade do bem no Juízo Criminal, de par com a incompetência deste para o deslinde de questões cíveis, tais como a rescisão contratual por falta de pagamento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Apelação tirada contra a negativa de restituição de veículo apreendido pela Polícia Federal, quando transportava, criminosamente, café do Brasil para o Paraguai.

Argumenta o pretendente da restituição havê-lo vendido ao cidadão que foi preso em flagrante, sem que recebesse o preço total do veículo.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo desproviamento da apelação.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, reputo o Juízo Criminal incompetente para deslindar questões de natureza cível, como a posta nos autos. É que a sociedade que pretende a restituição do veículo, à alegação de

havê-lo vendido ao Autor do crime que redundou na apreensão do veículo, transferiu o veículo com alienação fiduciária. Ora, pretendendo a restituição com base na rescisão contratual pelo não pagamento, tal questão refoge ao âmbito criminal.

Ademais, ao que se deduz, o veículo ainda interessa ao processo (art. 118 do CPP) e não há sentença transitada em julgado.

Nego, pois, provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

ACr n° 7.905 — MS — (Reg. n° 9.580.123) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelante: José Arnaldo de Souza. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Drs. João Giselmar de Rocha e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 15-3-88 — 2ª Turma).

O Sr. Dr. Juiz Federal Fleury Pires, convocado em virtude de licença médica do Sr. Ministro Bueno de Souza, e o Sr. Ministro Otto Rocha votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.925 — RJ
(Registro nº 8.641.447)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Apelantes: *José Maximiano de Oliveira, Roberto da Silva e Paulo César de Souza Almeida*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Tânia Maria Meninea Pinto e Olímpia Catarina de Moraes*

EMENTA: Criminal. Falsidade ideológica. Extraterritorialidade da Lei Penal Brasileira.

Caracterização. Bastante a prova apresentada quanto à autoria e materialidade, além de participação no crime por parte de brasileiro, cuja lesão atinge a fé pública, convocando para o deslinde da hipótese o art. 7º, I, b, do Código Penal Brasileiro.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Por terem utilizado passaportes de entrada e saída no Brasil com carimbos considerados portadores de dados falsos, os acusados foram condenados à pena de 1 ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal.

Apelam ao argumento de não haverem utilizado o documento diretamente e sim por solicitação de autoridade, além de não haverem participado da inserção de dados falsos, ademais a grosseria da falsificação não ser apta a enganar. Afinal, o delito teria sido praticado no estrangeiro, por pessoa estrangeira.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela manutenção da sentença, em parecer encimado pela seguinte ementa:

«Penal. Falsidade documental.

Havendo prova suficiente indicando que os réus contribuíram decisivamente na falsificação, agindo de forma consciente, é de se manter a sentença impugnada, improvido-se a apelação da defesa».

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, os autos demonstram com grande poder de convicção que os Réus admitiram o pagamento para que os carimbos contendo dados fossem apostos nos seus passaportes. Então, estavam plenamente cientes das ilicitudes do fato. Concorreram, dessa forma, para o crime.

De relação à prática do crime no exterior, convoca-se o art. 7º, b, c/c II, b, e § 2º, letra a, do Código Penal. É que a extraterritorialidade, nas hipóteses do inciso I, é incondicionada, inspira-se ela nos princípios da proteção ou defesa.

Finalmente, inexistente nos autos qualquer indício de que a falsificação não foi apta a enganar.

Nego, pois, provimento às apelações.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.925 — RJ — (Reg. nº 8.641.447) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Apelantes: José Maximiano de Oliveira, Roberto da Silva e Paulo César de Souza Almeida. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Drs. Tânia Maria Meninea Pinto e Olímpia Catarina de Moraes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações. (Em 19-4-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Fleury Pires (art 138, § 2º, do RITFR) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.122 — DF
(Registro nº 9.681.205)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*
Apelante: *Justiça Pública*
Apelado: *Geraldo Macuyama Taricuarima*
Advogado: *Dr. José Cruz Macedo*

EMENTA: Penal. Falsificação de documento público. Inexistência de falsidade grosseira.

I — Inexiste falsidade grosseira, quando o documento falsificado tem um mínimo de idoneidade material, que o torna passível de aceitação, com a possibilidade de causar dano.

II — Apelação provida, para condenar-se o réu a 2 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, com a concessão do sursis.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo da Justiça Pública, para reformar a sentença e julgar procedente a denúncia, 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 CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela o Ministério Público de sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que absolveu o peruano Geraldo Macuyama Taricuarima da prática do crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP), por terem sido apreendidos, em seu poder, uma carteira de identidade de estrangeiro, expedida pelo SRE/PA, e o CIC expedido pelo Ministério da Fazenda, com adulteração visíveis a olho nu, no nome do titular, nos nomes de seus genitores, na data de nascimento e no número de RG e de RE (fls. 226/229).

Em suas razões, às fls. 233/235, alega que o *falsum* perpetrado pelo denunciado atingiu resultados práticos e foi capaz de iludir o *homo medius* porque, valendo-se de

sua documentação, o acusado contraiu casamento duas vezes, em Ji-Paraná e Barcarena.

Contra-razões às fls. 238/240.

Parecer da douta SGR, às fls. 244/247, pelo provimento do recurso.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A materialidade do fato e sua autoria estão provadas, não só pelo laudo de fls. 127/130, como também pela confissão do próprio acusado no inquérito e em Juízo, às fls. 22/25 e 136, respectivamente, estando a confissão em consonância com as declarações da testemunha José Augusto de Oliveira, nas fases policial e judicial (fls. 39 e 149).

A tipicidade está caracterizada, porque a conduta do agente corresponde, exatamente, à hipótese descrita no art. 297 do CP, ao alterar o conteúdo de documentos públicos verdadeiros (carteira de identidade de estrangeiro e o CIC).

Os fundamentos que levaram o MM. Juiz *a quo* a absolver o acusado, isto é, a ausência de dolo e a falsificação grosseira, não encontram respaldo nos autos (fls. 227/229).

É o próprio denunciado que confessa, à fl. 25:

«Que depois que rasurou os documentos, o interrogado passou a ter a 'consciência pesada' porque havia praticado um *crime*.»

Assim, o acusado demonstra, de forma plena, que tinha consciência da ilicitude de sua conduta, ao alterar documento público verdadeiro, não sendo inócua e nem grosseira a falsidade praticada, porque foi capaz de enganar ao Oficial de Registro Civil que celebrou seu casamento com Petrolina Ribeiro Frasão, em Ji-Paraná, em 1980 (fls. 52).

Embora tivesse o agente afirmado, à fl. 23, que não se casou com Rosse Cleide Oliveira Pereira, com quem vivera, o documento de fl. 95 prova o contrário, isto é, que, em 20 de maio de 1972, ele contraiu núpcias com Rosse, com quem teve uma filha, nascida em 1973 (certidão de nascimento de fl. 76).

Tudo prova que o acusado adulterou seus documentos, em 1977 (fl. 24), para casar-se com Petrolina em 1980, utilizando-se de nomes parecidos, tendo conseguido seu intento.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente a denúncia, condenando o réu como incurso nas penas do art. 297 do Código Penal.

Considerando as diretrizes do art. 59/CP e, principalmente, os bons antecedentes do réu e o grau médio de seu dolo, fixo a pena-base em 2 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, que será a pena concreta e definitiva, em face da inexistência de outras circunstâncias que possam reduzir ou aumentar a pena imposta, devendo a pena de reclusão ser cumprida, inicialmente, em regime aberto.

Fixo o valor do dia-multa em um terço do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato. Lance-se o nome do réu no rol dos culpados. Estando presentes os pressupostos objetivos e subjetivos do *sursis*, suspendo a execução da pena de reclusão por 4 anos, mediante as condições a serem fixadas pelo MM. Juiz *a quo*.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 8.122 — (Reg. nº 9.681.205) — DF. Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: Justiça Pública. Apelado: Geraldo Macuyama Taricuarima. Advogado: Dr. José Cruz Macedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo da Justiça Pública, para reformar a sentença e julgar procedente a denúncia, nos termos do voto do Relator (Julg. em 24-5-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.228 — RJ
(Registro nº 8.614.199)

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

Apelante: *João Elpidio Coelho*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogado: *Dr. Alexandre Katz*

EMENTA: Penal. Estelionato praticado contra autarquia previdenciária. Prescrição pela pena concretizada.

I — Na fixação da pena não se computa a majoração prevista no § 3º do art. 171 do CP, quando o delito praticado é aquele descrito na alínea a do inciso IV do art. 155 da Lei Orgânica da Previdência Social, com a nova redação que lhe deu o art. 25 do Decreto-Lei 66/66, porque, embora equiparado ao estelionato, definido no art. 171/CP, traz como elemento do próprio tipo o motivo da majoração, isto é, a lesão à autarquia.

II — Declara-se extinta a punibilidade, pela prescrição, face à pena concretizada, se decorrido o prazo, fixado no inciso VI do art. 109 do Código Penal (art. 110, § 1º do CP e Súmula 146/STF).

III — Apelação provida, parcialmente, para reduzir-se a pena para 9 meses de reclusão, com o reconhecimento da prescrição, pela pena concretizada.

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 parcial à apelação, para reduzir a pena aplicada e, em consequência, determinar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, 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 CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela João Elpidio Coelho de sentença da MM. Juíza Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que

o condenou a 1 ano e 3 meses de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, com direito a *sursis*, pela prática do crime de estelionato (art. 171, § 3º, do CP), por haver obtido aposentadoria por tempo de serviço pelo INPS, mediante apresentação de documentação falsa referente ao tempo de serviço (fls. 172/174).

Em suas razões, às fls. 183/189, nega a prática do crime, afirmando que não participou da fraude, e que a sentença recorrida não levou em consideração o ressarcimento feito ao INPS, pelo prejuízo ocorrido.

Contra-razões às fls. 191/192.

Parecer da d. SGR, às fls. 197/198, pelo improvimento do apelo, porque o apelante tinha conhecimento do ardial e do artifício usado para a obtenção da fraudulenta aposentadoria.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Juntamente com o apelante foi denunciado Evaldo Santos do Carmo, que foi absolvido, por insuficiência de provas.

A materialidade do fato e sua autoria estão provadas, não só pelos documentos de fls. 5, 18 e 87/88, como também pela confissão do próprio réu, no inquérito e em Juízo, às fls. 60/61 e 117/118, respectivamente, onde afirma:

«que de fato, através do concurso do segundo acusado, obteve aposentadoria no INPS e durante uns 3 meses foi recebê-la e que entregou o valor a Evaldo; ... que não trabalhou para as empresas mencionadas nas peças de fl. 8 e para a Empresa Bangu trabalhou somente por um ano.»

A confissão encontra ressonância na acareação realizada entre os dois acusados, e na prova documental carreada para os autos, que demonstram a consumação do estelionato, com todos os seus elementos integrantes (fls. 76/78, 5/14, 16/18 e 87/88).

A absolvição do segundo denunciado e a reparação do dano não ilidem a responsabilidade penal do réu.

No entanto, a respeitável sentença merece reparo, para que se considere como circunstância atenuante a reparação do dano, antes do julgamento (Fl. 88), porque não tendo o INPS respondido aos ofícios n.ºs 148 e 150, pedindo informações sobre o ressarcimento do dano, há de se presumir que houve o integral ressarcimento, e para excluir-se da condenação a incidência da majoração prevista no § 3º do art. 171 do CP, porque o delito praticado é aquele descrito na alínea a do inciso IV do art. 155 da Lei Orgânica da Previdência Social, com a nova redação que lhe deu o art. 25 do Decreto-Lei n.º 66/66, e que, embora equiparado ao estelionato definido no art. 171/CP, traz como elemento do próprio tipo o motivo da majoração, isto é, a lesão à autarquia.

Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação para excluir da condenação a agravante do § 3º do art. 171 do CP e reduzir da pena-base de um quarto (1/4), com base no art. 65, III, b/CP, passando-a para nove (9) meses de reclusão, que será a pena concreta e definitiva, sendo mantida a multa fixada. Havendo a denúncia sido recebida em 28-2-84 e a sentença condenatória sido prolatada em 23-2-87 (fls. 2 e 174), declarado extinta a punibilidade pela prescrição, face à pena concretizada, eis que decorridos mais de 2 anos entre as duas datas (Código Penal, inciso VI do art. 109 c/c § 1º do art. 110 e Súmula 146 do E. STF).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr n.º 8.228 — RJ — (Reg. n.º 8.614.199) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: João Elpidio Coelho. Apelada. Justiça Pública. Advogado: Dr. Alexandre Katz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reduzir a pena aplicada e, em consequência, determinou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (Julg. em 10-5-88 — 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 7.096 — SC
(Registro nº 7.901.836)

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

Suscitante: *Juiz Federal da 2ª Vara — SC*

Suscitado: *Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São José — SC*

Partes: *Antônio Mansueto de Almeida Coelho e cônjuge e BESC S.A. — Crédito Imobiliário*

Advogados: *Drs. João Zanoto Filho e outros e Neuza Maria Zanetti*

EMENTA: Processual Civil. Rescisão contratual. SFH. Litisconsorte necessário. Competência.

I — Nas ações propostas por mutuários do SFH contra o agente financeiro em virtude de alteração de cláusula contratual, o gestor do Sistema é litisconsórcio necessário. Logo, compete aos juizes federais processar e julgar referidas ações.

II — Conflito conhecido e declarado competente o juiz suscitante.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do Conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara-SC, o suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Ao despachar a peça inaugural da ação proposta contra o Agente Financeiro por mutuários do SFH, cujo objeto é rescindir contrato de financiamento da casa própria, por ter a Ré descumprido cláusula contratual, reajustando a prestação mensal em índice superior à equivalência salarial, o ilustrado Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São José-SC, em despacho motivado, deu-se por incompetente, por entender que o extinto BNH deveria intervir no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário, cujo interesse jurídico é

manifesto e, em se tratando de empresa pública federal, a competência deslocar-se-ia para o Juízo Federal, face ao disposto no art. 125, I, da Carta Magna, remetendo, desde logo, os autos, por ser caso de incompetência absoluta, declarando-a de ofício (art. 113, CPC).

Intimado do despacho, o Agente Financeiro ingressou nos autos com sua contestação sustentando, em preliminar, a necessidade do litisconsórcio necessário.

Distribuído o feito ao MM. Juiz Federal da 2ª Vara, suscitou este o conflito, sob fundamento de não estar contemplada, na Constituição, em razão da matéria, a questão em debate.

Ouvida, a douta Subprocuradoria-Geral da República, opina pela competência do Juiz suscitado, ao argumento de que a competência somente se deslocará quando e se o BNH integrar a lide na qualidade de litisconsorte.

É o relatório.

EMENTA: Processual Civil. Rescisão contratual. SFH. Litisconsorte necessário. Competência.

I — Nas ações propostas por mutuários do SFH contra o agente financeiro em virtude de alteração de cláusula contratual, o gestor do Sistema é litisconsórcio necessário. Logo, compete aos juizes federais processar e julgar referidas ações.

II — Conflito conhecido e declarado competente o Juiz suscitante.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Pelas disposições da Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, que transformou o BNH em empresa pública, e Decreto nº 72.512, de 23 de julho de 1973, que aprovou seu Estatuto, constata-se que os agentes financeiros integram o Sistema Financeiro da Habitação, e o BNH era o gestor desse Sistema, com competência, dentre outras, de fixar os índices de reajuste das prestações dos mutuários, cujo ato estabeleceu a lide em discussão. Portanto, o ex-BNH deveria ser litisconsorte passivo necessário.

Transformado em empresa pública, a competência para processar e julgar em primeira instância as causas de seu interesse na condição de autora, ré, assistente ou oponente era dos Juizes Federais (Constituição, art. 125, I).

Entretanto, pelo art. 126 da Carta Magna, permite-se que, por lei, possa essa competência ser delegada aos Juizes Estaduais.

Assim, a Lei nº 5.010/66, em seu art. 15, especificou as matérias cujos feitos competem aos Juizes locais processar e julgar, com recurso para esta Corte.

Mas a matéria de que trata o presente conflito não se inclui dentre as que a Lei atribui competência delegada. Logo, não se cuida de competência relativa, mas absoluta, que pode ser argüida de ofício (CPC, art. 113).

Com a extinção do Banco Nacional da Habitação (Dec-Lei nº 2.291, de 21-11-86), a competência do então Conselho de Administração do Banco se partiu entre a Caixa Econômica Federal, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, passando o Conselho a exercer as atribuições de órgão central do Sistema Financeiro da Habitação (art. 7º da Lei citada), e, por não ter aquele personalidade jurídica, responde em juízo, ativa ou passivamente, a União Federal, através de suas Procuradorias.

Portanto, na mesma ordem de idéias permanece, a meu ver, a incompetência absoluta do Dr. Juiz suscitado, como assinalado e, em assim sendo, não vejo necessidade de prévia intervenção da União no feito para, ao empós, deslocar-se a competência.

Com estas considerações, conheço do conflito e declaro competente o Dr. Juiz suscitante.

Eis o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.096 — SC — (Reg. nº 7.901.836) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara-SC. Suscdo.: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São José-SC. Partes: Antônio Mansueto de Almeida Coelho e cônjuge e BESC S.A. — Crédito Imobiliário. Advs.: Drs. João Zanoto Filho e outros e Neuza Maria Zanetti.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do Conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara-SC, o suscitante. (2ª Seção — em 12-4-88)

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Euclides Aguiar, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.925 — AM
(Registro nº 9.914.064)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fleury Pires*

Suscitante: *Juiz Auditor da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar em Manaus — AM*

Suscitado: *Juiz de Direito de Ariquemes — RO*

Partes: *Justiça Pública, Hildo Ferreira, Belmiro Pereira Barbosa, Vilmar Rohsler, Vilmar Buchinger, Murilo Roberto Lemos, Eri Rogério Fernandes*

EMENTA: Processual penal. Competência. Crime contra a segurança nacional. Lei nº 7.170, de 14-12-83, art. 15.

1. Evidenciado que os fatos considerados criminosos não tiveram motivação político-subversiva com intenção de atingir os bens jurídicos previstos no art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.170/83, mas consubstanciando apenas reivindicação de interesse local, não há falar-se em crime de sabotagem, previsto no art. 15 da lei citada. Competência da Justiça Comum Estadual.

2. Conflito julgado procedente, declarada a competência do Juiz de Direito da Comarca de Ariquemes — RO, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 de Ariquemes-RO, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro FLEURY PIRES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 99/101, *verbis*:

«No dia 9 de março de 1987, na cidade de Ariquemes-RO, Hildo Ferreira foi preso em flagrante, juntamente com mais cinco outros cidadãos, porque

em manifestação organizada por entidades locais (associação comercial, associação de donas-de-casa e outras), visando á reivindicação de benefícios específicos, tais como energia elétrica e redução das taxas de juros, tentou obstruir a rodovia federal BR 364, gerando certo tumulto e a intervenção da polícia militar de Rondônia, que prendeu Hildo Ferreira e outros, tendo o delegado de Ariquemes-RO capitulado os fatos como sendo crime contra a segurança nacional, previsto no art. 15 da Lei nº 7.170/83 (fl. 49).

2. Remetidos os autos ao Juiz de Direito de Ariquemes-RO, este declinou de sua competência, entendendo competente a Justiça Militar do Estado de Rondônia (fls. 54 dos autos principais e 3 do anexo).

3. Enviados os autos ao Juiz Auditor da Justiça Militar do Estado de Rondônia, este também declinou de sua competência, determinando a volta dos autos ao juízo de origem, sem suscitar o conflito (fls. 158/159 do anexo).

4. Voltando os autos ao Juiz de Direito de Ariquemes-RO, foi prolatado o despacho de fl. 24/verso (autos principais), ordenando a remessa do processo à Justiça Militar Federal em Manaus-AM.

5. Finalmente, os autos foram enviados ao Juiz Auditor da 12ª Circunscrição Judiciária Militar em Manaus-AM, que então suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 85/90 dos autos principais).»

Concluindo sua manifestação, a Subprocuradoria-Geral da República, através do Dr. Mardem Costa Pinto, com o aval do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opina pela procedência do conflito, declarando-se a competência do juiz suscitado.

É o relatório.

EMENTA: Processual penal. Competência. Crime contra a segurança nacional. Lei nº 7.170, de 14-12-83, art. 15.

1. Evidenciado que os fatos considerados criminosos não tiveram motivação político-subversiva com intenção de atingir os bens jurídicos previstos no art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.170/83, mas consubstanciando apenas reivindicação de interesse local, não há falar-se em crime de sabotagem, previsto no art. 15 da lei citada. Competência da Justiça Comum Estadual.

2. Conflito julgado procedente, declarada a competência do Juiz de Direito da Comarca de Ariquemes-RO, o suscitado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Senhor Presidente, o Delegado de Polícia Civil de Ariquemes, Rondônia, instaurou inquérito policial contra Hildo Ferreira e outros, residentes naquele Município, indiciando-os nas penas do art. 15 da Lei nº 7.170/83, pelos fatos assim expostos no Relatório daquela autoridade policial (fl. 49):

«Como ficou apurado no presente Inquérito Policial, no dia 9-3-87, houve uma manifestação promovida pelas várias associações de classe: Associação Comercial, Associação das Donas-de-Casa, Sindicato Rural e outros.

Outrossim, a manifestação começou em frente ao Banco do Brasil, depois seguindo para a BR 364 quando os manifestantes bloquearam a pista com toras de madeira e pneus, colocando fogo nos pneus e bloqueando o trânsito da BR 364 — quando interveio a Polícia Militar e houve a detenção de vários elementos entre os quais os conduzidos já mencionados, inclusive alguns que nada tinham a ver com o fato, enquanto que os líderes do movimento não foram presos.

Tendo a informar que os conduzidos foram transferidos da Cadeia Pública desta Delegacia para o Quartel da Polícia Militar, conforme solicitação via telex do MM. Juiz de Direito-Auditor Militar, telex n.º 267/87.

Protestamos para posterior remessa da Folha de Antecedentes Criminais dos Indiciados.

É o que temos a relatar.»

Ora, os fatos referidos, a toda evidência, não tipificam o crime de sabotagem a que se refere o art. 15 da Lei n.º 7.170/83, *verbis*:

«Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e outras instalações congêneres.»

Ao que se pode depreender do inquérito, a autoridade policial e o juízo suscitado vislumbra nos fatos mencionados sabotagem contra via de transporte, porque a manifestação popular de que teriam participado os indiciados ocasionou bloqueio momentâneo da estrada de rodagem BR-364.

Ora, os crimes contra a segurança nacional não prescindem da necessária motivação político-subversiva, qual seja a intenção de ofender, lesar ou expor a perigo de lesão os bens jurídicos indicados nos incisos I, II e III da Lei n.º 7.170/83, a saber: a integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

No caso em exame, asseverou com propriedade a douta Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer:

«A motivação do desastrado protesto, pelo que se extrai dos autos, era meramente reivindicatória e de caráter regional, sem nenhuma intenção de provocar a derrocada das instituições políticas elencadas na lei que define os crimes contra a segurança nacional.»

Assim também entenderam a Promotoria Pública de Ariquemes (fls. 51/53), o Ministério Público Militar do Estado de Rondônia (fls. 56/57), o Juiz Auditor da Justiça Militar Estadual de Rondônia (fl. 159 dos autos em apenso) e a Justiça Militar Federal do Amazonas (fls. 85/89), de cujas manifestações colhe-se que os fatos referidos substanciam, em tese, o delito do art. 262 do Código Penal ou simples contravenção penal.

Portanto, é evidente a ausência de objetivo político ou intenção deliberada dos indiciados em lesar os bens jurídicos protegidos pelo art. 1.º da Lei de Segurança Nacional. Aliás, é a própria Lei n.º 7.170/83 que determina expressamente no seu art. 2.º, *verbis*:

«Art. 2.º Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-á em conta, para a aplicação desta Lei:

I — a motivação e os objetivos do agente;

II — a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.»

Essa determinação legal não foi observada pela autoridade policial nem pelo juízo suscitado, ao vislumbra o crime de sabotagem (art. 15 da Lei n.º 7.170/83) em simples manifestação coletiva local promovida por entidades de classe (Associação Comercial, Associação das Donas-de-Casa, etc. — fl. 49), reivindicando melhores condições de energia elétrica, melhores condições de segurança, aumento de policiamento nas ruas, etc. (fl. 51). Certamente que aí não há cogitar de sabotagem, crime contra a segurança nacional. Sabotagem, ensina Francisco da Silveira Bueno, é a

«Inutilização, destruição de alguma coisa com fins revolucionários, anti-políticos, para impedir algum objetivo.» (Grande Dicionário Etimológico — Prosódico da Língua Portuguesa, vol. VII, pág. 3.603).

Nenhuma motivação revolucionária ou antipolítica resulta do inquérito instaurado. Os fatos imputados aos indiciados, assim, não configuram crime contra a segurança nacional, mas delito comum, cuja apreciação compete à Justiça Comum Estadual.

Em face do exposto, conheço do presente Conflito de Competência para julgá-lo procedente, declarando a competência do Juiz de Direito da Comarca de Ariquemes, Estado de Rondônia, o suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC n.º 7.925 — AM — (Reg. n.º 9.914.064) — Rel.: O Sr. Ministro Fleury Pires. Suscitante: Juiz Auditor da Auditoria da 12.ª Circunscrição Judiciária Militar em Manaus-AM. Suscitado: Juiz de Direito de Ariquemes-RO. Partes: Justiça Pública, Hildo Ferreira, Belmiro Pereira Barbosa, Vilmar Rohsler, Vilmar Buchinger, Murilo Roberto Lemos, Eri Rogério Fernandes.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Ariquemes-RO, o suscitado. (Em 23-3-88 — 1.ª Seção).

O Sr. Ministro Costa Leite estava ausente ocasionalmente. Os Srs. Ministros José Dantas, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo e Jacy Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 137 — DF
(Registro nº 8.825.323)

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

Partes: *CONAN Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda e INCRA*

Excipiente: *CONAN Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda.*

Excepto: *Juiz Federal da 2ª Vara*

Advogados: *Drs. Clovis Ferro Costa e outro, Roberval Luiz Caldas Simas e outros*

EMENTA: Exceção de suspeição.

A arguição de suspeição está sujeita à preclusão, que se configura após o decurso do prazo de 15 dias, contado do fato que a ocasionou ou da sua ciência.

No mérito, não merece prosperar a exceção, uma vez que o fato de o MM. Juiz excepto ter sido Procurador do INCRA não o torna suspeito para julgar as causas da mesma autarquia.

Exceção de suspeição não conhecida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da exceção, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: CONAN — Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda., qualificada nos autos, em ação ordinária que move contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, interpôs agravo retido contra decisão reproduzida a fls. 39/40. O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, proferiu, a fls. 7/8, decisão que manteve a decisão agravada, e tomou a petição de agravo como exceção de suspeição, em

virtude da atribuição de passionalidade no exame do feito pelo fato de, outra, ter sido procurador do INCRA.

A fls. 42/44 o MM. Juiz, então, rejeitou a argüição.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 50/54, pela rejeição da exceção.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O bem-lançado parecer da Subprocuradoria-Geral da República, da autoria do ilustre Procurador Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, assim enfoca e dirige a espécie:

«Trata-se de exceção de suspeição do MM. Juiz Federal da 2ª Vara em Brasília-DF, Dr. Luciano Tolentino Amaral, supostamente intentada pela Conan — Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda., nos autos da ação ordinária em que esta empresa litiga com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

O incidente teve início quando, inconformada com a decisão reproduzida às fls. 39/40, a excipiente, interpôs o agravo retido de fls. 2/6, aduzindo em determinada passagem as seguintes considerações:

«Declarou V. Exa. que os pedidos da Conan, analisados em seu respeitável despacho, são «extemporâneos, contraditórios e ineptos».

A forte expressão de V. Exa., MM. Juiz, é notoriamente injusta, incorreta tecnicamente e, se fosse de lhe dar algum qualificativo, na verdade, o despacho agravado é que é, de fato, manifestamente inepto, como se demonstrará.

Há uma visível marca de paixão na r. decisão agravada e por isso a autora, ora agravante, mortifica-se do equívoco praticado quando admitiu V. Exa. no processo sem argüir a sua suspeição, não obstante o seu notório vínculo sentimental com o INCRA, réu nesta ação, do qual foi seu brilhante procurador por longos e longos anos, antes de ingressar na Justiça Federal.

A paixão de V. Exa., MM. Juiz, é tão notória a ponto de conduzi-lo a uma surpreendente e rara decisão de deferir a propriedade ao INCRA (Direito substantivo) no processo cautelar que ora corre em anexo à presente ação ordinária.

Esse grave erro técnico, que a paixão de seu despacho revela, por si só, qualifica a sua decisão e torna imperativa a sua reforma como providência preliminar da apelação que vier a ser interposta.»

Diante do que foi aduzido, proferiu o MM. Juiz excepto a r. decisão de fls. 7/8, onde, após manter a decisão agravada e transcrever a passagem acima consignada, afirmou, *in verbis*:

«Ora, a natureza da alegação é grave e interessa não só a parte mas é de notório interesse público, por ser de interesse de Justiça. Por isso, o CPC dispensa-lhe diversas seções (Arts. 134/138; 304/306 e 312/314). Denota-se que a autora não se valeu de nenhum deles quanto ao procedimento apropriado à espécie, preferindo inserir a matéria entre razões de agravo e retido. Assim, para que a argüição tenha seu curso devido, à luz dos dispositivos citados, conheço da alegação acima como argüição de suspeição.

Determino para tanto que a petição de fls. 1099/1103 seja desentranhada e autuada na conformidade do Art. 312 e seguintes.»

Em seguida, facultou S. Exa. à suposta excipiente o entendimento da parte final do Art. 312 do CPC (despacho de fl. 9-v), ordenando ainda à Secretaria da Vara as providências arroladas no despacho de fl. 10.

Finalmente, em cumprimento ao disposto na parte final do Art. 313 do CPC, prolatou a decisão de fls. 42/44, rejeitando fundamentadamente a arguição.

Em que pese as duntas considerações do MM. Juiz excepto, não há como se conhecer da exceção. E a razão é simples: a empresa CONAN — Construtora Comércio da Cunha Ltda., embora tenha, no seu agravo retido, conjecturado a respeito do seu «notório vínculo sentimental com o INCRA», não teve a intenção de argüir, e efetivamente não o fez, a suspeição de S. Exa. E sem manifestação expressa da parte nesse sentido, não era, *data venia*, lícito mandar processar a exceção.

E vários são os dispositivos, no Código de Processo Civil, de que deflui semelhante entendimento. Inicialmente, cite-se o Art. 2º, segundo o qual «nenhum Juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.» Tal dispositivo é, no mínimo, aplicável à espécie por analogia, assim como o Art. 128 ao estabelecer que o «Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte». Note-se que, embora o Juiz possa de ofício declarar a sua suspeição, o Art. 304 do CPC exige a iniciativa da parte para que se processe a exceção, a qual, de resto, deve observar a forma estabelecida no Art. 312 do mesmo diploma legal.

Por outro lado, segundo o Art. 262 da lei adjetiva, «o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.» E se o preceito é válido em relação ao processo principal, não há porque ser diferente em relação aos seus incidentes.

De resto, a matéria está preclusa, devendo ter sido este o motivo que levou, além da notória falta de fundamento jurídico, a empresa CONAN — Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda. a não argüir, por ocasião da interposição do agravo retido, a suspeição do MM. Juiz Federal da 2ª Vara em Brasília. Diferentemente do impedimento, a arguição de suspeição está sujeita ao fenômeno da preclusão, que se configura após o decurso do prazo de 15 dias, contado este do fato que a ocasionou, ou de sua ciência. Confira-se nesse sentido a lição do ilustre processualista Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1973, Volume III, pág. 291) e consulte-se ainda o Art. 485, II, do CPC. Tendo este fixado a rescindibilidade somente da sentença proferida por Juiz impedido ou absolutamente incompetente, há que se concluir no sentido eficácia preclusiva quanto à suspeição.

Quanto ao mérito, se repelidas foram as preliminares suscitadas, a exceção de qualquer forma não merecerá prosperar. O fato do MM. Juiz excepto ter sido, em passado remoto ou próximo, Procurador do INCRA, não o torna suspeito para julgar as causas da mesma autarquia. Se assim fosse, seria igualmente fundada a suspeição de todos os Juízes Federais em relação a União, de quem recebem os seus vencimentos. A hipótese, de resto, não se enquadra adequadamente em quaisquer dos incisos do Art. 135 do CPC.

Pelo exposto, somos pelo não conhecimento da exceção de suspeição e, se conhecida, pelo seu arquivamento (Art. 314 do CPC).»

Adotando os fundamentos dessa manifestação como razões de decidir, não conheço da exceção de suspeição.

EXTRATO DA MINUTA

EX SUSP. nº 137 — DF — (Reg. nº 8.825.323) — Rel.: Sr. Min. Miguel Ferrante. Partes: Conan Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda. e INCRA. Excte.: Conan Construtora e Incorporadora Carneiro da Cunha Ltda. Excto.: Juiz Federal da 2ª Vara. Advs.: Drs. Clovis Ferro Costa e outro e Roberval Luiz Caldas Simas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da exceção. (Em 11-5-88, 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

HABEAS CORPUS-Nº 6.804 — DF
(Registro nº 9.545.557)

Relator p/o Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz*
Relator Originário: *O Sr. Ministro José de Jesus*
Impetrante: *Octávio Ney Brasil*
Impetrada: *Egrégia Primeira Turma do TFR*
Paciente: *Wilson Gonzaga Gomes*

EMENTA: Processual Penal. Habeas Corpus. Competência.

Denegado o habeas corpus por uma das Turmas do Tribunal Federal de Recursos, cabe ao impetrante manifestar dessa decisão recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 119, inciso II, letra c, da Constituição da República.

Inadmissibilidade de pedido originário, até mesmo perante o Excelso Pretório, para a reforma do aludido acórdão.

Habeas corpus não conhecido, com a remessa dos autos ao STF.

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 *habeas corpus* e determinar a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de março de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Vice-Presidente, no exercício da Presidência. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O advogado Dr. Octávio Ney Brasil impetrou ordem de *habeas corpus* em favor de Wilson Gonzaga Gomes, denunciado perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, indicando como autoridade coatora a 1ª Turma desta Colenda Corte, que ao apreciar o pedido de *Habeas Corpus* nº 6.744, no qual alegava a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente, por crime de extorsão, reafirmou essa competência, contrariando jurisprudência anterior, cometendo, assim, abuso de poder.

Pediu, ao final, concessão liminar da ordem, para a pronta liberdade do paciente e remessa dos autos à Justiça Estadual.

A inicial está instruída com xerocópia de diversos documentos, que podem ser vistos às fls. 4 até 29.

Solicitei informações ao eminente Sr. Ministro que então presidia a Primeira Turma desta Corte, Washington Bolívar que, com a clareza que lhe é peculiar, encaminhou-me elementos para decidir.

A douta Subprocuradoria, em parecer da lavra do Procurador Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, opina pela denegação da ordem no que se refere ao problema da competência e declaração de que está prejudicada a impetração no que diz respeito ao excesso de prazo.

Solicitei juntada do acórdão extraído do julgamento do *Habeas Corpus* nº 6.744-RJ, que veio aos autos, com a notícia de seu trânsito em julgado.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A impetração da ordem visa discutir a competência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente e o excesso de prazo na formação da culpa.

Com as informações, constata-se que a Egrégia 1ª Turma desta Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 6.770-RJ, em favor de Carlos Alberto de Lima, concedeu a ordem por excesso de prazo, estendendo os seus efeitos aos demais co-réus, dentre eles o ora paciente.

Quanto à matéria de competência, foi ela soberanamente decidida pela mesma Turma, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 6.744-RJ, com trânsito em julgado.

Com estas considerações, julgo prejudicada a impetração.

VOTO (VENCIDO, EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, segundo entendi, houve um *habeas corpus*, decidido pela 1ª Turma, que transitou em julgado. Agora, impetra-se, no Pleno, outro *habeas corpus*, para desconstituir aquela decisão da 1ª Turma. É isso?

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Exato.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Então, acho que é caso de não se conhecer do pedido, porque a Constituição Federal, no art. 119, inciso II, letra c, atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados, se denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

O *habeas corpus* decidido pela egrégia 1ª Turma só poderia ter sido atacado na via do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Esse recurso não poderia ser substituído sequer por pedido originário, no próprio Supremo; logo, não pode ser substituído por um pedido originário aqui, no Tribunal Federal de Recursos.

Ante o exposto, não conheço da impetração e não remeto os autos ao Supremo Tribunal Federal, porque está havendo evidente substituição do recurso próprio pelo pedido originário, vedada em preceito constitucional.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Eminente Ministro, permite-me um esclarecimento? Este é um *habeas corpus* antigo, em que havia uma decisão que foi concedida por excesso de prazo de liberdade a todos. Foi impetrado em duplo sentido,

na 1ª Turma: para conceder a liberdade e discutir a competência. Ambos os assuntos foram discutidos em dois *habeas corpus* anteriores.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Ministro, esse pedido é juridicamente impossível. Penso que não é bem um caso de prejudicialidade, pois isso acontece quando a parte, de certa forma, fica atendida por outros meios. Trata-se de mera hipótese de não conhecimento da impetração.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): As duas questões ficaram superadas; tanto uma como a outra alcançaram a liberdade.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de uma questão técnica. Por isso, *data venia* do Sr. Ministro Relator, voto no sentido de não se conhecer da impetração.

VOTO VOGAL

(VENCIDO EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, não conheço da impetração, pela analogia da espécie com a tratada na Súmula nº 121 deste Tribunal, a qual, cuidando de mandado de segurança, o diz incabível contra ato jurisdicional dos membros das Turmas do Tribunal. *Mutatis mutandis*, também não cabe *habeas corpus* contra ato jurisdicional do Relator em Turma.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Senhor Presidente, não conheço do *habeas corpus* e remeto os autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, na sessão passada, discutimos exaustivamente esta questão, para concluir que a competência é do Supremo Tribunal Federal.

De modo que, fiel ao que o Tribunal decidiu, não conheço da impetração, acompanhando, assim, o voto do Sr. Ministro Toledo, com a vênua do Sr. Ministro Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: V. Exa. e o Sr. Ministro Assis Toledo estão decidindo pelo encaminhamento do pedido para o Supremo Tribunal Federal.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Sr. Ministro, é norma expressa da Constituição: não pode o recurso ser substituído por pedido originário.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, isso quem deve decidir é o Supremo Tribunal Federal.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Sr. Ministro, não estamos apreciando o recurso, estamos é negando-lhe seguimento.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, quero me retificar: tem razão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro; se não conhecemos do pedido, nada podemos decidir.

Destarte, acompanho o Sr. Ministro Costa Lima, não conhecendo e remetendo ao Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Senhores Ministros — Se entendi bem, trata-se de *habeas corpus* contra decisão da 1ª Turma deste Tribunal, e não de

ato do Ministro Presidente da Corte ou de uma de suas Turmas, porquanto, neste caso, a competência seria deste Plenário, de acordo com a alínea *b* do § 1º do art. 89 da Lei Complementar nº 35/79.

Aliás, o colendo Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o eminente Ministro Sydney Sanches, assim se pronunciou:

«EMENTA: *Habeas corpus. Competência.* Se a alegada coação foi praticada por Ministro do Tribunal Federal de Recursos, a competência originária é do Plenário daquela E. Corte Judiciária (art. 89, § 1º, letra *b*, da Lei Complementar nº 35, de 14-3-79). Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recurso de *habeas corpus* provido para que o Plenário do Tribunal Federal de Recursos prossiga no julgamento». (RHC nº 62.113-9-DF, DJ, 19-12-84, p. 21.915).

Aqui, pois, não se cuida, repito, de ato de Ministro isolado, mas do próprio Tribunal por uma de suas Turmas.

Neste caso, penso que a competência é do colendo Supremo Tribunal Federal, ex *vi* do disposto na alínea *h* do inciso I do art. 119 da Constituição.

Assim, não conheço do pedido, ordenando a sua remessa à Corte Suprema.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, só quem pode conhecer da prejudicialidade ou da tempestividade de eventual recurso é o órgão competente. De maneira que nós disso não conhecemos, por sermos incompetentes para fazê-lo, mas determinamos a remessa do processo ao Supremo Tribunal Federal, que é o competente para conhecer de recurso.

Acompanho o eminente Ministro Costa Lima, *data venia* do eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, se este Tribunal é incompetente para apreciar a causa, o julgamento não poderá ir além do reconhecimento desta circunstância.

Acompanho o Ministro Costa Lima.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.804 — DF — (Reg. nº 9.545.557) — Rel. p/o Acórdão: O Sr. Ministro Torreão Braz. Rel. Originário: O Sr. Ministro José de Jesus. Impte.: Octávio Ney Brasil. Impda.: Egrégia Primeira Turma do TFR. Pacte.: Wilson Gonzaga Gomes.

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do *habeas corpus* e determinou a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal. (Em 3-3-88 — Pleno).

Vencidos os Srs. Ministros Relator José de Jesus e Fleury Pires, que o julgavam prejudicado, e os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Armando Rollemberg, José Dantas, Otto Rocha, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scar-tezzini e Geraldo Sobral, que o conheciam simplesmente. Impedido o Sr. Ministro Washington Bolívar. Os Srs. Ministros Carlos Velloso, William Patterson, Sebastião Reis, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão e Dias Trindade votaram de acordo com o Sr. Ministro Torreão Braz, que retificou seu voto e lavrará o acórdão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros José Cândido e Américo Luz. Licenciado o Sr. Ministro Bueno de Souza, sendo convocado para substituí-lo o MM. Juiz Federal Dr. José Delgado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6.830 — SP
(Registro nº 8.264.236)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Remetente *Ex Officio*: *Juízo Federal da 12ª Vara*
Parte Autora: *Aloysio Nunes Ferreira Filho*
Parte Ré: *Justiça Pública*
Paciente: *Francisco Mariani Guariba*

EMENTA: Constitucional e Processo Penal Militar. Transgressão disciplinar (Decreto nº 79.985/77, art. 13, nº 2 e Lei 6.880/80, art. 28, incisos XVII, letra a, XVIII e XIX). Punição imposta pelo Comandante Militar do Sudeste. Habeas corpus. Caso em que o constrangimento provém de autoridade cujos atos estão diretamente sujeitos à jurisdição militar. Inaplicabilidade do disposto no art. 125, inciso VII, da Constituição. Declaração, de ofício, da incompetência da Justiça Federal, anulados os atos decisórios. Remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, de ofício, anular a decisão e remeter o pedido originário ao conhecimento do Egrégio Superior Tribunal Militar, 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 maio de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o Gen. Div. R/1 Francisco Mariani Guariba punido pelo Gen. Ex. Sebastião José Ramos de Castro, Comandante Militar do Sudeste, de acordo com o seguinte ato publicado no Boletim Reservado Especial nº 6, de 14-11-86:

«Por ter usado indevidamente seu posto, como timbre, em impresso-circular, para dar respaldo político-partidário a candidatos ao pleito de 15-11-86, ferindo, conseqüentemente, a ética militar (nº XVII, letra a) dos incisos XVIII e XIX do art. 28 da Lei nº 6.880, de 9-12-80 (E/1) e nº 2 do art. 13 do RDE (transgressão grave), fica preso por 3 (três) dias.

A referida punição deverá ser cumprida no aquartelamento do Comando da 2ª Divisão de Exército, a partir de 18-11-86.»

Por petição de 20-11, o advogado Aloysio Nunes Ferreira Filho, em nome do punido, pediu ordem de *habeas corpus* à Justiça Federal, em São Paulo, e o Juiz João Carlos da Rocha Mattos, por sentença de 22-11, assim decidiu o pedido:

«Em face do exposto, concedo a ordem liberatória de *Habeas Corpus* requerida pelo advogado Aloysio Nunes Ferreira Filho em benefício do Oficial-General da Reserva Remunerada, ora paciente, Francisco Mariani Guariba, determinando a expedição do competente alvará de soltura a fim de que o paciente seja colocado em liberdade, caso essa medida ainda não tenha sido tomada pela autoridade impetrada, em virtude do eventual término do prazo fixado para o cumprimento da prisão disciplinar (uma vez que não consta dos autos a data de seu efetivo início e fim), devendo nessa hipótese o pedido ser considerado prejudicado, por perda de seu objeto, a teor da orientação jurisprudencial do Excelso Pretório (RHC nº 62.918-1-PI, relator o Exmo. Sr. Ministro Rafael Mayer, *DJU* de 24-5-85, pág. 7.980; RHC nº 62.409-0-BA, relator o Exmo. Sr. Ministro Francisco Rezek, *DJU* de 30-8-85, pág. 14.345; HC nº 63.330-7-SC, relator o Exmo. Sr. Ministro Cordeiro Guerra, *DJU* de 11-10-85, pág. 17.860).

Recorro *ex officio* desta decisão ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos.»

Ao receber o alvará de soltura, informou a autoridade que o paciente já se encontrava em liberdade «por conclusão da pena disciplinar» (fl. 36v.).

Com os autos neste Tribunal, a Subprocuradoria-Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento, no mérito, pelo provimento, conforme parecer assim ementado:

«1. *Habeas Corpus*. Recurso de ofício. Não cabimento, por se tratar, na verdade, de decisão que considerou prejudicado o pedido.

2. Transgressão disciplinar. Vedação constitucional quanto ao mérito da punição.

3. Parecer pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Neste *habeas corpus*, não se discutiu, em momento algum, a competência para processá-lo e julgá-lo. Levanto, aqui e agora, o tema, pronunciando-me, desde logo, pela incompetência da Justiça Federal.

Dispõe a Constituição, no art. 125, inciso VII:

«Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

.....
 «VII — os *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição»;

Evidentemente, pelo visto, não se trata, aqui, de caso de matéria criminal de competência dos juízes federais, primeira parte do aludido inciso. Cuidar-se-ia então da segunda parte? Isto é, «quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição».

Penso que não.

No caso do Gen. Hugo de Andrade Abreu, objeto do MS 85.850, este Tribunal, apreciou-o amplamente, não pondo, em conseqüência, em dúvida a sua competência. No entanto, naquele caso, não poderia mesmo pairar dúvida, pois a autoridade, que emitira o ato punitivo, era Ministro de Estado, que, conforme o texto constitucional, tem os seus atos sob o controle originário deste Tribunal, via mandado de segurança, *ut art. 122, inciso I, alínea c.*

Porém, noutro caso, versando também punição disciplinar, imposta pelo Comandante da Companhia Especial de Fronteira, Amapá, decidiu assim esta 3ª Turma, ao acolher o voto do Ministro Adhemar Raymundo, no HC 5.752, de 1983:

«*Habeas corpus*. Os juízes federais, por força de norma constitucional (art. 125, inciso VII), têm competência para processar e julgar essas causas, quando o constrangimento promana de autoridade, cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição. Se a coação emana de autoridade militar, sujeita à jurisdição do Superior Tribunal Militar, incompetente a Justiça Federal para processar e julgar a ação de *habeas corpus*.»

Em casos semelhantes ao do HC 5.752, o egrégio Superior Tribunal Militar não tem recusado a sua competência. Cito os seguintes pedidos: HC 31.984, de 1981, com punição disciplinar imposta pelo Ten.-Cel. PM Comte. do 2º BPM; HC 32.299, de 1985, com punição disciplinar imposta pelo Gen. Div. Comte. da 9ª RM/DE; HC 32.318, de 1986, com punição disciplinar imposta pelo Comandante do Parque de Material Aeronáutico dos Afonsos. Por fim, no HC 32.006, de 1981, apontada, como autoridade coatora, o Comte. 17º BIS, consta do relatório essa passagem: «O referido telegrama foi dirigido inicialmente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, que por ofício de 6 de março fê-lo encaminhar a este Tribunal».

Em se tratando, como se trata a punição disciplinar, de tema especificamente castrense, a autoridade militar, que a impõe, creio eu, a exemplo dos precedentes, tem os seus atos sujeitos diretamente à jurisdição militar, salvo a hipótese de competência originária desta Corte.

Em conclusão, reconhecendo, como reconheço, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente *habeas corpus*, anulo os atos decisórios nele proferidos e determino a remessa dos autos ao egrégio Superior Tribunal Militar, órgão judiciário competente, *ut art. 469 do Cód. de Pr. Penal Militar*.

EXTRATO DA MINUTA

RHC. nº 6.830 — SP — (Reg. nº 8.264.236) — Relator: Sr. Ministro Nilson Naves. Remte *Ex Of.*: Juízo Federal da 12ª Vara. Parte Autora: Aloysio Nunes Ferreira Filho. Parte Ré: Justiça Pública. Paciente: Francisco Mariani Guariba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, de ofício, anulou a decisão e remeteu o pedido originário ao conhecimento do Agrégio Superior Tribunal Militar (3ª Turma — 8-5-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 6.913 — SP

(Registro nº 9.639.004)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fleury Pires*

Impetrantes: *Maurício Antônio Ribeiro Lopes e outro*

Impetrado: *Juízo Federal da 12ª Vara — SP*

Paciente: *Heinz Joachim Herchenbach*

EMENTA: Processual Penal. Habeas Corpus.

1. Ocorrendo identidade de situações de ambos os réus no mesmo processo, a decisão do recurso interposto por só um deles, reconhecendo a atipicidade do fato imputado a ambos pela denúncia, aproveita ao outro, inexistindo circunstâncias pessoais obstativas da extensão. Aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal.

2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder 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, 26 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro FLEURY PIRES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Maurício Antônio Ribeiro Lopes e Sérgio Adriano Maillet Preuss, advogados, impetraram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Heinz Joachim Herchenbach, alemão, casado, comerciante, residente na República Federal da Alemanha, alegando que o paciente está ameaçado de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção por ato do Juiz Federal da 12ª Vara em São Paulo, nos autos do Processo-Crime nº 8206023. Alega a inicial: que por intermédio de portaria baixada pela autoridade da Polícia Federal em Santos-SP, foi instaurado inquérito policial para apuração de delito, em tese, previsto no art. 334 do Código Penal em sua forma tentada, face à circunstância de terem os agentes policiais localizado mercadorias nacionais destinadas à Alemanha, ocultas no interior dos «containers» SUDU 230.192-B e SUDU 235.694-1, sem as respectivas docu-

mentações fiscais emitidas pelo exportador Reifenhauer Indústria de Máquinas Ltda.; que o inquérito foi instaurado para apuração das responsabilidades dos Srs. Fritz Tichauer, responsável pelo setor de importação e exportação da empresa referida e de Heinz Joachim Herchenbach, ora paciente, um dos proprietários da mesma empresa; que argumentando que os objetos apreendidos no interior dos «containers» e que não se encontravam regularmente documentados quanto às normas fiscais, puderam ser tidos meros implementos de bagagem não sujeitos à tributação, o bacharel Paulo de Souza Queiroz impetrou *habeas corpus* perante a Justiça Federal de São Paulo, requerendo o trancamento do indiciamento policial de Fritz Tichauer; que embora denegada a ordem pelo Juiz da 12ª Vara Federal, em grau de recurso em sentido estrito e no Juízo de retratação, obteve o impetrante a reforma daquela decisão; que muito embora esteja a matéria ainda sujeita à confirmação, face à exigibilidade do duplo grau de jurisdição, impetra-se o presente «writ» para simples extensão do benefício reconhecido na decisão do Recurso de *Habeas Corpus* nº 8205345, tendo em vista a conclusão da decisão pela atipicidade da conduta; que trancado o processo por circunstâncias alheias a peculiaridades pessoais, que se presentes poderiam obstar a extensão do benefício, pedem os impetrantes, afinal, a concessão da ordem para o ora paciente pela similitude de conduta.

Com a inicial (fls. 2/6) vieram documentos (fls. 7/29).

Requisitadas as informações, prestou-as a autoridade impetrada (fls. 35/37), confirmando os atos processuais mencionados na inicial, aduzindo que a decisão poderia ser estendida ao ora paciente face à similitude de situação, asseverando, porém, que a competência para o processo e julgamento deste *Habeas Corpus* seria da douta Turma, à qual foi distribuído o recurso *ex officio* correspondente ao *Habeas Corpus* nº 8205345, por prevenção, que foi encaminhado a este Tribunal. Os informes vieram instruídos com os documentos de fls. 38/46.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 48/49, opinando pelo indeferimento da ordem.

O despacho de fls. 51 determinou fossem prestadas pela autoridade impetrada informações sobre o estado do processo referido na inicial.

Informou o impetrado às fls. 54/55, juntando os documentos de fls. 56/59.

O despacho de fls. 61 determinou fossem estes autos presentes ao Eminentíssimo Ministro Lauro Leitão, Relator do Recurso de *Habeas Corpus* nº 6.935 (Reg. 8205345) para verificação de prevenção. Sua Excelência, pelo despacho de fls. 63, reconheceu patente a conexão, informando, porém, que o RHC 6.935 fora julgado em 6-10-87, quando a Turma, por unanimidade, negou provimento do recurso oficial, único interposto. Por isso, devolveu os autos à consideração do Relator, com vistas, inclusive, ao texto do art. 580 do C. P. Penal.

Novamente ouvida, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo indeferimento do presente «writ» (fls. 64/65).

Fiz juntar cópia do v. acórdão proferido no Recurso de *Habeas Corpus* nº 6.935-SP (Reg. 8205345), para exame (fls. 68/73).

É o relatório.

EMENTA: Processual Penal. *Habeas Corpus*.

1. Ocorrendo identidade de situações de ambos os réus no mesmo processo, a decisão do recurso interposto por só um deles, reconhecendo a atipicidade do fato imputado a ambos pela denúncia, aproveita ao outro, inexistindo circunstâncias pessoais obstativas da extensão. Aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal.

2. Ordem concedida.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): O Ministério Público Federal ofereceu denúncia (fls. 45/46) contra Fritz Tichauer e Heinz Joachim Herchenbach, ora paciente, como incurso nas penas do art. 334, *caput*, combinado com os arts. 14, inciso II, e 29 do Código Penal, por ter o primeiro tentado enviar ao segundo, residente na Alemanha, algumas mercadorias adquiridas no Brasil sem o pagamento de tributos.

Fritz Tichauer impetrou *Habeas Corpus* perante o Juízo Federal da 12ª Vara em São Paulo, para obter o trancamento da ação penal (fls. 7/15), ordem a princípio negada (fls. 17/21), mas ao depois concedida mediante recurso em sentido estrito, no Juízo de retratação (fls. 22/27 e 28/29), entendendo o julgador singular «não vislumbrar a ocorrência dos delitos de contrabando ou de descaminho, ainda que na modalidade tentada» (fl. 29).

Em suas informações, a autoridade impetrada assevera, *verbis*:

«Dessa forma, apesar de ter sido recebida a denúncia pelo delito de que trata o artigo 334, *caput*, c.c. os artigos 14, inciso II, e 29 do Código Penal, contra o então paciente Fritz Tichauer e o ora paciente Heinz Joachim Herchenbach (anexo III), recebimento que se deu em data anterior à concessão da ordem de *Habeas Corpus* ao primeiro acusado no Juízo de retratação do Recurso em Sentido Estrito, entendo, *data venia*, que aplicável ao ora paciente o art. 580 do Código de Processo Penal, razão pela qual a decisão proferida, em grau de retratação, no Recurso em Sentido Estrito, poderia ser estendida a Heinz Joachim Herchenbach, face à similitude de situação, sem embargo de que a competência, a meu ver, para o processo e julgamento deste *Habeas Corpus*, seria da douta Turma, à qual foi distribuído o recurso *ex officio* correspondente ao *Habeas Corpus* n.º 8205345 (prevenção), que foi encaminhado a esse Colendo Tribunal em 9-6-87» (fl. 36).

Vê-se, pois, que a própria autoridade impetrada entende aplicável ao caso o art. 580 do Código de Processo Penal, tanto que sustou o andamento do processo-crime até apreciação pelo Tribunal do RHC n.º 6.935-SP (Reg. 8205345) e deste *Habeas Corpus* (fls. 54/55 e 59).

A cogitação de prevenção, constante do despacho de fls. 61, restou prejudicada pelo julgamento, pela 1ª Turma deste Tribunal, do Recurso de *Habeas Corpus* n.º 6.935-SP impetrado em favor do paciente Fritz Tichauer, co-réu no mesmo processo a que responde o ora paciente.

Determinei a juntada do inteiro teor do v. acórdão proferido (fls. 68/74), assim ementado:

«EMENTA: Contrabando e descaminho. *Habeas Corpus*. *Atipicidade. Inocorrentes os elementos do tipo penal, fato perceptível de pronto, mantém-se a ordem concedida.*»

O voto condutor, da lavra do eminente Ministro Lauro Leitão, é explícito:

«A sentença remetida, aliás, alçada só por força do recurso necessário, merece confirmação, pois, na realidade, os elementos dos autos permitem se vislumbre, de pronto, a ausência de tipicidade do procedimento do Paciente.

É que, tentando enviar para o exterior bens de uso pessoal, insuscetíveis de tributação da órbita federal, consoante mesmo documento de fls. 63, além de haver pago o ICM, o Paciente não haveria praticado ato defeso em lei.

Este é um caso típico de percepção imediata do constrangimento e da ausência de ilegalidade, justificadoras da concessão da ordem, até porque, na consonância do entendimento predominante nesta Corte, os bens em questão

não estão entre os que têm vedada a emissão de guia de exportação ou importação pela CACEX.

Nego, pois, provimento ao recurso de ofício» (fl. 73).

Por conseguinte, há decisão passada em julgado reconhecendo que inconstituem elementos do tipo penal imputado ao paciente Fritz Tichauer. Considerando que o mesmo fato é também imputado ao ora paciente Heinz Joachim Herchenbach, em co-autoria, a conclusão inarredável é a de que ocorre identidade ou similitude de situações de ambos os réus no mesmo processo e, assim, a decisão do recurso de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Fritz Tichauer, passada em julgado, reconhecendo a atipicidade do fato imputado, aproveita ao ora paciente, vez que inexistem circunstâncias pessoais obstativas da extensão prevista no art. 580 do Código de Processo Penal, *verbis*:

«Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.»

A extensão cogitada no dispositivo referido não se impede por se tratar de julgamento de *Habeas Corpus* (STF, RTJ, vol. 101, pág. 127, cit. por Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, 5ª ed., 1986, Saraiva, pág. 351).

Em face do exposto, concedo a ordem para estender ao paciente a decisão proferida no RHC nº 6.935-SP (Reg. 8205345), determinando, em consequência, o trancamento da ação penal referida na inicial, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto

EXTRATO DA MINUTA

HC 6.913 — SP — (Reg. nº 9.639.004) — Rel.: O Sr. Ministro Fleury Pires. Impetrantes: Maurício Antônio Ribeiro Lopes e outro. Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara-SP. Paciente: Heinz Joachim Herchenbach.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem. (Em 26-2-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

HABEAS CORPUS Nº 7.142 — SP
(Registro nº 8.825.676)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro William Patterson*
Impetrantes: *Henrique Fonseca de Araújo e outro*
Impetrado: *Juízo Federal da 12ª Vara — SP*
Pacientes: *José Koraicho e Fuad Koraicho*

EMENTA: Penal. Habeas Corpus. Extinção da punibilidade. Operação «day trade». Satisfação do tributo. Decreto-Lei nº 2.303, de 1986.

Considerando que os pacientes satisfizeram suas obrigações fiscais antes do recebimento da denúncia, na forma e condições estabelecidas no Decreto-Lei nº 2.303, de 1986, e que este diploma não apresenta o alegado vício de inconstitucionalidade, impõe-se seja decretada a extinção da punibilidade.

Habeas Corpus deferido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conceder a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, 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, 23 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O advogado Henrique Fonseca de Araújo impetra ordem de *Habeas Corpus* em favor de José Koraicho e Fuad Koraicho visando fazer cessar constrangimento ilegal que alega decorrente do recebimento da denúncia oferecida contra os pacientes, pelo Ministério Público Federal, imputando-lhes a prática do crime previsto no art 1º, inciso I, da Lei nº 4.729, de 1965.

A impetração, ao descrever os fatos, alude ao procedimento fiscal instaurado para apurar sonegação do imposto de renda em operações na Bolsa de Valores de São Paulo, denominadas «day trade», consideradas fraudulentas pela Fazenda Nacional. Assi-

nalam que estavam discutindo, na esfera administrativa, a legalidade da transação, quando foram os acusados surpreendidos pela denúncia criminal. Sustenta, também, que antes de uma possível alternativa entre o prosseguimento do processo fiscal ou o pagamento do imposto para o qual foi editado o Decreto-Lei nº 2.303, de 1986, que autorizava a extinção dos ilícitos penais diante da liquidação de débitos fiscais, nas condições que indicava.

Em face desse novo ordenamento, resolveram os pacientes efetuar o pagamento do tributo, acrescido de correção monetária, objetivando o benefício. Todavia, o MM. Juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, inobstante a circunstância apontada, recusou decretar extinta a punibilidade, ao fundamento de inconstitucionalidade da norma do citado decreto-lei.

O Impetrante, a seguir, tece considerações jurídicas sobre a ilegalidade da coação, extraindo dos próprios termos da manifestação do Magistrado elementos de convicção sobre ser constitucional o preceito, conforme já proclamado pelo STF e por este TFR em outras oportunidades, ao examinarem questões semelhantes.

Sobre o problema da quantia devida, alega o Impetrante que os Pacientes pagaram o total resultante do cálculo elaborado pela Fazenda. Diz que os denunciados agiram em consonância com o disposto no art. 18 do Decreto-Lei nº 157, de 1967.

A respeito do vício inquinado à regra, sustenta que a hipótese não se identifica com a do Decreto-Lei nº 1.650, pois se está diante de uma renúncia do titular do *jus puniendi*. Aliás, o caso destes autos deve ser colocado no mesmo nível de prescrição do Decreto-Lei nº 157, de reconhecida constitucionalidade.

Finalmente, o Impetrante defende a constitucionalidade da concessão da anistia fiscal, pois não se cuida de norma de natureza tributária a exigir lei complementar.

Solicitadas, vieram as informações de praxe (fls. 41/43), com a documentação de fls. 44/93.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 95/97).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Destaque-se, de início, que o MM. Juiz *a quo*, na decisão impugnada, ressaltou a circunstância de não ter sido, ainda, recebida a denúncia em relação a cada impetrante (cfr. fls. 72 e 81).

Por outro lado, o próprio Magistrado reconhece, em seu despacho, que a jurisprudência pretoriana (STF e TFR) já proclamou a legitimidade da extinção da punibilidade, mesmo em curso a ação penal, mediante prova do pagamento dos tributos devidos, ao interpretar o art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, citando, inclusive, acórdão de minha lavra nesse sentido (Rec. Cr. nº 974 — PE).

Ressaltou, também, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade de decretos-leis disciplinadores de matéria penal tributária e econômica.

Inobstante tais ponderações, o digno julgador monocrático entendeu inidôneos os Decretos-Leis nºs 2.303, de 1986, e 2.331, de 1987, para concederem anistia a fatos com repercussão criminosa no âmbito do Direito Penal...», com apoio na disposição do § 1º do art. 18 da Constituição Federal, c.c. o art. 180, inciso I, do Código Tributário Nacional. Afirma que os fatos versados no libelo acusatório caracterizam, pelo menos em tese, crime de sonegação fiscal, tal como previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 4.279, de 1965, resultantes de atos praticados com dolo, simulação e fraude, na esfera fiscal, constituindo infração de natureza tributária. Conclui, finalmente, pela possibilidade de só pela via da Lei Complementar ser concedida anistia de multa punitiva aos atos previstos nos itens I e II do art. 180 do CTN.

Devo lembrar que a hipótese (operações «day trade») já foi objeto de providências de igual natureza, como, por exemplo, no art. 18 do Decreto-Lei nº 157, de 1967, e art. 5º, *caput*, do Decreto-Lei nº 1.060, de 1969, diplomas estes que passaram incólumes à apreciação judicial, no tocante ao vício formal assinalado.

Com a devida vênia, sem embargos dos lúcidos comentários que compõem a peça decisória, não vejo como se possa fazer a distinção, vale dizer, acolher-se como legítima a norma tributária expedida por ato do Executivo e, ao mesmo tempo, repelir aquela em que o Estado renuncia ao seu direito persecutório à repressão penal.

Ainda que, *ad argumentandum*, me colocasse em adesão aos princípios doutrinários brilhantemente defendidos pelo MM. Juiz a quo, ainda assim teria de curvar-me à recente orientação desta Colenda 1ª Turma, que examinou todos os aspectos relacionados com a aplicação dos citados ordenamentos jurídicos, não encontrando qualquer dificuldade para admiti-los legítimos.

Assim sendo, e por convencido do acerto desses julgados, a eles me reporto (HC nº 7.069-SP, Relator Ministro Carlos Thibau, julgado em sessão de 8-12-87, e HC nº 7.078-SP, Relator Ministro Dias Trindade, julgado em Sessão de 11-12-87), fazendo juntar cópias dos respectivos votos, para invocar sua fundamentação como razões de decidir, no particular.

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.142 — SP — (Reg. nº 8.825.676) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Impetrantes: Henrique Fonseca de Araújo e outro. Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara-SP. Pacientes: José Koraicho e Fuad Koraicho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 23-2-88 — 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.

HABEAS CORPUS Nº 7.257 — SC
(Registro nº 880.015.850-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*
Impetrante: *João Leonel Machado Pereira*
Impetrado: *Juízo Federal da 4ª Vara — SC*
Paciente: *Rodolfo Joaquim Pinto da Luz*

EMENTA: Processo Penal. Trancamento de inquérito. Atipicidade evidente.

I — Para que se aperfeiçoe o tipo do art. 319 do Código Penal, não basta que o funcionário público justifique o ato de ofício contra expressa definição de lei. É preciso que a sua ação esteja voltada para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Como a recusa da matrícula, no caso, não envolveu interesse ou sentimento pessoal, fundando-se, comprovadamente, em razões técnicas, é evidente a atipicidade, em ordem a justificar o trancamento do inquérito.

II — Ordem de habeas corpus deferida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, deferir o *Habeas Corpus*, 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 WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República:

«Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Adv. João Leonel Machado Pereira a favor de Rodolfo Joaquim Pinto da Luz, visando trancar o Inquérito Policial instaurado por violação do art. 319 do CP (crime de prevaricação) por falta de justa causa. E, em Liminar, pela suspensão do Interrogatório marcado para 28-3-88.

Solicitada a liminar, a qual foi deferida para sustar qualquer ato relativo ao inquérito policial.

São seguintes os fundamentos da Impetração:

a) O Paciente Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina responde a Inq. Policial instaurado por determinação do MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina.

b) Fundamentada a instauração pela consideração de violação do art. 319 do CP, pelo indeferimento de matrícula do menor (cit.), preenchidos os requisitos do art. 100, § 1º, item I, da Lei nº 4.024/61, com a redação da Lei nº 7.037/84, contrariando o Parecer do Sr. Procurador-Geral da UFSC.

c) Falta tipicidade na espécie.

d) O indeferimento está baseado em informações da Diretora do Colégio de Aplicação, sabendo-se que tais colégios necessitam de absoluta e total observância de certas condições ideais e pedagógicas.

e) Em parte, atendido o pedido, sendo dada vaga para uma das crianças.

f) Referido Despacho serviu para a apresentação do Mandado de Segurança com a finalidade de matricular o menor Jailson dos Santos Filgueiras Júnior.

g) Obrigatória a existência de vaga de acordo com a Lei nº 7.037, de 1982, tratando-se de dependentes.

h) Não é o Sr. Roberto Moreira Melo parte legítima para requerer a matrícula, não são os menores filhos ou dependentes.

i) Baseado em doc. firmado pelo Juiz Substituto da Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Amazonas — não juntado ao processo administrativo — consta dependência econômica e financeira dos menores ao Sr. Roberto Moreira Melo.

j) Cf. consta, a informação foi prestada pelo próprio interessado.

l) Não foi juntada ao pedido declaração do Imposto de Renda onde provada teria ficado a dependência.

m) Tais fatos omitidos no requerimento e com a finalidade de criar um pretenso direito induziram em erro o Procurador-Geral da UFSC.

n) Necessário assinalar, deferida a matrícula em Liminar do MS, determinada a matrícula do menor, apesar de não ser filho do requerente.

o) Por outro lado, não aplicável ao curso secundário nem ao primário, somente obrigatória a transferência prevista na Lei nº 7.037/82, relativamente a nível superior.

p) Não caracterizado o dolo na espécie. Baseado o indeferimento no interesse do colégio.

q) Cf. doutrina (cit.), excluído o crime quando a Lei não é suficientemente clara.

r) Outrossim, vem o TFR entendendo não poder ser processado alguém sem um mínimo de prova.

s) Da mesma opinião, Orosimbo Nonato (cit.).

A Autoridade Coatora considerou:

1. O Paciente indeferiu, sob alegação de inexistência de vaga, pedido de transferência coercitiva de dependente (cit.) de Roberto Moreira Melo, Sargento da Aeronáutica, para a 8ª série do 1º grau do colégio de Aplicação da Universidade Federal de Santa Catarina, preenchendo o aluno requisitos do art. 100 da Lei nº 4.024/61, com a redação da Lei nº 7.037/82, com parecer favorável do Procurador-Geral da referida Universidade.

2. Despachando no MS nº 910/88, entendida a existência de prática de ato de ofício contra expressa disposição legal.

3. Daí o pedido de abertura de Inquérito Policial para apuração de infração ao art. 319 do CP.»

Opinando, o parecer é pela concessão da ordem.

Este o relatório.

EMENTA: Processo Penal. Trancamento de inquérito. Atipicidade evidente. Recusa de matrícula de dependente de militar transferido.

I — Para que se aperfeiçoe o tipo do art. 319 do Código Penal, não basta que o funcionário público pratique o ato de ofício contra expressa disposição de lei. É preciso que a sua ação esteja voltada para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Como a recusa da matrícula, no caso, não envolveu interesse ou sentimento pessoal, fundando-se, comprovadamente, em razões técnicas, é evidente a atipicidade, em ordem a justificar o trancamento do inquérito.

II — Ordem de *habeas corpus* deferida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Para que se aperfeiçoe o tipo do art. 319 do Código Penal, não basta que o funcionário público pratique o ato de ofício contra expressa disposição de lei. É preciso que sua ação esteja voltada para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Na espécie, tal não ocorreu. Bem ao contrário, não há lugar para a mais remota dúvida de que o indeferimento de matrícula, ainda que se admita contrário à letra da lei, foi motivado por razões técnicas, como se vê do procedimento administrativo, fundando-se em parecer da Diretora do Colégio de Aplicação, no sentido de ser inviável a matrícula na 8ª série, em decorrência da proibição de contratação de professor e do limite do espaço físico (fl. 25).

Aduza-se que, no mesmo procedimento, o paciente autorizou, com base, por igual, no aludido parecer, a matrícula na 5ª série de um outro dependente do militar transferido, o que se afigura mais do que suficiente para certificar que a recusa de matrícula não envolveu interesse ou sentimento pessoal.

Evidente, assim, a atipicidade, configurando-se uma das causas excepcionais que justificam o trancamento do inquérito policial, na linha da jurisprudência deste Tribunal.

Do exposto, Senhor Presidente, defiro a ordem. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Habeas Corpus nº 7.257 — SC — (Reg. 880.015.850-1) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Impetrante: João Leonel Machado Pereira. Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara — SC. Paciente: Rodolfo Joaquim Pinto da Luz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o *Habeas Corpus*. (Em 17-5-88 — 1ª Turma).

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

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 7.271 — RS
(Registro nº 88.175.147)

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

Recorrentes: *Nobuo Fukuhara e outros*

Recorrida: *Justiça Pública*

Pacientes: *Nobuo Fukuhara, Kazuo Fukuhara e Tohoru Honda*

Advogados: *Drs. Waldir Troncosó Peres e outro*

EMENTA: Processual Penal. Trancamento de inquérito policial. Impossibilidade do exame de fatos controvertidos no habeas corpus, visando à desclassificação de crime.

I — O habeas corpus não constitui meio idôneo para o trancamento de inquérito policial, que visa colher elementos para apurar fato revestido, em tese, de ilicitude penal.

II — É impossível apurar-se, no âmbito estreito do habeas corpus, a ocorrência de fatos controvertidos, visando à desclassificação do crime.

III — A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente (Súmula 568/STF).

IV — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento 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, 10 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Recorrem Nobuo Fukuhara, Kazuo Fukuhara e Tohoru Honda de sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, que denegou *habeas corpus* visando à suspensão do

indiciamento dos recorrentes e ao trancamento do inquérito policial instaurado contra eles, por uso de selos de controle do IPI falsificados (art. 293, § 1º, CP).

Em suas razões, às fls 152/159, alegam: — que se houve infração penal, foi a sonegação fiscal, cuja punibilidade estaria extinta pelo pagamento do tributo devido; que a empresa dos pacientes não sonegou o IPI, mediante o uso dos selos falsificados.

Contra-razões às fls. 171/173.

Parecer da d. SGR, às fls. 176/178, pelo improvimento do recurso, por inexistir justa causa para a pretensão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O MM. Juiz *a quo* denegou a ordem, sob o fundamento de que não se pode impedir o prosseguimento de inquérito policial, diante da existência de crime em tese.

Assim manifestou-se S. Exa.:

«É consabido que a classificação, a nível policial, é provisória, e que sua subsequente alteração, pelo Ministério Público ou pelo próprio Juízo, não tem o condão de invalidar o inquérito, meramente informativo. Dessarte, não há falar-se em falta de justa causa para prosseguimento deste pela só possibilidade de, eventualmente, ocorrer desclassificação do tipo penal. Nem a também eventual incidência do princípio da absorção de crime-meio por crime-fim poderá importar na imprestabilidade do procedimento investigatório, retirando-lhe a justa causa para sua instauração.»

Razão assiste ao ilustre magistrado, pois são os próprios recorrentes que demonstram, à fl. 156, que a conduta dos pacientes tipifica, aparentemente, infração penal, não podendo o remédio heróico obstar a atividade policial nem a oportunidade de os indiciados provarem sua inocência, através de ampla defesa. A desclassificação do delito para sonegação fiscal ainda é prematura, não só porque a classificação feita pela autoridade policial é provisória, como também porque envolve a ocorrência de fatos controvertidos, cuja apuração é impossível no âmbito estreito do *habeas corpus*.

Quanto à identificação criminal, rendo-me ao entendimento do E. STF, de que não há constrangimento ilegal (Súmula 568).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC 7.271 — RS — (Reg. nº 88.175.147) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos Thibau. Recorrentes: Nobuo Fukuhara e outros. Recorrida: Justiça Pública. Pacientes: Nobuo Fukuhara, Kazuo Fukuhara e Tohoru Honda. Advs.: Drs. Waldir Troncoso Peres e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Relator. (Julg. 10-5-88 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 86.707 — SP
(Registro nº 0.493.180)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*
Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Instalações Industriais Elnema S/A*
Advogados: *Drs. Armando Medeiros Prade e outros*

EMENTA: Tributário. Denúncia espontânea.

A denúncia espontânea não exclui correção monetária do tributo devido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília-DF, 6 de abril de 1988.

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mandado de segurança impetrado por Instalações Industriais Elnema S/A contra ato do Delegado Regional da Receita Federal em São Paulo, objetivando beneficiar-se do disposto no art. 138 do CTN, ou seja, para que a autoridade coatora limite-se a exigir tão-só o principal e juros de mora, excluídas multa, correção monetária e outras verbas, relativamente a débitos quanto ao imposto de renda sobre pessoa jurídica na fonte, e os pertinentes ao PIS.

Alegou a impetrante, em síntese, que em 15-3-77 fez denúncia espontânea objetivando recolher imposto de renda retido na fonte, imposto de renda da pessoa jurídica e PIS. Foi-lhe exigido recolhimento de multa moratória e correção monetária, o que constituiria afronta ao art. 138 do CTN. Em razão da recusa quanto ao recebimento da denúncia espontânea, ingressou com medida cautelar manifestando intenção de recolher o imposto relativo aos meses de janeiro/72 a janeiro/77. Apesar dessa providência recebeu aviso de débito vencido, de imposto de renda da pessoa jurídica correspondente a janeiro-dezembro/76, não podendo, a seu ver, haver incidência de multa e correção monetária.

Foi concedida liminar.

Informações às fls. 37/41.

A sentença concedeu a segurança, entendendo que de fato aplicável à situação da impetrante o art. 138 do CTN (fls. 63/67).

Apelou a União Federal mencionando o art. 11, a, da Lei nº 4.357/64 (fls. 71/75).

Contra-razões às fls. 81/87.

O Ministério Público Federal, citando a Súmula 208 do Tribunal, opinou pelo provimento da apelação e da remessa oficial.

É o relatório.

EMENTA: Tributário — Denúncia espontânea.

A denúncia espontânea não exclui correção monetária do tributo devido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sustenta a impetrante, e neste sentido a sentença, que a denúncia espontânea exclui pagamento de multa moratória e correção monetária. Se tem razão quanto à multa, o mesmo não se verifica quanto à correção. O artigo 138 do Código Tributário Nacional exclui responsabilidade por infrações à legislação tributária. Deste modo, verificando-se sua incidência, afastam-se as sanções decorrentes da inobservância daquelas leis. Não será devido o pagamento de multa. A correção monetária, entretanto, não tem caráter sancionatório; não constitui penalidade. Visa apenas a assegurar o pagamento da mesma importância que, em virtude do processo inflacionário, deve ser expressa em outros termos. Não se há de entender o artigo 138 como podendo conduzir à consequência de que o devedor do tributo haveria de pagar importância muito menor que o realmente devido

No caso em exame, vale notar, a impetrante não recolheu importância alguma. Alega, é certo, que petição sua, em que pretendia valer-se dos favores propiciados pela denúncia espontânea, sequer foi admitida no protocolo. Não se demonstrou, entretanto, houvesse seriamente tentado recolher o devido. E, de qualquer sorte, a atualização da expressão monetária do valor haveria que se fazer.

Dou provimento para, reformando a sentença, cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 86.707 — SP — (Reg. nº 0.493.180) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Instalações Industriais Elnema S/A. Advs.: Drs. Armando Medeiros Prade e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 6-4-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Euclides Aguiar e Carlos Velloso. Licenciado o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.619 — RJ
(Registro nº 6.991.297)

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

Apelante: *Herondino Brasil da Silva*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Luiz Rodrigues Feijão e outros (apte)*

EMENTA: Processual Civil. Imóveis da União. Concessão de uso a funcionários. Recondição contratual.

I — É pacífico o entendimento neste egrégio Tribunal no sentido de que, concedido o uso de imóveis residenciais a funcionários ativos, a tolerância de sua permanência nos mesmos após suas aposentadorias, importa recondição tácita dos respectivos contratos, não podendo ser cobrada a multa prevista no regulamento pela não desocupação tempestiva. Reconduzidos os contratos, cabe a denúncia, com a conseqüente medida judicial reintegratória.

II — *Apelação provida. Segurança concedida.*

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, 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 março de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Alberto Nogueira, sumariou e decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

«Herondino Brasil da Silva, brasileiro, casado, funcionário público aposentado, residente nesta cidade, impetra Mandado de Segurança sob o pálio da gratuidade judiciária contra o Senhor Prefeito da Prefeitura da Aeronáutica (Campo dos Afonsos) para não sofrer descontos em seus proventos em decorrência de multa aplicada pela não desocupação de imóvel por ele ocupado.

Instruem a inicial os documentos de fls. 4 *usque* 8.

Indeferida a liminar (fl. 9, item 2), vieram as informações noticiando o «cumprimento à determinação contida no deferimento da medida liminar» (fl. 12) e, no mérito, sustentando a legitimidade do ato impugnado em face da legislação de regência.

O Ministério Público Federal opina pela improcedência do pedido (fl. 17), sendo-me os autos conclusos para sentença no dia 6 do corrente mês.

.....

.....

Cuida-se, na espécie, de multa contratual decorrente da restituição de imóvel locado pelo regime do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (locação residencial de servidor da União, no interesse do serviço).

O Impetrante aposentou-se e, instado por vias regulares, não restituiu o imóvel no prazo devido.

Inexiste *in casu*, a pretendida ilegalidade, pois a multa aplicada não exorbita dos cânones jurídicos, sem ferir preceito constitucional.

Os «poderosos motivos pelos quais o Impetrante, ainda, não desocupou o referido imóvel» (fl. 3), e que se resumem em lamentável falta de condições financeiras para alugar outro imóvel, não oferecem base legal para frustrar a aplicação da penalidade.

Isto posto, julgo a ação improcedente para denegar a segurança.

Sem custas, por ter sido concedido ao impetrante gratuidade judiciária, e honorários (Súmula STF 512)». (Fls. 18/19).

Irresignado, apela o impetrante (fls. 23/26), repetindo, na essência, a mesma tese expendida na exordial.

Recebido o recurso (fl. 31) e com as contra-razões de fls. 32/33, subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, a matéria *sub judice* já é por demais conhecida nesta Corte. Com efeito, quando do julgamento da AMS nº 98.396-RJ (4.759.753), Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, decidiu esta Corte não poder ser cobrada *in casu*, a multa. O aresto restou, assim, ementado:

«Imóveis da União. Concessão de uso a funcionários. Recondição contratual.

Concedido o uso de imóveis residenciais a funcionários ativos, a tolerância de sua permanência nos mesmos após suas aposentadorias importa recondução tácita dos respectivos contratos, não podendo ser cobrada a multa prevista no regulamento pela não desocupação tempestiva. Reconduzidos os contratos, cabe a denúncia, com a conseqüente medida judicial reintegratória.»

Como visto, a matéria sob julgamento é idêntica ao paradigma, sendo, inclusive, a mesma autoridade coatora.

Ademais, consta nos autos que a União propôs ação reintegratória, o que importa denúncia do contrato reconduzido (fls. 27/30), procedimento correto ajustável à espécie.

Com estas considerações, dou provimento ao apelo, para conceder a segurança, nos termos acima aduzidos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS n.º 107.619 — RJ — (Reg. n.º 6.991.297) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte: Herondino Brasil da Silva. Apda: União Federal. Advs.: Drs. Luiz Rodrigues Feijão e outros (apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação nos termos do voto do relator. (Em 18-3-87 — 5.ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.838 — SP
(Registro nº 4.997.700)

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

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara-SP*

Apelante: *Caixa Econômica Federal-CEF*

Apelada: *Irmãos Pavarina Ltda.*

Advogados: *Drs. Edson Luiz de Queiroz e outros e Miriam Lazarotti e outros*

EMENTA: Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos ou Gasosos. Programa de Integração Social (PIS).

A prestação para o Programa de Integração Social (PIS) se insere na categoria de contribuição social sem caráter tributário, instituída com fundamento nos arts. 43, item X, e 165, item V, da Constituição da República, a ela não se estendendo a vedação de que trata o art. 21, item VIII, parte final, do mesmo estatuto.

Apelação provida. Segurança cassada.

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 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, 18 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Irmãos Pavarina Ltda., qualificada na inicial, impetrou segurança preventivo contra o Gerente de Fundos e Programas da Caixa Econômica Federal, diante da ameaça de lhe exigir o recolhimento das contribuições do PIS sobre o faturamento de combustíveis e lubrificantes.

Tal exigência seria inconstitucional, pois sobre referida atividade somente incidiria o imposto único (CF, art. 21, VIII).

A sentença concedeu a segurança.

Houve remessa de ofício e apelação da CEF, com as razões de fls. 131/143.

Contra-razões às fls. 184/190.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou às fls. 193/196.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Dou provimento à apelação e à remessa de ofício para reformar a sentença apelada e cassar a segurança, nos termos do voto que proferi na AMS nº 102.858-SP, cuja cópia segue em anexo.

ANEXO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Dispõe o art. 21, inciso VIII, da Constituição da República, que compete à União instituir imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência de outro tributo sobre elas.

O preceito vem repetido no art. 74 e parágrafos do Código Tributário Nacional.

A solução da controvérsia está, portanto, na conceituação da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). Se for considerada espécie do gênero tributo, não resta dúvida de que a cobrança impugnada padece de vício de inconstitucionalidade.

Em nosso sistema jurídico-constitucional, nem toda obrigação pecuniária compulsória que não constitua sanção de ato ilícito é tributo. Tenha-se presente, por exemplo, como lembra o jurista uruguaio José Luiz Shaw, a prestação pecuniária em que o sujeito ativo não é um ente estatal («Caderno de Pesquisas Tributárias», nº 2/262).

José Carlos Graça Wagner distingue, no texto da Carta Magna, as *contribuições sociais*, sem natureza tributária, das *contribuições especiais*, de caráter tributário («Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados», vol. 19, págs. 36/41).

Para ele, na contribuição social propriamente dita, o sujeito ativo da obrigação não é a entidade estatal e os recursos, a despeito da nota da compulsoriedade, não são arrecadados a favor da pessoa jurídica de direito público competente para instituí-la, mas daquele que a própria lei define como beneficiário. Esses recursos não constituem receita da União e são gerenciados por uma entidade intermediária e submetidos a especial regime de controle público tão-somente em virtude do alto interesse da matéria social envolvida.

E arremata o ilustre tributarista:

«Nessas condições, poder-se-ia admitir que as contribuições previstas na Constituição são de duas naturezas:

— as *sociais*, propriamente ditas, sem caráter tributário, por não constituírem atividade estatal, mas obrigação legal do onerado para com o beneficiário, com o qual possui vínculo, direto ou indireto, em virtude de uma relação de natureza econômica, no campo do trabalho humano (salário-família, integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros; fundo de garantia de tempo de serviço e indenização por despedida; previdência social, inclusive seguro-desemprego e seguro de acidente e proteção à maternidade; aposentadoria da mulher com 30 anos de serviço com salário integral; a contribuição sindical e para custeio de atividades e programas dos órgãos sindicais e profissionais; de apoio à família do trabalhador através de assistência à maternidade, à infância, à adolescência, e educação de excepcionais, além de salário-educação);

— *as especiais*, inclusive as sociais, impropriamente ditas, com natureza tributária, por constituírem matéria de interesse das Finanças Públicas, arrecadadas como Receita da União e objeto de dispêndios pelo Poder Público correspondentes, com base em aprovação de programas, ainda que executados por organismos privados ou representativos de categorias econômicas, contribuições de intervenção no domínio econômico, para atender a parte da União no custeio dos encargos da previdência social e para programas de interesse das categorias profissionais, mas este último apenas quando a contribuição correspondente não for delegada ao órgão representativo correspondente, sem gestão da União nos programas por ele realizados, por estarem, nessa hipótese, fora do âmbito do Orçamento e das Finanças.»

Essa exegese do texto constitucional coincide com a de José Frederico Marques, que enfoca o problema do ponto de vista da posição da entidade estatal em face dos beneficiários da contribuição social.

Eis o que ele diz em parecer sobre o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço:

«Quando a Fazenda Pública, ou o Estado, por algum de seus órgãos, exige o pagamento da contribuição de garantia para o fundo de serviço, embora o faça no exercício do *imperium* estatal, assim age e atua como sujeito passivo de uma obrigação, que é a de garantir ao trabalhador o direito social que lhe conferiu no art. 165 da Constituição Federal.

Como se vê, a posição do Estado ou seus órgãos, no caso, é diversa da que ocupa como sujeito ativo de crédito tributário. Neste, o Estado usa de seu poder de império para exigir, para si, o pagamento do tributo. Na contribuição concernente ao fundo de garantia, o Estado é, antes, sujeito passivo, uma vez que está obrigado a fazer cumprir o direito do trabalhador, solenemente garantido pelo art. 165, nº XIII, da Constituição vigente.»

Depois da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, esse entendimento não pode ser posto em dúvida *data venia*, porque, ao acrescentar ao art. 43 o inciso X, torna-se claro que ela quis estremar as contribuições sociais dos tributos, que permanecem no inciso I, propósito que transparece também na redação dada ao art. 21, § 2º, item I, em que retirou a contribuição do empregado e do empregador e deixou apenas as contribuições sociais de natureza tributária, tais sejam, a contribuição de intervenção no domínio econômico, contribuição para atender à parte da União no custeio dos encargos da previdência social e contribuição para programas de interesse das categorias profissionais.

Antes, esta era a inteligência que se extraía da interpretação lógico-sistemática do Estatuto Político. Entretanto, para afastar as incertezas oriundas da sua defeituosa redação, editou-se o Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66, que acrescentou ao Código Tributário Nacional o art. 217, segundo o qual as disposições nele contidas não excluem a incidência e a exigibilidade das contribuições que menciona.

Não tardou e vozes das mais eminentes passaram a sustentar que o aludido diploma veio espancar as incertezas sobre a parafiscalidade das contribuições indicadas.

O decreto-lei em referência, porém, teve finalidade exatamente contrária, pois em seus *consideranda* se enfatiza a «necessidade de deixar estreme de dúvidas a continuação da incidência e exigibilidade das contribuições para fins sociais, paralelamente ao Sistema Tributário Nacional, a que se refere a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966». Se essas contribuições têm existência *paralela*, logicamente não integram o Sistema Tributário Nacional.

Comunga dessa opinião o consagrado Gilberto de Ulhôa Canto, em parecer sobre a natureza jurídica dos ingressos padronizados instituídos pelo Decreto-Lei nº 43, de 18-11-66:

«Aliás, — diz ele — para dirimir dúvidas que surgiram logo após a expedição do CTN quanto à substância do então chamado «imposto sindical», o

Decreto-Lei nº 27, de 14-XI-1966, foi editado para acrescentar àquele um artigo 227, cujo contexto se cingiu a afirmar que as disposições daquele, notadamente as dos seus arts. 17, 74, § 2º, e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025, de 10-VI-1966, não excluem a incidência e a exigibilidade de contribuições previdenciárias, sindicais, para fundo de garantia por tempo de serviço e para o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, assim deixando claro que essas prestações compulsórias não eram consideradas tributos.»

Se o decreto-lei sob comento houvesse tido a intenção preconizada por alguns autores, estaria hostilizando abertamente o art. 21, item VIII, *in fine*, da Constituição, relativo a imposto único sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis.

À vista das razões expostas, tenho que a prestação para o Programa de Integração Social (PIS) se insere na categoria de contribuição social sem caráter tributário, instituída com fundamento nos arts. 43, item X, e 165, item V, da Constituição da República, a ela não se estendendo a vedação de que trata o art. 21, item VIII, parte final, do mesmo estatuto.

Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa de ofício para reformar a sentença apelada e cassar a segurança, pagas as custas pela impetrante.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 110.838 — (Reg. nº 4.997.700) — SP. Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Remte: Juízo Federal da 1ª Vara-SP. Apte: Caixa Econômica Federal — CEF. Apda: Irmãos Pavarina Ltda. Advs.: Drs. Edson Luiz de Queiroz e outros e Miriam Lazarotti e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator. (Em 18-5-88 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.902 — RJ
(Registro nº 7.316.038)

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

Remetente: *Juízo Federal da 16ª Vara-RJ*

Apelantes: *Coca-Cola Indústrias Ltda. e Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro — 5ª Região — CREA-RJ*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Hugo Maurício Sigelmann e outros e Sylvio de Castro Continentino e outros*

EMENTA: Administrativo. Empresa que se dedica à produção e venda de refrigerantes e bebidas não-alcoólicas, assim como concentrados, CREA. Registro. Lei nº 6.839/80.

Somente seria obrigatório o seu registro no CREA, porquanto já o é no Conselho Regional de Química, se a sua atividade básica exigisse também a presença, em seus quadros, de engenheiro industrial.

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 a ambas as apelações 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, 18 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: A Juíza Federal da 16ª Vara do Rio de Janeiro resumiu a espécie nestes termos (fls. 131/132):

«A Coca-Cola Indústrias Ltda., devidamente representada, impetrou o mandado de segurança contra ato do Chefe de Serviço de Fiscalização do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura — RJ — 5ª Região de exigir que efetue seu registro e compelir ao pagamento da multa de Cr\$ 4.773, na

forma do Auto de Infração nº 19.704, objetivando liberar-se de tais obrigações de vez que a atividade industrial básica da impetrante é a produção de refrigerantes e de concentrados para a fabricação de refrigerantes, o que não se coaduna, nem indiretamente, com a prestação a terceiros de serviços de engenharia.

Elucida a impetrante ter impetrado outra segurança, em relação ao mesmo auto de infração, que foi denegada. Não ocorre a coisa julgada, porque a causa de pedir não é a mesma, eis que o fundamento deste *writ* é a Lei nº 6.839, de 30-10-80.

Informações foram prestadas pela autoridade impetrada às fls. 73/121, que esclareceu que o representante legal é o seu Presidente e argüiu a preliminar de coisa julgada. No mérito, aduziu que a impetrante exerce atividade ligada à engenharia, daí a necessidade de registro, uma vez que a Lei nº 6.839/80 não restringiu a abrangência dos artigos 59 e 60 da Lei nº 5.194/66. Em abono de sua tese, a impetrada trouxe à colação minudente apanhado jurisprudencial.

Às fls. 128, o Dr. Procurador da República opinou pela denegação do *mandamus*.

Documentos instruíram a inicial e informações.

Às fls. 123/126, a impetrante reiterou o pedido de medida liminar.»

A sentença rejeitou em parte a preliminar de coisa julgada e concedeu em parte a segurança para o fim de desobrigar a impetrante do registro no CREA, mantendo a multa imposta.

Houve remessa de ofício e apelação da impetrante e do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro, com as razões de fls. 139/140 e 143/156, respectivamente.

Contra-razões às fls. 161/166 e 167 verso.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da apelação da impetrante e pelo não provimento da apelação do CREA-RJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): No respeitante à coisa julgada, assinale-se que a matéria passou a ser disciplinada pela Lei nº 6.839, de 30-10-80, de modo que poderia ser revisto o estatuído em decisório anterior, em virtude da modificação operada no estado de direito, a teor da regra inscrita no art. 471, I, do CPC.

A sentença anterior, transitada em julgado, e proferida sob a égide da Lei nº 5.194/66, entendeu que a impetrante estava obrigada a registrar-se no CREA, colocando neste sentido precedentes deste TFR e do STF.

Com a edição da citada Lei nº 6.839/80, a impetrante, por intermédio do presente *writ*, vem de reabrir a demanda, argumentando que o novo diploma legal prescreve claramente que as empresas estão sujeitas a um único registro profissional: em razão de sua atividade básica ou em razão da atividade pela qual prestam serviços a terceiros. E enfatiza:

«Ora, em razão de sua atividade básica (produzir e vender concentrados e refrigerantes), a impetrante registrou-se no Conselho Regional de Química. Portanto, não tem por que registrar-se em qualquer outro Conselho, seja o de Engenheiros, o de Economistas, o de Músicos ou o de Médicos etc.»

A esses argumentos responde a autarquia profissional:

«A impetrante dedica-se à fabricação de produto industrializado, na espécie, bebidas não-alcoólicas, assim como concentrados, bases para bebidas e

outras matérias-primas; café solúvel e outras bebidas, sucos, néctares e outros alimentos sólidos e líquidos, envolvendo a participação de departamentos técnicos, maquinaria e equipamentos de produção, com a efetiva participação de engenheiros industriais de diversas modalidades.

A impetrante é uma empresa cuja atividade básica é eminentemente técnica, da área da engenharia industrial, empregando, como confessa, numerosos engenheiros industriais de diversas modalidades.»

A jurisprudência predominante deste Colendo TFR era no sentido do registro obrigatório no CREA da empresa que exercesse atividade de qualquer forma ligada à engenharia. Ela se fundava nos arts. 59 e 60 da Lei nº 5.194/66, principalmente no último, que assim dispunha:

«Art. 60. Toda e qualquer firma ou organização que, embora não enquadrada no artigo anterior, tenha alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, arquitetura e agronomia, na forma estabelecida nesta lei, é obrigada a requerer o seu registro e a anotação dos profissionais, legalmente habilitados, delas encarregados.»

O Excelso Pretório sempre prestigiou essa diretriz, mas recentemente a Lei nº 6.839, de 30-10-80, introduziu significativa alteração no sistema ao preceituar no art. 1º:

«Art. 1º. O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.»

Não me parece mereça prosperar o pleito da entidade autárquica.

A impetrante, como bem anotou em sua petição inicial, registrou-se no Conselho Regional de Química, em razão de sua atividade básica, ou seja, a de produzir e vender concentrados e refrigerantes, não se fazendo mister o seu registro também no CREA, porque é irrelevante para tanto, e em face da lei em vigor, que em determinados setores necessite ela do concurso profissional de engenheiros.

O acórdão do STF no RE nº 105.052-7-RJ, invocado pela autarquia, não lhe abona a tese, como se infere da seguinte passagem do voto do eminente Ministro Sydney Sanches, que pediu vista:

«Já se vê, por conseguinte, que o legislador (Lei nº 6.839, de 30-10-1980), ao explicitar a necessidade de registro (nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões), levou em conta a atividade básica da empresa ou aquela pela qual o profissional preste serviços a terceiros.

Pretendeu, mais claramente, como se viu da justificação do projeto de lei, excluir de registro apenas as empresas em que haja prestação de serviços por profissionais como médicos, dentistas, advogados, etc., a título de assistência social interna, aos empregados.

A lei nova, porém, não exclui o registro de empresas mineradoras no CREA, pois sua *atividade básica* (pesquisa e lavra de minérios) exige, normalmente, a presença de *engenheiros de mineração*.

Ali ele não se encontra prestando serviço social a empregados da mesma empresa.

Está, isto sim, exercendo, como empregado, a profissão de engenheiro minerador, em obra da empregadora.»

Se a atividade básica da empresa — é a ilação que se tira do aresto referido — exigisse também a presença de engenheiro industrial, assistiria razão à autoridade coatora. No meu sentir, porém, isto não ocorre, porquanto esse concurso é solicitado apenas em determinada seção do estabelecimento e confiado a profissionais que não são seus empregados.

No atinente à multa, adota as considerações aduzidas no parecer da Subprocuradoria Geral da República, subscrito pelo ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, *verbis* (fls. 173/174):

«Por conseguinte, a preliminar é de ser rejeitada e deveria sê-la por inteiro, não apenas parcialmente, como entendeu a sentença. A ilustre Magistrada a quo acolheu em parte a prefacial ao fundamento de que,

«no que se relaciona com a multa imposta, não se há apreciar a aplicação da lei nova ao império de situação em que se aplicou lei anterior, por não se tratar de relação continuativa» (fls. 132/133).

A assertiva, embora hígida, se abstratamente considerada, é impertinente no caso dos autos *data venia*, uma vez que a leitura do pedido deduzido na inicial faz certo que a impetrante não postulou o cancelamento da multa que lhe fora anteriormente imposta e que já pagara, objetivando apenas forrar-se à exigência de registro no CREA e à aplicação de penalidades pela falta do registro, a partir do ajuizamento da segunda impetração.

Razão não haveria, assim, para o acolhimento parcial da preliminar argüida, merecendo reparo neste ponto a decisão monocrática. Tal incorreção, entretanto, não ocasiona à impetrante qualquer prejuízo efetivo, uma vez que a segurança foi concedida exatamente para o fim pleiteado, ou seja,

«para desobrigar a impetrante do registro no CREA (fls. 134).

Portanto, a impetrante teve a sua pretensão integralmente acolhida, não tendo ficado *vencida*, na terminologia adotada no art. 499 do Código de Processo Civil. Falta-lhe, em consequência, o interesse jurídico que a legitimaria a apelar, mostrando-se inadmissível, por isso, a inconformidade.

Se a impetrante entende que o equívoco apontado gera alguma dúvida ou contradição, parece que o remédio adequado teria sido não a apelação mas a oportuna manifestação de embargos declaratórios, diante do erro material em que incorreu a ilustre Magistrada de primeiro grau.»

Do quanto foi exposto, nego provimento a ambas as apelações e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 111.902 —RJ— (Reg. nº 7.316.038) Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Remte: Juízo Federal da 16ª Vara-RJ. Aptes.: Coca-Cola Indústrias Ltda. e Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro, 5ª Região-CREA-RJ. Apdos: Os mesmos. Advs.: Drs. Hugo Mauricio Sigelmann e outros e Sylvio de Castro Continentino e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambas as apelações e à remessa oficial. Sustentou, oralmente, pela apelada, o Dr. Hugo M. Sigelmann. (Em 18-5-88 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.970-SP
(Registro nº 7.508.425)

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelante: *Pão de Açúcar Veículos Ltda.*

Apeladas: *União Federal, Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Pedro Luciano Marrey Júnior e outros, Edson Luiz de Queiroz e outro*

EMENTA: Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS: Impossibilidade. Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 3º, «b».

I — A parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

II — Recurso provido. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 3 de junho de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator. (Art. 89-RI).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mandado de Segurança impetrado por Pão de Açúcar Veículos Ltda. contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo e do Gerente de Fundos e Programas da CEF, objetivando recolhimento do PIS sobre seu faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 7/70, sem inclusão do ICM na base de cálculo.

Informações às fls. 73/223.

A sentença denegou a segurança, apelando a impetrante (fls. 301/308 e 314/319).

Contra-razões à fl. 320.

Opinou o Ministério Público pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. PIS. ICM.

Para o cálculo da contribuição relativa ao PIS haverá de ser considerada o valor do ICM, posto que este integra o preço da mercadoria. O faturamento será a soma dos preços de todas as mercadorias vendidas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão jurídica a ser dirimida está em saber se a importância correspondente ao ICM pago pelas empresas há de ser considerada para o cálculo da contribuição relativa ao Programa de Integração Social. Já tive ocasião de aderir ao entendimento que sustenta deva ser aquela parcela excluída. Assim votei no julgamento da AMS 103.512 de que foi relator o Sr. Ministro Américo Luz. Reformulei, entretanto, meu entendimento.

A Lei Complementar nº 7/70 estabeleceu que uma das parcelas destinadas à formação do Fundo de Participação por ela instituído resultaria de recolhimento correspondente a determinados percentuais, incidentes sobre o faturamento das empresas. Básico, por conseguinte, fixar-se o que se haja de entender por faturamento.

A expressão fatura é usual no Direito Mercantil, sendo utilizada na legislação em mais de um passo. Assim no Código Comercial (art. 219) e na Lei de Duplicatas. Entende-se por fatura o documento em que o vendedor discrimina as mercadorias vendidas, consignando os respectivos preços, discriminação esta que poderá ser substituída pelos números e valores das notas parciais que hajam sido expedidas (Lei 5.474/68 — art. 1º). Salienta Cunha Peixoto que «a lei atual obriga apenas a discriminação das mercadorias vendidas, mas nesta expressão, evidentemente, estão incluídos também o preço e o prazo do pagamento, já que, de conformidade com o parágrafo 13 do art. 15, o documento comprobatório do recebimento da mercadoria enseja ação executiva e, portanto, deve conter os elementos necessários à cobrança» — (Comentários à Lei de Duplicatas — Forense — 1.ª ed. — págs. 23/24). Faturamento, em determinado período, será a soma das diversas faturas; significará o valor global correspondente ao conjunto dos negócios realizados.

A expedição de fatura deixou de ser instrumento destinado a documentar apenas o contrato de compra e venda, dela podendo valer-se também os prestadores de serviços que foram autorizados, analogamente aos comerciantes, a extrair duplicatas (Lei nº 5.474, art. 20). Faturamento será, pois, não só o resultado das operações de venda como também de prestação de serviços. Significa, na linguagem corrente, o valor das mercadorias vendidas ou dos serviços prestados pela empresa.

Na composição do preço, por outro lado, entrará tudo aquilo que tenha significado de custo para o comerciante, a que se adicionará parcela correspondente ao lucro ou remuneração. Isto o que normalmente ocorrerá se as leis do mercado não o impedirem. Dentre os custos, obviamente os impostos decorrentes da atividade em questão.

O preço de venda da mercadoria representa, pois, o ressarcimento ao comerciante do que foi despendido até a transferência do bem ao consumidor, além do lucro que possa auferir.

O exercício do comércio impõe forçosamente o pagamento de diversos tributos que entrarão nos custos a serem tidos em conta quando da venda da mercadoria. Irão compor o preço desta. Um desses tributos é o ICM. A empresa que promove a saída da mercadoria, por isso mesmo que o faz, torna-se contribuinte desse imposto. Ela é devedora perante o Fisco. Claro que deverá receber, do beneficiário de seus serviços de intermediação, o que a este título houver de pagar, acrescendo a respectiva importância ao preço da mercadoria objeto da operação que acarretou a incidência da norma e criou vínculo tributário. Daí que o preço compreenderá este e outros dispêndios.

O entendimento que adotamos vem exposto com singular clareza por José Carlos Graça Wagner em trabalho publicado no Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 2, em-

bora mais especificamente dirigido ao exame da inclusão do IPI na base de cálculo do PIS. Referindo-se a esse imposto e ao ICM conclui:

«Ambos são despesas que o contribuinte definido como tal na lei deve desembolsar, por força da lei, para exercer a atividade que exerce, e que, nessas condições, passa a compor o seu preço, independentemente de ser calculado por dentro ou por fora, de ser destacado ou não. São despesas da atividade que exerce para beneficiar o consumidor e por isso passa a fazer parte do custo global da respectiva atividade.»

Afirma-se que o ICM não é receita do comerciante que apenas o recolhe para transferi-lo à Fazenda. Parece-me, com a devida vênia, haver aí um desvio de enfoque que há de ser corrigido. Contribuinte do imposto, vale repetir, é o comerciante e não o adquirente do bem. Trata-se de despesa que, como muitas outras, onera sua atividade e da qual haverá de se compensar no próprio exercício dela. Por isso mesmo, será computado na formação do preço. E o que é pago pelos compradores, para ressarcir custos e propiciar lucros, constituirá o faturamento da empresa.

Dir-se-á que o raciocínio aplicar-se-ia também ao IPI e relativamente a este não apenas a jurisprudência (Súmula 161-TFR) como o próprio entendimento fiscal, já se pacificaram no sentido de que não é considerado para cálculo do PIS. Ocorre, entretanto, que os julgados e a doutrina, quando convergiram, em sua maior parte, na formação daquele juízo, tiveram em consideração particularidades do IPI que não se encontrariam no ICM. Assim é que se valorizou a circunstância de o Programa de Integração Social ter procurado dar aplicação à regra constitucional de participação dos empregados nos lucros das empresas. Da lucratividade dessas seria o faturamento indiciante. Não se justificaria, entretanto, fosse também levada em conta, para esse fim, parcela correspondente a imposto cuja alíquota comporta notáveis variações. O caráter seletivo desse imposto, de que decorrem tais diferenças foi, aliás, colocado em especial relevo por Ruy Barbosa Nogueira quando sustentou a impossibilidade jurídica de o IPI integrar a base do cálculo do PIS. Por fim, em mais de um voto encontra-se menção ao fato de que o ICM, ao contrário do IPI, faria parte do preço da mercadoria.

Concluo, do exposto, que o ICM compõe o preço da mercadoria, como o compõem as parcelas que se referem aos custos suportados pelo comerciante para exercer sua atividade. O faturamento consistirá na soma, além de outros elementos, dos preços de todas as mercadorias vendidas. E se assim é, para o cálculo da contribuição relativa ao PIS haverá de ser considerado o valor correspondente ao ICM.

Nego provimento, confirmando a sentença.

Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS: Impossibilidade. Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 3º, b.

I — A parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança objetivando recolher a contribuição para o PIS sobre o faturamento da imetrante, do mesmo excluído o ICM.

A segurança foi denegada.

O eminente Ministro Eduardo Ribeiro, Relator, em longo e magnífico voto, concluiu «que o ICM compõe o preço da mercadoria, como o compõem as parcelas que se referem aos custos suportados pelo comerciante para exercer sua atividade. O faturamento consistirá na soma, além de outros elementos, dos preços de todas as mercadorias vendidas. E se assim é, para o cálculo da contribuição relativa ao PIS haverá de ser considerado o valor correspondente ao ICM.»

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento da matéria.

Passo a votar.

Quando do julgamento da AMS nº 107.916-SP, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, em que se discutiu matéria igual, pedi vista dos autos e proferi voto concluindo no sentido de que o ICM não se inclui na base de cálculo do PIS. Destaco do voto que então proferi:

«O PIS foi instituído pela Lei Complementar nº 7, de 1970, destinando-se a «promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas» (art. 1º), constituindo-se de duas parcelas: uma, mediante dedução do Imposto de Renda pela empresa; outra, de recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento desta (art. 3º). Estabeleceu a Lei Complementar nº 7, de 1970, no seu art. 11, que, dentro de 120 dias, contados da sua vigência, a Caixa Econômica Federal submeteria à aprovação do Conselho Monetário Nacional o regulamento do Fundo, fixando as normas para o recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação. Em decorrência, editou-se a Resolução nº 174, de 25-2-71, do Banco Central do Brasil, comunicando a aprovação, pelo referido Conselho Monetário Nacional, do Regulamento a ela anexo, conceituou-se, então, *faturamento*, da seguinte forma:

«§ 2º Para o fim previsto neste artigo, entende-se por *faturamento* o valor definido na legislação do Imposto de Renda como receita operacional, sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.»

Seguiu-se a Norma de Serviço CEF-PIS nº 2/71, de 27-5-71, que, em seu item 3, esclareceu:

«Entende-se por *faturamento* o valor definido na legislação do Imposto de Renda como receita bruta operacional (artigo 157 do Regulamento do Imposto de Renda) sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.»

Bem esclareceu o Sr. Ministro Ferrante, no seu voto, a conceituação de *faturamento*, pelas referidas normas regulamentares, ensejou controvérsia no que tange à inclusão do IPI na base de cálculo da contribuição do PIS. A controvérsia foi dirimida por esta Corte, que editou a Súmula nº 161-TFR, a dizer que «não se inclui na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao IPI.» A Resolução nº 462/78, do Banco Central, acolheu esse entendimento jurisprudencial.

Cumpra perquirir, agora, se também o ICM deve ser excluído da base de cálculo do PIS.

Examinemos a questão.

III

A hipótese de incidência inscrita no art. 3º, *b*, da Lei Complementar nº 7, de 1970, é o *faturamento* da empresa, ou, mais precisamente, são os «recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento». Este há de ser considerado, de conseguinte, como o somatório das operações mercantis, ou das operações de vendas de mercadorias, ou das operações similares.

O somatório, pois, dessas operações, constitui a materialidade da hipótese de incidência cuja quantificação expressa-se no *faturamento*, ensina Geraldo Ataliba. Indaga-se: o ICM deve incluir-se aí?

A resposta a essa indagação exige análise detida da questão.

Se uma operação mercantil estiver sujeita ao ICM, este integrará a sua própria base de cálculo (Decreto-Lei nº 406, de 1968, art. 2º, § 7º). Ficou, assim, vedada a preferência do ICM do vendedor para o comprador em parcela separada do preço da venda.

O ICM é, por isso mesmo, na linguagem dos financistas, um «imposto por dentro», ao contrário do IPI, que é um «imposto por fora», porque, quanto ao IPI, não existe norma legal idêntica.

A primeira consequência que decorre de integrar o ICM a sua própria base de cálculo, ou a primeira consequência decorrente do «imposto por dentro», aponta Geraldo Ataliba, é o aumento do valor da operação, ou do preço. Tem-se, então, um valor, um valor fiscal da operação, ou um preço fiscal, que é o valor para tributação, e em valor mercantil, que é o preço real da mercadoria, sem a inclusão do ICM.

Segundo Ataliba, a adoção de tal «mecânica significou método oblíquo de elevação das alíquotas de ICM, por via de artificial elevação da sua respectiva base de cálculo. Parece até bastante claro que essa cláusula do Decreto-Lei nº 406 (posteriormente reproduzida nas legislações ordinárias dos Estados) é inconstitucional, ofendendo, de modo indireto, o comando do parágrafo 5º *in fine*, do art. 23 da Constituição, relativo ao teto das alíquotas do ICM». (Geraldo Ataliba, «PIS — Exclusão do ICM de sua base de cálculo»).

Essa inclusão do ICM na sua própria base de cálculo, fazendo com que esse tributo seja um «imposto por dentro», na linguagem dos financistas, tem induzido muitos a sustentarem que o ICM deve integrar o faturamento das empresas para o fim de ser calculado o PIS.

Assim, entretanto, não deve ser entendido.

É que a inclusão do ICM na sua base de cálculo tem finalidade específica, própria; noutras palavras, na lição de Ataliba, «o ICM não integra o valor da operação, a não ser para os específicos efeitos de cálculo dele próprio. O ICM não integra o preço, senão para facultar a chamada «recuperação econômica do tributo», que foi legalmente impedida — pela mesma Lei Fiscal — por outras vias. Isso decorre de lei tributária voltada, portanto, a ter eficácia exclusivamente no estrito âmbito de atuação do tributo estadual.» (Ob. cit.).

Acrescente-se, de outro lado, que, no tema aqui versado, uma questão maior se impõe. É que o PIS é forma de participação dos empregados nos resultados operacionais da empresa, para integrá-los na vida e no desenvolvimento destas, com vistas a dar cumprimento à disposição constitucional inscrita no art. 165, V, da Constituição. Bem, por isso, está claro, no art. 3º, b, da Lei Complementar nº 7, de 1970, que o PIS constitui-se — a segunda parcela, aqui tratada — «com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento» desta.

Ora, se o ICM não pertence à empresa, constituindo receita do Estado-membro, não seria razoável fazer com que citado tributo integrasse o resultado das operações mercantis da empresa, para que também sobre ele fosse calculado o PIS. O direito é um todo orgânico, sabemos todos, e as normas legais não podem ser interpretadas isoladamente. A interpretação isolada da norma inscrita no artigo 2º, § 7º, do Decreto-Lei nº 406/68, é que tem levado à conclusão no sentido de que o ICM deve incluir-se na base de cálculo do PIS. Essa interpretação, entretanto, *data venia*, é desautorizada pela *ratio* da Lei Complementar nº 7, de 1970.

IV

Registre-se, também, que o ICM e o IPI são tributos que, em substância, tendo em vista a materialidade da hipótese de incidência são idênticos, recaindo, ambos, sobre operações de venda relativas a mercadorias. O IPI, ensina Ataliba, com a sua costumeira precisão, «alcança apenas certas operações — especificamente as que se refiram a certas mercadorias qualificadas pela designação «produtos industrializados». O ICM, por outro lado, é genérico, gra-

vando operações relativas a qualquer mercadoria, seja qual for a sua qualidade e natureza.» Ambos — ICM e IPI — são impostos não-cumulativos (CF, art. 21, § 3º, art. 23, II) e não integram o faturamento da empresa, para o fim indicado no art. 3º, b, da Lei Complementar nº 7/70, porque não constituem «recursos próprios da empresa», mas receita da União e dos Estados. Indicados nas notas fiscais e recebidos pela empresa, deverão ser recolhidos, no prazo estabelecido em lei, aos cofres públicos federais e estaduais.

No que tange ao IPI, esta Eg. Corte, através do enunciado da Súmula nº 161, o excluiu do faturamento, para o fim de ser calculado o PIS. Ora, se o ICM, tendo em vista, conforme já falamos, a materialidade de sua hipótese de incidência, não difere do IPI, a ele, ICM, deve ser dispensado tratamento igual.

V

Do exposto, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator. Em consequência, dou provimento ao apelo e concedo a segurança.»

Nada é preciso acrescentar. Forte no que acima está exposto, peço vênica ao eminente Ministro Relator para divergir de S. Exa.

Dou provimento ao apelo e concedo a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 111.970 — SP — (Reg. nº 7.508.425) — Rel. p/acórdão: Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Rel. Originário: Eduardo Ribeiro. Apte: Pão de Açúcar Veículos Ltda. Apdas: União Federal e Caixa Econômica Federal. Advs.: Drs. Pedro Luciano Marrey Júnior e outros, Edson Luiz de Queiroz e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao apelo e concedeu a segurança. Em 3-6-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos M. Velloso e Américo Luz. O Sr. Ministro Américo Luz votou com o Sr. Min. Carlos M. Velloso. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.970 — SP
(Registro nº 7.508.425)**

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

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

Embargante: *Caixa Econômica Federal*

Embargado: *V. Acórdão de fl. 344*

Advogados: *Drs. João Menezes Sobrinho, Luiz Carlos Bettiol, Pedro Luciano Marrey Júnior, Edson Luiz de Queiroz e outro*

EMENTA: Declaratórios. CEF. Ação de recolhimento do PIS. Ilegitimidade passiva.

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. Precedentes jurisprudenciais.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Decidindo a apelação interposta por Pão de Açúcar Veículos Ltda., esta Egrégia Turma proferiu o acórdão ementado à fl. 344, assim:

«Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS: Impossibilidade. Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 3º, b.

I — A parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

II — Recurso provido. Segurança concedida».

Publicado o acórdão, opõe a Caixa Econômica Federal, apelada, os embargos de declaração de fls. 350/352, alegando omissão ocorrida no acórdão, a respeito da ilegitimidade passiva *ad causam*, argüida nas informações prestadas, acolhidas na sentença. Pretende, assim, seja suprida a omissão, com efeito modificativo, para o fim de excluí-la da relação processual.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A sentença excluiu a Caixa Econômica Federal do pólo passivo da causa. Procedeu com acerto. Julgando os EDecl. na AMS nº 109.445-SP, de que fui relator, decidiu esta Eg. Turma:

«Administrativo. Processual civil. Mandado de segurança. PIS. Caixa Econômica Federal. Autoridade coatora. Decreto-Lei nº 2.052, de 3-8-83.

I — Competência da União Federal para a cobrança e fiscalização do recolhimento do PIS, sendo a Caixa Econômica Federal mera arrecadadora dessa contribuição, podendo os recolhimentos, entretanto, ser feitos em qualquer agência bancária credenciada (Decreto-Lei nº 2.052/83, arts. 1º, 2º, 6º, 7º e 9º). Ilegitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no pólo passivo de mandados de segurança em que se discute se a parcela do ICM deve ser incluída, ou não, na base de cálculo do PIS. A titularidade passiva para a causa, neste caso, é da União Federal.

II — Recurso provido, nesta parte. Embargos de declaração recebidos. (DJ de 12-11-87).

No meu voto, disse eu:

«O Decreto-Lei nº 2.052, de 3-8-83, estabelece, em verdade, que compete à Secretaria da Receita Federal a fiscalização do recolhimento das contribuições para o PIS (art. 6º), certo que compete à União Federal a cobrança de qualquer valor relativo à contribuição do PIS, não recolhido no prazo legalmente fixado (art. 1º).

A Caixa Econômica Federal, após a edição do Decreto-Lei nº 2.052, de 1983, é mera arrecadadora do PIS, não detendo, entretanto, o monopólio dessa arrecadação, pois os recolhimentos podem ser feitos em qualquer agência bancária, conforme dispõe o art. 2º do citado Decreto-Lei nº 2.052/83. No caso específico da ora impetrante, os recolhimentos, esclarece a Caixa Econômica Federal, são feitos no Banco Nacional.

Destarte, tem razão a Caixa Econômica Federal, quando sustenta que é parte passiva ilegítima *ad causam*. Tendo o acórdão recorrido se omitido na apreciação dessa matéria, devem os embargos de declaração ser recebidos, para o fim de ser suprida a omissão.

Do exposto, recebo os embargos e excluo da relação processual o Gerente de Fundos e Programas da Caixa Econômica Federal, dando provimento parcial, desta forma, ao apelo da Caixa Econômica Federal.»

De todo o exposto, para suprir a omissão do acórdão, no particular, recebo os embargos.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: 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, a final: a Resolução 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 2.052/83, 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 equitativa 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.»

Ante o exposto, *data venia* do eminente relator, rejeito os embargos.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na sessão desta ilustrada Turma em 30 de novembro último, após o voto do Sr. Ministro Miguel Ferrante rejeitando os presentes embargos e dissentindo, assim, do pronunciamento de V. Exa., Sr. Presidente, pedi vista dos autos, que hoje trago para que se complete o julgamento.

Conferindo os precedentes em que me pronunciei sobre o tema, que é controvertido nas Turmas da 2ª Seção, afasto, desde logo, qualquer comprometimento meu no sentido da legitimidade passiva *ad causam* da «Caixa Econômica Federal» relativamente ao que se decidiu no Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1.109-RJ. É que ali se pretendeu extinguir o processo, a pretexto de que a CEF, autora da rescisória, tendo sido sucedida na relação processual pela União, em decorrência do advento do Decreto-Lei nº 2.052/83, artigos 1º, 2º e 6º, e do Decreto nº 93.200, de 1º-9-86, artigo 9º.

No voto que proferi, acolhido à unanimidade na Egrégia 2ª Seção, asseverei, *verbis*:

«Estou em que a sustentação do tema pela Subprocuradoria-Geral da República, nos tópicos que acima transcrevi, tem inteira procedência, ao considerar a «Caixa Econômica Federal» parte legítima, porquanto a situação dessa empresa não foi alterada no curso da ação declaratória antecedente «relativa a fatos jurídicos pretéritos, se ela não foi sucedida pela União Federal, que já figurava naquela relação processual dada a sua legitimidade concorrente». Não há cogitar-se, portanto, de substituição de parte, conforme a decisão do Pretório Excelso na AR nº 960-RJ, dantes lembrada (ementa transcrita de fl. 2631).»

Entretanto, ao relatar nesta ilustrada Turma a AMS nº 109.178-SP, julgada em 24 de junho do ano fluente, ementei o acórdão nestes termos:

«Tributário. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS.

A parcela relativa ao ICM não se inclui na base de cálculo do PIS.

Reforma da sentença, inclusive para manter na relação processual a Caixa Econômica Federal.

Apelação provida.»

No voto condutor, da minha lavra, asseverei:

«No julgamento da AC nº 100.198-SP, relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, do qual participei juntamente com o não menos eminente Ministro Miguel Ferrante, por unanimidade esta Turma decidiu conforme a seguinte ementa:

«Repetição de indébito. Parcelas do PIS calculadas sobre o IPI e ICM. Lei Complementar nº 7, de 7-9-70. Resolução do Banco Central de nº 174/71, alterada pela de nº 482/78.

Preliminar de ilegitimidade de parte, rejeitada. Segundo o disposto no art. 462 do CPC, nova lei não altera a situação e nem modifica o *status quo*, quando o ajuizamento da ação obedeceu os pressupostos legais, juridicamente possíveis. A fiscalização, pela Receita Federal, determinada pelo Decreto-Lei nº 2.052/83, não retira da Caixa Econômica Federal a obrigação de arrecadar a contribuição para o PIS». — (DJ de 27-6-85).

Junto cópia do voto prevalente no aludido julgamento, por estar, também nesta oportunidade, de inteiro acordo com o tratamento dado à prejudicial arguida. Reafirmo o meu entendimento de que:

«O fato de a Receita Federal, com o advento do Decreto-Lei nº 2.052/83, ter ficado com a fiscalização do recolhimento do PIS, não implica ter sido retirada da Caixa a arrecadação da contribuição».

E concluí:

«Com estas considerações, reformo a sentença, primeiro para manter na relação processual o Gerente de Fundos e Programas da Caixa Econômica Federal e, no mérito ... (omissis)...».

V. Exa., eminente Ministro Carlos Velloso, acompanhou, então, esse meu voto, conforme «*Extrato da Minuta*». É possível que, por inadvertência, também eu tenha acompanhado V. Exa. em sentido contrário, votando oralmente, pois o que mais se acentua nesses julgamentos é a questão de mérito.

Outros precedentes colacionados no voto divergente do preclaro Ministro Miguel Ferrante, *in hoc casu*, levam-me a acompanhá-lo, pois, pedindo vênia ao ínclito Relator, também rejeito os presentes embargos declaratórios.

EXTRATO DA MINUTA

EDAMS nº 111.970 — SP — (Reg. nº 7.503.425) — Rel. orig.: Sr. Min. Carlos Velloso. Rel. p/acórdão: Sr. Min. Miguel Ferrante. Embgte.: Caixa Econômica Federal. Embgdo.: V. acórdão de fls. 344. Advs.: Drs.: João Menezes Sobrinho, Luiz Carlos Bettiol, Pedro Luciano Marrey Júnior e Edson Luiz de Queiroz e outro.

Decisão: «Após o voto do Sr. Ministro Relator recebendo os embargos, pediu vista o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Aguarda o Sr. Ministro Américo Luz». (Em 25-11-87, 6ª Turma).

«Proseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Miguel Ferrante, rejeitando os embargos, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz.» (Em 30-11-87, 6ª Turma).

«Proseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, rejeitou os embargos. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Miguel Ferrante.» (Em 14-12-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 113.427 — SP
(Registro nº 7.435.509)

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

Apelante: *Neptúnia Sociedade de Navegação Ltda.*

Apelado: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Dr. Arnaldo Ferreira Bastos Filho e outro, Dr. Hamilton Pinheiro de Sá e outro*

EMENTA: Mandado de segurança. Ato praticado por agente diverso do apontado, domiciliado em outra unidade federativa, embora vinculado à mesma entidade pública.

Impropriedade a ser corrigida mediante o reconhecimento da incompetência, com remessa dos autos ao Juízo competente. Relação processual de que figura como parte passiva, não a autoridade coatora, mas o ente público, a que está ela vinculada. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 18 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Neptúnia Sociedade de Navegação Ltda. apelou de sentença do MM. Juiz Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo que, reconhecendo a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora para o feito, decretou extinto processo da ação de segurança que impetrou contra ato do Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Disse que, tendo sede em São Paulo, as pretendidas remessas de câmbio para o exterior haverão de ser efetuadas a partir daquela praça, onde é de ser tido como praticado, pelo Banco Central, o ato indeferitório impugnado. Assim sendo, não poderia o

MM. Juiz ter decidido, como decidiu, pela ilegitimidade da autoridade coatora apontada na inicial, somente pelo fato de o pedido de liberação da moeda estrangeira haver sido encaminhado pelo Banco Central para o Rio de Janeiro, onde a postulação foi indeferida.

Contra-arrazoou o Banco Central.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de segurança. Ato praticado por agente diverso do apontado, domiciliado em outra unidade federativa, embora vinculado à mesma entidade pública.

Impropriedade a ser corrigida mediante o reconhecimento da incompetência, com remessa dos autos ao Juízo competente.

Relação processual de que figura como parte passiva, não a autoridade coatora, mas o ente público, a que está ela vinculada.

Apelação parcialmente provida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Conforme bem anotou o MM. Juiz *a quo*, a impetração foi inadequadamente dirigida contra agente do Banco Central em São Paulo, quando o ato nela impugnado foi praticado por autoridade da autarquia no Rio de Janeiro.

Tratando-se, entretanto, de ação de natureza especial, em cuja relação processual, *v.g.*, figura, não a autoridade coatora, mas o ente público a que está vinculada, o erro não é suficiente para determinar o trancamento do feito, como no caso aconteceu, havendo de ser corrigido mediante o reconhecimento da incompetência, com remessa dos autos ao Juízo competente.

Nesse sentido, a jurisprudência predominante neste Egrégio Tribunal, como mostram os seguintes acórdãos:

«CC n.º 3.690-DF

Rel. Min. Romildo Bueno de Souza

EMENTA: Mandado de segurança. Indicação da autoridade coatora. Suprimento da inicial pelo Juiz.

Em mandado de segurança, o erro do impetrante, ao nomear a autoridade coatora, pode ser suprido pelo Juiz, tanto mais que parte passiva na relação processual é o ente público a que a autoridade coatora se subordina ou que a autoridade coatora dirige ou representa» (DJ de 1-7-80).

«AMS n.º 85.860-DF

Rel.: Min. Romildo Bueno de Souza

EMENTA: Mandado de segurança. Indicação errônea de autoridade coatora pelo impetrante.

Encaminhamento do feito ao Juiz competente.

Em princípio, a propositura da demanda contra quem não seja legitimado deve acarretar a extinção do processo.

Em mandado de segurança, evidenciando-se por outro modo quem seja a autoridade coatora, remetem-se os autos ao Juiz competente» (DJ de 1-9-80).

Hely Lopes Meirelles «Mandado de Segurança e Ação Popular», 10ª Ed., pág. 31, sintoniza com essa orientação, prelecionando:

«Muito se tem discutido, e os tribunais ainda hesitam, se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o Juiz pode — e deve — determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º)».

Meu voto, pois, é no sentido de dar parcial provimento à apelação, para o fim de determinar a remessa dos autos à Justiça Federal no Rio de Janeiro.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 113.427 — SP — (Reg. nº 7.435.509) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Apelante: Neptúnia Sociedade de Navegação Ltda. Apelado: Banco Central do Brasil. Advogados: Drs. Arnaldo Ferreira Bastos Filho e outro, Hamilton Pinheiro de Sá e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 18-5-88 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.424 — RS
(Registro nº 6.919.790)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara — RS*

Apelante: *BNH*

Apelado: *Ada Porto do Espírito Santo*

Advogados: *Drs. Maurício M. S. Ribeiro, Jorge L. Susini e outros*

EMENTA: Administrativo: BNH. Plano de Equivalência Salarial — PES. Reajustamento das prestações. Índices. Salário mínimo. Lei nº 3.480/64. Decreto-Lei nº 2.065/83. Decreto-Lei nº 2.164/84. Resoluções do BNH.

1. O Decreto-Lei nº 19/66, embora haja revogado as normas do art. 5º da Lei nº 4.380/64 (STF — Representação nº 1.288-3-DF), deferiu competência ao BNH para baixar instruções a respeito da aplicação dos índices respectivos (art. 1º in fine).
2. O BNH, no uso dessa atribuição regulamentar, pode, validamente, estatuir que o reajuste das prestações se faça na forma dos índices de variação do salário mínimo.
3. O núcleo do Plano de Equivalência Salarial reside em reajustar as prestações, em função das flutuações do salário mínimo e os índices oficiais referidos às ORTNs ou às UPCs violam o contrato, sob o critério do PES, sempre que os mesmos se apresentem superiores àquelas oscilações, surgindo ilegítima a pretensão do BNH em contrário, como acontece com a Resolução 190/83. Tal orientação propicia uma política habitacional justa e equânime, legítima a intervenção do Estado em domínios do setor privado e impede que a instituição se descaracterize em seus objetivos, passando a atuar more privato.
4. Instrução 5/66; Res. 25/67; Res. 36/69; Res. 12/73; Res. 1/77; Res. 190/83. Interpretação sistemática desses atos regulamentares. Leis nºs 6.205/75 e 6.423/77.
5. Ilegitimidade da Resolução nº 190/83.
6. A aplicação do Decreto-Lei nº 2.164/84 exige manifestação expressa do mutuário e conseqüente formalização perante o credor.
7. Reajuste das prestações a processar-se de acordo com os índices de variação do salário mínimo.
8. Deu-se provimento parcial à apelação e à remessa oficial.

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 parcial 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, 11 de maio de 1988 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: O ilustre Juiz Federal Pedro M. P. Falcão concedeu, em parte, a segurança requerida por Ada P. do Espírito Santo, mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, para determinar que o reajuste da prestação da casa própria se faça de acordo com o índice de variação salarial do impetrante, prejudicado o pedido a partir do advento do Decreto-Lei nº 2.284/86.

Dessa decisão apela o Banco Nacional da Habitação dizendo-se parte ilegítima *ad causam* e, no mérito, defende a legalidade dos reajustes com base nos índices de variação da OTN/UPC.

Sem contra-razões, subiram os autos, opinando a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da apelação face à decisão do E. Supremo Tribunal Federal proferida na Representação 1.288-3.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): É pacífico o entendimento da Egrégia Turma no sentido de que o BNH, por ser o órgão controlador, orientador e fiscalizador do Sistema Financeiro da Habitação deve responder aos termos das ações nas quais se discute o índice de reajuste das prestações da casa própria.

De outro tanto, ressaí evidente do ato impugnado, a ofensa ao direito líquido e certo dos impetrantes, daí a viabilidade da impetração.

No mérito, a controvérsia ora posta foi por mim examinada na AC 119.844-BA, à luz da legislação pertinente a partir da Lei nº 4.380/64 e Decreto-Lei nº 19/66, passando pelas Leis nºs 6.205/75, 6.423/77, Decreto-Lei nº 2.065/83 e 2.164/84, bem como Resoluções baixadas pelo BNH, com fulcro na competência outorgada no art. 1º *in fine* do Decreto-Lei nº 19/66, tendo ali sido assentado:

a) consoante decisão proferida pelo Supremo, na Representação nº 1.288-3, de eficácia *erga omnes*, porque tomada em sede interpretativa (art. 119, letra I da CF) o Decreto-Lei nº 19/66, ao instituir novo e completo sistema de reajustamento das prestações de financiamento, revogou, com relação ao SFH, as normas dos parágrafos do artigo 5º da Lei nº 4.380/64, atribuindo ao BNH competência para editar instruções a respeito da aplicação dos índices próprios; outrossim, ressalvou aquela Alta Corte que seu julgado, porque exarado em procedimento de interpretação de lei em tese, não envolve as questões de direito intertemporal, seja as de apreciação de cláusula contratual, seja as de exegese de normas de sobredireito;

b) o BNH, no uso da sua competência regulamentar, sem atrito com as restrições do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, pode validamente estatuir que o reajuste das prestações se faça na forma dos índices de variação do salário mínimo, e, assim, procedeu no regime das Resoluções 25/67 e 36/69, quando instituído o Plano de Equivalência Salarial; novo critério da variação da ORTN trazido pela Resolução 12/73

explica-se porque, ao tempo, em face da nova política do salário mínimo, as majorações desse se avultaram, superando as flutuações da ORTN e a continuação do sistema anterior viria onerar excessivamente o mutuário, situação, também, ocorrente ao ensejo da Resolução 1/77 que optara pelas variações da UPC;

c) fixado o espírito que comandou as Resoluções citadas e a circunstancialidade econômica que as cercou, orientado aquele no sentido de proteger o mutuário contra a quebra da equação básica entre suas disponibilidades e as prestações a serem atualizadas, conclui-se que os critérios de referência à proporcionalidade da variação da ORTN ou da UPC só são válidos em função do momento econômico do país, quando não ultrapassam as oscilações do salário mínimo, sendo o princípio dominante, ínsito no Plano de Equivalência Salarial e que norteou o mutuário, ao optar por esse regime de correção monetária;

d) tal critério de acomodar a prestação à capacidade de solvência do mutuário, compatibilizando os recursos do adquirente com as obrigações do financiamento, propicia uma política habitacional justa e equânime, justificando e legitimando a intervenção do Estado em domínios do setor privado, impedindo que a instituição se descaracterize em seus objetivos, passando a atuar *more privato*;

e) desse contexto, resai que a aceitação dos índices da ORTN ou da UPC originalmente atenderam aos princípios que justificam ou legitimam a política habitacional do Estado, considerado o índice mais elevado do salário mínimo, contemporaneamente existente, mas, depois, invertidos os termos da problemática salarial, perderam pertinência, impondo-se, a partir daí, o retorno à variação do salário mínimo, para resguardo do princípio do PES, dominante nos contratos celebrados.

Reportando-me a essas colocações, vê-se que, no caso concreto, a correção monetária ajustada nos contratos obedece ao PES, sendo certo que, ao foco das premissas assentadas, o núcleo desse esquema reside em reajustar as prestações, em função das variações do salário mínimo, e que os índices oficiais referidos à ORTN ou à UPC violam o contrato, sempre que se apresentem superiores àquelas flutuações, surgindo ilegítima a pretensão do BNH em contrário, como ocorre com o critério da Resolução 190/83, calcada nos índices da UPC, editada quando as variações desse parâmetro ultrapassam as do salário mínimo (DO 26-7-83).

Na espécie, a r. sentença apelada deferiu em parte a segurança para que o reajuste se faça de acordo com o índice de variação salarial do impetrante, prejudicado o pedido a partir do advento do Decreto-Lei nº 2.284/86.

Estou em que o critério de referência ao sistema do Decreto-Lei nº 2.164/84 não pode, aqui e agora, ser aceito pois a aplicação desse regime está condicionado à opção expressa do mutuário e conseqüente formalização perante o ora credor.

Em face do exposto, é de prover-se, em parte, a remessa oficial e a apelação, para que o reajuste das prestações se faça de acordo com os índices de variação do salário mínimo.

Dou provimento parcial à remessa *ex officio* e à apelação, nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 115.424 — RS — (Reg. nº 6.919.790) — Rel.: Min. Sebastião Reis. Remet.: Juízo Federal da 9ª Vara-RS. Aptes.: BNH. Apdo.: Ada Porto do Espírito Santo. Advs.: Drs. Maurício M. S. Ribeiro, Jorge Luiz S. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 11-5-88 — 5ª Turma).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 117.749 — RJ
(Registro nº 9.609.024)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*
Impetrante: *Caixa Econômica Federal — CEF*
Impetrado: *Juiz Federal da 10ª Vara — Rio de Janeiro*
Litisconsorte Passiva: *Maria Alcione de A. Michelin*

EMENTA: Trabalhista. Ação cautelar. Deferimento liminar. Ilegalidade. Prejuízo irreparável. Mandado de segurança contra ato judicial. Admissibilidade.

1. Admite-se agravo de instrumento de decisão proferida em processo cautelar, ainda que versando matéria trabalhista.

2. A falta de sua interposição, contudo, não elide o conhecimento de mandado de segurança contra ato judicial, que poderia ser pelo mesmo atacado, quando evidente a ilegalidade deste e irreparável o prejuízo que poderá causar.

3. Somente se defere liminarmente medida cautelar, sem audiência da parte ré, quando verificar o juiz que a citação desta poderá torná-la ineficaz (art. 804 — CPC).

4. O poder dispositivo do empregador, de rescindir contrato de trabalho, em caso de ocupante de função de confiança, não integrante do quadro de pessoal efetivo da empresa pública, não pode ser obstaculizado em seu exercício, por adiamento de medida cautelar, por falta de aparência de bom direito e perigo da demora da prestação jurisdicional apropriada, de curso processual expedito.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deferir 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, 16 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A Caixa Econômica Federal impetra mandado de segurança contra ato do Juiz Federal da 10ª Vara da Se-

ção Judiciária do Rio de Janeiro, que deferiu liminarmente medida cautelar, sem ouvir a parte contrária, para obstar a rescisão do contrato de trabalho que Maria Alcione de Assis Michelin mantinha com o extinto Banco Nacional de Habitação.

Diz, inicialmente, que deixou de interpor agravo de instrumento da decisão, por se tratar de ação cautelar em matéria trabalhista, uma vez que a legislação processual aplicável não admite recurso de decisão interlocutória.

Argumenta com ilegitimidade flagrante, posto que não concorrem os pressupostos da medida cautelar intentada, ou seja, a aparência de bom direito e o perigo da demora da prestação jurisdicional.

Prestou informações a autoridade impetrada, sustentando a existência dos pressupostos para a concessão liminar da medida, já que se trata de eventual suspensão de salários, de feição alimentar e que não se tem certeza de que a autora estivesse a exercer função gratificada, de provimento e dispensa livres.

Citada a beneficiária da medida cautelar, veio a mesma aos autos, sustentando a legitimidade de seu pedido de estabilidade provisória no emprego, bem assim da inconstitucionalidade do Decreto-lei que extinguiu o BNH, matéria suscitada, na ação cautelar em causa.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Procurador da República, Washington Bolívar de Brito Júnior, pela concessão da segurança.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Preliminarmente a impetrante, sustentando que se trata de cautelar em matéria trabalhista, deixou de atacar a decisão por meio de agravo de instrumento, por não haver, na legislação própria, possibilidade de recurso de decisões interlocutórias.

Sem razão, contudo, por isso que, ao usar a parte da ação cautelar, regulada pelo Código de Processo Civil, sujeita-se aos recursos do sistema desse diploma de ritos, ainda que a matéria seja de natureza trabalhista, como temos, reiteradamente, decidido nas Turmas.

A admissibilidade do mandado de segurança, no entanto, está baseada em ilegalidade flagrante e prejuízo irreparável, por isso que se trataria de deferimento liminar de medida cautelar, sem que ocorram os pressupostos em que se baseia a ação cautelar.

Estou que deva ser conhecida a ação de segurança, pois.

Efetivamente, tanto não se apresenta plausível o direito invocado pela requerente, de não ter rescindido o seu contrato de emprego, quanto inexistente o perigo da demora da solução judicial da pendência, ao menos para justificar o deferimento liminar de cautela, que, conforme tem, reiteradamente, sido decidido por este Tribunal, somente pode ser adiantada, sem audiência do requerido, quando verificar o juiz que, com a citação, se tornará ineficaz a cautela.

Não é o caso dos autos, em que a requerente exerce função gratificada, de livre provimento, não sendo servidora da empresa pública, integrando o quadro de pessoal do extinto BNH, o que importa em dizer que se trata de empregada em função de confiança, sujeita à dispensa, tanto que assim o deseje a empregadora, assegurados os direitos previstos em lei, entre os quais não se inclui o de estabilidade, ainda que provisória, no emprego.

No caso, o poder dispositivo do empregador, de rescindir o contrato, ainda que sem a ocorrência de justa causa, com base em falta grave, se apresenta mais acentuado, não podendo a situação da litisconsorte da autoridade impetrada autorizar o deferimento liminar da cautela.

Demais disto, tenho que o adiantamento liminar impõe obrigação de manter a impetrante a remuneração de pessoa cujos serviços se apresentam dispensáveis, a importar em causar prejuízo irreparável à empresa impetrante, pela impossibilidade de repetição de salários.

E, como bem disse outro Juiz, da mesma Seção Judiciária, o ponderado e ilustrado titular da Segunda Vara — Ney Magno Valadares — em causa similar:

«... a demissão da requerente, se confirmada sua estabilidade temporária, poderá ser reparada mediante reintegração no emprego, ficando ressalvados todos os seus direitos e vantagens.»

Isto posto, voto no sentido de conceder a segurança, para cassar a cautela liminarmente deferida.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 117.749 — RJ — (Reg. nº 9.609.024) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Impte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Impdo.: Juiz Federal da 10ª Vara — RJ. Litisconsorte passiva: Maria Alcione de A. Michelin.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu a segurança. (Em 16-12-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, William Patterson, Bueno de Souza, Costa Lima, Costa Leite e Nilson Naves votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Otto Rocha e Flaquer Scartezzini. Não compareceu ao julgamento, por motivo justificado, o Sr. Min. Carlos Thibau. Impedido o Sr. Min. Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 118.360 — SP
(Registro nº 9.075.534)

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

Relator p/ Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *TELESP*

Apelada: *Rosa Mercedes Franche Alfredo*

Advogados: *Drs. Ney Martins Gaspar e outros, Maria Silva Rubião de Freitas Campos e outros e Antônio V. Boas Teixeira de Carvalho*

EMENTA: Telefone. Transferência.

A comprovação da aquisição do aparelho de telefone, em data anterior à edição da Portaria Ministerial nº 209, de 6-8-86, é condição sine qua non, para que sua transferência torne-se possível, ao amparo do princípio constitucional do direito adquirido.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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, 8 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Trata-se de recurso de apelação interposto pela Telecomunicações de São Paulo — TELESP, nos autos de Mandado de Segurança impetrado por Rosa Mercedes Franche Alfredo, irrisignada com a sentença prolatada pela MMª Juíza Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dra. Lúcia Collarile, que concedeu a ordem, determinando à concessionária que proceda à transferência objetivada.

Nas suas razões, sustenta a apelante o desacerto da sentença que hostiliza, vez que nenhum direito foi adquirido pela impetrante antes da vigência da Portaria nº 209/86, posto que a condição suspensiva consubstanciada na cláusula 5ª do Instrumento Particular de Promessa de Direito e Obrigações de Uso de Serviço Público Concessionado

que celebrou com terceiro, só se verificou em 10 de agosto de 1986, quando do vencimento da última nota promissória. No mais reporta-se às informações prestadas, culminando por pedir a denegação da segurança (fls. 118/120).

Contra-razões às fls. 122/128, pelo desprovimento do apelo.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Oficiando o feito, a d. Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador da República, Dr. Maurício Vieira Bracks, com o referendo do Subprocurador-Geral, Dr. Nelson Parucker, opina pela manutenção da sentença, vez que formalizado o ato antes da vigência da aludida Portaria nº 209/86, consoante decisão proferida por este Tribunal na AMS nº 113.008-DF (fls. 131).

Relatei.

EMENTA: Mandado de segurança. Administrativo. Concessão. Serviço telefônico. Portaria nº 209/86. Competência do Ministro de Estado das Comunicações. Legalidade da suspensão de venda de assinatura de telefone. Direitos do cessionário e usuário

1. Compete à União Federal explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações (art. 8º, XV, a, da Constituição) aí incluído o de telefonia.

2. Compete ao Ministro de Estado das Comunicações disciplinar o serviço público de telefonia, expedindo instruções e baixando as normas necessárias para o cumprimento de leis e regulamentos.

3. O concessionário submete-se à organização, funcionamento e exigências do serviço, que são modificáveis a qualquer tempo de acordo com o interesse da coletividade, assegurando-se-lhes o equilíbrio financeiro. Portanto, maior direito não tem o usuário do serviço público.

4. O valor econômico que se atribui à assinatura de telefone, em favor do Usuário, que não tem mais direitos do que o Cessionário, pode sofrer alterações no interesse coletivo, feitas unilateralmente pelo poder Concedente, sem ofensa a direito líquido e certo do Usuário.

5. Legalidade da Portaria nº 209/86 baixada no uso da competência conferida ao Ministro de Estado das Comunicações, com vistas a salvaguardar o interesse da coletividade, sem ofensa a direito líquido e certo do assinante do serviço telefônico.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Não vislumbro na espécie a pretendida formalização do negócio somente quando paga a última promissória.

De fato, o contrato foi realizado pelas partes em 9-8-1985, sem que sua eficácia ficasse pendente de evento futuro e incerto.

Mesmo que se tratasse de condição, como quer a apelante, seria resolutive e não suspensiva, em face ao exercício irrestrito do direito ter-se operado a partir da celebração da avença.

A propósito, confira-se o art. 119 do Código Civil:

«Art. 119. Se for resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido...»

No mais, em que pese formalizado o negócio anteriormente à Portaria nº 209/86, tenho que incorreu qualquer violação a direito líquido e certo da impetrante.

Nesse sentido, como razão de decidir, faço juntar cópia dos votos que proferi quando dos julgamentos dos MS n.ºs 113.098-DF e 113-008-DF, a cujos fundamentos reporto-me para dar provimento ao recurso, denegando a segurança.

Nesse sentido é o meu voto, *data venia*.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: *Data venia* do eminente Relator, mantenho a r. sentença de primeiro grau, coerente com o entendimento que venho mantendo sobre a matéria, e que se harmoniza com a jurisprudência dominante no Plenário e na Corte, como faz certo acórdão de minha lavra, cuja ementa proclama:

«Telefone. Transferência.

A comprovação da aquisição do aparelho de telefone em data anterior à edição da Portaria Ministerial n.º 209, de 6-8-86, é condição *sine qua non* para que sua transferência torne-se possível, ao amparo do princípio constitucional do direito adquirido.

Sentença confirmada.» (REO 119.308-SP, Registro 9382291).

Isto posto, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, a conduta da autoridade apontada como coatora corrobora a versão de que a administração pública se ajustou ao entendimento predominante do Tribunal, e que as assinaturas anteriores à portaria não se subordinam às normas.

Nesta compreensão, pedindo vênias ao Sr. Ministro Relator, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 118.360 — SP — (Reg. n.º 9.075.534) — Rel. Originário: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Rel. p/ acórdão: O Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: TELESP. Apda.: Rosa Mercedes Franche Alfredo. Advs.: Drs. Ney Martins Gaspar e outros e Maria Sílvia Rubião de Freitas Campos e outros e Antônio V. Boas Teixeira de Carvalho.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento à apelação. (Em 8-12-87 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Bueno de Souza votou com o Sr. Ministro Otto Rocha. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Otto Rocha. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 118.767 — RS
(Registro nº 9.656.510)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*

Impetrado: *Juízo Federal da 4ª Vara — RS*

Litisconsorte Passiva e Necessária: *Élida Margarida Yemi Gonzales*

Advogados: *Drs. Alberto Bortolotto e outro, e Cecília Luiza Martini*

EMENTA: Processual. Cautelar inominada. Mandado de segurança.

Reclamação trabalhista. Induvidoso o cabimento das medidas cautelares no processo trabalhista, certo é regê-las, então, pelos pressupostos e recursos estabelecidos no CPC, do qual se removem para subsidiar a CLT. Onde, no caso, caber o mandado de segurança contra a cautelar agravada, desatenta que se mostra às indagações do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, ao reintegrar, liminarmente, o servidor público, optante pelo FGTS e despedido, ademais, sob acusação de improbidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do pedido e conceder a segurança para cassar a cautelar atacada, 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 novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A presente impetração ataca medida cautelar incidental, deferida pelo MM. Juiz impetrado, Dr. Eli Goraieb, no curso da reclamação trabalhista movida à empresa impetrante por servidora-optante que despedira sem o devido inquérito de apuração da justa causa; deferiu-se cautelarmente a reintegração da reclamante no emprego, compelindo-se a reclamada ao pagamento dos salários dos meses não trabalhados desde a dispensa, isso, ao fundamento do estado de miserabilidade a que fora levada pela despedida, a qual, se justa ou injusta, dirá a sentença — fls. 10. Daí que, agravada a decisão, sustenta-se o cabimento do *writ*, proce-

dente, ademais, porque, em síntese, ilegal seria a cautelar alheia à incompatibilidade do instituto da estabilidade com a do opcional regime do FGTS, tal qual dito pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da colacionada ementa no RE 99.747-4-ES. Por isso, o pedido da liminar suspensiva da decisão atacada, e da sua final cassação.

Concedi a liminar, em conta dos pressupostos, inclusive a relevância do direito tocante à inacumulabilidade dos regimes trabalhistas confrontados — fl. 49.

Informando, adianta a nobre Juíza Silvia Maria Goraieb, ora em exercício na Vara de origem, que negou seguimento ao agravo noticiado na inicial, dado que incabível no processo trabalhista, salvo contra despacho que não recebe o recurso. A partir daí, defende o pleno cabimento do poder geral da cautelar do juízo do trabalho, mediante aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, naquilo que não for incompatível com a CLT. No mérito, propriamente dito, louva a decisão, em síntese porque, a par do estado de miserabilidade da reclamante — reparável, em última hipótese, pelo Direito Natural, gravado no íntimo de cada ser humano como legado Divino —, viria ao caso a natureza alimentícia da prestação deferida, a fundo do bom direito, qual o de que, segundo a jurisprudência, a demissão de empregado de empresa pública imprescinde da instauração de inquérito judicial, em sendo ou não estável o demitido, como decorrência do princípio da legalidade que deve nortear os atos administrativos — fls. 54.

Oficiando, a douta Subprocuradoria-Geral da República argüiu a necessária citação da reclamada como litisconsorte; defendeu o cabimento do *mandamus*, tanto mais porque, aplicando-se subsidiariamente as medidas cautelares ao processo trabalhista, irrecorrível, porém, é a decisão liminar, por incabível o agravo de instrumento, recurso que, em não sendo omissa a CLT quanto ao sistema especial dos recursos, não o indica, porém, como cabível contra as interlocutórias. Quanto à decisão em si mesma, assim se pronunciou o parecer:

«18. Aparentemente a decisão atacada estaria entre aquelas denominadas de «decisões judiciais fundadas em conhecimento sociológico explícito» (*apud* Souto e Falcão, *in* Sociologia do Direito, Livraria Pioneira, SP, 1980, págs. 317 e ss.), sem amparo normativo (lei positiva) mais acurado, e que de pronto, detecta-se um desvio de poder; entretanto tal não se dá.

19. A decisão *sub examine* é daquelas típicas e inerentes às cautelares trabalhistas.

20. O Min. Coqueijo Costa arrola como medida cautelar inespecífica, embora decorra, em parte, do texto consolidado, «a medida liminar de reintegração do estável despedido *ad nutum* (*in* Direito Processual do Trabalho, Forense, 1986, pág. 692).

21. Acrescenta o ilustre doutrinador:

«No primeiro caso, o processo de reclamação que ele intentar visará a este objetivo — a reintegração (com ou sem salário) — ou, se for o caso, a despedida indireta, a indenização em dobro» (*op. cit.* pág. 692).

22. Dessa forma, a decisão se reveste, *ab initio*, de caráter e conteúdo legal normativo.

23. No tocante a medida ter sido tomada apenas com a motivação da audiência da parte reclamante, i. e., sem aparente provocação, no caso da lide, tal é cabível.

24. É corrente que o poder geral de cautelar inscrito no art. 797 do CPC autoriza, fora das hipóteses previstas nas cautelares nominadas que têm procedimento próprio, que «o juiz pode praticar, de ofício, atos acautelatórios ou determinar medidas cautelares inominadas» (*apud* Coqueijo Costa, *in op. cit.* pág. 690).

25. Daí, não se vê abuso ou desvio de poder inerente ao ato judicial atacado, nem estaríamos diante da hipótese que Giovanni Verdi denominou de

«ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex art. 700 CPC» (apud Ovidio A. B. da Silva, do Processo Cautelar, Ed. Letras Jurídicas, 1985, pág. 10).

26. Esta pequena digressão vem no sentido de restringir a lide posta sob o ângulo estritamente positivista, sem contudo, dispensar o conteúdo sociológico da decisão.

27. Este Egrégio TFR, por sua Egrégia Primeira Seção, decidiu que «a estabilidade prevista no art. 492 da CLT coexiste com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, se o empregado a possuía, quando instituído o novo regime indenizatório. O que o empregado renuncia é à estabilidade de que poderia adquirir depois da opção, não a que se perfaz nos termos da legislação consolidada: Lei 5.107, de 13-9-66, artigos 16 e 17, e Lei 5.958, de 10-12-73, artigo 1º, parágrafo 21. (Embargos de Divergência em RO nº 4.473/RS, Rel. Min. Carlos Madeira, in DJ de 19-9-85, pág. 15.867/68).

28. Ora, de posse o Magistrado de reclamatória fundada na coexistência do regime estável com o fundiário, matéria, embora não pacífica, mas com orientação jurisprudencial definida no Egrégio TFR — plausibilidade do direito, tendo, ainda, motivação suficiente da ocorrência de dano irreparável para o empregado decorrente da ausência do sustento alimentar em sentido lato, em virtude da supressão salarial — situação de perigo —, deveria, como fez, utilizar-se do seu poder geral de cautela.

29. Como se vê, embora cabível o writ, este não pode prosperar, já que a eventual lesão que a cautelar poderia vir a causar não equipara-se à lesão que ocorreria ao empregado, além do que, a medida atacada, ao determinar a reintegração provisória da empregada, que por certo fará jus à remuneração, decorrerá do trabalho que executará.

30. No mais, é de se acrescentar que de nada restaria o avanço propugnado pelo CPC brasileiro no que tange à abrangência do poder geral de cautela, se, de fato, este não se operacionalizasse na *praxi* forense.

31. No entanto, detecta-se que a fundamentação do despacho atacado extrapola os limites da prevenção do dano, ou seja, o ato ao determinar conjuntamente com a reintegração o pagamento dos meses não trabalhados, a título de reposição, foge do âmbito da prevenção e invade providência satisfativa inerente ao processo de conhecimento, bem como, aqui sim, determina forma de contraprestação que por não ser resgatável em face de uma eventual decisão negativa causará dano irreparável ao impetrante.

32. Isto posto, entende-se que o writ deve prevalecer nesta parte, eis que, o ato extrapola os limites balizadores da cautela invadindo esfera de pretensão só passível de discussão, pelo seu caráter satisfativo na seara do processo de conhecimento.

33. Pelo exposto, opina-se pelo conhecimento e provimento parcial do writ no sentido de se revogar parte do ato atacado, a fim de que se vede a percepção antecipada dos meses não trabalhados posteriores à demissão.

Brasília, 17 de agosto de 1987.

JOSÉ ROBERTO F. SANTORO, Procurador da República.

Aprovo: Cláudio Lemos Fonteles, Subprocurador-Geral da República.»
(Fls. 64/67.)

Determinei, então, a citada da litisconsorte necessária, D. Elida Margarida Yemi Gonzales, a autora da reclamação trabalhista em causa, a qual se pôs em longas considerações sobre a excelência do seu direito à reintegração, a começar do vício de vontade no qual se houvera: primeiro, ao optar pelo regime celetista (1975), estatutária estável que era, e segundo, ao optar pelo FGTS (1979), sem no entanto ter recebido qual-

quer indenização; igual vício se dera pelo estado de necessidade que a obrigara a locupletar-se da acusada importância sob sua guarda, destinando-a ao tratamento da saúde de um filho menor — fl. 75.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, adiro ao que nos autos se disse sobre as práticas cautelares removidas do processo civil para o trabalhista, em subsídio do CPC pela omissão da CLT.

Discordo, contudo, da conclusão de que, em se removendo para ali medidas cautelares, com as mesmas também não se removam os recursos que lhes forem inerentes, tal como o é o agravo de instrumento contra o seu deferimento *in limine*. Nisso, aliás, estou na boa companhia da Eg. Segunda Turma, a teor do precedente contrariado pelo parecer, e que assim se resume:

«Processo do Trabalho. Cautelar. Recurso.

1. A amplitude da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 769 da CLT) admite o uso das medidas cautelares no processo trabalhista.

2. Da decisão que concede, liminarmente, medida cautelar cabe Agravo de Instrumento.

3. Não incidência, no caso, do disposto na letra *b* do art. 897 da CLT, mas subsidiária da legislação processual civil.

4. Indemonstrada a irreparabilidade do prejuízo, conhece-se do agravo e se lhe dá provimento.» (AI 45.388/R3, Rel.: Min. Costa Lima, *in DJ* de 30-8-84, pág. 13.805). — Fls. 63.

Todavia, essas considerações processuais, aduzidas *en passant*, não têm maior relevância para o caso dos autos, pois que, no plano do uso do recurso próprio como requisito da admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial recorrível, quando gritante não transpareça a eiva de ilegalidade ou de abuso de poder irrogada, viu-se que, recorrível ou não a decisão malsinada, certo é que a impetrante dela recorreu a tempo e modo.

Por outro lado, também não vem ao caso a jurisprudência do Tribunal, consagrada na Súmula 195, reputando incabível o mandado de segurança para dirimir litígio trabalhista; isso porque, primeiro, o presente *writ* não tem o escopo de discutir o litígio trabalhista idoneamente ajuizado por via da reclamação em curso, senão que reparar ato judicial específico, incriminado ao largo do que se venha a decidir no litígio trabalhista propriamente dito; e segundo, se porventura houvesse conotação do ato com a dirimência do litígio recusada sumularmente ao abrigo do *mandamus*, já aí viria à baila a consideração anterior, quanto a que, adotada subsidiariamente a cautelar no processo trabalhista, necessariamente se lhe seguem todas as suas derivações, entre as quais, a da admissibilidade do mandado de segurança para atacá-la nos limites, como se atacam os atos judiciais em geral.

E esses limites não me parecem extrapolar o pedido *sub judice*, quanto os revela a inicial em destacar a difícil reparação dos efeitos da medida e o relevante fundamento jurídico, requisitos que assistem ao órgão público empregador contra a compulsória reintegração do servidor despedido por justa causa, tanto mais que optante pelo FGTS. Onde conhecer do mandado de segurança.

Examinando-o, por doloroso que me seja, deixo de lado a impressão de miserabilidade que a reclamante causou ao digno juiz *a quo*, desde mesmo a longa defesa com que, na reclamação postulada, se escusou à irrogação de improbidade, segundo a versão do estado de necessidade que a impelira à apropriação de valores sobre sua guarda.

É que, a ter peso decisório, tal impressão não pode e não deve atuar pelos exclusivos conselhos do Direito Natural ou do conhecimento sociológico explícito, ao largo da norma positiva de reigência do fato jurídico.

E a esse lamentável largo, d. m. v., parece estar a decisão ora examinada, por quanto que, em ligeira síntese, a salvo digressões abrangentes do mérito da reclamatória não se percebe possa, em primeiro lugar, atribuir-se a um órgão público o risco da reparação incerta no cumprimento da condenação reintegratória a que for obrigado por sentença; e em segundo pressuposto cautelar, a esta altura da notoriedade da orientação do Pretório Excelso, já não se mostra plausível o direito à coexistência do regime do FGTS com o da estabilidade.

Fico nessas duas únicas observações da desatenção da decisão irrogada para com a normatividade positiva da espécie, porque do mesmo modo como não me animei a tanto pela impressão de miserabilidade da reclamante, também não me animo a justificar a legalidade da cautelar em função de outras arguições buscadas nos fatos que enredam a reclamatória, todos eles evidentemente carentes da dilação prolatória sob que se encontram.

Em suma, acolho as arguições da impetrante contra o ato judicial atacado, desejando, porém, que melhor e mais segura medida acautelatória do direito discutido tenha a douda julgadora a quo dispensado à parte reclamante, em dando prioridade máxima aos trâmites da sua reclamação, ajuizada há mais de um ano.

Pelo exposto, defiro o pedido e casso a cautelar de que se trata.

EXTATO DA MINUTA

MS 118.767 — RS — (Reg. nº 9.656.510) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impdo.: Juiz Federal da 4ª Vara-RS. Litisconsorte passiva e necessária: Élida Margarida Yemi Gonzales. Advs.: Drs. Alberto Bortolotto e outro e Cecilia Luiza Martini.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do pedido e concedeu a segurança, para cassar a cautelar atacada. (Em 18-11-87 — 1ª Seção).

O Sr. Ministro Lauro Leitão não compareceu por motivo justificado.

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Flaquer Scarcezini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade e Assis Toledo votaram com o Relator.

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 119.240 — RJ
(Registro nº 7.759.797)

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

Apelante: *Produtos Roche, Químicos e Farmacêuticos S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Hermano de Villemor Amaral Filho e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Importação de vitamina A₁. Classificação tarifária. GATT.

Importação, sob alíquota «zero», de vitamina A₁, sob todas as suas formas, decorrente de tratado internacional (GATT). Legislação ordinária interna tributária que não prevalece sobre aquela.

Aplicação do artigo 98 do CTN.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 9 de maio de 1988 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Produtos Roche, Químicos e Farmacêuticos S/A, qualificada nos autos, impetra, perante o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, mandado de segurança contra ato do Inspetor da 1ª Inspeção da Receita Federal no Porto do Rio de Janeiro, alegando, em resumo: que, ao desembaraçar, na alfândega, as partidas de Palmitato de Axerof-tol, às quais se referem as guias de importação que especifica, foi autuada por haver declarado que tal mercadoria se beneficiava da alíquota «0» (zero) de imposto de importação, em decorrência do Acordo Internacional, denominado GATT, conforme a posição nº 29.38.00.04, com a redação dada pelo Decreto nº 78.887/76; que, para não atrasar o desembaraço das mercadorias, a impetrante depositou em ORTN's o valor do

imposto reclamado, liberou-as e apresentou sua impugnação aos mesmos autos, os quais, julgados procedentes, ensejaram recursos rejeitados pelo Conselho de Contribuintes, que manteve as decisões de 1ª instância, que a autoridade apontada como coatora pretende executar, mediante a transformação daqueles depósitos em receita da União Federal; que a autoridade coatora entendeu que a alíquota «0» (zero), resultante do citado Acordo, deve restringir-se à Vitamina A₁, sob a forma de «álcool», conforme Decreto nº 78.887, e não às formas «ésteres» ou outros quaisquer; que convém lembrar que axeroftol é sinônimo de Vitamina A₁, éster é um álcool diluído em ácido, acetato é o composto resultante da ação do ácido acético sobre um hidrato em um álcool e «palmitato» é a designação geral dos sais e ésteres de ácido palmítico; que o que foi negociado no acordo internacional (GATT) não pode ser mudado ou restringido por lei ordinária, conforme o art. 98 do CTN; que qualquer referência a uma matéria numa determinada posição se refere a esta matéria, quer em estado puro, quer misturada ou associada a outras matérias; que a posição mais específica terá prioridade sobre a mais genérica, e assim, o axeroftol que consubstancia a matéria essencial e específica, vitamina A₁, quando diluída em dado ácido acético e/ou ácido palmítico deve, inexoravelmente, classificar-se na posição 29.38.04.01 do Decreto 78.887 e não pode, porque diluído em um ácido, ter uma alíquota agravada com base na mais recente Nomenclatura Brasileira de Mercadorias — NBM.

Solicitadas as informações, fls. 130, estas foram prestadas, a fls. 131/136.

A segurança foi denegada, pela sentença de fls. 163/165.

Inconformada, apela a impetrante, com razões a fls. 169/178.

Contra-razões, a fls. 199/200.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 203/208, pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Adoto, como razões de decidir, os fundamentos expendidos no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, lançado pelo ilustre Procurador Dr. Wagner Gonçalves, aprovado pelo eminente Subprocurador Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, nestes termos:

«Discute-se no presente *mandamus* sobre a cobrança de imposto de importação em produtos classificados, originariamente, no código nº 29.38.04.01, da «lista das Concessões Tarifárias do GATT».

Entende a impetrante, Produtos Roche S/A, que «palmitado de Axeroftol» é um dos derivados da Vitamina A₁, na sua forma esterificada, incidindo, portanto, a alíquota zero, e não a de 30% prevista no Decreto-Lei nº 1.752, de 31-12-79, porque a legislação interna não pode alterar ou modificar os tratados e concessões internacionais, conforme o art. 98, do CTN.

Ao decidir, o r. Juiz singular assim expõe, *verbis*:

«A impetrante juntou cerca de onze guias de importação que teria originado os seguintes autos de infração: 92, 179, 238, 121, 246 e 256/85.

Tanto o Decreto nº 75.772, de 26 de maio de 1975, como o Decreto nº 78.887, de 6 de dezembro de 1976, posicionaram a Vitamina A₁ (axeroftol) no item da tarifa 29.38.04.01, sob a alíquota «0».

Ocorre que, com o advento do Decreto-Lei nº 1.753, de 31 de dezembro de 1979, assim foram disciplinados o valor da alíquota e respectivo código:

- Código 29.38.01.01 — Vitamina A, Álcool (Axeroftol) alíquota «0»
 Código 29.38.01.99 — Qualquer outro — alíquota 30%
 Código 29.38.01.03 — Acetato de Axeroftol — alíquota 30%
 Código 29.38.01.04 — Palmitato de Axeroftol — alíquota 30%
 Código 29.38.01.99 — Qualquer outro — alíquota 30%

As bem-fundamentadas informações apresentadas pela autoridade impetrada relevaram o fato de que a Tarifa Aduaneira do Brasil, baixada pelo Decreto-Lei nº 1.753/79, tornou mais explícito, o que já existia de forma implícita na tarifa anterior, que serviu de base para as negociações no GATT, a qual mencionava no item 99 «qualquer outro», significando os derivados da vitamina A1, bem como qualquer outra vitamina A.

Não possui qualquer amparo legal a pretensão da impetrante ao almejar a aplicação do decreto que lhe beneficia, em face da legislação posterior que disciplina a questão.» (Fls. 164/165).

Como se vê, trata-se em saber se a legislação posterior ao tratado do «GATT» pode ampliar ou alterar entendimentos, com vistas à fixação de parâmetros não previstos naquele tratado.

Ora, a vitamina A1, que é, na realidade, sinônimo de «Axeroftol» (Éster de vitamina A1), como admite a própria autoridade impetrada (fl. 132), foi negociada, ainda em 1960, em um dos primeiros acordos sobre tarifas aduaneiras, recebendo, na oportunidade, o código nº 29.38.005, com previsão de alíquota livre, e sob a genérica especificação de vitamina A (Axeroftol) — fls. 117/118. A Lista do Acordo foi editada no país pelo Decreto 40.001, de 31-8-1960.

Posteriormente, em negociações sucessivas, foi mantida a denominação genérica para a vitamina A e derivados, prevendo-se sempre alíquota zero — Decreto nº 75.772, de 26-5-75, e 78.887, de 6-12-76, respectivamente.

Contudo, vindo a lume o Decreto-Lei nº 1.753, de 31-12-79, modificou-se o entendimento anterior, para fixar alíquotas específicas, não previstas no GATT, e alguns derivados de vitamina A1, na sua forma esterificada.

Resulta, portanto, em saber se tal regra deve prevalecer frente ao que dispôs o tratado do GATT.

A resposta, como se vê, é simples, *data venia*.

A legislação posterior ao tratado não pode modificá-lo, como estatui o art. 98, do CTN. Desse modo, o Decreto-Lei nº 1.753/79 está para o GATT assim como o decreto está para a lei. Ele não se liberta do tratado, ao qual serve e é subordinado.

No dizer de Fábio Fanucchi:

«Tratados e convenções internacionais — Nenhuma lei tributária prevalecerá contra disposição de tratado e convenções internacionais assinadas pelo Brasil. É o que dispõe, com outras palavras, o artigo 98 do CTN.

Trata-se, está se vendo, de uma limitação à soberania do direito positivo interno. Mais, o direito tributário é o ramo que dá o primeiro passo no sentido do reconhecimento expresso desses efeitos superiores dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação interna. Por decorrência disso, do legislador e do aplicador da lei, é exigido total conhecimento desses documentos, a fim de que, também por eles, norteiem seus procedimentos em direito tributário». (Curso de Direito Tributário Brasileiro, vol. I, pág. 138).

Afirmar, *in casu*, que a especificação prevista no Decreto-Lei nº 1.753/79 estava implícita no Tratado é subverter o ordenamento jurídico, com ofensa à regra do art. 98 do CTN, violando-se, de maneira insofismável, os princípios da lealdade e da segurança jurídica, que também devem nortear os atos da Administração.

Este assunto não é novo nesse eg. Tribunal, que já teve a oportunidade de apreciar a matéria nos seguintes julgados:

«Tributário. Importação. GATT. Vitamina A1 — Classificação tarifária.

I — Importação, sobre alíquota zero, de Vitamina A1 em todas as suas formas, em razão de norma inscrita no Tratado do GATT. Não prevalecimento da legislação tributária interna sobre a norma inscrita no Tratado. CTN, art. 98» (AMS nº 116.054-RJ — Rel. Min. Carlos Mário Velloso).

«Mandado de Segurança — Importação de Vitamina A1 — Classificação tarifária — GATT.

Importação, sob alíquota «zero», de vitamina A1, sob todas as suas formas, decorrente de tratado internacional (GATT). Legislação ordinária interna tributária que não prevalece sobre aquele.

Aplicação do artigo 98 do CTN.

Sentença confirmada». (AMS 111.522-RJ — Rel. Min. Miguel Ferrante).

Vê-se, portanto, face às razões acima, que a sentença merece reforma, *data venia*.

Opina o Ministério Público Federal, assim, pela reforma do julgado, concedendo-se a segurança».

Louvando-me, pois, nas razões acima aduzidas, dou provimento à apelação, para reformar a sentença monocrática e conceder a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 119.240 — RJ — (Reg. nº 7.759.797) — Rel.: Sr. Min. Miguel Ferrante. Apte.: Produtos Roche, Químicos e Farmacêuticos S/A. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Hermano de Villemor Amaral Filho e outros.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo». (Em 9-5-88 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 119.901 — RS
(Registro nº 7.844.050)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*
Remetente: *Juízo Federal da 11ª Vara — RS*
Apelante: *PIS/PASEP*
Apelado: *Cláudio Roberto Monnenmacher*
Advogado: *Dra. Sandra Silva Domingues*

EMENTA: PIS/PASEP. Levantamento.

A Lei Complementar nº 26/75 não autorizou o recebimento do respectivo saldo das contas individuais dos participantes do PIS/PASEP que contraíram casamento antes de sua vigência.

Recursos providos para cassar a segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso e à remessa *ex officio* para cassar a segurança, nos termos do voto do Sr. Min. Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cláudio Roberto Monnenmacher contra o Gerente Regional do Banco do Brasil S/A que lhe indeferiu pedido de levantamento de quotas do PASEP, em razão de ter se casado antes da data-limite estipulada unilateralmente pela coordenação do Programa.

Indeferida a liminar (fls. 10vº) a autoridade apontada coatora prestou informações argüindo as preliminares de *ilegitimatio passiva ad causam* e carência da ação. No mérito, sustentou a legalidade do ato, praticado que fora de conformidade com as normas que regem a espécie.

Concedida a segurança e ordenada a remessa de ofício (sentença de fls. 39/44), apelou, inconformado, o Fundo de Participação PIS/PASEP às fls. 48/53.

Decorrido o prazo para oferecimento de contra-razões, os autos subiram a este E. Tribunal, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo provimento do apelo (fls. 58).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, A Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, em seu artigo 4º, § 1º, determinou que:

«*Ocorrendo casamento*, aposentadoria, transferência para a reserva remunerada, reforma ou invalidez do titular da conta individual, poderá receber o respectivo saldo...» (grifamos).

Esta Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 78.276, de 17 de agosto de 1976 e, com base neste, foi baixada a Resolução nº 4/78 que, em seu item III, autorizou os saques das quotas do Fundo, nos casos de casamentos ocorridos a partir do cadastramento.

A nosso ver, a Lei Complementar nº 26/75 não autorizou o recebimento do respectivo saldo das contas individuais dos participantes do PIS/PASEP que contraíram casamento antes de sua vigência. Se o legislador usou a expressão «*ocorrendo casamento...*», está claro que não abrange o casamento celebrado antes de sua vigência e sim aquele ocorrido depois de seu advento.

A questão está pacificada nesta Egrégia Corte, bastando citar apenas algumas decisões recentes. Na AMS 116.679-RS, Rel. o Eminentíssimo Ministro William Patterson, DJ de 10-3-88, a Egrégia Primeira Turma, por unanimidade, firmou o entendimento de que:

«A legislação de vigência (Lei Complementar nº 7/70 e Lei Complementar nº 26/75) não autoriza interpretação no sentido de que o saque do PIS pode ser feito por aqueles que convolaram o matrimônio antes da criação do Programa. Ao contrário, as expressões usadas denotam o propósito de atender situações presentes e futuras.»

No mesmo sentido e com o mesmo Relator são as AMS nºs 112.797, DJ de 12-11-87; 108.922-RS, DJ de 10-3-88 e 114.314-RS, DJ de 10-3-88.

Na AMS nº 116.479-RS, Relator o Eminentíssimo Ministro Otto Rocha, esta Egrégia Turma, por unanimidade, entendeu que:

«Não têm direito ao levantamento de quotas do PIS/PASEP os participantes que convolaram núpcias em data anterior ao cadastramento do Fundo» (julgamento de 2-2-88).

No mesmo sentido foram os acórdãos proferidos nas AMS nºs 116.711-RS e 115.456, Relator o Eminentíssimo Ministro José Dantas, pela Egrégia Turma.

Diante disso, a respeitável sentença recorrida deve ser reformada por contrariar a jurisprudência desta Egrégia Corte.

Isto posto, dou provimento ao recurso e à remessa de ofício para cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 119.901 — RS — (Reg. nº 7.844.050) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Remte.: Juízo Federal da 11ª Vara-RS. Apte.: PIS/PASEP. Apelado: Cláudio Roberto Monnenmacher. Adv.: Dra. Sandra Silva Domingues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso e à remessa *ex officio* para cassar a segurança, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 12-4-88 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Fleury Pires (art. 138, § 2º, do RITFR) e Costa Lima votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 122.443 — DF
(Registro nº 8.943.060)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fleury Pires*

Impetrante: *Confab Industrial S/A*

Impetrado: *Sr. Ministro de Estado da Fazenda*

Advogados: *Drs. Keiji Matsuzaki e outro*

EMENTA: Constitucional. Processual Civil. Mandado de Segurança. Competência.

1. Cuidando-se de ato praticado por delegação ou subdelegação de competência, deve a impetração ser dirigida contra a autoridade que detém os poderes delegados. Aplicação da Súmula nº 510, do Supremo Tribunal Federal.

2. O Tribunal Federal de Recursos é incompetente para conhecer, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade sujeita à jurisdição da Justiça Federal de primeiro grau, ainda que por delegação ou subdelegação do Ministro de Estado.

3. Mandado de segurança não conhecido, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança e remeter os autos à Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Distrito Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro FLEURY PIRES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Trata-se de mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro da Fazenda que decretou o perdimento de bens, da impetrante, de procedência estrangeira, adquiridos no mercado interno, com fundamento em procedimento administrativo iniciado com lavratura de Auto de Infra-

ção e Termo de Apreensão Fiscal (Proc. nº 10.882-00132/86-32) e com base no Decreto-Lei nº 1.455/76. Sustenta a impetrante, em síntese, que o perdimento decretado é ato injurídico porque, como adquirente de boa-fé, nada tem a ver com a relação obrigacional tributária que tivesse como fato gerador a importação, regular ou irregular, do equipamento que se tomou de sua propriedade, através aquisição legal e coberta por documentos idôneos emitidos por empresa regularmente constituída e em atividade; que o equipamento não estava exposto à venda, depositado ou em circulação, mas sim utilizado na atividade normal da impetrante, não ocorrendo, assim, quaisquer das hipóteses previstas no art. 23, IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, combinado com o art. 105, X, do Decreto-Lei nº 37/66; que não havendo conluio, co-autoria ou má-fé da impetrante na alegada importação irregular, não se poderia aplicar a pena de perdimento de bens de sua propriedade, conforme pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais que traz à colação. Por esses fundamentos, longamente expostos, pede a impetrante, afinal, seja esta segurança concedida para o fim de, cessando-se a decisão que decretou o perdimento, ser determinado ao impetrado que se detenha da prática de quaisquer atos que visem a privar a impetrante da propriedade do equipamento de que se trata, condenando-se a autoridade nas custas e honorários. Pediu, ainda, a concessão de medida liminar suspendendo a eficácia e execução do ato impugnado. Com a inicial de fls. 2/16, vieram os documentos de fls. 17/42.

Concedida a liminar tão-somente para sustar o procedimento administrativo de alienação dos bens apreendidos até decisão da causa (fls. 44), foram requisitadas as informações (fls. 45), prestadas às fls. 47/61, nas quais a autoridade impetrada sustenta, preliminarmente, a incompetência deste Tribunal e ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, eis que o ato impugnado foi praticado em delegação de competência pelo Coordenador de Atividades Especiais da Secretaria da Receita Federal, devendo a impetração ser dirigida contra a autoridade que detém os poderes delegados nos termos da Súmula nº 510 do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência desta Corte. No mérito, refutou as alegações da impetrante, concluindo pela legitimidade do ato atacado pela segurança.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da segurança e remessa dos autos à Justiça Federal de Primeira Instância (fls. 62).

É o relatório.

EMENTA: Constitucional. Processual civil. Mandado de Segurança. Competência.

1. Cuidando-se de ato praticado por delegação ou subdelegação de competência, deve a impetração ser dirigida contra a autoridade que detém os poderes delegados. Aplicação da Súmula nº 510, do Supremo Tribunal Federal.

2. O Tribunal Federal de Recursos é incompetente para conhecer, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade sujeita à jurisdição da Justiça Federal de primeiro grau, ainda que por delegação ou subdelegação do Ministro de Estado.

3. Mandado de segurança não conhecido, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLEURY PIRES (Relator): Senhor Presidente, a prejudicial argüida pela autoridade impetrada, relativa à incompetência do foro e ilegitimidade passiva do Sr. Ministro da Fazenda, é de ser acolhida.

Efetivamente, consoante se vê do documento de fls. 31, o ato impugnado na inicial foi praticado pelo Coordenador de Atividades Especiais da Secretaria da Receita Federal «com base na subdelegação de competência que me foi conferida pelo Exmo. Se-

nhor Secretário da Receita Federal, através da Portaria SRF nº 351, de 2 de junho de 1987».

Em assim sendo, configurada está a ilegitimidade passiva do Senhor Ministro da Fazenda para responder à impetração, consoante o enunciado da Súmula nº 510 do Excelso Pretório, *verbis*:

«Súmula 510. Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.»

De conseqüência, aflora a incompetência deste Tribunal Federal de Recursos para conhecer do presente *mandamus*, restrita que é a competência originária da Corte para processar e julgar originariamente apenas os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, do Presidente do próprio Tribunal ou de suas câmaras, turmas, grupos ou seções, do Diretor-Geral da Polícia Federal ou de Juiz Federal (Constituição Federal, art. 122, I, c).

Tratando-se, como se trata, de ato praticado por autoridade sujeita à jurisdição da Justiça Federal de primeiro grau, evidente a ilegitimidade passiva da autoridade apontada na inicial como coatora e, conseqüentemente, manifesta a incompetência do Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar o presente *writ*.

Nesse sentido é o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Paulo A. F. Sollberger:

«Excelentíssimo Senhor Ministro Relator.

O ato contra o qual se insurge o impetrante foi praticado pelo Senhor Coordenador de Atividades Especiais da Secretaria da Receita Federal, em razão de competência subdelegada pela Portaria SRF nº 351/87 (fls. 31).

Assim sendo, opinamos pelo não conhecimento do *writ*, cassando-se a liminar e remetendo-se os autos à Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Distrito Federal, competente para apreciar e decidir a causa.» (Fls. 62).

A matéria, aliás, não é nova, já tendo sido objeto de apreciação por esta Corte, no sentido exposto. Confirmam-se os v. acórdãos do E. Tribunal Pleno proferidos nos Mandados de Segurança n.ºs 126.754-DF, decisão unânime, Relator Ministro Washington Bolívar e 105.694-DF, unânime, Relator Ministro Costa Leite, dentre outros.

Em face do exposto, preliminarmente, não conheço da segurança, caso a liminar e determino a remessa dos autos à Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Distrito Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 122.443 — DF — (Reg. nº 8.943.060) — Rel.: O Senhor Ministro Fleury Pires. Impetrante: Confab Industrial S/A. Impetrado: Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advogados: Drs. Keiji Matsuzaki e outro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança e remeteu os autos à Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Distrito Federal. (Em 10-3-88 — Plenário).

Os Srs. Ministros Euclides Aguiar, José Dantas, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade e Assis Toledo votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, José de Jesus e Edson Vidigal.

Licenciados os Srs. Ministros Bueno de Souza e Américo Luz, sendo convocados para substituí-los os MM. Juízes Federais Drs. Fleury Pires e Euclides Aguiar, respectivamente.

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

RECURSO CRIMINAL Nº 1.392 — MG
(Registro nº 8.822.936)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*
Recorrente: *Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro*
Recorrida: *Maria Inês de Paiva*
Advogado: *Dr. Adilson José de Oliveira*

EMENTA: Penal. Crime de calúnia. Decadência. Queixa rejeitada.

A confirmação, em depoimento judicial, de fatos denunciados anteriormente em carta dirigida a autoridade superior, envolvendo irregularidades em hospital da entidade querelante, que os tem por ofensivos de sua honra, não importa em delito novo, por não presente o intuito de caluniar, razão por que não serve a renovar prazo para o oferecimento de queixa, já consumada a decadência.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes 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. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, autarquia federal de ensino, recorre de decisão do MM. Juiz Federal da Vara de Uberaba, da Seção Judiciária de Minas Gerais, que rejeitou, em virtude de decadência, queixa por ele oferecida contra Maria Inês de Paiva, pela prática do delito de calúnia, por haver confirmado em Juízo, quando depunha em reclamação trabalhista intentada contra a querelante, afirmações contidas em carta que encaminhara ao Ministro da Educação, que tem a recorrente como ofensivas de sua honra.

Tem que a ofensa fora renovada e portanto o prazo decadencial deve ser contado do depoimento.

Recebido e processado o recurso, mantida a decisão recorrida, subiram os autos a este Tribunal e a Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de ser conhecido o recurso, mas confirmada a decisão recorrida.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Tenho ponto de vista de que entidades coletivas não podem ser vítimas em delitos contra a honra, o qual, contudo, não mereceu acolhida deste Tribunal, como não tem sido aceito pelo Supremo Tribunal, em mais de uma oportunidade.

No caso, no entanto, a decisão recorrida, ao rejeitar a queixa apresentada em face de fato verificado há mais de seis meses, não acolhendo a alegação de que houvera re-primatização da prática, ao prestar a querelada depoimento em processo judicial, merece ser confirmada, dado que não se vislumbra o objetivo de caluniar nesse pronunciamento, em reclamação trabalhista em que se discutia a rescisão de contrato de trabalho entre a ora recorrente e a recorrida, que tivera como causa fato relacionado com prática de atividade comercial no local de trabalho.

É que da carta endereçada ao então Ministro da Educação constava afirmação relacionada com atividades comerciais que se desenvolviam no local de trabalho, por terceiros, tendo por objeto mercadorias providas do Paraguai e a perseguição que teria passado a sofrer a autora da carta, por tal denúncia.

Não é, deste modo, porque tenha renovado, ao defender-se, esse fato, ocorrido muito antes, que a querelada possa incidir em delito contra a honra da entidade empregadora.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RCR 1.392 — MG — (Reg. nº 8.822.936) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro. Recda.: Maria Inês de Paiva. Adv.: Dr. Adilson José de Oliveira.

Decide: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 8-3-88 — 1ª Turma).

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

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.864 — BA
(Registro nº 3.315.061)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Embargante: *União Federal*

Embargado: *Arthemias Silveira de Araújo*

Advogados: *Drs. Renato Borba Ramos e outro*

EMENTA: Trabalhista. Adicional de insalubridade.

Servidor celetista. Cessação da vantagem na vigência do Decreto-Lei 1.341/74, e sua reabilitação com o advento do Decreto-Lei nº 1.873/81, pelo que se excluem da condenação as parcelas anteriores a este último diploma. Reiterada orientação do TFR.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Acórdão da lavra do Sr. Ministro Dias Trindade, declarado à fl. 132, no que interessa aos presentes embargos fez a seguinte asseveração:

«Trabalhista. Adicional de insalubridade. Sua compatibilidade com o PCC. Embargos de declaração. Omissão inexistente.

Não é omissa a parte do acórdão que diz compatível com o PCC a gratificação de insalubridade do pessoal celetista da administração, mesmo anteriormente à edição do Decreto-Lei nº 1.873/81, que apenas disciplinou essa garantia trabalhista.» — 1ª turma, 30-6-87.

Daí que a União, vencida, traz a cotejo da divergência argüida os acórdãos assim ementados:

«Reclamação trabalhista. Plano de classificação de cargos. Adicional de insalubridade.

O direito ao adicional de insalubridade do servidor celetista incluído no Plano de Classificação cessou com a vigência do Decreto-Lei nº 1.341/74, desde que não incluída tal gratificação entre as exceções enumeradas em seu art. 6º.

Precedentes do Tribunal.

Recurso parcialmente provido. (RO nº 5.521/SC, Rel. Min. Otto Rocha, *in DJ* de 10-4-86, p. 5.229)

.....

«Trabalhista. Adicional de insalubridade.

O adicional de insalubridade somente passou a ser devido aos servidores incluídos no PCC a partir do advento do Decreto-Lei nº 1.873/81, que restabeleceu a vantagem, cancelada que fora pelo Decreto-Lei nº 1.341/74.

Embargos providos parcialmente.» (EDRO nº 6.384/RJ, Rel. Min. Costa Leite, *in DJ* de 2-5-86, p. 6.942) — fls. 136.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, pelo peso da maioria registrada naquela assentada desta Eg. Seção, voto vencido de Vossa Excelência, o certo é que o precedente ora trazido à colação, relatado pelo Sr. Ministro Costa Leite, dá conta da reiterada orientação do Tribunal sobre a matéria, por tantas e tantas vezes afirmada no sentido de que o adicional de insalubridade do servidor celetista incluído no PCC cessou com a vigência do Decreto-Lei 1.341/74, reabilitando-se apenas no advento do Decreto-Lei nº 1.873/81. — EDRO 5.521, 1ª Seção, 30-10-85.

Assertivas desse teor, ao que se sabe, de há tempos que são encontradas nos precedentes mais antigos, conforme os relacionei exemplificativamente em voto no RO 6.964, 3ª Turma, 5-11-85; EDRO 4.700, 1ª Seção, *DJ* de 22-4-82; RO 5.311, 3ª Turma, *DJ* de 31-5-82; RO 4.275, 1ª Turma, *DJ* de 2-9-82; e RO 5.418, 2ª Turma, *DJ* de 16-6-83.

Daí que, como a matéria *sub judice* se identifica, em tudo por tudo, com o padrão colacionado, reporto-me aos fundamentos do voto do Sr. Ministro Costa Leite, nos tópicos aplicáveis ao presente caso, *verbis*:

«Tendo a reclamatória sido ajuizada em 30 de janeiro de 1981, antes, portanto, da edição do diploma restabeecedor da vantagem, estou em que o v. acórdão embargado dissentiu da decisão proferida pela Egrégia Segunda Turma no RO nº 6.456-RJ) — fls. 142.

.....

«Orientou-se a jurisprudência desse Tribunal, em face do preceituado no art. 6º do Decreto-Lei nº 1.341/74, no sentido de ser indevido o adicional de insalubridade aos servidores incluídos no Plano de Classificação de Cargos. Essa orientação perdurou até o advento do Decreto-Lei nº 1.873/81, cujo art. 1º dispõe:

«Art. 1º Os adicionais de insalubridade e de periculosidade serão concedidos aos servidores públicos federais nas condições disciplinadas pela legislação trabalhista.»

Assim, nada mais fez o v. acórdão embargado que aplicar a nova legislação de regência. Ocorre que, ao confirmar a r. sentença recorrida, acabou por deferir a vantagem desde 30-1-79, abrangendo, pois, período em que os reclamantes a ela não faziam jus, reconhecendo, destarte, eficácia retrooperante ao Decreto-Lei nº 1.873/81.

Entendo que bem andou o *decisum* hostilizado ao aplicar à espécie o novo disciplinamento, pois embora os fatos que ensejaram o ajuizamento da reclamatória sejam, a exemplo da divergência, contemporâneos à legislação modificada, a perícia judicial, que comprovou a prestação de serviços em condições insalubres, já é posterior ao Decreto-Lei nº 1.873/81. Ora, se a prova dos fatos já se deu sob a égide deste diploma legal, impunha-se o reconhecimento do direito dos reclamantes ao adicional vindicado.

Aliás, é bem de ver que a hipótese se ajusta à regra contida no art. 462, do Código de Processo Civil, que proclama:

«Art. 462. Se depois da propositura de ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença».

Tenho, contudo, que carece de parcial reforma a r. decisão da egrégia Terceira Turma, diante da aplicação retroativa a que antes referi.

Nessas condições, recebo parcialmente os embargos, para expungir da condenação imposta ao embargante as parcelas anteriores ao advento do Decreto-Lei nº 1.873/81)» — fls. 142/144.

Mutatis mutandis, tratando-se de reclamação de 1980, também parcialmente recebo os embargos, para excluir da condenação as parcelas do discutido adicional, anteriores à vigência do Decreto-Lei nº 1.873/81.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, *data venia*, fico vencido.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 5.864 — BA (Reg. nº 3.315.061) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Embte.: União Federal. Embdo.: Arthemias Silveira de Araújo. Advs.: Drs. Renato Borba Ramos e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu parcialmente os embargos. (Em 11-11-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves e Assis Toledo votaram de acordo com o Relator. Vencido o Sr. Ministro Dias Trindade. O Sr. Ministro Flaquer Scartezini não participou do julgamento.

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.168 — PR
(Registro nº 3.363.511)

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

Recorrente: *IAPAS*

Recorrido: *Paschoal Waldemar Ferreira*

Rec. Ex Of.: *Juízo Federal da 3ª Vara — PR*

Advogados: *Drs. Dea Gomes Pereira e outro, José Lúcio Glomb e outros e José Maria de Souza Andrade*

EMENTA: Trabalhista. Diárias habituais. Integração ao salário. Súmula 101-TST.

As diárias superiores a 50% do salário integram-se a este, para todos os efeitos legais, caracterizada a habitualidade na percepção por mais de dois anos (art. 457 da CLT).

Recurso e Remessa desprovidos.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de maio de 1987.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O INPS recorre da v. sentença de fls. 72/75, que julgou procedente a reclamação trabalhista que lhe foi intentada por Paschoal Waldemar Ferreira objetivando a incorporação de diárias recebidas, ininterruptamente, por mais de dois anos.

Alega o Instituto, em suas razões (fls. 76/82), em síntese, que as diárias não podem integrar-se ao salário, em face do Reclamante ser servidor público, sujeito, portanto, às normas de cunho administrativo, como orientação do Parecer do DASP-6.885/74, no sentido de que a incorporação implicaria em alteração de tabelas salariais ao livre arbítrio dos dirigentes dos órgãos públicos, o que é inconcebível, e a Instrução

Normativa 121/79, DASP, que proíbe a integração dessa vantagem, em face de sobre a mesma não incidirem as contribuições previdenciárias. Sustenta, ainda, que, caso fosse mantida a incorporação, estaria ofendido o § 1º do art. 153 da Constituição Federal, de vez que o Reclamante passaria a perceber salário superior a outros servidores da mesma categoria.

Contra-razões às fls. 84/88.

Subindo os autos, nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 96/98, manifesta-se no sentido do desprovemento do recurso do Réu e da remessa.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente. Pleiteia o Reclamante a integração ao salário de diárias superiores a 50% do mesmo, as quais lhe foram pagas no período de 20-10-76 a 30-11-79, conforme demonstram os documentos de fls. 11/41.

Como se observa, a questão gravita em torno de se esclarecer se a vantagem se incorpora ou não ao salário, para todos os efeitos legais.

A matéria não é nova nesta Corte, e como bem demonstrou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, o direito perseguido pelo Reclamante encontra amparo tanto na lei como na jurisprudência de nossos Tribunais, merecendo destaque do mesmo o seguinte tópico, *ipsis litteris*:

«Dispõe o art. 457, § 2º, da CLT:

«Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.»

Diz a Súmula nº 101, do TST:

«Integram o salário pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado.»

Eis a jurisprudência deste Egrégio TFR:

.....

«Trabalhista. Diárias corridas. Incorporação ao salário.

O reclamante recebeu diárias corridas por mais de dois anos consecutivos, que, por isso, se incorporaram ao seu salário. Aplicação da regra do art. 457, § 2º, da CLT, porque demonstrado que o total mensal dessas diárias era muito superior.

Recurso improvido» (RO nº 6.009/PR, Rel. Min. Carlos Thibau, *in DJ* de 12-12-85, p. 23.056).

«Trabalhista. Diárias.

Habitualidade. Pela habitualidade sua percepção, as diárias de valor acima de 50% do salário a este se incorporam na forma do art. 457 da CLT. Reiterados precedentes do TFR» (RO nº 6.092/PR, Rel. Min. José Dantas, *in DJ* de 5-12-85, p. 22.472).»

Após a promoção da douta Subprocuradoria, que bem reflete o entendimento de nossos Tribunais, somente tenho a acrescentar que o fato de o Reclamante vir a perceber vencimentos superiores a outros servidores da mesma categoria não implica em ofensa ao § 1º do art. 153 da Constituição Federal, eis que os mesmos não se encontram na mesma situação do Autor, ou seja, não perceberam diárias por mais de dois

anos ininterruptos. A supressão da vantagem, sim, malfere o instituto do direito adquirido consagrado no § 3º do dispositivo constitucional em apreço.

Por outro lado, o reconhecimento do direito do Suplicante não pode estar condicionado a normas de cunho administrativo, até porque a relação de emprego existente entre o Reclamante é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nego, assim, provimento ao recurso e à remessa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.168 — PR — (Reg. 3.363.511) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: IAPAS. Recdo.: Paschoal Waldemar Ferreira. Rec. Ex Of.: Juízo Federal da 3ª Vara-PR. Advs.: Drs. Dea Gomes Pereira e outro, José Lúcio Glomb e outros e José Maria de Souza Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos (3ª Turma — 26-5-87).

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.835 — DF
(Registro nº 6.117.880)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Rec. Ex. Of.: *Juízo Federal da 5ª Vara*
Recorrente: *União Federal*
Recorrido: *Firmino Borjes de Lima*
Advogada: *Dra. Márcia Lyra Bergamo*

EMENTA: Trabalho. Servidor remunerado mediante gratificação de gabinete. 1. «A prescrição para reclamar contra anotação de Carteira Profissional ou omissão desta flui da data da cessação do contrato de trabalho» (Súmula 64/TST). 2. Existência de vínculo trabalhista, preenchidos os pressupostos de lei, daí resultando a obrigação de recolhimento das contribuições devidas ao FGTS e ao IAPAS. 3. Ação trabalhista procedente. Recursos improvidos.

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de reclamação trabalhista, ajuizada no ano de 1981, pleiteando o reconhecimento de relação de emprego entre os anos de 1972 e 1974. Na inicial, alegou o reclamante que, pela Portaria nº 12, de 29-2-72, fora já designado para prestar serviços, na função de assistente, mediante gratificação mensal, mas somente em 1-11-74 o Ministério celebrara com ele contrato de trabalho escrito. Reclamou então o seguinte:

«I — retificação da anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II — complementação dos depósitos do FGTS, até 1-11-74.

III — recolhimento das contribuições previdenciárias até 1-11-74;

no qual deverão ser acrescidos juros e correção monetária sobre as diferentes parcelas, a partir das respectivas épocas próprias, juntamente com honorários de advogado, à razão de 20% do total.»

A União Federal contestou o pedido; argüiu prescrição, a de dois anos; pediu a improcedência da ação, no tocante à matéria principal.

Foi a reclamação julgada procedente, na forma do pedido.

Em recurso ordinário, a União apelou a este Tribunal: argüiu prescrição, a de cinco anos, em relação ao Fundo de Garantia; defendeu a ilegitimidade do reclamante, ora recorrido, para pleitear o recolhimento de contribuições previdenciárias.

Contrariado o recurso, subiram os autos, e a Subprocuradoria-Geral da República, nesta Corte, opinou assim:

«14. A r. sentença andou certo em aplicar a Súmula 64 do TST, bem como a jurisprudência pacífica do Egrégio TFR, conforme dão prova os documentos de fls. 91 a 106.

15. Ocorre, entretanto, que operou-se neste caso, *in specie*, a prescrição quinquenal das verbas decorrentes do recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias, consoante jurisprudência, também, mansa e pacífica desta Corte, conforme citado no recurso da Reclamada.

‘Tributário. Contribuições Previdenciárias. FGTS. Prescrição. CTN, art. 174.

I — Natureza jurídico-tributária das contribuições do FGTS.

II — Prescrição interrompida nas datas em que o contribuinte pagou, espontaneamente, parte do débito. CTN, art. 174, parágrafo único, IV.

III — Embargos Infringentes recebidos. (Embargos Infringentes na AC n.º 61.491-RS (3.133.524), Rel. Min. Carlos Mário Velloso *in DJ* 24-3-83, págs. 3310/3311.

16. Tendo sido, o direito lesado datado de 1972 a 1974, e a reclamatória ajuizada apenas em 1981, transcorrido quase 10 (dez) anos, é de se aplicar a prescrição quinquenal.

Pelo exposto, opina-se pelo provimento parcial do recurso da reclamada a fim de que seja excluída da condenação os pagamentos das verbas referentes ao FGTS e contribuições previdenciárias, permanecendo, o que a sentença dispõe sobre a anotação a CTPS».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A sentença é do Dr. Ilmar Nascimento Galvão, hoje ilustre membro desta Corte, *in verbis*.

«A questão é de fácil deslinde.

Quanto à alegada prescrição, é certo que ainda não se verificou, a teor da judicosa regra contida na Súmula do TST, trazida à colação pelo A., segundo a qual, para efeito de anotações em Carteira Profissional, o prazo do art. 11 da CLT só começa a fluir da data da despedida.

Quanto à natureza do trabalho prestado pelo reclamante, no período de 27-6-72 a 1-11-74, prepondera, no TFR, a compreensão segundo a qual se o servidor não é regido pelo Estatuto, percebendo somente gratificação de representação de gabinete, sua disciplina empregatícia é da CLT (cf. Ac. n.º RO 3.070-RJ, Rel. Min. José Néri da Silveira, 4ª Turma, 27-8-81, *in Ementário*, 42/62).

A gratificação de representação de gabinete, com efeito, é prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, como vantagem acessória, paga além dos vencimentos e não subsiste sozinha. Se ela é paga a quem não é servidor é porque, na verdade, se trata de pagamento de salário sob aquele título disfarçado.

Nesse sentido, já em 1971 decidia este julgador.

Por fim, é irrecusável o interesse e a legitimidade que tem o empregado em pleitear o recolhimento das contribuições devidas pelo empregador ao FGTS e ao IAPAS, o que, aliás, se acha expressamente consagrado no art. 21 da Lei nº 5.107/66.»

Cuido incensurável o pronunciamento de primeiro grau. Afastada, como bem se afastou, a prescrição de dois anos, com apoio na Súmula 64/TST, («A prescrição para reclamar contra anotação de Carteira Profissional ou omissão desta flui da data de cessação do contrato de trabalho»), o que assim também reconhece a Subprocuradoria-Geral da República, creio que o mais é simples decorrência da existência do vínculo, então reconhecida. De fato, confirmada a relação de emprego, com a anotação na Carteira, fluem daí os outros direitos, como consequência, qual se decidiu no RO-3.932, de 1980, em cópia às fls. 90/96. Por isso, penso que a jurisprudência invocada pela recorrente, no que diz respeito à natureza jurídica das contribuições, com a prescrição marcada em cinco anos para a cobrança, não tem a ver com o caso específico destes autos, onde em debate matéria trabalhista.

Portanto, dissentindo do parecer acima, que propõe se acolha, em parte, o inconformismo do recorrente, o meu voto, colocando-se de acordo com a sentença, nega provimento aos recursos.

EXTRATO DA MINUTA

RO 7.835 — DF — (Reg. nº 6.117.880) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Rec. Ex. Of.: Juízo Federal da 5ª Vara. Recte.: União Federal. Recdo.: Firmino Borges de Lima. Adv.: Dra. Márcia Lyra Bergamo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos (3ª Turma, 27-3-87).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 10.071 — RN
(Registro nº 9.559.582)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Otto Rocha*

Rec. Ex. Of.: *Juízo Federal da 2.^a Vara/RN*

Recorrente: *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*

Recorridos: *Milton José Câmara dos Santos e outros*

Advogados: *Drs. Nilson Roberto Cavalcanti Melo e outro e Nícia Maria Gomes*

EMENTA: Reclamação trabalhista. Horas extras. Incorporação.

O valor correspondente às horas extras prestadas habitualmente e posteriormente suprimidas, integra-se ao salário para os efeitos legais, respeitado, entretanto, o limite permitido em lei.

Recursos parcialmente providos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 9 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Milton José Camara dos Santos e outros moveram reclamação trabalhistas contra a Universidade Federal do Rio Grande do Norte, objetivando a incorporação definitiva aos seus salários, do valor correspondente às horas extraordinárias devidas, devendo a condenação incidir sobre as parcelas vencidas desde janeiro de 1986 e, também sobre as vincendas, tudo monetariamente corrigido na forma da lei.

Sustentam unísono o entendimento de que as horas extras pagas habitualmente integram o salário, trazendo à colação decisões pretorianas.

Contestando o feito, a Reclamada argüiu que a suspensão das horas extraordinárias se deu em obediência a comando inserido no Decreto nº 92.001/85. Acrescentou

que sendo uma autarquia, não se lhe aplicam integralmente as normas da CLT, especialmente aquelas de natureza protecionista.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a reclamatória, a fim de que a Reclamada incorpore definitivamente ao pagamento do salário da parte reclamante o valor correspondente às horas extras que lhe vinham sendo pagas, a partir de janeiro de 1986, com correção monetária nos termos da lei e juros de mora, incluindo-se as parcelas vencidas.

Houve recurso de ofício e ordinário da Universidade reclamada.

Sem manifestação dos recorridos, os autos subiram a este E. Tribunal, tendo a douta Subprocuradoria opinado pelo parcial provimento do recurso, apenas para restringir a condenação ao limite de duas horas extras diárias (fl. 44).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Trata-se, como se viu do relatório, de pedido de incorporação ao salário do valor correspondente às horas extras prestadas com habitualidade e posteriormente suprimidas.

Sustenta a recorrente, diante da sua condição de autarquia federal, a não aplicação da legislação trabalhista que permite a incorporação da remuneração das horas suplementares prestadas por servidores submetidos ao regime da CLT, em face das peculiaridades das normas administrativas que regem o servidor público.

Esta alegação foi brilhantemente rebatida pelo eminente Ministro José Cândido, ao julgar hipótese semelhante (RO nº 8.329-RJ), destacando em seu voto:

«O Estado empregador não é diferente do empresário, a não ser naquilo que a lei, expressamente o distingue. Não há nem deve haver privilégio. Se o Estado age mal, administra mal, não se há de corrigir os erros, com o sacrifício dos seus empregados.

A Lei nº 6.185, de 11-11-74, que dispõe sobre os servidores públicos segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, exceptiona os direitos a que não fazem jus os servidores regidos pela legislação trabalhista. Lê-se no texto do art. 3º:

«Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplina o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço».

Tudo mais, obviamente, aplica-se-lhes. As restrições são expressas, não há outras. E mesmo que outras haja, dúvida haveria em face do princípio de igualdade de todos perante a lei».

Coerente com o entendimento acima esposado, tenho que a espécie tem regência pelo diploma consolidado e, conseqüentemente, aplica-se o disposto na Súmula nº 76, do TST, *verbis*:

«O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de dois anos ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se no salário, para todos os efeitos legais.»

Nesse sentido decidiu o eminente Ministro Nilson Naves, ao apreciar o RO nº 8.012-MG, estando o acórdão assim ementado:

«Trabalhista. Contrato, Horas extras. Incorporadas, expressamente, ao salário as horas extras, o seu cancelamento unilateral acarreta ilícita alteração contratual. Aplicação do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso Ordinário desprovido.»

Entretanto, não constando dos autos nenhuma referência acerca do número de horas suplementares que, habitualmente, foram prestadas pelo reclamante, vale deixar consignado que o limite permitido para a integração salarial é de duas horas extraordinárias diárias, como faz certo o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 97.350-RJ, Relator, o eminente Ministro Soares Muñoz, cuja ementa proclama:

«Horas extraordinárias trabalhadas habitualmente por longo tempo. O direito do empregado a incorporá-las ao salário, depois de suprimidas pela empregadora, não alcança aquelas que excedem o máximo permitido em lei. Recurso extraordinário conhecido e provido para limitar a integração salarial a duas horas extraordinárias diárias.»

Esta restrição se deve ao entendimento de que, admitida a possibilidade de integração ao salário de horas suplementares superiores ao número de duas, estaria o Poder Judiciário permitindo ao empregador exigir de seu empregado, o trabalho extraordinário além do previsto pela lei e pela Constituição, infringindo, desta forma, os princípios de proteção do trabalho humano consagrados pela Carta Magna (art. 165, IV).

Com estas breves considerações, dou parcial provimento aos recusos, para fixar a condenação ao limite máximo de duas (2) horas extraordinárias diárias, mantida, no mais, a respeitável sentença recorrida.

É o meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A matéria objeto dos presentes autos, já mereceu, de minha parte, cuidadoso exame no julgamento do RO nº 9.473-RN, onde conclui ser devido o pagamento das horas extraordinárias efetivamente prestadas. Todavia, a sua incorporação definitiva ao salário do servidor incluído no Plano de Classificação de Cargos não me pareceu viável, pelos motivos expostos no citado precedente.

Nestas condições, dou provimento ao recurso da Universidade Federal do Rio Grande do Norte para reformar a sentença e julgar a Reclamatória improcedente.

EXTRATO DA MINUTA

RO 10.071 — RN — (Reg. nº 9.559.582) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Rec. *Ex officio*: Juízo Federal da 2ª Vara-RN. Recte.: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Recdos.: Milton José Câmara dos Santos e outros. Advs.: Drs. Nilson Roberto Cavalcanti Melo e outro e Nícia Maria Gomes.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro William Patterson, deu parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (2ª Turma, 9-6-87)

O Sr. Ministro Costa Lima votou com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO Nº 107.572 — PB
(Registro nº 7.182.503)
(Arguição de Inconstitucionalidade)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Delgado*

Embargante: *União Federal*

Embargado: *O V. Acórdão de fl. 212*

Advogados: *Drs. Maria Cristina de Souza França, Manuel Batista de Medeiros, Luiz Carlos Bettiol e outros e Evaldo Borborema Henrique e outro*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de declaração. Integração do acórdão.

I — O acórdão nada mais é que um simples extrato do julgamento, sendo a representação, resumidamente, da conclusão a que se chegou, não abrangendo, por isso mesmo, toda a extensão e discussão em que se pautou o julgado, mas tão-somente os principais pontos de discussão.

II — De mais a mais, a decisão, por si só, afasta o acolhimento dos embargos, em face do alcance do julgado.

III — Do confronto da ementa com a íntegra do voto fica evidenciado que não há os pressupostos a suportar os embargos, tomando-os apenas pela ótica de pré-questionamento necessário ao RE, porquanto os apontados tópicos deflagradores dos declaratórios obtiveram, um a um, a devida análise.

IV — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

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 inexistente vinculação com sua origem legal ou fonte instituidora.

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 nº 1.754/79 e 1.859/81.

IV — Arguição 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.»

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 a sobretarifa, já que a embargante presta alguns desses serviços diretamente e, assim, não deve afastar o caráter remuneratório da sobretarifa. Assinolo 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 à 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 à fl. 232:

«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 inexistente vinculação com sua origem legal ou fonte instituidora.

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 ser transformados abruptamente em espécie do gênero tributo, como assim o querem os Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81.

IV — Arguição de inconstitucionalidade que se acolhe para declarar inconstitucional a exigência da sobretarifa, a partir da edição da Lei número 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.»

Como se vê na ementa, está espelhada na mesma arguição 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 rebanhados pelo FNT, para outras atividades, sob pena de desvio de finalidade, pois que inexistente vinculação com sua origem legal ou fonte instituidora.»

Ademais, o voto condutor frisa — fl. 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 finalidade inespecífica, 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 número 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.»

No tocante ao princípio constitucional da não afetação da receita tributária — art. 62, § 2º, da Constituição, em confronto com o art. 9º, da Lei nº 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 número 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 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.»

Essa explicitação se deu, inclusive, com a seguinte transcrição posta no voto à fl. 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» (CPN, 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 nº 4.320.»

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 (fl. 165) — v. voto Min. Nilson Naves (fl. 172) — v. voto Min. Eduardo Ribeiro (fl. 173) — v. voto Min. Ilmar Galvão (fl. 176) — v. voto Ministro Assis Toledo (fl. 180) v. voto Min. Miguel Ferrante (fl. 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.

Quando à explicitação e efeitos pedidos nos embargos da extinção da declaração de inconstitucionalidade relativamente à 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).

Assinaei 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.»

Posteriormente, 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 nº 4.117/62, e a seguir o Decreto-Lei nº 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 efeito nenhum terá ao órgão TELEBRÁS, apenas à União Federal.

Este aspecto está bem explicitado no voto condutor.

Como demonstrado, inexistem as omissões, contradições ou dúvidas apontadas nos embargos declaratórios.

Rejeito os embargos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDecl na REO (Arguição de Inconstitucionalidade) nº 107.572 — PB — (Reg. nº 7.182.503) — Rel.: O Sr. Ministro José Delgado. Embgte.: União Federal. Embgdo.: O v. acórdão de fls. 212. Advs.: Drs. Maria Cristina de Souza França, Manuel Batista de Medeiros, Luiz Carlos Bettiol e outros e Evaldo Borborema Henriques e outro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 26-11-87 — Plenário).

Os Srs. Ministros José Dantas, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade e Assis Toledo acompanharam o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Américo Luz, Carlos Thibau e José de Jesus. Licenciado o Sr. Ministro Pedro Acioli, sendo convocado para substituí-lo o MM. Juiz Federal Dr. José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministro GUEIROS LEITE, Presidente.

REMESSA EX OFFICIO Nº 113.254 — CE
(Registro nº 7.945.310)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara-Ceará*

Partes: *Luiz Sérgio Gadelha Vieira e outro e União Federal*

Advogados: *Drs. Antonino Fontenele de Carvalho e outro*

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Isenção. Decreto-Lei nº 2.019/83. Conselheiros dos Tribunais de Contas Municipais.

A Constituição do Estado do Ceará, a par de outorgar aos Ministros do Tribunal de Contas respectivo as prerrogativas e vencimentos, e estabelecer os mesmos impedimentos dos desembargadores, estatui, paralelamente, que os Conselhos dos Municípios têm as mesmas prerrogativas e vencimentos, sujeitos aos mesmos impedimentos dos juizes do Tribunal de Contas Estadual.

Verbete 42 da Súmula do Supremo.

Salvo convenção das partes, o processo expropriatório não se suspende por motivo de dúvida fundada sobre o domínio.

Cuida-se de tratamento em que o modelo federal, simétrica e validamente, projeta-se no âmbito estadual.

Negou-se provimento à remessa oficial.

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, 11 de abril de 1988 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A r. sentença de fl. 102 relatou a espécie nesses termos:

«Luiz Sérgio Gadelha Vieira e José Valdir Pessoa, qualificados à fl. 02, impetram mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em Fortaleza, alegando, em síntese, que: (a) na condição de Conselheiros, do Conselho de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, não estão sujeitos ao imposto de renda sobre as quantias que recebem a título de representação, nos termos do art. 65, V, da Lei Complementar nº 35/79; (b) esse direito decorre do art. 2º, do Decreto-Lei nº 2.019/83, posto que os impetrantes são magistrados, por força do estabelecido no art. 55, § 3º, da Constituição do Estado do Ceará, com redação que lhe deu Emenda nº 7, de 23-6-78; (c) a tese aqui sustentada pelos impetrantes foi adotada pela Coordenação do Sistema de Tributação, com o Parecer Normativo CST nº 344/86; (d) as autoridades da Administração Tributária, todavia, negaram-lhes esse direito, ao fundamento de que a Constituição do Estado não seria válida, neste ponto, por cuidar-se de matéria da competência da União.

Instruem a inicial os docs. de fls. 11/86.

Deferi liminar (fl. 89).

Informando, diz a autoridade impetrada, em síntese, que: (a) à época em que foram prolatadas as decisões atacadas pelos impetrantes, era pacífico o entendimento administrativo de que as gratificações de representação pagas aos Conselheiros dos Conselhos de Contas dos Municípios deveriam ser tributadas; (b) assim, em que pese o recente Parecer CST nº 344/86, são corretas as decisões atacadas.

O Ministério Público Federal opina pela concessão da segurança.»

O culto Juiz Federal Hugo de Brito Machado concedeu a segurança, havendo os autos subido, apenas, por força de remessa oficial, e, aqui, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela reforma.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS. (Relator): A r. sentença de primeiro grau, ao conceder a segurança, fê-lo sob essa fundamentação (fls. 103/5):

«Examinando a matéria no Parecer de fls. 93/96, o Doutor Procurador da Fazenda Nacional, Luiz Djalma Pinto, com o aprovo do eminente Procurador Chefe, Professor Carlos Roberto Martins Rodrigues, asseverou:

«Se o lançamento é materializado através de atividade administrativa vinculada, cujos contornos são prévia e rigorosamente estabelecidos pelo legislador, segue-se que o mesmo fato não pode receber tratamentos distintos pela autoridade responsável pela exigência do tributo. Qual, então, a melhor interpretação a ser extraída da norma que concede a isenção, na espécie *sub judice*?

Data venia, o sentido da expressão Magistrado, contida no art. 2º, do Decreto-Lei nº 2.019/83, não pode restringir-se apenas aos integrantes do Poder Judiciário. A razão é simples. A norma isentiva não fez essa restrição, como também não fez o § 1º do art. 65 da Lei Complementar nº 35/79. Da combinação destes dispositivos, infere-se, única e exclusivamente, que não é tributável a «verba de representação» paga aos magistrados.

Noutro passo, se disse o texto Constitucional do Estado do Ceará que os Conselheiros do Conselho de Contas do Município têm as mesmas prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos membros do Tribunal de Contas do Estado, e que os integrantes deste teriam as mesmas prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, equiparou, sem

dúvida, os integrantes dos dois colegiados aos Magistrados que fazem parte da Corte de Justiça Cearense. E essa equiparação tem o aval da Súmula nº 42, do Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, nenhum artigo da Constituição Federal erigiu óbice a essa equiparação. Nem colhe, por desarrazoado, o argumento de que competia à lei tributária, de iniciativa da União, dizer que os membros do Conselho de Contas são magistrados ou não. Isso não é da alçada do legislador do imposto de renda.»

Na verdade a lei tributária pode, desde que não contrarie dispositivos constitucionais, ampliar ou restringir conceitos de outras áreas do Direito, para fins tributários (CTN, arts. 109 e 110).

No caso de que se cuida, a lei tributária não ampliou, nem restringiu, o conceito «magistrado». Apenas reportou-se a ele. Assim, para determinar o alcance da norma isentiva, tem-se de saber o que é «magistrado» nos termos das normas específicas, pertinentes à magistratura.

A palavra magistrado tem, pelo menos, dois significados. Um amplo e outro restrito. Em sentido restrito, magistrado é membro do Poder Judiciário (Cf. Pedro Nunes, Dicionário de Tecnologia Jurídica, Freitas Bastos, 8ª edição, vol. II, pág. 819). É razoável, portanto, entender-se que o art. 2º, do Decreto-Lei nº 2.019/83, refere-se somente aos membros do Poder Judiciário.

Mesmo assim, se a autoridade administrativa já adotou, em caráter normativo, o entendimento pelo qual a norma isentiva em causa abrange os Membros dos Conselhos de Contas dos Municípios, não há como negar aos impetrantes o direito ao tratamento isonômico.

Ressalte-se que os pareceres normativos da Coordenação do Sistema de Tributação têm natureza meramente interpretativa. São, portanto, aplicáveis a atos ou fatos pretéritos.

É certo que há, para a autoridade impetrada, um problema. Ela não tem competência para reformular uma decisão do Conselho de Contribuintes. Tal problema, porém, não existe para o deslinde do caso na esfera do Poder Judiciário.»

Consoante se colhe dos autos, e, em especial, da decisão recorrida, a Constituição do Estado do Ceará, a par de outorgar aos Ministros do Tribunal de Contas respectivo as prerrogativas e vencimentos, e estabelecer os mesmos impedimentos dos desembargadores, estatui, paralelamente, que os Conselheiros dos Municípios têm as mesmas prerrogativas e vencimentos, sujeitos aos mesmos impedimentos dos juizes do Tribunal de Contas Estadual.

Correlatamente, o verbete 42 da Súmula do Alto Pretório consagra o princípio básico de que «é legítima a equiparação dos Juizes dos Tribunais de Contas em direitos e garantias, dos membros do Poder Judiciário, regra assentada nos precedentes tomados no RE 21.198, Rel.: Min. Luiz Gallotti (DJ 8-2-54), a respeito da Constituição do Estado do Amazonas, e Rp nº 753, concernente à Constituição paulista, Rel. Min. Djaci Falção (DJ 17-10-68).

Não se objete que na cláusula «prerrogativas e vencimentos» não se incluía a isenção prevista no Decreto-Lei 2.019/83, pois no tocante aos membros dos Tribunais de Contas, em geral, pois, assim se entende, sem quaisquer restrições, quanto aos Ministros do Tribunal de Contas da União, protegidos por cláusula constitucional da mesma extensão, cuidando-se de tratamento em que o modelo federal simétrica e validamente projeta-se no âmbito estadual.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 113.254 — CE — (Reg. nº 7.945.310) — Rel.: Min. Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-Ceará. Partes: Luiz Sérgio Gadelha Vieira e outro e União Federal. Advs.: Drs. Antonino Fontenele de Carvalho e outro.

Decisão: A Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial. (Em 11-4-88 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro da Rocha Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

REMESSA «EX OFFICIO» Nº 115.929 — RN
(Registro nº 9.539.573)

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

Parte Autora: *Lúcia Maria de Araújo*

Parte Ré: *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara — RN*

Advogado: *Dr. João Bosco de Oliveira*

EMENTA: Administrativo. Ensino superior. Matrícula. Transferência Ex Officio ou a pedido. Lei nº 1.711/52.

Estudante Servidor Público.

A norma do art. 158 da Lei nº 1.711/52 tem aplicação a todo funcionalismo e não só aos funcionários federais, e, quanto à remoção funcional ou empregatícia, não é necessário que seja somente ex officio, pois o que assegura a citada disposição legal é a garantia da matrícula ao estudante servidor público, não fazendo distinção entre transferência determinada pela administração ou a pedido.

Remessa ex officio conhecida.

Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 25 de setembro de 1987.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O Dr. José Augusto Delgado, digno Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, submete a exame deste Egrégio Tribunal a v. sentença às fls. 26/29, que apoiada na jurisprudência desta Corte, concedeu a segurança impetrada por Lúcia Maria de Araújo, na condição

de servidora pública transferida, assegurando-lhe o direito à matrícula no curso de administração da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Nesta Instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 35/36, pronuncia-se no sentido da confirmação da r. decisão afrontada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, a matéria dos presentes autos versa sobre transferência de estudante universitário, obrigado a mudar de domicílio em virtude de haver sido nomeado para exercer cargo público em local diferente daquele em que prestou concurso vestibular.

A respeito da matéria já me pronunciei diversas vezes, dentre as quais, por ocasião do julgamento da REO 94.944-PB, que, por se tratar de caso semelhante ao presente, faço juntar cópia do voto que proferi naquela ocasião, como razões de decidir.

Com estas considerações, conheço da remessa e confirmo a r. sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

ANEXO

Remessa ex officio nº 94.944-PB

(Registro nº 3.339.114)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, discute-se no presente caso o direito da matrícula por transferência, independentemente de vaga, de estudante Servidor Público Estadual.

Entendendo pairar neste Eg. Tribunal uma divergência de interpretação entre os seus julgados, a douta Subprocuradoria-Geral da República requereu desta Eg. Corte a uniformização da jurisprudência que versa sobre o assunto.

Tal uniformização também foi suscitada no processo Remessa ex officio nº 92.352, em que foi Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, que apresentou o processo na Seção do dia 15-12-82, cujo resultado não foi de molde a permitir-se uma unificação, sendo o seguinte:

«Não provido por maioria simples. Carência de *quorum*.

No entanto, a corrente vencedora, se bem que em pequena maioria, é a que adoto.

Entendo que a opinião esboçada pelo MM. Juiz *a quo* é a amparada pela jurisprudência, se não unificada, pelo menos a dominante deste Tribunal, no sentido de que o artigo nº 158 da Lei nº 1.711/52 se aplica tanto aos funcionários públicos que são removidos *ex officio*, como àqueles que acabem de ser nomeados.

Para exemplificar o que acabo de afirmar, cito dois acórdãos da lavra dos eminentes Ministros Carlos Madeira e Carlos Mário Velloso, respectivamente. Ei-los:

«O artigo 158 da Lei nº 1.711/52 não exige que a mudança de domicílio do funcionário se efetive em virtude de remoção *ex officio*, para que lhe seja assegurada vaga no estabelecimento de ensino no seu novo domicílio. O que a lei estabelece como pressuposto é que o funcionário tenha necessidade de mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública, e tal necessidade pode advir tanto da remoção *ex officio* como da voluntária, ou mesmo da nomeação ou admissão para cargo ou emprego público. Dispositivo regulamentar que restringe tal direito é *contra legem* (AMS 87.346-RN).

«Ensino Superior. Remoção Funcional de estudante. Matrícula em universidade de novo domicílio. O estudante servidor público removido ou transferido a pedido tem direito a matrícula na Universidade do novo domicílio» (AMS 78.624-RJ).

Depreende-se destes dois arestos que a norma do art. 158 da Lei nº 1.711/52 tem aplicação a todo o funcionalismo e não somente aos funcionários federais e, quanto à remoção funcional ou empregatícia, não é necessário que seja somente *ex officio*, pois o que assegura a norma do artigo citado é a garantia da matrícula do estudante funcionário, não fazendo qualquer distinção entre transferência *ex officio* ou a pedido.

Este mesmo entendimento esposou o tratadista A. A. Contreiras de Carvalho, in «Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado», Ed. Forense, vol. I, pág. 347:

«Assegura o Estatuto ao Estudante que necessite mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública, transferência do estabelecimento de ensino que estiver cursando para o da nova residência, onde será matriculado em qualquer época. Dirige-se o preceito legal, como se vê, não só ao estudante já funcionário, sujeito a remoção ou transferência, como também, ao que acaba de ser nomeado, isto é, de ingressar nos quadros administrativos, e que, por essa razão, necessite de mudar de domicílio. Note-se que a lei fala em domicílio ao invés de sede, visto que mudança de sede pressupõe, sempre, situação funcional anterior».

Por outro lado, pretender fazer distinção, dando oportunidade a uns e a outros não, vale dizer, conceder vaga ao estudante funcionário federal que tenha obrigação de se transferir por necessidade da administração, e não permitir a transferência de Escola ao que exercer funções no Estado, se veja obrigado a mudar de residência, é não atender ao princípio da isonomia consagrado na Constituição (CF, art. 153, § 1º), é discriminar-se em favor de uma certa categoria de servidores públicos, em detrimento de outras.

A meu ver, ao invés de se discriminar, de se fazer ilações de ordem social, profissional, e tecer comentários demais aleatórios, dever-se-á dar à lei interpretação mais condizente com a realidade social, como lhe compete, ao invés de se interpretar rigidamente o texto legal, mister se faz adaptá-lo ao *status* atual, observando-se, destarte, seu próprio espírito, sua própria razão.

Assim analisando os fatos trazidos aos autos, e verificando a necessidade do estudante mudar de domicílio para exercer cargo público, e considerando que a nossa jurisprudência em sua maior parte se inclina no sentido de conceder a transferência aos funcionários que se encontrem nesta situação, não há como se negar à impetrante o benefício pleiteado, ainda que, recentemente, com a edição da Lei nº 7.037, de 5-10-82, que deu nova redação ao art. 100 da Lei nº 4.042/61, tenha restringido apenas aos servidores federais ou membros das Forças Armadas a transferência para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, considerando haver sido o presente pedido formulado antes do início da vigência da supracitada Lei, não há como ser alcançado pelo seu ordenamento.

Com estas considerações, conheço do recurso de ofício, e mantenho a r. decisão monocrática, pelos seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 115.929 — RN — (Reg. nº 9.539.573) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scarcezini. Parte Autora: Lúcia Maria de Araújo. Parte Rê: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Adv.: João Bosco de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida (3ª Turma — 25-9-87).

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

REMESSA «EX OFFICIO» Nº 116.992 — SP
(Registro nº 7.951.361)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*
Remetente: *Juízo de Direito da 2ª Vara de Tupã*
Partes: *Orvílio Sanches, União Federal*
Advogados: *Drs. William R. Grapella e outros*

EMENTA: Tributário. Lançamento por arbitramento. Inexistência de escrita contábil. Súmula nº 76-TFR.

I — Inexistente a escrita contábil, quando da lavratura do auto de infração, assim do lançamento, justifica-se que este se faça por arbitramento, cumprindo ao contribuinte comprovar, para o fim de elidi-lo, mediante o testemunho técnico, a ocorrência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real.

II — Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de embargos opostos por Orvílio Sanches à execução fiscal que lhe move a União Federal para haver imposto de renda alusivo ao exercício de 1980, ano-base de 1979, e decorrente de arbitramento de rendimentos tributáveis na cédula G, tendo em vista a não utilização da forma contábil de apuração de rendimento, com infração do art. 54, III, § 1º, combinado com o § 1º do artigo 60 do Decreto nº 76.186/75, e com o art. 4º do Decreto-Lei nº 1.584/77, art. 54, III, § 1º, e 60, § 1º, do Decreto nº 85.450/80. O lucro tributável foi arbitrado em Cr\$ 1.845.174,00, correspondente a 15% da receita bruta. Alegou o embargante, em resumo: a) que, embora o arbitramento tenha ocorrido quando inexistia a escrituração, forneceu cópia dos livros e colocou toda a documentação à disposição do

fisco, durante o curso do processo administrativo-fiscal, pelo que não há falar em falta de escrituração; b) que a 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes chegou a dar provimento ao recurso administrativo do embargante, mas essa decisão foi reformada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, no entanto, reconheceu que a escrituração e a documentação existiam, mas não poderiam ser aceitas, porque elaboradas após o início da ação fiscal; c) que entende que o atraso na escrituração não autoriza o arbitramento fiscal; d) que a correção monetária é devida a partir de 9-4-84, data em que a Câmara Superior de Recursos Fiscais afastou a pretensão do embargante.

A sentença de fls. 91/95, lavrada pelo Juiz Reynaldo Mapelli, da Comarca de Tupã-SP, julgou procedentes os embargos «para decretar a nulidade do julgamento do processo administrativo» e condenou a vencida «no pagamento das despesas de condução do oficial de justiça, isenta que está das custas, além de honorários advocatícios» de 15% sobre o valor dos embargos. Argumentou que o fisco efetuou revisão na declaração do imposto de renda do embargante e apurou o tributo por arbitramento, por não manter ele escrita contábil exigida pela legislação. Antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal o embargante regularizou sua escrita e a colocou à disposição do fisco, juntamente com os documentos pertinentes. Entendeu a sentença que o fisco agiu corretamente ao proceder ao questionado arbitramento, cumprindo o que determina o art. 54, § 1º, do RIR, aprovado pelo Decreto nº 76.168/75. A norma contida nesse dispositivo legal, continuou a sentença, pode levar a duas interpretações. A primeira, de que o arbitramento seria uma sanção ao contribuinte faltoso, caso em que a posterior regularização não elidiria a ação fiscal. A segunda, de que o arbitramento seria tão-somente um meio de o fisco chegar ao rendimento tributável e, com base neste, calcular o tributo, à falta de dados fornecidos pelo contribuinte. Neste segundo caso, poderia o fisco deixar de fazer o arbitramento, se o contribuinte suprisse a irregularidade e fornecesse os dados necessários ao lançamento do imposto. Sustentou o *decisum* que deve prevalecer a segunda hipótese, uma vez que o Capítulo I, Título VII, Livro IV, do RIR, que prevê as sanções a serem impostas aos contribuintes faltosos, e o art. 723 do mesmo regulamento, que fixa, inclusive, multa punitiva para determinados casos de infração, não consideram como tal a hipótese do art. 54, § 1º, do RIR. O arbitramento, por outro lado, não se encontra catalogado entre as penalidades previstas nos artigos 722 e seguintes do RIR. Dessa maneira, concluiu a sentença, «tratando-se o arbitramento não de penalidade, mas de meio para o fiscal chegar ao valor do tributo, e tendo o embargante regularizado sua escrita anteriormente ao lançamento definitivo, os embargos merecem lograr êxito, isto sem prejuízo de a embargada, em novo procedimento fiscal, apurar o tributo devido levando em conta a escrita contábil do embargante e a documentação respectiva».

Subiram os autos em razão do obrigatório duplo grau de jurisdição, apenas.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 99/102, opina pelo provimento da remessa oficial. O parecer foi assim ementado:

«*Imposto de Renda*. Arbitramento de rendimentos tributáveis da cédula G. Legitimidade da providência, à míngua de prova quanto à existência de elementos concretos à apuração do resultado real. Provimento do recurso de ofício».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Esclarece a sentença:

«Realizou o fisco revisão na declaração do imposto de renda do embargante. Verificou que, embora estivesse obrigado em razão do montante de sua renda bruta, não mantinha o contribuinte escrita contábil exigida pela legislação, a chamada «Forma C». Dada a falta de escrituração contábil na forma

exigida, o agente fiscal apurou o tributo devido através de arbitramento. Antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal o infrator regularizou sua escrita e a colocou à disposição do fisco, inclusive com os documentos pertinentes. Estes fatos, além de incontroversos, estão demonstrados nos documentos que acompanharam a inicial dos embargos.

Primeiramente tem-se que a ação do agente fiscal ao lavrar o auto de infração de fls. 16/21 encontra-se na conformidade da legislação em vigor. Verificando a inexistência da forma de escrituração exigida para a hipótese, outro caminho não restava ao fisco senão proceder ao questionado arbitramento.

O fato de ter o Embargante regularizado sua escrita contábil antes do encerramento do procedimento administrativo e colocado os respectivos documentos à disposição do fisco é incontroverso. Resta-nos saber se essa regularização afasta o arbitramento procedido pelo agente fiscal. Esta é a espinha dorsal dos presentes embargos».

.....
E concluiu a sentença:

«Ora, tratando-se o arbitramento não de penalidade, mas de meio para o fisco chegar ao valor do tributo, e tendo o Embargante regularizado sua escrita anteriormente ao lançamento definitivo, os embargos merecem lograr êxito, isto sem prejuízo de a Embargada, em novo procedimento fiscal, apurar o tributo devido levando em conta a escrita contábil do Embargante e a documentação respectiva.

Via da conseqüência, o julgamento do procedimento administrativo e seguida inscrição da dívida encontram-se eivados de nulidade, vez que não se observou a escrita contábil do Embargante, regularizada antes do lançamento definitivo. E, diante da nulidade, as demais questões apresentadas com os embargos resultaram prejudicadas».

.....
Dirirjo, *data venia*, do entendimento posto na sentença.

É incontroverso que, quando da lavratura do auto de infração, assim quando da realização do lançamento, inexistia a escrita contábil. Justificava-se, então, o arbitramento.

O fato de o contribuinte ter regularizado a sua escrita, após o lançamento, não seria suficiente para jogar por terra este último. Deveria o contribuinte ter demonstrado a existência de elementos concretos à apuração dos rendimentos reais e, em conseqüência, do lucro. Se isto o contribuinte não fez, na via administrativa, deveria tê-lo feito, nestes autos, através do testemunho técnico, vale dizer, através de prova pericial, o que também não ocorreu.

Correto o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, quando escreve:

«5. A jurisprudência da Corte, é certo, embora realmente orientada com cautela quanto à admissão de arbitramento de lucros ou rendimentos tributáveis — e a isso bastaria observar o enunciado de n.º 76 da Súmula, a desautorizar a medida excepcional em casos de simples atraso na escrita —, exige, para afastar da autuação fiscal, que o contribuinte comprove, mediante testemunho técnico, a existência dos elementos concretos à aferição dos lucros ou rendimentos reais.

6. Pois bem, de tal prova sequer cogitou-se nos presentes autos, e nem mesmo se pode tê-la, evidentemente, por suprida, ante simples alegações formuladas na esfera da Administração, quanto à tempestiva regularização da escrita ou quanto à existência de elementos idôneos a roborá-la. Nem mesmo a exibição desses documentos perante a autoridade judiciária veio de ser providenciada.

7. O que se nota, pois, é que nada há no presente feito que permita afirmar-se com segurança da existência de dados concretos à aferição dos resultados reais obtidos pelo embargante na exploração da atividade agrícola e pastoril. E, se nada há nesse sentido, não se pode ter por ilegítima a providência excepcional levada a efeito pelo fisco federal.

8. Parecer, em conclusão, pelo provimento do recurso oficial, julgando-se improcedentes os embargos opostos pelo devedor».

.....
Do exposto, reformo a sentença, pelo que dou provimento à remessa *ex officio*.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 116.992 — SP — (Reg. nº 7.951.361) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso.
Remte.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Tupã. Partes: Orvílio Sanches, União Federal.
Advs.: Drs. William R. Grapella e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença. 26-8-87, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Ex-mo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.