
JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.707 — SP
(Registro nº 7.276.184)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Agravante: *Wilson Alves da Costa*

Agravado: *N. L. Baroni*

Advogados: *Drs. José Fernandes Pereira (agrte) e Waldyr Martinho (agrdo)*

EMENTA: Processual Civil. Arrematação. Preço vil. Nulidade da arrematação.

I — A boa hermenêutica ajusta-se ao entendimento de que o processo de execução tem como escopo o interesse do credor, cuidando, porém, não se torne gravosa ao devedor, a ponto de empobrecê-lo, o que levaria, em consequência, ao abono do enriquecimento ilícito.

II — O preço vil nulifica a arrematação, ensejando ao Juiz declará-lo a nulidade mesmo depois de assinado o auto.

III — Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro 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 Wilson Alves da Costa, da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Santos (SP), que, nos autos da execução fiscal promovida pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) contra N. L. Baroni, anulou a arrematação, porque vil o preço.

Formado o agravo de instrumento com a extração das peças indicadas pelo agravante e não havendo contraminuta, foram os autos conclusos ao ilustre magistrado de primeira instância, que manteve a decisão agravada e remeteu o feito a esta egrégia Corte.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 51/53, pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A doutra Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, deu correta solução à contenda, ao assim dispor, *verbis*:

«Agravo de instrumento contra o despacho que anulou a arrematação porque *vil o preço*.

Este o inteiro teor do despacho agravado:

«Adentrando com prova do parcelamento da dívida perante o exequente, o executado pretende a anulação do auto de arrematação. O exequente está de acordo com o parcelamento.

A via escolhida não é a própria, mas o pedido merece atendimento.

Com efeito, verifica-se que a penhora de vários bens do executado data de 28-7-1975, sendo que a avaliação é de 12-10-1975 (fl. 11). Pela avaliação da época, é de deduzir-se que os bens penhorados eram (e são) de porte, e representavam todo equipamento de uma marcenaria. Pois bem. Por descuido geral, o leilão foi realizado aos 28-8-1984 (fl. 37), e foi levada ainda em consideração a anterior avaliação. Isto representa prejuízo tanto para o devedor, que se vê privado de seus bens necessários à continuação de sua atividade, e vê quitada parcela insignificante de sua dívida, como para o exequente, que recolhe parcela também insignificante da dívida (possivelmente nem cubra as custas), e vê o devedor já sem bens para garantir o restante da mesma dívida.

O licitante, por seu turno, há de compreender que estava arrematando por preço vil, embora constasse da avaliação.

Isto posto, anulo a avaliação, determinando que se coloque o preço da arrematação à disposição do licitante, com os juros e correção monetária que o depósito proporcionou.» (Fl. 40).

Realmente *vil* é o preço da arrematação. Os bens foram avaliados, em 12-10-1975, por Cr\$ 48.300,00, quantia suficiente ao pagamento do débito em execução, no valor originário de Cr\$ 7.132,00. Quase dez anos depois, foram os mesmos bens, sem nova avaliação, arrematados por Cr\$ 60.000,00, quantia vil e irrisória, haja vista que o débito devidamente atualizado já atingia, na época da arrematação, o valor de Cr\$ 3.297.762,00. (Cf. fls. 11 a 17 e 37).

E a *vileza* do preço da arrematação *anula* a arrematação e possibilita ao juiz a declaração da *nulidade* mesmo depois de assinado o auto de arrematação, nos termos do art. 692 combinado com o art. 694, I, do Código de Processo Civil e dos julgados resumidos nas seguintes ementas:

«Arrematação. Segunda praça. Preço vil. Desfazimento depois da assinatura do auto. Possibilidade. O preço vil nulifica a arrematação, possibilitando ao juiz declará-la nula mesmo depois de assinado o autor». (Cf. TJMT-AI 2.895 — Cuiabá — 2ª C. *in* RT 576, p. 247).

Arrematação. Preço baixo — pouco mais de 2% do valor da avaliação — aconselha indeferimento da arrematação. Decurso do tempo acrescenta sério prejuízo à devedora, pois o preço lançado não é passível de correção monetária, embora a dívida continue crescendo incessantemente. Agravo improvido por unanimidade». (Cf. AI 83052113 — 2ª Câmara Cível do TJST, *in* RT vol. 584, p. 204).

Em face do exposto, pelo não provimento do agravo. (Fls. 51/53)».

Incensuráveis as duntas ponderações formuladas pelo *Parquet* Federal, as quais adoto, integralmente, como razão de decidir, pois está assente com a jurisprudência desta egrégia Corte.

Ademais, entendo que a boa hermenêutica ajusta-se ao entendimento de que o processo de execução tem como escopo o interesse do credor, cuidando, porém, não se torne ela gravosa ao devedor a ponto de empobrecê-lo. *In casu*, a atender-se à pretensão do agravante, estar-se-ia, no meu sentir, consagrando um direito em desconformidade com a *mens legis* o que levaria, em consequência, ao abono do enriquecimento ilícito, o que, de fato, não encontra agasalho nos Tribunais.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo, para manter a respeitável decisão monocrática, pelos seus jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 48.707 — SP — (Reg. n° 7.276.184) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Agrte.: Wilson Alves da Costa. Agrdo.: N. L. Baroni. Advs.: Drs. José Fernandes Pereira (Agrte) e Waldir Martinho (Agrdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 25-2-87 — 5ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.726 — SP
(Registro nº 7.897.790)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Aciole*

Agravante: *Remigio Gallo*

Agravado: *IAPAS/BNH*

Advogados: *Drs. Marcos Martins da Costa Santos e Júlio César Brandão*

EMENTA: Agravo de Instrumento. Prescrição. Momento de alegação.

I — Junto à doutrina e jurisprudência, entende-se que a prescrição pode ser alegada em qualquer fase processual, «inclusive na fase executória» (RT 179/400) e no momento em que houver «manifestação sobre a conta de liquidação» (RT 564/145).

II — Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 6 de agosto de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Remigio Gallo, nos autos de Execução Fiscal que lhe move o IAPAS, em andamento na 2ª Vara Cível da Comarca de Marília, agravou de instrumento da r. decisão trasladada à fl. 75, que entendeu estar preclusa a alegação de prescrição e decadência esposada pela Executada.

Devidamente preparado o agravo, sem contraminuta e mantida a decisão agravada, subiram os autos ao Col. Tribunal Federal de Recursos, que me foram conclusos independentemente de parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A decisão agravada é do teor seguinte:

«A arguição de prescrição efetivamente está preclusa.

‘A prescrição poderá ser invocada em qualquer fase do processo. Contudo, deverá sê-lo na primeira manifestação do interessado, sob pena de, em caso omissivo, não poder ser recordada’ (RT 426/77).

Ora, o executado já se manifestou na forma de embargos e fê-lo extemporaneamente. Assim, não pode pretender reacender a questão.» (Fl. 75)

Esta decisão foi mantida à fl. 98:

«Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, não abalados pelas razões de recurso. Acrescento que, consoante lição de Pontes de Miranda, ‘a regra jurídica do artigo 162 (do CC.) não significa poder ser alegada a prescrição se o réu falou na causa e não exerceu o seu direito de exceção. Na contestação há de ser alegada, se já existia a *exceptio*, porque então teria de ser exercida. Se não o foi, não mais pode ser ... (Tratado de Direito Privado, vol. VI, página 249).

Remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, com as cautelas de sempre.» (Fl. 98)

O IAPAS propôs execução fiscal contra Remigio Gallo, cobrando-lhe a quantia de Cr\$ 324.428,01, relativo a contribuições de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Embarga à Execução o executado pela petição trasladada às fls. 76/78, sustentando a decadência do crédito tributário, na forma do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

O ilustre Juiz de Direito, através do despacho trasladado à fl. 80, rejeitou liminarmente os embargos porque oferecidos fora do prazo legal.

Surge o embargante com nova petição trasladada às fls. 71/74, requerendo ser declarado por sentença ter o exequente decaído do direito de exigir as importâncias reclamadas, ou se entender diversamente, declarar prescritos os créditos, o que ensejou a decisão trasladada à fl. 75.

Data venia, não posso concordar com o ponto de vista da decisão embargada, o feito se acha na fase de liquidação e ouvido o executado para falar sobre os cálculos, este alegou a ocorrência da prescrição.

Correta a posição do agravante-executado pois a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo «no período da execução» nos dizeres de Clovis Bevilacqua.

Já para Washington de Barros Monteiro «pode ser alegada em qualquer estado da causa», falando também, poder ser «na execução de sentença», finaliza «na ação e na execução».

A prescrição pode ser alegada «em qualquer tempo, inclusive na fase executória do julgado» — RT 179/400.

A RT 564/145 assinala que mesmo quando o embargado não tiver embargado, a prescrição pode ser alegada «ao se manifestar sobre a conta de liquidação».

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: *Data venia*, entendo que a prescrição deve ser deduzida nos embargos do devedor, sob pena de preclusão. É que o art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80 adotou o princípio da eventualidade, consoante o qual «cada facul-

dade processual deve ser exercitada por inteiro dentro da fase adequada, sob pena de perder a oportunidade de praticar o respectivo ato...» (Humberto Theodoro Júnior, AJURIS, vol. 34/180).

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 49.726 — SP — (Reg. nº 7.897.790) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Agrte: Remigio Gallo. Agrdo: IAPAS/BNH. Advs.: Drs. Marcos Martins da Costa Santos e Júlio César Brandão.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Torreão Braz, deu provimento ao agravo. (Em 6-8-86 — 5ª Turma).

O Sr. Ministro Geraldo Sobral acompanhou o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.809 — SP
(Registro nº 7.902.573)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*
Agravante: *IAPAS/BNH*
Agravada: *Maria da Silva Fernandes*
Advogado: *Dr. Tirso da Silva*

EMENTA: Agravo de Instrumento. Intervenção judicial. Diligências.

I — Incumbe às partes promoverem as diligências necessárias ao processo, e de seu interesse. Somente restando comprovado que impossibilitadas de fazerem ditas diligências é que compete ao Judiciário atendê-las e, ainda assim, se tratar-se de assunto de interesse para a solução da demanda.

II — Improvimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, nos autos de Execução Fiscal que move contra Maria da Silva Fernandes, não se conformando com o r. despacho trasladado à fl. 7, que indeferiu diligência solicitada pelo agravante junto aos cartórios de imóveis da cidade e à Receita Federal, agravou de instrumento.

Devidamente processado o agravo, sem contraminuta e mantida a decisão atacada, subiram os autos ao colendo Tribunal Federal de Recursos, que me foram conclusos independentemente de parecer da culta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O despacho agravado está, assim, escrito:

«MM. Juiz:

Face ao r. despacho de V. Exa. à fl. 20 requeiro respeitosamente:

1. Seja oficiado aos cartórios da 1ª e 2ª circunscrição de imóveis desta cidade, para que expeçam certidões de possíveis imóveis em nome da executada.

2. Seja oficiado à Receita Federal que certifique o que constar à respeito da executada, inclusive seu paradeiro se conhecido, bem como de sua declaração de bens.» (fl. 6 vº).

Tal despacho foi mantido às fls. 9 e 10, assim expresso:

«Vistos.

1. A requisição de declaração de bens da executada à Delegacia da Receita Federal somente será feita após as diligências do credor agravante ter sido cumpridamente realizadas e negativas.

2. Dar buscas em Cartórios de Registros Públicos é diligência entregue à própria parte sem que para isso, haja necessidade de intervenção judicial.

3. Ao mínimo empecilho, o credor-agravante já requisita o concurso judicial, a fim de poder obter dados, não só quanto à localização da devedora, bem como quanto à constatação de bens. A diligência, como já se disse, incumbe ao credor e não ao Judiciário.

Mantenho, por esses fundamentos, a decisão combatida. Remetam-se os autos, no prazo e com as cautelas de estilo, ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos que, sapientemente, dirá do acerto, ou não, à pretensão deduzida.»

Estou em que o r. despacho agravado merece ser mantido. Realmente, incumbem às partes promoverem as diligências de seus interesses. Somente comprovado de que requereram tais diligências e não foram atendidas em prazo razoável ou negadas é que compete ao Judiciário atendê-las, mesmo assim, se tratar-se de assunto de real interesse para a solução da demanda.

Nesse sentido, temos os AAGG-49.165-SP e 49.311-SP.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

Ag 49.809 — SP — (Reg. nº 7.902.573) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Agrte: IAPAS/BNH. Agrda: Maria da Silva Fernandes. Adv.: Dr. Tirso da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 6-8-86 — 5ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.391 — RJ
(Registro nº 7.372.817)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*
Agravantes: *Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro e outro*
Agravada: *União Federal*
Advogados: *Drs. Ricardo Martinez de Almeida e outros*

EMENTA: Tributário. Ação de repetição do indébito. Exceção de incompetência. Agravo de Instrumento.

I — Se a relação jurídica tributária foi estabelecida entre o agente marítimo e a União Federal, não pode o transportador marítimo, que sequer pagou o débito, vir a Juízo pleitear a repetição do indébito para definir o foro competente.

II — Agravo desprovido.

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 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, 14 de outubro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro e Oceanus Agência Marítima Ltda. contra a decisão de fls. 59/60, que nos autos da exceção de incompetência apresentada pela União Federal, tendo em vista a ação de repetição de indébito que lhe movem as ora agravantes, entendeu ser a primeira delas parte ilegítima para figurar no pólo ativo da ação e acolheu a exceção aludida, remetendo os autos ao Juiz Federal de uma das Varas da Seção Judiciária do Estado do Paraná.

As agravantes alegam que nos termos do artigo 125, § 1º, da CF o foro competente é o de conveniência do autor, pois as hipóteses previstas são alternativas. Também,

conforme Súmula deste Tribunal, o agente marítimo não responde por tributos, portanto, o transportador não poderá ser excluído da lide.

Contraminuta às fls. 63/64.

Formado o instrumento, o MM. Dr. Juiz Federal, da 9ª Vara do Rio de Janeiro, manteve a decisão agravada e remeteu os autos a este egrégio Tribunal.

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

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Ação de repetição do indébito. Exceção de incompetência. Agravo de instrumento.

I — Se a relação jurídica tributária foi estabelecida entre o agente marítimo e a União Federal, não pode o transportador marítimo que sequer pagou o débito, vir a juízo pleitear a repetição do indébito, para definir o foro competente.

II — Agravo desprovido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo douto Procurador Dr. Wagner Gonçalves, aprovado pelo ilustrado Subprocurador-Geral, Dr. Nelson Parucker, assim resumiu a controvérsia e sobre ela se manifestou:

«Trata-se de agravo da Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro e Oceanus Agência Marítima Ltda., inconformadas com o despacho de fls. 59/60, (prolatado na exceção de incompetência apresentada pela União Federal), que entendeu ser a primeira agravante parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação de repetição de indébito, e acolheu a exceção aludida, remetendo os autos ao r. Juiz Federal de uma das Varas da Seção Judiciária do Estado do Paraná.

O despacho agravado, no principal, assim expôs:

«Acolho a exceção de incompetência deste Juízo, pelas razões expostas pela douta Procuradoria da República.

Realmente, o Lloyd Brasileiro, ainda que tivesse fornecido o número para que o agente marítimo efetuasse o recolhimento exigido pelo fisco, ainda assim não seria parte legítima para estar em juízo ao lado daquela que, frente ao fisco, foi autuada e respondeu, na via administrativa, pelos efeitos do ato constatado, lesivo à Fazenda Nacional. Qualquer entendimento entre as autoras, deverá ser discutido em procedimento próprio, no foro comum. Na Justiça Federal, e para a União Federal, o acionamento fiscal é contra a Oceanus Agência Marítima Ltda., que sendo sediada e estabelecida no Estado do Paraná — onde os atos administrativos foram praticados — torna indubitosa a competência daquela Seção Judiciária para processar e julgar o feito.

Diante do exposto, acolhendo a exceção, declino da minha competência para o foro da Seção Judiciária do Estado do Paraná, para onde os autos deverão ser encaminhados, após as anotações na CIP.» (fls. 59/60).

2. Alegam que o foro competente, para casos tais, é o de conveniência do autor, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição Federal; que o agente marítimo não responde por tributos, conforme Súmula desse eg. Tribunal, e que não há como excluir o transportador da lide — pagador de fato dos tributos.

3. Contra-razões às fls. 63/64.

4. Correta se nos afigura a decisão agravada. Nada há a reparar.

5. De fato, a relação jurídica tributária se estabeleceu entre o agente marítimo e a Delegacia da Receita Federal, sendo que o primeiro, reconhecendo a procedência da autuação, quitou o débito.

6. Posteriormente, não satisfeito, e com base na estrita legalidade da tributação, apresentou ação de repetição de indébito, julgando ilegal o pagamento que fizera.

7. Sem entrar no mérito de tal pagamento, cujo cerne da questão já foi solucionado pelo verbete da Súmula nº 193, desse Tribunal, não se pode olvidar que a primeira agravante é completamente estranha à relação jurídica estabelecida.

8. Tratam-se de pessoas distintas, que não se confundem. E se houve pagamento indevido, compete ao titular do direito — oriundo do possível ato ilegal — reclamar em Juízo. Não outro, ou terceiro, sob o simples argumento de que ele teria (ou tem), em última análise, de suportar o ônus da tributação.

9. Por isso, corretas são as palavras da agravada à fl. 64:

«Ora, mesmo que verdadeira fosse tal assertiva, não implicaria em tornar a Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro por parte legítima para estar na demanda.

Com efeito, conforme se verifica do auto de infração de fl. 25, a autuada foi Oceanus Agência Marítima Ltda., com endereço na Avenida Coronel José Lobo 1859, Paranaguá. Foi ainda o agente quem apresentou defesa no processo fiscal e, finalmente, pagou o tributo exigido.

Se toda a atuação fiscal deveria ter sido dirigida contra o Lloyd e não contra Oceanus Agência Marítima Ltda. é circunstância que não tem relevância no caso. O fato é que, bem ou mal, a autoridade fiscal procedeu contra o agente marítimo e exclusivamente contra ele. Assim a relação jurídica tributária instaurou-se entre o fisco e o agente marítimo, dela não participando o transportador.

Ora, reza o artigo 3º do CPC que «para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade».

Se da relação jurídica tributária não participa a Cia de Navegação Lloyd Brasileiro, onde sua legitimidade para figurar na demanda?

Por via de consequência, sendo o Lloyd Brasileiro parte ilegítima para figurar na demanda, não há como configurar-se a competência do Juízo Federal do Rio de Janeiro para apreciar a causa, nos termos do que dispõe o artigo 125, § 1º, da Constituição Federal.»

10. Por essas razões, opinamos pelo não provimento do agravo.»

Adoto, como razões de meu voto, o bem lançado parecer ora transcrito.

Em verdade, como se viu, não se trata de ação anulatória, mas de repetição do indébito, em razão de relação jurídica tributária estabelecida entre o Agente Marítimo, segunda agravante e a União Federal, quando aquele efetuou recolhimento exigido pelo fisco, na via administrativa. Logo, somente a ele compete o exercício da ação de repetição, uma vez que o Transportador Marítimo, ora primeiro agravante, não participou do procedimento fiscal. Assim, não pode ele vir a Juízo pleitear, junto com o Agente, valores que não desembolsou, mas, apenas, para definir o foro de competência.

O despacho agravado está correto e deve ser mantido. Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 50.391 — RJ — (Reg. n.º 7.372.817) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Agrte: Cia de Navegação Lloyd Brasileiro e outro — Agrda: União Federal — Advs.: Drs. Ricardo Martinez de Almeida e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (4ª Turma — 14-10-87).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.875 — SC
(Registro nº 7.969.872)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *INCRA*

Agravados: *Hercílio da Luz Simões e outros*

Advogados: *Drs. Marisa Schutz Pamplona Xavier e outros*

EMENTA: Desapropriação por interesse social. Cancelamento de registro anterior.

A inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 554/69 decorreu de razões que respeitam tão-somente a restrições impostas à revisão do valor da indenização, em nada influenciando nos atos desapropriatórios que precedem àquela fase.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, nos autos na ação de desapropriação que move contra Hercílio da Luz Simões e outros, agrava de instrumento da decisão trasladada à fl. 19, que indeferiu os pedidos de cancelamento do registro anterior, de conversão do depósito em pagamento do preço e de expedição de mandado de registro do domínio do imóvel em nome do expropriante.

Alega, em suma, o agravante, que os pedidos indeferidos encontram respaldo no texto legal pertinente, ou seja, o Decreto-Lei nº 554/69, art. 7º, *caput*.

Formado o instrumento, foram os autos conclusos ao MM. Juiz *a quo* que não se reconsiderou (fl. 22. v).

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 26/28, pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A decisão agravada é do seguinte teor:

«Individualize-se o depósito, na forma pedida à fl. 40.

Defiro a imissão do INCRA na posse dos imóveis expropriandos.

Indefiro o pedido de cancelamento do registro anterior, com base no disposto pelo art. 167, I, 34, da Lei nº 6.015, de 1973, porque a fixação do preço depende de sentença, não se podendo declarar efetuado o pagamento como recomenda o artigo 7º, *caput*, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, em razão, ainda, da inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-lei citado (Resolução nº 126, de 3-11-85, do Senado Federal).

Autorizo, no entanto, com lastro no artigo 167, II, 12, da Lei nº 6.015, seja averbada a imissão.

Citem-se.

Expeçam-se os mandados e cartas necessárias.

Intime-se.»

A Corte já proclamou o descompasso, com o princípio constitucional da justa reparação patrimonial da orientação agasalhada pelo Decreto-lei nº 554, de 25 de abril de 1969, que reduz a indenização das terras, para fim de desapropriação por interesse social, ao valor cadastrado da propriedade para efeito do pagamento do imposto territorial rural.

Prevalece, pois, a recomendação constitucional da justa indenização, devendo o preço indenizatório corresponder ao valor real e atual do bem expropriado, aferido através de perícia avaliatória.

Essa perícia, porém, há de se verificar no momento processual próprio, atendidas as prescrições processuais pertinentes.

Ademais, inexistente na legislação de regência qualquer disposição que condicione o cancelamento do registro anterior à fixação de indenização, através da avaliação, e seu respectivo pagamento. Com razão pondera a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República que a inconstitucionalidade do art. 11 do supramencionado Decreto-lei 554, de 1969, decorreu de razões que respeitam tão-somente as restrições impostas à revisão do valor da indenização, em nada inferindo nos atos desapropriatórios que precedem àquela fase.

A essas considerações, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AG 50.875 — SC — (Reg. nº 7.969.872) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Agrte: INCRA. Agrdos: Hercílio da Luz Simões e outros. Advs.: Drs. Marisa Schutz Pamplona Xavier e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 18-11-87 — 6ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.116 — SP
(Registro nº 7.582.811)

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

Agravante: *União Federal*

Agravada: *Cia. Goodyear do Brasil Produtos de Borracha*

Advogado: *Dr. Antônio Carlos Vassimon Barbosa*

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Ação de repetição do indébito. Carência de ação.

I — Em princípio, para ingressar em Juízo com ação de repetição do indébito, deve o contribuinte pleitear na área administrativa a restituição total ou parcial do tributo que indevidamente recolheu (Constituição Federal art. 153, § 4º, e art. 165 do CTN), observadas as exceções do próprio texto constitucional.

Mas esta regra admite exceções quando, por exemplo, o contribuinte ingressa em Juízo e a Fazenda Pública na resposta ultrapassa a preliminar de carência de ação, contestando o mérito ou, na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido, porque só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar texto legal sob esse fundamento, não sendo admissível que a Administração examine pedido de restituição assim formulado.

II — Agravo desprovido.

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 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, 14 de outubro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra a decisão de fl. 27, que ao sanear a ação de repeti-

ção do indébito que lhe move a Cia. Goodyear do Brasil Produtos de Borracha, não acolheu as preliminares por ela argüidas.

A agravante alegou que a agravada não comprovou que houvesse requerido à autoridade administrativa competente, a restituição pleiteada, inexistindo portanto, qualquer pretensão insatisfeita ou lide; devendo prevalecer o disposto nos artigos 168 e 169 do CTN.

Contraminuta às fls. 32/34.

Formado o instrumento, o MM. Dr. Juiz Federal da 7ª Vara de São Paulo, manteve a decisão agravada e remeteu os autos a este egrégio Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Ação de repetição do indébito. Carência de ação.

I — Em princípio, para ingressar em juízo com ação de repetição do indébito, deve o contribuinte pleitear na área administrativa a restituição total ou parcial do tributo que indevidamente recolheu (Constituição Federal, art. 153, § 4º e art. 165 do CTN), observadas as exceções do próprio texto constitucional.

Mas, esta regra admite exceções quando, por exemplo, o contribuinte ingressa em juízo e a Fazenda Pública na resposta ultrapassa a preliminar de carência de ação, contestando o mérito ou, na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido, porque só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar texto legal sob esse fundamento, não sendo admissível que a Administração examine pedido de restituição assim formulado.

II — Agravo desprovido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Do despacho saneador de fl. 27, no qual o MM. Juiz Federal da 7ª Vara de São Paulo, Dr. Márcio José de Moraes, não conheceu da preliminar de carência de ação, por não ter a Agravada esgotado as vias administrativas, alegando que a matéria foi tratada em informações encaminhadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional à Procuradoria da República, como documento, não integrando a contestação propriamente dita, agravou a Fazenda Nacional, aduzindo que foram desconsideradas as preliminares de carência de ação levantadas na contestação, fundadas nos artigos 168 e 169, do CTN.

Traz à colação arestos desta Corte, em apoio à sua pretensão de extinguir o processo sem julgamento do mérito.

A Dra. Maria Célia Mendonça, pela Subprocuradoria-Geral da República, emitiu parecer aprovado pelo Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, no sentido de ser desprovido o recurso, porque as informações da Procuradoria da Fazenda Nacional, integram a contestação e, nessa condição examinou o mérito da pretensão a ele resistindo (fls. 39 a 41).

Examinando os autos, em particular a peça trasladada à fl. 12, comprova-se que, a União Federal requereu ao MM. Juiz que *in casu*, as informações da Procuradoria da Fazenda fossem recebidas como contestação ao pedido da Autora, isto é, adotou, como peça de defesa, as informações. E nestas, além da preliminar de carência, discutiu-se o mérito.

Nesta Colenda Corte, em especial nesta Turma, predomina o entendimento de que, em princípio, para ingressar em juízo com ação de repetição do indébito, deve o contribuinte pleitear na área administrativa a restituição total ou parcial do tributo que indevidamente recolheu (Const. Federal, art. 153, § 4º e art. 165 do CTN), observadas as exceções do próprio texto da Lei Maior.

Mas, esta regra admite exceção quando, por exemplo, o contribuinte ingressa em juízo e a Fazenda Pública na resposta ultrapassa a preliminar de carência de ação, contestando o mérito ou, ainda, na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido, porque só ao Poder Judiciário é dado deixar de aplicar texto legal sob esse fundamento, não sendo admissível que a Administração venha examinar pedido de restituição sob esse fundamento.

Na espécie em exame, discute-se, apenas, a preliminar de carência de ação. Na contestação, discutiu-se, também, o mérito, o que afasta, pela resistência ao pedido do Autor, a preliminar levantada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 51.116 — SP — (Reg. nº 7.582.811) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Agrte.: União Federal — Agrda.: Cia Goodyear do Brasil Produtos de Borracha — Adv.: Dr. Antônio Carlos Vassimon Barbosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (4ª Turma — 14-10-87).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.132 — RJ
(Registro nº 7.987.463)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Agravante: *União Federal*

Agravado: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogado: *Dr. João Batista Petersen Mendes*

EMENTA: Competência de foro. Ação civil pública. Ligação de reator atômico. Interesse da União.

Comprovado o interesse da União no deslinde da ação civil pública movida para impedir ligação de reator atômico em Angra I, fica admitido seu ingresso na lide.

Prevalece, entretanto, a competência da Justiça Estadual em primeiro grau, para o processamento do feito, nos termos do art. 2º, da Lei nº 7.347, de 1985, com recurso para este e. Tribunal (art. 126, da CF).

Agravo provido em parte.

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 ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Nos autos da ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra FURNAS — Centrais Elétricas S/A, a União Federal interpôs o presente agravo de instrumento, inconformada com despacho do MM. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Angra dos Reis, indeferitório de sua admissão no feito, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Sustenta ter interesse jurídico e patrimonial na causa, cujo objetivo é de impedir a religação do reator da usina nuclear de Angra I, de sua propriedade e representativa de

serviço público federal, operado em regime de monopólio pela empresa concessionária (FURNAS).

Além disso, ressalta a agravante a competência exclusiva da Justiça Federal de apreciar acerca do interesse manifestado pela União Federal.

Pede seja determinada a distribuição da causa a uma das Varas da Seção Judiciária no Estado do Rio de Janeiro.

Formado o instrumento, o Ministério Público do Rio de Janeiro ofereceu as contra-razões de fls. 238/245, mantido o r. despacho agravado (fl. 246).

Nesta instância a douta Subprocuradoria emitiu o parecer de fls. 248/249, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): O Plenário desta E. Corte, no julgamento do Agravo Regimental interposto do despacho que suspendeu a Medida Liminar concedida nos autos da ação civil pública objeto do presente recurso, adiantou-se, em termos, na apreciação da questão competencial ora em debate.

Primeiramente, é de se ressaltar o indiscutível interesse da União, no deslinde da controvérsia. Não bastassem as profundas indagações trazidas ao Plenário em tese e apoiadas em modelos estrangeiros, acerca da seriedade do assunto, sua intensidade e a indispensabilidade da presença da União no que lhe diz respeito, fez-se sentir com o acidente nuclear de Goiânia, de cuja extensão ainda não se tem consciência e no qual a intervenção federal aconteceu de maneira automática e total sob todos os aspectos.

Envolve o pedido, o deslocamento do feito para a Justiça Federal, como decorrência natural do ingresso da União na lide.

Esse aspecto foi cuidadosamente abordado pelo eminente Ministro Carlos Velloso, quando, ao proferir seu voto no julgamento do agravo regimental, assinalou, *verbis*:

II

«A ação civil pública, criada pela Lei nº 7.347, de 24-7-85, representa, segundo o magistério do Desembargador Sálvio de Figueiredo Teixeira, «significativa evolução no sentido da superação do modelo tradicional do processo civil, adequando-o à sociedade dos nossos dias, não mais de características individualistas, mas predominantemente de massa, em que predomina o interesse coletivo.» (Sálvio de Figueiredo Teixeira, «A Ação Civil Pública», Rev. da AMAGIS, 10/85).

É uma ação, pois, para proteção daqueles interesses que os juristas italianos denominam de difusos, representando, no ordenamento jurídico brasileiro, em avanço, porque «protege, ampara e defende a própria comunidade, estimulando esta a defender os seus direitos e induzindo os eventuais infratores da ordem jurídica ao cumprimento espontâneo das normas.» (Sálvio de Figueiredo Teixeira, ob. e loc. cit.).

III

A Lei nº 7.347, de 24-7-85, que a instituiu, estabeleceu, no tocante ao Juízo competente para processá-la e julgá-la, no seu artigo 2º:

«Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.»

E no seu art. 5º, previu a participação, no feito, da União Federal, estabelecendo:

«Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão, também, ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:...»

Isto quer dizer, ao que penso, que, mesmo residindo nos autos a União Federal, a competência para o processo e julgamento da causa é do Juízo do local onde ocorrer o dano, tal como prescrito no art. 2º.

Com efeito.

A Constituição Federal, artigo 126, estabelece que «a lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam propostas nas comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a Justiça do Estado ou do Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos...»

Ora, a Lei nº 7.347, de 1985, ao estabelecer a competência, para o processo e julgamento da causa, do Juízo do local onde ocorrer o dano (art. 2º), mesmo residindo nos autos a União Federal (art. 5º), assim agiu expressamente autorizada pela Constituição, art. 126. E que a Lei nº 7.347, de 1985, assim agiu, parece-me indubitado, por isso que, após estabelecer ela a competência do Juízo do local da ocorrência do dano, previu, no seu artigo 5º, a participação, no feito, da União Federal.

Destarte, tenho como competente, no caso, para processar e julgar a presente ação civil pública, o Dr. Juiz da Comarca de Angra dos Reis, Estado do Rio de Janeiro, sendo competente, de outro lado, para conhecer e julgar os recursos de decisões do citado Juízo, este Tribunal Federal de Recursos, na forma do citado artigo 126, da Constituição.»

Na verdade, é fácil depreender que o objetivo da norma constitucional e do legislador é de favorecer a parte interessada, eis que, visando apurar responsabilidade por eventuais danos causados ao meio ambiente, a defesa torna-se mais viável e real se se tem às mãos os elementos necessários à sua efetivação. O deslocamento do feito para a Capital, entendo, seria inteiramente contrário ao espírito da lei que, ao fazer a exceção, na forma permitida pela Carta Magna, retirou a ação civil pública da regra geral que estabelece privilégio de foro para a União Federal em primeiro grau.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao agravo para admitir a União Federal como litisconsorte passiva, mas determinar que o processamento do feito se prossiga no Juízo de Direito da Comarca de Angra dos Reis, reservada a competência do Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar os recursos das decisões ali proferidas, segundo o disposto no artigo 126, da Constituição Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 51.132 — RJ — (Reg. nº 7.987.463) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Agrte: União Federal. Agrdo: Estado do Rio de Janeiro. Adv.: Dr. João Batista Petersen Mendes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma: 24-11-1987).

Os Srs. Ministros William Patterson e Bueno de Souza votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.606 — SP
(Registro nº 9.588.400)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz
Agravante: Usipress Usinados e Forjados Ltda.
Agravada: União Federal
Advogados: Dr. José Cláudio Martarelli e outro

EMENTA: Processual Civil.

Na execução fiscal da União e suas autarquias, o Juiz Estadual atua como órgão da Justiça Federal, devendo obediência, portanto, às normas a esta aplicáveis, como as atinentes às custas.

Apelação julgada deserta por falta de oportuno preparo.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, 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, 7 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de execução fiscal movida pela Fazenda Nacional contra Usipress Usinados e Forjados Ltda., o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de São Carlos-SP julgou deserta apelação da executada, por falta de preparo tempestivo (fl. 7).

Dessa decisão agravou a executada, argüindo que a intimação «ao preparo do recurso deu-se em 6-11-85... e o efetivo recolhimento ocorreu em 18-11-85, portanto, no 12º (décimo segundo) dia...»

Resposta a fl. 27.

A decisão foi mantida e, neste Tribunal, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do agravo (fl. 32).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): O Juiz Estadual, quando processa e julga causa de interesse da União e suas autarquias, atua como órgão da Justiça Federal (Lei nº 5.010/66, art. 15, I), devendo obediência, portanto, às normas a esta aplicáveis, como ocorre com o Regimento de Custas (Lei nº 6.032, de 30-4-74), que, no seu art. 10, inciso II, estabelece o prazo de cinco (5) dias para o preparo do recurso, a partir da intimação da conta.

A recorrente foi intimada a preparar a apelação através do *Diário da Justiça* de 6-11-85 (fl. 4), mas deixou fluir *in albis* o prazo prescrito no diploma legal supracitado.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 52.606 — SP — (Reg. nº 9.588.400) — Rel.: Sr. Min. Torreão Braz. Agrte: Usipress Usinados e Forjados Ltda. Agrda.: União Federal. Advs.: Dr. José Cláudio Martarelli e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 7-10-87 — 5ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 53.263 — MS
(Registro nº 9.634.983)

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

Agravante: *INCRA*

Agravados: *Attilio Chaves Ferreira e cônjuge*

Advogados: *Drs. Antônio Sérgio Amorim Brochado e outros, Theonimfi Markakis e outros*

EMENTA: Administrativo. Agrário. Desapropriação por interesse social. Reforma agrária. Empresa rural. Latifúndio. Descaracterização da empresa rural em latifúndio.

I — A descaracterização de empresa rural em latifúndio deve ser feita em procedimento administrativo regular, assegurando-se ao proprietário o direito de defesa, com as implicações inerentes a este. É que o imóvel cadastrado como empresa rural não é desapropriável para fins de reforma agrária (Lei nº 4.504/64, art. 19, § 3º).

II — Medida cautelar concedida, para o fim de impedir a efetivação da desapropriação, até que seja realizada perícia técnica, que dirá a respeito da real situação do imóvel, se empresa rural ou não, na forma da conceituação legal.

III — Agravo do INCRA 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 agravo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de agravo de instrumento tomado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA contra a decisão xerocopiada às fls. 17/18, através da qual o MM. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, Dr. Luiz Calixto de Bastos, nos

autos da medida cautelar inominada requerida por Atilio Chaves Ferreira e sua mulher, Leony Ferreira Chaves, concedeu a liminar requerida, para que o agravante se abstivesse do prosseguimento da ação expropriatória por interesse social que promove contra os ora agravados.

Alega o agravante que, com base no Decreto 93.039, de 27-7-86, que declarou de interesse social para fins de desapropriação o imóvel rural denominado «Fazenda Morraria», no Município de Bonito-MS, ajuizou, em novembro de 1986, a competente ação de desapropriação. Manifesta-se inconformado com a decisão que determinou a suspensão da ação de desapropriação por um ano (fl. 125), em face da medida cautelar requerida pelos expropriados, por entender que «a decisão agravada vem inverter todo o rito processual que rege a ação de desapropriação por interesse social, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 554/69». Acentua que a decisão agravada chama ao Poder Judiciário todas as atribuições do INCRA, pois, se os dados colhidos na vistoria procedida por técnicos do agravante não merecem crédito, parece que a pretensão dos agravados é que o Judiciário não só exerça o controle efetivo dos atos administrativos, mas também passe a executá-los. Admite que o imóvel estava cadastrado e classificado no INCRA como «empresa rural», segundo as declarações do ex-proprietário, Paulo Maria Gajo, mas, após a vistoria procedida *in loco*, foi constatada situação bem diversa daquela declarada, passando o imóvel a receber a classificação de latifúndio por exploração. Esse fato foi comunicado ao então proprietário em 11-3-86, através do ofício INCRA/DR-16/C/G/nº 74/86, anexado aos autos da expropriatória sob o nº de doc. 05. Sustenta que uma ação cautelar jamais pode servir como ação própria para suspender uma ação de desapropriação, à vista do que estatui o Decreto-Lei nº 554/69. Pede, por fim, a reforma da decisão agravada, para que seja suspensa a liminar concedida.

Os agravados não se manifestaram e o Dr. Juiz não se reconsiderou (fl. 130).

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

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O INCRA, agravante, esclarece que desclassificou o imóvel rural objeto da ação: de «empresa rural», foi o imóvel desclassificado para «latifúndio por exploração».

O Dr. Juiz, ao deferir a cautelar, determinou a realização de perícia. Assim a decisão agravada, que é da lavra do Dr. Luiz Calixto de Bastos, às fls. 17/18:

«1. Trata-se de medida acautelatória com o fito de constatação, por prova pericial técnica, da situação atual e real do imóvel referido à fl. 02, na iminência de ser desapropriado para fins de reforma agrária.

A inicial apresenta os pressupostos necessários ao deferimento do pedido (02/66 e 70/75).

Assim, defiro a medida requerida, e determino a perícia.

Nomeio para o cargo de Perito Judicial o *Dr. Odorico Lacerda* e arbitro-lhe os salários provisórios em Cz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados), a favor de quem o requerente, em dez (10) dias, depositará tal importância, a título de adiantamento de despesas.

2. Cite-se o INCRA para os termos da Cautelar e para — querendo, indicar Assistente e oferecer quesitos, no prazo de cinco (05) dias. Em igual prazo, assim faculto ao Autor.

Se apresentados, ficam aprovados, ressalvando a apreciação da conveniência dos mesmos (quesitos), oportunamente.

3. Efetuado o depósito, designe-se data para início das diligências, que deverá acontecer nos dez (10) dias subseqüentes, intimando-se as partes e o

Vistor Oficial, cabendo-se aos interessados a, intimação de seus respectivos Assistentes Técnicos.

4. Laudo do Louvado Oficial em trinta (30) dias, contados do início efetivo dos trabalhos. Eventuais laudos críticos, em vinte (20) dias (prazo comum), contado a partir da data da entrega do laudo oficial em Secretaria, sob pena de preclusão.

5. Perito judicial e Assistentes Técnicos agirão sob compromissos e para o desempenho de suas funções, estão autorizados a utilizarem-se dos meios necessários nos termos do art. 429 do CPC.

Dê-se-lhes carta de apresentação.

6. Intime-se.»

..... (fls. 17/18).

Está correta a decisão agravada.

É que, conforme ficou dito acima, o imóvel expropriado foi desclassificado de «empresa rural», para «latifúndio por exploração». Isto se fez sem que se assegurasse ao expropriado o devido processo legal. O Dr. Juiz, então, acautelando os interesses do expropriado, simplesmente impediu a efetivação da expropriatória, até que fosse realizada a prova pericial, que dirá se o imóvel é, ou não, *empresa rural*; se o for, a expropriação, não poderá ocorrer.

Na AMS nº 111.399-PR, de que fui relator, decidi esta Egrégia 6ª Turma:

«Administrativo. Agrário. Empresa rural. Latifúndio. Descaracterização da empresa rural em latifúndio improdutivo. Mandado de segurança. Fatos controvertidos.

I — A descaracterização de empresa rural em latifúndio improdutivo deve ser feita em procedimento administrativo regular, assegurando-se ao contribuinte o direito de defesa, com as implicações inerentes a este. No caso, a autoridade impetrada deixa expresso que assim se procedeu. E a alegação de que no imóvel objeto da causa havia exploração rural foi contestada pela autoridade. Os fatos passaram, pois, a ser controvertidos, a exigir o fazimento de prova, o que desautoriza o uso do mandado de segurança.

II — Recurso provido.» (DJ, 9-10-86).

No meu voto, disse eu:

«O imóvel rural de propriedade do Impetrante foi, «face a vistoria realizada», descaracterizado para «Latifúndio por Exploração», em razão da verificação *in loco* efetuada, por não atender aos requisitos fixados no inciso III, alíneas *a* e *b*, do artigo 22, do Decreto 84.685, de 6-5-80, que regulamentou a Lei nº 6.746, de 19-12-1979. (Fl. 36).

Daí o presente *writ*, que visa a declarar nulo o procedimento administrativo em que se fez a descaracterização acima mencionada, ao argumento de que a vistoria teria sido feita de maneira unilateral, sem que ao Impetrante tivesse sido dado o direito de defesa; ademais, a autarquia impetrada não teria considerado, na vistoria, a indústria extrativa exercida na área, por contrato, com a Empresa Fiat Lux, que caracteriza a propriedade como Empresa Rural, na forma do Estatuto da Terra, art. 4º, parágrafo único, *a*. Acresce, segundo argumenta o Impetrante, que a área em questão possui produção agrícola, de *erva-mate* (Estatuto da Terra, art. 4º, VI).

A autarquia impetrada, nas informações, nega tenha agido unilateralmente. Está escrito nas informações:

«8. A vistoria realizada, teve por escopo, sobretudo, confrontar as duas declarações do Impetrante, constatando, não só a flagrante contra-

dição existente entre as mesmas, bem como, a má-fé dos dados por ele fornecidos à Autarquia.

9. Desse modo, sinto-me a vontade para informar que a descaracterização em *latifúndio por exploração* (Lat. p/Expl.) de imóvel rural anteriormente classificado como *empresa rural* (ER), com base em declaração (DP) inverídica ou não condizente à realidade fática de exploração do mesmo imóvel, pela aferição técnica dos graus de utilização da terra (GUT) e eficiência na exploração (GEE), revestiu-se de integral legalidade, indene a qualquer irregularidades, em procedimento administrativo a que os Impetrantes tiveram oportunidade de produzir esclarecimentos e oferecer informações antes da descaracterização, albergados pela orientação do E. Tribunal Federal de Recursos, mencionada pelo Impetrante.

10. Pois, aquele E. Tribunal, em caso semelhante, considerou necessário ficasse assegurado aos interessados a defesa dos seus direitos, inválida a alteração procedida unilateralmente pela Autarquia, incorrente essa *in casu*, já que esta se assegurou aos Impetrantes, em plenitude.»

..... (fls. 46/47).

E no tocante à alegação de que no imóvel havia exploração rural — indústria extrativa por contrato com a Fiat Lux e que na área havia produção agrícola de erva-mate — esclareceu a autoridade impetrada:

«4. O Impetrante, quando da sua última Declaração de Propriedade apresentada em 1981, fez menção a um Plano de Exploração madeireira sobre uma área de 524 ha. e declarou que a exploração de erva-mate abrangia uma área de 167,0ha. (doc. nº 1).

Se explorou erva-mate área com essa extensão, nada se sabe; as notas fiscais referentes às vendas de erva-mate ora apresentadas pelo Impetrante, dizem respeito tão-só à produção vendida nos anos de 1980 e 1984, e, mesmo pela própria quantidade colhida expressa nessas notas, estão muito aquém da realidade comparativamente à extensão da área (167,0 ha) por ele declarada como de exploração dessa cultura.

No ano de 1982, quando forneceu novos dados a esta Autarquia para efeito de lançamento do ITR, declarou, sem apresentar qualquer plano de exploração de madeira, que a área explorada (com madeira) era de 167,0 ha, e ainda que colhe 360,0 ha de erva-mate.

A erva-mate, como se sabe, é uma essência nativa, e é de se perguntar como a área com esse vegetal que no ano anterior, segundo suas próprias declarações constantes da sua Declaração de Propriedade que era de 167,0 ha, em 1981, passou para 360,0 ha, em 1982, sem contudo apresentar qualquer nota fiscal que comprove essa produção e o próprio miligram da duplicação dessas essências nativas. (Docs. 1 e 2).

5. Por outro lado, nessas informações prestadas pelo Impetrante no exercício de 1982, declara plantações de milho, aveia, erva-mate e ainda 298 cabeças de gado, sem nada comprovar através de notas fiscais de venda de madeira, bem como controle de vacinação de gado, numa propriedade, conforme foi verificada *in loco* por uma Comissão desta Autarquia, apenas coberta de floresta nativa, prestando ao órgão arrecadador, portanto, informações inverossímeis com um único e só fito: de sonegar dados ao Fisco para com isso obter benefícios fiscais e, por outro lado, se garantir juridicamente contra uma possível desapropriação por interesse social da sua improdutiva propriedade.»

..... (fls. 44/45).

Examinemos a questão.

No que concerne à alegação no sentido de que no imóvel objeto da causa havia exploração rural — indústria extrativa por contrato com a Fiat Lux e que na área havia produção agrícola de erva-mate — capaz de caracterizar a propriedade como Empresa Rural, a alegação viu-se contestada pela autoridade impetrada. Os fatos, pois, no particular, são controvertidos e desautorizam o uso do mandado de segurança.

No que toca à alegação de que a vistoria fora feita de modo unilateral, o alegado resultou improvado, certo que a autoridade deixou expresso que a alegação não é verdadeira, porque realizada «em procedimento administrativo a que os Impetrantes tiveram oportunidade de produzir esclarecimentos e oferecer informações antes da descaracterização, ...» (fl. 47).

Não há que se falar, pois, no caso, em direito líquido e certo, pelo que a segurança é de ser indeferida.

Poderá o Impetrante, todavia, no procedimento ordinário, demonstrar a ocorrência da exploração rural, no imóvel objeto da causa, que jogaria por terra o ato da autarquia-impetrada. A questão demandará, entretanto, o fazi-mento de prova, prova sobretudo pericial. E, mediante a requisição do procedi-mento administrativo, poderá demonstrar, se for o caso, que são verdadeiras as suas afirmativas no sentido de que não lhe foi dado o direito de defesa na vistoria realizada pela autarquia.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao apelo e casso a segurança.»

No caso sob julgamento, a vistoria que desclassificou o imóvel foi unilateral, vale dizer, não foi feita num devido processo legal em que tivesse sido assegurado o direito de defesa ao expropriado. Este, agora, deseja, exatamente, comprovar o desacerto da vistoria feita pelo INCRA, ora agravante, mediante prova pericial, num procedimento cautelar em que o INCRA, ora agravante, poderá exercitar o seu direito de defesa, in-dicando assistente técnico ao perito. Ao deferir a cautelar, o Dr. Juiz agiu, portanto, acertadamente. Numa palavra: agiu como juiz, como guardião de direitos.

No sentido de que a desclassificação de imóvel cadastrado como *empresa rural* so-mente pode ser feita num devido processo legal, é a jurisprudência desta Egrégia Corte. No MS nº 97.664-PR, Relator p/acórdão o Sr. Ministro Armando Rollemberg, decidiu a Egrégia 2ª Seção:

«Desapropriação por interesse social — A utilização de tal providência para afastar tensão social existente em determinadas áreas, prevista no Decreto-Lei nº 562/69, não é cabível em relação a terras que devam permane- cer com os proprietários, pois, para regularizar os títulos respectivos, não há porque transferir antes a propriedade ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

De outro lado, também não é aceitável, porque contraria a finalidade da lei, que, propriedade cadastrada como empresa rural, e, portanto, não desa- propriável, nos termos do art. 19, § 3º, da Lei 4.504/64, venha a ser objeto da providência com base em desclassificação procedida pelo INCRA sem ins- tauração de processo administrativo em que seja assegurada defesa ao proprie- tário, pois tal importaria em afastar, de fato, a vedação aludida.»

Do exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 53.263 — MS — (Reg. nº 9.634.983) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Agrte.: INCRA. Agrdo: Atílio Chaves Ferreira e cônjuge. Adv.s: Drs. Antônio Sérgio Amorim Brochado e outros, Theonimfi Markakis e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. 24-6-87, 6ª Turma.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 53.769 — RS
(Registro nº 9.150.706)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Agravante: *INPS*

Agravada: *Arlde Lopes Barcellos*

Advogados: *Drs. Sandra Maria de Jesus Rausch (agrite.) e Raul Portanova (agrda.)*

EMENTA: Previdenciário. Processual Civil. Reajuste de proventos. Perícia.

I — Na ação revisional, em que impugnado o critério utilizado pelo INPS, para o reajuste dos proventos da aposentadoria, não há necessidade de produção de perícia, por isso que envolve apenas questão de direito.

II — Agravo 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, à 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, 15 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: O Instituto Nacional de Previdência Social interpôs agravo de instrumento contra o despacho trasladado a fl. 21, que lhe indeferiu pedido de perícia contábil, nos autos da ação ordinária que lhe move Arilde Lopes Barcellos. Aduz o agravante (fls. 02/03):

«1. Na preambular, alega (m) o (s) Autor (es), que a proporção entre a mensalidade atual do benefício que goza (m) e o valor do salário mínimo ora em vigor é sensivelmente inferior a essa mesma proporção estabelecida entre o valor da renda mensal inicial e o valor do salário mínimo vigente à data da concessão do benefício;

2. Na contestação, comprova a Autarquia ora Ré, que procedeu o reajustamento do valor do benefício em estrita obediência aos ditames legais, que o reajuste proporcional dos benefícios segue o mesmo princípio existente na

política salarial e que, sem esta correspondência ficaria majorada a prestação «sem a correspondente fonte de custeio total» como prevê o art. 94 da Consolidação das Leis da Previdência Social e o art. 165 da Constituição Federal;

3. Assim, para que se fizesse possível a correta apreciação da matéria, cumpriria fosse demonstrada a correção dos cálculos do reajustamento dos benefícios, o que exigiria, sem dúvida, conhecimento especial de técnico;

4. Que, com fundamento no art. 420 e seguintes do Código de Processo Civil, requereu determinasse V. Exa., a realização de perícia contábil, a fim de que fossem as diferenças e os prejuízos alegados pelo Autor (s), apurados corretamente;

5. No entanto, V. Exa., indeferiu o requerimento, entendendo que não se trata de matéria sujeita a levantamento de prova por meio pericial.»

Contraminutado o agravo às fls. 05/06 e mantido o despacho agravado à fl. 25, os autos subiram a esta instância.

É o relatório.

EMENTA: Previdenciário. Processual civil. Reajuste de proventos. Perícia.

I — Na ação revisional, em que impugnado o critério utilizado pelo INPS, para o reajuste dos proventos da aposentadoria, não há necessidade de produção de perícia, por isso que envolve apenas questão de direito.

II — Agravo a que se nega provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator). Na ação que impugna o critério utilizado pela autarquia previdenciária para o primeiro reajuste dos proventos da aposentadoria, não há necessidade da produção de prova pericial, por isso que envolve apenas questão de direito, importando, para dirimi-la, apenas definir se tal critério encontra ou não, respaldo em lei.

Nego provimento ao agravo. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 53.769 — RS — (Reg. n° 9.150.706) — Rel.: Ministro Costa Leite. Agte.: INPS. Agrda.: Arilde Lopes Barcellos. Advs.: Dra. Sandra Maria de Jesus Rausch (Agrte.) e Dr. Raul Portanova (Agrda.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo. (1ª Turma — 15-09-87).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e José de Jesus votaram de acordo com o Relator. Ausentes os Srs. Ministros Lauro Leitão e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LEITE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.128 — RJ
(Registro nº 7.700.342)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Agravante: *IAPAS*

Agravada: *Artesania Metalúrgica Ltda.*

Advogados: *Drs. Walter de Oliveira, José Manuel Gonçalves Marinho e outro*

EMENTA: Processual Civil. Levantamento de depósito. Expedição de cópia da guia ao favorecido.

Tem direito o favorecido ao recebimento de cópia do mandado de levantamento, sem a qual não poderá atingir a sua finalidade, inaplicável a Portaria nº 410/84 aos órgãos da Fazenda Pública.

Provimento do agravo.

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 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, 21 de outubro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Nos autos de execução fiscal promovida contra Artesania Metalúrgica Ltda. requereu o IAPAS, exequente, fosse determinado à Secretária da Vara que lhe fornecesse uma via do mandado de levantamento nº 13/86, expedido a seu favor, pedido esse indeferido em face da Portaria nº 410/84 do MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta o agravante que, além de não ter requerido cópia xerox, assunto versado na referida Portaria, esta, de qualquer forma, excepciona os pedidos de cópia formulados pela Fazenda Pública.

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): A Portaria nº 410/84 na qual se fundamentou a r. decisão agravada tem por escopo a contenção de despesas no pertinente à reprodução de cópias xerox, dispondo:

«a) Que as máquinas xerográficas somente poderão ser utilizadas para cópias quando, no processo, for parte o juridicamente necessitado (beneficiário da Justiça gratuita), e nos casos em que a Fazenda Pública for isenta de custas».

É apodítico que, tivesse o exeqüente requerido cópia xerox do mandado de levantamento, a tanto faria jus, pois é órgão integrante do conceito de Fazenda Pública, expressamente excepcionado quanto ao alcance da referida norma.

Entretanto, é de ver-se que foi solicitada uma via do mandado de levantamento, fl. 10, sem a qual não poderá o exeqüente atingir o fim a que se destina.

Não obstante à louvável intenção do MM. Juiz *a quo*, o certo é que a economia saiu cara.

Dou provimento ao agravo para o fim colimado.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 54.128 — RJ — (Reg. nº 7.700.342) — Rel.: Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis — Agravante: IAPAS — Agravada: Artesania Metalúrgica Ltda. Advs.: Drs. Walter de Oliveira e José Manuel Gonçalves Marinho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (5ª Turma em 21-10-87).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.436 — RJ
(Registro nº 9.841.237)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Agravante: *Drogaria Moderna Ltda.*

Agravado: *IAPAS*

Advogados: *Drs. Maria Thereza Menge e Silva e outro e Fernando Miguel Batista e outro*

EMENTA: Processual Civil. Execução fiscal. Solidariedade passiva.

Hipótese em que fica a critério do exequente promover a execução contra todos os devedores, ao mesmo tempo, contra parte deles, ou contra qualquer um, isoladamente.

Agravo desprovido.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Agravo de Drogaria Moderna Ltda. contra despacho do MM. Juiz Federal da Décima Sétima Vara da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro que, nos autos da execução fiscal que lhe propôs o IAPAS, indeferiu requerimento por ela manifestado, no sentido de que fosse citada para responder pela execução a quotista Rosa Fernandes da Silva, cujo nome consta da certidão de dívida ativa.

Contraminutou a autarquia, dizendo caber ao exequente a escolha do responsável pelo débito fiscal contra o qual deverá dirigir-se a execução.

Não houve retratação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Execução fiscal. Solidariedade passiva.

Hipótese em que fica a critério do exequente promover a execução contra todos os devedores, ao mesmo tempo, contra parte deles, ou contra qualquer um, isoladamente.

Agravo desprovido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de débito fiscal de responsabilidade da empresa e de seus sócios-gerentes, *in solidum*.

Não havendo sido encontrados bens da empresa, nada estava a impedir que fosse a execução dirigida contra qualquer dos demais co-responsáveis, ou contra todos ao mesmo tempo, a critério do credor. A faculdade de escolha, no caso, constitui a principal característica da solidariedade, não havendo, pois, como censurar-se o despacho impugnado, que determinou o prosseguimento da execução, por ora, tão-somente contra a primeira quotista.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 54.436 — RJ — (Reg. nº 9.841.237) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Agrte.: Drogaria Moderna Ltda. Agrdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Maria Thereza Menge e Silva e outro, Dr. Fernando Miguel Batista e outro.

Decisão: Negou-se provimento ao agravo. Decisão unânime. (4ª Turma — 30-11-87).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.353 — AM
(Registro nº 3.133.257)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *Superintendência da Zona Franca de Manaus — SUFRAMA*

Apelado: *Todepe Ltda.*

Advogados: *Jayme Roberto Cabral Índio de Maués, Jari Vargas e outro*

EMENTA: Administrativo. Contrato de prestação de serviços e fornecimento de material. Fato imprevisto. Indenização.

1. Comprovado que houve a prestação de serviços, com fornecimento de material e mão-de-obra e que a área constante do edital era menor do que a real, devida é a diferença do preço ajustado como decorrência da aplicação da teoria da imprevisão (cláusula rebus sic stantibus).

2. Recurso 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, 29 de maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: A matéria foi assim sumariada pelo Juiz Federal em exercício na Seção Judiciária do Estado do Amazonas, Dr. Silvério Luiz Nery Cabral:

«Todepe Limitada, firma de prestação de serviço, estabelecida em Manaus, por advogado e procurador legalmente habilitado, propôs a presente Ação Ordinária contra a Superintendência da Zona Franca de Manaus — SUFRAMA, alegando e objetivando, em resumo a condenação da ré ao pagamento da quantia de Cr\$ 87.758,91, referente aos serviços extras prestados. Pediu, ainda, custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da condenação, além de juros desde a entrega da obra.

Sustentou, a autora, que formalizara contrato para realização do serviço de gramação de uma praça na Zona Franca de Manaus, hoje denominada 'Francisco Pereira da Silva', relativamente à área de 58.000,00m², estimada em Cr\$ 754.000,00. Todavia, após o término do serviço e feito o levantamento topográfico, foi constatado que a área apresentava na realidade 63.423,00m² havendo, assim, uma diferença de 5.423,00m² que, à razão de Cr\$ 13,00 o metro quadrado, perfaz a importância de Cr\$ 70.499,00. Além da diferença apontada, a autora afirmou ter realizado serviços outros, extracontrato, perfazendo mais Cr\$ 30.000,00. Somadas as duas quantias, encontra-se o total de Cr\$ 100.499,00 da qual admite a dedução de Cr\$ 12.740,09, referente a água fornecida, ficando o saldo devedor de Cr\$ 87.758,91.

Afirmou, a autora, que apesar da autorização para pagamento da quantia de Cr\$ 30.000,00 esse pagamento não chegou a ser efetivado. No que tange a diferença de metragem, os técnicos da ré, apreciando a proposição e o levantamento topográfico, consideram-no legítimo, sugerindo, inclusive, que o pagamento fosse efetuado.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 5/27.

Citação regular (fl. 31).

Contestação (fls. 32/34), salientando que, preliminarmente, o instrumento procuratório teria sido firmado por pessoa que não representa a autora.

Quanto ao mérito, entende ser improcedente a ação, porquanto o contrato foi firmado por quantia certa, sendo a metragem referida na cláusula primeira de caráter meramente enunciativo. O preço ajustado teria sido para execução da obra e, em nenhum momento, foi consignado que o preço seria por metro quadrado.

A réplica está às fls. 35/37.

A ré formulou a petição de fls. 38/40, juntando documentos.

O Juízo determinou à autora que juntasse cópia autenticada dos seus estatutos sociais (fl. 65). Despacho cumprido às fls. 66/72, após o que foi aberta vista dos autos à Procuradoria da República (fl. 70), que se manifestou às fls. 70v.

Especificadas as provas, foi requisitado o processo administrativo, que foi apensado aos autos. As partes nada requereram.

Não há protesto de provas em audiência. Aplica-se o art. 330-I, do Código de Processo Civil.

É o relatório» (fls. 75/76).

Decidindo, julgou procedente a ação, nos termos da inicial, condenando a Ré no pagamento dos serviços realizados, extracontrato, mais verbas acessórias e da sucumbência.

Inconformada, recorreu a SUFRAMA pugnando a integral modificação do julgado, ao argumento de que o contrato foi celebrado para execução global do serviço, ao preço certo e ajustado, sendo a metragem meramente enunciativa, indevida, de consequência, qualquer diferença de preço (fls. 79/83).

Contra-razões às fls. 85/89, pelo desprovimento do recurso.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Oficiando no feito, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Procuradora da República, Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer, com o referendo do Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, opina pelo provimento do recurso (fls. 92/94).

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

Relatei.

EMENTA: Administrativo. Contrato de prestação de serviços e fornecimento de material. Fato imprevisto. Indenização.

1. Comprovado que houve a prestação de serviços, com fornecimento de material e mão-de-obra e que a área constante do Edital era menor do que a real, devida é a diferença do preço ajustado, como decorrência da aplicação da teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*).

2. Recurso parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Ao dar pela procedência do pleito, assim se expressou o magistrado de 1º grau:

«O processo administrativo dá conta exatamente, do que se discute nestes autos. É dispensável a permanência do procedimento referido, uma vez que o fato não é contestado. A divergência é quanto a interpretação do ajuste e, conseqüentemente, se há, ou não, obrigação da ré efetuar o pagamento pleiteado.

É inegável que o contrato, ao contrário do que afirmou a ré, tratou do fornecimento de material e de mão-de-obra, com revolvimento de terras da área a ser plantada (58.000,00m²) numa profundidade mínima de 0,10m. Da mesma forma é taxativo, dito contrato, que a aplicação da terra vegetal em toda a área a ser plantada (58.000,00m²), formando uma camada de no mínimo 0,05m, exigia que o plantio de mudas de grama, num espaçamento máximo de 0,10m x 0,10m (100 mudas s/m²) em covas, numa área de 58.000,00m².

Nem poderia o contrato, alheiar-se ao que consta do edital de fls. 41/ 51:

‘O presente contrato tem por objetivo a gramação da praça da zona franca de Manaus, pela contratada, *compreendendo uma área de 58.000,00m²*, na conformidade das especificações de serviços constantes do edital de preços nº 001/75’...

Vê-se, portanto, que a negativa da ré não passa, realmente, de discussão acadêmica, sem forma nem figura de cabimento jurídico. Ainda, mesmo que se admita para discussão, que não constasse o enunciado dos 58.000,00m², no contrato, não poderia a autora arcar com o prejuízo decorrente da falta de inserção, no ajuste, da metragem que o edital especificou. Seria dado à ré o direito de enriquecer ilicitamente, com o patrimônio e o trabalho alheio, o que é vedado pela moral, os bons costumes e a lei.

Na verdade, a autora aceitou a palavra da ré como sendo o espelho do que acabara de publicar e contratar. Mas a perícia técnica, realizada para a constatação da verdade, foi acolhida, inclusive, por alguns responsáveis que recomendaram o pagamento que a autora pleiteia em juízo, o que já esperara que administrativamente se lhe atendesse.

Como se vê, a matéria é de simples solução, frente a prova técnica, constante dos autos (fls. 12/13) e dos demais comprovantes sobre as alegações feitas pela autora (fls. 14 e seguintes), com a concordância tácita da ré.

Diante do exposto, julgo procedente a ação, na forma pedida na inicial» (fls. 76/78)

Desmerece reparos a r. sentença apelada, no principal.

Com efeito, segundo ressei dos autos, e a controvérsia foi bem exposta no pronunciamento jurisdicional que acabei de ler, a apelada celebrou com a apelante um contrato para gramar uma praça na Zona Franca de Manaus (Praça Francisco Pereira da Silva), com área de 58.000,00m², com fornecimento de material e mão-de-obra, ao custo estimado de Cr\$ 754.000,00.

Ocorre que, por ocasião da realização dos serviços, constatou-se que a referida praça apresentava na realidade uma extensão de 63.423,00m² e não 58.000,00m², como constava do Edital e do contrato.

Pleiteada a diferença de preço, restou inexitosa.

Realmente, devida é a diferença do preço.

Ao pactuar com a Administração, confiou a empresa na veracidade dos limites traçados no Edital, aliás, limites esses cuja extensão foi expressamente reconhecida ainda na fase administrativa, com o levantamento topográfico da área.

Por ocasião de tal levantamento, assim se expressou o engenheiro agrônomo da SUFRAMA:

«Com base no levantamento procedido, concluímos ser procedente o pleito da Firma Todepe Ltda., pelo que sugerimos, se possível, que se pague a fatura anexa. A diferença de metragem é de fato possível desde que exista qualquer desnível entre dois pontos. O erro corre por conta da metragem contratada haver sido levantada sobre a planta baixa da praça, a qual nada mais é que a projeção da verdadeira grandeza envolvida. Assim, aceitamos como viável a proposta com base nos valores recentemente levantados por uma equipe de topografia» (fl. 214 do apenso).

A planta acostada ao procedimento dá conta de que a área consta, efetivamente, de 63.423,00m².

Como visto, inexistia razão para rejeitar-se a pretensão de se obter a diferença do preço, invocando-se considerações de natureza teórica, acerca da imutabilidade das disposições contratuais.

Aliás, essa diferença de metragem fora, inclusive, objeto de previsão no Edital de Licitação. Confira-se, a propósito, a descrição dos serviços:

«.....

m) As quantidades:

— Recomposição dos taludes de aterro.....	600,00m ³
— Regularização dos taludes de corte.....	340,00m ³
— Plantio de gramas batatais.....	58.000,00m ² ; e
— Regularização do terreno.....	50.000,00m ² ,

devem ser consideradas para efeito de julgamento, podendo ocorrer as variações para mais ou para menos e deve ser mantido o percentual de 20% para limite do valor de tais variações, ficando neste caso o licitante obrigado a manter os preços unitários apresentados, para quaisquer alterações nas quantidades constantes deste parágrafo» (fl. 27 do apenso).

Não tem maior relevo a afirmação da apelante de que a Administração não possui liberdade para fazer mutações no que se refere a preços.

A prevalecer a tese sustentada pela SUFRAMA e restaria alterada a equação financeira do contrato administrativo, por fato superveniente e absolutamente imprevisto, o que, advirta-se, não é possível.

Nesse sentido leciona Hely Lopes Meirelles:

«O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico ou equação econômica, ou ainda, equação financeira do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratante não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento» (Direito Administrativo Brasileiro, 9ª edição atualizada, 1983, pág. 166).

Também assim se expressa Lúcia Valle Figueiredo:

«As extensões quantitativas do contrato são permitidas, nos vários comandos legais disciplinadores da matéria, se necessárias à fiel execução do objeto contratual e dentro dos limites previstos pelos diplomas legais respectivos.

O *ius variandi*, como assinalado por Enterría, encontra suas comportas na necessidade de melhor adequação do objeto contratual.

O primeiro limite administrativo será, pois, sempre a boa ou má fundamentação. Assim, deve haver uma correlação lógica obrigatória entre a alteração pretendida e a necessidade da administração.

Porém o direito de alterar quantitativamente o contrato não pode atingir (...) a comutatividade do contrato. As obrigações devem ser cumpridas como pactuadas. E, se é verdade que na função administrativa se sobrepõe o interesse público ao particular, colocando-se as partes em desnível jurídico, menos verdadeira não é a afirmação da impossibilidade de ser introduzido o elemento surpresa do contrato — álea não conhecida no momento da pactuação.» (Extinção dos Contratos Administrativos, Ed. RT, São Paulo, 1986, pág. 82).

Nem mesmo socorreria a apelante a argumentação de que se trata de empreitada global, o que estaria a impedir a alteração do preço inicialmente pactuado.

Veja-se o que diz, a respeito, a ilustre magistrada federal na monografia acima aludida:

«Na empreitada por preço global — como o próprio nome indica — a Administração Pública contrata uma obra por preço certo. Evidentemente deste preço certo estarão excluídas as quantias referentes aos reajustes, expressamente previstos no contrato. É dizer: embora contratada uma empreitada de preço global, não há impedimento para que se reajustem os preços» (ob cit. pág. 83).

Como visto, até mesmo os reajustamentos podem incidir no valor inicialmente pactuado, sem causa para recusa ao argumento da impossibilidade de alteração do contrato.

Na espécie, nem mesmo reajustamento ocorre, e sim a justa pretensão de ver remunerado o serviço prestado, com fornecimento de material e mão-de-obra, traduzido em excesso de área que a própria Administração desconhecia inicialmente.

Se se pretende teorizar, cumpre não esquecer que tal acréscimo de área, cuja imprevisão quando da celebração da avença ressaí dos autos, conduz às considerações acerca da velha cláusula *rebus sic stantibus*, levando, fatalmente a revisão do contrato para ajustamento do preço ao fato superveniente, imprevisto e imprevisível.

É como ensina Hely Lopes Meirelles:

«A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes. É a moderna aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos administrativos, à semelhança do que ocorre nas avenças de direito privado, quando surgem fatos não cogitados pelos contratantes, criando ônus excessivo para uma das partes com vantagem desmedida para a outra. Esse desequilíbrio retira a comutatividade do ajuste e impõe a revisão do contrato, para que se possibilite a sua execução sem a ruína econômica do particular contratado.» (Licitação e Contrato Administrativo, 6ª edição, ed. RT, 1985, pág. 217).

E diferente não poderia ser, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração em detrimento do interesse do particular, que confiou na «palavra» do ente público e concluiu o pactuado em condições de aceitação.

A propósito, vale lembrar os seguintes julgados desta Corte:

«Empreitada de obras públicas. Cláusula *rebus sic stantibus*.

Normalmente, ninguém contrata com a Administração Pública no Brasil, na quadra presente, sem levar em conta a variação salarial e a demora de pagamento, pelo Tesouro. Fora disso, a invocação da cláusula exige, ao lado da boa-fé, prova de que o cumprimento do contrato arruina o estipulante ou lhe deu prejuízo, se o cumpriu.» (AC nº 18.492 — GB, Rel. Ministro Cândido Lobo — Rev. TFR nº 5/79).

«Contrato Administrativo. Cláusula *rebus sic stantibus*.

A cláusula *rebus sic stantibus* é aplicável aos contratos administrativos, máxime quando expressamente estipulada.» (AC nº 8.767 — GB, Rel. Ministro Godoy Ilha. Rev. TFR nº 7/11).

O único reparo que faço à sentença hostilizada diz com os juros de mora. Estes são devidos a contar da citação, a teor do art. 219 do CPC.

À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 62.353 — AM — (Reg. nº 3.133.257) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: Superintendência da Zona Franca de Manaus — SUFRAMA. Apdo. Todepe Ltda. Advogados: Jayme Roberto Índio de Maués e Jari Vargas e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação. (Em 29-5-87 — 2ª T.)

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.549 — GO
(Registro nº 3.138.305)

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

Apelante: *Caixa Econômica Federal*

Apelados: *Diógenes de Oliveira Frazão e sua mulher*

Advogados: *Drs. Iron Santana Xavier Ribeiro e Nilo Arêa Leão (apte) e Lourenço Pinto de Castro (apdos)*

EMENTA: Processual Civil. Errônea denominação de ações.

I — O erro na denominação das ações não impede ao Juiz que as julgue, tendo em conta a verdadeira natureza jurídica dos pedidos formulados.

II — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1987 (data de julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 53/56):

«Diógenes de Oliveira Frazão e Dagmar Carvalho Frazão, sua esposa, ajuizaram a presente Ação Declaratória cumulada com consignação em pagamento em desfavor da Caixa Econômica Federal.

2. A inicial, em síntese, é a seguinte:

a) Os Autores obtiveram da Ré um empréstimo hipotecário no valor de Cr\$ 298.000,00 para, aquisição de moradia própria.

b) O mútuo foi realizado com o prazo de 20 anos, à taxa de 8% ao ano, sujeito à correção monetária trimestral (UPCs do BNH).

c) Em janeiro de 1976, foram alteradas as condições contratuais sem qualquer comunicação prévia aos mutuários. Estas alterações é o que se filtra — diminuíram o prazo de resgate do mútuo, elevaram as taxas de juros e passaram as prestações de Cr\$ 3.020,03 para Cr\$ 4.619,75. Em consequência houve também variação, para mais, do saldo devedor.

d) Vã foi a tentativa dos Autores para saber, junto à mutuante, os critérios adotados por ela. Aliás — ressaltaram — foram os Autores mesmo ameaçados de execução contratual por recusa em pagar as parcelas mensais alteradas ilegalmente.

e) Na verdade, a Ré resolveu liquidar o contrato de n.º 186 — o único efetivamente de responsabilidade dos Autores — pagando Cr\$ 344.610,92 e, *spont sua*, abrir outro — o de n.º 939 — com um saldo devedor de Cr\$ 367.206,22. Com isso, como se vê, ficaram os Autores livres de quaisquer pagamentos.

f) Ora, o contrato é a lei entre os contratantes, qualquer mudança é antijurídica e ilegal.

g) Requerera, por fim, fosse declarado *em vigor* todas as cláusulas e condições pertinentes ao contrato original e nulas alterações unilaterais advindas, com a conseqüente condenação da Ré a devolver aos autores a importância paga, com juros, correção monetária e multa contratual (10% sobre o saldo devedor). Pediu, mais, a permissão para consignar as prestações vincendas até final decisão da presente ação.

3. Com a inicial vieram os documentos de fls. 7/15.

4. A ré contestou às fls. 20/32.

Em resumo, é a seguinte sua fala:

Preliminarmente, havia impossibilidade jurídico-processual em se acumular *uno processo* uma Ação Declaratória com uma Ação Consignatória. Assim, era de se aplicar logo o disposto no art. 295, I e V, do CPC.

Transcreveu a Ré, mais para adiante, Calmon de Passos para deixar patente que não se pode acumular uma ação de rito especial (Consignatória) com uma ação de procedimento ordinário (Declaratória).

Por outro lado — frisou — as contestações das ações são feitas em prazo diferente: dez dias para a consignatória e 15 dias para a declaratória. Como conciliar?

A seguir, passou a abordar o mérito. Falou que o Autor-varão tinha sido empregado da CEF. De acordo com a Norma de Serviço n.º 184/73, enquanto durasse a relação empregatícia, gozava o mutuário de privilégio no financiamento hipotecário. Mas, tão-logo ocorresse a rescisão contratual haveria substituição do plano de financiamento por aquele reservado para o povo em geral. Assim, a partir de 17-7-75 — com a dispensa do Autor-varão — tudo foi alterado. A prestação passou de Cr\$ 3.182,84 para Cr\$ 4.355,62. Houve, também, redução no prazo contratual, em decorrência, houve aumento da prestação.

Em 17-10-75, o saldo devedor era de Cr\$ 344.610,92. Não houve, aí, reajustamento, mas incidência de correção monetária.

Por outro lado, somente quase um ano após é que os Autores, depois de pagas prestações, fizeram seu primeiro requerimento. Houve, assim, *tácita aceitação dos novos valores*. Não faz sentido, então, falar-se em «devolução» de qualquer importância paga e, muito menos, em juros e correção monetária.

A seguir, a Ré passou a criticar as faltas de requisitos para se admitir a consignatória. Quantas prestações pretendem os Autores consignar? Como fa-

lar em recusa em receber as prestações se a Ré continuava a receber as prestações?

Mais para a frente, a Ré disse que impugnava o valor da causa, vez que a discussão *in casu* não era sobre o contrato de mútuo, mas sobre a diferença de valores de prestações.

Por último, pediu o depoimento pessoal dos Autores e protestou por prova pericial e testemunhal.

Com a defesa vieram os documentos de fls. 33/42.

5. Os Autores replicaram às fls. 44/46, procurando rebater ponto por ponto da defesa.

6. A União Federal, à fl. 49, subscreveu a fala de sua Assistida.

7. Os autores não especificaram provas e a Ré pediu o julgamento antecipado da lide, nos termos dos arts. 330 e 832, III, do CPC.»

O Dr. Adhemar Ferreira Maciel, MM. Juiz Federal em Goiás, julgou a ação parcialmente procedente, para considerar válido o contrato de fls. 8-11 e, em consequência, condenou a ré a devolver aos autores as quantias, comprovadamente, pagas a maior, conforme se apurar em liquidação de sentença, bem como a pagar-lhes correção monetária e juros moratórios a partir do ajuizamento da ação e a verba honorária de 10% sobre o *quantum* que se apurar.

Apelou a CEF (fls. 62/73). Sustenta, em suma, a incompatibilidade dos pedidos e a impossibilidade de cumulação das ações e conclui por pedir sejam os autores julgados carecedores das demandas com as cominações de estilo.

Sem contra-razões, subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral pediu o prosseguimento do feito (fl. 63).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Processual Civil. Errônea denominação de ações.

I — O erro na denominação das ações não impede ao Juiz que as julgue, tendo em conta a verdadeira natureza jurídica dos pedidos formulados.

II — Apelação desprovida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao julgar a causa, argumentou a sentença (fls. 56/59):

«No presente processo os Autores fazem diversos pedidos contra a mesma Ré. Todos esses pedidos têm a mesma *causa petendi*: mútuo de dinheiro, garantido no contrato hipotecariamente.

Logo no pórtico de sua petição inicial, dizem os Autores: «... a presente Ação Declaratória, cumulando com consignação em pagamento, atendendo ao disposto nos artigos 4º, I e art. 890 e seguintes do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 973, V, do Código Civil», etc.

Ora, o instituto da cumulação objetiva de ações, agasalhado no art. 292 do CPC, tem por principal escopo a economia processual. Mas, a lei adjetiva exige determinados requisitos, sob pena do processo — meio civilizado de se compor conflitos de interesses — se transformar numa algaravia. Um dos requisitos, o do item III, é — *verbis* — «que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento».

Um dos Autores, o advogado Diógenes de Oliveira Frazão, quando empregado da Ré, fez com ela, juntamente com sua esposa, um contrato de mútuo garantido por hipoteca. Alegam os autores que a Ré A Latere mudou este contrato. Daí lhes teria advindo uma série de prejuízos. Fazem, em consequência, diversos pedidos:

In verbis «declarar

1. Em vigor todas as cláusulas e condições do contrato original (Cópia junto) firmado entre Suplicantes e Suplicada.

2. Nulos e inexistentes as alterações praticadas pela Suplicada ao arrepio da lei e condenar a Suplicada.

1. A devolver aos Suplicantes as importâncias pagas acrescidas de juros e correção monetária.

2. A pagar as custas judiciais, honorários advocatícios e a multa contratual de 10% (dez por cento) sobre o saldo devedor por infrações contratual.

Pede, ainda, que seja autorizado a consignação das prestações vencidas até final da presente ação, ordenando a expedição de intimação a Suplicada para que apresente os novos valores sempre que houver incidência da correção monetária sobre as mesmas.»

Como se vê acima, embora tenham os Autores batizado sua ação de «Declaratória», cumulada com consignatória, ela pode ser dissecada em outros de natureza constitutiva e condenatória.

Quanto à Ação de Consignação, que é de natureza «declarativa» (— declaratória), segundo Pontes de Miranda («Tratado das Ações», RT, II/159), não pode ser cumulada com as demais da petição inicial. Ela é de procedimento especial e incompatível sua redução ao rito ordinário. Há, destarte, obstáculo jurídico — processual em sua admissão (art. 292, III, do CPC).

Por outro lado, os Autores não foram muito lógicos nas conclusões dos fundamentos jurídicos. Assim, falam que o contrato primitivo — o de nº 186 — foi quitado e substituído pelo de nº 939. Concluem: nada devem à CEF. Mas, logo mais para frente, olvidando dessa afirmação, pedem, incoerentemente, seja declarada — *verbis* — «Em vigor todas as cláusulas e condições do contrato original»...

A Ré, a seu turno, quando impugnou o valor da causa, não o fez em apartado, como manda o art. 261 do CPC.

Todavia, a título de economia e aproveitamento da pretensão já ajuizada, passo, nos termos do art. 330, I, do CPC, a julgar antecipadamente a lide.

Os Autores alegam que a Ré, por conta própria, alterou o contrato primitivo de mútuo, substituindo-o por outro, tudo a seu arrepio. Com isso houve prejuízos para os mutuários.

A Ré, por sua vez, pondera que os Autores, quando foi firmado o contrato, o fez *ratione officii*. Como o Autor-varão deixou de ser seu empregado, não mais tem direito aos privilégios anteriores. Suas condições passaram a ser aquelas do mutuário-povo e não do mutuário-economiário.

Desse modo, como primeira tomada de posição, examinemos a Norma de Serviço nº 184/73 e, a seguir o contrato de mútuo feneraticio.

In specie a Norma de Serviço 184 é a lei de regência, vez que contém regras gerais e abstratas. Em seu item 1 — *caput* — está dito que a CEF — *verbis* — «concederá aos seus empregados, financiamentos para aquisição e ou construção de casa própria, imóvel único destinado à residência do titular e de sua família, em UPC, nas modalidades que se seguem». No subitem 1.1 estão

estipuladas as «condições gerais»: a) limite, 2.250 UPCs. Quota, até 90% do valor da avaliação ou compra. Prazo, 20 anos. Juros 8% (Taxa Efetiva). Forma de pagamento, prestações mensais. Saldo devedor, corrigido trimestralmente. Seguros, os da ASH, adicionadas à prestação.

Nesta norma de regência só se prevê a alteração das «características estipuladas» se o contrato for «passado» para terceiro que não seja servidor da CEF. Não se prevê o caso de haver desvinculação empregatícia do mutuário.

Passemos, a seguir, a examinar o contrato do mútuo que teve por base as regras desta Norma supracitada.

A escritura de compra e venda (fls. 7/11) reza que a quantia mutuada foi de Cr\$ 298.000,00 (2.791,30762 UPCs), pelo prazo de 20 anos, juros a 8%, correção trimestral, etc. Na 21ª cláusula (fl. 10v) fala que o mutuário, caso queira transferir suas obrigações a terceiro, deverá dar preferência a outros servidores da CEF. *Nada mais dispõe a respeito*. Silencia quanto à hipótese de deixar o mutuário o emprego.

Analisemos, agora, a situação jurídica dos Autores.

Ora, mútuo «privilegiado», para usar a expressão da própria Ré, lhes foi concedido pelo fato de um dos mutuários ser empregado da CEF. Foi um incentivo, uma facilidade para a aquisição da casa própria. Esta vantagem, sob o ângulo subjetivo do mutuário, pode ter sido uma das atrações para o emprego. Não faz sentido — vez que não clausulado no contrato — qualquer alteração posterior sem a anuência expressa dos contratantes. Daí, a sintética e milenar parêmia: *Pacta sunt servanda*.

Como se sabe, os contratos são interpretados restritivamente (art. 1.090, do CC), embora seu intérprete deva dar prevalência à «vontade» dos contratantes em relação a sua «exteriorização» (o art. 85 do CC) consagra a *Willens-theorie* dos romanos, acolhidas pelo BGB). Ora, não há como se viu, qualquer cláusula dizendo que, com a saída do mutuário da CEF, haveria alteração das cláusulas «privilegiadas». Ao se exteriorizar a vontade dos contratantes não se cogitou, e nem se deveria cogitar, de mudança na situação do mutuário, como aposentadoria, afastamento temporário, etc. Assim, o contrato deve ser respeitado.

A Ré fala que houve anuência tácita por parte dos Autores, já que pagaram, por quase um ano, os valores unilateralmente alterados. Ora, *data venia*, este ponto de vista não pode ser acolhido. As prestações sofrem alteração trimestral por força da correção monetária. Assim, em princípio, não é muito fácil para os mutuários acompanharem as alterações das prestações. E os Autores ingressaram em juízo exatamente para reivindicar um direito, que ainda não foi atingido pela prescrição.

Pedem os Autores a aplicação em seu favor da multa penal de 10% sobre o saldo devedor, sem prejuízo da verba honorária. Ora, a cláusula 15ª do contrato — como não poderia deixar de ser — só foi estipulada contra quem tinha condições de inadimplência *in casu*: os mutuários. Assim, improcede a pretensão.»

Conforme se depreende, o MM. Juiz a quo julgou a ação como constitutiva e condenatória tendo afastado, expressamente, a consignatória, «por haver obstáculo jurídico à sua admissão (art. 292, III, CPC)».

De assinalar que os pedidos feitos são, na verdade, de natureza constitutiva e condenatória, embora os autores, equivocadamente tenham denominado a ação de declaratória cumulada com consignatória. Tal deslize técnico, contudo, não impediu o magistrado de decidir os vários pedidos, tendo em conta a sua verdadeira natureza jurídica, sem ater-se a aspectos formais não condizentes com a realidade dos autos.

Isto posto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 63.549 — GO — (Reg. nº 3.138.305) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Caixa Econômica Federal — CEF. Apelados: Diógenes de Oliveira Frazão e sua mulher. Advogados: Dr. Iron Santana Xavier Ribeiro (Apte.) e Dr. Lourenço Pinto de Castro e Nilo Arêa Leão (Apdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 20-5-87 — 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.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 64.349 — RJ
(Registro nº 1.623.834)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Apelante: *Kubudi Importação Exportação S/A*

Apelados: *Sulatlântica Importadora e Exportadora Ltda. e União Federal*

Advogados: *Drs. Albert F. Bumachar e José Oswaldo Corrêa*

EMENTA: Responsabilidade civil. Pretendida indenização por ato ilícito. Culpa não demonstrada.

Sem a prova inequívoca de que as rés, havidas como culpadas, produziram dano à firma suplicante, não é possível firmar-lhes a responsabilidade civil e a obrigação de pagar o prejuízo. Inexistindo culpa, inexistente, consequentemente, o dever de indenizar.

Apelação improvida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: S. Kubudi Importação e Exportação S/A intentou ação ordinária contra a antiga Administração do Porto do Rio de Janeiro e Sulatlântica Importadora e Exportadora Ltda., objetivando indenização, pelo não recebimento da mercadoria, em que devem ser parcialmente solidárias as suplicadas, por ocorrência e responsabilidade contratual da primeira e extracontratual da segunda. Na alegação de que importou da firma polonesa Po Metalex Port, 5.263 rolos de arame farpado galvanizado, em rolos de 19 quilos, cada um, com a marca «Kabudi», perfazendo um total de 102.740 quilos. Ao receber a mercadoria a autora constatou que lhe foram entregues apenas 4.210 rolos de arame, sendo 2.012 com o peso unitário inferior a 16 kg e 2.198 com 10 kg. Após averiguações, foi verificado que a segunda ré também importou determinada quantidade de arame, com peso inferior a 16 kg, mercadoria es-

sa transportada no mesmo navio que a da autora e desembaraçada na mesma ocasião. Foi constatado, ainda, que lhe foram entregues arames de 19 kg, importados pela postulante.

Sentenciando, às fls. 351/371, o MM. Juiz Federal julgou improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas e na verba honorária advocatícia.

Inconformado, apelou S. Kubudi Importação e Exportação S/A, com as razões de fls. 373/389.

Contra-razões, às fls. 392/401 e 404/405.

Nesta Instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 411/416, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA: Responsabilidade civil. Pretendida indenização por ato ilícito. Culpa não demonstrada.

Sem a prova inequívoca de que as rés havidas como culpadas, produziram dano à firma suplicante, não é possível firmar-lhes a responsabilidade civil e a obrigação de pagar o prejuízo.

Inexistindo culpa, não existe, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Apelação improvida.

Sentença confirmada.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A longa e bem-fundamentada sentença do então juiz federal, Américo Luz, hoje ilustre Ministro desta Corte, não merece reforma, apesar do esforço desenvolvido pela autora, S. Kubudi Importação e Exportação S/A, ora apelante. É que todo o processo se desenvolve sobre o problema da culpa, de uma vez, atribuída às firmas demandadas a elas competiria responder pelos danos de que trata a inicial.

Mas a sentença define a causa em absoluto acerto, quando afirma:

«O que se observa pela leitura dos documentos e dos laudos periciais é que houve uma troca de mercadorias destinadas à autora e à segunda ré, parte das quais confessada pela demandante, e que teve por origem a falta de cuidados especiais para evitá-la, antes que fossem retiradas do Armazém do Porto. Ambas procederam com precipitação, ao retirarem rolos de arame farpado, não etiquetados e sem pesagem por unidade, o que caracteriza a incúria recíproca, sem que uma possa reclamar da outra o pagamento de qualquer indenização, salvo os acertos que espontaneamente se dispuserem a fazer.

A insegurança do procedimento da autora é flagrante, não apenas na formulação do pedido, no qual ora alterna responsabilidade contratual da primeira ré e extracontratual da segunda, ora pretende a solidariedade, pleiteando a condenação da «última suplicada» no total da indenização, «caso venha a ser reconhecida a sua inteira responsabilidade contratual pelos prejuízos ocorridos». A incerteza de posição levou a autora a notificar, simultaneamente, a primeira suplicada, a segunda, a firma transportadora Joaquim M. Rocha & Filhos, que retirou a mercadoria do Cais do Porto por sua ordem, a empresa seguradora, e as firmas Salim & Filhos e Companhia Ltda. e Sociedade Comercial de Matérias-Primas Ltda., além da firma exportadora P.P. Metalexport» (fl. 369).

Como revela a prova dos autos, estabeleceu-se uma confusão insanável, desde que não se pode fixar a responsabilidade de qualquer firma, diante das ocorrências que envolveram o fato desde o primeiro instante.

O artigo 159 do Código Civil é claro:

«Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.»

Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, Ed. Saraiva, 1981, 5º vol., pág. 398) comentando este artigo da lei civil, diz: «Nosso Código Civil manteve-se fiel à teoria subjetiva. Em princípio, para que haja responsabilidade, é preciso haja culpa; sem prova desta inexistente obrigação de reparar o dano».

Exatamente esta a hipótese dos autos, onde a postulante não conseguiu provar nenhuma culpa por parte das rés. O ilustre advogado da apelante, a despeito do seu bom trabalho, não aduziu argumentos capazes de justificar a reforma da decisão de primeiro grau.

Isto posto, confirmo-a por seus próprios fundamentos. Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 64.349 — RJ — (Reg. nº 1.623.834) — Rel.: Senhor Ministro José Cândido. Apte.: Kubudi Importação Exportação S/A. Adpos.: Sulatlântica Importadora e Exportadora Ltda. e União Federal. Advs.: Drs. Albert F. Bumachar e José Oswaldo Corrêa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 6-11-87 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.103 — MG
(Registro nº 3.261.816)

Relator p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso*
Relator Originário: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*
Apelante: *IAPAS*
Apelado: *Recal Ltda.*
Advogados: *Drs. Paulo Moreira Correa, Luiz Gonzaga Perdigão e outro*

EMENTA: Tributário. Contribuições previdenciárias. Gratificações espontâneas. Salário de contribuição. Lei nº 3.807, de 1960, art. 76, I. CLPS, Decreto nº 77.077, de 1976, art. 138, I.

I — Gratificações especiais, dadas por liberalidade pelo empregador, sem caráter de habitualidade, não ajustadas, expressa ou tacitamente, não constituem salário e assim não integram a remuneração (CLT, art. 457, § 1º; STF, Súmula nº 207). Destarte, tais gratificações não integram o salário de contribuição disciplinado no art. 76, I, da LOPS, Lei nº 3.807, de 1960, art. 76, I, ou art. 138, I, da CLPS.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, 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, 16 de março de 1981 (data do julgamento).

Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, Presidente e Relator (art. 82, RI).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Recal Ltda., com sede em Uberlândia, no Estado de Minas Gerais, propôs a presente ação anulatória contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social — IAPAS, objetivando eximir-se do pagamento das contribuições previdenciárias sobre as gratificações eventuais pagas a seus empregados.

O magistrado a quo acolheu a demanda, argumentando (fls. 69-71):

«Está provado que a requerente, de modo alternativo e sem habitualidade, concedeu gratificações aos seus empregados em fins de ano. Pelo demonstrativo de fls. 38 vê-se que nem todos, no mesmo ano, perceberam gratificação, e que o pagamento não se deu em anos seguidos, isto é, em determinados anos não se concedeu o benefício. Assim, não há como se negar a eventualidade.

Em assim sendo, a pretensão de que as gratificações constituam parte integrante do salário contraria a regra do § 1º, do art. 457 da CLT, eis que para tanto é indispensável que elas sejam *ajustadas*.

Russomano, ao comentar o art. 457 da CLT, ensina:

«O salário, porém, não é, apenas, a quantia fixa paga em dinheiro ou em utilidades (art. 458) — pelo empregador, na forma do respectivo contrato de trabalho. Há *partes móveis* do salário, que são:

I — *Comissões, percentagens e gratificações pagas pelo empregador* (§ 1º), desde que as gratificações tenham sido previamente ajustadas. Se não houverem sido contratadas, elas não serão parte integrante do salário, para nenhum efeito (§ 1º)». (Com. à Cons. das Leis do Trab., 5ª Ed., Vol. III, pág. 693. Grifos do original).

Assim, pagas pela forma em que foram, impossível é considerar como integrantes do salário as gratificações.

É verdade que o Egrégio Tribunal Federal de Recursos já considerou como devidas contribuições sobre gratificações assim pagas (AC 50.602-MG — *in* Ementário, Vol. 1, pág. 84).

In casu, porém, a eventualidade retira da gratificação a característica de ajuste e somente esta seria capaz de tipificá-la como salário para fim de incidência de contribuição. Uma vez não ajustada, como visto, tomar-se a gratificação como fato gerador de contribuição constitui exorbitância mesmo aos termos amplos do art. 76, I, da Lei nº 5.890/73.

O fato de a lei prever a incidência sobre «a remuneração efetivamente percebida a qualquer título» não implica que se deva onerar o que não constitui remuneração.

Por estes fundamentos, julgo procedente a ação, para anular, como anulo, o débito referido na inicial, desobrigando a Autora do seu pagamento.

Em consequência, condeno o Réu no pagamento de honorários de advogado, que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa (CPC, art. 20, *caput*, e § 3º).

Custas *ex lege*.

PRI».

Apelou o réu (fls. 73-76), pleiteando a reforma da sentença. Aduz que o débito questionado foi levantado com base na Lei nº 5.890/73, que define, como salário de contribuição do empregado, a remuneração efetivamente recebida, a qualquer título.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 78-80), subiram os autos, que me vieram distribuídos no último dia 2.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Previdência social — Salário de contribuição — Gratificações eventuais — Aplicação do art. 76, I, da Lei nº 3.807/60, com a redação da Lei nº 5.890/73.

I — As gratificações eventuais pagas pelo empregador a seus empregados integram o salário de contribuição, para fins de cálculo das contribuições previdenciárias.

II — Apelação provida.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber se as gratificações eventuais pagas pelo empregador a seus empregados integram, ou não, o salário de contribuição, para fins de cálculo das contribuições previdenciárias.

Dispõe o art. 76, inciso I, da Lei nº 3.807/60, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890/73:

«Art. 76. Entende-se por salário de contribuição:

I — a remuneração efetivamente percebida, a qualquer título, para os segurados referidos nos itens I e II do artigo 5º, até o limite de 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País».

A expressão «remuneração efetivamente percebida, a qualquer título» abrange, a meu ver, as gratificações eventuais, ou seja, aquelas que não apresentam caráter salarial, por não terem sido previamente ajustadas, tanto mais que a palavra remuneração, usada no texto legal, possui maior amplitude que «salário».

Ou seja: ao utilizar-se da palavra «remuneração» e da expressão «a qualquer título», o que pretendeu o legislador, em última análise, foi determinar o cálculo das contribuições previdenciárias sobre quaisquer parcelas percebidas pelos empregados, sem indagar sobre a sua natureza salarial.

Nesse sentido, decidiu a antiga 3ª Turma na AC 45.205-SP, em julgamento proferido em 7-5-79 (AC, DJ, 26-3-80), da qual foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg. Leio a ementa que encima o julgado e bem resume o seu conteúdo:

«Previdência social — Salário de contribuição.

Definido pela LOPS como a remuneração efetivamente percebida pelo empregado durante o mês, nele há de se entender abrangida, além do salário propriamente dito, toda e qualquer importância paga pelo empregador ao segurado, inclusive as gratificações, mesmo as concedidas sem caráter de habitualidade.

Assim, julgada indevida parcela relativa a gratificações, em execução fiscal proposta para cobrança de contribuições, impõe-se a reforma parcial da sentença para incluir na condenação tal parcela, bem como multa, correção monetária e juros de mora, devidos estes a partir do momento em que deveria ter sido feito o recolhimento».

Isto posto, dou provimento à apelação e julgo a ação improcedente. Condeno a autora no pagamento dos honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e nas custas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: O meu voto, com a vênia devida ao eminente Ministro Relator, é no sentido de confirmar a sentença que entendeu não incidir a contribuição previdenciária sobre gratificações eventuais, gratificações que constituem mera liberalidade da empresa.

Justifico.

Primeiro que tudo, fique certo que o Sr. Ministro Relator esclareceu que a afirmativa no sentido de que as gratificações objeto da causa, ou as gratificações sobre às

quais pretendeu o INPS fazer incidir as contribuições, são, em verdade, gratificações eventuais, não ajustadas, gratificações que constituem mera liberalidade da empresa. Isto ficou incontroverso.

A LOPS, Lei nº 3.807, de 1960, art. 76, I, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73, estabelece que entende-se por *salário de contribuição*, que é o salário que serve de base de cálculo para a contribuição previdenciária, a remuneração efetivamente percebida, a qualquer título, para os segurados empregados (art. 5º, I e II), até o limite de vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A CLPS, Decreto nº 77.077, de 1976, art. 138, I, repete a disposição legal suso mencionada, com pequena variação, que não lhe compromete a essência.

Em princípio, pois, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária quaisquer importâncias recebidas pelo empregado, em pagamento de serviços prestados. Assim, se se tem presente, tão-só, o art. 76, I, da LOPS, ou art. 138, I, da CLPS, as contribuições objeto da causa são legítimas. O direito, todavia, é um todo orgânico e as normas legais não podem ser interpretadas isoladamente, mas o seu conjunto, a fim de que seja possível apreender-se a *a mens legis*.

Sabe-se que o *salário de contribuição* serve de base de cálculo do *salário de benefício*. Este, por sua vez, é a base de cálculo do valor mensal dos benefícios. Porque o empregado paga a contribuição previdenciária para, quando necessitar, dispor de um benefício, que é a contraprestação. Pois bem: o *salário de benefício*, estabelece o Regulamento de Benefícios, em seu art. 36, é o valor básico utilizado para o cálculo da renda mensal dos benefícios de prestação continuada, inclusive os regidos por normas especiais. Leciona, no particular, Jorge Franklin Alves Felipe:

«O conceito de *salário de benefício* é intimamente relacionado ao *salário de contribuição*, que é aquele sobre o qual o segurado contribui para a previdência social.

Por isso, ao disciplinar o primeiro, a lei se reporta ao último.

Cada contribuição incide mensalmente sobre um valor, que é o *salário de contribuição*. A média deles, num período determinado, é que constitui o *salário de benefício*. O período é variável: ...»

(«Benefício, Custeio, Processo — Previdência Social, das Escolas aos Tribunais». Esdeva Empr. Gráfica Ltda., Juiz de Fora, MG, 1979, p. 68).

Se se tem presente, então, apenas o art. 76, I, da LOPS, ou art. 138, I, da CLPS, numa interpretação apressada e isolada, quaisquer importâncias recebidas pelo empregado estão sujeitas às contribuições previdenciárias.

Acontece, todavia, que a CLPS, art. 26, § 6º, estabelece:

«Art. 26.

§ 6º Não serão considerados para o cálculo do salário de benefício os aumentos que excedam os limites legais, inclusive os voluntariamente concedidos nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo, quanto aos empregados, se resultantes de promoções reguladas por normas gerais da empresa, admitidas pela legislação do trabalho, de sentenças normativas ou de reajustamentos salariais obtidos pela categoria respectiva.»

Ora, se não serão considerados para o cálculo do *salário de benefício* aumentos que excedam os limites legais, inclusive os voluntariamente concedidos nos 36 meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo se resultantes de promoções reguladas por normas gerais da empresa, etc., o que dizer-se de uma gratificação espontânea, eventual, não ajustada, que constitua mera liberalidade da empresa?

Desta forma, se uma gratificação desse tipo não integra o *salário de benefício*, não deverá, em consequência, integrar o *salário de contribuição*. É que, conforme já fala-

mos, se a contribuição é paga para, quando o empregado necessitar, obter, um benefício, que é a contraprestação, não é possível que se pague uma contribuição sobre uma gratificação que, ao depois, não vai integrar o salário de benefício. A admissão disso, resultaria na consagração do enriquecimento sem causa.

Mas há mais.

As gratificações objeto da causa são, conforme esclareceu o Sr. Ministro Relator, gratificações espontâneas, eventuais, mera liberalidade do empregador.

O art. 76, I, da LOPS, ou art. 138, I, da CLPS, devem ser interpretados em consonância com a CLT, art. 457, § 1º.

O salário, na forma do art. 457, CLT, está compreendido na remuneração. Aquele é integrado não só pela importância fixa estipulada, como também pelas comissões, percentagens, *gratificações ajustadas*, etc.

A gratificação, todavia, que integra o salário, é a *gratificação ajustada*.

Esse ajuste pode ser expresso ou tácito.

Sendo expresso, não haveria dificuldade no conceituar a gratificação como salário.

O ajuste tácito é que se torna mais difícil localizar e determinar.

«A habitualidade, a periodicidade e a uniformidade com que são concedidas induzem a existência de um ajuste tácito», ensina Délio Maranhão («Dir. do Trabalho», Editora da FGV, 6ª ed., pág. 187). É em tal sentido, aliás, a Súmula nº 207, da Corte Suprema.

No caso, repete-se, não se pode falar em gratificações ajustadas, expressa ou tacitamente.

Sendo assim, não integram o salário. Por tal motivo, não se compreendem na remuneração. E porque não estão compreendidas na remuneração, tal como definida remuneração na lei (CLT, art. 457, § 1º), sobre elas não incide a contribuição previdenciária.

É que, repito, o art. 76, I, da LOPS, deve ser interpretado em consonância com o art. 457, § 1º, CLT, presente o enunciado na Súmula nº 207, da Corte Suprema.

Com estas breves considerações, e com a vênia devida ao eminente Ministro Relator, meu voto é no sentido de negar provimento ao apelo.

VOTO

O SR. MINISTRO ROMILDO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, também peço vênias ao eminente Ministro Relator para divergir do entendimento que orienta seu d. voto. Estou em que estas remunerações devem ser excluídas.

Na verdade, a lei não foi feliz ao empregar este advérbio «efetivamente», por comportar duas acepções; uma, popular, que indica aquilo que realmente ocorre de fato; outra, jurídica (de Direito Administrativo), para qualificar o exercício de função pública mediante investidura na conformidade da lei.

Isto fica bem claro quando a lei distingue funcionário de fato de funcionário efetivo, isto é, aquele cuja situação de fato (de prestador de serviço público) encontra respaldo na situação jurídica.

Vê-se que o legislador empregou expressão de sentido ambíguo, incumbindo ao intérprete fixar o respectivo alcance.

Parece-me que as situações de fato que não geram direito não devem ter repercussão nos direitos do empregado perante a Previdência Social; correspondentemente, não devem ter reflexo nos direitos da Previdência Social (em face do empregado ou do empregador), tal como V. Exa., Sr. Presidente, justificou, trazendo à colação outros dispositivos da lei previdenciária e também da Consolidação das Leis do Trabalho.

«Efetivamente» quer significar, no dispositivo legal invocado, aquilo que o empregado recebe em consequência de ajuste que vincula o empregado e o empregador e, por via de consequência, deve ser considerado também pela instituição previdenciária.

EXTRATO DA MINUTA

AC 70.103 — MG — (Reg. nº 3.261.816) — Rel. p/acórdão: Min. Carlos Mário Velloso. Rel. originário: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Apte.: IAPAS. Apdo.: Recal Ltda. Advs.: Drs. Paulo Moreira Correa e Luiz Gonzaga Perdigão e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao apelo. (Em 16-3-81 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Romildo Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.225 — RJ
(Registro nº 1.556.070)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Severino Pereira Filho*

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara*

Advogados: *Drs. Gusmar Alberto Visconde de Araújo e outro*

EMENTA: Civil e Administrativo.

Responsabilidade da União pelo sacrifício de animais contagiados pela peste suína africana, levado a cabo pelo Ministério da Agricultura, em propriedade infestada pela peste.

Inocorrência de ato ilícito, por terem os agentes federais atuado no estrito cumprimento do dever legal (art. 2º da Lei nº 569, de 21-12-48).

Inexistência de lucros cessantes. Dano emergente devido pelo valor integral dos animais sacrificados (art. 3º, letra c) e das benfeitorias danificadas, por ausência do laudo final de necrópsia ou de prova de contágio de toda a manada.

Apelação da União e remessa oficial providas parcialmente.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Severino Pereira Filho, proprietário do «Sítio Floresta», em Paracambi, propôs ação de indenização contra a União Federal, pelos danos causados por agentes do Ministério da Agricultura, os quais, a título de prevenir a propagação da peste suína africana, sacrificaram criações e danificaram ins-

talações e plantações, causando-lhe prejuízo de Cr\$ 1.193.634,00, excluídos juros, lucros cessantes, despesas judiciais e honorários.

Pede a condenação da ré nesse montante, mais o valor da ocupação e interdição da propriedade, lucros cessantes, juros, custas e honorários.

A União contestou a ação, alegando que a propriedade do autor constituía-se em foco principal da peste suína africana, fato devidamente comprovado em exames de laboratório. Tratando-se de doença incurável e transmissível, as medidas adotadas resultaram da estrita aplicação de normas legais e regulamentares existentes.

Por outro lado, a causa da doença se devia à imprudência do autor, que alimentava seus porcos com restos de comida de aviões internacionais.

Afirmando que a perícia realizada em medida cautelar não poderia avaliar animais mortos e benfeitorias inexistentes, impugna o *quantum* pedido e pede a improcedência da ação, condenando-se o autor nas custas e honorários.

O MM. Juiz Federal, apoiando-se basicamente em pronunciamento de perito veterinário e em recomendação para profilaxia de peste suína, considerou desnecessárias as medidas adotadas pelos agentes da ré, na propriedade do autor, e concluiu por julgar procedente a ação «na forma da inicial e da medida cautelar em apenso, apurando-se os lucros cessantes em execução de sentença».

Houve remessa de ofício e apelação da ré. Nesta última, pede-se a improcedência da ação ou, alternativamente, a redução dos valores a indenizar com exclusão dos lucros cessantes ou limitação destes aos não apurados pelo assistente técnico da União.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento parcial do recurso da União para redução do *quantum* da indenização e exclusão dos lucros cessantes, por não comprovados.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Civil e Administrativo.

Responsabilidade da União pelo sacrifício de animais contagiados pela peste suína africana, levado a cabo pelo Ministério da Agricultura, em propriedade infestada pela peste.

Inocorrência de ato ilícito, por terem os agentes federais atuado no estrito cumprimento do dever legal (art. 2º da Lei nº 569, de 21-12-48).

Inexistência de lucros cessantes. Dano emergente devido pelo valor integral dos animais sacrificados (art. 3º, letra c) e das benfeitorias danificadas, por ausência do laudo final de necrópsia ou de prova de contágio de toda a manada.

Apelação da União e remessa oficial providas parcialmente.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Nos autos apensados da primeira medida cautelar (produção antecipada de provas), juntou-se cópia do relatório firmado pelo Coordenador do Projeto de Patologia Animal da EMBRAPA, datado de 3-6-78, portanto coetâneo com as medidas sanitárias tomadas pelo Ministério da Agricultura na propriedade do autor, relatório esse que não deixa dúvida quanto à constatação de «peste suína africana» em porcos existentes na propriedade em foco.

Esse relatório, ilustrado com fotos coloridas dos exames de laboratório realizados e de suínos doentes empilhados (fls. 149 vº a 150), registra:

«Relatamos que em 10-5-78, ao ser necropsiado um suíno nas dependências deste Instituto (Projeto de Patologia Animal da EMPRAPA), km 47, procedente do Sítio Floresta, município de Paracambi, Estado do Rio de Janeiro,

e de propriedade do Sr. Severino Pereira Filho, suspeitou-se pelas lesões encontradas, aliadas ao histórico de grande mortandade de suínos nessa propriedade, tratar-se de peste suína africana. No mesmo dia foi visitada essa propriedade, junto com o Dr. Francisco Pereira de Assis, da Purina, veterinário que tinha encaminhado o suíno para necrópsia, em virtude de o proprietário ter acusado a ração como causa das mortes. Pelo histórico obtido nesta visita, que os suínos eram alimentados, em grande parte, com restos de comida de companhias aéreas internacionais, buscados na Mariot na Ilha do Governador, havendo na propriedade ampla evidência que entre estes se encontravam os das companhias TAP e IBÉRIA, mais a grande quantidade de animais doentes e o quadro clínico apresentado por estes, a suspeita inicial se tornou mais forte. Foram levados dois suínos em estado agônico ao Instituto, amanhecendo um morto no dia seguinte, quinta-feira, dia 11-5-78. As lesões encontradas novamente indicavam tratar-se de peste suína africana. Foi então solicitado ao Dr. W. O. Neitz, Professor do Curso de Pós-Graduação de Parasitologia Veterinária da UFRRJ, renomado veterinário que por sua ampla experiência com a peste suína africana, inclusive sendo autor do capítulo sobre esta doença em livro da FAO intitulado *Emerging Diseases*, que olhasse esse segundo suíno necropsiado. A opinião dele foi que, sem dúvida, tratava-se de peste suína africana. Convidado a ir, no mesmo dia, ao Sítio Floresta, onde foi realizada uma terceira necrópsia de suíno morto, ao deparar com o quadro geral da doença no rebanho, solicitou que urgentemente fossem tomadas as medidas que o caso requer, isto é, que fossem notificadas as autoridades veterinárias sanitárias do País. Isto se conseguiu na parte da manhã do dia seguinte, sexta-feira, dia 12-5-78, através de comunicação telefônica, feita pelo Dr. Rubens Pinto de Mello, com Dr. Ubiratan Mendes Serrão, Chefe da Subsecretaria de Defesa Sanitária Animal do Ministério da Agricultura em Brasília. Deve ser esclarecido que o Dr. Rubens P. de Mello é Professor do mesmo Curso de Pós-Graduação da UFRRJ e, além disto, Veterinário do GEPA/RJ e, junto com o Prof. Neitz, faz parte da Comissão constituída pelo Ministério da Agricultura para estudar o problema da *Blue Tongue*, outra doença exótica constatada recentemente no Brasil, e esteve presente nos primeiros contatos deste Instituto com o Dr. Neitz, inclusive participou nesta segunda visita ao Sítio em questão.

Em virtude de o Setor de Virologia deste Instituto não estar em funcionamento e, independentemente disso, não haver ninguém na área do km 47, nem no Rio de Janeiro, com as técnicas laboratoriais específicas para a peste suína africana preparadas (provas de hemoadsorção e imunofluorescência), optou-se pela prova biológica de inoculação de emulsão de baço, aprontada pelo Setor de Microbiologia deste Instituto, de cada um dos quatro suínos necropsiados até sexta-feira, dia 12-5-78, em suínos adquiridos como vacinados contra peste suína clássica de proprietário fidedigno, o que foi feito neste mesmo dia, na parte da tarde, em pocilga isolada para este fim no prédio da sala de necrópsia deste Instituto. Os animais para este fim foram adquiridos através da pronta colaboração do Dr. Hujo E. Barboza de Rezende, Coordenador do Curso de Pós-Graduação de Parasitologia Veterinária da UFRRJ, e o trabalho de inoculação foi realizado sob a orientação técnica do Prof. Neitz. Deve-se mencionar ainda que os exames bacteriológicos realizados nos suínos necropsiados pelo Setor de Microbiologia resultaram negativos para doença bacteriana.

No mesmo dia da comunicação às autoridades sanitárias, em 12-5-78, à noite, compareceu no Instituto o Dr. Rômulo de Paula Costa, Substituto do Diretor da DEMA/RJ, solicitando maiores detalhes, e começou a tratar imediatamente da quarentena do Sítio Floresta através da ida ao destacamento militar em Paracambi. No dia seguinte, sábado, dia 13-5-78, de manhã, com-

pareceu ao Instituto o Dr. Carlos Rodrigues Lima, Chefe do GEPA/RJ, que, junto com o Dr. Rômulo de P. Costa, se concentrou nos esforços do estabelecimento da quarentena da propriedade. Ainda em 12-5-78, compareceu a este Instituto, vindo de Belo Horizonte, o Dr. Sérgio Coube Bogado, por ordem do Dr. Ubiratan M. Serrão, informando que o Dr. Ronaldo Reis, Professor da Disciplina de Doenças Infecciosas da Escola de Veterinária da UFMG, em Belo Horizonte, estava aguardando, com todas as técnicas preparadas para o diagnóstico da peste suína africana e seu diagnóstico diferencial, material coletado neste surto. O Dr. Sérgio C. Bogado seria o portador desse material. Entregamos ao mesmo amostras do material biológico dos quatro suínos necropsiados até aquele dia, que foi complementado através de material colhido em mais duas necrópsias, por ocasião de nova visita ao Sítio Floresta, que foi organizada na tarde do dia 12, pelo Dr. Carlos R. Lima e em que também participou o Dr. Bogado e este Instituto. Enquanto isto, as autoridades sanitárias estabeleceram uma quarentena rigorosa no Sítio Floresta e começaram a tomar as medidas para o extermínio deste foco e outras que o caso impunha; para este fim foram colocadas à disposição da Defesa Sanitária Animal as dependências do antigo Laboratório de Febre Aftosa deste Instituto, desocupadas durante os últimos anos e muito próprias para o trabalho a ser desenvolvido em relação à erradicação da doença nos suínos, e a «Granja do IBA»; por outro lado o Serviço de Defesa Sanitária Animal colaborou com este Instituto, fornecendo material de necessidade urgente, como macacões, botas, sacos plásticos e outros.

Os exames histopatológicos realizados neste Instituto, dos quatro primeiros suínos necropsiados e procedentes do Sítio Floresta, examinados no dia 15-5-78, revelaram a presença de alterações descritas para a peste suína africana. Atendendo solicitação, o r. Jefferson Andrade dos Santos, Professor da Universidade Federal Fluminense, veio a este Instituto em 16-5-78 e, examinando os cortes histológicos, também concluiu tratar-se de peste suína africana.

Terça-feira, dia 16-5-78, à noite, recebemos a informação de Belo Horizonte que as provas laboratoriais realizadas resultaram negativas para peste suína clássica e ruiva; fomos informados que não foram feitas outras provas.

Em 19-5-78, o Dr. Renato Augusto da Silva, Professor da Disciplina de Virologia da UFRRJ e antigo Chefe do Setor de Virologia deste Instituto, foi contactado e se discutiu o assunto.

Dois dos quatro suínos inoculados neste Instituto morreram no 10º e 11º dia após a inoculação, com quadro clínico-patológico que caracteriza a peste suína africana; os outros dois animais também mostraram sintomas da doença e foram sacrificados por sugestão das autoridades sanitárias, em 27-5-78. Antes de terem sido sacrificados estes dois animais, no dia 24-5-78, foi encaminhado pelos Drs. Ubiratan M. Serrão e Cezar Eduardo Enriquez Rozas, através do Centro Panamericano de Febre Aftosa, devidamente acondicionado, material biológico dos primeiros dois suínos do surto, necropsiados neste Instituto, dos dois suínos que morreram na prova biológica, bem como de quatro suínos sacrificados para este fim, pelo Serviço de Defesa Sanitária Animal, no Sítio Floresta.

Dentro do esquema montado pelo Serviço de Defesa Sanitária Animal para impedir que a doença se alastre, este Instituto ficou com a incumbência de necropsiar todos os porcos suspeitos de estarem afetados e trazidos pelas equipes de veterinários que faziam o levantamento da população suína na região perifocal. Foram feitas diversas necrópsias pelas quais não houve suspeita de se tratar de peste suína africana; segunda-feira, dia 29-5-78, porém, através de necrópsia realizada de uma porca trazida da Favela Nova Brasília, Bonsuces-

so, Rio de Janeiro, a este Instituto, foi estabelecido o diagnóstico anátomo-patológico de peste suína africana. Desta maneira, ficou evidenciada a existência de um foco secundário da doença, conforme já se temia pelos dados epizootiológicos levantados; o proprietário do Sítio onde houve o foco primário, tinha vendido recentemente suínos para esta favela.

Quinta-feira, dia 1-6-78, recebemos a comunicação verbal, através do Dr. Carlos R. Lima, que o Laboratório de Plum Island, Estados Unidos, confirmou o diagnóstico da peste suína africana, baseado no exame do material recebido, acima mencionado.

Todos os trabalhos realizados por este Instituto, no estudo deste surto, contaram com a estreita colaboração do Dr. Carlos Hubinger Tokarnia, Professor da Universidade Federal Fluminense e Veterinário do GEPA/RJ do Ministério da Agricultura.

A EMBRAPA, como a Defesa Sanitária Animal, foram científicadas, em diversas ocasiões do desenvolvimento dos trabalhos através de comunicações; em 26-5-78 foi solicitada a contratação urgente, para este Instituto, de um virologista capacitado a realizar provas laboratoriais específicas para a peste suína africana e diagnósticos diferenciais, e os meios necessários, provas estas essenciais para um rápido diagnóstico de casos suspeitos da doença e para futuras eventualidades.

Finalmente, queremos assinalar que foi louvável o espírito patriótico e de colaboração encontrado em todas as áreas numa hora de emergência e extrema importância para a economia nacional.» (Fls. 130/135, autos apensados).

O Sítio foi interditado (fl. 125) e realizado o auto de avaliação, subscrito por Comissão integrada pelo representante do Ministério da Agricultura, da Secretaria de Agricultura e da Associação Rural, com observância das normas da Lei nº 569, de 21-12-48, e respectivo Regulamento — Decreto nº 27.932, de 22-3-50 — (v. fls. 128 e 129 dos autos apensados).

Esses os fatos, que a meu ver devem ser reputados verídicos, já que a perícia judicial, realizada alguns meses depois, em 5-9-78 (fls. 95/100), não poderia concluir como concluiu, por meras deduções retóricas, em *vistoria indireta*, sem exame dos animais afetados, pela existência de outra moléstia que não aquela constatada por especialistas, estes sim com apoio em exames de laboratório. Pela mesma razão, é criticável nesse laudo a afirmação de que o sacrifício da manada de porcos era desnecessária e desaconselhável (fl. 99).

Pode-se, entretanto, aceitar a avaliação feita nesse laudo, no total de Cr\$ 1.042.434,00, pouco discrepante da avaliação oficial, assim discriminada:

— suínos.....	Cr\$ 945.360,00
— bovinos.....	Cr\$ 67.200,00
— aves.....	Cr\$ 8.026,00
— muares.....	Cr\$ 3.000,00
— caprinos.....	Cr\$ 2.000,00
— ração.....	Cr\$ 16.848,00

TOTAL..... Cr\$ 1.042.434,00

(em cruzados — CZ\$ 1.042,34)

Somando-se a esse total o valor dos danos materiais às instalações, avaliados pelo perito engenheiro em Cr\$ 150.000,00 (fl. 39), teremos um total dos prejuízos (dano emergente) estimado em Cr\$ 1.192.434,00, ou seja, CZ\$ 1.192,43, que se aproxima do pedido em quantia certa, formulado na inicial (Cr\$ 1.193.634,00).

Os demais itens da avaliação de engenharia são imprestáveis para o caso, onde se cuida de identificar prejuízos comprovados, não de avaliar globalmente o imóvel e as benfeitorias, como se tratasse de desapropriação.

Considero, por fim, não comprovados e até mesmo inexistentes os pretendidos lucros cessantes.

Que se poderia esperar, em termos de lucros futuros, de uma pequena propriedade rural, dedicada exclusivamente à criação de porcos, infestada pela peste suína africana, que se tem por incurável?

Parece-nos óbvio que a resposta só pode ser a mais sombria: prejuízo total ou mais que isso: a possível difusão da peste pela região e eventual burla da legislação sanitária, com a entrega ao consumo de animais portadores do vírus.

Note-se que o Ministério da Agricultura não é culpado pela introdução da peste na propriedade em exame. A culpa, no caso, presume-se em relação ao proprietário, que segundo consta, para aumentar seus lucros, alimentava os animais com restos de alimento de aviões de linhas internacionais.

Diga-se, para concluir, que, em matéria de defesa sanitária animal, não se aplica o Cód. Civil, lei geral, mas a lei especial (Lei nº 569, de 21-12-48). Esta, em seu art. 2º, determina o sacrifício dos animais atingidos, sem qualquer indenização, quando a doença for considerada «incurável ou letal» (parágrafo único), como no caso.

E, no art. 3º, estipula o critério de indenização progressiva, até o valor total do animal «quando a necrópsia ou outro exame não confirmar o diagnóstico clínico» (art. 3º, letra c).

Note-se que as autoridades, no caso, não cometem ato ilícito, porque atuam, no estrito cumprimento de dever legal, para prevenir o crime de «difusão de doença ou de praga», a animais, do art. 259 do Cód. Penal.

Penso ser aplicável à espécie a última hipótese, ou seja, a indenização total do valor do animal, visto como, embora certa a constatação da peste, as autoridades sanitárias ou os agentes do Ministério da Agricultura omitiram-se, não apresentando o laudo final de necrópsia dos animais sacrificados, nem se preocuparam em fazer prova de que toda a manada estava contagiada.

É provável que, nas circunstâncias, tenham optado pela indenização total ante as dificuldades de realização dessa comprovação, caso a caso, tanto que estimaram a indenização pelo total no auto de avaliação de fl. 128 vº dos autos apensados.

Na impossibilidade de identificar quais e quantos os animais efetivamente doentes, impõe-se, a meu ver, a indenização pelo total.

Ante o exposto, confirmo a sentença em parte e dou provimento parcial ao apelo da União e à remessa oficial para o fim de estabelecer a indenização por danos emergentes no valor total de CZ\$ 1.192,43, como ficou demonstrado pelos peritos do juízo, corrigido monetariamente, a partir do laudo, acrescido de juros, a partir da citação, mais custas em proporção e honorários, fixados estes em 10% sobre o montante da condenação, diante da sucumbência parcial.

Excluo da sentença os lucros cessantes, pelas razões anteriormente expostas.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.225 — RJ — (Reg. nº 1.556.070) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Ap.te.: União Federal. Apdo.: Severino Pereira Filho. Remte.: Juízo Federal da 9ª Vara. Adv.s.: Gusmar Alberto Visconde de Araújo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reformar em parte a sentença remetida. (Em 25-9-97 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.374 — RJ
(Registro nº 1.239.678)

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

Apelante: *DNER*

Apelado: *Franz Scholler — Espólio*

Advogados: *Drs. Antônio Christiano Cavalcanti, Luiz Fernando de Melo e outro*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação. Laudo pericial. Concor-
dância quanto ao valor das benfeitorias.

I — Havendo concordância quanto ao valor das benfeitorias, deve o
Juiz homologar a transação (art. 22, da Lei nº 3.365/41).

II — Correta a adoção do laudo pericial que mais se aproxima do jus-
to preço, para fixar o valor da indenização devida.

III — 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 e reformar em parte a sentença, na forma do relatório e notas
taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente jul-
gado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FI-
LHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de ação de desapropriação
proposta pelo DNER contra o espólio de Franz Scholler, representado por sua inventa-
riante, Katharina Erna Scholler Muller, objetivando a posse e domínio de uma área de
terras localizada no lugar denominado Moura Brasil, 1º Distrito do Município de Três
Rios, Estado do Rio de Janeiro, com superfície total de 112.274,97 m², da qual é des-
membrada para efeito da presente desapropriação a área de 34.185,33 m², conforme
descrição constante da inicial. O imóvel foi avaliado pelo órgão expropriante em Cr\$
743.412,86, sendo Cr\$ 104.265,26 pela área de terras, e Cr\$ 639.147,60 pela indeniza-
ção das benfeitorias.

Efetuada o depósito (fls. 45 vº), e determinada a imissão na posse do imóvel (despacho de fl. 46), o expropriado respondeu à ação, aceitando o preço oferecido pelas benfeitorias, mas, discordando do valor atribuído à área de terras, que, injusto, não lhe permitiria adquirir área semelhante, ainda que em local menos valorizado.

A prova pericial, realizada através de Carta Precatória, cumprida em Três Rios, consta dos autos às fls. 107/113 e 116/122, tendo o assistente técnico do DNER concluído pelo valor de Cr\$ 214.934,47 referentemente ao terreno, e de Cr\$ 968.787,88 pelas benfeitorias, enquanto que o Perito do Juízo atribuiu à área exproprianda a importância de Cr\$ 683.706,60.

O MM. Juiz Federal da Terceira Vara, da Seção do Estado do Rio de Janeiro, considerando devido pelo terreno o valor de Cr\$ 449.320,53, encontrado pela média daquele atribuído pelos laudos técnicos, e acrescentando a essa importância a de Cr\$ 968.787,88, relativa às benfeitorias, nessa quantia avaliadas pelo assistente, julgou procedente a ação para fixar em Cr\$ 1.418.108,41 o valor da indenização discutida, devendo a expropriante pagar, ainda, «juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, mais custas judiciais e honorários de 5% sobre a diferença entre o valor da oferta, atualizado, e o da indenização fixada, também atualizado, além de juros compensatórios, devidos a partir da imissão provisória na posse do imóvel expropriando».

Dessa decisão, o DNER, interpôs o recurso de fls. 142/143, insurgindo-se contra o julgado na parte que não considerou a concordância manifestada pelo expropriado com a indenização oferecida pelas benfeitorias, em razão do que requer a reforma da sentença para que seja considerado aquele valor, objeto de acordo. Pede ainda seja reduzida a indenização decorrente da desapropriação do terreno, e fixada na importância de Cr\$ 214.934,47, constante do laudo de seu assistente técnico.

O expropriado manifestou-se através da petição de fls. 149/150, no sentido de concordar com o laudo do assistente técnico da autarquia para receber o valor ali estimado, desde que devidamente atualizado, e, contanto que a apelante desistisse de seu recurso. Em caso contrário, pediu o prosseguimento da ação, pugnando pelo não provimento do apelo, por razões que não apresentou. Requereu, por fim, a paralisação dos autos no Juízo a quo até que fosse expedido Alvará em seu favor, para levantamento dos juros e correção monetária concernentes ao depósito de 80%, inicialmente procedido pela autora.

O MM. Juiz não conheceu do *petitum* por considerá-lo extemporâneo, haja vista despacho proferido anteriormente, determinando a subida dos autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Desapropriação. Laudo pericial. Concordância quanto ao valor das benfeitorias.

I — Havendo concordância quanto ao valor das benfeitorias, deve o juiz homologar a transação (art. 22 da Lei nº 3.365/41).

II — Correta a adoção do laudo pericial que mais se aproximou do justo preço, para fixar o valor da indenização devida.

III — Apelação parcialmente provida.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Ao decidir, o ilustrado Dr. Juiz a quo adotou, para a terra nua, o preço médio de Cr\$ 449.320,53 (extraído dos valores encontrados no laudo do Perito e Assistente do Expropriado e no do Assistente do Expropriante). Condenou, ainda, o DNER a pagar as benfeitorias no valor de Cr\$ 968.787,88 (valor atualizado do preço encontrado pelo Assistente do Departamento), totalizando Cr\$ 1.418.108,41 a ser acrescido de juros de mora, a partir do trânsito em

julgado da sentença, juros compensatórios devidos a partir da imissão provisória na posse, além das custas judiciais e honorários advocatícios fixados em 5% sobre a diferença entre a oferta e a indenização, ambas corrigidas.

Inconformado com dois aspectos da decisão, recorreu o DNER. Em suas razões sustenta que o Apelado aceitou, quando da contestação, a oferta inicial feita para as benfeitorias, cuja concordância não foi homologada nem considerada na sentença apelada e que o valor da terra nua deve ser o encontrado por seu Assistente.

Assiste-lhe razão quanto à transação operada quando da contestação.

Com efeito, os autos revelam que houve acordo. A oferta inicial foi de Cr\$ 743.412,86, sendo Cr\$ 104.265,25 pela terra e Cr\$ 639.147,60 pelas benfeitorias.

Ao contestar, o Expropriando concordou com o valor destas, pediu seu levantamento em conjunto com os 80% do valor do terreno (fls. 49/50). O então Dr. Juiz, hoje nosso eminente colega, Dias Trindade, considerou a pretensão, mas, pelo alvará de fl. 75, verifica-se que foram levantados 80% de toda a oferta inicial, quando deveria ser total o valor das benfeitorias. Com isto, em relação a estas, tem o Expropriando, em seu favor, os vinte por cento restantes, devidamente corrigidos. Assim, face à transação (fls. 49/50), o valor global para as benfeitorias deve ser considerado o da oferta inicial.

Em relação ao terreno, não tem razão o Apelante.

O laudo apresentado por seu Assistente não se assenta em pesquisa de mercado. Quer me parecer que é produto de atualização de preços, valendo-se de índices de correção. Ao passo que o do Perito, subscrito pelo Assistente do Apelado, lastreou-se em pesquisas e deve ser considerado como foi pelo MM. Juiz na fixação do preço médio adotado.

Apenas para evitar dúvida quando da liquidação da sentença, esclareço que, tanto os juros de mora, como os compensatórios incidem à taxa de 6% e 12% ao ano, respectivamente, devendo, quanto a estes, ser observada a Súmula nº 74 desta Corte. Saliento, ainda, que a correção monetária deve ser calculada, até 28-2-86, pelo índice de variação nominal da ORTN e, desde então, pelo da OTN.

Com estas considerações, dou parcial provimento à apelação para reformar em parte a sentença, na forma especificada.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.374 — RJ — (Reg. nº 1.239.678) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Apelante: DNER. Apelado: Franz Scholler — espólio. Advogados: Drs. Antônio Christiano Cavalcanti, Luiz Fernando de Melo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e reformou em parte a sentença. (4ª Turma, em 23-11-87).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.586 — RS
(Registro nº 2.975.386)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelantes: *Alcina Aradaiz Surreaux e outros*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *André Luiz Barata de Lacerda e outros*

EMENTA: Constitucional. Magistrados. Irredutibilidade de vencimentos. Desvalorização da moeda. Lesão. Responsabilidade. Indenização.

1. A irredutibilidade de estipêndios dos magistrados, direito constitucional, erigido entre os princípios fundamentais da lei básica, representa uma limitação aos outros poderes do Estado, que, ao reajustá-lo, não podem fazê-lo de modo a diminuir o valor de compra do que fora estabelecido anteriormente.

2. O reajustamento da remuneração dos Juizes Federais em níveis inferiores aos da taxa de inflação ofende o princípio de irredutibilidade e enseja responsabilidade da União pela reparação indenizatória correspondente ao dano causado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença e julgar procedente em parte o pedido, 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, 11 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Apelaram Alcina Aradaiz Surreaux e outros, todos Juizes do Trabalho, da 4ª Região, de sentença o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul que deu pela improcedência de ação que intentaram contra a União, tendo por objetivo a correção de ilegalidade, no que toca à fixação de seus vencimentos.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos a este Tribunal.

A Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer no sentido de ser negado provimento à apelação.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A pretensão dos autores, conforme consta da inicial subscrita pelo eminente jurista Galeno Lacerda, que hoje ilustra o egrégio Tribunal de Justiça do seu Estado do Rio Grande do Sul, tem triplo fundamento, assim: 1) ofensa ao princípio de isonomia, por fixados vencimentos dos magistrados, entre os quais, os autores, em percentual de aumento inferior ao dos servidores do próprio Poder Judiciário, os primeiros de setenta e três (73) e os segundos, de cento e oito (108); 2) a fixação de gratificação de representação entre Juizes de um mesmo grau de jurisdição, de modo diferenciado, cinquenta por cento (50%) para o Auditor Corregedor da Justiça Militar e quarenta por cento (40%) para os Jüzes de primeiro grau do Poder Judiciário da União, atenta contra a regra da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, em seu art. 61, § único, que assegura iguais vencimentos para os Juizes do mesmo grau; 3) viola o princípio da irredutibilidade de vencimentos o estabelecer-se reajustamentos aos magistrados inferiores aos índices oficiais de inflação.

Querem, em conseqüência, os autores a correção judicial devida, de modo a assegurar-se igualdade de reajustamento de seus vencimentos em face do percentual de cento e oito por cento (108%) atribuído ao pessoal do Poder Judiciário, no ano de 1981, e da representação em nível igual à deferida ao Auditor Corregedor da Justiça Militar, cominando-se ainda o preceito de que não se poderá, para o futuro, reajustar os seus estípedios em percentuais inferiores ao da taxa inflacionária, segundo o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), apurado pelo IBGE.

A questão é, assim, posta em termos constitucionais, pelo que tenho por superado o óbice de alçada, uma vez que o valor da causa, em relação a cada um dos litigantes ativos, é inferior a cinquenta Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional da data do ajuizamento da ação.

Quanto às duas postulações iniciais, tenho que a sentença está correta, porquanto não há como ver ofensa ao princípio de isonomia na espécie, pois que os percentuais diferenciados são destinados a situações funcionais diferentes, de um lado os Juizes, que sequer são funcionários públicos, mas encarnação de um dos Poderes do Estado, e, de outro, os funcionários que servem no Poder Judiciário; do mesmo modo, a gratificação de representação, embora integrante dos vencimentos dos magistrados, no dizer do § 1º do art. 65 da Lei Orgânica da Magistratura, é diferentemente fixada, para o Auditor Corregedor e para os Juizes, em função da diversa atribuição daquele.

E, invocando o princípio de isonomia, para a correção pretendida, esbarram os autores no obstáculo jurisprudencial, consubstanciado na Súmula 339 do colendo Supremo Tribunal Federal, assim enunciada:

«Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.»

Quanto ao item sob 3) do pedido, tenho que a respeitável sentença merece reforma e, para assim dizer, trago as razões que estão no voto que proferi no julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 77.948, de São Paulo, que mereceu o apoio da maioria da egrégia Primeira Seção, em julgamento verificado em abril deste ano, voto este que junto em reprodução xerográfica e do qual leio passagens relativas ao tema que ora aprecio. (Ler)

Isto posto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação, para modificar a sentença no ponto acima indicado e julgar procedente, em parte, o pedido, para cominar à ré a, enquanto não for editada lei a respeito, reajustar os vencimentos dos autores, em que se inclui a gratificação de representação, de acordo com os índices trimestrais do INPC — Índice Nacional de Preços ao Consumidor, editado pelo IBGE, como

consta do pedido, pagando-lhes as diferenças respectivas, incidentes juros, desde a citação e correção monetária, do ajuizamento da ação. Custas e honorários de advogado, estes de dez por cento, proporcionalmente divididos, ante a mútua sucumbência.

ANEXO

EAC 77.948 — SP

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Situa a divergência:

A ação tem por objetivo compelir a União a indenizar os autores de dano causado por descumprimento da norma que assegura irredutibilidade de vencimentos aos magistrados, nos últimos cinco anos, dado que os reajustamentos remuneratórios vêm sendo feitos em desacordo com os índices oficiais da inflação, atingindo, mês a mês, as prestações vencidas e as que se venceram.

Julgada procedente a ação, foi a ré condenada a indenizar os autores, segundo o pedido, bem como a adotar processo de atualização dos vencimentos, que os compatibilize, mês a mês, com os índices correccionais fixados pela administração.

Ao ser julgada a apelação, situou-se o eminente Relator, Ministro José Cândido, no sentido de dar provimento à apelação da ré, para julgar improcedente a ação, ao argumento de que não ofende à garantia constitucional a norma de reajustamento de vencimentos dos magistrados que não reduzam, nominalmente, os que já vinham percebendo.

Os votos que conduziram ao acórdão, ora embargado, dizem malferido o princípio da irredutibilidade de vencimentos e, pois, confirmam a sentença de primeiro grau, com a só reforma da parte em que condenou a União a passar a adotar sistema de reajustamento mensal, conforme a taxa inflacionária respectiva, que tiveram os integrantes da turma julgadora, por unanimidade, como decisão fora e/ou além do pedido. E sobre a divergência que se estabeleceu ao julgamento de preliminar de nulidade, entendendo o Ministro Relator que se tratava de decisão *extra petita*, ao passo que os demais a tinham apenas como *ultra petita*, não incidem os embargos infringentes, como expressamente manifestado pela embargante, até porque a decisão excluiu a parte da condenação respectiva.

Os votos vista dos eminentes Ministros Costa Lima e Gueiros Leite, ditos pelo ilustrado Subprocurador-Geral da República, Paulo Sollberger, que assina a petição de embargos, como daqueles que «honram as tradições desta Casa e merecem figurar em qualquer repositório de doutrina ou jurisprudência, pela sua erudição e os valiosos ensinamentos que contém», fazem exame do dispositivo constitucional que assegura irredutibilidade de vencimentos aos magistrados, para concluir por entender, como o fez a sentença, que os reajustamentos com bases inferiores aos índices inflacionários e correccionais adotados pela administração vulneram o princípio.

O voto do eminente Ministro Gueiros Leite, com rigor técnico, conclui por entender que existe o dano, pelo qual é responsabilizada a ré, nos termos do art. 107 da Constituição, por isso que, bastante em si o dispositivo assecuratório da garantia de irredutibilidade de estípedios da magistratura, há ato da administração que vai de encontro à regra respectiva, com base em norma de hierarquia inferior, ao tempo em que discorre sobre a possibilidade de responsabilidade do Estado por ato do legislador, quando deste resulta o dano.

Analisa argumento com base no princípio de igualdade de todos diante da lei, para afastá-lo, em face da desigualdade em relação aos demais servidores públicos, dos destinatários da norma constitucional atingida. E, por último se atém ao exame da notoriedade dos fatos motivadores da ação, não contestados e aceitos pelo julgador monocrático como devidamente provados, para dar provimento parcial à apelação, nos termos antes indicados.

Certo de que a Seção bem se apercebeu do objeto da causa e da divergência, passo a proferir o meu entendimento sobre a matéria posta:

Embora superada, pela unanimidade do julgamento, não constituindo mesmo matéria destes embargos, a sentença, a meu sentir, não teria incorrido em decidir além do pedido, muito menos fora dele, porquanto, ao incluírem os autores requerimento de atualização de vencimentos sobre as parcelas vincendas, certo é que visaram a constituição de preceito a ser seguido pela ré, para o futuro, e, não se apresenta defeso cumularem-se pedidos indenizatório e constitutivo, inclusive com cominação de pena para a eventualidade de descumprimento do preceito.

A irredutibilidade de vencimentos é garantia dos magistrados e é posta na Constituição como norma de exequibilidade imediata, dado que não admite, no dizer de Pontes de Miranda, já destacado nos votos proferidos na Turma, interpretação ou conceituação.

«A independência do Juiz constitui o conteúdo do art. 113. As garantias são *direitos constitucionais*, oriundos de regras jurídicas diretas e imediatas, e não simples *garantias institucionais*.

O Poder Legislativo e os outros Poderes não têm faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

São conceitos da Constituição.» (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969).

É certo que a Constituição, em seu art. 102, § 1º, também estabelece, quanto aos inativos:

«Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.»

Dai se conclui a obrigatoriedade de revisão de vencimentos dos funcionários, sempre que o poder aquisitivo da moeda diminuir, o que vem a significar, em um sistema em que essa alteração se verifica constante, a consagração da chamada escala móvel de remuneração do funcionalismo público, em sede constitucional.

E é evidente que os quantitativos dessa revisão, para cumprimento do preceito constitucional, devem guardar compatibilização com as taxas inflacionárias verificadas.

Ora, se a finalidade da regra é a de compatibilizar a remuneração dos funcionários ao poder aquisitivo da moeda, não há como invocar, para nivelar por baixo, o preceito da isonomia, para opor ao direito dos magistrados, quando o certo seria chamá-lo em favor dos demais funcionários, para que esse nivelamento se fizesse de forma isonômica, por cima.

Demais disto, o princípio de igualdade é obedecido, quando se trata desigualmente os desiguais, como afirmava João Mangabeira. É que os magistrados, como já foi destacado nos votos doutíssimos proferidos na Turma, se dedicam a um só mister, sem possibilidade de acumulação de ganhos, salvo um cargo ou emprego de professor, assim mesmo, e quase sempre, com sacrifício de uma ou de ambas dessas atividades, sem que, nem por isso, se lhe proporcionem remunerações por serviços além da normalidade temporal ou qualitativa de encargos.

Tenho dito muitas vezes que os magistrados são uns desapropriados, sem que justamente indenizados.

Não necessitarei dizer dos objetivos do constituinte em ornar o magistrado dos chamados predicamentos ou garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, este último, base verdadeira e complementar dos outros dois, mesmo porque tudo já se disse a respeito nos votos informadores do acórdão embargado.

Basta que examine, pois, o argumento central dos embargos, ditos fundados em decisões do colendo Supremo Tribunal Federal, quase todas elas, como destacado no voto do Ministro Gueiros Leite; ao não conhecer de recursos até ali levados, ou seja, o de que a irredutibilidade de vencimentos dos magistrados diz com o enunciado nominal

de seus ganhos, não comportando indagação sobre redução real, se a expressão numérica dos vencimentos não sofre alteração para números menores.

Já vimos que não compete aos Poderes do Estado o conceito de irredutibilidade, com assento no ensinamento de Pontes de Miranda, acima transcrito, pois que este é decorrente da Constituição, de modo que o Poder Legislativo, seja o exercido pelo Congresso Nacional por iniciativa do Presidente da República, seja quando o exerça o próprio Chefe do Poder Executivo, com base no art. 55 da vigente Constituição, não poderia fixar a remuneração dos magistrados em bases inferiores àquelas representativas do valor real da moeda, sempre aviltado em face do perverso efeito da inflação, sem o que o princípio constitucional é postergado.

Poderíamos dizer que há uma limitação aos outros Poderes, a cuja responsabilidade fica o encargo de fixar, em lei, os estípedios da magistratura, limitação essa representada por um piso remuneratório nunca inferior ao valor real do que fora estabelecido anteriormente.

Seria, embora o pedido se atenha às revisões dos últimos cinco anos, de verificar, em relação aos Juizes Federais, posição dos autores, a variação remuneratória desde a inicialmente fixada, quando do restabelecimento da Justiça Federal de Primeira Instância, mesmo que os efeitos patrimoniais anteriores aos cinco anos, contados para trás desde a propositura da ação, estejam prescritos, como lembrado, (ainda que para indicar a impossibilidade do objeto da causa), pela *rê*, em sua contestação.

A limitação estabelecida pela norma constitucional, dirigida aos outros Poderes, não representaria o estabelecimento de uma escala móvel de remuneração, com reajustamentos automáticos toda vez que aviltado o valor da moeda, em seu poder de compra, dispensando-os do encargo de fixar a remuneração dos Juizes, porque a eles ficaria o poder de estabelecê-la em níveis superiores, representando aumentos reais, de todo justificáveis pelo incremento dos encargos que, a cada dia, se verifica, seja pelo aumento das causas, seja pela complexidade delas, em face da evolução permanente das normas de convivência e pelo desenvolvimento social e econômico do País. É uma limitação quanto ao piso, livre ficando o estabelecimento do teto.

Há regra no nosso direito, decorrente do compromisso republicano dos revolucionários de 1889, norteando a exegese das novas instituições introduzidas no País, jamais expressamente revogadas, assim expressa:

«Art. 387. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos da Common Law e Equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federais» (Decreto 848, de 11 de outubro de 1890).

Essa regra foi, muitas vezes, invocada para o perfeito entendimento dos preceitos da nossa primeira Constituição republicana, a qual continha disposição equivalente à da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, quanto à irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, de modo que se apresenta valioso, para a compreensão desse princípio, que se examine o elemento histórico, da elaboração da Constituição de Philadelphia, no particular.

Eis que o diz Carlos Maximiliano sobre a elaboração do princípio, na carta americana:

«Para evitar a corrupção, também nos Estados Unidos se tentou impedir o aumento de ordenado dos Juizes. Seria possível que estes cortejassem a política, a fim de consegui-lo. O projeto primitivo, de Randolph, Pinckney e Patterson, na Convenção de Philadelphia, vedava elevar ou diminuir os vencimentos dos Juizes em exercício. Madison apoiou esta idéia; Hamilton sustentou a fixidez dos honorários. Morris objectou, e com acerto, que o valor aquisitivo da moeda varia, a vida encarece, as despesas de representação aumentam quando crescem e se civilizam as cidades; portanto ao legislador ordinário deviam permitir aumentar as vantagens pecuniárias dos cargos. Este parecer triunfou.» (Comentários à Constituição Brasileira).

E, adiante:

«Entretanto, o Código Supremo privou o Executivo da possibilidade de seduzir os magistrados com a promessa de melhorar os vencimentos: são estes fixados pelo Congresso, e rigorosamente só em lei ordinária.

Não podem ser diminuídos. Para interpretar e bem aplicar esta providência acertada, cumpre indagar o fim que teve a Constituinte inserindo no texto semelhante dispositivo: *evitar que o governo oprimisse a consciência dos Juizes, pendurando-lhes acima da cabeça a espada de Dâmocles da redução dos honorários.*»

É ainda o mesmo jurista, em sua obra clássica «Hermenêutica e Aplicação do Direito», quem lembra a contribuição que o elemento histórico tem no auxílio da exegese das normas constitucionais:

«A história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos contribuem para se interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos. Tente-se compreender o estatuto brasileiro à luz da História e da evolução dos princípios republicanos; examine-se quais as idéias dominantes na época do advento do novo regime, o que se pretendeu manter, o que se preferiu derrocar. Compare-se o texto vigente com a Constituição Imperial e a dos Estados Unidos, não olvidando que o espírito destas duas, bem como os casos da Common Law e Equity, colhidos em clássicos e brilhantes comentários, guiam o escrupuloso intérprete da lei básica de 1891» (pág. 322).

Mais adiante, em ensinamento que se aplica ao caso ora em julgamento:

«Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, *aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior*» (pág. 323).

A fonte, por conseguinte, do princípio da irredutibilidade de remuneração dos magistrados, que deveria ter o designativo de honorários, em lugar de vencimentos, é a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em cuja elaboração vimos que o fim da norma ali inserida foi o de *compatibilizar os ganhos do magistrado à variação do valor de compra da moeda*.

A norma da Constituição de 1891 passou para as que lhe vieram depois, apenas com a previsão de que os magistrados estão sujeitos aos impostos ditos gerais e aos instituídos em razão de guerra externa, atual ou iminente, de modo que permanecem válidos os argumentos de exegese do dispositivo, em sua fonte histórica.

De passagem, até porque não é objeto desta ação, seria de indagar, não obstante o que se tem decidido em sentido contrário, da compatibilização do princípio de irredutibilidade com a parte final da regra constitucional, que os sujeita aos impostos gerais ou de guerra, dado que uma se apresenta com caráter revocatório da outra. E tem merecido debate o tema de arguição de inconstitucionalidade de dispositivo contido na lei básica, quando o mesmo se choca com aqueles chamados princípios fundamentais, entre os quais se incluem as garantias da magistratura, tanto que inseridos entre os que dão causa à intervenção da União nos Estados (art. 10, VI, d). E assim já teria decidido o Supremo Tribunal Federal, ao dizer inconstitucional a exigência de tributos, após a Emenda Constitucional de 1926, que introduziu a restrição.

Pouco antes de seu trágico falecimento, o Prof. Nelson Sampaio, emérito publicista baiano, defendendo a incompatibilidade entre dispositivos da Constituição, representava ao Procurador-Geral da República no sentido de ser argüida a inconstitucionalidade de norma inserida no diploma básico e, em artigo publicado em jornal de grande circulação, apresentava escólios doutrinários, fruto de seu grande cabedal de cultura e inteligência, sobre a viabilidade dessa arguição.

Lembro, apenas para constar, que já tive oportunidade de dizer não escrita regra que ainda agora figura na nossa Constituição, decorrente de cochilo do constituinte do Riacho Fundo, que, ao suprimir da jurisdição dos Juizes Federais as causas de direito marítimo e aeronáutico, deixou o § 4º do art. 125, através do qual se tem entendido, em interpretação a *contrariu sensu*, que esses Juizes continuam competentes para apreciar os procesos de ratificação de protestos formados a bordo, quando nos portos e aeroportos de chegada da embarcação ou aeronave houver Vara da Justiça Federal. É que não vejo como subsistir a exceção, quando se suprime a regra.

Dai porque, tenho como ainda agora susceptível de discussão, ainda que a jurisprudência se tenha firmado no sentido oposto, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, a velha questão da incidência de impostos sobre a remuneração dos magistrados.

E a propósito de tributação dos estipêndios dos magistrados, tenho por oportuno dizer duas palavras sobre a onda que se vem formando contra a isenção do Imposto de Renda sobre as parcelas indenizatórias dos mesmos.

A magistratura, pela importância de sua atuação, consistente em dirimir, pela interpretação do direito, os conflitos de interesses entre os cidadãos e entre estes e os organismos públicos, representa o próprio equilíbrio da Sociedade. E, portanto, a ela dá o legislador constituinte prerrogativas que carecem de que sejam efetivadas, não com um favor aos que a integram, mas como uma exigência dos próprios jurisdicionados, que nela têm o último refúgio, para lhes assegurar os direitos, tantas vezes postergados pelos poderosos.

Leio, porque expressivo, o que ainda há poucos dias escrevia Paulo Matta Machado, em coluna em jornal desta cidade, ao cuidar da Remuneração Parlamentar:

«A gratuidade fiscal — isenção de Imposto de Renda — de que gozam os congressistas e os membros da magistratura não é um privilégio, mas uma prerrogativa para impedir que o Executivo constanja os demais Poderes, mediante simples aumento das alíquotas desse imposto. A remuneração parlamentar (e da magistratura) não pode ficar sujeita aos maus humores do Secretário da Receita Federal, ou à crise de caixa da União.»

O país vem, de longe, adotando sistema de incentivos fiscais, para um sem-número de atividades, consideradas, a depender de momentos, de relevante interesse para a nação. Agricultura, indústrias, atividades cooperativas, cultos religiosos, instituições de assistência social, todos são destinatários de incentivos, de natureza tributária. E devem continuar a sê-lo, entendo eu.

Por que, então, a magistratura, a quem se procurou retirar, por disposição restritiva do princípio basilar da irredutibilidade, a meu sentir verdadeiramente inconstitucional, malgrado figure na própria lei maior, como já acentuei, se cogita de apenar mais ainda?...

Por que dos juizes, a quem uma lei, que se afirma feita para especificamente estatuir sobre os seus direitos e obrigações, somente criou restrições, se pensa em excluir esse incentivo?

Será que os Tribunais, ao contrário do que pensam os que enxergam e entendem, representam escolhas a uma boa administração, quando o seu papel é o de adequar a convivência social, econômica e administrativa ao império do direito?

Ficam as perguntas, que por certo restarão sem resposta, porque somos um país de surdos e não seriam os que têm o poder de elevar alíquotas de tributos e de fixar índices corretivos de suas tabelas, sem lei, por normas de hierarquia menor, os que iriam respondê-las, pois bem melhor será usar desse poder para constranger aqueles a quem a Constituição assegura prerrogativas, infelizmente não efetivadas.

Volviendo, no entanto, à espécie em julgamento, dizia que a fonte do princípio da irredutibilidade é a Constituição americana e, para o seu entendimento, segundo a técnica teleológica, ou da finalidade da norma, encontramos que esta restou demonstrada, desde a sua elaboração, conforme este ensinamento de Hamilton, em «O Federalista»,

onde, depois de afirmar que «um poder sobre a subsistência de um homem equivale a um poder sobre a sua vontade», doutrina:

«Em consequência, o projeto da convenção dispõe que os Juizes dos Estados Unidos «receberão a intervalos fixos uma remuneração por seus serviços que não poderá ser diminuída durante sua permanência em função». Tomando em conta todas as circunstâncias, esta é a disposição mais aceitável que se teria podido idealizar. Compreender-se-á facilmente que as flutuações no valor da moeda e na situação da sociedade faziam inadmissível o estabelecer, na Constituição, uma taxa fixa para essa remuneração. O que hoje poderia ser extravagante pode resultar mesquinho e inadequado dentro de meio século. Era necessário, portanto, deixar à prudência da legislatura que variasse as somas que houvesse preenchido, de acordo com as modificações nas circunstâncias, porém com restrições tais que pusessem fora do alcance desse corpo o piorar a situação dos indivíduos. Assim, um homem poderia estar seguro da situação em que se achasse, sem que se lhe desviasse do cumprimento de seus deveres o temor a que se lhe colocasse em condições menos favoráveis. A Cláusula que se criou combina ambas as vantagens.» (Grifei).

O mal inflacionário não é dos nossos dias, como visto, mas acompanha as civilizações desde os tempos do tescambo, segundo mais ou menos pecus, ou mais ou menos outros produtos de troca tivessem os povos ou os mercadores, em face das circunstâncias. E a sabedoria dos «Pais da Pátria», na Convenção de Philadelphia, esteve presente a essa realidade, ao elaborar o monumento basilar sob o qual se construiu a maior nação do mundo.

Vem ao caso a afirmação de Luddwig Erhard, que foi Ministro da Economia da República Federal da Alemanha, em sua obra «Bem-Estar para Todos», citado pelo Juiz Márcio de Ávila, em sentença que proferiu no Rio de Janeiro:

«O problema primordial da política econômica consiste em conseguir um desenvolvimento contínuo da economia *sem tendências inflacionárias*.

Porém, não são apenas de ordem econômica, mas também sociológica e política os perigos que nos podem ameaçar devido a uma evolução tão errada como aquela. Tais idéias, bem analisadas, deviam levar-nos a incluir a estabilidade da moeda entre os direitos fundamentais do homem, cuja proteção é prerrogativa de todo cidadão através do Estado» («Trabalhos Jurídicos sobre Irredutibilidade de Vencimentos» — Divulgação — AJURIS — pag. 106).

E vale, por último, ilustrar este desprezioso voto com o que disse o Senador Paulo Brossard, que hoje integra a equipe de Governo do Presidente José Sarney, como Ministro da Justiça, ao encaminhar emenda ao Projeto da Lei Orgânica da Magistratura Brasileira, exatamente a respeito do princípio agora em julgamento:

«A emenda, que se traduz no acréscimo de mais um parágrafo, busca, precipuamente, definir de modo claro e preciso o conceito. Por irredutibilidade, entende-se não apenas a vedação constitucional de se diminuir os vencimentos dos magistrados, mas, sobretudo, a manutenção dos vencimentos que devem ficar imunes à corrosão inflacionária. Não se confunda a correção anual com aumento de vencimentos. A correção determina tão-somente a sustentação dos valores. E proíbe o Executivo de, através da omissão, reduzir de fato, os vencimentos da magistratura, ferindo o dispositivo constitucional. Opta-se pelos índices oficiais de correção monetária, porque se trata da única medida não impugnável pelo Executivo da queda do poder aquisitivo da moeda. Inexiste outro modo de mensurá-la» (Diário do Congresso Nacional — Seção II — Supl. 21-10-78, pag. 7).

Assim e, adotando os argumentos dos votos que conduziram a Turma ao acórdão, pedindo licença ao eminente Ministro José Cândido, que proferiu o substancial voto vencido, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, quando do julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 77.948-SP, também relatados pelo eminente Ministro Dias Trindade, e versando matéria idêntica à deste apelo, acompanhei S. Exa., expendendo uns poucos argumentos, já que mais constituiria ousadia da minha parte, diante da magnitude do voto então proferido, que praticamente esgotou o tema. Oportunamente, farei juntar cópia do meu singelo pronunciamento.

Isto posto, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, estou em que a exata compreensão do princípio insculpido no art. 113, III, da Constituição, está contida no, sob todos os títulos, magistral voto do eminente Ministro Relator. O descompasso verificado entre os percentuais dos aumentos concedidos à magistratura e os índices oficiais de inflação configura, a meu juízo, ilícita aplicação de fator de redução.

De sorte, Sr. Presidente, que rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.586 — RS — (Reg. nº 2.975.386) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Aptes.: Alcina Aradaiz Surreaux e outros. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. André Luiz Barata de Lacerda e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença e julgar procedente em parte o pedido, nos termos do voto do Relator. (Em 11-09-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Costa Leite votaram de acordo com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.946 — RS
(Registro nº 2.837.811)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*
Apelante: *Firmino Antônio da Silva*
Apelada: *União Federal*
Advogados: *Drs. Irani Mariani e outro*

EMENTA: Ação de indenização decorrente de acidente em serviço. Relação de causa e efeito não comprovada.

Confirma-se a sentença que julgou improcedente a ação por não comprovada pericialmente a relação de causa e efeito entre o acidente sofrido pelo autor há 44 anos e seus males atuais.

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, 6 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de ação proposta por Firmino Antônio da Silva contra a União Federal, objetivando a reforma ou indenização em decorrência de acidente de serviço ocorrido em 31 de julho de 1939.

Contestou a ré, alegando que o atestado de origem, trazido pelo autor, faz prova do acidente e sua data, mas não evidencia a existência de liame causal com o seu estado de insanidade atual.

Nomeado o perito, veio o laudo à fl. 87.

Por sentença de fls. 116/121, o MM. Juiz Federal julgou improcedente a ação, condenando o autor nas custas e honorários advocatícios e de perito.

Apelou o autor, sustentando que o MM. Juiz *a quo* decidiu com respaldo em prova pericial que não pode prosperar contra o atestado de origem realizado à época do referido acidente.

Contra-razões às fls. 135/136.

Nesta instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, pela manutenção da sentença e pelo improvimento do recurso do réu.

Em anexo, juntada de documento novo.

É o relatório.

EMENTA: Ação de indenização decorrente de acidente em serviço. Relação de causa e efeito não comprovada.

Confirma-se a sentença que julgou improcedente a ação por não comprovada pericialmente a relação de causa e efeito entre o acidente sofrido pelo autor há 44 anos e seus males atuais.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A r. sentença apelada está assim fundamentada:

«No mérito, comprovou-se que o autor sofreu um acidente em serviço no dia 31 de julho de 1939 (fl. 12), do qual «resultou distorção do joelho esquerdo, apresentando edema da região anterior do joelho, com relativa importância funcional».

Isso no dia 14 de setembro de 1939. No dia 23 de outubro do mesmo ano, «o paciente saiu completamente curado, não sendo provável complicação futura». (Fl. 15).

É verdade que no dia 12 de outubro de 1971, a Junta Médica da Guarnição de Santo Ângelo diagnosticou: «Artrite remota em ambas as articulações dos joelhos, mais acentuada no joelho esquerdo. E, conseqüente a N844. Entorse da articulação do joelho. É devido a acidente na Educação Física ocorrido há 33 anos». (Fl. 16). Declarou, também, haver «relação de causa e efeito entre o acidente sofrido e as condições mórbidas atuais». (Fl. 16).

Mas, parecer da Diretoria de Inativos e Pensionistas em 20-8-76 deixou explícito não haver «relação de causa e efeito entre as suas condições mórbidas atuais e que consta no Atestado de Origem». (Fl. 22).

Daí porque o autor ingressou com a presente ação ordinária: o indeferimento de seu pedido de amparo, «embora conste de suas alterações ter sofrido acidente em serviço, e ser adjudicatário de DSO».

Em Juízo, todavia, não logrou o autor demonstrar a erronia do indeferimento do seu pedido perante a Diretoria de Inativos e Pensionistas.

É que o perito nomeado, ao quesito que lhe foi submentido, no sentido de esclarecer se o autor é deficiente físico, respondeu: «O autor não é deficiente físico. Apresenta uma patologia degenerativa do joelho, irreversível». (Fl. 87).

E ao quesito sobre a relação de causa e efeito, com o acidente sofrido, respondeu: «Não há relação de causa e efeito com o acidente referido, pois, segundo informações do próprio autor, no referido acidente não necessitou tratamento e não causou incapacidade temporária. Não houve, pois, patologia traumática capaz de desenvolver artrose precoce no joelho». (Fl. 87).

Esclarece mais, que «a artrose constatada radiologicamente é compatível com a idade avançada do autor (74 anos) e a função do joelho esquerdo é boa e igual ao joelho direito». (Fl. 87).

Insurgindo-se contra essas conclusões periciais, o autor juntou certidão de assentamento, sobre a qual manifestou-se o perito da seguinte maneira: «Concluo, pois, que a sua exclusão não foi por motivo de doença». (Fl. 110).

Comentando sua inspeção de saúde, de 12 de outubro de 1971, disse o perito, em conclusão, retificando laudo anterior: «a patologia degenerativa dos joelhos do autor, atualmente sem manifestação clínica, não é decorrente do acidente, entorse do joelho esquerdo, sofrido há quarenta e quatro anos». (Fl. 110).

Confirmou-se, destarte, o prognóstico do dia 14 de setembro de 1939 (fl. 15), isto é, «que não era provável complicação futura». (Fls. 118/120).

Vê-se, do exposto, que a sentença não merece reparo. Quer o apelante que prevaleça o laudo de 1971, da Junta Médica da Guarnição de Santo Ângelo, que viu relação de causa e efeito entre o acidente e as condições mórbidas do autor à época. Mas, como notou o Juiz, no próprio âmbito militar, em 1976, nova inspeção de saúde negou a existência da atestada relação de causa e efeito.

O laudo pericial é concludente e peremptório. Dele não se há como fugir:

«a patologia degenerativa dos joelhos do autor, atualmente sem manifestação clínica, não é decorrente do acidente, entorse do joelho esquerdo, sofrido há quarenta e quatro anos.»

À vista do exposto, nego provimento ao recurso e confirmo a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.946 — RS — (Reg. nº 2.837.811) — Rel.: Sr. Ministro José Cândido. Apte.: Firmino Antônio da Silva. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Irani Mariani e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 6-11-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.689 — RJ
(Registro nº 4.356.829)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*
Apelante: *Roberto Sapienza*
Apelada: *União Federal*
Advogado: *Dr. Gilson Berg Tollstadius (Apte)*

EMENTA: Administrativo. Militar. Art. 157 da Lei nº 6.880/80. Aplicação da Súmula nº 128/TFR.

I — «As disposições da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares), não se aplicam às situações definidas antes de sua vigência (art. 157).» (Súmula nº 128/TFR).

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, 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, 30 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: O MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim relatou o pedido (fl. 68):

«Roberto Sapienza, qualificado na inicial, propôs ação ordinária contra a União Federal, alegando que é Oficial da Reserva Remunerada, da Marinha de Guerra, com mais de trinta anos de serviço, e que a Lei nº 6.880/80, em seu artigo 50 — II, confere aos militares na situação do autor a percepção da remuneração correspondente ao grau hierárquico superior, enquanto que o artigo 157 da referida Lei estabelece uma desigualdade de tratamento entre Oficiais com identidade de condição jurídica, o que não se coaduna com o postulado constitucional. Não obstante, o artigo 158 da mesma Lei impõe o ajuste, àquele Estatuto, de todas as disposições legais e regulamentares que com ele tenham ou venham a ter pertinência.

Pediu a procedência da ação, para que a Ré lhe pague a remuneração correspondente ao grau hierárquico superior nos termos do artigo 158 e, ainda, em consonância com o artigo 153 da Carta Constitucional. Requereu, também, a condenação nas custas e em honorários advocatícios de 20%, com juros e correção monetária.»

Sentenciando, julgou a ação improcedente.

Inconformado, recorreu o autor. Com as razões de fls. 76/79, insiste no seu direito e pugna pela reforma da sentença.

Contra-razões à fl. 81.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Militar. Art. 157 da Lei nº 6.880/80. Aplicação da Súmula nº 128/TFR.

I — «As disposições da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares), não se aplicam às situações definidas antes de sua vigência (art. 157).» (Súmula 128/TFR).

II — Apelação a que se nega provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Com efeito, a r. sentença recorrida está em perfeita harmonia com a jurisprudência deste Tribunal, compendiada na Súmula nº 128:

«As disposições da Lei nº 6.880, de 1980 (Estatuto dos Militares), não se aplicam às situações definidas antes de sua vigência (art. 157).»

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.689 — RJ — (Reg. nº 4.356.829) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Apelante: Roberto Sapienza. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. Gilson Berg Tollstadius (Apte).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 30-10-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.181 — RS
(Registro nº 5.626.951)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Ivo Braescher*

Advogados: *Drs. Sady Antônio Vicentini e Ernani Ênio Juchem*

EMENTA: Previdência Social. Aposentadoria. Celetista no exercício de cargo em comissão estatutário. Suspensão do contrato e continuidade da contribuição previdenciária.

Não implica em mudança de regime o fato de o servidor celetista que, no curso de seu contrato de trabalho, esteve em caráter temporário exercendo cargo em comissão.

A própria natureza da temporariedade afasta a possibilidade do funcionário, nessas circunstâncias, de ser abrangido pelo regime estatutário e, estando no exercício de cargo de confiança no âmbito da mesma administração, deve esta manter o recolhimento das contribuições previdenciárias sem interrupção, não se justificando transferir esta responsabilidade ao empregado.

Por outro lado, se a autarquia não conseguiu infirmar a tese de que o autor era, obrigatoriamente, seu filiado, compete-lhe arcar com os benefícios que a este são devidos, não podendo deixar de prestar benefícios a segurador, por falta de contribuições, quando a este não cabia o recolhimento.

Apelo desprovido.

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, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1985 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Leio e adoto o relatório de fls. 188/191, da lavra do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Novo Hamburgo — RS, nestes termos: (leio).

A seguir, entendendo que o vínculo entre o postulante e a Prefeitura Municipal era o da Consolidação do Trabalho; que a Municipalidade cabia fazer os recolhimentos das contribuições ao órgão previdenciário e a este cabia a fiscalização do cumprimento da obrigação, julgou a ação procedente para condenar o INPS a conceder ao autor os benefícios requeridos, ou seja, auxílio-doença a partir de 8-2-77, e aposentadoria por invalidez a partir da transformação do primeiro no segundo; pagar as prestações atrasadas desde a data do requerimento na esfera administrativa, corrigidas monetariamente e as vincendas e, pagamento da verba honorária em 10% sobre o valor das prestações apuráveis em liquidação de sentença por cálculo do contador.

Desta decisão, apelou o Instituto (fls. 198/202), recurso este recebido como Embargos Infringentes e, posteriormente, convertido em apelação, por força de decisão proferida por esta Eg. 3ª Turma, em Agravo de Instrumento interposto pelo Instituto.

As razões de apelo são, basicamente, as mesmas já apresentadas no curso do processo, sem qualquer elemento novo merecedor de destaque.

Contra-razões às fls. 232/235, em que se pede a manutenção do decisório.

Subiram os autos e me vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, não vejo nos autos qualquer elemento trazido pelo Instituto que pudesse elidir os argumentos usados pelo I. Julgador Monocrático para julgar a ação procedente.

A partir das considerações iniciais em que o magistrado afirma a data de 1-8-67 como a do início do pacto laboral e a de 30-11-77 como a do distrato; do fato de que o ônus da contribuição cumpria à Prefeitura, face à condição do autor como comissionado da Municipalidade, chegou ao decisório propriamente dito, o fazendo com estas palavras:

«... o dado mais relevante é que o A., durante o período em que esteve em Cargo em Comissão, continuou com vínculo empregatício junto à Prefeitura Municipal de Novo Hamburgo. O A. era funcionário CLT e assim continuou, não passando à qualidade de estatutário, apesar de exercer cargo de confiança. Não há qualquer prova nos autos no sentido de afastar qualquer dos requisitos do artigo 3º da CLT. Tal era a vinculação sob égide da CLT que a rescisão se deu nos termos e sob a forma da legislação laboral. Assim cumpria à Municipalidade recolher as devidas contribuições ao órgão previdenciário. A este, por sua vez, cumpria a fiscalização do exato cumprimento da lei. Injustificável o motivo que levou a Prefeitura ao não recolhimento. É certo que a Prefeitura tem regime previdenciário próprio. Ocorre, contudo, que a Municipalidade nega tal vinculação, não tendo o INPS, por sua feita, provado tanto. Ora, conforme disposto no artigo 8º da CLT, a filiação do INPS é obrigatória. Logo, cumpre ao INPS assegurar os benefícios ao empregado.»

Verificado que tais proposições foram calcadas na prova dos autos, não há como refutá-las e a procedência da ação se impõe.

É certo que, se a autarquia não conseguiu infirmar a tese de que o autor era, obrigatoriamente, seu filiado, cabe a ela arcar com os benefícios que a este são devidos.

Quanto às contribuições, quem deve prestá-las é assunto que não diz respeito ao segurado. Tem a autarquia elementos para buscar o que é seu, pelas vias próprias. Não pode é deixar de prestar benefícios a segurado, por falta de contribuição, quando a este não cabia fazê-las.

Por todo o conteúdo da sentença e na certeza de que os elementos da apelação não são suficientes para atacá-la, mantenho o decisório de primeiro grau como exposto no relatório, acabado de ler.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 90.181 — RS — (Reg. n.º 5.626.951) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzi-
ni. Apte.: INPS. Apdo.: Ivo Braescher. Advs.: Drs. Sady Antônio Vicentini, Ernani
Ênio Juchem.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Terceira Tur-
ma — 13-12-85).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e José Dantas.
Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 92.351 — SP
(Registro nº 5.659.949)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Nuvi — Ind. de Equipamentos Agrícolas e Fundação Ltda.*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Antônio Carlos Borin*

EMENTA: Execução fiscal. IPI. Empresa que se dedica à fabricação de equipamentos agrícolas e à fundição de metais.

Atividades que não configuram mera prestação de serviço. Legitimidade da exigência fiscal.

O acréscimo do Decreto-Lei nº 1.025/69 substituí, nos embargos, os honorários advocatícios (Súmula nº 168 do TFR).

Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Nuvi — Indústria de Equipamentos Agrícolas e Fundação Ltda. apelou de sentença do MM. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível da Comarca de Sertãozinho, São Paulo, que rejeitou os embargos por ela opostos à execução que lhe move a Fazenda Nacional, por débitos de IPI, alegando, preliminarmente, ter sofrido cerceamento de defesa, já que não teve atendido o seu requerimento de requisição de cópia do procedimento administrativo, e sustentando, quanto ao mérito, que não está sujeita ao mencionado tributo, já que é mera prestadora de serviços.

Contra-arrazoou a Apelada.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido do desprovemento da apelação e da reforma parcial da sentença, para o fim de ser incluída na condenação a verba honorária.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução fiscal. IPI. Empresa que se dedica à fabricação de equipamentos agrícolas e à fundição de metais.

Atividades que não configuram mera prestação de serviço. Legitimidade da exigência fiscal.

O acréscimo do Decreto-Lei nº 1.025/69 substitui, nos embargos, os honorários advocatícios (Súmula 168 do TFR).

Apelação desprovida. Sentença confirmada.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A Apelante, à guisa de justificativa para a requisição do procedimento administrativo, disse na inicial dos embargos que se achava ele «eivado de vícios e erros insanáveis», sem apontar qualquer desses vícios ou erros. Não havia motivo, portanto, para que a diligência fosse determinada pelo MM. Juiz, não se podendo falar, assim, em cerceamento do direito de defesa.

De outra parte, trata-se de empresa que tem como atividade, conforme mostra seu contrato social, a «fabricação de equipamentos agrícolas, fundição de ferro fundido, bronze, modular e alumínio».

Segundo decidiu o MM. Juiz *a quo*,

«O ramo de fundição é autêntica atividade industrial de transformação: o fato de não ser alterada a substância do material fundido não quer dizer que não haja transformação do produto, que de matéria-prima passa a ser manufaturado.

Mas o principal argumento que refuta a tese da Embargante, de não incidência do IPI sobre as suas atividades sociais, é que nem a «fabricação de equipamentos agrícolas» e nem a fundição de metais (cf. contrato social de fl. 07) estão arroladas como geradora de Imposto sobre Serviços, no rol taxativo que acompanha o Decreto-Lei nº 834/69».

Trata-se de dedução irresponsável, à luz dos fatos da causa e das normas que regem a espécie.

Por fim, é de considerar-se que o acréscimo previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69 substitui, nos embargos, os honorários advocatícios.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 92.351 — SP — (Reg. nº 5.659.949) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Apelante: Nuvi — Ind. de Equipamentos Agrícolas e Fundição Ltda. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. Antônio Carlos Borin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 25-5-87 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.234 — RS
(Registro nº 6.005.608)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Apelantes: *J. P. Azevedo e Filho Ltda. e outros*

Apelados: *Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos Ltda. — SOMAR, Cia. de Pesquisas e Lavras Minerais — COPELMI e União Federal*

Advogados: *Drs. Felipe Augusto Galante Estivallet e outro, Vitor Oswaldo Della Mea e outro, Vicente Marques Santiago e outro*

EMENTA: Alçada. Causa ajuizada por vários autores. Lei nº 6.825/80.

Nesta hipótese, o valor da causa deve ser superior a 50 ORTNs, para cada um, à data do ajuizamento da ação. Apelação não conhecida, determinando ao Juiz que aplique o princípio da fungibilidade recursal, se concorrerem os pressupostos da sua admissibilidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação, determinando que o MM. Juiz *a quo* a aprecie como embargos infringentes — art. 4º da Lei nº 6.825/80, 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 novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Nilton Pinto de Azevedo e Cia Ltda. e outros ingressaram com a ação de interdito proibitório contra a Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos Ltda. e outros, para que os réus se abstivessem de praticar atos de turbação ou esbulho à posse dos requerentes, que extraem areia para construção civil do leito do rio Jacuí.

A inicial vem acompanhada dos documentos de fls. 20 a 390.

Contestaram os réus, suscitando impossibilidade jurídica do pedido, inépcia da inicial, entre outras argüições, concluindo pelo pedido de improcedência da ação e condenação dos autores em perdas e danos.

O MM. Juiz Federal, por sentença de fls. 605/616, julgou extinto o feito no que tange à autora, Distribuidora de Areia e Cascalho Sol Divino Ltda., e improcedente a ação, no que se refere aos demais autores, determinando a expedição de mandado de imissão de posse em favor da SOMAR.

Apelou J. P. Azevedo & Filho Limitada e outros, com as razões de fls. 621/627.

Contra-razões às fls. 641/644 e 645/652.

O presente processo estava na Pauta de 3-2-87, o qual foi retirado por unanimidade, por indicação do Sr. Ministro Relator, fl. 675.

Em apenso, impugnação ao valor da causa, indeferido pelo MM. Juiz Federal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Alçada. Causa ajuizada por vários autores. Lei nº 6.825/80.

Nesta hipótese, o valor da causa deve ser superior a 50 ORTNs, para cada um, à data do ajuizamento da ação.

Apelação não conhecida, determinando ao Juiz que aplique o princípio da fungibilidade recursal, se concorrerem os pressupostos de sua admissibilidade.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O valor atribuído à causa é de CZ\$ 1.000.000,00 (hum milhão de cruzados), sendo em número de 6 (seis) os seus autores. Em janeiro de 1984, data do ajuizamento da ação, 50 ORTNs correspondiam a Cr\$ 377.299,00, estando, pois, abaixo da alçada.

Esta Turma tem exigido que o valor atribuído à causa, quando vários são os seus autores, seja superior a 50 ORTNs para cada um. O que não ocorreu *in casu*.

Isto posto, não conheço da apelação e mando que os autos baixem à Vara de origem, a fim de que o recurso seja julgado como embargos infringentes.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.234 — RS — (Reg. nº 6.005.608) — Relator: Senhor Ministro José Cândido. Aptes.: J. P. Azevedo e Filho Ltda. e outros. Apdos.: Sociedade Mineradora Arroio dos Ratos. — Somar, Cia de Pesquisas e Lavras Minerais — Copelmi e União Federal. Advs.: Drs. Felipe Augusto Galante Estivallet e outro, Vitor Oswaldo Della Mea e outro, Vicente Marques Santiago e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação, determinando que o MM. Juiz *a quo* a aprecie como embargos infringentes — art. 4º da Lei nº 6.825/80. (Em 10-11-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Otto Rocha e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 97.922 — RJ
(Registro nº 6.176.690)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelante: *Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga nos Portos do Estado do Rio de Janeiro*

Apelados: *Carlos Eduardo Sadock de Sá Mota e outro*

Advogados: *Drs. Arlindo Borges Pereira, Paulo de Barros Lins e outros e Fábio Fracaroli Neves*

EMENTA: Civil. Administrativo. Terrenos de Marinha. Cessão sob o regime de aforamento. Vigência do Decreto-Lei nº 178/67, em substituição aos arts. 125/126 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

I — Os arts. 125/126 do Decreto-Lei nº 9.760/64, que disciplinavam a cessão de bens imóveis da União (terrenos de marinha), foram derogados pelo Decreto-Lei nº 178/67.

II — Apelação provida, para julgar-se procedente a ação e improcedente a reconvenção.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a r. sentença e julgar improcedente a reconvenção e 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, 29 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela o Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga nos Portos do Estado do Rio de Janeiro de sentença do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que julgou procedente a reconvenção e improcedente a ação ordinária que o apelante move contra Carlos Eduardo Sadock de Sá Mota e Wilson Bondinam Mello, visando imitir-se na posse de uma área parcialmente ocupada pelos réus, constituída por acrescidos de marinha correspondentes a um lote de terreno localizado à Rua Cordeiro da Graça, cujo domínio útil lhe foi cedido, através de contrato de aforamento, celebrado com a União

Federal em 1980, na Delegacia do Serviço do Patrimônio da União, no Rio de Janeiro (fls. 316/321).

A União figura no feito como denunciada à lide.

Em suas razões, às fls. 324/332, o apelante alega que o imóvel foi cedido com base no Decreto-Lei nº 178/67, não estando a sua concessão sujeita aos ritos estabelecidos no Decreto-Lei nº 9.760/46, que seria inaplicável à espécie.

Afirma que os réus ocupam o imóvel irregularmente, sem assentimento da União e em desacordo com o disposto no Decreto-Lei nº 9.760/46, inexistindo para eles e seus antecessores preferência ao aforamento.

Sustenta que os apelados não possuem o direito de retenção por benfeitorias, por serem possuidores de má-fé, inclusive locando parte do imóvel questionado em detrimento do interesse social.

Contra-razões às fls. 348/353 e 355/356.

Parecer da douta SGR, às fls. 365/370, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O autor fundamentou sua pretensão em contrato de cessão sob o regime de aforamento, através do qual a União Federal cedeu-lhe o domínio útil da área questionada (fls. 8/10).

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a reconvenção apresentada pelo primeiro réu, para decretar a nulidade do processo de aforamento e dos atos dele decorrentes, declarando, em consequência, a improcedência da ação, por entender que faltou aos atos de aplicação do regime de aforamento a necessária publicidade e a diligência de avaliação e medição do terreno, conforme dispõem os artigos 104, parágrafo único, e 107 do Decreto-Lei nº 9.760/46, sendo, portanto, tais atos absolutamente ineficazes em relação aos terceiros, que deles não foram cientificados (fls. 321/322).

Só que a cessão, sob o regime de aforamento, foi feita com base no Decreto-Lei nº 178, de 16-2-1967, conforme prevê a cláusula quarta do contrato celebrado entre as partes (fl. 8v^o). Assim é que dois diplomas legais passaram a disciplinar a matéria referente à utilização dos bens imóveis da União, o Decreto-Lei nº 9.760/46, de âmbito geral, e o Decreto-Lei nº 178/67, aplicável somente às hipóteses de cessão.

O Decreto-Lei nº 9.760/46, ao tratar do assunto, permitiu que os bens imóveis da União, quando não utilizados em serviço público, fossem alugados, aforados ou cedidos (art. 64), disciplinando cada uma dessas modalidades e prescrevendo, para cada uma, o procedimento a ser adotado. A cessão foi tratada nos arts. 125 e 126 do referido Decreto-Lei, visando a situações especiais, em que predominam o interesse público e a realização do fim social. Tais dispositivos foram derogados pelo Decreto-Lei nº 178/67, que disciplinou inteiramente a matéria (vide art. 2^o, § 1^o, última parte, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não se trata, pois, de simples aforamento do Decreto-Lei nº 9.760/46 mas de cessão gratuita do imóvel de acrescidos de marinha, sob o regime de aforamento.

Na hipótese *sub judice*, os réus não possuem direito adquirido ao aforamento, diante dos termos dos arts. 71, 198 e 200 do Decreto-Lei nº 9.760/46, pois ocupam o imóvel questionado precariamente, sem o pagamento das taxas devidas, sem qualquer título e sem o consentimento da União. Inexiste também coisa julgada, pois o julgamento da ação de manutenção de posse, noticiada às fls. 17/23, não repercutiu nesta ação, pois, enquanto aquela é possessória, esta é petitória, apesar de proposta sob o procedimento ordinário e pelo titular do domínio útil.

Em face do contrato de cessão de fls. 8/10, o apelante tem direito a reivindicar o imóvel em litígio.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido vestibular, imitando o autor no imóvel questionado, e condenar os réus a entregá-lo, sob pena de ser expedido o competente mandado de imissão de posse, em execução. Em consequência, julgo improcedente a reconvenção. Condeno os réus ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios do autor, que arbitro em 20% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 97.922 — RJ — (Reg. n.º 6.176.690) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga nos Portos do Estado do Rio de Janeiro. Apelados: Carlos Eduardo Sadock de Sá Mota e outro. Advogados: Drs. Arlindo Borges Pereira, Paulo de Barros Lins e outros e Fábio Fracaroli Neves.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a r. sentença e julgar improcedente a reconvenção e procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Julg. em 29-9-87 — 1.ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 100.770 — RJ
(Registro nº 5.927.714)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*
Apelantes: *João Simas Mendes e União Federal*
Apelados: *Os mesmos*
Advogados: *Drs. Marly Correa Villela e outro*

EMENTA: Administrativo. Militar. Reforma. Alienação mental. Auxílio-doença. Etapas ou diárias de asilado.

Prova médico-pericial conclusiva da alienação mental do autor.

Direito à reforma na graduação de 3º Sargento, com proventos integrais dessa graduação, mais auxílio-invalidez, este porque em substituição às etapas ou diárias de asilado, que não podem ser mais consideradas, senão até o momento em que ainda vigoravam.

Apelação da União improvida. Provido o apelo do autor.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação da União Federal e dar provimento à apelação do autor, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela João Simas Mendes e a União Federal de sentença proferida pelo então Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Jorge Octávio de Castro Miguez Figueiredo, que julgou parcialmente procedente ação ordinária proposta pelo primeiro contra a segunda, determinando a reforma do autor como Soldado, com proventos da graduação de Cabo (fls. 67/68).

Pretende o autor a modificação parcial da sentença, para que lhe seja reconhecido o direito à reforma com proventos de 3º Sargento, além do auxílio-invalidez (fls. 70/74).

A União investe contra toda a decisão, ao argumento de que não restou comprovado o nexu causal entre o serviço militar e a doença do autor (fl. 76).

Contra-razões somente do autor (fls. 78/81).

Nesta instância, opinou a douta SGR, preliminarmente, pela nulidade do processo, porque, sendo o autor alienado mental, o instrumento de mandato por ele outorgado seria de nenhuma valia, havendo, assim, a necessidade de sua interdição, de nomeação de curador e de intervenção do MPF, em primeira instância (art. 82, I, c/c 84 do CPC).

Como sua incapacidade é superveniente ao licenciamento do Exército, a prescrição quinquenal incidiria, eis que somente 25 anos depois é que entrou em Juízo.

Se superadas a preliminar e a prejudicial, a douta SGR opina no sentido de que se dê provimento ao apelo da União, porque a doença de que padece o autor seria superveniente ao serviço militar. Caso contrário, deveria ser provida parcialmente a apelação do autor, de modo a que seja reformado como 3º Sargento (fls. 85/89).

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O autor ingressou no Exército, para prestação do serviço militar, em junho de 1957, após ser considerado apto em inspeção de saúde (fl. 24).

Matriculado em julho daquele ano no Curso de Formação de Graduados, passou a apresentar comportamento peculiar, chegando a ser detido por 3 dias por não haver prestado continência à Bandeira, em ocasião em que se tocava o Hino Nacional (fl. 24).

Isso ocorreu em outubro de 1957, ano em que a respectiva folha de alterações registra dispensas eventuais do serviço, por motivo de saúde. Em junho de 1958, foi submetido a inspeção médica e considerado apto para fins de engajamento por dois anos (fl. 25).

Em julho, porém, baixou ao hospital para 3 dias de repouso. Esses registros estão na folha de alterações do autor.

À fl. 9, encontra-se um atestado, datado de 21-8-58, passado pelo Serviço de Assistência a Psicopatas da Secretaria de Justiça, Educação e Saúde de Santa Catarina, de que o autor

«... se acha internado neste hospital, procedente do hospital militar, no dia 29 de julho do corrente ano, conduzido pelo senhor Major-Médico Ruy Portinho de Moraes e um Tenente-Médico, apresentando doença mental. O paciente em apreço está internado neste estabelecimento sob o consentimento da genitora, Senhora Erotides Simas Mendes.» (Fl. 9).

Isso ocorreu após o autor haver sido considerado isento do serviço militar, por incapacidade, podendo, no entanto, exercer atividades civis, em virtude de conclusão a que chegou a Junta de Inspeção de Saúde da Guarnição de Florianópolis, em 30-7-58, de que seria portador de «reação depressivo- neurótica» (fls. 10 e 26).

O laudo pericial neste processo é positivo para psicose esquizofrênica, tipo catatônico (fl. 55), uma das piores modalidades de alienação mental, que destrói totalmente a autodeterminação e o pragmatismo do paciente, comprometendo suas funções mais básicas, segundo o perito.

O autor encontra-se totalmente incapacitado para qualquer trabalho.

Está-se a ver, pois, que a doença psíquica eclodiu durante a prestação do serviço militar, e não muito depois, como se sustenta na apelação e no parecer da douta SGR.

Por isso, não há falar-se em prescrição, que não corre contra o alienado mental.

Além do mais, à época em que esses fatos todos ocorreram, vigoravam a Lei de Inatividade dos Militares, de nº 2.370/54, e a Lei nº 1.316/51, que era o Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares.

Quanto à primeira, estipulavam os seus arts. 25, b, 27, c, 30, d, § 3º, 31 e 33, § 2º, b, que os praças que fossem considerados alienados mentais deveriam ser reformados com qualquer tempo de serviço, na graduação de 3ºs Sargentos, e não somente com os respectivos proventos.

Na segunda lei, abonavam-se etapas aos sargentos e demais praças incluídos no Asilo de Inválidos da Pátria (arts. 305 e 306), que foi criado pelo Decreto nº 244, de 30-11-1844, e sofreu alterações pelos Decretos nºs 2.774 e 3.547, de 1938.

Posteriormente, a Lei nº 4.328/64 (também Código de Vencimentos e Vantagens) mudou o nome desse benefício de «etapa de asilado» para «diária de asilado», estabelecendo o seu artigo 150 que

«Art. 150. Às praças asiladas, residentes ou não no Asilo, cabe o direito a uma diária de asilado, cujo valor corresponde à metade da diária prevista no art. 37 deste Código, a qual, entretanto, será paga pelo seu valor integral quando se tratar de asilado portador de doença contagiosa incurável.»

Somente em 1969 é que o Decreto-lei nº 728 substituiu as diárias de asilado pelo auxílio-invalidez, mesmo assim estipulando apenas que o militar deveria continuar totalmente inválido para qualquer trabalho (art. 139, 4 e 141, § 2º).

Os requisitos de necessidade de hospitalização permanente e/ou de assistência ou de cuidados permanentes de enfermagem, para obtenção do auxílio-invalidez, só foram introduzidos na legislação militar a partir do Decreto-lei nº 957/69.

Por sua vez, o Asilo de Inválidos da Pátria foi extinto pelo Decreto nº 77.801/76.

Embora haja o autor invocado, em sua inicial e na apelação, legislação totalmente impertinente para sua situação, porque bem mais moderna, de vinte e tantos anos, do que os fatos por que passou, o certo é que ele tem direito à reforma como 3º Sargento, com proventos integrais dessa graduação, e ao auxílio-invalidez, este simplesmente porque substituiu as etapas ou diárias de asilado, não havendo, mais, como se calcular estas, senão até o momento em que ainda vigoravam.

O autor tem direito adquirido a ser regido pela legislação vigente à época em que ocorreu o seu licenciamento, do mesmo modo que tem direito à reforma e a atrasados a partir desse momento, contemporâneo à doença mental cuja existência foi negaceada pelas autoridades, que a camuflaram sob o apelido de «reação depressivo-neurótica» para licenciá-lo sem qualquer amparo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União e dou provimento ao apelo do autor, para que ele seja reformado como 3º Sargento e com auxílio-invalidez, já que transponho a preliminar de nulidade do processo, por falta de intervenção do MP na primeira instância, e deficiência na representação do ex-militar, levantada pela douta SGR, porque a nulidade só iria prejudicar a parte a que, eventualmente, deveria proteger.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, no mérito, a razão está com o autor, como evidenciou o voto do eminente Ministro Relator. De modo que não se deve pronunciar a nulidade apontada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, à luz do disposto no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, que, no dizer de Galeno Lacerda, encerra verdadeira norma de sobredireito.

Acompanho Sua Excelência.

EXTRATO DA MINUTA

AC 100.770 — RJ — (Reg. n.º 5.927.714) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelantes: João Simas Mendes e União Federal. Apelados: os mesmos. Advs.: Drs. Marly Correa Villela e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, negou provimento à apelação da União Federal e deu provimento à apelação do autor, nos termos do voto do Relator. (Julg. em 30-10-87 — 1.ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Exm.º Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 101.402 — RS
(Registro nº 6.006.825)

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

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Apelante: *Refrigerantes Sul Riograndense S/A Indústria e Comércio*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. André Luis Niederauer Silveiro e outro (apte)*

EMENTA: Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Apuração de lucro tributável. Obrigações contraídas em moeda nacional. Correção monetária.

I — Para efeito de determinar-se o lucro real das pessoas jurídicas, considera-se como juros, quanto às obrigações contraídas em moeda nacional sujeitas à correção monetária, a parte desta que exceder aos índices de variação da ORTN. Aplicação do inciso XIII da Portaria nº 195, de 31-7-72, do Ministro da Fazenda.

II — *Apelação provida.*

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1987 (data de julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 266-268):

«Segundo a inicial, a autora, que industrializa refrigerantes com a marca Pepsi Cola, teve contra si representação de grupo econômico engarrafador de produto concorrente perante o CADE, resultando em busca e apreensão no Juízo Criminal, ação cível de perdas e danos, fiscalização de tributos federais, ICM, INPS e cópia publicação de matérias pagas na imprensa local. Assim, foi a demandante auditada pela fiscalização de tributos federais que, após dois meses de exame, lavrou auto respectivo capitulando 10 infrações diferentes re-

lativas a imposto sobre a renda. No processo administrativo, em primeira instância julgadas improcedentes quatro imputações e, em 2º grau, mais outras três, restando três, ou seja: a) — valores referentes à quebra de garrafas garantidas por caução e emprestadas com responsabilidade, no total de Cr\$ 1.418.222,00; b) — quantias computadas como despesas de propaganda, que se referem a pagamentos por «Concessão onerosa de exclusividade de vendas», na cifra de Cr\$ 360.470,60; c) — lucro tributável com alegada dedução indevida de prejuízos, no quantum de Cr\$ 641.289,00 (originariamente o importe era bem maior), tudo somando Cr\$ 2.419.981,60, ao qual, aplicada a tributação na alíquota de 30%, resultou imposto de renda na ordem de Cr\$ 725.992,00 sobre cujo valor fiscal pretende multa de 50% e mais correção monetária. Depositando o montante, quer, agora, a acionante anular os lançamentos respectivos e, via de consequência, os encargos calculados sobre os mesmos. Quanto ao primeiro item, a autora alega e traz documentos, que o cálculo das quebras não abrange as garrafas com responsabilidade de indenização, e quanto ao vasilhame sob caução, a sistemática adotada é de ordem a só abranger a parcela excedente à caução, razão pela qual deseja perícia contábil. No tocante ao segundo aspecto a Receita Federal não é competente para punir a petionária por práticas monopolistas. Além disso, essas práticas não se constituem um fato gerador do imposto sobre a renda. Em terceiro, o órgão federal competente para decidir sobre a existência ou não de monopólio, o CADE, recebendo igual denúncia feita contra a suplicante, declarou que a exclusividade prevista nos contratos não se constitui monopólio, consoante prova inclusa. No atinente ao último ângulo, de as bonificações desatenderem às condições gerais da dedutibilidade das despesas (necessidade e normalidade), os pagamentos são feitos a entidades adquirentes de refrigerantes, configurando desconto dado aos compradores, pois inexistindo preço mínimo, lícito ao vendedor propiciar ao adquirente a diminuição que ajustar, incorrendo infringência a qualquer dispositivo da legislação do imposto sobre a renda. Mais, foi atuada por dedução de correção monetária em empréstimo feito por instituições não financeiras. A Fazenda quer tributar também a parcela inferior aos coeficientes, sob o argumento de que o emprestador é uma empresa privada, o que não pode prevalecer consoante disposto na Portaria nº 195, do Ministro da Fazenda, item XIII. Incabível, de seu turno, a cobrança de correção monetária de débitos fiscais, conforme disciplinado na doutrina e jurisprudência. Não se admite, igualmente, a incidência de multa sobre o imposto corrigido, pena de, burlando a lei, alcançar o Fisco um agravamento da pena. Ao final, requer a decretação da anulação dos débitos de Cr\$ 119.295,00 (ex. 70); Cr\$ 139.716,00 (ex. 71); Cr\$ 180.684,00 (ex. 72); Cr\$ 649.293,00 (ex. 73), com respectivos acréscimos e encargos, cujo importe global corrigido foi depositado em ORTN na Repartição de Origem (fls. 2/39).

Contestando, a União Federal aceita perícia, quanto ao primeiro argumento; no segundo, também necessária perícia, mas bem classificados os contratos como uma «concessão onerosa de exclusividade de vendas»; no empréstimo contraído pela autora junto à Pepsi Cola Refrigerantes Ltda. onde se ajustou a cláusula de correção monetária, a quantia paga a tal título deve ser vista como juros e, em decorrência, tributável. Veja-se que a Pepsi Cola Refrigerantes Ltda. não é organismo autorizado a fornecer empréstimos, onde a cláusula de correção monetária possa ser ajustada; descabida, finalmente, a não incidência de correção monetária, quer do imposto, quer da multa. Espera a improcedência do pedido (fls. 43/46).

Manifesta-se a postulante (fls. 48/51). Anexadas cópias do processo administrativo (fls. 53/164). Realiza-se perícia (fls. 202/261). O assistente técnico da autora acompanha o laudo do vistor judicial (fls. 262). Não há oposição ao julgamento da lide (fls. 263 verso/264 verso)».

O Dr. Osvaldo Moacir Alvarez, MM Juiz Federal no Rio Grande do Sul, julgou a ação procedente, em parte, assim concluindo a sentença (fls. 271):

«Isto posto, julgo procedente, em parte, esta ação ordinária movida por Refrigerantes Sul Riograndense S.A. — Ind. e Comércio contra a União Federal para tão-só excluir os valores referentes à quebra de garrafas garantidas por caução e emprestadas com responsabilidade, bem como as quantias computadas como despesas de propaganda, que se referem a pagamentos por concessão onerosa de exclusividade de vendas», mantendo, quanto ao resto, a imposição fiscal. Sendo a procedência unicamente parcial, compensam-se os honorários advocatícios, recaindo sobre a autora metade das custas judiciais. Os honorários do perito alçaram a Cr\$ 361.250,00, pagos pela autora, e que são da responsabilidade da União Federal, eis que a perícia girou praticamente sobre as questões reconhecidas a favor da acionante. O reembolso será da cifra corrigida monetariamente.

Espécie sujeita ao reexame necessário».

Apelou a autora (fls. 275-280). Insurge-se contra a sentença na parte em que admitiu fosse a correção monetária considerada a título de juros para fins de tributação. Sustenta, ainda, que, no caso, não há falar-se em sucumbência recíproca, pois decaiu de parte mínima do pedido, cabendo à ré responder, inteiramente, pelos efeitos da condenação.

Sem contra-razões (fl. 285), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença (fls. 293-296).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Imposto de renda. Pessoa jurídica. Apuração de lucro tributável. Obrigações contraídas em moeda nacional. Correção monetária.

I — Para efeito de determinar-se o lucro real das pessoas jurídicas, considera-se como juros, quanto às obrigações contraídas em moeda nacional sujeitas à correção monetária, a parte desta que exceder aos índices de variação da ORTN. Aplicação do inciso XIII da Portaria nº 195, de 31-7-72, do Ministro da Fazenda.

II — Apelação provida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao acolher, em parte, a ação, argumentou a sentença (fls. 268-271):

«Quebra de Garrafas

O laudo pericial, sem qualquer impugnação, foi específico.

Primeiramente, após análise meticulosa, o *expert*, concluiu que «a autora efetivamente, como invocou, ao proceder o cálculo da provisão para quebras exclui todas as garrafas com direito a indenização» (fls. 212/215).

Ainda, «como no caso do quesito anterior, a autora efetivamente procedeu conforme por ela alegado, isto é: só incluiu no cálculo da Provisão de Quebra de Vasilhames a parcela dos valores das garrafas que não estavam cobertas por caução, portanto os valores levados a conta de despesas são operacionais, não podendo, por tal motivo, ser glosadas pela fiscalização. Em decorrência do afirmado acima, podemos responder a segunda parte deste quesito, no sentido de que não há imposto de renda a calcular (fls. 215/221).

Despesas de Propaganda

Também, após exaustiva demonstração, o perito, ao responder a outro quesito, conclui que nos instrumentos de contrato cuja despesa foi glosada pelo fisco como «pagamentos por concessões onerosas de exclusividade de vendas», estava contratada a locação de espaço para publicidade» (fls. 221/234), adotando este Juízo as minuciosas ponderações do vistor.

Salienta o *expert*, ainda, que «ambas as partes se beneficiavam nos respectivos contratos...»

fls. 242).

Correção Monetária

Razão assiste à União Federal, neste item, como assinalado em sua peça defensiva:

«Por último, diga-se que não assiste razão à tese esposada pela Autora de que, tão-só o excedente aos coeficientes das ORTNs é que se deve ter como equiparado a juros.

A leitura de que consta, na própria peça inicial, quando reproduz o pensamento da autoridade fazendária, desfaz, de forma irresponsável, ao argumento da Autora. O previsto no item XIV da Portaria Ministerial 195/72, só incide quando: a) — a obrigação é contraída em moeda estrangeira; ou b) — com instituições financeiras devidamente autorizadas a cobrar a correção monetária.

«Ora, no caso, tratou-se de empréstimo contraído, pela Autora, junto à Pepsi Cola Refrigerantes Ltda., onde se ajustou a cláusula de correção monetária. Logo, a quantia, paga a tal título, deve ser vista como sendo efetuada a título de juros, e, por consequência, tributável.

«Por outro lado, a tributação pode atingir ao todo, uma vez que Pepsi Cola Refrigerantes Ltda., não é organismo autorizado a fornecer empréstimos, onde a cláusula de correção monetária possa ser ajustada» (fls. 45/46).

Os demais pedidos

Finalmente, incide a correção monetária sobre a multa, consoante a Súmula n.º 45, do Egrégio TFR:

«As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária».

Além disso como é pacífico, há correção monetária sobre os débitos fiscais:

«Firmou-se a jurisprudência deste Tribunal, assim como a do Pretório Excelso neste, segundo os seus mais recentes julgamentos — que a correção monetária incide não só sobre o débito relativo ao tributo, mas igualmente sobre a multa fiscal imposta. Precedentes do TFR e STF (AMS 82.686 — SP — Relator Ministro Aldir G. Passarinho — 3.º Turma — Unânime — *in* Ementário de Jurisprudência do TFR — vol. 39 — pág. 33)».

A autora objetiva, no seu recurso, a procedência total da ação ou, quando não, seja a ré responsabilizada pelos efeitos da sucumbência, por ter decaído de parte mínima do pedido.

Na parte em que acolheu a ação, o decisório monocrático é incensurável, pois se acha embasado na prova pericial.

Quanto ao tópico em que julgou a ação improcedente, dou provimento ao recurso, pois não há amparo legal para admitir-se seja a correção monetária considerada a título de juros para fins de tributação.

A propósito, o único argumento, deduzido pela autoridade fiscal e endossado pela sentença, consiste em que Pepsi Cola Refrigerantes Ltda. não é organismo autorizado a fornecer empréstimos, onde a cláusula de correção monetária possa ser ajustada.

Há muito a jurisprudência vem admitindo que a correção monetária pode ser estipulada em contrato de mútuo entre particulares. A possibilidade de tal ajuste tornou-se questão tão pacífica que o legislador, ao editar a Lei n.º 6.423, de 17 de junho de 1977, endossou tal proceder. É o que se depreende do artigo 1.º, *caput* e § 3.º, do referido diploma legal, *in verbis*:

«Art. 1.º A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária da obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN).

.....
 § 3.º Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, na vigência desta lei, de correção monetária com base em índice diverso da variação nominal da ORTN».

Portanto, se a cláusula de correção monetária em contrato de mútuo constituía, como constitui, estipulação permitida, não faz sentido a distinção feita pelo Fisco entre empréstimo feito com instituição financeira e empréstimo feito entre particulares.

De outra parte, nessa linha de raciocínio, dispôs o inciso XIII da Portaria n.º 195, de 31-7-72, do Ministro da Fazenda:

«O disposto nesta Portaria aplica-se igualmente às obrigações contraídas em moeda nacional, quando indexadas ou sujeitas a correção ou atualização monetária, considerando-se como juros a parte da correção monetária que exceder dos coeficientes de atualização das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional».

Isto posto, dou provimento à apelação, a fim de julgar a ação procedente e, em consequência, condeno a ré a pagar à autora honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado dos créditos questionados, bem como a reembolsar-lhe as custas processuais e os honorários do perito, ambos monetariamente corrigidos.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 101.402 — RS — (Reg. n.º 6.006.825) — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 2.ª Vara. Apelante: Refrigerantes Sul Rio-grandense S/A Indústria e Comércio. Apelada: União Federal. Advogados: Dr. André Luiz Niederaur Silveiro e outro (Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 26-8-87 — 4.ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.354 — SP
(Registro nº 7.193.637)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*
Remetente: *Juízo Federal de Serra Negra — SP*
Apelante: *União Federal*
Apelado: *João Marchi*
Advogados: *Drs. Jorge Salomão e outra (apdo)*

EMENTA: Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda. Execução fiscal. Excesso. Título líquido e certo.

I — Se restou devidamente comprovado, através do perito do Juízo, que parte do débito não é devido, porém, teve como devida uma diferença tributável líquida e certa, a ação deve prosseguir pelo saldo remanescente.

Precedentes.

II — Remessa ex officio e apelação parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial 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, 9 de março de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALSO SOBRAL: O MM. Juiz de Direito da Comarca de Serra Negra (SP), Dr. Marco Antonio Alves de Lima, sumariou a espécie nos seguintes termos:

«João Marchi, qualificado nos autos, em embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, visando recebimento de dívida oriunda do não pagamento do Imposto de Renda, e representada pela Certidão de Dívida Ativa, ingressou com os presentes embargos, aduzindo, em síntese, que preliminarmente ocorreu a decadência, expondo em longo arrazoado as razões de seu convencimento; alegou, ainda em preliminar, a ocorrência da prescrição, apre-

sentando suas razões às fls. 10/12. No mérito, pondera que a cobrança pretendida nestes autos deriva de auto de infração, lavrado contra a firma Indústria e Comércio de Charque e Couro Serra Negra Ltda., sob a acusação de que teria havido omissão de receita; nota-se, que se trata de presunção de omissão de receita cometida por uma pessoa jurídica, sem qualquer prova de que tenha efetivamente ocorrido aquela infração e muito menos qualquer indício que possa demonstrar a participação do embargante; ademais, não apontou o agente fiscal autuante, qualquer sinal exterior de riqueza que pudesse justificar o entendimento da ocorrência de outras receitas além das constantes da Declaração de Rendimento relativa ao exercício de 1975, ano-base 1974; a certidão de dívida ativa que instrui a presente execução fiscal é totalmente inválida, pois, faltam-lhe os requisitos essenciais da liquidez e certeza exigidos pelo art. 204 do CTN; o valor global tido como omitido pela pessoa jurídica foi na importância de Cr\$ 12.502.384,49, cujo valor foi reduzido em Cr\$ 8.393.013,25, como se vê da decisão administrativa anexa (doc. 3), permanecendo o saldo de Cr\$ 4.109.371,24; a sociedade era composta de dois sócios, atribuindo-se ao embargante 50% desse valor, isto é, Cr\$ 2.054.685,62 sobre o qual, de forma alguma, poderia incidir o Imposto de Renda na importância de Cr\$ 1.019.777,00 que corresponderia à aplicação da alíquota de 50%; conseqüentemente, a certidão de dívida ativa é ilíquida e incerta, razão pela qual, é imprestável para instruir a presente execução fiscal; por derradeiro, não há nos autos qualquer prova de que a infração atribuída à pessoa jurídica, da qual resultou o crédito tributário nesta reclamado, tenha sido julgada definitivamente, como não há nos autos, também, qualquer prova da distribuição de receita não declarada pelo embargante.

Com a inicial de embargos vieram os documentos às fls. 17/39.

A embargada ofertou sua impugnação às fls. 41/4, ponderando pela não ocorrência quer da decadência, quer da prescrição. No mérito, rechaça os argumentos do embargante, concluindo que a certidão de dívida ativa está correta e revestida de liquidez e certeza.

Saneador à fl. 51.

Às fls. 58/61 consta indicação de assistente e quesitos do embargante.

Laudo do Perito às fls. 68/89.

Laudo do Assistente do embargante às fls. 101/104.

À fl. 105 consta manifestação da embargada.

À fl. 106 foi designada audiência de conc. instrução e julgamento.

Às fls. 107/112 consta manifestação do embargante.

Termo de audiência à fl. 117.

Alegações finais da embargada à fl. 118.

Memorial da embargante às fls. 119/27.»

(Fls. 219/130).

Decidindo, o ilustre magistrado *a quo* após afastar a decadência e a prescrição, julgou procedentes os embargos e condenou a embargada nas custas processuais, honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) e verba do perito. Submeteu, ao final, seu *decisum* à apreciação desta egrégia Corte.

Inconformada, a União Federal interpôs apelação (fls. 135/136), pleiteando a reforma da sentença, sob o argumento de que a «diferença encontrada pelo perito do juízo, num levantamento complexo como o que foi feito, não deve servir de base para minar a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa».

Recebido o recurso e devidamente contra-arrazoado (fls. 138/144), subiram os autos a esta egrêgia Corte, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestado-se, às fls. 151/152, pelo provimento do recurso.

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

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. José Ribamar de Castro Viana, Procurador da República, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Flávio Degrazia, deu correta solução à controvérsia, ao assim dispor:

«A sentença apelada, que deu pela procedência dos embargos à execução, merece ser reformada pelos seguintes fundamentos:

«A R. sentença prolatada às fls. 129/133 dos autos deve ser reformada, uma vez que está distanciada da realidade dos autos.

A apelante ajuizou execução fiscal, cobrando do apelado Cr\$ 1.019.777,00, débito referente ao imposto de renda.

Embargada a execução, o apelado levantou preliminares de decadência e prescrição, que foram afastadas na sentença.

Entretanto, no mérito, o MM. Juiz *a quo*, acolheu o pedido, dando pela procedência dos embargos, alegando que a dívida cobrada era ilíquida e incerta, conforme certidão de dívida ativa que instruiu o pedido de execução.

Valeu-se de um laudo pericial para chegar a esta conclusão, porque constou da perícia contábil realizada uma diferença de Cr\$ 7.565,81 (fl. 86).

Ora, esta diferença encontrada pelo «Perito do Juízo», num levantamento complexo como o que foi feito, não deve servir de base para minar a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa. Aliás, o risco que se está correndo desta decisão para frente é enorme, posto que, a permanecer este entendimento, toda a vez que o perito judicial localizar alguma diferença, a execução deverá ser julgada improcedente.

O caso dos autos espelha bem o problema. Num levantamento difícil, chegou-se à conclusão que existia uma diferença de Cr\$ 7.565,81 (de Cr\$ 1.027.342,81, para Cr\$ 1.019.777,00) e a execução foi julgada improcedente.

Excelências, o perito não disse em momento algum que o débito cobrado *era indevido*, ao contrário, afirmou o débito existente por parte do apelado e por isso, no máximo, o MM. Juiz *a quo* deveria ter julgado parcialmente procedente a execução.

A dívida, inquestionavelmente, estava regularmente inscrita e o perito confirmou o débito.

Dai, a julgar improcedente a execução por falta de certeza e liquidez, existe uma grande diferença.

Seria o mesmo que, ajuizada execução de nota promissória no valor de Cr\$ 1.000.000,00, ao embargar, o embargante alegasse que devia apenas Cr\$ 999.000,00 e o Juiz, então, julgasse improcedente a execução por falta de certeza e liquidez da dívida (?).

O precedente é perigoso demais, além de ilegal. Além disto, cumpre considerar a complexidade do levantamento feito nesta ação» (fls. 135 a 136).

Pelo provimento da apelação para julgar improcedentes os embargos» (fls. 151/152).

Tenho como incensurável o parecer supratranscrito.

Com efeito, o ilustre magistrado ao constatar a existência de uma diferença tributável deveria prosseguir a execução pelo saldo remanescente, abatendo-se o principal à diferença encontrada, mesmo porque, em momento algum, o perito do juízo afirmou que a dívida executada era indevida, pelo contrário, ratificou que havia débito por parte do apelado a menor.

Aliás, esta egrégia Corte já se manifestou sobre a matéria, quando do julgamento da Remessa *Ex Officio* nº 80.298-SP, em 2-2-83, 4ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, unânime, *DJ* de 3-3-83, cujo aresto ficou assim ementado:

«EMENTA: — Processual Civil. Excesso de execução. Título líquido e certo.

I — Se a prova colhida demonstra que parte do débito não é devida, restando, todavia, como devida, quantia líquida, resolve-se a questão com a procedência parcial dos embargos do devedor.»

II — Decisório da instância inferior confirmado.»

Com estas considerações, dou parcial provimento à remessa *ex officio* e à apelação, para que o débito seja exigido do apelado, excluída a parcela encontrada pelo perito oficial.

Havendo sucumbência recíproca, devem ser os honorários repartidos pelas partes em litígio, e o apelado ressarcido, pela União, em 50% das custas expendidas.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 102.354 — SP — (Reg. nº 7.193.637) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal de Serra Negra — SP. Apte.: União Federal. Apdo.: João Marchi. Advs.: Drs. Jorge Salomão e outra (apdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator. (Em 9-3-87 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 103.657 — PR
(Registro nº 7.209.240)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Apelante: *Fama Industrial S/A*

Apelada: *Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB*

Advogados: *Drs. Rosângela Khater e outros (apte) e Ivonete T. Rosa e outros (apda)*

EMENTA: Tributário. Débito fiscal. Multa. SUNAB.

I — Cabe ao Estado Administração fixar, observados os limites legais, multa ao infrator, prevalecendo, in casu, o critério de conveniência e oportunidade da Administração.

II — As especificações de produtos colocados à venda objetivam facilitar a fiscalização da SUNAB, obedecidos os requisitos postos pela Portaria Super nº 03/79, os quais visam a que as especificações sejam aferidas de plano, sem laboriosas cogitações, pena de inibir a Administração no exercício do seu munus.

III — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, 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 março de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de apelação proposta por Fama Industrial S.A. inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, que julgou improcedente a ação declaratória anulatória de débito fiscal proposta contra a Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB.

Em suas razões a apelante alega, em síntese, que o ilustre magistrado *a quo*, ao proferir o *decisum*, não se fundou nas provas dos autos e que a multa que lhe foi aplicada deveria ser reduzida para o limite legal.

Recebido o recurso e devidamente contra-arrazoado (fls. 283/287), subiram os autos a esta egrégia Corte, vindo-me conclusos por distribuição.

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

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O ilustre magistrado de primeira instância, assim decidiu a controvérsia:

«Primeiramente, cumpre observar que o Judiciário é competente para anular autuações e eximir o autuado do pagamento de multas, sempre que a Administração haja exorbitado.

E, dentro do princípio de quem pode mais, pode o menos, parece-me evidente que o Estado-Juiz tem poder jurisdicional e competência suficientes para reduzir multas, aplicadas acima do máximo legal.

Contudo, a Administração possui competência exclusiva para fixar multa, desde que o faça *dentro dos limites legais*. Nesse caso, há de prevalecer o critério de *conveniência e de oportunidade* e o respeito ao princípio da harmonia entre os três Poderes.

Data venia, é nesse sentido que deve ser interpretado o venerando aresto colacionado às fls. 46/7.

Transposta a questão da competência, observo que as especificações, exigidas pelas Portarias Super 03/79 e 02/80, tem uma finalidade: *facilitar a fiscalização, implementada pelos fiscais da SUNAB*.

E, como é de clareza meridiana, a utilização de códigos, do *exclusivo conhecimento da autora*, obsta os objetivos das normas em questão.

Na realidade, o procedimento da autora, utilizando-se de códigos, torna inócuas as regras administrativas acima mencionadas.

Com efeito, não pode o particular impor restrições à atividade Administrativa. É claro que a autora não pode constringer a Administração Pública a utilizar de códigos, senhas e de outros elementos complicativos, a fim de ter acesso às especificações exigidas por norma administrativa válida.

Ao contrário, as tais especificações devem ser aferíveis de plano, sem laboriosas cogitações, sob pena de se impor o interesse particular contra a conveniência pública.

Ante o exposto, com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente a ação ordinária movida por *Fama Industrial S/A* contra a *Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB* —, pelo que autorizo o levantamento do depósito, em favor do réu. A parte sucumbente arcará com o pagamento de honorários de advogado, os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa» (fls. 269/270).

Incensurável a douta sentença monocrática, a qual adoto como razão de decidir, posto que embasada na prova dos autos e na norma legal que rege a espécie, não me recendo, destarte, qualquer censura.

Isto posto, nego provimento à apelação, para manter a respeitável sentença pelos seus jurídicos fundamentos

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 103.657 — PR — (Reg. nº 7.209.240) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: Fama Industrial S/A. Apda.: Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB. Advs.: Drs. Rosângela Khater e outros (Apte) e Ivonete T. Rosa e outros (Apda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 9-3-87 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.900 — GO
(Registro nº 7.228.236)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelante: *Labibi João Atihê e cônjuge*

Apelados: *Dejair Carlos Carvalho e cônjuge*

Advogados: *Drs. Benedicto de Matheus e outros, Antônio Villas Boas e outros e Henrique Fonseca de Araújo*

EMENTA: Civil e Processual Civil. Ação de usucapião. Interesse da Caixa Econômica Federal.

Evidenciado o interesse da CEF em ação de usucapião, para a aquisição do domínio de terras a ela hipotecadas e já penhoradas, em processo de execução que a mesma move ao devedor, anula-se o processo que desenvolve perante a Justiça Estadual, para determinar a remessa dos autos à Justiça Federal e a citação da citada empresa pública, para deduzir o seu interesse na causa, assumindo a posição que o mesmo lhe ditar.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, anular o processo *ab initio* e determinar a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância, 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, 2 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Labibi João Atihê e sua mulher apelam de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Formosa, que julgou procedente ação de usucapião movida por Dejair Carlos Carvalho e sua mulher, declarando o domínio dos mesmos sobre a gleba de terra no imóvel Santo Antônio das Palmeiras, dentro dos limites mencionados na inicial.

Recebida e processada a apelação, os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que declinou de sua competência para este Tribunal, por estar o imóvel em questão gravado com hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal.

A Egrégia 1ª Seção deste Tribunal, em 12 de março de 1986, apreciando Mandado de Segurança impetrado pelo ora apelante, contra a decisão do MM. Juiz da 1ª Vara de Formosa, que afirmou sua competência para processar e julgar o feito, decidiu que a circunstância de haver hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal não desloca a competência para a Justiça Federal, denegando a segurança.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): É certo o interesse da Caixa Econômica Federal na causa, para a qual não fora citada, nela somente vindo a ingressar quando já julgada a ação e, posteriormente, perante o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, para arguir a incompetência absoluta do Juízo que a apreciou.

Efetivamente, a empresa pública federal, na qualidade de credora de empresa em nome da qual se acha transcrito o imóvel objeto da ação, ou parte dele, com garantia hipotecária e já com execução em andamento, com o aludido imóvel sob penhora, deveria ter sido citada para a aludida ação de usucapião, de modo a poder manifestar o seu interesse na dita causa, o qual somente poderia ser apreciada por Juiz Federal.

Em que pesem dúvidas, de natureza doutrinária, sobre a questão da seqüela, que orna a hipoteca, quando se trate de aquisição do domínio por usucapião, a manifestação de interesse, formulada pela empresa credora hipotecária, em discutir a permanência do vínculo hipotecário e, pois, do direito de seqüela, assim como de assegurar a execução já iniciada e fazer subsistente a penhora das terras que se quer usucapir, acarreta o deslocamento da competência para o desate da causa no Juízo Federal.

Isto posto, voto no sentido de anular o processo e determinar que sejam remetidos os autos à Justiça Federal, devendo a parte autora promover a citação da Caixa Econômica Federal, em prazo que lhe for assinado, afim de que a empresa pública possa deduzir o seu interesse, assumindo a posição que o mesmo lhe ditar.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 104.900 — GO — (Reg. nº 7.228.236) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Apte.: Labibi João Atihê e cônjuge. Apdos.: Dejair Carlos Carvalho e cônjuge. Advs.: Drs. Benedicto de Matheus e outros — Antônio Villas Boas e outros e Henrique Fonseca de Araújo.

Decisão: A Turma, à unanimidade, anulou o processo *ab initio* e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª Instância, nos termos do voto do Relator. (Em 2-10-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Carlos Thibau votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.913 — SP
(Registro nº 6.639.070)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Apelantes: *Gazeta Mercantil S/A Editora Jornalística e outros*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. José Carlos Graça Wagner e outros*

EMENTA: FINSOCIAL. Medida cautelar. Processo principal. Mandado de segurança. Compatibilidade. CPC, art. 806.

I — A disposição constante do artigo 806, do CPC, prescreve que «cabe à parte propor a ação» referindo-se à ação principal, entretanto, não há e nem existe outra disposição legal que diga quais as ações principais que poderiam ser propostas pelos demandantes.

II — A expressão mencionada nesse dispositivo tem como «ação principal» aquela onde se possa discutir o mérito da questão posta em discussão, aquela que permite às partes venham discutir em todos os seus termos a pretensão jurídica pretendida, a questão de direito.

III — As ações principais, portanto, genericamente, podem ser de ritos ordinários, sumário, sumaríssimo, ou qualquer outro especial desde que se possa discutir a questão de direito ou as preliminares que lhe dizem respeito e a ação principal pode ser até a de execução — RT 488/142.

IV — Existe compatibilidade entre a medida cautelar inominada, para os efeitos dos depósitos, e o mandado de segurança como ação principal para a discussão do direito ou não à imunidade pleiteada.

V — Provimento 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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Gazeta Mercantil S/A Editora Jornalística e outros propuseram medida cautelar nominada contra a União Federal, argumentando que as editoras e distribuidoras de livros e editoras de jornais são imunes a impostos federais, estaduais e municipais, a teor do disposto no artigo 19, inciso II, letra d, da Constituição Federal, e, apesar dessa imunidade, estão recolhendo o FINSOCIAL.

Diz que no mesmo sentido, a egrégia 5ª Turma decidiu declarar a imunidade das editoras à contribuição do FINSOCIAL, citando a REO 100.619-SP, Relator o Sr. Min. Sebastião Reis.

As autoras pretendendo obter a decretação judicial de imunidade do FINSOCIAL, onde viriam a discutir a questão, com a presente medida pretenderam fazer o depósito em Juízo fundadas em justo receio de que assim não o fazendo os valores poderiam ser objeto de exigência fiscal.

A liminar foi deferida — fls. 82 — e os depósitos efetuados em Juízo.

O MM. Juiz *a quo* às fls. 106/107, proferiu a sentença extinguindo o processo ao fundamento de que as autoras não propuseram a ação própria no prazo de 30 dias e concluindo que o mandado de segurança não é a via adequada.

As autoras apelaram argumentando que (*sic*) «ação principal é aquela em que o mérito jurídico do pedido — da proteção jurídica pretendida — possa ser examinado e decidido, em que a questão de direito ou as preliminares que lhe dizem respeito possam ser dirimidas».

Aduzem na apelação que o mandado de segurança não é medida própria para assegurar o depósito de valores em discussão, que a liminar no *mandamus* tem o efeito apenas de sustar um ato ilegal.

Diz que o depósito voluntário tem o efeito de suspender a exigência fiscal (CTN, art. 151) e dá-se para fins de discutir um direito violado, que o depósito fica vinculado ao resultado da apreciação definitiva do direito em ação capaz de dirimir a contenda.

A União Federal nas contra-razões sustenta que a questão não se apresenta simples e que em hipóteses tais a cautelar vem acompanhada de processo de conhecimento, citando Galeno Lacerda.

A apelada em seu parecer faz análise da medida cautelar e do mandado de segurança, e que neste pode-se fazer depósito como o do pedido.

Finaliza que, caso seja restabelecida a liminar, não acarretará em nenhum prejuízo à União.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu pronunciamento, disse que a questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, nos RREE 103.778-DF e 105.340-DF e que se dispensa em formular parecer no sentido de reforçar os recursos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão cinge-se em saber se o mandado de segurança pode ser a ação principal indicada na medida cautelar inominada, a fim de atender ao artigo 806, do CPC.

Esse artigo ao prescrever que «cabe à parte propor a ação», sem dúvida, refere-se à ação principal, e no Código de Processo Civil não há e nem existe outra disposição que diga quais as ações principais que poderão ser propostas pelos demandantes.

Entendo, como alguns doutrinadores, que o preceito daquele artigo quer significar ação principal onde se possa discutir o mérito da questão posta em discussão, aquela

que permite às partes venham discutir em todos os seus termos a pretensão jurídica pretendida, a questão de direito.

As ações principais, portanto, genericamente, podem ser de ritos ordinários, sumário, sumaríssimo ou qualquer outro especial desde que se possa discutir a questão de direito ou as preliminares que lhe dizem respeito. A ação principal pode ser até a de execução — RT 488/142.

Como conseqüência, se o Código não discriminou quais as ações principais que as partes podem se utilizar, igualmente, não vou dizê-las. Admito todas aquelas onde se possa discutir o mérito da questão de direito.

Ora, no caso, as apelantes ao usarem da ação principal se valeram do mandado de segurança para discutirem o seu direito, aliás, o pedido é matéria puramente de direito e independente de prova de fato.

Não há dúvidas de «que a medida liminar em mandado de segurança, como em outras medidas judiciais que admitem, têm natureza cautelar.»

Quanto à compatibilidade da medida cautelar e o mandado de segurança, Galeno Lacerda, em sua obra «Comentários ao Código de Processo Civil», Ed. Forense, V, VIII, tomo I, à pág. 68, diz:

«Medida cautelar e mandado de segurança — O problema do relacionamento da providência cautelar com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe não resta a menor dúvida, haja vista a natureza essencialmente cautelar das liminares próprias do mandado.»

Noutra parte, assevera o ilustre autor quanto às semelhanças e distinções das duas ações — página 186 — nestes termos:

«O mandado de segurança constitui meio processual expedito de exercício de ação principal, dirigido contra a autoridade, e não contra a pessoa jurídica a que esta serve, embora a coisa julgada vincule o ente público (referimo-nos aos casos diretos, sem delegação de poderes). Pressupõe a existência de direito líquido e certo, documentalmente comprovado.

A ação comum ou especial cabível não exige, a priori, a liquidez e certeza do direito, mas representa, também, meio principal de tutela, dirigido não mais contra a autoridade, e sim contra a pessoa jurídica pública.

Por sua vez, entre mandado de segurança e ação cautelar se registram, por igual, semelhanças e distinções.

Têm de comum a possibilidade de liminar, e a do mandado de segurança assume nítida feição de cautela, ou seja, de resguardo imediato e provisório mediante suspensão do ato (art. 7º, II, da Lei nº 1533). Mesmo aqui, porém, ocorrem diferenças: A liminar na segurança se reveste de caráter imperativo para o Juiz («ao despachar a inicial o Juiz ordenará» — art. 7º), «quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida» (inciso II, citado), isto é, em caso de *periculum in mora*, condição também da ação cautelar. Para o exercício desta, contudo, não se requer a liquidez e certeza, bastando a mera aparência do direito, nem o Juiz está vinculado à concessão obrigatória da liminar, se existentes os requisitos que a importam no mandado. Além da justificação prévia, poderá exigir a contracautela prevista no artigo 804. Em outras palavras, a liminar na ação cautelar pertence à discricão do Juiz, discricão nem sempre possível na do mandado de segurança.

Além disto, considerando-se que a ação cautelar funciona como processo dependente da demanda principal, deverá ser proposta, a exemplo desta, contra a pessoa jurídica e não contra a autoridade que a integra, ao contrário do que sucede com o *writ* constitucional.»

Por maior elastério que se dê ao mandado de segurança, não vislumbro a possibilidade de, através de liminar, assegurar depósito de valores em discussão, mas sim sustar ato reputado ilegal para evitar perecimento de um direito.

Evidentemente, se as partes se utilizarem do mandado de segurança, necessariamente, teriam que se utilizar de medida cautelar incidente para efetuarem os depósitos vencíveis mês a mês, na forma e como previsto no Regimento Interno do Tribunal — artigo 302.

O presente caso, dada à configuração sobeja do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, foi admitida a liminar para garantir às apelantes o depósito dos recolhimentos em Juízo, conferindo efeito suspensivo à exigência fiscal — art. 151, do CTN — para que discutam na ação principal o direito à imunidade do FINSOCIAL.

Essa questão de direito, questão principal, já foi discutida diversas vezes no Tribunal, via mandado de segurança — REO 100.619-SP, bem como outros precedentes da lavra dos eminentes Ministros Geraldo Sobral e Carlos Velloso.

Por isso, também, admito a compatibilidade entre a medida cautelar inonimada, para os efeitos dos depósitos, e o mandado de segurança como ação principal para a discussão do direito à imunidade, além de que a União, à fl. 178, em seu parecer afirma não sofrer prejuízo com a cautelar proposta pelas apelantes.

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação das autoras para reformar a r. sentença e confirmar a liminar de fl. 82, e determino a baixa dos autos para que o MM. Juiz *a quo* julgue como entender de direito a ação principal em apenso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 104.913 — SP — (Reg 6.639.070) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Aptes.: Gazeta Mercantil S/A Editora Jornalística e outros. Apda.: União Federal. Advts.: Drs. José Carlos Graça Wagner e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 8-9-86 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.260 — SP
(Registro nº 6.426.875)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelante: *Cláudio de Souza*

Apelado: *IAPAS/BNH*

Advogados: *Drs. Nely Vancho Panovich e Luciano Ferreira Neto*

EMENTA: Execução fiscal. Dívida já paga.

A penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil restringe-se ao campo do direito privado e exige, para a sua cominação, má-fé da parte do credor.

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, 31 de março de 1986 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Cláudio de Souza opôs embargos à execução fiscal que lhe moveu o IAPAS, para cobrança da quantia de Cr\$ 223.048,00 e acréscimos, relativa a contribuições para o FGTS.

Alegou que o débito fora pago dez anos antes do ajuizamento da execução e pediu a aplicação da sanção prevista no art. 1.531 do Código Civil.

O Dr. Juiz Federal da 6ª Vara de São Paulo, com fundamento no art. 794 do Código de Processo Civil, julgou extinto o processo, condenando a exequente nas custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da execução (fls. 50/51).

Apelou a embargante, dizendo da inaplicabilidade à hipótese do art. 794 do Código de Processo Civil e insistindo em pedir a condenação do embargado na penalidade do art. 1.531 do Código Civil.

Contra-razões à fl. 58.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): O caso não seria de extinção da execução, a teor do art. 794 do CPC, mas de procedência parcial dos embargos, eis que a dívida foi paga antes do ajuizamento da execução.

Esse desvio, porém, é irrelevante, porquanto conduziu ao mesmo resultado — condenação do exequente ao reembolso das custas e em honorários advocatícios — e não trouxe prejuízos para o embargante.

A cominação prevista no art. 1.531 do Código Civil para quem cobra dívida já paga só se aplica no âmbito das relações de direito privado, não se estendendo às relações de direito público. Ademais, como ressalta Washington de Barros Monteiro, «sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina a referida penalidade» («Direito das Obrigações», 2ª parte, Saraiva, 5ª ed., pág. 432).

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 105.260 — SP — (Reg. n.º 6.426.875) — Rel.: Sr. Min. Torreão Braz. Apte: Cláudio de Souza. Apdo: IAPAS/BNH. Advs.: Drs. Nely Vancho Panovich e Luciano Ferreira Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 31-3-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.371 — RJ
(Registro nº 4.381.017)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Aracy Antunes Peixoto*

Advogados: *Drs. Iza Ornellas Martins e outro (apda)*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Inclusão no Plano de Classificação de Cargos da Lei nº 5.645/70.

I — Constituindo a clientela originária para a transposição à categoria de Técnico em Radiologia, nos termos do Decreto nº 72.950/77, não poderia o ocupante do cargo de Operador de Raios X, na sistemática da Lei nº 3.780, ser incluído no novo Plano, na categoria de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, com evidente prejuízo funcional e pecuniário.

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, 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, 27 de outubro de 1987 (data do julgamento).

O presente acórdão deixa de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão por motivo de aposentadoria (art. 89, § 2º, do RITFR).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Por bem resumir a espécie, adoto o relatório do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República:

«Funcionária aposentada do Ministério da Justiça insurge-se contra a classificação em que foi posicionada por ocasião de ser implantada no novo Plano de Cargos, derivado da Lei nº 5.645, de 10-12-70, visto não, se conformar com a inclusão de seu cargo de Operador de Raios X na categoria de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, já que deveria ter sido transportado para a de Técnico em Radiologia.

A r. sentença de fls. 103/109 decretou a procedência do pedido, ao fundamento de não se justificar o procedimento administrativo, na espécie, pois a interessada dispunha de todos os requisitos para a transposição pleiteada e que inicialmente a própria repartição reconheceu, não valendo o argumento de haverem sido suprimidos os serviços radiológicos, naquele órgão.

Irresignada, apelou a União, insistindo na regularidade da classificação impugnada pela servidora.»

Em sua parte opinativa, o parecer é pela manutenção da r. sentença recorrida.

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Inclusão no Plano de Classificação de Cargos da Lei nº 5.645/70.

I — Constituindo a clientela originária para a transposição à categoria de Técnico em Radiologia, nos termos do Decreto nº 72.950/77, não poderia o ocupante do cargo de Operador de Raios X, na sistemática da Lei nº 3.780, ser incluído no novo Plano, na categoria de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, com evidente prejuízo funcional e pecuniário.

II — Apelação a que se nega provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A r. sentença recorrida deu adequação desate à controvérsia, como demonstra o bem-lançado parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, no seguinte passo:

«Com efeito, sob a égide do Plano de Classificação da Lei nº 3.780, de 12-7-60, a funcionária ocupava o cargo de Operador de Raios X, que, a teor do Decreto nº 72.950, de 17-10-73, art. 5º, inciso III, constituía a clientela originária para a transposição à categoria de Técnico em Radiologia, no novo Plano da Lei nº 5.645/70.

De conseguinte, em face da extinção dos serviços de radiologia na mencionada repartição, incorrendo a correspondente lotação, cumpria à Administração redistribuir a servidora para outro órgão, ou até colocá-la em disponibilidade, porém jamais promover autêntica diminuição funcional e pecuniária, tal como sucedeu, no caso.»

Nessas condições, Senhor Presidente, nego provimento à apelação. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.371 — RJ — (Reg. nº 4.381.017) — Rel.: O Sr. Min. Costa Leite. Ap. te.: União Federal. Apda.: Aracy Antunes Peixoto. Advs.: Drs. Iza Ornellas Martins e outro (Apda).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (1ª Turma — 27-10-87).

Os Srs. Mins. Dias Trindade e Lauro Leitão votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.778 — AL
(Registro nº 7.255.241)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *Manoel Custódio de Melo*

Apelado: *Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA*

Ag. Retido: *Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA*

Advogados: *Antônio Sebastião da Silva e outros e João Teixeira Cavalcante Filho*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Servidor do Instituto do Açúcar e do Alcool, ocupante do cargo de Artífice de Eletricidade e Comunicações. Desvio de função. Enquadramento na categoria de Agente Administrativo. Impossibilidade.

1. Ainda que a sede do IAA esteja localizada no Rio de Janeiro, nada impede que, a teor do art. 100, inciso IV, letra b, do CPC, seja demandada no local onde mantenha Superintendência Regional, em se tratando de controvérsia relativa a funcionários públicos.

2. O desvio funcional, porque expressamente proibido, não enseja a mudança de categoria funcional.

3. Agravo retido desprovido.

4. Recurso parcialmente provido, para reduzir a verba da sucumbência.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, negar provimento ao agravo retido de fl. 24 e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo do autor, 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 maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: A matéria foi assim relatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas:

«Manoel Custódio de Melo, qualificado na exordial, por procuradores bastantes, moveu Ação Ordinária contra o Instituto do Açúcar e do Alcool, Superintendência Regional em Alagoas, com endereço nesta cidade, alegando, em síntese, o seguinte:

a) fora admitido pelo R., em 1-7-60, no cargo de Mecânico Operador, exercendo as suas funções na Destilaria Central de Alagoas, até 7-7-75, quando fora removido para a Superintendência de Armazéns e Embarques, atualmente denominada Divisão Regional de Exportação, onde desempenhou as funções de Agente Administrativo, até julho de 1983;

b) nada obstante, alegando imposições das Leis nº 5.645/70 e 6.781/80, o R. reclassificou o A., rebaixando-o para a função de Agente de Eletricidade e Comunicação — NM 1027 — Ref. 08, que não se compadece com a função anterior e que ainda vem exercendo, pois nada entende de eletricidade;

c) fracassadas todas as tentativas, pela via administrativa, com amparo nas documentações que colecionara, pretende lhe seja assegurado o direito ao efetivo enquadramento ou integração na função de Agente Administrativo, assim como o pagamento das conseqüentes diferenças salariais e os respectivos reflexos pecuniários, referente a todo período em que passou a perceber a remuneração inferior, em conseqüência do que denominou de equivocado enquadramento funcional.

De conseqüência, requereu a citação do R., para responder aos termos da presente ação, pena de confesso, para que a ação fosse julgada procedente, reconhecendo-se-lhe o pedido, condenando, mais, o R. nas cominações de lei.

Deu à causa o valor de Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros) e juntou os documentos de fls. 04 ut 06.

Feito contado e preparado (fls. 08/09).

Citado o réu (fl. 10), veio a contestação, em que sustentou, resumidamente:

a) preliminarmente, incompetência absoluta, com base no art. 100, IV, letra a do CPC;

b) ainda preliminarmente, vício da citação, porque de acordo com a Portaria nº 129, de 24-6-65, e com base no que determina o seu art. 158 cabe ao Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool representar o Instituto, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele;

c) quanto ao mérito, o A. fora originariamente admitido nos quadros do R., como Mecânico Operador;

d) de acordo com o disposto no art. 2º do Decreto nº 76.894, de 23-12-75, que trata do Novo Plano de Classificação de Cargos — NPCC, do IAA, o A. foi incluído no Quadro Suplementar do R., ainda como Mecânico Operador, nível 8-A, de acordo com a antiga sistemática de classificação de cargo — Lei nº 3.780/60, na forma do disposto no art. 14, da Lei nº 5.645/70;

e) posteriormente, como sucedesse novo enquadramento, com base no art. 1º da Lei nº 6.781/80, foi o cargo de Mecânico Operador, então ocupado pelo A., aglutinado, de acordo com o estabelecido no art. 3º da mesma lei, para compor a categoria funcional de Artífice de Eletricidade e Comunicações, art. 703, do Grupo Artesanato, art. 700 de que trata o Decreto nº 72.336/73, em categoria funcional que guardava a mesma correlação com a ocupada anteriormente pelo A.;

f) finalmente, por Portaria nº 36/81, publicada no *DO* da União de 18-2-81, foi o A. enquadrado no NPCC — Lei nº 5.645/70 — com efeito de ordem financeira a partir de 20-5-80, na categoria funcional em que se encontrava — Artífice de Eletricidade e Comunicações, art. 703, classe Artífice, referência NM — 7, na forma da Portaria do DASP nº 56/81, publicada no *DOU* de 21-1-81;

g) em arrimo das alegações, transcreveu decisão jurisprudencial do Egrégio TFR, no MS nº 82.120-AL, publicada no *DJU* de 1-7-80.

De conseqüência, requereu fossem acatadas as preliminares ou, se não as fossem, julgasse improcedente a ação, condenando-se o A. nos ônus de sucumbência.

Réplica às fls. 17/19, em que o A. rebate as preliminares e, no mérito, ratifica os argumentos da inicial, reiterando os pedidos.

Saneador à fl. 23, afastando as preliminares levantadas e indeferindo a prova testemunhal requerida pelo A. aos argumentos ali expendidos.

Houve agravo retido do A., constante de fl. 24, acompanhado de memoriais.

Não havendo provas outras a serem produzidas, considerei a causa inserta no art. 330, I, do CPC, pelo que me vieram conclusos para sentença.

É o relatório.» (fls. 28/33)

Decidindo, julgou improcedente a ação, condenando o autor nas verbas da sucumbência.

Irresignado, recorreu o acionante pleiteando a integral reforma do julgado, ao argumento de que restou provado o exercício, de fato, das funções de Agente Administrativo, tendo, em conseqüência, direito ao enquadramento nessa Categoria, com os consectários daí decorrentes (fls. 41/44).

Contra-razões às fls. 47/51, preliminarmente, pela apreciação do agravo retido de fl. 24. No mérito, pela confirmação da sentença.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição. Pauta, dispensada a revisão nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

Relatei.

EMENTA: Administrativo e processual civil. Servidor do Instituto do Açúcar e do Alcool, ocupante do cargo de Artífice de Eletricidade e Comunicações. Desvio de função. Enquadramento na categoria de Agente Administrativo. Impossibilidade.

1. Ainda que a sede do IAA esteja localizada no Rio de Janeiro, nada impede que, a teor do art. 100, inciso IV, letra b, do CPC, seja demandada no local onde mantenha Superintendência Regional, em se tratando de controvérsia relativa a funcionários públicos.

2. O desvio funcional, porque expressamente proibido, não enseja a mudança de Categoria Funcional.

3. Agravo retido desprovido.

4. Recurso parcialmente provido, para reduzir a verba da sucumbência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Ao dar pela improcedência do pleito, assim se expressou o ilustre julgador de 1º grau:

«1. Cifra-se a questão à pretensão do A. de se lhe reconhecer o enquadramento na função de Agente Administrativo, em lugar da de Agente de Eletricidade e Comunicação — NM 1027 — Ref. 8, sob a alegação de que exercia e continua exercendo as funções de 'Agente Administrativo'.

2. O A. junta, como elementos probatórios de sua alegação, as declarações de fls. 5 e 6, que dão conta de que exercia, realmente, as funções de Agente Administrativo.

3. Ocorre que a classificação do A. tem amparo no art. 14, parágrafo único da Lei nº 5.645, de 10-12-1970, que estabelece, *in verbis*:

Art. 14. O atual Plano de Classificação de Cargos do Serviço Civil do Poder Executivo, a que se refere a Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960 e legislação posterior, é considerado extinto, observadas as disposições desta lei.'

'Parágrafo único. À medida que for sendo implantado o novo Plano, os cargos remanescentes de cada categoria, classificados conforme o sistema de que trata este artigo, passarão a integrar Quadros Suplementares e, sem prejuízo das promoções e acesso que couberem, serão suprimidos, quando vagarem' (grifei).

4. O art. 1º da Lei nº 6.781, de 19 de maio de 1980, que *dispõe sobre o enquadramento dos servidores remanescentes da implantação do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, soa in verbis*.

'Art. 1º. Os atuais servidores pertencentes a quadros ou tabelas suplementares dos órgãos da Administração Federal direta e de suas autarquias serão enquadrados, mediante transposição ou transformação dos cargos ou empregos que ocupavam em 31 de outubro de 1974, observadas as exigências de habilitação profissional, nas mesmas condições em que foram posicionados os servidores de igual situação funcional, nos quadros ou tabelas permanentes dos respectivos órgãos e autarquias.'

5. O seu § 4º é explícito:

'§ 4º. O funcionário será enquadrado com o cargo que ocupe em decorrência de nomeação por acesso ou readaptação verificada no período compreendido entre 31 de outubro de 1974 e a data da publicação desta Lei' (grifei).

6. Ora, o A. em 31 de outubro de 1974, ocupava o cargo de Mecânico Operador, para o qual fora admitido em 1-7-60, exercendo tais funções na Destilaria Central de Alagoas, até 7-7-75, como confessa na peça vestibular (fl. 02).

7. Em consequência, fora incluído no Quadro Suplementar do R., no mesmo cargo de Mecânico Operador, nível 8-A, na antiga sistemática da classificação de cargo da Lei nº 3.780/60, ex vi do art. 14 da Lei nº 5.645/70.

8. Porém, com o advento da Lei nº 6.781/80, o cargo de Mecânico Operador que o A. ocupava foi aglutinado para compor a categoria funcional de Artífice de Eletricidade e Comunicações, ART 703, do Grupo Artesanato, art. 700.

9. Como tal aglutinação se dera com fundamento no art. 3º do supra-mencionado diploma legal, improcede a alegação do A. de que o enquadramento não guarda relação com as funções que ocupara, se obedeceu ao cargo em que se encontrava posicionado e ao que dispunha o mencionado dispositivo, *verbis*:

«Art. 3º. Na hipótese de as atribuições inerentes ao cargo ou emprego não guardarem correlação com as das categorias funcionais integrantes dos Grupos criados na conformidade da Lei nº 5.645, de 1970, considerar-se-á, para efeito de indicação dessas categorias, o cargo compatível com as atividades, o nível de responsabilidade e de complexidade e com o grau de escolaridade exigidos para seu desempenho.»

10. Ademais, as próprias declarações juntadas pelo A. ressaltam que era ele ocupante do cargo de Mecânico Operador e excedente do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645/70 (cf. fls. 5/6).

11. Logo, inteiramente improcedente que se queira exigir classificação diversa, com base em possível desvio de função, se exsurge dos autos que o enquadramento se dera em obediência estrita aos dispositivos legais, que versam sobre a ocupação de cargos.

III — Conclusão:

12. Por tudo o exposto, julgo improcedente a presente ação e condeno o A. ao pagamento das custas judiciais e à indenização da verba advocatícia, que fixo em 15% do valor da causa.» (Fls. 33/37).

Preliminarmente, desacolho o agravo retido.

Com efeito, insurge-se o Instituto do Açúcar e do Alcool contra a decisão que rejeitou a exceção declinatória do foro, onde pretendia ver julgada a ação na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, onde mantém sua sede.

Contudo, como bem referido pelo julgador de 1º grau, nada impedia fosse a ação ajuizada no Estado de Alagoas, já que o Instituto mantém, naquele Estado, Superintendência regional, incidente, de consequência, a regra do art. 100, inciso IV, letra b, do CPC.

A hipótese aqui versada é em tudo semelhante ao que ocorre com as instituições do SINPAS, que tem sede no Rio de Janeiro, mas nem por isso devem ser demandadas exclusivamente nesse Estado.

Confira-se, a propósito, os dizeres da Súmula nº 204 deste Tribunal:

«O fato de a Lei nº 6.439, de 1977, que instituiu o SINPAS dizer que as entidades da Previdência Social têm sede e foro no Distrito Federal, podendo, provisoriamente, funcionar no Rio de Janeiro, não importa em que as ações contra elas interpostas devam ser necessariamente ajuizadas nesta última cidade.»

Lembro, também, recentes julgados desta Turma acerca do mesmo tema, envolvendo o DNER, onde decidimos aplicar, por analogia, os dizeres da Súmula referida à hipótese então questionada.

Nesse sentido o voto que proferi no AI nº 52.479-DF, onde me reporto a aresto relatado pelo eminente Ministro William Patterson (AI nº 52.328-DF).

Superada a preliminar, analiso o mérito.

E este, também, no principal, restou muito bem analisado pelo magistrado-sentenciante.

Deveras, insiste o apelante que por estar desviado de função, teria direito de ser enquadrado na Categoria de Agente Administrativo.

Isto, porém, não é possível.

Esta Corte, em mais de uma assentada, tem afirmado a impossibilidade de se alterar a Categoria Funcional do servidor pelo fato de estar ele desviado de suas funções.

É que referido desvio é expressamente proibido por lei.

Veja-se o que dispõem os arts. 6º e 7º da Lei nº 3.780/60, mantidos na atual sistemática de Classificação de Cargos:

«Art. 6º. As atribuições, responsabilidades e demais características pertinentes a cada classe serão especificadas em regulamento.

Parágrafo único. As especificações de classes compreenderão, para cada classe, além de outros, os seguintes elementos: denominação, código, descrição sintética das atribuições e responsabilidades, exemplos típicos de tarefas, características especiais, qualificações exigidas, forma de recrutamento, linhas de promoção e de acesso.

Art. 47. Após a implantação do novo sistema de classificação, respeitadas as exceções previstas nesta lei, será responsabilizado o Chefe de Serviço, sob pena de demissão, ou destituição da função, que conferir a qualquer servidor atribuição diversa da pertinente à classe a que pertence. Em caso algum poderá tal fato acarretar a reclassificação do funcionário ou sua readaptação, determinará apenas a correção da irregularidade, mediante retorno do funcionário às atribuições do seu cargo.»

Assim, também, está posta a jurisprudência deste Tribunal:

«Funcionário Público. Desempenho de atribuições diversas do cargo. Vencimentos.

— O exercício de atividades não inerentes ao cargo legalmente investido, não assegura ao funcionário, por si só, o direito à percepção dos vencimentos correspondentes e nem o respectivo enquadramento nas funções desempenhadas.

— Sentença mantida.» (AC nº 85.952-CE, Rel. Ministro Flaquer Scartezini).

Também apreciei tema semelhante por ocasião do julgamento da AC nº 96.634-DF, estando a ementa, no que interessa, assim concebida:

«.....

2. O desvio funcional, visto que proibido por lei, na atual sistemática de Classificação de Cargos, não enseja o direito à mudança de Categoria Funcional.

.....»(Julg. em 18-11-86)

Diante do exposto, ainda que considerado o desvio funcional, tal fato não enseja a mudança de Categoria Funcional, senão a correção da irregularidade mediante retorno do servidor às funções em que legalmente investido, por força da aplicação do Plano de Classificação de Cargos, cuja regular aplicação restou bem demonstrada na sentença hostilizada.

Dou parcial provimento ao recurso tão-somente para reduzir a verba advocatícia para 5% sobre o valor da causa, em razão da singeleza do pleito, desacolhido o agravo retido.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.778 — AL — (Reg. nº 7.255.241) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: Manoel Custódio de Melo. Apdo.: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. Ag. Retido: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA. Advogados: Antônio Sebastião da Silva e outros e João Teixeira Cavalcante Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, negou provimento ao agravo retido de fls. 24 e, no mérito, deu parcial provimento ao apelo do autor. (Em 29-5-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 109.938 — MG
(Registro nº 7.856.660)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Apelante: *Elaine Andrade Landim*

Apelado: *INPS*

Advogados: *Drs. Aida Fernandes Lisboa e outros, Marília Alves Dias e outros*

EMENTA: Previdência Social e Processo Civil. Pensão. Filha de ex-ferroviário. Presunção de veracidade.

1. No caso do art. 319 do Código de Processo Civil, trata-se de presunção apenas relativa.

2. A pensão da Lei nº 3.373/58 só é devida à filha solteira e maior se o ex-ferroviário não perdeu a condição de funcionário público.

Precedentes.

Apelação improvida.

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, 16 de setembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Como fundamento, para pedir a pensão da Lei nº 3.373/58, art. 5º, parágrafo único, aduziu Elaine Andrade Landim, brasileira e solteira: «1º) Que seu pai falecido *Sebastião de Souza Landim Sobrinho*, era ferroviário, tendo sido contribuinte obrigatório do IAPFESP, fundido com o INPS pelo Decreto nº 72 de 21-11-66;» (fl. 02).

Não teve êxito, conforme sentença do Juiz Federal João Batista de Oliveira Rocha:

«15. No mérito, porém, a ação não procede.

16. Com efeito, verifica-se dos documentos juntados pela Rede Ferroviária Federal que o pai da Autora *não era funcionário público*, mas sim ser-

vidor amparado pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, empregado sob o regime trabalhista (fls. 28/33). Dessa forma, a Autora não se beneficia da pensão temporária, instituída apenas para as filhas de funcionário público federal, nos termos das Leis nºs 3.373/58 e 4.259/63.»

Apelou Elaine e respondeu o Instituto.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quer o apelo que se aplique o efeito da revelia, ao fundamento de que o réu não contestou no tempo certo a ação. Do ponto não cuidou a sentença e nem a interessada pediu declaração. Ainda que procedente a alegação de contestação fora de tempo, é sabido que a presunção de veracidade é tão-só relativa: «A revelia não implica em presunção absoluta dos fatos alegados, mas sim à relativa», RTJ-115, pág. 1227. Em sendo dessa forma, não vejo, no caso, pelo que se lê da sentença, afronta ao art. 319 do Cód. Pr. Civil, que a apelante invoca à fl. 71.

No mais, põe-se a sentença de acordo com a orientação atual deste Tribunal. Ao limitar-me assim aos precedentes, para desacolher o apelo, peço licença para transcrever o voto proferido pelo Senhor Ministro José Dantas, na AC 102.962, de Minas Gerais, em sessão de 18-3-86:

«É que, na realidade, a pensão em causa, de referência à filha solteira maior de 21 anos, somente se permite às filhas dos funcionários públicos, consoante a expressa letra da Lei nº 3.373/58, art. 5º, parágrafo único.

É bem verdade que os precedentes lembrados pela apelante, colacionados apenas pelas respectivas ementas, podem dar a entender a generalização do benefício, apurado em função da simples contribuição previdenciária. Mas, para argumentar, se assim tenham dito, na realidade, hoje já não é essa orientação do Tribunal, a exemplo do que explicitamente se contém no acórdão desta Turma, invocado pelo apelante, e o recentíssimo acórdão da Eg. 2ª Turma, na AC nº 103.113, Rel. Ministro Costa Lima, *in DJ* de 6-3-86.»

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 109.938 — MG — (Reg. nº 7.856.660) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves. Apelante: Elaine Andrade Landim. Apelado: INPS. Advogados: Drs. Aida Fernandes Lisboa e outros, Marília Alves Dias e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 16-9-86 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.557 — SP
(Registro nº 7.877.927)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *INPS*

Apelada: *Aracy Guimarães dos Santos*

Advogados: *Drs. Valentim Aparecido da Cunha e Carlos Roberto Micelli*

EMENTA: Previdenciário. Tempo de serviço. Prova. Requisitos.

1. Extinto o contrato de trabalho, prescreve em dois anos o direito de pleitear a anotação da CTPS.
2. Reclamação trabalhista proposta em 1982, relativa a contrato de trabalho que teria sido resolvido em 1959, não é meio válido para provar tempo de serviço, especialmente se nenhuma prova material abona a pretensão e já estava prescrito o direito de reclamar a anotação.
3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INPS, irredimido com a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Substituto da 1ª Vara da Comarca de Araraquara — SP, Dr. Antonio Sérgio Reis de Azevedo que, nos autos da ação de contagem recíproca de tempo de serviço, ajuizada por Aracy Guimarães dos Santos, reconheceu o tempo de serviço prestado à empresa «Pedro Marão», como empregada doméstica, no período de 9 de julho de 1948 a 2 de novembro de 1959, condenando-o a expedir, em 30 dias a competente certidão de tempo de serviço, acrescida das verbas da sucumbência.

Nas suas razões, diz o Instituto que se houve com desacerto o magistrado-sentenciante, vez que escorou-se em decisão da Justiça do Trabalho, determinando a

anotação da CTPS, quando já prescrito o direito, não tendo, assim, qualquer validade. Além do que, a prova exclusivamente testemunhal não se presta à comprovação do exercício da atividade laborativa. Cita jurisprudência deste Tribunal e culmina por pedir a improcedência do pedido (fls. 47/50).

Contra-razões às fls. 52/59, pelo desprovimento do apelo.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição, incluídos em pauta.

Relatei.

EMENTA: Previdenciário. Tempo de serviço. Prova. Requisitos.

1. Extinto o contrato de trabalho, prescreve em dois anos o direito de pleitear a anotação da CTPS.
2. Reclamação trabalhista proposta em 1982, relativa a contrato de trabalho que teria sido resolvido em 1959, não é meio válido para provar tempo de serviço, especialmente se nenhuma prova material abona a pretensão e já estava prescrito o direito de reclamar a anotação.
3. Recurso provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): A requerente, segundo afirma, teria prestado serviços, como doméstica, no período de 9-7-48 a 2-11-59 para a empresa Pedro Marão.

Para comprovar a existência do exercício de tal atividade, ajuizou, em 1982, reclamação trabalhista perante a Junta de Conciliação e Julgamento de Araraquara-SP, onde houve conciliação das partes, procedendo o reclamado à anotação da CTPS, nas funções de «prendas domésticas».

É evidente a desvalia de tais anotações.

Como reiteradamente tem entendido esta Turma, procedida a anotação após decorrido o prazo prescricional para ensejar o direito a tal anotação, que é de dois anos, não há como, no particular, admitir-se como válida tal prova.

Além disso, a expressão «prendas domésticas», segundo o entendimento popular do termo, significa dona-de-casa, esposa, etc., não empregada doméstica.

Assim é que consta das Certidões de Nascimento das filhas da requerente como sendo «prendas domésticas» e atividade da mesma.

Não produziu a apelada qualquer outra prova, ainda que precária, acerca da existência de tal vínculo. Imprestável, ainda, a prova testemunhal, como reiteradamente tem entendido esta Turma.

Desse modo, assentando-se o juízo de convencimento em prova exclusivamente da testemunha — já que desvaliosa a anotação determinada pela Justiça do Trabalho, quando já prescrito todo e qualquer direito —, não há como deferir-se o pleito.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 111.557 — SP — (Reg. nº 7.877.927) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: INPS. Apelada: Aracy Guimarães dos Santos. Advogados: Drs. Valentim Aparecido da Cunha e Carlos Roberto Micelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 10-4-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.243 — SP
(Registro nº 2.364.840)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.244 — SP
(Registro nº 4.234.669)

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

Apelante: *Airton Lyra Francolin*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Celso Alves Feitosa e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Depósitos bancários. Súmula nº 182 — TFR.

I — O sinal exterior de riqueza — os depósitos bancários que evidenciariam a renda auferida ou consumida pelo contribuinte — deve ser o marco inicial da investigação do fisco, e não o objetivo final. Impossibilidade de a tributação incidir simplesmente sobre os depósitos bancários.

II — No caso, a prova pericial comprovou o desacerto do fisco, ao esclarecer que os depósitos, num quantum superior a sua metade, foram justificados.

III — Recursos providos.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Airton Lyra Francolin propôs ação anulatória de débito fiscal em setembro de 1980 e, em junho de 1981, ajuizou embargos à execução fiscal que lhe move a União Federal, com o objetivo de eximir-se do pagamento de imposto de renda correspondente aos exercícios de 1971 a 1975, anos-

base de 1970 a 1974, por ter, segundo assertiva do Fisco, omitido rendimentos em suas declarações, representados por depósitos bancários de origem não comprovada.

A sentença de fl. 89, da lavra da ilustre Juíza Federal, Lúcia Valle Figueiredo, decidindo os embargos, julgou-os improcedentes e determinou fosse trasladada para aqueles autos a sentença proferida na ação anulatória, também julgada improcedente. O *decisum* condenou o embargante no pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

A sentença proferida nos autos da ação anulatória (fls. 2668/2672) julgou-a improcedente e condenou o autor no pagamento das custas e em 15% de verba honorária incidente sobre o valor da causa e dos honorários do assistente técnico da ré, que arbitrou em dois terços dos honorários pagos ao perito judicial, com a devida atualização. Argumentou ter sido decisivo para o deslinde da lide as respostas dadas pelo perito judicial aos quesitos de n.ºs 6 a 14 da ré, que transcreveu. Salientou que restou provado nos autos a omissão de rendimentos. Além da existência de outros quesitos elucidativos, «os depoimentos das testemunhas, que vieram a Juízo, são vagos, imprecisos, soltos no espaço». Se os depósitos bancários podem corresponder, no máximo, à presunção *juris tantum*, argumentou a sentença, caberia ao autor o ônus de elidir tal presunção. No procedimento administrativo foi-lhe facultada a produção de prova nesse sentido, enquanto que, em Juízo, foi-lhe aberta a possibilidade da apresentação de quesitos suplementares e o perito judicial esteve presente em audiência. Observou que o autor tentou impugnar o laudo crítico, mas o fez em hora inoportuna, deixando de utilizar os recursos do art. 138, III, do CPC. Concluiu a sentença que o parecer do prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, trazido aos autos pelo autor, não serve de supedâneo ao caso sob exame.

Inconformado, apela o autor (fls. 2674/2700 da AC 113.243 e 91/125 da AC 113.244). Sustenta, em síntese:

a) que a sentença recorrida julgou contra a prova dos autos, pois, ao contrário do que ela afirmou, o apelante levantou os seus depósitos bancários nos diversos bancos em que possuía conta; conciliou-os com recebimentos de valores entregues por terceiros para pagamentos de impostos, taxas, contribuições; juntou guias de pagamentos de despesas em nomes de seus clientes; anexou declarações atestando as suas afirmações; incluiu nos autos as cópias de cheques emitidos; fez prova testemunhal, etc.;

b) que a sentença ignorou por completo o laudo suplementar do perito judicial;

c) que o laudo crítico do assistente técnico do apelante (fls. 2.203/2.219) não deixa margem a dúvidas sobre as falhas existentes no laudo oficial, conforme trechos que transcreve;

d) que se o laudo oficial afirma ter encontrado uma diferença nos anos-bases de 1972/1973 de Cr\$ 4.656.890,90 e se a sentença se valeu dele para julgar, jamais poderia concluir pela cobrança de Cr\$ 9.695.188,26;

e) que as testemunhas confirmaram que o apelante recebia dinheiro e cheques de suas firmas para, em nome delas, fazer pagamentos diversos, inclusive de impostos;

f) que a falta de comprovação de sinais exteriores de riqueza e acréscimo patrimonial, ao contrário do que entendeu a sentença, faz prova a favor do apelante;

g) que o fisco não negou ter o apelante exercido as profissões de advogado e contador na cidade de Conchas-SP, movimentando em suas contas bancárias valores de terceiros;

h) que inexistente previsão legal específica para a tributação de depósitos bancários.

Sem resposta, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 132/134, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Registre-se, preliminarmente, que são duas as apelações que resolveremos, neste voto, conforme ficou esclarecido no relatório.

Isto posto, passemos ao exame dos recursos.

Quando do julgamento da AC nº 97.023-MG, por mim relatada, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. Imposto de Renda. Depósitos bancários. Decreto 58.400/66, art. 55, e. Decreto 76.186/75, art. 39, e. Súmula nº 182-TFR.

I — O sinal exterior de riqueza — os depósitos bancários que evidenciam a renda auferida ou consumida pelo contribuinte — deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, e não o objetivo final. Impossibilidade da tributação incidir simplesmente sobre os depósitos bancários.

II — Jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 182-TFR.

III — Recurso desprovido.»

No meu voto, disse eu:

«A douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 1532/1535, da lavra do Procurador Carlos Eduardo Moreira Alves, com aprovação do Subprocurador-Geral, Arthur de Castilho, assim deslindou a controvérsia:

«1. Portando certidões de dívida ativa regularmente inscritas em nome de Joaquim dos Santos Martins, a Fazenda Nacional ajuizou-lhe ação de execução fiscal, objetivando ao recebimento do imposto sobre a renda relativa aos exercícios financeiros de 1973, 1974 e 1975, no importe de Cr\$ 4.410.523,00 (quatro milhões, quatrocentos e dez mil, quinhentos e vinte e três cruzeiros).

2. Apresentados, tempestivamente, os embargos do devedor — onde se sustenta que a exigência fiscal se lastreia em simples presunção, e que os depósitos bancários, em si mesmos, não constituem fato gerador de imposto sobre a renda — foram os mesmos acolhidos, conforme sentença de fls. 1.506-1.511, sob a invocação de que a prova pericial produzida demonstra suficientemente que os valores movimentados em conta corrente do contribuinte não espelhavam a realidade de sua situação econômica, como também afirma que o aumento patrimonial no período apurado foi compatível com a força da disponibilidade financeira declarada.

3. Interposto recurso voluntário limitou-se a recorrente a dizer que não se conformando com a decisão de primeira instância, dela apelava ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, nos termos dos artigos 496, Inciso I, 499 e 188, do Código de Processo Civil, e que posteriormente, seriam apresentadas as razões de fato e de direito, o que, efetivamente, não se verificou.

4. Estabelecendo o artigo 514, incisos II e III, do Diploma Processual Civil, que a petição de apelação conterà os fundamentos de fato e de direito, assim como o pedido de uma nova decisão, decorre que a fundamentação do apelo e o pedido reformador são requisitos essenciais à sua admissibilidade, tanto mais porque é da primeira que se possibilita ao recorrido e ao próprio Tribunal Superior o conhecimento de quais as razões efetivamente postas pelo recorrente como base de sua pretensão, resultando segundo os próprios limites de atuação da instância revisional.

5. Ausentes, pois, os requisitos de admissibilidade recursal, somos, preliminarmente, contrários ao conhecimento do apelo voluntário.

6. Em sede de reexame necessário, a que alude o artigo 475, incisos II e III, do Código de Processo Civil, pensamos deva ser confirmada a respeitável decisão originária.

7. Vimos sustentando, reiteradamente, perante este Eg. Tribunal, que o que prevalece, na moderna sistemática fiscal, e ao abrigo do artigo 9º da Lei nº 4.729, de 1965, é a legitimidade da ação fiscal sobre os sinais exteriores de riqueza — e os depósitos bancários incompatíveis com a capacidade financeira do contribuinte neles se enquadra —, desde que não justificada, satisfatoriamente, a origem do numerário.

8. Prevalece, no entanto, no âmbito desta Corte, o entendimento de que os depósitos bancários em conta do contribuinte, se desacompanhados de outros elementos de convicção, em especial da prova do efetivo acréscimo patrimonial, não autorizam o lançamento suplementar que neles se baseiam.

9. Atentos a essa orientação, jurisprudencial, aliada à circunstância de que, no caso concreto, a prova pericial produzida foi taxativa quanto à compatibilidade do acréscimo patrimonial do contribuinte, no período apurado, com a força da disponibilidade declarada, e mais, que os valores registrados em conta corrente não representaram a realidade econômica do contribuinte, opinamos contrariamente ao conhecimento do recurso voluntário, assim como contrariamente ao provimento do recurso oficial.»

.....
(fls. 1532/1535)

Correto o parecer.

Na REO nº 78.948-SP, por mim relatada, decidiu a Eg. 4ª Turma:

«Tributário. Imposto de Renda. Depósitos bancários. Decreto nº 58.400/66, art. 55, e; Decreto 76.186/75, art. 39, e.

I — O sinal exterior de riqueza — os depósitos bancários que evidenciam a renda auferida ou consumida pelo contribuinte — deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, e não o objetivo final. Impossibilidade da tributação incidir simplesmente sobre os depósitos bancários.

II — Embargos do devedor julgados procedentes. Remessa *ex officio* desprovida» (DJ, 15-12-83).

No meu voto, disse eu:

«Na AC nº 41.984-RJ, de que fui relator, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. Imposto de Renda. Lançamento *ex officio*. Depósitos bancários. Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 58.400, de 1966, art. 198.

I — Lançamento *ex officio*, feito por arbitramento, que se embasa apenas em extratos bancários, ou em depósitos bancários. Sua ilegitimidade. É que o lançamento assim feito, com base apenas em depósitos bancários, tomando-se a estes como receita bruta, viola o disposto no artigo 198, do RIR, Decreto nº 58.400/66.

II — Recurso desprovido.»

Sustentei, no meu voto, que não se pode emprestar visos de legitimidade a um lançamento *ex officio* que se embasa apenas em extratos de contas bancárias, ou em depósitos bancários. Invoquei, na oportunidade, o decidido pela Egrégia 2ª Turma, no AMS 28.991-SP, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, que hoje ilustra a Corte Suprema:

«Imposto de Renda. Lançamento *ex officio*. É processo de arbitramento, que não pode limitar-se a tomar como rendimentos a soma dos depósitos bancários efetuados pelo contribuinte no exercício em causa» (DJ, 27-4-1970).

A 4ª Câmara, do 1º Conselho de Contribuintes, no Recurso nº 28.853, em julgamento de 24-10-77, Relator o Conselheiro Paulo de Barros Carvalho, eminente professor da PUC-SP, decidiu:

«

Depósitos bancários, de origem não comprovada, embora possam ser tomados como sinais exteriores de riqueza, não caracterizam rendimento tributável na cédula «H». A formulação incompleta do art. 55, letra e, do Decreto nº 76.186/75, não prevê a percentagem que deve ser aplicada à base ou suporte, para efeito do arbitramento a que alude. Este elemento não pode ficar ao talante da administração. Provido o recurso.»

No Recurso 31.936, a mesma 4ª Câmara, do 1º Conselho de Contribuintes, Relator o douto Conselheiro Paulo de Barros Carvalho, reiterou o entendimento.

Em verdade, os dispositivos regulamentares mencionados — art. 55, e, do Decreto 58.400/66, ou art. 39, e, do Decreto nº 76.186, de 1975 — não prevêem uma percentagem ou alíquota a ser utilizada no arbitramento.

O entendimento, pois, do Conselheiro Paulo de Barros Carvalho, exposto nos acórdãos acima mencionados, parece-me correto.

O que deve ficar claro, é que o sinal exterior de riqueza — os depósitos bancários, que evidenciariam a renda auferida ou consumida pelo contribuinte — deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, com vistas a comprovar que o contribuinte teve o seu patrimônio aumentado sem a necessária declaração dos rendimentos. O que não é possível é aceitar aquilo que deve ser o *início* da investigação como sendo o objetivo final. Noutras palavras, não é possível acolher o procedimento do Fisco, que, diante dos depósitos bancários, tem como finda a investigação e faz incidir a tributação sobre tais depósitos. O ponto inaugural do procedimento fiscal acaba se transformando no objetivo final, o que não é admissível.

Na AC nº 60.977-SP, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, a 5ª Turma decidiu:

«Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Depósitos bancários.

No particular do debate, a jurisprudência deste Tribunal se mostra casuística, dominando o princípio geral de que os cheques bancários, enquanto tais, em si e por si mesmos, não configuram renda, embora possam construir suporte válido para inferência de rendimentos omitidos, quando a prova for concludente nesse sentido.

No caso concreto, ao que se recolhe da prova dos autos e das premissas e conclusões da douda sentença recorrida, o critério de base de cálculo adotado pelo órgão lançador se mostra precário e distorsivo, não podendo, assim, ser erigido em método válido para fins de tributação.

Negou-se provimento à remessa oficial.»

No mesmo sentido a 5ª Turma decidiu na REO nº 60.083-PR, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis.

Do exposto, confirmo a sentença.»

A questão, a esta altura, pacificou-se na jurisprudência do Egrégio TFR, que editou a Súmula nº 182, a dizer que «é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários».

Do exposto, nego provimento ao apelo.»

Ficou claro, então, que, em casos como este, o sinal exterior de riqueza — os depósitos bancários, que evidenciariam a renda auferida ou consumida pelo contribuinte — deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, com vistas a comprovar que o contribuinte teve o seu patrimônio aumentado sem a necessária declaração dos rendimentos, não sendo possível aceitar-se aquilo que deve ser o *início* da investigação como sendo o seu ato final. Noutras palavras, não é possível acolher o procedimento do Fisco, que, diante dos depósitos bancários, tem como finda a investigação e faz incidir a tributação sobre tais depósitos. Se o procedimento do Fisco fosse aceito, o ponto inaugural do procedimento fiscal acabaria se transformando no ato final, o que não é admissível.

Assim, posta a questão, verifica-se que os recursos devem ser providos.

É que a sentença baseou-se no laudo do perito, para concluir pela improcedência da ação anulatória e dos embargos à execução.

O laudo, todavia, ao que penso, com a vênia da douta e ilustre Juíza, não autoriza concluir pela manutenção do lançamento.

Com efeito.

Afirma o perito que «não foram suficientes as alegações das pessoas ouvidas para explicar a origem de todos os valores líquidos depositados.» E mais: «quanto aos cheques que, às fls. 333/853, o Autor atribui a terceiros, verificou-se o seguinte, após as entrevistas e diligências documentadas às folhas 858/1169 do processo administrativo:» (segue-se, então, relação de nomes e de números, o que está transcrito na sentença). Ao concluir, entretanto, o Sr. Perito ratifica ou confirma grande parte das alegações do Autor. Da importância maior de Cr\$ 14.673.516,91, confirmou-se o *quantum* de Cr\$ 13.321.822,28, ficando a descoberto apenas a importância de Cr\$ 1.351.694,63 (v. sentença, fl. 93).

Diz o perito, conforme transcrito na sentença:

«Vê-se pelo quadro acima que restaram valores não confirmados pelas pessoas indicadas pelo Autor. Outrossim, conforme discriminativo de fls. 863 do Processo Administrativo, nem todas as alegações de diferenças de soma e de estorno de débitos eram procedentes. Após entrevistas e diligências, do total de depósitos inicialmente tomados pelo Fisco (fls. 222 do Processo Administrativo), que foi de Cr\$ 24.198.089,83 estes valores caíram para Cr\$ 9.695.183,26 (fl. 860, item 6), ou seja, uma redução de 60%.»

Então, cai por terra o lançamento.

De fato.

Considerados os depósitos ou extratos bancários como *marco inicial* da investigação fiscal, certo que o *quantum* total desses depósitos foi da ordem de Cr\$ 24.198.089,83, apenas Cr\$ 9.695.183,26 é que teriam ficado a descoberto. Mais da metade do total dos depósitos, pois, restaram justificados pela perícia. Sendo assim, vale repetir o que acima ficou dito, cai por terra o lançamento, esboroa-se a presunção de certeza e liquidez do crédito fiscal inscrito.

Aqui, é caso, pois, de aplicação da Súmula nº 182-TFR, a dizer que «é ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários». Porque aqui tomou-se o início da investigação — os depósitos ou os extratos — como ato final, lavrando-se, de pronto, o lançamento. A perícia, entretanto, comprovou o desacerto do Fisco, ao esclarecer que os depósitos, num *quantum* superior a sua metade, foram justificados.

Do exposto, dou provimento aos recursos, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC 113.244 — SP — (Reg. n.º 4.234.669) — AC 113.243 — SP (Reg. n.º 2.364.840) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Apte.: Airton Lyra Francolin. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Celso Alves Feitosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Em 24-6-87 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.497 — SP
(Registro nº 7.931.670)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelantes: *Clinica Maia de Neuro-Psiquiatria S.A.*

Apelado: *IAPAS/BNH*

Recurso Adesivo: *IAPAS/BNH (fl. 139)*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando Amorim Robortella e outros e Valdelice Izaura dos Santos e outro*

EMENTA: Processual Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor.

É defeso ao Juiz, de ofício, extinguir o processo com base no art. 267, III, do CPC. Ademais, antes da extinção, deve o Juiz mandar intimar pessoalmente a parte para suprir a falta em 48 horas.

Apelação provida. Recurso adesivo prejudicado.

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 julgar prejudicado o recurso adesivo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de embargos à execução fiscal promovida pelo IAPAS contra a Clínica Maia de Neuro-Psiquiatria S.A., para cobrança de contribuições devidas ao FGTS, o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Distrital de Taboão da Serra-SP julgou extinto o processo, com arrimo no art. 267, III, do CPC, condenando a embargante nas custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do débito (fl. 129).

Apelou a embargante, com as razões de fls. 131/137, aduzindo que não fora intimado pessoalmente para suprir a falta apontada, nos termos do § 1º do citado art. 267. Ademais, recebidos os embargos, cabe ao juiz designar audiência de instrução e julgamento ou proferir sentença, conforme prevê o art. 740 do CPC.

O embargado manifestou recurso adesivo, visando à majoração da verba honorária (fls. 140).

Contra-razões às fls. 140/141 e 144.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A extinção do processo teve por fundamento o art. 267, inciso III, do CPC, eis que a embargante abandonou a causa por mais de trinta (30) dias, sem promover a diligência que lhe competia.

Entretanto, a r. sentença apelada não pode subsistir por duas razões básicas: primeiro, porque, na hipótese configurada, antes da extinção, deve a parte ser intimada pessoalmente, juntamente com o advogado, para suprir a falta em quarenta e oito (48) horas (CPC, art. 267, § 1º), formalidade que não foi observada; segundo, porque a extinção, no caso do aludido inciso III, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, como bem anota Theotônio Negrão («Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor», RT, 14ª ed., pág. 120) e decorre da sistemática processual em vigor.

Do quanto foi exposto, dou provimento à apelação, a fim de que o feito tenha prosseguimento, prejudicado o recurso adesivo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 115.497 — SP — (Reg. nº 7.931.670) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apte.: Clínica Maia de Neuro-Psiquiatria S.A. Apdo.: IAPAS/BNH. Rec. Adesivo: IAPAS/BNH (fl. 139). Advs.: Luiz Fernando Amorim Robortella e outros e Valdelice Izaura dos Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e julgou prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do Relator. (Em 7-10-87 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.316 — DF
(Registro nº 7.942.443)

Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves

Apelante: INPS

Apelado: Creso Melo

Advogados: Drs. Therezinha de Jesus Andrade Souza e outro e Jesuito Segundo de Oliveira e outros

EMENTA: Previdência Social. Tempo de serviço. Contagem. Existindo razoável início de prova documental, amparado por ampla prova testemunhal, confirma-se a sentença que deferiu o pedido de contagem de tempo de serviço. Apelação improvida.

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, 11 de novembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Pretendendo averbar tempo de serviço, de 3-1-52 a 20-9-59, prestado, na cidade de Campo Maior, Estado do Piauí, à «Farmácia Popular Ltda.», Creso Melo, ao assim requerer, não teve êxito na esfera administrativa. Ajuizou então ação ordinária, juntando autos de justificação. Finda a instrução, o Juiz Federal João Vieira Fagundes julgou procedente o pedido, «reconhecendo existente o tempo de serviço afirmado na peça inaugural» (fl. 61). Apelou o Instituto Nacional de Previdência Social, contrariando os documentos apresentados pelo autor. Ao final, disse o apelante:

«*Ex positis*, pelas razões apresentadas, ficou esclarecido que a decisão da Apelante em indeferir o pedido de averbação de tempo de serviço do Apelado escudou-se na fragilidade da documentação apresentada como início de prova material, tendo em vista que a exclusiva prova testemunhal não é admitida, e assim sendo, confia a Apelante que essa Egrégia Turma do Tribunal Federal de Recursos reforme integralmente a Sentença recorrida, julgando improce-

dente a ação, negando a averbação de tempo de serviço requerido na Inicial...»

Contra-razões às fls. 70/73.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Em sua sentença, afirmou o Dr. Juiz:

«As testemunhas ouvidas afirmaram, com riqueza de detalhes, haver o autor trabalhado, como balconista, para a Farmácia Popular Ltda., então de propriedade do Sr. Antônio Andrade Filho, alcunhado de «Turuca», sediada em Campo Maior — PI, no período de 1952 a 1959, isso quando da Justificação Judicial.

Nesta ação, em audiência, reiteraram os termos dos depoimentos anteriormente prestados, salvo o Dr. João de Deus Torres, outrora médico naquela cidade, cuja oitiva se deu somente no decorrer desta ação. Seu depoimento é também rico e ilustrativo, atestando como certa a existência da relação empregatícia discutida.

As testemunhas inquiridas são idôneas e seus depoimentos merecem crédito.

Quanto aos documentos, o INPS alega, invocando o art. 57 do Decreto nº 83.080/79, que deve ser contemporâneo aos fatos a comprovar. Note-se contudo, que esta exigência é feita por mero decreto e não por lei.

De qualquer modo, contemporâneos à relação empregatícia ou não devo apreciar os documentos acostados dando-lhes o valor que possam merecer.

A prefeitura Municipal de Campo Maior, através do documento de fl. 15, atesta a existência da firma empregadora, naquela cidade de 1952 a 1960. Esse documento merece fé pública.

O boletim escolar de fl. 17 contém a observação de que o autor estudava no Ginásio St.º Antônio à noite, por trabalhar, na referida Farmácia, durante o dia. Esse assentamento é de autoria da Irmã Juliana, Diretora daquele Ginásio. Creio que a servidora de Deus não registrou uma inverdade.

Dona Raimunda Rodrigues de Andrade, mulher do ex-proprietário da Farmácia, através do documento de fl. 16v, elaborado pelo próprio INPS, declarou que Creso Melo, o autor, «prestava apenas serviços auxiliares, sendo, no entanto, remunerado.» Ela não quis dizer, de forma direta, que ele era empregado, certamente temendo alguma ação fiscal por parte do INPS. Mas, na declaração de fl. 13, a mesma senhora informa que o vínculo empregatício existiu.»

Qual a sentença, lendo estes autos, ficou-me a impressão de que tem razão o autor, ora apelado. Como razoável início de prova documental, cuido suficientes os documentos de fls. 13/17 e como prova oral, ponho em destaque o depoimento de fls. 54/54v, do médico João de Deus Torres, *verbis*.

«... em março de 1951, chegou em Campo Maior/PI, local em que passou a exercer a medicina. Como médico, naquela cidade, passou a frequentar a Farmácia Popular Ltda., logo que lá chegou, a qual era de propriedade de Antônio Andrade Filho. No ano de 1952, percebeu que Creso Melo passou a trabalhar naquela farmácia, atendendo no balcão e realizando serviço de rua, permanecendo naquela atividade por muitos anos, aproximadamente cinco. Em 1952 Creso Melo era ainda garoto, não podendo mencionar a idade porque ela varia de acordo com a pessoa. Depois de deixar aquele trabalho, Cre-

so trabalhou em outros locais naquela cidade, vindo depois para Brasília-DF. Naquele tempo, o INPS não fiscalizava em estabelecimentos comerciais, ou seja, sua fiscalização era precaríssima. O depoente, por exemplo, jamais foi visitado pela fiscalização do INPS, durante seus primeiros 10 (dez) anos de medicina naquela cidade. Os patrões também não costumavam assinar a carteira profissional do empregado. O autor perguntou e o depoente respondeu: Creso aviava as receitas passadas pelo depoente, entregando os remédios ao interessado, no balcão daquela farmácia e mesmo fora. O INPS não teve perguntas.»

Concluo como concluiu a sentença: «... da conjunção dos documentos com a prova oral, tenho como existente o vínculo empregatício afirmado na inicial» (fl. 61).

Portanto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 116.316 — DF — (Reg. nº 7.942.443) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves — Apelante: INPS — Apelado: Creso Melo — Advogados: Drs. Therezinha de Jesus Andrade Souza e outro e Jesuito Segundo de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Em 1-11-86 — 3ª Turma.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.899 — RS
(Registro nº 6.861.482)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelante: *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*

Apelado: *Júlio Carlos Ziegelmann*

Advogados: *Admar Barreto Neto, Luiz R. Nunes Padilha e outro*

EMENTA: Administrativo. Concurso público. Exigência de título de curso superior.

Há disposição normativa (Decreto nº 86.364/81) que supre, para a inscrição em concursos públicos, a exigência de diploma registrado, por documento que prove a conclusão do curso respectivo, restando para etapa posterior, por ocasião da nomeação dos classificados, o cumprimento integral da exigência.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento às apelações, 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 setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Subiram as apelações interpostas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul contra sentenças proferidas pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara nas ações cautelar e ação ordinária que ali propôs Júlio Carlos Ziegelmann, para remover obstáculo a sua inscrição em concurso para Professor Auxiliar do Departamento de Ciências Administrativas da dita Universidade.

As apelações foram recebidas e processadas, subindo os autos apensados.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): As apelações da Universidade, poder-se-ia dizer que perderam o objeto, uma vez que, admitida a inscrição do apelado

no concurso, realizado este, foi o postulante classificado em primeiro lugar e já nomeado para ocupar a posição almejada.

Ocorre, no entanto, que há a condenação em honorários de advogado, que é, em última análise o que a ré objetiva afastar, em seus apelos.

Sem razão, contudo, porquanto, como bem decidido nas respeitáveis sentenças apeladas, não se justificava a recusa da inscrição do autor no concurso, posto que havia obstáculo à apresentação do diploma de conclusão do curso de graduação, devidamente registrado, pois que o mesmo se encontrava em poder da própria Universidade, para o registro.

Demais disso, há disposição normativa a respeito da inexigibilidade de diploma registrado para a inscrição em concursos, suprível pela simples exibição de documento que demonstre a conclusão do curso indicado, restando, para etapa posterior, na ocasião da nomeação e da posse, o atendimento da exigência, o que, aliás, fez o autor.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento às apelações, aqui reunidas para julgamento unificado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 116.899 — RS — (Reg. nº 6.861.482) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade — Apte.: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Apdo.: Júlio Carlos Ziegelmann — Advs.: Drs. Admar Barreto Neto, Luiz R. Nunes Padilha e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento às apelações. (Em 15-9-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e José de Jesus votaram de acordo com o Relator, ausentes os Srs. Ministros Lauro Leitão e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro COSTA LEITE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 118.641 — AC
(Registro nº 7.973.047)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Apelantes: *INCRA e João Francisco Junqueira Franco e cônjuge*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Rosália Vasques Silva e outros, Luiz Saraiva Correia e Vanda Maria Ferreira Lustosa*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação para reforma agrária. Indenização. Cobertura florística.

A jurisprudência deste Tribunal, em linha de princípio, é no sentido da indenização das matas destacadas da terra nua, em razão do valor econômico autônomo daquelas.

No caso de terras da região amazônica, a regra comporta adequações, em face das condições do mercado madeireiro local e das peculiaridades da hipótese.

In casu, é de acrescentar-se à indenização arbitrada para o imóvel desapropriando a parcela de 10%, à conta de reparação pela cobertura florística.

Mantida a indenização arbitrada, quanto às benfeitorias.

Concedido o pagamento do deságio dos TDAS à taxa de depreciação de 40%.

Elevada a verba advocatícia, para 10%.

Aplicação da Súmula nº 202 — TFR.

Devidos juros compensatórios, nos termos da Súmula nº 74, desta Corte.

Pagamento em dinheiro dos juros compensatórios e de mora.

Mantido o acréscimo da indenização, a título de pasto de capim.

Correção monetária de acordo com o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86.

Deu-se provimento parcial a ambos os recursos, no tocante aos dos expropriados para mandar acrescentar ao valor do imóvel a parcela de 10%, à conta de reparação pela cobertura florística, conceder o deságio de 40%, no referente aos TDAS e majorar a honorária para 10%, e no concernente à apelação do INCRA, quanto ao critério de cálculo dos juros compensatórios e explicitação feita, no pertinente à correção monetária.

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Cuidam os autos de ação de desapropriação por interesse social proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA contra João Francisco Junqueira Franco e sua mulher, sendo objeto da questão o imóvel denominado «Fazenda Santa Quitéria» matriculado sob o nº 40 no Cartório de Registro de Imóveis em Brasília-Acre, e declarado de interesse social por Decreto nº 85.079 de 27-8-80.

Depositou o autor as importâncias de Cr\$ 6.116.389,65 (seis milhões, cento e dezesseis mil, trezentos e oitenta e nove cruzeiros e sessenta e cinco centavos) em Títulos da Dívida Agrária, mais Cr\$ 2.982,30 (dois mil novecentos e oitenta e dois cruzeiros e trinta centavos) para pagamento da terra nua, já considerada a capacidade e as riquezas naturais e aderentes ao solo.

Depositou, ainda, o autor a importância de Cr\$ 5.798.709,20 (cinco milhões, setecentos e noventa e oito mil, setecentos e nove cruzeiros e vinte centavos) para pagamento das benfeitorias.

Acompanha a inicial cópia do decreto respectivo.

O depósito foi julgado subsistente para o fim de declarar efetuado o pagamento do preço do imóvel objeto da desapropriação e ordenada a expedição de mandado de imissão de posse e de registro no Cartório Imobiliário respectivo (fl. 20).

Imitada a autora na posse conforme auto a fl. 26, em 5-2-82, efetuou-se em seu nome o registro do imóvel (certidão de fl. 27).

Citados, os réus contestaram a inicial inconformados com o preço oferecido pelo autor para pagamento da terra e das benfeitorias, sustentando, ainda, a indenizabilidade das florestas nativas, requerendo prova pericial e o levantamento dos depósitos. (fls. 35/48).

Replicou o autor sob a alegação de que efetuara depósito no valor junto para a indenização, superior ao que alcançaria o imóvel em transação normal uma vez que fica distante da capital, sem via de acesso regular totalmente isolado a maior parte do ano.

Com relação à terra nua a indenização se fez considerando-se a cobertura florística não se atribuindo valor comercial a cada árvore mas sim levando em consideração o valor do bem com seu revestimento natural. Todas as benfeitorias existentes foram indenizadas devidamente, segundo laudo antecipadamente elaborado com base em tabelas oferecidas por órgãos oficiais, entendendo descabida indenização pelas benfeitorias implantadas por posseiros que seriam os beneficiários da desapropriação e que continuariam em sua posse, não havendo assim a necessidade de pericia.

Os expropriados levantaram os valores depositados conforme se vê dos Alvarás de nºs 124 e 125 (fls. 73/74).

A pericia foi deferida à fl. 66, e nomeado o perito, facultando-se às partes indicação de assistente e apresentação de quesitos.

Expropriados e Autor indicaram assistente técnico e apresentaram quesitos (fls. 77/79 e 75/76, respectivamente).

Laudo pericial às fls. 85/97 acompanhados de documentos e laudo do assistente técnico do autor, também acompanhados de documentos (fls. 104/113).

Embora solicitado pelos réus, o pronunciamento de seu assistente técnico esse não foi intimado por não ter sido localizado no endereço fornecido.

Às fls. 145/146 o autor protesta pela apresentação de quesitos para esclarecimento do perito e assistente técnico, formulando-os sob a alegação de que o laudo apresentado pelo perito carece de credibilidade, face à irrealdade dos valores cotados para as benfeitorias.

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 149) tendo o autor apresentado quesitos para serem respondidos pelo perito, foram ouvidos o perito e o assistente técnico do autor. Nessa oportunidade as partes formularam questões que entenderam necessárias tendo, ao final os réus requerido complementação da avaliação pelo perito e assistente técnico relativamente às benfeitorias existentes na antiga sede do imóvel e às colocações que foram indenizadas por eles.

Deferida a solicitação laudos complementares foram anexados aos autos (fls. 169 e 171/174).

Manifestação dos expropriados atacando a complementação do laudo apresentado pelo assistente técnico do Autor e pedindo a substituição do assistente técnico que indicara anteriormente.

Nova audiência se realizou tendo o autor apresentado novos quesitos (fl. 190) quando foram ouvidos duas das testemunhas arroladas (fls. 192/195), tendo os réus pedido, ao final, a falta de intimação de seu assistente técnico para comparecer a audiência, pedido indeferido sob a alegação de que não apresentara na época própria o laudo respectivo.

Ao argumento de que não tinham sido respondidos os quesitos tempestivamente apresentados pelo autor, nova audiência se realizou (fls. 201/203) tendo sido ouvida uma só das testemunhas e dispensadas as demais pelo Sr. Presidente que na oportunidade determinou a intimação do assistente técnico dos réus para apresentação do laudo dentro de quinze dias o que não aconteceu por terem os réus desistido da realização da perícia.

Sem outras provas a serem produzidas as partes apresentaram os memoriais de fls. 210/222 e 225/230, respectivamente.

O MM. Juiz Federal Antônio Ivan Athié acolheu parcialmente a impugnação dos desapropriados para fixar o valor da indenização na forma e termos da decisão de fls. 236/242.

Não se conformando com a sentença de primeiro grau apelaram ambas as partes no sentido de que seja a mesma reformada nos diversos itens que indicam (fls. 245/268, autor, e réus às fls. 272/286).

Contra-arrazoado o recurso do Autor fls. 288/314, e dos réus, às fls. 320/332, foram-me os autos conclusos, quando dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): A respeitável decisão recorrida julgou procedente a ação, em parte, para fixar a indenização alusiva a terra nua, com a cobertura florística em Cz\$ 6,07 (seis cruzados e sete centavos) por hectare, adotando nesse particular o laudo do assistente técnico do INCRA, num total de Cz\$ 60.671,00 (sessenta mil, seiscentos e setenta e um cruzados) em linguagem monetária de hoje, incluídas nessa importância o valor das castanheiras e seringueiras.

Relativamente às benfeitorias o MM. Juiz *a quo* aceitou o valor encontrado pelo assistente técnico do autor — Cz\$ 17.950,58 (dezessete mil, novecentos e cinquenta cru-

zados e cinqüenta e oito centavos) conforme se vê à fl. 113 do processo, aos quais acrescentou a importância de Cz\$ 2.500,00 correspondentes aos 100 ha, de pasto formado de capim jaraguá, totalizando Cz\$ 20.450,58 (vinte mil, quatrocentos e cinqüenta cruzaos e cinqüenta e oito centavos) valor que arbitra para a indenização das benfeitorias arroladas.

Esclarece, outrossim, que do valor fixado para pagamento da terra nua e cobertura florística deverá ser deduzido o depósito feito a esse título, singularmente e o resultado sofrerá correção monetária a partir da data do laudo, novembro de 1983, até o efetivo pagamento que será feito com títulos da dívida agrária.

Os juros compensatórios, na base de 1% ao mês, serão contados até a data do laudo sobre o valor da oferta e a partir daí sobre seu valor devidamente corrigido desde a imissão na posse, 5-2-82.

O valor das benfeitorias será apurado tal qual o da terra nua e será pago em dinheiro.

Pagará, também o expropriante honorários advocatícios arbitrados em 6% sobre o valor da diferença do total da indenização e da oferta, ambas monetariamente corrigidas.

O perito já se encontra pago e os juros de mora serão contados na base de 0,5% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão respectivamente e, assim como os juros compensatórios, serão pagos em dinheiro.

Inconformado com a sentença de primeiro grau apela o autor no sentido de que seja a mesma reformada no que se refere à correção monetária da oferta inicial; pagamento dos juros compensatórios; juros compensatórios corrigidos desde a imissão na posse; juros de mora e compensatórios pagos em dinheiro, correção do valor fixado para a terra nua e benfeitorias; da data do laudo até o efetivo pagamento e aos 100 ha de pasto acrescentados no laudo complementar; aos 70 ha de matas acrescidas na sentença e o valor a ser pago pela terra nua e cobertura (fls. 245/268).

Também apelaram os réus às fls. 272 a 286, relativamente ao valor da terra nua e da cobertura florística, às estradas de seringueiros das «colocações» para, ao final, se deterem na crítica ao laudo do assistente técnico e no percentual de 6% para pagamento da honorária advocatícia a qual pede seja elevada para 10% (dez por cento) para melhor satisfazer ao critério do justo preço.

Pede, ao terminar, que se adote como laudo definidor do justo preço aquele elaborado pelo perito do juízo acrescentando-lhe verba honorária de 10% sobre a diferença entre a oferta e o valor total da indenização, mais juros de mora, compensatórios, estes calculados conforme as Súmulas deste Tribunal, considerando, ainda, pertencer ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário, nos termos da Súmula 252 desta Corte.

A questão básica posta nesta apelação foi levantada pelos expropriados, quando pretendem que se adotem *in casu*, como justa indenização, os valores preconizados pelo Perito do Juízo e, em especial, que, para esse efeito, se destaque a terra nua da mata.

Nesse particular, o julgado de primeiro grau, após aludir a incongruência e erros de cálculos do laudo oficial, às peculiaridades que marcam os imóveis rurais da região, aos aspectos casuísticos em torno da avaliação das benfeitorias, sublinha (fl. 231):

«Questão tormentosa, inegavelmente, a da indenização da cobertura florística natural, em imóveis desta região.

O Dr. Ilmar Nascimento Galvão, hoje Ministro do Colendo Tribunal Federal de Recursos, e que por muitos anos respondeu por esta Seção Judiciária, fixou entendimento, que em parte transcreveu a autora em suas alegações (folhas 218), de não ser indenizável a cobertura florística de imóveis desta região, aduzindo que sua presença representa, e representará ainda por muito tempo, mais uma desvantagem que uma vantagem, face o alto custo de sua elimina-

ção, necessária para implante de qualquer empreendimento agroindustrial ou pastoril. E que, em todo e qualquer negócio imobiliário, nesta região, não aparece a cobertura natural como valor considerado, razões pelas quais não deferia indenização a esse título.

Inegavelmente, tal conclusão há de ser aceita, ainda mais pela localização do imóvel, e seu difícil acesso.

O imóvel dista desta Capital, que ainda não tem acesso pavimentado com outras localidades, cerca de 76 quilômetros (folhas 106), o qual fica precário na época das chuvas, tanto do imóvel a esta Capital, quando desta Capital a outras localidades, fato notório, ocorrendo, muitas vezes, transporte por via aérea a esta cidade, de gêneros de primeira necessidade, na época aqui denominada de inverno. O transporte terrestre, por isso, nessa época, é inviável.

Na época da estiagem, é possível o transporte. Todavia, de altíssimo custo. Acrescente-se, a tudo, o custo da mão de obra para o corte e carregamento da madeira, nada fácil. Não é difícil notar que, para atingir os grandes centros de consumo de madeira, que é o Sul do País, lá chegará ela por preço elevadíssimo, se o proprietário do imóvel onde for retirada, também por ela cobrar alto preço, e não haverá competitividade, não haverá venda.

E, além disso, após o corte, restará no local o toco das árvores, exigindo destoca, também de altíssimo custo, que só pode ser realizada por máquinas potentes, encarecendo e dificultando essa operação, a partir de seu deslocamento, também não muito fácil.

Em suma, para se deixar a terra nua, apta a receber capim pastoril, ou qualquer cultura, há desembolso de grandes quantias, podendo até ser superior à recebida pela venda da madeira.

Conclui-se, sem dificuldade, não representar valor econômico comercial, nesta região, a cobertura florística natural, senão, e tão-somente para a edificação de benfeitorias no próprio imóvel, tal como barracões, cercas, casas, etc., estas passíveis de indenização.

Entendo, entretanto, por representar a cobertura florística natural tão-somente potencial a ser utilizado no próprio imóvel, e evidentemente não em sua totalidade, que 10% do seu valor deva ser indenizado.»

Depois, examinando a prova, raciocina e conclui:

«O laudo do perito encontrou o valor da terra nua com a cobertura florística, a Cr\$ 10.677,00 (dez mil seiscientos e sessenta e sete cruzeiros), o ha e avaliou, estimativamente, as árvores, possivelmente, existentes (folhas 88/9). Aí está a primeira incongruência desse laudo. Ora, se avaliou o valor por hectare, com a correspondente cobertura florística, como, ao resultado da conta número de hectares x o valor estimado, adicionar o das árvores? Poderia, e aí estaria correto, tão-só matematicamente, estimar o valor da terra nua, e a ele somar o das árvores.

Não há, entretanto, nos autos, o valor da terra nua tão-somente. O assistente técnico da autora, estimou o valor da terra nua, com a cobertura florística, em Cr\$ 6.075,00 (seis mil e setenta e cinco cruzeiros), por hectare (folha 108).

Para chegar a esse valor, considerou o tamanho da área, o acesso a ela, e a existência de posseiros, fatores que inegavelmente influem sobremaneira no preço do imóvel. E utilizou-se de informações colhidas junto ao mercado imobiliário, fazendo, inclusive, pesquisa no Registro de Imóveis, levantando algumas transações efetuadas (folhas 124/33).

Não é possível acolher-se o valor estimado pelo perito, que não apresentou documentos idôneos sobre os quais teria se baseado.

Fixo, então, o valor da terra nua, com a cobertura florística, em Cr\$ 6.075,00 (seis mil e setenta e cinco cruzeiros), por hectare, adotando, nesse particular, o laudo do assistente técnico da autora.

Nos laudos apresentados, concluíram os *experts* que a área ocupada com matas é igual a 9.917 ha. Pelo complemento do laudo do perito, que está à folha 169, constatou ele a existência de mais 100 ha de pasto, entendendo então que a mata perfaz 9.817 ha. Entretanto, somando-se as áreas constantes à folha 75, chega-se a 10.209 ha, quando o imóvel desapropriado tem 10.389 ha. É mais uma incongruência do laudo do perito, não tendo ele, ao menos, se preocupado em conferir as contas, nem em responder aos quesitos das partes. Lamentável, fato que também passou despercebido pelos expropriados. Não há outra saída, senão considerar a área faltante como também ocupada por matas. Por isso, considero 9.987 ha como a área com matas.

Considerando essa área, e o valor adotado para indenização da terra com a cobertura, fixo, nesse item, o total de Cz\$ 60.671,02 (sessenta mil seiscentos e setenta e um cruzados e dois centavos), o valor a ser pago pela expropriante, a absoluta falta de outros dados idôneos, e impossibilidade a estas alturas de ser realizada nova perícia.

Evidentemente, o valor das castanheiras e das seringueiras, se encontra incluído nesse total, e nada é devido pela exploração, face à ausência de prova nesse sentido.»

Os expropriados criticam a sentença nas suas premissas e conclusões, sustentam a individualização da cobertura florística em face da terra uma, invocando o modelo oficial para declaração do ITR, a legislação pertinente transcrita, a jurisprudência deste Tribunal e do Supremo defende o critério de destaque adotado pelo Perito, sustenta a proximidade do imóvel da capital da Província de Pando (Bolívia), cortado, na frente, pela BR 317, e impugna os fatores de desvalorização aceitos no Juízo a quo.

O laudo do Perito (fl. 85) secciona o imóvel expropriando, de 10.389 ha, em duas partes, a primeira, com matas (9.917/ha) e a segunda, com culturas de grama, capim e fruteiras (282 ha), no laudo complementar alude a 100 ha de pasto (fl. 169); recomenda o valor unitário da área ocupada pelas florestas em Cz\$ 10,67, atribuindo às essências madeiras o valor de Cz\$ 71.400,00, culturas perenes nativas, Cz\$ 14.650,00, terra e cobertura vegetal nativa, Cz\$ 19.834,00, culturas perenes exóticas, Cz\$ 16.676,00, tudo no total de Cz\$ 132.490,00 (fl. 169).

Já o Assistente do A. depois de apontar o mercado imobiliário local como fraco e indicar como referências desvalorizadas *in casu* a localização e dificuldade de acesso ao imóvel, a ocorrência de posseiros, a grande extensão da área exproprianda, sugere para 9.917 ha de terra nua e sua cobertura o preço unitário de Cz\$ 6,07, no total de Cz\$ 60.245,77.

A sentença apelada, partindo da área com mata de 9.987 ha adotou o preço unitário alvitado pelo Assistente do INCRA, compreensivo de terra nua e cobertura florística, fixou a indenização, a essa conta, de Cz\$ 60.671,02, ante a falta de outros elementos idôneos.

No particular do debate, a jurisprudência desta Corte, de modo geral, é no sentido da indenização das matas destacadas da terra nua, em razão do valor econômico autônomo daquelas, como se vê dos vários arestos trazidos à colação pelos apelantes; outrossim, registre-se que o Alto Pretório, no RE 100.717, Relator o Ministro Rezek (2ª Turma) proclamou que «as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibida a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico (RTJ 108/1314); outrossim, ressalve-se que há julgados da 4ª Turma deste Tribunal que, atendendo às peculiaridades locais da região amazônica, têm aceito a avaliação conjunta, quando devidamente justificada (AC nº 82.429 — DJ de 27-9-84 e AC nº 81.870 — DJ de 6-10-83).

Anote-se, também, que a legislação pertinente ao ITR determina o destaque respectivo (art. 16 e 23 do Decreto 72.106/65, art. 20 do Decreto 56.792/65) e que o Código Civil (art. 43, I) separa as árvores do solo, autorizando, assim, em princípio, a orientação de destaque vitoriosa nesta Corte, sem prejuízo das discussões surgidas a respeito da desapropriação das terras situadas na Amazônia, por suas peculiaridades.

O laudo oficial promove a avaliação conforme critérios já referidos (fls. 88/9), e fala no preço unitário do hectare ocupado com florestas em Cz\$ 10,67, enquanto a avaliação do Assistente é conjunta.

O perito não indica com precisão seu critério avaliatório, erra em cálculo e silencia acerca da terra nua, isoladamente vista, no fundamental.

O Assistente, para definição do valor de 1 ha de terra nua, nos municípios de Brasília e Xapuri, utilizou dados obtidos junto a compradores de terra, agências e cartórios imobiliários, tendo sido Fazenda Sacado avaliada com base nesse valor, considerados os fatores negativos localização, acesso, presença de posseiros, extensão ampla da área, tendo utilizado para a avaliação o critério da estimativa conjunta — terra nua e cobertura florística (fls. 106/7).

O argumento básico, para afastar a avaliação isolada das matas na região amazônica é o da falta de mercado madeireiro e do alto custo do desmatamento.

No caso concreto, o Perito aponta a presença na mata de madeiras comerciáveis mas não há prova nos autos mesmo indiciária, de que os expropriados as viessem comercializando ou de que o mercado local ou regional ofereça perspectivas próximas de sua exploração comercial, tudo indicando tratar-se de riqueza potencial, de exploração eventual, sendo certo que a desapropriação se entende com valores atuais e concretos.

O assistente, embora fale em valor unitário pertinente «a terra nua e sua cobertura florística» (fl. 108), apresenta-se neutro ou, talvez, omisso no concernente às matas, não indicando se no seu juízo avaliatório, as mesmas influenciaram positiva ou negativamente a estimativa feita.

O critério do Perito de avaliar a mata, por unidade de madeira como se houvesse, no mercado, possibilidade de comercialização a curto prazo não encontra apoio na prova dos autos, segundo já frizado, mas, de qualquer modo, não se deve afastar a eventualidade do comércio madeireiro por parte dos expropriados, e, ponderados os aspectos positivos e negativos aqui envolvidos, não se pode excluir um saldo positivo remanescente, embora de consistência virtual, porém sempre economicamente avaliável no surpreendente mundo dos negócios.

Nesse contexto, pesadas as circunstâncias já referidas, adoto a indenização, a essa conta, arbitrada no Juízo *a quo* e acrescido ao valor fixado 10%, a título de compensação da cobertura florestal.

No alusivo às benfeitorias, acompanho a sentença, pela sua fundamentação *verbis*:

Passo a examinar a questão benfeitorias.

Inegavelmente, o laudo do assistente técnico da autora é mais preciso, e melhor elaborado que o do perito do Juízo, tendo encontrado, inclusive, algumas além do que encontrou o perito que, lamentavelmente, não se desincumbiu, como devia, do seu trabalho, apresentando um laudo sem que inspire a menor confiança, pecando, como já disse, pela incongruência, e inexactidão das simples contas de somar, e de multiplicar, rabiscando-o posteriormente. Por essa razão, os valores que apresentou serão inteiramente afastados, ficando o Juízo com os apresentados pelo assistente da autora, à falta de outros.

Ao valor encontrado pelo assistente técnico da autora, a título de benfeitorias, acrescido Cz\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos cruzados), correspondente aos 100 ha de pasto formado de capim jaraguá, constatado à folha 169, totalizando Cz\$ 20.450,58 (vinte mil quatrocentos e cinquenta cruzados e cinquenta e oito centavos), valor que fixo para indenização das benfeitorias.»

No atinente às «colocações», não há prova nos autos de que tenham sido financiadas, sem contraprestação, pelos expropriados, o mesmo ocorrendo com as estradas ou trilhas.

No referente ao deságio para o Título da Dívida Agrária, embora não haja qualquer prova, no particular, documental ou pericial reconheço-o, arbitrando-o em 40%, reportando-me ao critério adotado na AC nº 103.752 (DJ de 10-4-86), ante a ausência de outro ponto referencial documentado, lembrando, ainda, o ensinamento de Pontes de Miranda no sentido de que, se tais títulos estão desvalorizados, «os donos do bem desapropriado podem exigir o reajuste, além da correção monetária (Con. à Const. de 1967, com à E. nº1, de 1969, tomo VI/521).

Elevo a honorária advocatícia para 10%, considerando o trabalho profissional desenvolvido em primeiro e segundo graus.

No atinente ao recurso do INCRA mantenho o critério da sentença, ao mandar deduzir o depósito singularmente, a teor da Súmula 202 desta Corte.

Confirmo, por igual, a concessão de juros compensatórios deferida na sentença, não havendo apoio legal, para esse efeito, distinguir-se a hipótese de desapropriação para reforma agrária, como pretende o expropriante, pois, para tanto, o decisivo é a privação da posse, e, *a fortiori* da propriedade, sem o pagamento prévio da indenização.

Tem razão em parte, a autarquia apelante, quanto ao critério de cálculo dos juros compensatórios — que deverá observar o enunciado da Súmula 74, deste Tribunal, completada pela de nº 75.

É de permanecer o entendimento da sentença, no tocante ao pagamento em dinheiro das parcelas à conta de juros de mora e compensatórios atinentes ao imóvel, porque o pagamento em títulos deve ser aplicado restritivamente.

Ratifico a decisão recorrida no particular do acréscimo de Cz\$ 2.500,00 correspondente a 100 ha de pasto, apontados à fl. 169, por não haver prova de que a pastagem já tivesse sido avaliada no primeiro laudo.

Por fim, no relativo à correção monetária do valor da terra nua e benfeitorias, explicito que a atualização se fará na forma da Súmula 75 desta Corte, a partir da data do laudo adotado até o efetivo pagamento em Títulos, observados os termos do art. 33 do Decreto-Lei 2.284/86, sem prejuízo das atualizações posteriores a fevereiro de 1987, de acordo com as variações da OTN.

Ressalvo, ainda, que os autos noticiam a desapropriação de 10.389,06 ha, mas a sentença considerou, para efeito de indenização 9.987 ha (fl. 240).

Pelo exposto, dou provimento parcial a ambos os recursos, no tocante ao dos expropriados para mandar acrescentar ao valor do imóvel a parcela de 10%, à conta de reparação pela cobertura florística, conceder o deságio de 40%, no referente aos TDAS e majorar a honorária para 10%, e no concernente à apelação do INCRA, quanto ao critério de cálculo dos juros compensatórios e explicitação feita, no pertinente à correção monetária.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 118.641 — AC — (Reg. nº 7.973.047) — Relator Senhor Ministro Sebastião Reis — Aptes.: INCRA e João Francisco Junqueira Franco e cônjuge — Apdos.: Os mesmos — Advs.: Drs. Rosália Vasques Silva e outros, Luiz Saraiva Correia e Vanda Maria Ferreira Lustosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial a ambas apelações. (Em 28-10-87 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 119.451 — RS
(Registro nº 2.991.446)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *Odemar Furtado — Espólio*

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

Agravo Retido: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Advogados: *Delfino Baldasso e Mauro Silveira Mozena e outros*

EMENTA: Administrativo. Demissão. Falta grave. Absolvição no Juízo criminal por insuficiência de provas para a condenação. Repercussão na esfera administrativa. Falta residual.

1. Pela falta residual, não compreendida na absolvição criminal, lícita é a punição administrativa do servidor que praticou alcance (Súmula nº 18 do STF).

2. Agravo retido não conhecido. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, não conhecer do agravo retido e, no mérito, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: A matéria foi assim relatada pelo MM. Juiz Federal em exercício na 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Osvaldo Moacir Alvarez:

«Segundo a inicial, o postulante era funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, RS, exercendo a função de encarregado de valores da agência de Herval, neste Estado. Em virtude de exame procedido naquela agência, em 1973, pela referida organização foi instaurado processo administrativo e, em 22-5-76, o requerente foi denunciado pelo Ministério Público, incurso nas sanções do artigo 312, combinado com o artigo 327, parágrafo úni-

co, do Código Penal. Considerando o valor infimo do desvio, coberto em apenas 45 minutos e outras circunstâncias apontadas no decisório, absolveu o demandante, com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Mesmo nessas circunstâncias, não foi reintegrado no cargo de agente postal 14-B ou em equivalente, embora todas as gestões empreendidas. Afetado pela situação, sem remuneração desde maio de 1977, privado de recolhimento das contribuições previdenciárias, viveu, com sua família, na mais completa penúria e vergonha, sobrevivendo graças à caridade dos amigos, pois sua saúde, já atingida pela idade avançada, foi gravemente afetada pela desmoralização e privação materiais. Portanto, considerando a ilegalidade das medidas realizadas pela empresa, requer: a) Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), por danos morais, em face da suspensão, demissão e processos administrativo e criminal; b) no *quantum* relativo aos danos materiais, que deverão ser apurados em liquidação de sentença, compreenderão vencimentos, quinquênios e salário-família, juros e correção monetária; c) pensão mensal vitalícia ou indenização única de Cr\$ 10.000.000,00; d) percentual de 20%, a título de honorários advocatícios (fls. 2/23).

Contestando, a ECT entende indispensável a participação do Ministério Público Federal, salientando que o requerente, era, então, funcionário público, vinculado ao Departamento de Correios e Telégrafos. Extinto o DCT, quem deveria ser acionada seria a União Federal. No mérito, diz que a absolvição na esfera criminal não importa imprescindibilidade de reintegração, pela inexistência de decisão administrativa ou judicial. De outro lado, sequer o autor provou sua irresignação administrativa, através de pedido de revisão de sua demissão impugna o valor atribuído a dano moral, descabendo pagamento de vencimentos ou quinquênios e, mesmo, pensão vitalícia (fls. 26/30).

Pronuncia-se o acionante (fls. 35/43) bem como o requerido (fls. 45/46). O Ministério Público Federal nada requer (fl. 47 verso). Saneado o feito (fl. 48). Expedidas precatórias (fls. 50/52). Decididas duas preliminares (fl. 53). Interposto agravo de instrumento retido (fl. 63). Cumpridas as precatórias (fls. 80 verso, 117/119 e 184 verso/185). O autor falece, ocorrendo habilitação (fls. 139/146). Complementando-se documentação (fls. 148/15). Anexada fotocópia (fls. 188/189), nada alegando contra ela, a ECT (fl. 191). Mais documentos (fls. 195/235). A ECT, em razões finais, confirma os termos de sua contestação, enquanto a parte requerente sustenta a procedência do pedido, juntando memorial. (fls. 240/264)». (fls. 266/268).

Decidindo, julgou improcedente a ação, deixando de condenar a autora nas verbas da sucumbência em razão de litigar sob o pálio da Justiça Gratuita.

Irresignada, recorreu a demandante pleiteando a integral reforma do julgado, ao insistir no desacerto da r. sentença hostilizada, pois, de acordo com a Formulação nº 128, «não pode haver demissão, com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal». (fls. 275/281).

Contra-razões às fls. 285/289, pelo desprovimento do apelo.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição. Pauta, dispensada a revisão nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

Relatei.

EMENTA: Administrativo. Demissão. Falta grave. Absolvição no juízo criminal por insuficiência de provas para a condenação. Repercussão na esfera administrativa. Falta residual.

I. Pela falta residual, não compreendida na absolvição criminal, lícita é a punição administrativa do servidor que praticou alcance (Súmula nº 18 do STF).

2. Agravo retido não conhecido. Recurso desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Ao dar pela improcedência do pleito, assim se expressou o ilustre magistrado de 1º grau:

«Preliminarmente, cabe salientar que o então autor nunca deixara de estar ligado à ECT. Não cabe, aqui a pretendida ilegitimidade passiva, conforme farta prova documental.

Já em 20-3-69 vigia o Decreto-lei nº 509, que dispôs sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública.

No seu artigo 1º, expressava que «O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, *vinculada ao Ministério de Comunicações*, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)...» (grifei).

NO § 1º do artigo 11, do mencionado diploma legal, bem claro:

‘§ 1º Os servidores públicos hoje a serviço do DCT considerar-se-ão à disposição da ECT, sem ônus para o Tesouro Nacional, aplicando-se-lhes o regime jurídico da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.’

Além disso, o § 2º complementa:

‘§ 2º. O pessoal a que se refere o parágrafo anterior poderá ser aproveitado no quadro de pessoal da ECT na forma que for estabelecida em decreto, que regulará, igualmente, o tratamento a ser dispensado ao pessoal não aproveitado.’

À toda evidência, nos autos, que o suplicante não fez qualquer opção, ou seja, de passar de sua condição de funcionário público para celetista, continuando, porém, vinculado, a nível de trabalho e de vencimentos, à ECT, sucessora do Departamento de Correios e Telégrafos.

Veja-se, por exemplo, o documento de fl. 189, correspondente ao contra-cheque de Odemar Furtado, estando consignado ‘Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos,’ pagamento referente a maio de 1977, cargo de agente postal, vencimentos de Cr\$ 1.898,10, mais gratificação quinquenal, complementação do salário mínimo, diferença de vencimentos, salário-família e IPASE.

Devidamente intimada a se pronunciar sobre o conteúdo referido (fl. 190), a ECT silenciou (certidão de fl. 191).

Mais, a Comissão de Processo Administrativo que apurou os fatos de que Odemar era acusado, ao apresentar suas conclusões, dirigiu-se ao ‘Ilmo. Sr. Diretor Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Rio Grande do Sul’ (fl. 39), em data de 21-6-74 (fl. 43), isto é, muito após a edição do Decreto-lei nº 509/69.

Aliás, ali expresso que os atos visavam apurar ‘alcance ocorrido na Agência de Herval do Sul — RS, sob a responsabilidade do Agente Postal 14-B, matrícula 1.754.379...’ (fl. 39).

Os próprios xerox anexados às fls. 195/196 dão conta de que Odemar Furtado teve continuidade em sua vida funcional, sempre recebendo vencimentos.

Portanto, não seria o fato de não ter optado pelo regime da CLT, que ficaria a ECT, sucessora do DCT, desresponsabilizada pelas conseqüências porventura advindas a seu funcionário.

Do Pedido de Revisão

Diz a requerida não ter havido pedido de revisão administrativa pelo ato demissório.

Não é certo.

Como visto pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 509/69, a ECT restou ligada e subordinada ao Ministério de Comunicações.

Assim, dirigindo-se à autoridade máxima da ECT, quer dizer, ao Ministro de Comunicações, pretendeu, Odemar, a revisão do ato punitivo, sem êxito.

Vejamos:

‘No processo MC nº 6.416/82, em que Odemar Furtado, ex-funcionário do antigo Departamento dos Correios e Telégrafos solicita revisão do processo de que resultou a sua demissão do serviço público, o senhor Ministro exarou o seguinte despacho: ‘De acordo com o parecer do Departamento de Pessoal, indefiro o pedido por falta de amparo legal.

Brasília, 21 de junho de 1982.

(Ass.) Haroldo Corrêa de Mattos — Ministro de Estado das Comunicações’ (fl. 235).

Portanto, também aí não teve sucesso a manifestação da ECT.

Ministério Público Federal

Entende este Juízo desnecessária a participação do Ministério Público Federal, por não se enquadrar, a indispensabilidade de sua atuação, em qualquer das exigências legais.

Diga-se de passagem que nem por ocasião da habilitação seria necessária, eis que os herdeiros do *de cuius* eram todos maiores (fl. 139).

Em todo o caso, manifestando-se à fl 47 verso, o Agente do Ministério Público expressou nada a requerer ou seja, concordou com todo o processado.

Do Mérito

No mérito, porém, sem razão o pedido vestibular.

Odemar Furtado respondeu a processo administrativo, sendo demitido a bem do serviço público.

Denunciado, foi absolvido com fundamento no inciso IV, do artigo 386, do Código de Processo Penal (fls. 9/10 verso).

Todavia, não foi reintegrado (fl. 11).

O objetivo desta ação e, portanto, a apreciação do Judiciário pelo ato eivado de nulidade da Administração e conseqüente pagamento de uma indenização, danos materiais e pensão mensal vitalícia (fls. 4/5).

No entanto, é pacífico:

‘Pela falta residual, não compreendida na absolvição criminal, é admissível a punição administrativa de servidor público — a absolvição por falta de provas no procedimento penal não implica a desconstituição da punição administrativa — o mesmo fato pode não motivar a sanção penal, mas ser suficientemente grave para justificar a sanção disciplinar.’ (AC nº 583.028.626 — 1ª Câmara Cível — Porto Alegre — Relator — Desembargador Elias Emyr Manssour — julgada em 13-12-83 — *in* Revista de Jurisprudência do TJRS, vol. 102/460).

Ainda:

‘Demissão — nos termos da Súmula nº 18, a absolvição no juízo criminal não impede a punição pela falta residual — reapreciação da prova inviável, pois inexistente qualquer ilegalidade no procedimento administrativo (*in* Revista de Jurisprudência do Tribunal da Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 106/494).’

Anote-se que, *in casu*, não alegada qualquer ilegalidade no proceder da comissão de inquérito.

As bases jurídicas acionadas relacionam-se à ligação da sentença absolutória e a readmissão no serviço público, não ocorrida, ensejando pretensão de direito indenizatório.

Como visto, o aspecto da absolvição com fulcro no inciso VI, do artigo 386, do CPP, não importa obrigatoriedade de indenizar:

'a) se a sentença criminal nega a existência do fato ou nega a autoria tal decisão tem que prevalecer na jurisdição civil. Se o juiz criminal proclama que tal fato não se verificou, ou que o réu não é o seu autor, tranca-se a questão para a justiça civil, que não pode mais debatê-la numa ação de reparação de dano. Vejamos alguns exemplos: um indivíduo é processado criminalmente sob a alegação de haver ateado fogo a uma floresta, mas o juiz reconhece sua inocência, seja porque o incêndio teve outra origem, seja pela negativa do fato, tal decisão influirá decisivamente na ação de indenização que acaso venha a ser intentada pelo dono da mata destruída.' (*in* Curso de Direito Civil — Direito das obrigações — Washington de Barros Monteiro — 5º volume — 2ª parte — pág. 422).

Na espécie, a sentença judicial embasou-se no inciso VI, do artigo 386, do CPP: 'Não existir prova suficiente para a condenação'.

Logo, nenhum ato contrário à lei praticou a requerida, sendo inviável atender-se à postulação vestibular.

Isto posto, julgo improcedente a ação, deixando de condenar a parte autora nas custas e honorários, eis que estando o benefício da assistência judiciária gratuita concedido, primeiramente, a Odemar Furtado» (fl. 268/273).

Preliminarmente, não conheço do agravo retido de fl. 63, nos termos do art. 522, § 1º, *in fine*, do CPC.

No mérito, perfeita a sentença hostilizada.

Insiste a demandante, por seu patrono, que não poderia a Administração ter demitido o servidor se não precedida de condenação no juízo criminal.

Contudo, como bem demonstrado no pronunciamento jurisdicional de 1º grau, lícita era e é a punição administrativa pela falta residual, não compreendida na absolvição do Juízo Criminal.

De início ressalta indubiosamente a conduta ilícita do servidor, apurada através do competente processo administrativo, cuja regularidade não se questionou, nestes termos.

«Conclusão

Assim a Comissão, examinando o conjunto de provas colhidas na instrução do Processo, por unanimidade conclui que o Agente Postal 14, matrícula 1.754.379 Odemar Furtado, infringiu as disposições dos artigos 194, VI, VII, 195, IV, 196, 198, 199 e 200 da Lei 1.711/52 estando sujeito a pena de demissão.

Entretanto, considerando a sua vida funcional pregressa, sem máculas e as circunstâncias que o levaram a praticar o ato impensado, somos de opinião que o mesmo seja suspenso...»

As conclusões da referida Comissão não foram, contudo, aceitas, culminando com a demissão de que dá conta o Decreto de fl. 234.

Configurada a prática de alcance, através regular procedimento administrativo, lícito era a Administração punir o servidor, independentemente das providências na esfera criminal, em razão da independência de ambas.

Aliás, *ad argumentandum*, a absolvição apregoada ocorreu por falta de provas para condenação (art. 386, VI, do Código Penal), apesar de o magistrado-sentenciante ter afirmado: «A materialidade e a autoria são inquestionáveis. O próprio acusado jamais negou os fatos. Pelo contrário, confessou-os sempre: no procedimento administrativo (fls. 9, 33/35), no inquérito policial (fl. 76) e em juízo (fl. 99). A confissão, ademais, está corroborada por outros elementos probatórios, tais como o balanço de fls. 12/13 verso e toda a prova testemunhal, mesmo a defesa, colhida ao longo da instrução... (fls. 9 verso).»

Restando, assim, resíduo, lícita a apenação na esfera administrativa, segundo orientação expressa na Súmula nº 18 do STF:

«Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo Juízo Criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.»

Senão pelos próprios fatos, o resíduo a ensejar a demissão está caracterizado pela violação do inciso IV, do art. 195, da Lei nº 1.711/52, conforme expressa previsão do art. 207, X, da Lei referida.

À vista disso, não há como prosperar o recurso.

Nego provimento ao apelo e não conheço do agravo retido, por tê-lo como renunciado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 119.451 — RS — (Reg. nº 2.991.446) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: Odemar Furtado — Espólio. Apda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Ag. Retido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Advogados: Delfino Baldasso e Mauro Silveira Mozena e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente não conheceu do agravo retido e, no mérito, negou provimento à apelação. (Em 29-5-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 119.477 — SC
(Registro nº 7.983.824)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Francisco Manoel Corrêa*

Advogados: *Drs. Sônia Marques Ximenes de Melo (apte) e Megalvio Carlos Mussi (apdo)*

EMENTA: Previdência Social. Auxílio-doença. Restabelecimento.

I — Se a prova técnica demonstra que o segurado não se encontra apto para o trabalho, persistindo o quadro mórbido incapacitante, correto o restabelecimento do auxílio-doença.

II — Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

O presente acórdão deixa de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão por motivo de aposentadoria (art. 89, § 2º, do RITFR).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Apela o Instituto Nacional de Previdência Social da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito de Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Tubarão/SC, que o condenou a restabelecer benefício de auxílio-doença em favor de Francisco Manoel Corrêa.

Nas inclusas razões de fls. 69/73, alega que a autarquia procedeu corretamente ao cancelar o benefício, porquanto a perícia médica, então realizada, constatou haver cessado a incapacidade que motivou o seu deferimento. Intenta a reforma total da sentença e, caso assim não entenda o Tribunal, o restabelecimento a partir da data do laudo judicial. Insurge-se, também, quanto aos honorários advocatícios e periciais e à incidência de correção monetária e juros de mora.

Recebido e processado o recurso, contra-arrazoado às fls. 76/77, subiram os autos. Pauta sem revisão.
É o relatório.

EMENTA: Previdência Social. Auxílio-doença. Restabelecimento.

I — Se a prova técnica demonstra que o segurado não se encontra apto para o trabalho, persistindo o quadro mórbido incapacitante, correto o restabelecimento de auxílio-doença.

II — Apelação a que se dá parcial provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O autor se encontra em gozo de auxílio-doença, em caráter continuado, desde 09 de março de 1975, sendo que, por duas vezes, o benefício foi restabelecido por decisão judicial.

Como a prova técnica produzida demonstra que o mesmo não se encontra apto para o trabalho, persistindo o quadro mórbido incapacitante, de caráter progressivo e degenerativo, afigura-se correto mais este restabelecimento.

Os honorários advocatícios e periciais, por sua vez, foram fixados em bases razoáveis, no percentual de 15% sobre o montante a ser apurado em liquidação os primeiros e em meio salário mínimo os últimos.

A incidência de correção monetária é inafastável, devendo as prestações, em face da natureza alimentar do benefício, ser atualizadas desde quando devidas. Explicito apenas que os critérios da Súmula nº 71 só tem aplicação até o ajuizamento da ação, a partir daí a atualização deve ser procedida de acordo com os índices da Lei nº 6.899/81, que, ao contrário do que afirma o apelante, está em plena vigência.

No tocante aos juros de mora, tem razão a autarquia. Somente incidem a contar da citação.

Isto posto, dou parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença no ponto antes indicado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 119.477 — SC — (Reg. nº 7.983.824) — Rel.: Ministro Costa Leite. Apte: INPS. Apdo: Francisco Manoel Corrêa. Advs.: Dra. Sônia Marques Ximenes de Melo (Apte) e Dr. Megalvio Carlos Mussi (Apdo).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 27-10-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Lauro Leitão votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 122.323 — AC
(Reg. nº 3.465.640)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal no Acre*

Apelantes: *INCRA e Ubirajara Almeida Prado Couto e outros*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Rosália Vasques Silva e outros, Luis Saraiva Correia e outro*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação para reforma agrária. Cobertura florestal. Indenização. Deságio. Juros compensatórios. Oferta.

No particular da indenização de terras da região amazônica, com cobertura florestal, a orientação desta Corte se mostra casuística, admitindo adequações ao caso concreto.

No caso concreto, mantida no geral, a indenização sugerida pelo vistor oficial, com a adaptação de fixar, para a cobertura nativa, o índice de 10% (dez por cento) sobre o valor estimado pelo perito, conforme arbitrado na sentença.

Devidos juros compensatórios na desapropriação para reforma agrária, seja porque na construção pretoriana a esse respeito o motivo dominante foi a falta de pagamento de indenização justa e atual, contemporânea à imissão provisória, razão que a fortiori se acentua na imissão definitiva com transcrição do título, seja porque a distinção não encontre suporte constitucional.

Confirmados os honorários do perito e assistente, bem como o percentual da verba advocatícia.

Incabível a indenização em dinheiro, quanto à terra nua e cobertura natural, por falta de prova de tratar-se de empresa rural.

Concedido o pagamento do deságio correspondente à diferença entre o valor nominal e real dos títulos respectivos, à taxa de depreciação de 40% (quarenta por cento). Precedente da Turma.

Correção da oferta, na forma da Súmula nº 202-TFR.

Juros compensatórios, conforme exatos termos do verbete 74-TFR.

Negou-se provimento ao recurso voluntário do INCRA e deu-se provimento parcial ao dos expropriados, nos termos enunciados.

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 do INCRA, e prover parcialmente a apelação dos expropriados, 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 novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Adoto como relatório o de fl. 573, elaborado pelo eminente Ministro Moacir Catunda, cujos termos transcrevo:

«Ação de desapropriação por interesse social movida em 1978 pelo INCRA contra Uirassu Benedito Almeida Prado Couto, Umberto Benedito do Couto, e Ubirajara de Almeida Prado Couto, visando, respectivamente, a três áreas de que são proprietários, com 4.356 ha, 1.691,58 ha e 1.691,58 ha, em Rio Branco, Acre, pelo que depositou o expropriante Cr\$ 2.321.753,34, sendo Cr\$ 1.306.800,00, Cr\$ 507.476,67, e Cr\$ 507.476,67, a parte de cada expropriado, tendo sido imitado na posse.

Os expropriados contestaram, impugnando a oferta.

Apresentou laudo o perito oficial, assim discriminado:

1. Umberto Benedito do Couto: Cr\$ 33.864.067,80, sendo Cr\$ 28.030.852,20 pelas benfeitorias, Cr\$ 4.175.458,50 pela cobertura florística, e Cr\$ 1.657.757,10 pela terra nua (fl. 241);
2. Uirassu Benedito Almeida Prado Couto: Cr\$ 15.139.660,80, sendo Cr\$ 1.182.654,00, Cr\$ 9.701.846,80, e Cr\$ 4.225.160,00, pelos mesmos itens (fl. 251); e
3. Ubirajara de Almeida Prado Couto: Cr\$ 6.759.615,00, sendo Cr\$ 1.157.300,00, Cr\$ 3.944.558,70 e Cr\$ 1.657.757,10, pelos mesmos itens (fl. 261).

O assistente técnico do expropriante atribuiu aos expropriados acima nominados os valores de Cr\$ 14.549.390,83 (fl. 281), Cr\$ 6.871.771,36 (fl. 284), e Cr\$ 3.603.753,83 (fl. 275), respectivamente.

Os assistentes técnicos dos expropriados chegaram aos valores:

1. Umberto Benedito do Couto: Cr\$ 41.885.160,80, sendo Cr\$ 31.817.231,30 pelas benfeitorias, Cr\$ 6.684.751,80, pela cobertura florística, e Cr\$ 3.383.177,80 pela terra nua (fl. 305);
2. Uirassu Benedito Almeida Prado: Cr\$ 25.177.680,65, sendo Cr\$ 1.241.800,00, Cr\$ 15.223.880,65, e Cr\$ 8.712.000,00, pelos mesmos itens (fl. 313); e
3. Ubirajara de Almeida Prado Couto: Cr\$ 11.874.447,64, sendo Cr\$ 1.161.300,00, Cr\$ 7.329.969,84 e Cr\$ 3.383.177,80, pelos mesmos itens (fl. 324).

A sentença, iniciando sua parte decisória, salientou que, conforme o despacho de fl. 187, a pericia foi determinada para avaliação das benfeitorias que haviam sido edificadas pelos expropriados após as declarações cadastrais feitas nos anos de 1973, 1974 e 1975.

Concluindo, condenou o expropriante no pagamento indenizatório de Cr\$ 28.030.852,00 ao expropriado Umberto, Cr\$ 1.182.654,00 ao expropriado Uirassu, e Cr\$ 1.157.300,00 ao expropriado Ubirajara, de acordo com o laudo do perito oficial. Acréscimos de correção monetária e juros moratórios (fls. 492/504).

Apelaram os expropriados para que a indenização seja-lhes paga abrangendo também os valores da terra nua e cobertura florística (fls. 506/538).

Contra-razões às fls. 543/550.

Subiram os autos, ingressaram o INCRA e o expropriado Umberto Benedito do Couto com termos de acordo, para por fim ao processo.

Incluindo o processo na pauta de julgamento de 9-4-84, foi retirado, por indicação do Relator, para que o acordo concluído entre o INCRA, e o expropriado — Umberto Benedito do Couto, fosse reduzido a termo nos autos, o que foi praticado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ouvida, opinou pela homologação do acordo, e que o feito tenha prosseguimento relativamente aos outros dois expropriados.»

Homologada a transação objeto do termo de acordo, por instrumento particular, para por fim a ação de desapropriação, concluída entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — e o desapropriado Umberto Benedito do Couto, tomado por termo nos autos (fl. 566), para que venha se produzir os efeitos previstos no direito, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República (fl. 576).

Prossegue a ação com relação aos demais expropriados — Uirassu Benedito Almeida Prado Couto e Ubirajara de Almeida Prado Couto e, nesse particular, esta Egrégia Turma deu provimento ao recurso para, reformando a sentença, mandar que outra seja proferida, em que o valor da terra nua, das benfeitorias e da cobertura florística seja apreciado, e fixado, ao enfoque da prova pericial existente no processo, a Juízo do douto julgador de primeiro grau, tudo conforme Acórdão de fl. 581.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — opôs embargos de declaração ao venerando aresto de fl. 581, argüindo contradição da ementa respectiva *in fine* com o relatório, recebidos em parte para adotar as explicitações feitas, conforme ementa de fl. 595.

O expropriante interpôs recurso extraordinário às fls. 597 e seguintes, inadmitido pelo eminente Ministro Vice-Presidente desta Corte, segundo despacho de fls. 613/614 ao qual se seguiu Agravo de Instrumento a que foi negado seguimento, conforme certidão de fl. 617.

Baixados os autos ao Juízo de origem, ali foi proferida a sentença de fls. 625 e seguintes, fixando individualmente a indenização de Cr\$ 6.407,99 (seis mil quatrocentos e sete cruzeiros e noventa e nove centavos), desdobrada nas parcelas de terra nua (Cr\$ 4.255,16), benfeitorias (Cr\$ 1.182,65), pela cobertura florística (Cr\$ 8.970,18); no referente a Uirassu Benedito Almeida Prado Couto, e, concernentemente a Ubirajara de Almeida Prado Couto, o montante de Cr\$ 3.209,50 (três mil, duzentos e nove cruzeiros e cinquenta centavos) fracionado em terra nua (Cr\$ 1.657,75), benfeitorias (Cr\$ 1.157,30) cobertura florística (Cr\$ 394,45).

A essas parcelas aditou Sua Excelência que os valores serão corrigidos desde a data do laudo e pagará a autora a diferença que for encontrada, da depositada, esta também corrigida monetariamente, critério que é adotado tendo em vista recente jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Os valores da terra nua e cobertura florística serão pagos em títulos da dívida agrária, na forma da lei.

Os valores referentes às benfeitorias serão pagos em dinheiro.

Incidiará, sobre os valores, juros compensatórios, a razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da imissão da posse, e serão calculados sobre o valor da oferta, até a data do laudo, corrigindo-se monetariamente, mês a mês, e, sobre o valor encontrado pelo laudo, devidamente atualizado, a partir de sua elaboração.

Incidiarão, ainda, sobre os valores atualizados, juros de mora, à razão de 0,5% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão respectiva.

Pagará à autora honorários do perito judicial arbitrados em CZ\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzados); ao Assistente Técnico dos desapropriados, honorários fixado em CZ\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzados) e mais os honorários advocatícios que arbitrou em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre a oferta e o valor fixado, ambos corrigidos e somados os valores de juros.

Razões de apelações da autora vêm nos autos às fls. 634 e seguintes e dos expropriados às fls. 642 a 676.

À fl. 673, Maria Antonieta Ribeiro Couto, junta aos autos o atestado de óbito de seu marido expropriado Uirassu Benedito Almeida Prado Couto.

Instruído o recurso, inclusive com as contra-razões apresentadas pelo INCRA (fls. 676/700) e pelos expropriados (fls. 702/710), e com a juntada do requerimento de fl. 713, onde o perito do Juízo reclama relativamente ao pagamento devido aos peritos e assistentes técnicos, subiram os autos a este egrégio Tribunal, em grau de recurso voluntário e de ofício e, aqui, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República se manifestou à fl. 717 pelo provimento do recurso do réu, ao menos para se deixar explicitado que os juros compensatórios deverão seguir a orientação da Súmula 74/TFR, desprovendo-se, por inteiro, os recursos dos réus.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): A r. sentença de primeiro grau, ao fixar as indenizações respectivas nos termos enunciados no relatório, após adotar a avaliação do Perito, na sua parte essencial, argumentou (fls. 626/8):

«Entendo que a cobertura florística, nesta região, a cobertura natural, não é indenizável, totalmente, em existindo arbitramento sobre o preço da terra nua. É que, por aqui, a terra nua tem mais valor, nos negócios realizados, que a cobertura de matas. Não que não possua valor a mata. Sim, possui, e razoável. Mas é que, para sua eliminação, e eliminação dos tocos, deixando-se a terra nua, gasta-se muito mais do que se auferir com sua venda, e isto quando se encontra comprador. Muita vez, a madeira é cortada, e queimada, no próprio local, arcando o proprietário da terra com as despesas referentes ao corte e destoca. Há de ser considerada a precariedade das estradas, a distância das propriedades a esta Capital e do restante dos centros consumidores. O perito judicial, em seu laudo, explica que, dependendo da distância desta Capital, o preço da madeira sofre reduções. Há de ser considerado, também, que as estradas desta região só são trafegáveis seis meses por ano. Então, quando o proprietário consegue vender a madeira, aplica todo seu produto na destoca da terra, senão muito mais. Por essa razão, entendo não ser totalmente indenizável a cobertura florística natural, quando houve estimativa do valor da terra nua, isto é, destocada. Seria, indubitavelmente, pagar ao desapropriado valor bem maior do que conseguiria se vendesse normalmente sua propriedade, possibilitando-lhe adquirir outra, em melhores condições, fato que não é agasalhado pelo princípio que rege a indenização na desapropriação, qual seja, o pagamento do justo preço.

Não é possível negar, entretanto, tenha algum valor, para o proprietário, a mata natural. É que dela extrai a madeira para construir pocilgas, galinhei-

ros, casas, pontes, instalações elétricas, cercas. Tem conteúdo econômico em potencial para o proprietário, tão-somente para esse fim, nesta região. Por isso, entendo justo indenização, não em sua totalidade, mas na base de 10% do valor estimado pelo perito.

A exploração de castanheiras, a que o perito atribuiu valor econômico, não é de ser considerada, à falta de provas, e mesmo de alegações, de exploração econômica por parte dos expropriados.»

O INCRA, em seu recurso, insurge-se contra a sentença, impugnando a indenização referida à cobertura natural, o pagamento dos juros compensatórios, os valores fixados para os honorários do perito e assistente, bem como o percentual da verba advocatícia; os expropriados voltam-se contra o critério adotado para avaliação da cobertura florestal, a forma de pagamento da indenização em títulos da dívida agrária quanto à terra nua, reclamam o deságio desses títulos, levantam-se contra a correção monetária da oferta inicial, pedindo a aplicação da Súmula 202/TFR, requerem explicitação acerca do cálculo dos juros compensatórios.

Vê-se dos autos que o Perito do Juízo, relativamente a Uirassu Benedito de Almeida Prado, sugeriu a indenização total de CZ\$ 15.139,65, compreendendo as parcelas de CZ\$ 9.701,84, para a cobertura florestal, CZ\$ 1.182,65, a título de benfeitorias, e CZ\$ 4.255,16, à conta de terra nua, e, no pertinente a Ubirajara de Almeida Prado Couto, alvitrou o somatório de CZ\$ 6.759,61, desdobrado nos itens de CZ\$ 3.944,55, para a cobertura florestal, CZ\$ 1.157,30, à conta de benfeitorias, e CZ\$ 1.657,75, a título de terra nua (fls. 241 e 251).

O Assistente indicado pelo INCRA atribui a Ubirajara de Almeida Prado Couto o total indenizatório de CZ\$ 3.603,75, subdividido nas parcelas de CZ\$ 1.156,76, para benfeitorias, e CZ\$ 2.446,48, a título de terra nua com sua cobertura florística (fl. 274) e a Uirassu Benedito Almeida Prado Couto a soma de CZ\$ 6.871,77, desdobrada nas parcelas de CZ\$ 570,55, a título de benfeitorias, e CZ\$ 6.301,21, à conta de terra nua com cobertura florística (fl. 284).

O Assistente indicado pelos expropriados estima a indenização em favor de Uirassu Benedito Almeida Prado Couto no total de CZ\$ 25.177,68, fracionado nas parcelas de CZ\$ 15.223,88, para a cobertura florestal, CZ\$ 1.241,80, no concernente a benfeitorias, e CZ\$ 8.712,00, relativamente à terra nua (fl. 316); no alusivo a Ubirajara Almeida Prado Couto, a soma de CZ\$ 11.874,44, compreensiva das parcelas de CZ\$ 7.329,96, para a cobertura florestal, CZ\$ 1.161,30, para benfeitoria e CZ\$ 3.383,17, para terra nua (fl. 324).

A tônica do debate nos autos situa-se na influência da cobertura florestal na indenização a ser arbitrada, havendo, no particular, o Perito e o Assistente dos expropriados optado pela avaliação autônoma desse item, enquanto o Assistente do INCRA adotou o critério da estimativa conjunta.

A jurisprudência desta Corte, no concernente à matéria discutida, em linha de princípio, é no sentido da indenização da mata, destacada da terra nua em razão do valor econômico autônomo daquelas, conforme se vê dos arestos trazidos à colação pelos expropriados, sendo de registrar-se, no Alto Pretório, o acórdão tomado no RE 100.717, relator o Ministro Francisco Rezek, através de votação unânime na Segunda Turma, onde se proclamou que «as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibida a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico (RTJ 108/1.314).

Correlatamente, é de acentuar-se que a legislação pertinente, para efeitos tributários, determina o destaque do valor da terra nua em face das benfeitorias, entre essas, as árvores, (art. 20 do Decreto nº 56.792, de 20-8-65, e artigos 16 e 21 do Decreto nº 72.106/65), e o Código Civil, no artigo 43, I, destaca as árvores do solo, numa relação de principal para acessório.

A tese central do expropriante é a de que, de acordo com o mercado local, os usos nas transações de compra e venda imobiliária, as peculiaridades da Região Amazônica, não há *in casu* como fixar indenização em separado para a cobertura natural, não constituindo essa benfeitoria nos termos do Código Civil; já os expropriados sustentam o valor econômico autônomo da cobertura florestal nativa, o aproveitamento da madeira na região, a existência de serrarias locais, a legislação incentivadora da cultura da seringueira e outras madeiras, a importância da abertura das estradas e «colocações».

No particular das terras da Região Amazônica, a orientação desta Corte vem-se mostrando casuística, admitindo adequações ao caso concreto, ora adotando o critério da avaliação conjunta da terra nua e cobertura florestal (AC 82.429, DJ, 27-9-84 e AC 81.870, DJ, 6-10-83), ora da estimativa separada, em função, às vezes, de percentual arbitrado (AC 103.752- DJ, 10-4-86, e AC 118.641, Sessão de 28-10-87), tudo de acordo com a prova dos autos, em especial, consistência da prova pericial.

No caso concreto, foi adotado pelo julgador de primeiro grau no principal o laudo do Perito, o qual, no ponto discutido, elegeu o critério da avaliação em separado da cobertura nativa, partindo de contratos de fornecimento de madeira, avaliando as castanheiras (fls. 247 e 259), orientação afeiçoada na sentença ao índice de 10% (dez por cento) da estimativa do vistor oficial.

Acolho o critério, no particular, adotado no Juízo *o quo*, pois, embora não se possa ignorar a presença da cobertura florística e sua influência na avaliação do imóvel, conforme as suas particularidades, o certo é que *in specie* não há nos autos prova concludente de que os expropriados tivessem firmado contratos de fornecimento de castanheira ou que as viessem comercializando, de qualquer forma, e, daí, a inadequação do laudo oficial, quando avaliou a madeira, por unidade, como se ocorresse a hipótese de comercialização imediata ou a curto prazo para todo o potencial nativo, e a pertinência do percentual arbitrado no Juízo *a quo* bastante a atender às eventualidades do comércio madeireiro dos expropriados, sempre viável e nunca de todo afastável.

Nesse contexto, confirmo a sentença, a esse respeito, ao adotar, no geral, a estimativa recomendada pelo vistor oficial.

De outro lado, a tese do INCRA de que a desapropriação para reforma agrária de-sautoriza a condenação em juros compensatórios não pode ser acolhida, seja porque na construção pretoriana a esse respeito, o motivo dominante foi a falta de pagamento de indenização justa e atual, contemporânea à imissão provisória, razão que *a fortiori* se acentua na imissão definitiva com transcrição do título, seja porque a distinção não encontre suporte constitucional.

Confirmo os honorários arbitrados para o Perito e Assistente, bem como percentual da verba advocatícia, considerando, quanto aos primeiros, as dificuldades da perícia, e, no relativo à segunda, o trabalho profissional desenvolvido em primeiro e segundo graus.

É inacolhível o pedido dos expropriados, quando pretendem que a indenização alusiva à terra nua e cobertura nativa se faça em dinheiro, pois não restou demonstrado que *in casu* se cuida de empresa rural.

Tem razão os expropriados, ao reclamarem lhes seja assegurada a compensação do deságio dos títulos respectivos e, ante a falta da demonstração pericial ou documental nesse sentido, arbitro, a essa conta, a taxa de depreciação de 40% (quarenta por cento), em função da diferença entre o valor nominal e o valor real dos títulos respectivos, percentual adotado na AC 103.752 e AC 118.641, ambas já referidas.

No tocante à correção monetária da oferta, determinada na sentença, proceda à queixa dos expropriados, sendo de aplicar-se aqui o enunciado do verbete 202 da Súmula deste Tribunal, vinculatório para a Corte, enquanto não revista.

No referente ao cálculo dos juros compensatórios, explícito que se deverá observar exatamente o verbete 74/TFR, que reflete a orientação da Corte, no particular.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do INCRA e dou provimento parcial à apelação dos expropriados, nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 122.323 — AC — (Reg. 3.465.640) — Rel.: Min. Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal no Acre. Aptes.: INCRA e Ubirajara Almeida Prado Couto e outros. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Rosália Vasques Silva e outros, Luís Saraiva Correia e outro.

Decisão: A 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negou provimento à apelação do INCRA, e proveu parcialmente a apelação dos expropriados. (Em 4-11-87 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros José Delgado e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.288 — SP
(Registro nº 9.540.466)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*
Remetente: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Suzano*
Apelante: *Cerâmica Gytoku Ltda.*
Apelada: *União Federal*
Advogados: *Drs. Mailde Virginia de Medeiros e outros*

EMENTA: Embargos à execução. Multas. Correção monetária — encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69.

«As multas estão sujeitas à incidência de correção monetária» (Súmula nº 45 — TFR).

«O encargo do Decreto-Lei nº 1.025 é sempre devido nas execuções fiscais da União e afasta condenação em honorários advocatícios» (Súmula nº 168 — TFR).

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, reformá-la, parcialmente, 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 novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cerâmica Gytoku Ltda. opôs embargos à execução fiscal que lhe moveu a Fazenda Nacional visando ao recebimento da importância relativa a IPI.

Os embargos foram julgados procedentes, em parte, reduzidos os honorários de advogado para 10% sobre o valor do débito.

Apelou a executada. Insurgiu-se contra a incidência de correção monetária sobre a multa.

Parecer do Ministério Público opinando pelo não provimento da apelação e reforma da sentença no que diz com a redução do acréscimo do Decreto-Lei nº 1.025.

É o relatório.

EMENTA: Embargos à execução — Multas — Correção monetária — Encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69.

«As multas estão sujeitas à incidência de correção monetária» (Súmula 45 — TFR).

«O encargo do Decreto-Lei nº 1.025 é sempre devido nas execuções fiscais da União e afasta condenação em honorários advocatícios» (Súmula 168 — TFR).

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O inconformismo da apelante no que se refere à incidência da correção monetária sobre as multas esbarra em entendimento pacífico deste Tribunal, consubstanciado na Súmula nº 45, *in verbis*:

«As multas, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária» (Súmula 45 — TFR).

Procedendo, entretanto, no reexame obrigatório da sentença, conclui-se que esta há de ser reformada na parte em que reduziu a verba correspondente ao encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69. Este é sempre devido nos termos da Súmula 168 do TFR.

Nego provimento à apelação e reforma em parte a sentença, para que incida na espécie o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, afastada a condenação em honorários advocatícios e arcando a embargante com o pagamento integral das custas.

EXTRATO DA MINUTA

AC 123.288 — SP — (Reg. n.º 9.540.466) — Rel.: Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Suzano. Apte.: Cerâmica Gyotoku Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Mailde Virginia de Medeiros e outros.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e, examinando a sentença no âmbito do duplo grau obrigatório, reformou-a parcialmente.» (Em 4-11-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 126.034 — RJ
(Registro nº 7.113.498)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*
Apelante: *Emilson Correa Botelho e outros*
Apelada: *União Federal*
Advogada: *Dra. Rosana Salim Villela*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Concurso. Prova. Revisão dos critérios de correção. Descabimento.

Inexistindo ilegalidade, abuso de poder ou qualquer outro vício a afetar o processo seletivo, e desprovida a pretensão da prova pericial técnica, pois a isso renunciou, descabe rever critérios de correção da banca examinadora.

Precedente do TFR.

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 unanimidade, negar provimento ao recurso dos autores, para confirmar 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, 15 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Colho da r. sentença de primeiro grau esse resumo que serve para a perfeita compreensão do pedido, objeto desta demanda:

«Emilson Corrêa Botelho, Mirian Spada Buarque de Macedo, Ubiraci Bezerra, Flávio Marcus Mesquita Albano e Ângela Regina Caldeironi Novaes, qualificados na inicial, propuseram Ação Ordinária contra a União Federal alegando que inscreveram-se para concorrer à categoria funcional de «Controlador de Arrecadação Federal», em face da publicação do Edital nº 016/84, de 31 de maio de 1984. Referido Edital estabeleceu o processo seletivo para o

ingresso na categoria funcional aludida, estabelecendo que se faria em duas etapas distintas, uma destinada a provas de conhecimento e outra concernente a treinamento especializado remunerado, de caráter eliminatório, a ser desenvolvido e ministrado pela ESAF, com o objetivo de propiciar aos candidatos a formação necessária para o exercício das atribuições cometidas ao cargo.

Segundo o citado Edital, a primeira etapa do certame, denominada exame de conhecimentos, constaria de duas provas escritas, compostas de *questões objetivas de múltipla escolha*, de natureza eliminatória e classificatória, englobando conhecimentos específicos e gerais das seguintes matérias: Contabilidade, Matemática Financeira, Economia, Estatística, Direito Tributário, Português (item 3.1).

Para ser aprovado na primeira etapa do certame, o candidato deveria preencher, *simultaneamente*, as seguintes condições:

1. Prova de conhecimentos específicos de Estatística e Direito Tributário: peso 2; seria aprovado o candidato que fizesse, no mínimo, 35% dos pontos de cada disciplina e 50% da prova.

2. Prova de conhecimentos gerais de Economia, Matemática Financeira, Contabilidade e Português: peso 1; seria aprovado o candidato que fizesse, no mínimo, 30% dos pontos de cada disciplina e 50% da prova.»

Considerando, tão-somente, o sistema de nota mínima exigida por matéria, os Autores haveriam satisfeito a pontuação mínima necessária e, portanto, estariam aprovados.»

Na contestação, invoca-se orientação jurisprudencial desta Corte sobre não caber ao Judiciário examinar critérios de avaliação das questões.

Sentenciando, o Dr. Silvério Luiz Nery Cabral, eminente Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, julgou a ação improcedente, cassando, em consequência, a medida liminar concedida na Cautelar nº 7097930.

Inconformados, recorreram os Autores, com as razões de fls. 509/515, em críticas ao v. decisório, alegando cerceamento de defesa, por impedidos de oferecerem prova pericial.

Contra-razões às fls. 517/519.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 524/525).

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

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Não há o que se discutir no particular. Os Autores pretendem, por meio desta ação, combater os critérios de aferição da Banca Examinadora, de sorte a serem beneficiados com uma aprovação que foi recusada em decorrência do regime adotado para todos.

Advirta-se, por oportuno, que a pretensão não se fulcra em irregularidade, abuso de poder ou qualquer outro vício capaz de afetar o processo seletivo. Os interesses dos Apelantes contrastam, sem apoio jurídico-administrativo de espécie alguma, com a posição dos candidatos aprovados porque atenderam os requisitos e as condições do procedimento. Acolher o pleito significaria inverter os valores, aprovando quem foi reprovado e reprovando quem se habilitou. Com visto, a modificação cogitada esbarra na própria lógica e no princípio da moralidade administrativa.

O MM. Juiz *a quo* ilustrou sua decisão com inúmeros acórdãos deste Tribunal, os quais peço vênia para reproduzir neste voto:

«EMENTA: Concurso. Ao Judiciário apenas toca apreciar a legalidade do processamento do concurso e jamais enfrentar aspectos pertinentes ao critério didático adotado pela Comissão Julgadora, que não desborde ou se desconvizine de qualquer princípio constitucional ou legal». (AC 31822 — Rel.: Min. Henrique D'Avila, *in DJ* de 17-4-72).

«EMENTA: Concurso Público. O critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido pelo Judiciário, incorrendo questão e legalidade de ato.

Não pode o Judiciário substituir-se à Banca Examinadora na valorização das respostas em termos a discutir com os próprios examinadores. Isso conduziria, se admissível, a abrir-se exceção inclusive quanto à forma de julgar certas questões de prova, tão-somente em relação candidato-autor, o que constituiria quebra do princípio da igualdade de todos os candidatos.» (Emb. na AC 30.657 — Rel.: Min. José Néri da Silveira, *in DJ* de 29-9-75).

«EMENTA: Concurso Público. Revisão ou anulação de suas provas. Não cabe ao Judiciário anular prova de concurso ou rever critério de correção de provas e atribuição de notas, salvo se ocorrer ilegalidade.» (AMS 83.286, do TFR *in DJ* de 27-7-79).

«Concurso Público. Múltipla escolha. Prova. Opções — Numa prova de Direito, em forma de múltipla escolha, nem todos os juristas costumam ficar de acordo com as respostas consideradas, pela Banca Examinadora, como certas. Essa divergência, todavia, não autoriza revisão judicial, em nome da garantia ao Juiz natural (CF, art. 153, § 4º), das opções adotadas pela Banca. O que o Judiciário examina, em caso tal, é se ocorreu ilegalidade no preenchimento administrativo. Porque, se as opções foram exigidas para todos os candidatos, todos foram tratados igualmente. Em caso assim, não há que se falar em lesão a direito individual.» (AMS 88.699 — Rel.: Min. Carlos Velloso — *in DJ* de 26-3-80).

«Não cabe ao Juiz ou Tribunal, no exercício da Jurisdição, entrar em controvérsia com bancas examinadoras quanto ao acerto ou desacerto de seus critérios na formulação das questões e perguntas de provas de conhecimento e na avaliação das respostas.» (AMS 89.278-DF — Rel.: Min. Romildo Bueno de Souza, E, 34/02, *in DJ* de 6-5-82).

«EMENTA: Concurso Público. Opções de múltipla escolha. Não cabe ao Judiciário rever critério de correção de provas de concurso público organizado sob a forma de múltipla escolha, salvo se se verificar ilegalidade.

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 constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Ass. Min. Carlos Madeira, Presidente e Relator.» (AMS 97.049 — Em 3-2-84 — DF).

«EMENTA: Administrativo. Concurso Público. A avaliação ou correção de provas, bem como a atribuição de notas, é incumbência exclusiva da Banca Examinadora, para esse fim constituída.

Descabe ao Judiciário o exame de tais critérios, incumbindo-lhe, tão-só, apreciar a legalidade do processamento do concurso.» (AMS nº 97.817 — Rel.: Min. Hélio Pinheiro).

Na verdade, vislumbrando na providência de uma prova pericial a possibilidade de inverter as conclusões da Banca, os Autores, no apelo, propugnaram pela nulidade da sentença, alegando cerceamento de defesa.

O equívoco de tal cogitação foi bem analisado pelo Dr. Nelson Parucker, digno Subprocurador-Geral da República, em seu parecer de fls. 524/525, *verbis*:

«Todavia, não têm razão os ora Apelantes, no particular. Com efeito, os próprios interessados, à fl. 491, requereram, expressamente, o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330), entendendo desnecessária qualquer outra prova para o deslinde da controvérsia, renunciando, por conseguinte, à perícia de que agora se queixam. Destarte, absolutamente inviável o intento de anular a r. decisão de primeiro grau, por conta de tal motivo.»

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 126.034 — RJ — (Reg nº 7.113.498) — Rel.: Sr. Min. William Patterson.
Apte.: Emilson Correa Botelho e outros. Apda.: União Federal. Adv.: Dra. Rosana Salim Villela.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso dos Autores, para confirmar a sentença de primeiro grau. (Em 15-9-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Otto Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 127.406 — MG
(Registro nº 9.602.003)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Caixa Econômica Federal*

Apelada: *Calçados San Marino Ltda.*

Advogados: *Drs. Francisco Gonçalves Couto Neto e outros, Elair Matheus Diniz e Nilo Arêa Leão*

EMENTA: Processual Civil. Contribuições pagas ao Fundo PIS-PASEP. Ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal.

A Caixa Econômica Federal, sendo atualmente mera agente arrecadadora das contribuições destinadas ao Fundo de Participação PIS-PASEP, gerido por Conselho Diretor designado pelo Ministro da Fazenda, é parte ilegítima para responder por ações de repetição de indébito relativas às mencionadas contribuições.

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 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, 31 de agosto de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou a Caixa Econômica Federal de sentença do MM. Juiz Federal da Décima Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais que, nos autos da ação que lhe propôs Calçados San Marino Ltda., julgou procedente o pedido, para condená-la a restituir importância tida como indevidamente recolhida para o PIS, no montante de 498,64 ORTNs, mais juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença e correção monetária a partir da data dos efetivos recolhimentos, além de honorários advocatícios de 10% sobre o valor apurado na liquidação.

Disse tratar-se de mera arrecadadora do tributo em tela, razão pela qual é parte ilegítima para defender o PIS-PASEP em Juízo, representatividade que cabe ao Procu-

rador da Fazenda Nacional, nos termos do Decreto nº 93.200/86. Aduziu que sequer lhe cabe fiscalizar e cobrar as ditas contribuições, restringindo-se sua atuação à arrecadação dos recursos, que são repassados ao BNDES.

Disse mais carecer a Autora da ação, já que não requereu a restituição do alegado indébito na esfera administrativa; e que, quanto ao mérito, não se trata de tributo, razão pela qual a sua repetição não está sujeita à correção monetária, à falta de lei que a autorize.

Contra-arrazoou a apelada.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual civil. Contribuições pagas ao Fundo PIS-PASEP. Ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal.

A Caixa Econômica Federal, sendo atualmente mera agente arrecadadora das contribuições destinadas ao Fundo de Participação PIS-PASEP, gerido por Conselho Diretor designado pelo Ministro da Fazenda, é parte ilegítima para responder por ações de repetição de indébito relativas às mencionadas contribuições.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Por força da Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, foram unificados, a partir de 1º de janeiro de 1976, os fundos constituídos com os recursos do PIS e do PASEP, passando a Caixa Econômica Federal, que era a Gestora do primeiro, à condição de mera arrecadadora das contribuições destinadas ao novel Fundo de Participação PIS-PASEP, o qual, atualmente, é gerido pelo Conselho Diretor, órgão colegiado, cujos membros são designados por meio de Portaria do Ministro da Fazenda (Decreto nº 78.276/76, art. 9º, com redação dada pelo Decreto nº 84.129/79).

Assim sendo, impõe-se seja alterada a orientação jurisprudencial, invocada na r. sentença apelada, para o fim de negar-se legitimidade à CEF para responder pela ações da espécie, em que são repetidos pretensos indébitos verificados no recolhimento de contribuições destinadas ao Fundo em referência.

Voto, portanto, no sentido de dar provimento à apelação, declarando extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma prevista no art. 267, VI, do CPC, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 127.406 — MG — (Reg. nº 9.602.003) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Apelante: CEF. Apelada: Calçados San Marino Ltda. Advogados: Dr. Francisco Gonçalves Couto Neto e outros e Dr. Elair Matheus Diniz e Dr. Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 31-8-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Pádua Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 127.720 — SP
(Registro nº 9.605.487)

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

Apelante: *Comproquim — Comércio de Produtos Químicos Ltda.*

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

Advogados: *Drs. Olivier Mauro Viteli Carvalho (apte.) e Neumara N. Moeler Lanzilotti (apdo.)*

EMENTA: Contribuições previdenciárias. Correção monetária. Multa. Juros.

I — A correção monetária incide sobre a multa (Súmula nº 45) e não é incompatível com a multa e os juros moratórios, desde que diversos são os seus pressupostos legais e finalidades

II — Os juros de mora são devidos a partir do vencimento do débito e incidem sobre o seu valor corrigido (Regulamento do Custeio da Previdência Social, baixado pelo Decreto nº 83.081, de 24-1-79, art. 61 e § 2º) O art. 2º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, invocado pela apelante, refere-se a créditos fiscais da União e não a contribuições previdenciárias.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1987 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A sentença julgou improcedentes os embargos opostos por Comproquim Comércio de Produtos Químicos Ltda., anteriormente denominada Omavica Empresas Reunidas Indústria e Comércio Ltda., à execução fiscal que lhe move o IAPAS, para cobrança de contribuições previ-

denciárias relativas ao período de 12-81 a 3-83, e, em decorrência, condenou a embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor do débito. Para assim decidir, argumentou (fls. 28/30):

«O exame dos autos principais revela que a embargada está cobrando da embargante contribuições devidas, e não recolhidas nas épocas próprias, ao Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS, como se pode ver da Certidão de Dívida Ativa (fl. 03).

Esse mesmo documento, que serve de base à execução fiscal em testilha, mostra que, além das contribuições, a embargada está cobrando juros de mora, multa e correção monetária.

Assim, nada há a decidir sobre o questionado acréscimo de 20%, pois, ao contrário do que afirmar a embargante, dele não se cogita na Certidão de Dívida Ativa.

Já as outras verbas são inquestionavelmente devidas. De fato estão amparadas, na forma como cobradas pela embargada: 1º) pela Lei nº 4.357, de 16-7-64, que, entre outras providências, autorizou a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, cujo valor nominal e respectiva variação servem de base e critério para a correção monetária de, entre outros débitos, os previdenciários; 2º) pelo Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, que modificou a sistemática de cálculo da correção monetária incidente sobre as contribuições de previdência Social não pagas (sendo certo, aliás, que o seu artigo 2º preceitua, expressamente, que a multa automática, incidente sobre o débito previdenciário, deve ser calculada sobre o valor deste, corrigido monetariamente na forma estabelecida no mesmo Decreto-Lei); 3º) pelo artigo 61 e seus parágrafos, do Decreto nº 83.081, de 24-1-79, que aprovou o Regulamento do Custeio da Previdência Social; e 4º) pelo artigo 143 e seus parágrafos, do Decreto nº 89.312, de 23-1-84, que expediu nova edição da Consolidação das Leis da Previdência Social.

De resto, quanto ao débito propriamente dito, vale dizer, as contribuições ao FPAS, a embargante não negou a sua existência, confessando a responsabilidade que lhe toca a respeito e, até mesmo externando o propósito de quitá-lo (item 4 da inicial).

Por derradeiro, o exame dos documentos por ela juntados, em especial o de fls 10/14, demonstra que a executada, ora embargante, hoje gira sob a denominação social constante do preâmbulo da inicial, de sorte que nada se pode questionar sobre a sua legitimidade processual.

Os embargos, pois, são improcedentes. Na verdade, é o próprio pedido da embargante que carece de amparo legal. A correção monetária não pode ser contada tão-só a partir desta sentença, mas deve ater-se às regras estabelecidas no artigo 1º e seus parágrafos do citado Decreto-Lei nº 1.816».

Apelou a embargante (fls. 32/37). Diz ser inconstitucional o encargo de 20%. Insurge-se contra a incidência da correção monetária sobre a multa, em razão de ambas ter o caráter moratório. Aduz que os juros devem ser calculados sobre o débito originário, devendo ser contados a partir da citação.

Contra-arrazoado o recurso (fl. 39), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão

É o relatório.

EMENTA: Contribuições previdenciárias. Correção monetária. Multa. Juros.

I — A correção monetária incide sobre a multa (Súmula nº 45) e não é incompatível com a multa e os juros moratórios, desde que diversos são os seus pressupostos legais e finalidades.

II — Os juros de mora são devidos a partir do vencimento do débito e incidem sobre o seu valor corrigido (Regulamento do Custeio da Previdência Social, baixado pelo Decreto nº 83.081, de 24-1-79, art. 61 e § 2º). O art. 2º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, invocado pela apelante, refere-se a créditos fiscais da União e não a contribuições previdenciárias.

III — Apelação desprovida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O Pleno do TFR, ao julgar, em 29-11-84, o incidente de inconstitucionalidade, suscitado na AC 80.101 — RS, declarou inconstitucional o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, que previa o acréscimo de 20%, para o caso da cobrança dos débitos previdenciários na via judicial. Ademais, referido dispositivo foi revogado expressamente pelo art 6º da Lei nº 6.944, de 14-9-81. Por isso mesmo, segundo assinalou a sentença, nada há a decidir a propósito, pois o questionado percentual não consta da certidão de dívida.

A correção monetária incide sobre a multa (Súmula nº 45) e não é incompatível com a multa e os juros moratórios, desde que diversos são os seus pressupostos legais e finalidades.

Os juros de mora são devidos a partir do vencimento do débito e incidem sobre o seu valor corrigido (Regulamento do Custeio da Previdência Social, baixado pelo Decreto nº 83.081, de 24-1-79, art. 61 e § 2º). O art. 2º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, invocado pelo apelante, refere-se a créditos fiscais da União e não a contribuições previdenciárias.

Isto posto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 127.720 — SP — (Reg. nº 9.605.487) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro Apelante: Comproquim Comércio de Produtos Químicos Ltda. Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advogados: Dr. Olivier Viteli Carvalho (Apte.) e Dra. Neumara N. Moeler Lanzilotti (Apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 20-5-87 — 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.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.628 — SP
(Registro nº 4.823.591)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Remetente: *Juízo Federal da 4ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Cia. Nitro Química Brasileira (recurso adesivo à fl. 172)*

Advogados: *Drs. Adherbal dos Santos Acquati e outros e Pedro Gordilho*

EMENTA: Repetição de indébito. ISTR. Honorários advocatícios.

Não estão sujeitas ao ISTR as empresas que transportam, em veículos próprios, mercadorias ou bens próprios destinados ao comércio ou à indústria.

Inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77. Julgamento Plenário do TFR.

Redução dos honorários advocatícios para 5% em atenção aos parâmetros legais e à orientação jurisprudencial pertinente à espécie.

Sentença, parcialmente, reformada.

Apelação e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos recursos e no âmbito do duplo grau obrigatório, reformar parcialmente a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Companhia Nitro Química Brasileira, qualificada nos autos, propôs, perante o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ação de repetição de indébito contra a União Federal,

alegando, em resumo: que o Decreto-Lei nº 284, de 28-2-67, instituiu um imposto de 5% sobre o transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, efetuado pelas empresas rodoviárias; que esse decreto-lei teve sua aplicação consideravelmente ampliada por força do Decreto-Lei nº 1.438/75 que estendeu a incidência do tributo ao transporte rodoviário de cargas; que é incabível referida cobrança do ISTR quando se trata de transporte de carga própria, razão pela qual requer seja declarada por sentença a inexistência de tal obrigação e que sejam restituídas as verbas indevidamente recolhidas a tal título.

A ação foi julgada procedente, fls. 153/160, condenada a ré a restituir as importâncias pagas a título de ISTR, acrescidas de juros de mora, com correção monetária, custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a União Federal, com razões de fls. 163/165 (lê:).

Contra-razões, às fls. 167/177.

Recurso adesivo, às fls. 173/175 (lê:).

À fl. 178, a d. Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma parcial da sentença.

Pauta sem revisão

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Este Tribunal, no julgamento pleno da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825 — RS, reconheceu, por maioria, que é inconstitucional «a norma inscrita no artigo 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977, no ponto em que erigiu como contribuinte do ISTR a pessoa física ou jurídica que transportar, em veículo próprio, mercadoria ou bens próprios destinados ao comércio ou à indústria, porque incompatível com o artigo 21, VI, da Constituição, dispositivo constitucional que o CTN desenvolveu, com fidelidade, nos seus artigos 68, 69 e 70».

A sentença monocrática adequa-se a essa decisão pelo que no mérito a mantenho a teor de seus próprios fundamentos.

No âmbito do duplo grau de jurisdição, porém, reformo-a em parte para reduzir os honorários advocatícios ao percentual de 5% (cinco por cento), em atenção aos parâmetros legais e à orientação jurisprudencial pertinente à espécie

A irrisignação da autora não merece prosperar. Deveras de uma parte, resulta implícito que a pretendida repetição encontra respaldo na inexigibilidade do tributo, vindo daí que a sentença, ao deferi-la, esgotou inquestionavelmente a prestação jurisdicional. De outro lado, a atualização monetária foi contemplada na de modo correto, sendo de observar que o Decreto-Lei nº 2.290, de 1986, invocado pela recorrente, apenas alude aos índices das OTN's pelos quais os débitos resultantes de condenação judicial e os créditos em liquidação extrajudicial serão reajustados.

Assim, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo. A remessa necessária provejo em parte como acima explicitado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 130.628 — SP — (Reg. nº 4.823.591) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Cia. Nitro Química Brasileira (Recurso Adesivo à fl. 172). Advs.: Drs. Adherbal dos Santos Acquati e outros e Pedro Gordilho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos e no âmbito do duplo grau obrigatório, reformou parcialmente a sentença. (Em 28-10-87 — 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 131.858 — PB
(Registro nº 9.678.468)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Apelante: *DNER*

Apelado: *Jurandir Pereira da Silva*

Advogados: *Drs. Ricardo Selva e outro e Ana Carmen Resende Cavalcante*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Gratificação de desempenho de atividades rodoviárias. Cancelamento indevido.

Se a Administração cancela a vantagem (Gratificação de Desempenho de Atividades Rodoviárias) com base em motivo não previsto na regulamentação específica (dispensa da função de confiança) merece censura o ato e, em consequência, impõe-se a reparação devida.

Verba honorária que se reduz.

Recurso 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, 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, 8 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto, como relatório, a parte expositiva da r. sentença de fls. 122/127, na qual o Dr. Francisco Barros Dias, eminente Juiz Federal da Terceira Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, expõe, com clareza, a matéria discutida nos presentes autos:

«Jurandir Pereira da Silva, qualificado na exordial, através de advogada legalmente constituída, propôs Ação Ordinária de Cobrança cumulada com Medidas de Decretação de Nulidade de Ato Administrativo, contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), autarquia Federal, com se-

de no Rio de Janeiro e representação nesta Capital, alegando em síntese, o seguinte:

a) O Postulante foi transferido em 1979, da sede do DNER para o 13º Distrito Rodoviário Federal, nesta capital, para exercer a função de confiança de Chefe do Serviço de Pessoal, onde passou seis anos, tendo sido dispensado em agosto de 1985;

b) que, outro funcionário foi designado para a referida chefia em período que a lei eleitoral e estatutária vedam a transferência de servidores;

c) que, o Promovente foi excluído do rol de servidores que percebem a Gratificação pelo Desempenho de Atividade Rodoviária (GADAR), pelo Diretor de Pessoal do DNER, pessoa incompetente para o ato, face a inclusão do Requerente haver sido feita pelo Diretor Geral da Autarquia;

d) que, o Suplicante ao ser excluído da gratificação já percebia 100% (cem por cento) desta, face a obtenção de 100 pontos em avaliação que lhe foi procedida;

e) que, o Postulante passou a perceber a gratificação da Tabela Especial instituída em 1980 por autorização do Presidente da República, pelo prazo de 2 (dois) anos, sendo prorrogados até se transformar em Gratificação de Desempenho de Atividade Rodoviária (GADAR), pelo Decreto-Lei nº 2.194/84;

f) que, as Autoridades superiores da Autarquia-Ré alegam que a referida gratificação está vinculada ao exercício de função de confiança de DAI ou DAS, o que não é verdade, pois como «o próprio nome indica não vincula a qualquer função de confiança, quer seja de nível médio ou superior»;

g) que, foi dispensada sua gratificação quando se encontrava em gozo de licença para tratamento de saúde, o que não poderia vir a ocorrer.

Traz à colação dispositivos do Decreto-Lei nº 2.194/84, Portarias e citações doutrinárias em defesa de seus pontos de vista.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 16 a 34.

A Autarquia-Ré contestou a ação e, em preliminar, alegou a inépcia da inaugural e a incompetência desse juízo para conhecer da matéria.

No mérito, alegou que no ato de designação do cargo de confiança está implícito o direito de dispensa *ad nutum*, podendo o Poder Público exercê-lo livremente. Acrescenta que o ato de designação do servidor para assumir a função do Autor, não lhe diz respeito e por isso não é parte legítima para atacar o mesmo.

Aduziu ainda que, o ato assinado pelo Diretor de Pessoal do DNER, para exclusão da gratificação do Postulante, foi realizado através de delegação de competência.

Adiciona mais que, ao ser dispensado o Autor no período que se encontrava de licença para tratamento de saúde, neste lapso de tempo o servidor não deixou de perceber a gratificação, conforme faz prova os documentos em anexo. Ao final, pediu a improcedência da ação.

Na contestação foram colacionados os documentos de fls. 45 a 49.

Impugnando a Contestação, respondeu o Autor que as preliminares de inépcia da inicial e de incompetência da Justiça Federal da Paraíba para conhecer do processo não podiam prosperar. No mérito, voltou a sustentar tudo quanto havia afirmado na vestibular. Mais documentos foram apensos como se infere das fls. 59 a 82, sobre os quais falou o DNER às fls. 84 a 85.

Instados a se manifestarem sobre a produção de provas o Autor pediu o julgamento antecipado da lide e a Contestante juntou os documentos de fls. 90 a 98, que por isso foi dada oportunidade ao Promovente para novo pron-

nunciamento no feito, tendo solicitado a requisição do procedimento administrativo que foi atendida pelo Juiz presidente do processo.

Anexados os procedimentos administrativos, foi aberta vista às partes sobre os mesmos, tendo se pronunciado tão-somente o Autor.

Sentenciando, julgou procedente a ação para declarar nulo o ato que extinguiu o direito do Autor de perceber a Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias, «determinando que o mesmo continue a fazer jus a dita vantagem», condenando a Autarquia ao pagamento da referida gratificação no percentual de 100%, a partir de 15-8-85, data da suspensão do pagamento, ressalvados os meses já percebidos, corrigidos, monetariamente. Determinou, ainda, o ressarcimento das custas dispendidas e o pagamento da verba honorária, à razão de 15% sobre o valor das vantagens apuradas em liquidação, tudo reajustado pelos índices de correção monetária antes de março de 1986 e por OTN, a partir de março de 1987 (sic).

Apelou o DNER (fls. 131/133), procurando justificar a suspensão do pagamento da gratificação ao Autor com os atos normativos trazidos aos autos (Decreto-Lei nº 2.194, de 1984, portarias diversas e instruções de serviço). Insurge-se, ainda, contra a determinação de reembolso das custas processuais.

Contra-razões às fls. 136/137.

Nesta instância, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fls. 143).

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: As preliminares foram corretamente resolvidas pelo MM. Juiz *a quo*, motivo pelo qual desmerece censura o v. decisório, nessa parte.

De meritis, vale lembrar a evolução regulamentar do benefício cogitado na presente ação. Ao pessoal do DNER, integrante da Tabela Especial de Remuneração, foi concedida uma gratificação, vinculada a sua percepção a uma série de requisitos, conforme definido em ato próprio.

Posteriormente, a aludida vantagem passou a ser disciplinada pelo Decreto-Lei nº 2.194, de 26-12-84, merecendo pôr em destaque os seguintes dispositivos:

«Art. 1º A gratificação a que fazem jus os servidores integrantes das categorias funcionais de nível superior e médio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, prevista na sua Tabela Especial de Remuneração, fica transformada em Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias.

Art. 2º A gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias corresponderá aos percentuais de 40% (quarenta por cento) a 100% (cem por cento) incidentes sobre o vencimento ou salário, não podendo ser considerada para efeito de cálculo de qualquer vantagem ou indenização.

Parágrafo único. Na hipótese de o servidor ocupar cargo em comissão ou função de confiança integrante do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, pertencentes ao Quadro ou Tabela Permanentes do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, os percentuais específicos neste artigo incidirão sobre o vencimento ou salário correspondente ao mesmo cargo em comissão ou função de confiança, excluída a representação mensal.

Art. 3º Aplica-se o disposto na parte final do parágrafo único do artigo anterior, na hipótese de requisição de servidor do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem para o exercício de cargo em comissão ou de função de confiança integrantes do Grupo Direção e Assessoramento Superiores do Quadro ou Tabela Permanente do Ministério dos Transportes.

Art. 4º Os servidores que estiverem percebendo a gratificação de que trata a Tabela Especial de Remuneração em valor superior ao máximo admitido no art. 2º deste Decreto-lei, farão jus à correspondente diferença, como vantagem pessoal, nominalmente identificada, que será absorvida pelos reajustamentos gerais de vencimentos e salários dos servidores federais.

Art. 5º Somente farão jus à Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias, os servidores no efetivo exercício dos respectivos cargos, empregos ou funções.»

Como se vê, a antiga Gratificação de Tabela Especial de Remuneração foi transformada na Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias. Nessa modificação não se estabeleceu condicionante, relativamente ao nível de hierarquia do cargo (superior e médio). Por outro lado, o exercício de cargo ou função de confiança foi indicado na normatividade para o fim de cálculo dos percentuais do benefício, consoante se extrai do parágrafo único, do art. 2º.

Em momento algum o citado diploma restringiu o alcance da vantagem dos ocupantes dos cargos ou funções de confiança. Muito pelo contrário, o art. 5º é taxativo em dizer que ela é devida aos servidores no efetivo exercício dos respectivos cargos, empregos ou funções. Parece evidente que em tal enunciado inexistia a restrição pretendida.

As qualificações para o auferimento da gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias foram estabelecidas na Portaria nº 54, de 8-2-85 do Senhor Ministro dos Transportes observados os seguintes princípios básicos:

«Art. 1º A gratificação a que fazem jus os servidores integrantes das categorias funcionais de nível superior e médio do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, prevista na sua Tabela Especial de Remuneração, transformada em Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias, de que trata o Decreto-Lei nº 2.194, de 27 de dezembro de 1984, será concedida tendo por base o desempenho profissional, cuja aferição far-se-á mediante processo de avaliação estabelecido nesta Instrução.

O processo de avaliação far-se-á, semestralmente, nos meses de janeiro e julho de cada ano, e consistirá basicamente na aferição do desempenho profissional do servidor, assim considerado isoladamente e dentro do grupo ou categoria funcional a que pertencer.»

Portanto, na própria regulamentação administrativa está expresso que os servidores integrantes das categorias funcionais de nível superior e médio são os beneficiários. As condições para a sua percepção são aquelas apuradas no processo de avaliação.

In casu, o DNER, em sua contestação não alega que o cancelamento decorreu da falta de preenchimento dos requisitos definidos na aludida Portaria. Dá a entender que a causa da exclusão foi a dispensa da função de confiança. Isso, porém, não é possível, por ausência de autorização legal ou regulamentar. Não se discute a competência do Departamento para aferir a qualificação e o desempenho. Sobre esse aspecto já me manifestei no voto pertinente à AC. nº 117.549-RJ. Todavia, se excede os limites da disciplina, para motivar o ato em causa não prevista, afronta o direito do funcionário, e a reparação requerida há de ser acolhida. Tal reconhecimento não implica em dispensar o servidor de futuras avaliações.

O dispositivo sentencial merece ser corrigido apenas no tocante ao percentual da verba honorária, que deve ser reduzido a 10%, mantida a decisão monocrática, quanto ao mais.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 131.858 — PB — (Reg. nº 9.678.468) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Apte.: DNER. Apdo.: Jurandir Pereira da Silva. Adv. Drs. Ricardo Selva e outro e Ana Carmen Resende Cavalcante.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 8-9-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 132.073 — SP
(Registro nº 1.066.080)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*
Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara — SP*
Apelante: *IAPAS*
Apelada: *Indústria de Calçados Magestic Ltda.*
Advogada: *Dra. Ivone Ferreira Caldas*

EMENTA: Contribuições previdenciárias. Prescrição. Súmula nº 153 — TFR.

Natureza tributária das contribuições previdenciárias acolhida pela maioria da colenda Segunda Seção.

Aplicação à espécie do art. 174 do CTN.

Improvemento dos recursos de ofício e voluntário.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1987, (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMº SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Apela o IAPAS, a par da remessa *ex officio*, inconformado com a r. sentença de fls. 46/48 que, ao julgar procedentes, em parte, embargos do devedor, excluiu da execução parcela tida por prescrita.

O recurso percorre, tão-só, o já trilhado caminho do prazo trintenário para a prescrição das contribuições previdenciárias.

Sem contra-razões, subiram os autos.

Dispensados parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (RELATOR): O MM. Juiz a quo Dr. Sebastião de Oliveira Lima bem apreciou a questão, compulsando adequadamente os dados temporais, para o fim de excluir do débito a parcela atingida pela prescrição quinquenal.

Neste Tribunal me filio à corrente majoritária que sustenta a natureza tributária das contribuições previdenciárias, de sorte que lhe são aplicáveis as regras do CTN.

Por outro lado, discute-se acerca de dívida anterior à EC n^o 8/77 e à Lei n^o 6.830/80, descabendo, por isso, de cogitar de seus preceitos, aplicando-se à espécie o teor da Súmula 153-TFR.

Nego provimento ao recurso de ofício e voluntário.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (vencido):

Nos termos do voto que proferi nos EAC n^o 106.791-SP, cuja cópia segue em anexo, provejo a apelação e a remessa oficial, para o fim visado pela apelante.

ANEXO

Embargos Infringentes na AC n^o 106.791 — Reg. 7.255.349 — SP

Embargante: IAPAS/BNH

Embargada: J. de Almeida Vieira

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, quando do julgamento, na Eg. 6^a Turma, da AMS n^o 94.859, em que se discutia questão idêntica, proferi voto do qual destaco o seguinte tópico:

«A doutrina ainda não chegou a um consenso sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias.

Aqui e alhures, os estudiosos se dividem, e teorias as mais diversas têm sido construídas, ao sabor das tendências e concepções de cada um.

O Prof. Antônio Carlos A. de Oliveira, em interessante trabalho dedicado ao tema («Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia», Ed. Saraiva, 1981, págs. 385 e segs.), começa por anotar que a dissensão retrata a evolução da previdência social, cujas contribuições, «constituindo, a princípio, fundos privados, terminaram por formar fundos públicos. Espontâneas, antes, depois obrigatórias. Anteriormente, categoria de direito privado, hoje instituto de direito público».

Em seguida, analisa, uma a uma, as teorias emanadas da pesquisa doutrinária em derredor do instituto, tais como a teoria do prêmio de seguro, a teoria do salário diferido, a teoria do salário atual, a teoria fiscal, a teoria parafiscal e a teoria da exação *sui generis*, para concluir:

«Com mais razão, Edvaldo Brito afirma que as contribuições previdenciárias «perderam a natureza tributária», com a Emenda Constitucional n^o 8, que assim trouxe, no seu entender, «inovação a desafiar os juristas, considerando que as prestações pecuniárias correspondentes continuam sendo compulsórias, mas sem a natureza tributária por exclusão constitucional, e considerando que a Lei Maior estabelece a instituição de uma nova contribuição que se não confunde com a que já repre-

senta a participação do empregador e a do empregado no custeio da previdência social».

Claro é que, se as contribuições do empregador e do empregado não se acham referidas nos dispositivos constitucionais, que regem o sistema tributário nacional, a elas é vedado aplicar as regras que comandam os tributos e que se encontram reunidas no Código Tributário Nacional. Logo, no nosso direito, as contribuições empresariais e individuais devidas à previdência social, não possuem natureza tributária, constituindo meras exações *sui generis*, disciplinadas pelas normas da legislação de previdência social».

Essa teoria da exação *sui generis* foi formulada por Pontes de Miranda, ao comentar o art. 165, XVI, da Constituição de 1967. Escreveu o saudoso jurista pátrio:

«Quando a lei fixa o quanto da contribuição de empregador e de empregado, para que se aplique o art. 165, XVI, da Constituição de 1967, não tributa: não há imposto, nem taxa (no sentido de espécie de tributo); há determinação legal de quanto a que, por força de regra jurídica constitucional cogente, porém não auto-suficiente, estão vinculados o empregador e o empregado».

E logo mais:

«Quando a lei determina o que há de prestar à União, o empregador ou o empregado, de modo nenhum tributa: quanto à União, o que há é fixação de despesa; quanto ao empregador e ao empregado, apenas determina o que há de ser a contribuição, a quota do empregador e do empregado. Nada tem isso com o direito tributário».

Nem se contraponha que essa visualização da categoria parte de juristas menos afeitos ao direito financeiro.

O notável tributarista português Alberto Xavier, citado no mesmo trabalho, também não adere ao coro de muitos dos seus eminentes colegas e conceitua a contribuição do empregado como *prêmio de seguro de direito público*. «Trata-se sim — diz ele — da relação sinalagmática própria de toda e qualquer relação de seguro, em que uma prestação — o prêmio — é realizada como contrapartida de uma prestação aleatória, devida pela ocorrência do risco assegurado». No atinente à contribuição do empregador, não obstante reconhecer a sua semelhança com o imposto, defende também a sua natureza de prêmio de seguro, «obrigatoriamente efetuado em benefício de terceiro, atendendo à unidade substancial do regime jurídico do financiamento da previdência» (Antônio Carlos de Oliveira, obr. cit., pág. 387).

A dificuldade do enquadramento dessas exações no gênero tributo talvez resida aí, na diversificada natureza de cada uma delas. Como conferir à prestação do empregado a qualificação de imposto ou taxa, quando ela, em essência, nada mais é do que um dos elementos de um contrato especial de seguro, sem o qual a contraprestação se torna inexigível? Como atribuir tal qualidade à contribuição da União Federal, que se limita a fixar a despesa a esse título na lei orçamentária?

A compulsoriedade da prestação e o seu objeto, consistente unicamente em pecúnia, não constituem dados irredutíveis, decisivos, à sua caracterização como obrigação jurídica tributária. O mesmo fenômeno se dá com referência à multa de direito público. No entanto, o Código Tributário Nacional a exclui do conceito de tributo, quando ressalva, no art. 3º, a sanção de ato ilícito, a cujo respeito escreve Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª. ed., 1981, pág. 25): «É notável a cláusula «que não constitua sanção de ato ilícito» porque permite extremar o tributo das multas. Se não se fizesse a

ressalva, o conceito ficaria ambíguo — e, pois, cientificamente inútil — por excessivamente compreensivo, a ponto de abranger entidade tão distinta como é a multa de direito público».

A impossibilidade de reunir em um conceito unívoco as três parcelas formadoras do custeio da previdência social — creio eu — impeliu o legislador brasileiro a colocá-las em plano próprio, distante da área especificamente tributária.

Observe-se que Rubens Gomes de Souza, no anteprojeto que mais tarde serviria de modelo à vigente Lei nº 5.172, de 25-10-66, já preconizava a divisão dos tributos em impostos, taxas e contribuições, abrangentes estas de toda e qualquer exação não compreendida nas duas primeiras. A proposição não foi aceita, como facilmente se percebe da leitura do art. 5º do CTN.

Os adeptos da tese tributarista não se deram por satisfeitos. O art. 217 do CTN, resultante do Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66, teria introduzido no sistema as discutidas contribuições de previdência. Não se aperceberam, todavia, de que o aludido diploma, além de deixar intacto o art. 5º do texto codificado, teve sentido e finalidade inversos, ou seja, deixar claro que as hipóteses de incidência, previstas nos arts. 17, 74, § 2º e 77, parágrafo único, não excluíam a *incidência* e a *exigibilidade* das contribuições que enumera (art. 217, incisos I a V), reafirmando com isso (é a exegese lógica) a sua não configuração tributária.

É certo que a Emenda Constitucional nº 1/69 fez constar do art. 21, § 2º, inciso I, no capítulo reservado ao sistema tributário, que a União poderia instituir contribuições tendo em vista o interesse da previdência social. Este preceito demanda maior clareza, pois não se sabe se as contribuições a que alude, são aquelas já cobradas do empregador e do empregado ou outras decorrentes de situações anormais. Em todo caso, cumpre lembrar que, quando a Constituição quis subsumir certos ingressos nas regras gerais do direito tributário, fê-lo de modo expresso. Foi o que se deu como empréstimo compulsório, colocado no art. 21, § 2º, inciso II, logo em seguida às contribuições parafiscais: enquanto mandou aplicar tais regras jurídicas ao primeiro enfaticamente, silenciou em relação às segundas, numa evidente demonstração de que desejava submeter estas a regime normativo próprio.

Qualquer que seja a linha de entendimento em que se posiciona o intérprete, não se há de negar que a Emenda Constitucional nº 8, de 14-4-77, dissipou as vacilações acaso existentes no conferir ao citado art. 21, § 2º, inciso I, a seguinte redação:

«§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Depara-se-nos aí mudança radical, visto como o texto só menciona a parcela da União, restando, quanto às prestações a cargo do empregador e do empregado, a previsão do art. 165, inciso XVI, inserido no título III, dedicada à ordem econômica e social.

É inquestionável que as contribuições previdenciárias podem compor o sistema tributário, por isso que o problema não é de ordem doutrinária. *De lege ferenda*, portanto, nada o impede. *De lege lata*, porém, seria temerário pretender considerá-las espécies tributárias, à luz do nosso sistema constitucional e do texto codificado.

A previdência social, entre nós, está disciplinada na Lei nº 3.807, de 26-8-1960 e legislação posterior, objeto atualmente de consolidação (Decreto nº

77.077, de 24-1-1976). Nesta estão discriminados os benefícios, as fontes de receita, o modo de arrecadação e recolhimento das contribuições, a apuração do débito e sua inscrição na dívida ativa e os prazos prescricionais.

São essas regras jurídicas que o aplicador tem de observar, não aquelas do Código Tributário Nacional, completamente alheias à matéria. Não posso aceitar, por isso, a prescrição quinquenal, quando o art. 221 da CLPS prevê, *expressis verbis*, a prescrição trintenária.

A Súmula nº 108 deste Colendo Tribunal, com base no art. 143, parágrafo único, da citada CLPS, estatui que a constituição do crédito previdenciário está sujeita ao prazo de caducidade de cinco anos. Embora a solução não me pareça das melhores, porque prazos de decadência e de prescrição não de constar de comando legal explícito, adiro à orientação pretoriana, em face da preceituação acima.»

Posteriormente, perante a Eg. 5ª Turma, ao votar na AMS nº 102.858, em que se controvertia sobre a natureza jurídica das contribuições sociais, tive a oportunidade de emitir o seguinte pronunciamento:

«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:

«Nestas 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 do 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 ca-

tegorias 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, n° XIII, da Constituição vigente.»

Depois da Emenda Constitucional n° 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, § 2°, 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 n° 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 a 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 n° 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 n° 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 14-11-1966, 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 10-6-1966, 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 considerações aduzidas, recebo os embargos para o fim neles visado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 132.073 — SP — (Reg. nº 1.066.080) — Relator: Ministro Sebastião Reis — Remte: Juízo Federal da 6ª Vara-SP — Apte: IAPAS — Apda: Indústria de Calçados Magestic Ltda. Adv.: Dra. Ivone Ferreira Caldas.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Torreão Braz, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 14-9-87 — 5ª Turma)

Votou de acordo com o Relator o Sr. Ministro Pedro Acioli. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 133.331 — PR
(Registro nº 9.701.427)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *IAPAS*

Apelado: *Oedéa Capriglioni*

Advogados: *Drs. Denise Vinci Tulio e Isabel Dilohe Piske Silvério*

EMENTA: *Funcionário inativo. Acumulação de quintos com a gratificação DAI.*

A cumulação dos quintos com a gratificação de DAI é permitida, segundo a Orientação Normativa nº 232, do DASP, que nenhuma restrição faz quanto aos aposentados.

Precedentes do Tribunal.

Apelo 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 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, 3 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: *Oedéa Capriglioni moveu ação ordinária contra o IAPAS objetivando a incorporação de quintos, sobre o símbolo DAI 111-1 (NM), aos proventos de sua aposentadoria, e, o pagamento destes a partir da inativação até a implantação nas folhas de pagamento do pessoal inativo, acrescido de juros e correção monetária.*

Contestando o feito às fls. 13/17, o Instituto-réu sustentou a impossibilidade de acumulação das vantagens dos arts. 180 ou 184 da Lei 1.711/52, com aquelas criadas pela Lei nº 6.732/79.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação para condenar o Réu a pagar os valores referentes à vantagem da Lei nº 6.732/79 a partir da aposentadoria da Autora, con-

forme pedido inicial. Às diferenças devidas acrescentou juros de mora, correção monetária a partir do ajuizamento, custas e honorários advocatícios de 20% sobre o total da liquidação (fls. 59/60).

Inconformado, apelou o Instituto às fls. 67/71 pleiteando a reforma total da sentença, em especial, a redução dos honorários advocatícios.

Oferecidas contra-razões, os autos subiram a este E. Tribunal.

Sem revisão (art. 33, item IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): A r. sentença de primeiro grau, ao julgar procedente a ação, vem assim fundamentada:

«A administração reconheceu o direito da Autora à incorporação da gratificação da Lei 6.732/79, consagrada pela Súmula 155 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, conforme demonstra o documento de fl. 07, o que se discute é a cumulação desta gratificação com a vantagem do art. 180 da Lei 1.711/52 nos proventos de aposentadoria da Autora.

A questão relativa à incorporação dos benefícios dos quintos aos proventos da aposentadoria, desde que esta não seja concedida com as vantagens do DAI, deve ser solucionada na mesma linha de pensamento que foi construída pelo DASP (Orientação Normativa n° 232), prestigiada pela jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, através de suas Turmas. Assim, sendo, mesmo que nos proventos esteja incluído o valor da função DAI, não há obstáculo legal para ser, também, cumulados os benefícios da Lei n° 6.732/79, uma vez que tal procedimento é aceitável quando o servidor está em atividade e não afronta o art. 102, § 2° da Constituição Federal».

Apreciando matéria idêntica, assim decidi:

«Funcionário inativo — Acumulação de quintos com gratificação DAI.

A cumulação dos quintos com a gratificação de DAI é permitida, segundo a Orientação Normativa n° 232, do DASP, que nenhuma restrição faz quanto aos aposentados.

Precedentes do Tribunal.

Apelo improvido.» (AC n° 109.865-RN).

Na mesma esteira é a decisão proferida nos autos da AC n° 119.087-MG, Relator, o eminente Ministro Washington Bolívar, cuja ementa proclama:

— «Administrativo — Funcionário aposentado — Incorporação da vantagem prevista na Lei n° 6.732/79 — Decretos-Leis n°s 1.746/79 e 2.153/84 — Juros moratórios.

1. Função gratificada exercida, justificando a incorporação da vantagem prevista na Lei n° 6.732/79, arts. 2° e 3°, combinados com os Decretos-Leis n°s 1.746/79 e 2.153/84.

2. Segundo a Orientação Normativa n° 232, do DASP, «o acréscimo de vencimento estabelecido no art. 2° da Lei n° 6.732/79, pode ser percebido cumulativamente com a gratificação DAI,» inexistindo restrição quanto aos aposentados.

3. Juros moratórios devidos a partir da citação.

4. Precedentes do TFR.

5. Apelo do autor provido; denegado o do INPS.» (ac. pub. no DJ de 3-9-87).

Isto posto, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 133.331 — PR — (Reg. nº 9.701.427) — Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: IAPAS. Apdo.: Oedéia Capriglioni. Advs.: Drs.: Denise Vinci Tulio e Izabel Dilohe Piske Silvério.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 3-11-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Min. Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 134.524 — DF
(Registro nº 9.720.138)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelantes: *IAPAS/BNH*

Apelada: *DUROBRÁS — Distribuidora de Bebidas Ltda. — Giovani Corda*

Advogados: *Drs. Vera Lucia Miranda Sarmet e outros e Murilo Marques da Silva*

EMENTA: Fundo de Garantia de Tempo de Serviço — Cobrança.

A circunstância de haver sido extinto o Banco Nacional da Habitação em nada afeta a titularidade do IAPAS para diligenciar a cobrança das importâncias relativas ao FGTS, atribuição que lhe foi deferida pelo artigo 20 da Lei nº 5.107/66.

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.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O IAPAS ajuizou execução fiscal contra Durobrás — Distribuidora de Bebidas Ltda. — Giovani Corda, visando ao recebimento de importância relativa ao FGTS.

O processo foi julgado extinto, ao fundamento de que, com a extinção do BNH, seu substituto, o IAPAS, teria perdido a legitimidade ativa para a causa.

Apelou o Instituto. Em preliminar, argüiu a nulidade da decisão, por inobservância do disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 2.291/86 que extinguiu o BNH, incorporando-o à Caixa Econômica Federal. No mérito, procurou demonstrar sua competência, como substituto legal, para funcionar no pólo ativo das cobranças dos débitos em questão.

É o relatório.

EMENTA: Fundo de Garantia de Tempo de Serviço — Cobrança.

A circunstância de haver sido extinto o Banco Nacional da Habitação em nada afeta a titularidade do IAPAS para diligenciar a cobrança das importâncias relativas ao FGTS, atribuição que lhe foi deferida pelo artigo 20 da lei nº 5.107/66.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A preliminar deduzida no recurso será examinada juntamente com o mérito.

A titularidade do IAPAS para efetuar a cobrança das importâncias devidas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço derivava do disposto no artigo 20 da Lei nº 5.107/66. Dele se verifica que jamais coube ao Banco Nacional da Habitação aquela incumbência, deferida à Previdência Social desde que criado o Fundo. Extinto o BNH, sucedeu-lhe a Caixa Econômica na gestão do FGTS. Permaneceram intocadas, entretanto, as atribuições do IAPAS derivadas do citado dispositivo legal. Continuará a fiscalizar e cobrar o que for devido, relativamente ao FGTS, já agora em nome da Caixa Econômica Federal que sucedeu ao BNH.

No sentido exposto, decisão da 2ª Seção deste Tribunal nos Embargos Declaratórios nos Embargos Infringentes na AC 110.642-SP de que foi relator para o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz.

Dou provimento para cassar a sentença, prosseguindo-se no feito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 134.524 — DF — (Reg. nº 9.720.138) — Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Aptes.: IAPAS/BNH. Apda.: Durobrás — Distribuidora de Bebidas Ltda. — Giovani Corda. Advs.: Drs. Vera Lucia Miranda Sarmet, Murilo Marques da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 28-10-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.410 — MG
(Registro nº 5.647.576)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Revisor: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *Osmar Ferreira*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Fernando Paulo de Lima e outro*

EMENTA: Penal. Descaminho. Reincidência. Regime da pena.

1. O Apelante não conseguiu provar a regularidade das mercadorias encontradas em grande quantidade na residência dele, o que indica a sua destinação comercial, acrescido o fato de que, anteriormente, sofreu condenação também por descaminho.

2. Parcial provimento do recurso para reduzir a pena, rejeitadas as preliminares de nulidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido em parte o Sr. Ministro Revisor, 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 1986 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Tomo por empréstimo para efeito de relatório a parte expositiva do parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

«Trata-se de Apelação interposta por Osmar Ferreira, contra Sentença que o condenou à pena unificada de 6 (seis) anos de reclusão, por infringência às alíneas *c* e *d* do § 1º, do art. 334 do CP, proferida em 2 processos reunidos (art. 76, III, do CPP).

A pena para cada crime foi de 3 (três) anos de reclusão, em virtude da reincidência específica, levando-se em conta o art. 47 do CP, ficando acima da metade da soma do mínimo com o máximo.

Não reconhecido crime continuado, mas delitos autônomos.

Não ser primário e não ter bons antecedentes, e ter personalidade perigosa, considerou a Sentença.

A Denúncia relativa ao Proc. n.º 694/VII/77 foi apresentada pelos seguintes fatos:

I

«1.1. Aos 21 de junho do fluente ano, no período da manhã, agentes da Polícia Federal, em diligência regular, apreenderam diversas mercadorias estrangeiras destituídas de documentação legal, que se achavam guardadas na residência do denunciado, sita à rua Engenheiro Diniz, 581, na cidade de Uberlândia, neste Estado (cf. laudo pericial de fls. 33/36);

1.2. Osmar Ferreira é fornecedor habitual de mercadorias introduzidas clandestinamente no País, segundo diversos depoimentos constantes dos autos da instrução provisória, sendo inclusive reincidente específico (*ut* Folha de Antecedentes, fls. 48 do i. pol.).

1.3. Figura ainda no inquérito que o motorista José Lemes Carneiro (fls. 19/20) transportou, dois anos aproximadamente antes da diligência descrita no item 1.1., mercadoria clandestina a São Paulo, a pedido de Osmar Ferreira. Como o fato aparentemente não apresenta conexão com o ilícito objeto do presente processo, deixa-se de incluí-lo na denúncia, reservando-se, entretanto, o Ministério Público Federal a faculdade de aditamento, caso no decurso da instrução criminal surjam novos elementos de convicção.

II

2.1. Pelo exposto, incidiu o denunciado Osmar Ferreira na conduta típica prevista no art. 334, § 1º, letras *c* e *d* do C. Penal,....».

A Denúncia relativa ao Proc. n.º 700/VII/77 foi apresentada pelos seguintes fatos:

‘O Denunciado, já condenado definitivamente pela Justiça Federal do Estado de Goiás e com outro Inquérito Policial em Minas Gerais, ambos por descaminho, tornou-se proprietário do veículo Marca Volkswagen, ano 1977, placa XD-3944, Pindamonhangaba-SP, tipo pick-up. E dito veículo, em 22 de abril de 1977, foi interceptado pela Polícia e Agentes da Fiscalização estadual, face a comportamento estranho de seu motorista. Interpelado, este se negou a abrir a porta do cofre «bagageiro», o que foi feito pelo Agente de Tributação Sebastião Lages Duarte. Verificada a existência de mercadoria estrangeira, o Denunciado saiu em desabalada carreira, sumindo.

Apreendidos o veículo e a mercadoria, que é a relacionada no Auto de Apreensão de fl. 8, resulta certo que dita mercadoria é de procedência estrangeira, conforme laudo n.º 64/77 do Instituto Nacional de Criminalística, de fl. 24, no valor total de Cr\$ 166.210,00.

A mercadoria estava desacompanhada de qualquer documentação fiscal que legitimasse, tributariamente, sua entrada e circulação no País.

Assim, sendo a mercadoria transportada em veículo de propriedade do Denunciado, contumaz contrabandista, certa se torna sua responsabilidade penal, quer como seu transportador quer como seu proprietário. Ainda mais que não se apresentou para qualquer justificativa, apenas negando a propriedade do veículo, o que está desmentido pela prova colhida. Ademais, simulou um furto do veículo, fato desmentido.

Com tais procedimentos, acha-se o Denunciado incurso nas sanções do art. 334, § 1º, d, do Código Penal Brasileiro.'

Ambas as Denúncias foram recebidas em 14-10-77 cf. Despacho de fls. 71vº no Proc. n.º 694/VII/77 e Despacho de fl. 146vº no Proc. n.º 700/VII/77.

Os Laudos das bebidas estão às fls. 37/40 (no Proc. n.º 694) e fls. 47/56 (no Proc. n.º 700/77).

Doc. de fl. 334 — o registro desde 6-1-77, como sendo, de propriedade de Agapito Francisco Bicudo, o veículo.

Doc. de fl. 73 do Proc. n.º 700 — recibo, firmado por Agapito Francisco Bicudo, de venda do veículo, para José Lemos Carneiro.

Doc. de fl. 327 — certidão de queixa de furto do veículo, dada por José Lemos Carneiro, por fato ocorrido em 14-4-77, sendo proprietários José Lemos Carneiro e Agapito Francisco Bicudo.

Doc. de fls. 273/275 do Proc. n.º 694, laudo de Exame Documentoscópico (grafotécnico).

Sobre os antecedentes de Agapito Francisco Bicudo, fls. 269 e 279.

Há comunicação de impossibilidade da elaboração do retrato falado do motorista da Kombi (fl. 277).

O auto de reconhecimento (negativo) para José Lemos Carneiro está à fl. 35 do Proc. 700.

A certidão de trânsito em julgado da Sentença contra o Recorrente, proferida em Goiás (fl. 155 do Proc. n.º 700). A certidão relativa ao indulto está à fl. 361.

A Defesa Prévia, às fls. 77/79, pediu a reunião dos processos.

A Sentença foi juntada aos autos em 12-12-83, cf. fl. 343, não constando a data de sua publicação.

Deferido pedido de fiança para apelar em liberdade (fl. 375).

O Termo de apelação está à fl. 379.

A Petição de Apelação está à fl. 380, pugnando:

- a) pela nulidade da instrução criminal;
- b) pela absolvição;
- c) pela diminuição da pena.

As Razões estão às fls. 386/402, alegando:

I — Pela nulidade de instrução criminal porque:

a) ferido o princípio da indivisibilidade da ação penal. Apesar de presos em flagrante Luiz Antônio Fonseca Ribeiro e Antônio Camargo da Silva, contra eles não instaurada ação penal, passando de co-autores a testemunhas;

b) houve omissão do auto de corpo de delito, elaborado na forma do Dec. n.º 57.609/66 e Lei n.º 5.314/67;

c) houve deficiência da defesa, cf. Súm. 523 do STF. Prejudicado o direito do recolhimento do tributo, que ensejaria a extinção da punibilidade. Justi-

ficada a alegação ao final, pela inexistência de defesa útil, não apresentadas provas favoráveis ao Réu, que foram acostadas aos autos com o pedido de fiança para apelar em liberdade. Deferidas diligências não foram ultimadas. Não juntada a prova da inocorrência da reincidência. Não provada a identidade do condutor de camioneta e dado valor à palavra de um facinora, repleto de fichas policiais;

d) houve cerceamento de defesa.

Não intimada a Defesa para inquirição das testemunhas da acusação: Luiz Antônio Fonseca Ribeiro, Waldemar Bittar, havendo, à fl. 101, cientificação do Juízo deprecado da data de 26-6-78.

Pelo não cumprimento do mandado de fls. 182 e 182vº, de intimação da Defesa para a audiência de 26-9-78, em S. Paulo, de inquirição da testemunha da acusação Agapito Francisco Bicudo. Redesignada (para 12-10-78), o Juiz deprecado de S. Paulo não intimou a Defesa, sendo nomeado Defensor *ad hoc*.

Não comunicado, sequer, ao J. deprecante, a audiência deprecada para Teófilo Otoni (fl. 206). Somente dado ciência ao Defensor Público e ao Dr. Promotor de Justiça da Comarca.

II — Pela nulidade da Sentença:

a) proferida por Juiz que não presidiu a instrução. Prevendo a E.M. ao CPP — Cap. da Sentença (XII) a faculdade de ordenar o juiz a repetição da prova, no presente caso, ela era necessária, porquanto não identificado o motorista, além de haver testemunhos suspeitos;

b) violado o inciso IV do art. 381 do CPP. Além da não indicação dos arts. de lei aplicados, não esclarecida a dosimetria da pena, máxime em proc. reunidos e pena exacerbada;

c) descabível a consideração de incidência do inc. III do art. 76 do CPP.

III — Pela absolvição:

A Reincidência foi considerada ao arrepio do requerido pelo MPF (fl. 3 do III vol. em apenso).

Ademais, não foi provada. Não requisitada a sentença condenatória e seu trânsito em julgado, proferida pela Justiça Federal em Goiás.

Também, não observado o prazo de cinco anos do cumprimento da pena. As denúncias foram apresentadas após o prazo.

Não há, outrossim, considerá-lo 'distribuidor importante de mercadorias contrabandeadas no Triângulo Mineiro'.

O Dep. de fl. 11 do vol. I, apesar da suspeição e inidoneidade, comprou mercadorias do Réu, anteriormente a 1972. Reinquirido (fl. 22, I vol.), não mais incrimina o Recorrente, informa haver adquirido mercadorias de Gil de Tal, de Ponta Porã..., continuar recebendo de um Ernani de Tal, de Goiânia.

O Dep. de fl. 23 vº, I vol, é suspeito, cf. fl. 34, diz que toda a mercadoria é guardada na residência do Apelante.

A declaração do Juiz Criminal de Uberlândia, juntada com o pedido de fiança, prova o contrário do Recorrente.

O cumprimento da diligência, requerida pelo MPF (fl. 305), por fundadas dúvidas quanto à veracidade das informações, revela a inidoneidade das testemunhas.

Acareada (fl. 60, vol. I), a testemunha nega tudo (test. de fl. 13 vº, vol. I, refutações fls. 28 vº).

Conforme fls. 15 vº e 16, 109, I vol, o Recorrente fisicamente é outra pessoa que não a descrita como condutor do carro.

Conforme fls. 18/18 vº, a testemunha se contrapõe ao afirmado pela testemunha de fl. 23 vº. A empregada não sabia o que vendia o Recorrente, logo não havia depósito.

A certidão de fl. 324 mostra quem é José Lemos Carneiro.

Há modificação no Dep. de fl. 185 (I vol.).

Sobre a outra testemunha Agapito Francisco Bicudo — o próprio MPF (cf. fl. 305) teve dúvidas sobre suas informações. Aliás, insistentemente defendia a Defesa a tese da inveracidade do seu depoimento, assim como o de José Lemos Carneiro.

Agapito Francisco Bicudo registra vários antecedentes.

Ademais, cf. o recibo de 6-1-77 (fl. 34 do Proc. 700), à certidão de fl. 334, a propriedade do carro é de Agapito Francisco Bicudo. No entanto, Agapito e José Lemos atribuem a propriedade ao Recorrente.

Para prestar esclarecimento, não compareceram, cf. fls. 322 e 325.

A testemunha de fl. 179, diz que recebia mercadoria de um tal de Osmar e que o vendo não o reconhece.

Quanto aos bens apreendidos em sua casa, não teve intenção de lesar o fisco e a quantidade é admissível em casas de classe média.

Quanto às fitas apreendidas, somente por elas poderia ser punido, e sem a reincidência.

Por outro lado, a punição do Recorrente é imolação de uma família, num país como o nosso.

As contra-razões estão às fls. 405/410, pela manutenção da decisão recorrida:

a) não foi desrespeitado o princípio da indivisibilidade da ação penal. O art. 4º do CPP só se aplica à ação penal privada. O C. STF já se pronunciou sobre o tema, cf. RTJ 94/111, pelo voto do Min. Cordeiro Guerra;

b) inexistente nulidade por omissão do corpo de delito. Os laudos estão às fls. 37/40 (da AP nº 694/77) e fls. 47/56 (da AP. nº 700/77). Ademais, consagrada a dispensabilidade do laudo de corpo de delito em tais infrações, cf. juris. cit;

c) inexistente deficiência da Defesa pelo não acolhimento dos tributos. A Súm. 560 do STF e a Lei nº 6.910, de 27-5-81 são posteriores aos fatos. Ainda que pudesse ser reconhecida, o art. 566 do CPP impede possa a Defesa alegá-la;

d) inexistente nulidade por não ter sido o prolator da Sentença aquele que presidiu a instrução. Aliás, o apelante traz trecho da Exposição de Motivos onde consagra a faculdade de repetição dos atos da instrução. Inaplicável o princípio da identidade física do Juiz;

e) inexistentes nulidades por falta de indicação dos artigos de lei aplicados e por incompetência absoluta e reunião dos dois processos;

f) inexistente nulidade por não haver o Defensor do Apelado sido intimado para a audiência de testemunhas em Juízo a deprecados. Presentes adv. *ad hoc*;

g) além de muitas dessas alegações serem extemporâneas (arts. 571 e 572), ademais, *pas de nullité sans grief* (arts. 563 e 566);

h) o Recorrente é reincidente, cf. fls. 155/159, na forma do parágrafo único do art. 46 do CP, na redação da Lei nº 6.416/77. Transitada em julga-

do a Sentença em 29-8-79, foi extinta a punibilidade pelo indulto em 20-9-72 (Certidão de fl. 361 da Ação Penal n.º 694/VII/77). As denúncias foram apresentadas em abril e junho/77, respectivamente, nas Ações Penais n.º 694 e 700;

i) pela apreciação do Recurso, no entanto, relativamente ao *quantum* da pena aplicada, com a redação da Lei n.º 6.416/77 não há mais reincidência genérica e específica. Os arts. 46 e 47 não mais prevêem a aplicação de pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo» (fls. 419/426).

A Dra. Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre opina com o aprovo do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Valim Teixeira, pelo parcial provimento do recurso, a fim de absolver o Apelante quanto à apreensão de mercadoria transportada e manter a condenação relativamente à apreensão de mercadoria, mas com redução da pena para 02 (dois) anos, o que importaria em se decretar a prescrição da pretensão punitiva.

É o relatório.

EMENTA: Penal. Descaminho. Reincidência. Regime da pena.

1. O Apelante não conseguiu provar a regularidade das mercadorias encontradas em grande quantidade na residência dele, o que indica a sua destinação comercial, acrescido o fato de que, anteriormente, sofreu condenação também por descaminho.

2. Parcial provimento do recurso para reduzir a pena, rejeitadas as preliminares de nulidade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Afasto a alegada nulidade pela não observância da identidade física do julgador.

O que se admite é, pura e simplesmente, se o Juiz que decidir a ação penal não for o mesmo que presidiu a instrução, querendo, renove a prova. Logo, se o ilustre sentenciante não se socorreu dessa providência é porque, no caso, teve-a por desnecessária.

A defesa exerceu a sua atividade sem empecos e não vejo nenhum prejuízo para o réu.

2. A ilustrada Procuradoria da República, a propósito das nulidades apontadas pelo Apelante, observa com perfeita correção:

«No mérito, a ausência do laudo referido não constitui cerceamento da defesa nem deficiência para a defesa (Súm. 523 do STF).

O descaminho é espécie do crime de sonegação fiscal, conf. doutrina citada no RE n.º 76.071, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 70/187, um dos precedentes da Súm. 560 do STF.

E os crimes de sonegação fiscal não se subordinam à condição de procedibilidade, cf. Súm. 609 do STF.

Assim, o laudo referido pelo Recorrente é peça indispensável ao processo fiscal administrativo, tão-só, cf. RHC n.º 50.570, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 64/349.

É verdade que poderia ter sido aplicada ao Recorrente a Súm. 560 do STF. O benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo somente foi extinto com a Lei n.º 6.910/81.

Entretanto, não consta dos autos haver requerido o Recorrente o cálculo do tributo para a efetivação do pagamento que, inclusive, poderia ocorrer após a instauração da ação, cf. jurisprudência.

Assim, improcede a alegação.

Quanto ao princípio da indivisibilidade da ação penal, no mérito, também improcede.

Referido princípio não vige para a ação pública, somente para a ação privada, cf. RHC nº 57.799, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 94/137. Para a ação pública vige o princípio da indisponibilidade, cf. RHC citado, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 94/137 (141).

Intempestiva a alegação de cerceamento de defesa pela não intimação da data da inquirição de testemunha nos juízos deprecados.

Não alegadas até o prazo do art. 500, cf. inciso II do art. 571 do CPP.

No mérito, a Súm. 155 do STF somente exige a intimação da expedição da carta precatória.

Considerando, ademais, relativa a nulidade pela sua inexistência.

Conforme fls. 94v, 93v e 93; 206v e 207v, houve intimação da expedição das cartas precatórias: para São Paulo, Ituiutaba, Patos de Minas, Uberlândia e Teófilo Otoni.

Além da intimação por publicação, houve o ciente de fls. 93v.

A intimação para a inquirição de testemunha da Defesa de Uberlândia foi feita através de intimação pessoal, cf. fl. 226.

Assim, a intimação da data da audiência no juízo deprecado não é exigida pelo STF.

De assinalar-se que não houve, ademais, cerceamento da Defesa, porquanto em todas as audiências teve o Recorrente defensor, somente tendo sido nomeado Defensor *ad hoc* para as audiências de Agapito Francisco Bicudo e Ewald Middeldorf, cf. fls. 186 e 185.

Por outro lado, nos autos somente inexistente a tomada por termo do depoimento da esposa do Réu, que não foi encontrada no endereço dado, cf. certidão de fls.

Quanto ao retrato falado, não pôde ser realizado porque, cf. Depoimento de fl. 323, o motorista do carro se evadira.

A fls. de antecedentes de Agapito veio aos autos (fls. 203 e 279).

Há o laudo de exame grafotécnico, concludente quanto à autoria da aposição do nome de José Lemos Carneiro como proprietário no recibo de venda do veículo firmado por Agapito Francisco Bicudo.

A queixa do furto do veículo também está nos autos, fl. 327.

O nome de quem registrado o veículo está à fl. 334.

Assim, as diligências requeridas pela Defesa e reiteradas pelo MPF foram cumpridas.

Não há, portanto, cerceamento do Direito de Defesa do Recorrente» (fls. 426/429)

3. Passo ao exame da ação penal que tomou o número originário 700/VII/77, relativa à apreensão de várias mercadorias de procedência estrangeira encontradas no interior da Kombi pick-up, placa XD-3944 — SP, no dia 22-4-77.

Ao ser interceptado o veículo, e quando era feito um exame no bagageiro, o motorista desapareceu.

José Lemos Carneiro — fl. 33 — declarou que havia adquirido a Kombi de Agapito Francisco Bicudo no dia 25-2-77, pagando parte do preço, mas o carro foi subtraído por um desconhecido no dia 14-4-77, fato que ele comunicou à Polícia, segundo se lê

na certidão de fl. 10. No auto de reconhecimento de fl. 35 ele não foi identificado como o motorista suspeito que conduzia a Kombi, no dia do evento.

Os documentos nas fls. 44 e 334 provam que a Kombi foi vendida a Agapito Francisco Bicudo, que até 12-5-82 não fora transferida a quem quer que seja.

Portanto, como se concluiu que o citado veículo era de propriedade do Apelante ou que transportava mercadorias que lhe pertenciam? Não me deparo com nenhuma firmeza nas declarações de José Lemos Carneiro (fl. 33) e nem vejo prova segura capaz de ensinar uma condenação.

Ao contrário, examinando os autos alusivos ao Processo nº 694/VII/77, convenci-me de que as 24 garrafas de uísque e 400 fitas, sem uso, destinadas a gravador, foram encontradas na residência do Apelante, o que, pela respectiva quantidade, demonstra a sua destinação comercial. A materialidade e a autoria resultam do laudo, do auto de apreensão e das declarações das testemunhas. O Recorrente admitiu haver comprado a bebida no Paraguai. O uso próprio que ele quis imprimir a essa mercadoria afasta-se da realidade, como se constata pela prova.

Quanto à reincidência tem-se a ver que, de acordo com a certidão exarada pela Justiça Federal, Seção de Goiás, o Apelante foi «condenado por sentença que transitou em julgado em 29 de agosto de 1972, que o condenou à pena de 1 ano de reclusão» (fl. 361). O fato denunciado à Justiça Federal de Minas Gerais ocorreu no dia 21-6-77.

Para efeito da reincidência não «prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos ...» — art. 64, I, do C. Penal, ou parágrafo único do art. 46 do CP anterior.

Comparando-se as datas retroindicadas facilmente se apura que não transcorreu o prazo fatal de cinco anos entre agosto de 1972 e junho de 1977.

O ano que tem início no dia 29-8-72 para completar os 5 anos teria de ir até 29-8-77. Logo, entre o trânsito em julgado e o novo delito decorreram 4 anos, 10 meses e 8 dias.

Ao aplicar a pena, a sentença, que é de 9-12-83, cometeu um equívoco ao falar em reincidência específica e no art. 47 do CP, pois teve esta sua redação alterada através da Lei nº 6.416, de 24-5-77, que a aboliu e, inclusive, a forma de calcular a pena. Desse modo, considerados os antecedentes do réu, os motivos e conseqüências do crime, preciso é levar em conta a sua conduta social atestada por autoridade judiciária, razão pela qual condeno o Apelante por infração do disposto no art. 334, § 1º, c, do Código Penal à pena-base de 1 ano de reclusão, elevada de 1/3, tendo em vista o disposto no art. 61, I, do CP — 46, parágrafo único —, tornando-a definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão, por inexistirem causas de aumento ou de diminuição. O regime inicial do cumprimento é fechado, por ser reincidente.

À vista do exposto, absolvo o Apelante da infração tratada no Processo nº 700/77, com base no art. 386, VI, do CPP. Portanto, dou parcial provimento ao apelo e o condeno a 1 ano e 4 meses de reclusão pelo delito constante do Processo nº 694/77 na forma que explicitarei.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Revisor): Inicialmente, no que tange às nulidades argüidas pelo ora Apelante, assim repeliu-as a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu Parecer:

«No mérito, a ausência do laudo referido não constitui cerceamento da defesa nem deficiência para a defesa (Súm. 523 do STF).

O descaminho é espécie do crime de sonegação fiscal, conf. doutrina citada no RE nº 76.071, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 70/187, um dos precedentes da Súm. 560 do STF.

E os crimes de sonegação fiscal não se subordinam à condição de procedibilidade, cf. Súm. 609 do STF.

Assim, o laudo referido pelo Recorrente é peça indispensável ao processo fiscal administrativo, tão-só, cf. RHC nº 50.570, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 64/349.

É verdade que poderia ter sido aplicada ao Recorrente a Súm. 560 do STF. O benefício da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo somente foi extinto com a Lei nº 6.910/81.

Entretanto, não consta dos autos haver requerido o Recorrente o cálculo do tributo para a efetivação do pagamento que, inclusive, poderia ocorrer após a instauração da ação, cf. jurisprudência.

Assim, improcede a alegação.

Quanto ao princípio da indivisibilidade da ação penal, no mérito, também improcede.

Referido princípio não vige para a ação pública, somente para a ação privada, cf. RHC nº 57.799, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 94/137. Para a ação pública vige o princípio da indisponibilidade, cf. RHC citado, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 94/137 (141).

Intempestiva a alegação de cerceamento de defesa pela não intimação da data da inquirição de testemunha nos juízos deprecados.

Não alegadas até o prazo do art. 500, cf. inciso II do art. 571 do CPP.

No mérito, a Súm. 155 do STF somente exige a intimação da expedição da carta precatória.

Considerando, ademais, relativa a nulidade pela sua inexistência.

Conforme fls. 94v, 93v e 93; 206v e 207v, houve intimação da expedição das cartas precatórias: para São Paulo, Ituiutaba, Patos de Minas, Uberlândia e Teófilo Otoni.

Além da intimação por publicação, houve o ciente de fls. 93v.

Intimação para a inquirição de testemunha da Defesa de Uberlândia foi feita através de intimação pessoal, cf. fl. 226.

Assim, a intimação da data da audiência no juízo deprecado não é exigida pelo STF.

De assinalar-se que não houve, ademais, cerceamento da Defesa, porquanto em todas as audiências teve o Recorrente defensor, somente tendo sido nomeado Defensor *ad hoc* para as audiências de Agapito Francisco Bicudo e Ewald Middeldorf, cf. fls. 186 e 185.

Por outro lado, nos autos somente inexistente a tomada por termo do depoimento da esposa do Réu, que não foi encontrada no endereço dado, cf. certidão de fls.

Quanto ao retrato falado, não pôde ser realizado porque, cf. depoimento de fl. 323, o motorista do carro se evadira.

A fls. de antecedentes de Agapito veio aos autos (fls. 203 e 279).

Há o laudo de exame grafotécnico, concludente quanto à autoria da aposição do nome de José Lemos Carneiro como proprietário no recibo de venda do veículo firmado por Agapito Francisco Bicudo.

A queixa do furto do veículo também está nos autos, fl. 327.

O nome de quem registrado o veículo está à fl. 334.

Assim, as diligências requeridas pela Defesa e reiteradas pelo MPF foram cumpridas.

Não há, portanto, cerceamento do Direito de Defesa do Recorrente» (fls. 426/429).

No que respeita à ação penal, cujo número originário é 700/VII/77, que trata da apreensão de mercadorias de procedência estrangeira, encontradas no interior da Kombi, placa XD-3944 — SP, nota-se que, quando da interceptação do veículo para verificação, o seu motorista desaparecera.

A documentação acostada às fls. 44 e 334 comprova que o veículo fora vendido a Agapito Francisco Bicudo, e que até a data de 12-5-82 ainda não havia sido regularmente processada a sua transferência, o que afasta a conclusão de que a Kombi não era de propriedade do Apelante e nem, tampouco, conduzia mercadoria de sua propriedade.

De outra parte, ao examinar o Processo nº 694/VII/77, conclui-se que as vinte e quatro (24) garrafas de uísque e as quatrocentas (400) fitas, virgens para gravação, foram encontradas na residência do Apelante.

A quantidade desta mercadoria bem demonstra a sua destinação comercial.

De resto, a materialidade e a autoria ressaltam do laudo, do auto de apreensão e dos depoimentos tomados das testemunhas.

No que concerne à reincidência, estou em que assiste razão à douta Subprocuradoria quando ressalta que:

«Ao contrário do que afirmado, há certidão da Sentença de fl. 155, que atesta o trânsito em julgado da Sentença relativa ao fato de 1972, ocorrido em 29-8-72.

Com o pedido de fiança foi anexada a certidão, de fl. 361, sobre concessão de indulto, em 20-9-72, o que, no entanto, não modifica a contagem do prazo de 5 (cinco) anos.

Os fatos são de junho/77. Nesta medida não há a reincidência.»

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para:

a) absolver o Recorrente da incriminação por apreensão da mercadoria transportada, por insuficiência de provas (inc. VI, do art. 386, do CPP), de conformidade com o voto do eminente Relator;

b) manter a condenação do Recorrente relativamente à mercadoria encontrada em sua residência, modificando-se, no entanto, o *quantum* da pena aplicada, fixando a pena-base de 1 (um) ano de reclusão, sem a agravante do art. 61, I, do CP, por inoportunidade, na espécie, a circunstância agravante da reincidência, conforme demonstrado no Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Por derradeiro, como a pena foi fixada em quantia inferior a dois (2) anos, decreto a prescrição de que nos dá notícia o § 1º do art. 110 do vigente Código Penal, com fundamento no prazo do inciso V, do art. 109, do mesmo Código e segundo opina o Parecer de fls. 418/435, da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 6.410 — MG — (Reg. nº 5.647.576) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Revisor: O Sr. Ministro Otto Rocha. Apte.: Osmar Ferreira. Apda.: Justiça Pública. Advogados: Drs. Fernando Paulo de Lima e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido em parte o Sr. Ministro Revisor. (Em 24-6-86 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro William Patterson votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM ACr N° 6.410 — MG
(Registro n° 5.647.576)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Embargante: *Ministério Público*

Embargados: *Osmar Ferreira e Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Fernando Paulo de Lima e outro*

EMENTA: Penal. Processual Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Recurso do MP em favor do réu.

I — Legitimação e interesse do Ministério Público, como fiscal da lei, em recorrer em favor do réu, embora não haja apelado da sentença condenatória.

II — Para efeito de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, por inexistência de apelação da acusação, deve ser considerada a pena concretizada em segundo grau (CP, art. 110, e Súmula n° 186 do TFR).

III — Embargos do MP providos, para declarar-se extinta a punibilidade, pela prescrição da ação penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, declarar prescrita 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, 14 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXM° SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Condenado a seis anos de reclusão por descaminho, Osmar Ferreira apelou da sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais (fls. 344/354), havendo a E. 2ª Turma reduzido a pena para um ano e quatro meses de reclusão, porque absolveu o apelante em um dos dois processos julgados conjuntamente, por insuficiência de provas, enquanto que, no outro, resolveu diminuir a pena-base para um ano de reclusão, a que acrescentou mais quatro meses por considerar existente a reincidência específica.

O ilustre Ministro Costa Lima, relator, foi acompanhado pelo Sr. Ministro William Patterson, havendo ficado parcialmente vencido o eminente Ministro Otto Rocha, revisor, que manteve como definitiva a pena-base de um ano de reclusão, por entender inócua a reincidência, e pronunciou a prescrição da pretensão punitiva, em conformidade com parecer da douta SGR, subscrito pela Dr.^a Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, ilustre Procuradora da República (fls. 418/461).

Após a rejeição, pela Turma, dos embargos de declaração que interpôs (fls. 467/473), pela mão da mesma Procuradora da República, a douta SGR entrou com os presentes embargos infringentes e de nulidade, em favor do condenado, para que prevaleça o voto do Sr. Ministro Otto Rocha na parte em que pronunciou a prescrição (fls. 475/480).

O recurso foi admitido, falando em seu favor o nobre Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles (fls. 484).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Sobre a legitimidade e o interesse do Ministério Público para recorrer em favor do réu parece-me que a jurisprudência não titubeia. O acórdão no RCr 86.088-RJ, da E. 1^a Turma do C. STF, exemplifica essa assertiva (RTJ 83/949). Se cabe ao Ministério Público exercer a função de fiscal da lei, não se lhe pode retirar o exercício desse direito processual, seja contra, seja a favor do réu, tanto mais quando se trata de examinar se incide, ou não, princípio de ordem pública, que pode e deve ser afirmado até mesmo de ofício pelo Judiciário, como é o caso da prescrição.

Assim é que o único ponto a decidir nestes embargos é se cabe, ou não, a decretação da extinção da punibilidade pela prescrição, já que o resto foi objeto de decisão unânime da Turma, salvo no tocante à reincidência e à conseqüente quantidade da pena, em que houve divergência entre os Srs. Ministro Costa Lima e William Patterson, de um lado, e Otto Rocha, de outro.

Essa divergência, contudo, é irrelevante para estes embargos, pois nas duas correntes a pena de reclusão foi fixada em quantidades em que a prescrição verifica-se em quatro anos (CP, art. 109, V).

A denúncia foi recebida em 14-10-77 (fl. 71v^o), tendo sido a sentença, de que só apelou o condenado, proferida em 9-12-83 (fl. 354). Por isso que é de se aplicar a regra do art. 110, §§ 1^o e 2^o, do Código Penal, na redação da Lei n^o 7.209/84, que veio prestigiar a Súmula 146 do E. STF, devendo ser considerada a pena concretizada em grau de apelação, para efeito de reconhecimento da prescrição, que é da própria pretensão punitiva, de acordo com a Súmula 186, desta Seção.

Ante o exposto, recebo os embargos para decretar a extinção da punibilidade de Osmar Ferreira, pela prescrição da ação penal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EACr n^o 6.410 — MG — (Reg. n^o 5.647.576) — Relator: O Exm^o Sr. Ministro Carlos Thibau. Embargante: Ministério Público. Embargados: Osmar Ferreira e Justiça Pública. Advogados: Drs. Fernando Paulo de Lima e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, declarou prescrita a ação. (Em 14-10-87 — 1^a Seção).

O Sr. Ministro Bueno de Souza não compareceu por motivo justificado. Os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo, José Dantas, Lauro Leitão, Otto Rocha, William Patterson, Flaquer Scartezini e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.823 — MG
(Registro nº 7.175.540)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*
Apelante: *Angelo Madeira Gontijo*
Apelada: *Justiça Pública*
Advogados: *Drs. Heraldo da Costa Val e outro*

EMENTA: Penal. Contravenção. Redução da pena.

Inadmissível a aplicação de pena sem a devida fundamentação, sendo indispensável que o Juízo examine as circunstâncias judiciais especificadas na norma concernente.

Da pena que sofre o condenado, tem ele o direito de saber os motivos porque a está recebendo.

A simples referência aos critérios genéricos anotados na disposição legal é insuficiente, sua aceitação significa tornar de discricionário, em arbitrário o poder do Juiz na aplicação da lei.

Para a aplicação da pena deve-se levar em conta a lei vigente à época dos fatos, a não ser que a norma posterior seja mais benigna ao réu.

Verificada que a aplicação da pena-base foi excessivamente exarcebada, impõe-se a redução da mesma, considerando-se as circunstâncias judiciais.

Apelo parcialmente provido.

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 à apelação, para reformar a sentença e reduzir a pena de multa ao valor de um (1) salário mínimo, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O MM. Juiz da Seção Judiciária de Minas Gerais, em seu relatório às fls. 51/52, assim resumiu a espécie:

«Trata-se de processo contravencional instaurado, por portaria da autoridade florestal, contra Ângelo Madeira Gontijo, brasileiro, separado, fazendeiro, residente e domiciliado no município de Francisco Sá, Estado de Minas Gerais.

Segundo a peça inaugural da ação, no dia 25 de setembro de 1984, o acusado determinou a queimada de uma área de sua fazenda, sem tomar as precauções adequadas, tendo o fogo, ante tal negligência, invadido a propriedade do Dr. José Olímpio Dias, a quem causou prejuízos consumando-se, assim, a infração prevista no art. 26, letras e e g, da Lei nº 4.771, de 15-9-65.

Durante a fase policial, o réu foi qualificado e duas testemunhas foram inquiridas, além de ter sido efetuada a prova pericial, cujo laudo foi juntado em fls. 24/26.

Vindo os autos a Juízo, foi designada audiência de instrução e julgamento, ocasião em que as partes debateram suas razões.

Pelo representante do Ministério Público Federal foi requerida a procedência da ação, com a conseqüente condenação do acusado na pena de multa.

A defesa, por seu turno, alegou, preliminarmente, a nulidade do feito, tendo em vista que a queixa inaugural foi feita por ex-cunhado e inimigo do réu, prosseguindo com a portaria e demais atos, inclusive a perícia, todos evados de clandestinidade e sob evidente influência do denunciante. No mérito, propugnou pela absolvição, de vez que o acusado, antes de determinar o fogo, tomou todas as precauções adequadas.»

Após análise do processado o I. Julgador concluiu por endender responsável o acusado pela prática dos fatos descritos na Portaria e o condenou como incurso nas penas do art. 26, letra e da Lei nº 4.771/65 e lhe impôs a pena de 100 (cem) dias-multa, no valor de Cr\$ 100.000 (cem mil cruzeiros) cada um.

Inconformado apelou Ângelo Madeira Gontijo, preliminarmente arguindo a nulidade da sentença sob o entendimento da ausência de apreciação e fundamentação das circunstâncias judiciais, embora tenha fixado a pena acima do mínimo legal.

No mérito pleiteia a reforma da r. decisão sob a alegação de não se haver o fato constituído infração penal.

Contra-razões foram apresentadas pedindo a confirmação da sentença.

Subiram os autos e nesta Superior Instância manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República através do parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. A. G. Valim Teixeira, onde após análise dos elementos trazidos para os autos concluiu por pleitear a confirmação da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, em contra-razões o MP alega haverem sido a destempo apresentadas as razões de apelo, pelo que pleiteia não sejam conhecidas.

No meu sentir o prazo a ser considerado é o da admissão para o recurso e não o de apresentação das razões, de vez que estas, mesmo não apresentadas, não impedem a apreciação de apelo, com o exame do processado.

Verifico pelo constante à fl. 56 que o apelante assinou o Termo de Apelação no dia em que foi intimado da sentença, assim, não há que se falar em intempestividade.

Por sua vez, o acusado argúi, preliminarmente, em suas razões de apelação a nulidade da sentença, alegando haver o MM. Juiz imposto pena acima do mínimo legal, sem a devida e imprescindível fundamentação.

Disse o apelante após realçar a parte conclusiva da r. decisão e tecer comentários sobre a justificativa de individualização e gradação da pena aplicada:

«Como se vê, nenhuma referência aos antecedentes e à personalidade do acusado, nem a qualquer outra circunstância judicial necessária para a individualização e a fixação da quantidade de pena aplicável. Do mesmo modo, nenhuma referência à situação econômica do réu, a justificar a espantosa e, *data venia*, absurda pena imposta, sendo de lembrar-se que a pena de multa foi a opção do próprio órgão do MP em suas alegações finais, pedida porém de maneira mais branda, a título de cominação pecuniária (fl. 42v).»

O MM. Juiz após analisar a prova coligida nos autos, entendendo haver se consumado a infração penal, assim concluiu:

«... Em resumo, estou convencido de que o acusado fez fogo em vegetação sem tomar as precauções adequadas, fato esse que se subsume no tipo da contravenção prevista no art. 26, alínea e, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Para a fixação da pena, devo considerar que, nesses casos, a multa é muito mais eficaz do que a pena restritiva de liberdade, pois atinge o ponto doloroso do fazendeiro, que é a sua bolsa, e, assim, a lei vê alcançado o seu verdadeiro objetivo, que é o de ensinar e educar, além de exemplificar. Desse modo, julgo procedente a presente ação e, em consequência, condeno o réu, antes qualificado, à pena de 100 (cem) dias-multa, no valor de Cr\$ 100.000 (cem mil cruzeiros) cada um»

A disposição infringida, segundo o nobre sentenciante, art. 26 alínea e, da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965 prescreve:

«Art. 26. Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente:

a) ...

b) ...

c) ...

d) ...

e) fazer fogo, por qualquer modo, em florestas e demais formas de vegetação, sem tomar as precauções adequadas.»

Os fatos segundo a Portaria ocorreram em 25 de setembro de 1984, quando o maior salário mínimo vigente no país era de Cr\$ 97.176.

A pena pecuniária máxima de acordo com a disposição legal seria cem vezes o referido salário, que importaria em Cr\$ 9.717.600.

Pelo que se constata o MM. Juiz, ao proferir a decisão exacerbou a pena fixando-a acima do mínimo legal, (cem dias-multa, Cr\$ 100.000 cada um) efetivamente sem justificá-la convenientemente.

Pacífica tem sido a jurisprudência no entendimento de que a pena aplicada deve ser fundamentada.

É indispensável que o juízo examine as circunstâncias judiciais especificadas na norma concernente.

O condenado tem o direito de saber os motivos porque está recebendo determinada pena.

A simples referência aos critérios genéricos anotados na disposição legal é insuficiente, sua aceitação significaria tornar de discricionário em arbitrário o poder do juiz na aplicação da lei.

Se não bastassem tais circunstâncias, no meu sentir suficientes para mostrar a falha havida na r. decisão proferida, há que se ressaltar uma segunda falha consistente no fato de que o I. Julgador ao impor a pena o fez com base no novo Código Penal, que iniciou sua vigência em 12-1-85, estabelecendo o critério dos dias-multa a serem fixados na decisão, o que, no caso em exame foi mais desfavorável ao infrator, já que se adotasse o critério da multa cominada em valor determinado, vigente à época dos fatos (setembro de 1984), seria menos rigoroso para o apelante e a retroatividade só se admite quando for mais benigna ao réu.

A análise dos elementos carregados para os autos demonstram que efetivamente o acusado ao fazer fogo em área de sua Fazenda não tomou as cautelas necessárias, o que determinou a propagação através de propriedade vizinha, infringindo, destarte, o disposto no art. 26, e, da Lei 4.771/65.

Com estas considerações, dou parcial provimento a apelação para reduzir a pena ao mínimo legal, ficando o acusado condenado a pena de multa que fixo em Cr\$ 97.176, valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACR nº 6.823 — MG — (Reg. nº 7.175.540) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scar-tezzini. Apte.: Ângelo Madeira Gontijo. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Heraldo da Costa Val e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para re-formar a sentença e reduzir a pena de multa ao valor de um (1) salário mínimo. (Em 12-9-86 — 3ª Turma)

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Geraldo Fon-teles. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.881 — RJ
(Registro nº 6.275.702)

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

Suscitante: *Juízo Federal da 7ª Vara — RJ*

Suscitado: *Juízo Federal da 4ª Vara — DF*

Partes: *Valdenês Custódio Pereira e outros e Presidente do BNH*

Advogado: *Dr. Paulo Sérgio da Costa Martins*

EMENTA: Processual civil. Mandado de segurança contra ato do presidente do BNH. Decreto-Lei nº 2.291/86.

I — Mandado de segurança impetrado contra ato do então Presidente do BNH versando sobre reajuste de prestação de mutuários do SFH. Incidência do Decreto-Lei nº 2.291/86.

II — Conflito conhecido e declarado competente o Juiz suscitante.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro-RJ, 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, 8 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Em outubro de 1984, Valdenês Custódio Pereira e mais trinta e oito mutuários do SFH, qualificados nos autos, requereram perante o Juízo Federal do Rio de Janeiro, Mandado de Segurança contra ato do então Presidente do Banco Nacional da Habitação, que determinou o reajustamento do percentual da prestação da casa própria, sem observância do Plano de Equivalência Salarial.

Distribuído o feito à 16ª Vara, a Dra. Juíza despachou solicitando informações e, em seguida, declarou-se suspeita (fls. 439 e 441). Redistribuídos ao Dr. Juiz da 12ª Va-

ra, também afirmou suspeição (fl. 442). Distribuídos ao Dr. Juiz da 7ª Vara, declinou de sua competência para o Juízo Federal de Brasília, onde a autoridade coatora tem exercício, *ex vi*, do art. 12, da Lei nº 5.762/71.

No Juízo local, coube ao MM. Dr. Juiz Federal da 4ª Vara, conhecer e decidir.

Ouvida a ilustrada Procuradoria da República (fls. 446/451), preliminarmente opinou pela prorrogação da competência do Juiz de origem, sob o argumento de que não houve interposição de exceção declinatoria de foro, manifestação esta acolhida pelo Dr. Juiz que determinou o retorno dos autos (fl. 454).

Examinando-os, suscitou o Dr. Juiz da 7ª Vara do Rio de Janeiro, conflito negativo de competência.

Dispensadas as informações por suficientemente esclarecidas as posições de ambos os Juizes em conflito, solicitei a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo conhecimento e improcedência do conflito.

É o relatório.

EMENTA: Processual civil. Mandado de segurança contra ato do presidente do BNH. Decreto-Lei nº 2.291/86.

I — Mandado de Segurança impetrado contra ato do então Presidente do BNH versando sobre reajuste de prestação de mutuários do SFH. Incidência do Decreto-Lei nº 2.291/86.

II — Conflito conhecido e declarado competente o Juiz suscitante.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A segurança é contra ato do Sr. Presidente do BNH., e foi impetrado antes do advento do Decreto-Lei nº 2.291, de 21-11-86. Portanto, a este conflito dever-se-ia aplicar o entendimento contido na Súmula nº 183 desta Corte que reza:

«Compete ao Juiz Federal do Distrito Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato do Presidente do BNH»,

e declarar competente o Dr. Juiz Federal suscitado.

Entretanto, a partir da publicação do Decreto-Lei nº 2.291 citado, o BNH foi extinto, como extintos foram os mandatos e cessada a investidura do seu Presidente, Diretores e dos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal (art. 1º e seu § 2º). Com isto, entendo, não ser possível aplicar, pura e simplesmente, a Súmula transcrita. Resta saber a quem foi deferida, legalmente, a competência para orientar, disciplinar e controlar o SFH.

Na vigência da Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, que transformou o BNH em empresa pública e do Decreto nº 72.512, de 23 de julho de 1973, que aprovou o seu Estatuto — órgão de regência do Banco ao Conselho de Administração, composto do Presidente do Banco, de seus Diretores e de nove Conselheiros não Diretores, competia as funções de órgão normativo e de controle superior dos sistemas de que o Banco era órgão central, da administração e das operações, além de sua fiscalização (arts. 13 e 14).

Dentre essas funções, destacamos as de baixar normas gerais necessárias ao exercício de órgão central do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), do Sistema Financeiro do Saneamento (SFS) e dos sistemas financeiros conexos, subsidiários ou complementares daqueles, constituídos ou a serem criados, além de órgão de crédito responsável pelo estímulo e controle da formação, mobilização e aplicação de poupanças e outros recursos no financiamento, em especial, de planejamento, produção e comercialização de habitações (art. 15, inciso II, combinado com o art. 6º, I e III).

Ainda nessa linha, competia ao Conselho estabelecer condições gerais e especiais para captação, mobilização e aplicação de poupança e outros recursos, tendo em conta objetivos, limites ativos e passivos, prazos, garantias, juros, encargos, etc. dos sistemas (art. 6º, I), e estabelecer prioridades, limites, prazos, juros, encargos, garantias e outros requisitos técnicos, econômicos e financeiros que deveriam ser atendidos nas operações ativas e passivas realizadas pelo próprio Banco ou por agentes dos Sistemas (art. 7º, I, letra c e III, letra c).

Na formulação e execução dessa política, deveria o Banco observar, dentre os princípios fundamentais, a correção monetária nas operações ativas e passivas, garantia de retorno das aplicações e prazos e ônus financeiros estabelecidos com caráter universal e em função da renda ou da capacidade de pagamento dos beneficiários finais das operações (art. 8º, incisos IV, V e VI).

À Diretoria correspondiam as funções de órgão executivo das decisões normativas do Conselho de Administração (art. 19) e ao seu Presidente, competia a representação do Banco em juízo ou fora dele (art. 24).

Com a extinção do Banco Nacional da Habitação (Decreto-Lei nº 2.291, de 21-11-86), a competência do Conselho de Administração se tripartiu entre a Caixa Econômica Federal, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil.

À CEF, na administração, na gestão dos Fundos, na coordenação e execução do PLANHAP e PLANASA e operações de crédito externo (art. 1º, § 1º, letras a, b, c, e e).

Ao CMN, as atribuições de órgão central do Sistema Financeiro da Habitação, do Sistema Financeiro do Saneamento e dos sistemas conexos, subsidiários ou complementares daqueles, além de orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro da Habitação (art. 7º, inciso I e III), e ao Banco Central, a fiscalização de entidades ligadas ao SFH.

Na espécie, o que pretendem os mutuários é discutir o índice de reajuste das prestações de seus imóveis, financiados com recursos do SFH, de forma a compatibilizá-lo com o Plano de Equivalência Salarial, função que era, tipicamente, do extinto Conselho de Administração e que passou a ser exercida pelo Conselho Monetário Nacional.

Ora, como este Conselho não tem personalidade jurídica, a representação em juízo é da União Federal, através da Procuradoria da República.

Com estas considerações, conheço do conflito e declaro competente o Dr. Juiz suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.881 — RJ — (Reg. nº 6.275.702) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Suscitante: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ — Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara — DF — Partes: Valdenês Custódio Pereira e outros e Presidente do BNH — Advogado: Dr. Paulo Sérgio da Costa Martins.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro-RJ, o suscitante. (Em 8-9-87 — 2ª Seção).

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

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.209 — GO
(Registro nº 7.964.013)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Suscitante: *IAPAS/BNH*

Suscitados: *Juízo Federal da 2ª Vara — GO e Juízo Estadual da Vara de Falências, Concordatas e Cível de Goiânia — GO*

Partes: *IAPAS/BNH e Viação Jussara Ltda.*

Advogados: *Drs. Jonas Modesto da Cruz e outros*

EMENTA: Conflito de competência. Execução fiscal. Penhora. Falência.

Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar. Súmula nº 44 do TFR.

Competência do Juízo Federal.

Conflito julgado precedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar precedente o conflito e declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Goiânia — GO, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Banco Nacional da Habitação — BNH, qualificado nos autos, ajuizou, perante o juízo Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, execução fiscal contra Viação Jussara Ltda. para o recebimento de créditos referentes ao FGTS, nos termos da Lei nº 5.107/66, gozando a execução de todos os privilégios atribuídos aos créditos da Previdência Social.

Alega, em síntese: que, para a garantia da execução, foi penhorado o prédio designado «Chácara nº 22, da Fazenda Botafogo», onde era instalada a garagem do executado, em data de 9-9-1982; que, em 17-4-1984, foi decretada a falência da executada e, em 12-7-1985, a requerimento do exequente, com base na Súmula nº 44 do TFR, foi expedido ofício pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara ao Juízo Falimentar, para que não fosse arrecadado dito bem pela massa falida, que, posteriormente, em flagrante desrespeito à mencionada Súmula, permitiu o Juízo Falimentar a arrecadação do aludido bem, designando, inclusive, data para venda através de propostas, o que, caso venha a se concretizar, acarretará irreparável dano ao exequente; que o MM. Juiz Estadual, com tal procedimento, arrogou para si a competência sobre providência da alçada exclusiva do Juízo Federal, qual seja, a constrição de bem já comprometido com o executivo fiscal anteriormente à decretação da falência e cujo leilão encontrava-se com data designada para 29-10-1986 na instância federal.

Suscita o conflito positivo de competência para que, em sendo dirimido, determine-se a exclusão do mencionado bem do acervo da Massa Falida e o prosseguimento regular da execução fiscal.

Requisitadas as informações (fl. 18), estas foram prestadas, às fls. 27/28 e 29/30, pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara e pelo MM. Juiz de Direito da Vara dos Feitos de Falências, Concordatas e Cível da Comarca de Goiânia-Goiás, respectivamente. O primeiro, manifestou-se no sentido da competência da Justiça Federal; o segundo, sustentou a inadequação à espécie da Súmula nº 44, pondo em relevo que o imóvel objeto da penhora na execução fiscal é o único arrecadado no processo falimentar e que neste estão habilitados 180 créditos trabalhistas de pessoas humildes e necessitadas. Aduz, ainda, que além do significado social da medida, acresce a circunstância do fato de os créditos trabalhistas não gozarem da correção monetária, a partir do momento da decretação da quebra, conforme estabelece o Decreto-Lei nº 75/66. Por fim, argumenta, que a preferência estatuida no art. 188, do CTN, refere-se aos créditos tributários vencidos e vincendos no decurso do processo de falência e cujos fatos geradores decorrem da administração da massa falida.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 107/111, opina pela procedência do presente conflito, declarando-se competente o MM. Juiz Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: À leitura do relatório, verifica-se a precedência da execução e da subsequente penhora à falência da executada, fato que está a indicar a aplicação à hipótese do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 44 da Corte, primeira parte, a saber: «Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar».

Assim sendo, inuidosa a competência do Juiz Federal.

No tocante à preocupação do digno Magistrado estadual em face dos inúmeros créditos trabalhistas habilitados no processo de quebra, estou com o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República quando anota que a alienação do bem no Juízo Federal não representa risco à preferência absoluta que a lei lhes reserva, porquanto

«A esses créditos serão, sem dúvida, dispensados os mesmos cuidados pelo magistrado federal, na hora da atribuição do produto da venda judicial».

De quanto foi exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente o Juiz Federal suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.209 — GO — (Reg. nº 7.964.013) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Suscte.: IAPAS/BNH. Suscdos.: Juízo Federal da 2ª Vara-GO e Juízo Estadual da Vara de Falências, Concordatas e Cível de Goiânia-GO. Partes: IAPAS/BNH e Viação Jussara Ltda. Advs.: Drs. Jonas Modesto da Cruz e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Goiânia-GO. (Em 24-2-87 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Armando Rollemberg e Carlos Velloso. Impedido o Sr. Ministro José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.456 — DF
(Registro nº 9.621.490)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Suscitante: *Juízo Presidente da 7ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal*

Suscitado: *Juízo Federal da 6ª Vara — DF*

Partes: *Adriana Pacini Valls e outros, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios — Juizado de Menores*

Advogada: *Dra. Harleine Gueiros Bernardes Dias*

EMENTA: Trabalhista. Reclamação de servidores celetistas da Justiça do Distrito Federal. Competência.

Estando a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios situada administrativamente, de modo anômalo, entre os órgãos da Justiça da União, sendo mantida por verbas federais e regida por leis da mesma origem, compete à Justiça Federal julgar litígios trabalhistas entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e seus servidores, regidos pela CLT.

Conflito de competência julgado procedente, para declarar-se competente o Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 6ª Vara, 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, 9 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Adriana Pacini Valls e outros, servidores do Juizado de Menores do Distrito Federal, intentaram reclamação trabalhista contra o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Alegaram que, estando submetidos a vínculo empregatício regido pela CLT, fazem jus à percepção da denominada «gratificação judiciária», em percentual de 80%, recolhimentos do FGTS, salário-família e acréscimos legais, o que lhes vem sendo negado pelo referido Tribunal.

A inicial foi posteriormente aditada, para situar no pólo passivo da reclamação a União Federal, não o Tribunal.

Ajuizada a reclamação perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o MM. Juiz da 6ª Vara deu-se por incompetente, determinando a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, *in verbis*:

«À fl. 21, pedem retificação da inicial, para, ali, figurar, como reclamada, a União Federal e não o Tribunal indicado.

Continuam equivocados os reclamantes, quando elegem, no caso, a União Federal, como reclamada, para figurar no pólo passivo da presente relação processual.

De ver-se que o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o Juizado de Menores do Distrito Federal são órgãos do Poder Judiciário do Distrito Federal, que não têm capacidade de estar em juízo, *per se*, senão representados pela Entidade maior, o Distrito Federal, através de seus procuradores (CPC, art. 12, inciso I, terceira figura).

Válida, neste passo, pois, se nos apresenta a lição do eminente publicista José Celso de Mello Filho, posta nestas letras:

«Reclamação Trabalhista contra o Distrito Federal. Decidiu o TFR que «a competência para dirimir as questões trabalhistas, de interesse da administração indireta do Distrito Federal, é da Justiça do Trabalho, em razão da matéria» (RDA, 155:95). A norma de competência, instituída pelo art. 110 do texto constitucional, é apenas extensível aos pleitos e litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias federais, empresas públicas federais e Territórios Federais. O Distrito Federal não se submete, em tema trabalhista, à competência especial da Justiça Federal, mas à regra geral consubstanciada no art. 142 da Carta Constitucional. O Distrito Federal guarda relativa semelhança com os Estados-Membros. Como já proclamado pelo STF, essa circunstância atenua, consideravelmente, o seu vínculo de subordinação à União Federal (v. RTJ, 80:327).» (*In* «Constituição Federal Anotada» — Ed. Saraiva — 2ª Edição — 1986 — pág. 324).

Reportando-se ao Conflito de Competência nº 4.915 — DF, de que foi Relator, o douto Ministro Carlos Madeira, ainda quando pontificava no colendo TFR, na decisão do Conflito de Competência nº 5.039 — DF, em 28-9-83, assim se expressou:

«O vínculo de subordinação à União, mais forte em relação aos territórios, é bem mais fraco no que se refere ao Distrito Federal como assinala Marcelo Caetano: «Dispondo de Fazenda privativa (isto é, de um patrimônio), com o poder de lançar impostos, que a Constituição atribui aos estados e municípios (art. 18, § 4º), de os cobrar e aplicar às despesas de seu peculiar interesse, segundo orçamento próprio, sendo-lhe facultado adquirir e dispensar pessoal, realizar operações de crédito (...), não há dúvida de que o Distrito Federal é pessoa jurídica dotada de autonomia administrativa e financeira» (Direito Constitucional, v. II, p. 469). Não é, pois, como os territórios, unidade descentralizada da administração federal, equiparada aos órgãos da administração indireta, como dotações globais do orçamento da União. «O modelo de sua organização já não é mais o município, e sim o estado, embora sem a faculdade de elaborar a sua lei orgânica» (op. e autor cit., p. 472).

Aliás, na Ação Cível Originária nº 224, o Supremo Tribunal Federal assentou que o art. 119, I, *d*, da Constituição, que contém regra de sua competência originária, é aplicável ao caso em que o Distrito Federal demanda contra a União. E assim decidiu porque considerou que o Distrito Federal guarda semelhança com os Estados-membros (RTJ 80/327).

Não há dúvida, assim, de que o Distrito Federal se equipara, em certos aspectos, aos Estados-membros, e como tal não há que se cogitar em reduzi-lo a simples projeção da União.

.....
 Não havendo lei específica atribuindo à Justiça do Distrito Federal competência para julgar litígios trabalhistas entre servidores e a administração local, direta ou indireta, claro que os mesmos devem ser julgados na Justiça do Trabalho, em razão da matéria.» (In RDA 155:96/97).

Visto, portanto, que a parte passiva *ad causam*, aqui, é o Distrito Federal, determino à Secretaria que retifique, de logo, a atuação e os demais assentamentos cartorários.» (Fls. 23/25).

Recebendo os autos, a 7ª JCY do Distrito Federal declinou, igualmente, de sua competência, suscitando conflito negativo de competência, nestes termos:

«1. Os reclamantes são servidores do Juizado de Menores que vem a ser a Vara de Menores da Justiça do Distrito Federal, cuja competência é discriminada na Lei 6.750/79 (Lei da Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios).

2. Como é sabido, a organização judiciária do Distrito Federal e Territórios não se enquadra nos moldes da Justiça Estadual; *representa uma seção judiciária da Justiça Federal* (Lei 5.010/66 e alterações posteriores), regulada por Lei Federal (Lei 6.750/79), segundo dispõem os artigos 17, *caput* e 124, da Carta Magna, recebendo dotações no Orçamento da União.

3. Todavia, os reclamados, como membros do Poder Judiciário Federal, não têm capacidade de estar em Juízo, devendo ser representados pela União Federal, o que acarreta a incompetência desta Justiça.

4. Mas não é só. Os reclamantes foram contratados com fulcro em interpretações analógicas do Decreto-Lei nº 2.280/85. Esse diploma se refere à Administração Federal e autárquica e foi aplicado às relações mantidas entre as partes por decisão do Tribunal reclamado (DJ de 28-10-86, p. 20.578). Como tal, são os reclamantes servidores públicos, possuem fé pública e exercem função pública federal. Neste sentido é a Formulação 341 do DASP: Os serventários da Justiça do Distrito Federal são servidores públicos federais *latu sensu*.

5. Se servidores públicos federais os reclamantes manifestam a incompetência *ratione personae* da Justiça do Trabalho.

6. Conclusão:

Isto posto, resolve a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF, por unanimidade, declarar de ofício a incompetência da Justiça do Trabalho e declinar a competência da Justiça Federal. Como o Exmo. Sr. Juiz da 6ª Vara Federal/DF já se declarou incompetente, fica configurado o conflito de competência previsto no art. 115, II, CPC. Daí por que oficiar-se-á ao E. Tribunal Federal de Recursos, juntando cópia da petição inicial, da r. decisão de fls. 818/820, da petição de fls. 916/929 e da r. decisão supra, para as providências cabíveis.» (Fls. 43/44.)

A douta Subprocuradoria-Geral da República, reportando-se à doutrina e à jurisprudência indicadas pelo Juiz Federal da 6ª Vara, opina no sentido de se declarar competente a Justiça do Trabalho, 7ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal.

É o relatório.

EMENTA: Trabalhista. Reclamação de servidores celetistas da justiça do Distrito Federal. Competência.

Estando a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios situada administrativamente, de modo anômalo, entre os órgãos da Justiça da União, sendo mantida por verbas federais e regida por leis da mesma origem, compete à Justiça Federal julgar litígios trabalhistas entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e seus servidores, regidos pela CLT.

Conflito de competência julgado procedente para declarar-se competente o Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): De início, considero inaplicável à espécie, a doutrina e a jurisprudência citadas pelo Juiz Federal em sua decisão, acolhida pelo parecer.

O comentário de José Celso de Mello Filho cuida de «competência para dirimir as questões trabalhistas, de interesse da administração *indireta* (grifei) do Distrito Federal. O acórdão da lavra do então Ministro desta Corte, Carlos Madeira, proferido no Conflito de Competência nº 5.039 — DF, trata igualmente de litígio entre uma empresa pública do Distrito Federal — a SHIS — e seus empregados.

Eis a sua ementa:

«Competência. Litígio entre empresa pública do Distrito Federal e seus servidores.

Não sendo Estado-membro, mas a ele se assemelhando, em virtude da condição de pessoa estatal que lhe confere a Constituição, o Distrito Federal goza de autonomia administrativa e financeira, que atenua o seu vínculo da subordinação à União. Aos litígios entre suas empresas públicas e respectivos servidores não se aplica a regra de competência do art. 110 da Constituição, que é peculiar aos pleitos decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, suas autarquias e empresas públicas, assim como os Territórios, que são unidades descentralizadas da Administração Federal. A competência para dirimir as questões trabalhistas de interesse da Administração Indireta do Distrito Federal é da Justiça do Trabalho, em razão da matéria.»

Não sendo possível equiparar-se o Tribunal de Justiça a órgão da administração indireta do Distrito Federal ou a empresa pública, é óbvio que as considerações constantes dos tópicos citados pela decisão em causa não lhe são aplicáveis.

O que cumpre aqui indagar — isto sim — é se o Tribunal em questão pode ser incluído entre os órgãos do Poder Judiciário da União ou, ao contrário, nada mais é do que um órgão do Distrito Federal.

Na primeira hipótese, o conflito de competência se resolveria em favor da Justiça Federal; na segunda, em favor da Justiça do Trabalho, a teor da Súmula nº 150 da Corte, a saber:

«Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os litígios entre a Administração Direta ou Indireta do Distrito Federal e os seus servidores, regidos pela legislação trabalhista.»

Não obstante o art. 132 da LOMAN mande aplicar à Justiça do Distrito Federal e dos Territórios as normas referentes à Justiça dos Estados, inclino-me pela primeira hipótese, por considerar a Justiça do Distrito Federal e dos Territórios situada, administrativamente, como um prolongamento do Poder Judiciário da União. É mantida pelo orçamento da União (v. Lei Orçamentária n.º 7.544/86), seus juizes são nomeados e promovidos pelo Presidente da República. A respectiva organização é estabelecida em lei federal (Lei n.º 6.750, de 10-12-79), tem jurisdição sobre os Territórios Federais, situados fora do Distrito Federal, e — frise-se — aos seus servidores, remunerados com verbas da União, aplica-se o regime jurídico dos funcionários públicos civis da União (art. 79 da Lei n.º 6.750/79). Pela mesma razão, não se excluem os celetistas da legislação específica aplicada aos servidores da União, dessa mesma categoria.

Assim, embora não se classifique o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entre os órgãos da Justiça Federal, para efeito de fixação da competência jurisdicional, não vejo como deixar de incluí-lo administrativamente entre os órgãos da Justiça da União, pois a entidade estatal anômala (expressão de Hely Lopes Meirelles) que é o Distrito Federal não abrange em sua organização político-administrativa, esta ramificação *sui generis* do Poder Judiciário, diante da legislação atualmente em vigor. No futuro, é provável que isso venha a ocorrer, como resultado da propalada autonomia e independência do Distrito Federal.

Pelas razões expostas, conheço do conflito e o julgo procedente para declarar competente para o feito o Juiz Federal da 6ª Vara do Distrito Federal, suscitado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC n.º 7.456 — DF — (Reg. n.º 9.621.490) — Rel.: Min. Assis Toledo — Suscte.: Juízo Presidente da 7ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal — Suscto.: Juízo Federal da 6ª Vara — Partes: Adriana Pacini Valls e outros e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios — Juizado de Menores — Advª: Dra. Harleine Gueiros Bernardes Dias.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 6ª Vara, o suscitado. (Em 9-9-87 — 1ª Seção.)

Os Srs. Mins. William Patterson, Carlos Thibau e Nilson Naves não participaram do julgamento. Os Srs. Mins. José Dantas, Lauro Leitão, Otto Rocha, Bueno de Souza, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.680 — MG
(Registro nº 9.723.153)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Suscitante: *Juízo Federal em Uberaba — MG*

Suscitado: *Juízo Federal da 4ª Vara — MG*

Parte A: *Justiça Pública*

Partes R: *Julio Cesar Franklin, João Franklino da Silva, José Simão Reis e Clovis Lacerda Loiola*

Advogados: *Drs. Tomaz Luiz Naves, Renato Zuppo e Orlando Pereira Lopes*

EMENTA: Competência. Processo penal. Vara criada no interior.

Proposta a ação penal ainda quando não criada e instalada a vara Federal no interior do Estado, firmou-se a competência do Juiz processante.

Conflito conhecido, declarando-se competente o Juiz Federal da 4ª Vara de Belo Horizonte — MG.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o Juiz Federal da 4ª Vara em Belo Horizonte — MG, 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, 3 de fevereiro de 1988 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Conflito de Competência, suscitado pelo MM. Dr. Juiz Federal de Uberaba — MG, em face de redistribuição feita pelo MM. Dr. Juiz da 4ª Vara Federal, de Belo Horizonte — MG, que entendeu ter havido afronta ao art. 4º do Provimento nº 315, de 28-4-87, do Conselho da Justiça Federal.

O MM. Dr. Juiz da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte declinou de sua competência para o Juiz Federal de Uberaba — MG, em razão do art. 70 do CPP, por se tratar da competência em razão do local.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela competência do Juiz Suscitante.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): O Dr. Juiz Federal da Capital do Estado recebeu a denúncia em 19-1-81 (fl. 127-vº).

Se a Vara Federal de Uberaba foi instalada em 2-5-88 exatamente para atender à necessidade de agilização da Justiça, é inconcebível que um processo em fase quase final de instrução tenha agora o seu andamento retardado com a sua remessa, para outra Vara onde os procedimentos, por certo, haverão de se repetir.

O local em que se consumou a infração, quando foi instalada a Ação Penal, estava abrangida na competência do Juiz Federal de Belo Horizonte — MG. Não há motivo, assim, para o deslocamento da ação, uma vez que, então, firmada a competência daquele Juízo.

Há precedentes: CC 7.569 — Rel.: Min. Flaquer Scartezzini, CC 7.576 — Rel.: Min. Costa Lima e CC 7.623 — Rel.: Min. José Dantas.

Assim, entendendo que o art. 4º do Provimento 315/CJF, não permite a redistribuição dos processos, já em tramitação nas demais Varas da Seção Judiciária de Belo Horizonte, julgo procedente o Conflito e determino, como competente para apreciá-lo e julgá-lo o Juiz Federal da 4ª Vara — MG, ora suscitado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.680 — MG — (Reg. nº 9.723.153) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Suscitante: Juízo Federal em Uberaba — MG. Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara — MG. Parte A: Justiça Pública. Partes R: Julio Cesar Franklin, João Franklino da Silva, José Simão Reis e Clovis Lacerda Loiola. Advogados: Drs. Tomaz Luiz Naves, Renato Zuppo e Orlando Pereira Lopes.

Decisão: A Seção, à unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Juiz Federal da 4ª Vara em Belo Horizonte — MG, o suscitado. (Em 3-2-88 — 1ª Seção).

Não compareceram ao julgamento, por motivo justificado, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima. Os Srs. Ministros José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, Flaquer Scartezzini, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade e Assis Toledo votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

HABEAS CORPUS Nº 6.969 — PE
(Registro nº 9.673.881)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Impetrantes: José Albérico Batista e outro

Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara — PE

Pacientes: Ivanildo Alves dos Santos, Ednaldo Mendes de Oliveira, Eduardo Luiz de Moura e Wilson Ramos de Araújo

EMENTA: Habeas Corpus. Prescrição inócurrenre.

Com o recebimento da denúncia, reiniciou-se a contagem do prazo prescricional, ainda não exaurido.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Os Bacharéis José Albérico Batista e Maria José Belo de Lima Batista impetraram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Ivanildo Alves dos Santos, Ednaldo Mendes de Oliveira, Eduardo Luiz de Moura e Wilson Ramos de Araújo, acusados da prática de crime capitulado no art. 155, § 4º, incisos II e III, c/c os arts. 29, 69 e 71, todos do Código Penal, com processo em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

Objetivam os impetrantes a decretação da extinção da punibilidade pela prescrição da pena em abstrato, tendo em vista o lapso de tempo decorrido entre o fato e a data da presente impetração, sem qualquer causa interruptiva.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 4/35.

Solicitadas informações, prestou-as a ilustre impetrada às fls. 41/42, assinalando que o recebimento da denúncia, em data de 1º de outubro de 1976, interrompeu o de-

curso da prescrição, cujo prazo na espécie e *in abstracto* é de vinte anos, segundo prescreve o art. 109, inciso I, do aludido Código.

Instada a manifestar-se, a douta Subprocuradoria opinou pela denegação da ordem, em parecer constante de fls. 44/45.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): A pretensão dos impetrantes foi com muita precisão rechaçada pela douta Subprocuradoria, que a respeito dos atos processuais e os prazos entre eles decorridos, assim se manifestou:

«Para que se consumasse a prescrição seria necessário que os 12 (doze) anos, mencionados pelos impetrantes, não tivessem sofrido qualquer interrupção, o que não foi o caso, pois, como se extrai das informações, a denúncia foi recebida no dia 1º de outubro de 1976, marco do qual se recomeça a contar o prazo nos termos do art. 117, I, do CP, o que elevaria o prazo fatal para 30-9-88, tomando-se como base a pena máxima cominada ao furto qualificado, já que pela súmula n.º 497 do STF se desprezaria o acréscimo decorrente da continuidade do delito.»

De total improcedência, pois, o único fundamento do pedido, ou seja, incorrência de causa interruptiva da prescrição entre a data do fato delitivo (junho de 1975) e o ajuizamento do presente feito (julho de 1987).

Desta sorte, denego a ordem.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC n.º 6.969 — PE — (Reg. n.º 9.673.881) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Imp-tes.: José Albérico Batista e outro. Impdo.: Juízo Federal da 4ª Vara — PE. Pactes.: Ivanildo Alves dos Santos, Ednaldo Mendes de Oliveira, Eduardo Luiz de Moura e Wilson Ramos de Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. (Em 29-9-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

HABEAS CORPUS Nº 7.001 — SP
(Registro nº 9.703.209)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*
Impetrante: *Wilson Moysés*
Impetrado: *Juízo Federal da 11ª Vara*
Paciente: *Darcy Buzetto Marinho*

EMENTA: Processual Penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Garantia da ordem pública.

Não afastam a medida a primariedade, os antecedentes e outros atributos subjetivos, quando decorre ela da necessidade de se garantir a ordem pública, em que se baseia o ato do Juiz.

Precedentes jurisprudenciais.

O habeas corpus não enseja, na ausência de pedido expresso do impetrante, determinação de ofício para que se submeta o paciente a exame de sanidade mental, por proposta do Ministério Público. Tanto mais se não se demonstra dúvida fundada sobre a sanidade mental do acusado (art. 149 do CPP).

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Darcy Buzetto Marinho, preso preventivamente e denunciado por envolvimento em crimes de quadrilha, estelionato e falsificações, impetrou-se ordem de *habeas corpus* com os seguintes fundamentos:

a) deficiência, em relação ao paciente, de motivação no decreto de prisão;

b) inoctrência, *in casu*, de qualquer das hipóteses ensejadoras da medida;

c) ser o paciente pessoa de bem, com emprego lícito, residência fixa, sem antecedentes criminaes e com excelente conceito social.

Em conclusão, pediu-se a concessão de liminar e o deferimento da ordem.

Indeferi a liminar.

Prestadas as informações, emitiu a douta Subprocuradoria-Geral da República parecer pelo indeferimento da pretensão, mas pela concessão da ordem para que se realize perícia «quanto à alegação de obnubilação do paciente». (*Sic*, fl. 197).

É o relatório.

EMENTA: Processual Penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Garantia da ordem pública.

Não afastam a medida a primariedade, os antecedentes e outros atributos subjetivos, quando decorre ela da necessidade de se garantir a ordem pública, em que se baseia o ato do Juiz.

Precedentes jurisprudenciais.

O *habeas corpus* não enseja, na ausência de pedido expresso do impetrante, determinação de ofício para que se submeta o paciente a exame de sanidade mental, por proposta do Ministério Público. Tanto mais se não se demonstra dúvida fundada sobre a sanidade mental do acusado (art. 149 do CPP).

Ordem denegada.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O decreto de prisão impugnado, que pode ser lido às fls. 105/108, justifica suficientemente a necessidade da prisão de integrantes de quadrilha de falsários, com inúmeras práticas criminosas, examina a prova indiciária da participação de cada um e aponta, como fundamento da medida excepcional, a garantia da ordem pública.

Em relação ao paciente, destacou o seguinte:

«Incriminou, também, o indivíduo Darcy Buzetto Marinho, como um dos interessados nas aposentadorias fraudulentas, tanto assim que Oclácio o relaciona como um dos nomes contemplados nos requerimentos de benefícios.

Tanto é certa sua implicação na quadrilha, que se encontrava no escritório de Oclácio Marti Gorini, no momento da diligência, e tal é o seu envolvimento, que evadiu-se do local, subtraindo-se a ação da polícia, aproveitando a confusão do momento, numa demonstração clara e inequívoca de sua inculpação.

Declarou, também, que Antônio Fernandes de Souza (vulgo Tote), ex-funcionário do INPS, demitido daquela autarquia com a nota «a bem do serviço público», participava da empreitada fraudulenta agenciando clientes para o seu escritório. O comprometimento de Antônio Fernandes comprovou-se através da documentação suspeita encontrada em seu poder, quando surpreendido pela Polícia Federal.

Por seu turno, confirma também a participação de Darcy Buzetto Marinho, indicando-o, também, como membro da quadrilha, cabendo-lhe o agenciamento de eventuais clientes, tarefa que lhe rendia 20% do valor cobrado relativo a cada requerimento de aposentadoria.

Verifica-se, pois, a olho desarmado, que estão presentes, com clareza meridiana, os requisitos autorizativos da prisão preventiva.

A existência do crime está comprovada pela ampla confissão policial do indiciado Oclácio, assim como pela farta documentação apreendida no local, utilizada para forjicar requerimentos de benefícios, documentação que revelou, já pelo primeiro laudo pericial documentoscópico de fls., ter sido falsificado pelo próprio punho de Oclácio Marti Gorini.

Por outro lado, ficou amplamente delineada a existência da quadrilha, presidida por Oclácio, integrada por seus filhos e inúmeros outros, entre os quais se destacavam aqueles cuja preventiva é requerida pela autoridade policial.

É evidente que a *Ordem Pública* se encontra seriamente ameaçada com os quadrilheiros, os quais, seguramente, em liberdade, continuarão dedicados à faina delituosa.

Maria da Penha já vem sendo processada por fatos semelhantes através da 3ª Vara desta Seção Judiciária de São Paulo e, nem por isto, demonstrou qualquer temibilidade com a Justiça. Muito pelo contrário, confessou continuar na prática dos mesmos crimes, cuidando de falsificar aposentadorias, sob o manto de uma firma imobiliária, de fachada, para tentar esconder as suas atividades delituosas.

Quanto aos outros 2 (dois), Antônio Fernandes de Souza (vulgo Tote) e Darcy Buzetto Marinho, são pessoas de péssimos antecedentes, sendo que o primeiro deles foi demitido do INPS — Instituto Nacional de Previdência Social, com a nota «*a bem do serviço público*», personalidades desajustadas e afeiçoadas ao crime, cujo encarceramento mostrou-se indispensável para obstar a continuidade delitativa, a qual, pelo que se colhe, não cessará.» (Fls. 106/108.)

Tenho como suficientemente fundamentada a decisão impugnada, tanto mais que o crime de quadrilha do art. 288 do CP inclui-se entre os delitos de perigo abstrato, com reflexo sobre seus integrantes de periculosidade presumida pelo legislador.

Assim, há motivação no ato de prisão; funda-se ele em expressa autorização legal (art. 311 do CPP, primeira parte) e, nessa hipótese (garantia da ordem pública), não o impedem a primariedade, os antecedentes, a residência fixa ou atributos outros, conforme entendimento jurisprudencial dominante, *in verbis*:

«Prisão preventiva. A primariedade do réu e seus bons antecedentes não impedem que a prisão preventiva seja decretada, para assegurar a aplicação da lei penal, desde que devidamente fundamentada a decisão. *Habeas corpus*. Recurso improvido.» (RHC nº 57.406-8 — MG — Rel. Min. Soares Muñoz — DJ 26-10-79 — pág. 8.044).

«*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Necessidade. A só alegação de ser o réu primário e de bons antecedentes não afasta a possibilidade de decretação da custódia preventiva, no interesse da instrução criminal e na garantia da ordem pública. O juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva. Hipótese em que o despacho está suficientemente fundamentado. Recurso desprovido.» (RHC nº 59.312-7 — SC — Rel. Min. Néri da Silveira — DJ 20-11-81 — pág. 11.733).

«O simples fato de serem os réus primários e de bons antecedentes não afasta a possibilidade da decretação de prisão preventiva de réus perigosos, por conveniência da ordem pública e da instrução criminal. RHC improvido.» (RHC nº 59.588-0 — SP — Rel. Min. Cordeiro Guerra — DJ 16-4-82 — pág. 3.406).

«*Habeas corpus*. Prisão preventiva.

Em se tratando, como se trata, de prisão preventiva, regularmente decretada — o recorrente, inclusive, não é radicado no distrito da culpa —, os fatores da primariedade, de emprego e de bons antecedentes não a tornam, evidentemente, ilegal.

Recurso ordinário a que se nega provimento.» (RHC nº 62.547-9 — SP — Rel. Min. Moreira Alves — DJ 12-4-85 — pág. 4.933).

«*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Materialidade e autoria dos delitos, longamente examinadas no decreto de custódia preventiva do paciente, onde se alinharam os motivos a caracterizarem a necessidade da prisão provisória do réu. Por si sós, não afastam a possibilidade da prisão preventiva os fatos de o réu ser primário e de bons antecedentes e possuir domicílio certo, desde que demonstrada a necessidade da custódia. Recurso desprovido.» (RHC nº 63.253-0 — BA — Rel. Min. Néri da Silveira — DJ 14-3-86 — pág. 3.385).

As alegações de que o paciente não teria tido a participação que lhe é atribuída, só com a sentença de mérito poderão ser apreciadas.

Desacolho, igualmente, a sugestão final do parecer. Não se aponta, nestes autos, dúvida fundada sobre a sanidade mental do acusado. A simples alegação da inicial, de que a fuga do paciente, por ocasião da diligência policial, deu-se em um momento de obnubilação da consciência, não basta para caracterizar a dúvida de que trata o art. 149 do CPP.

Nem foi esse o objetivo da impetração, que, pela sua natureza, não pode produzir resultados contrários aos interesses do impetrante. O tema deve, pois, ser reeditado, para exame, se necessário, no curso do processo de conhecimento.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.001 — SP — (Reg. nº 9.703.209) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Imp-
te.: Wilson Moisés — Impdo.: Juízo Federal da 11ª Vara. Paciente: Darcy Buzetto Ma-
rinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido. (Em 25-9-87 — 3ª Tur-
ma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezini.

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

HABEAS CORPUS Nº 7.057 — RS
(Registro nº 8.941.122)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Impetrante: *Edgardo Francisco Mucci Vicue*

Impetrado: *Justiça Federal do Rio Grande do Sul*

Paciente: *Edgardo Francisco Mucci Vicue*

EMENTA: Penal. Processual Penal. Excesso de prazo. Suspensão condicional da pena imposta a estrangeiro que se encontra no País em caráter temporário.

I — Inocorrência de excesso de prazo.

II — O Estatuto dos Estrangeiros revogou o Decreto-Lei nº 4.865/42, impeditivo da concessão de sursis a alienígena não residente no País (HC nº 63.142 — RJ, 2ª Turma do STF).

III — Defere-se parcialmente a ordem ao paciente para que o MM. Juiz impetrado se pronuncie sobre a concessão da suspensão condicional da pena, em face do preenchimento, ou não, dos requisitos do art. 77 do Código Penal, em sua nova redação, por parte do interessado, que, entretanto, ficará aguardando em liberdade vigiada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, de ofício, conceder parcialmente a ordem, para que o MM. Dr. Juiz *a quo* verifique se estão presentes os requisitos para a suspensão condicional da pena, previstos no art. 77 do CP, caso em que deverá ser concedido o benefício, mantendo, no entanto, o paciente em liberdade vigiada até esse momento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Edgardo Francisco Mucci Vicue, cidadão uruguaio, impetrou em seu próprio favor ordem de *habeas corpus* contra ato do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, visando à

obtenção de sua liberdade, por encontrar-se preso, por mais tempo do que determina a lei (fl. 2).

Alega que foi processado pelos crimes de fraude de lei sobre estrangeiros e reingresso de estrangeiro expulso (arts. 309 e 338 do CP), por haver reingressado no território nacional com nome falso, depois de haver sido expulso. Afirma que, tendo sido condenado, venceu-se o prazo máximo que tinha a Justiça Federal para confirmar, ou não, a condenação.

A autoridade apontada como coatora informou, às fls. 11/13, que o paciente foi preso em flagrante, tendo sido condenado às penas de 1 ano de reclusão e 1 ano de detenção, como incurso nas penas dos arts. 309 e 338 do CP, sem direito a *sursis*, por ser estrangeiro. Salienta que o réu apelou, tempestivamente, através de defensor dativo, estando agora cumprindo a pena imposta. Instrui as informações com os docs. de fls. 14/29.

Parecer da douta SGR, às fls. 31/32, pela denegação da ordem, por inexistir consurgimento à liberdade do paciente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O *habeas corpus* foi impetrado em espanhol e dirigido ao Exmo. Sr. Ministro Presidente do E. Supremo Tribunal Federal.

Distribuído o pedido ao eminente Ministro Carlos Madeira, como Relator, S. Exa. determinou o seu encaminhamento a este Tribunal, por entender que a súplica do paciente se refere à «esperada decisão da Justiça Federal sobre sua situação» (fls. 5/5v).

O paciente foi preso em flagrante delito e denunciado em janeiro de 1987, tendo sido condenado em maio (fls. 11/13). Apelou a sentença condenatória em junho (fl. 19), tendo, em agosto, impetrado a ordem, sob alegação de excesso de prazo na solução do recurso (fl. 2).

A apelação do paciente foi distribuída em 26-8-87 ao eminente Ministro Otto Rocha, já estando com parecer da douta SGR. Por excesso de prazo, pois, não se poderia conceder o *habeas corpus*.

Contudo, verifico que o MM. Juiz impetrado, ao proferir a sentença condenatória, deixou de conceder ao paciente o *sursis* por ser ele estrangeiro (fl. 18).

O Decreto-Lei n.º 4.865/42 proibiu a suspensão condicional da pena imposta a estrangeiros que se encontrem no País em caráter temporário. Esse diploma é posterior à edição do CPP (Decreto-Lei n.º 3.689/41). Ao relatar o HC 63.142 — RJ, o Sr. Ministro Francisco Rezek, da E. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, concedeu a ordem, não por ofensa ao princípio da isonomia entre nacionais e estrangeiros, mas porque o Estatuto dos Estrangeiros:

«... vigente teve em mira reestruturar a sistemática jurídica pertinente ao estrangeiro no Brasil. O diploma específico traçou o rol dos direitos e deveres do forasteiro, definindo as restrições cabíveis. Para tanto, abriu o legislador um título autônomo na lei, e ali não se repete a restrição do Decreto-Lei n.º 4.865/42. Esse quadro, pois, faz aplicável o magistério de Carlos Maximiliano, no sentido de que «se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado.» (Hermenêutica e Aplicação do Direito; Rio, Freitas Bastos, 1951, pág. 429).

Parece-me que o título X do Estatuto reestruturou a sistemática dos direitos básicos do alienígena, estando, por isso, revogado o Decreto-Lei n.º 4.865/42; cujo texto, de resto, manda entender que seja estrangeiro temporá-

rio mediante expressa remissão ao estatuto de 20 de agosto de 1938, que não subsiste.»

A ementa desse aresto ficou assim redigida:

«Estrangeiros. *Sursis*. Decreto-Lei nº 4.865/42. Princípio da isonomia. Estatuto do Estrangeiro.

O Decreto-Lei nº 4.865/42, impedindo o *sursis* no caso do estrangeiro com visto temporário, não ofende o princípio da isonomia. O diploma, entretanto, resultou revogado pela legislação que em 1969 — e, mais tarde, em 1980-1981 —, estabeleceu o estatuto do estrangeiro sem retomar a antiga restrição.

Ordem de *habeas corpus* concedida.»

Ademais, o art. 77 da nova Parte Geral do Código Penal, introduzida pela Lei nº 7.209/84, não estabeleceu esse requisito, não havendo como fazê-lo, novamente.

Ante o exposto, embora não seja objeto do pedido do paciente, concedo parcialmente a ordem para que o MM. Juiz verifique se estão presentes os requisitos para a suspensão condicional da pena, prevista no atual art. 77 do Código Penal, caso em que deverá ser concedido o benefício, mantendo-se o paciente, outrossim, em liberdade vigiada até esse momento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 7.057 — RS — (Reg. nº 8.941.122) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Impetrante: Edgardo Francisco Mucci Vicue. Impetrada: Justiça Federal no Rio Grande do Sul. Paciente: Edgardo Francisco Mucci Vicue.

Decisão: A Turma, à unanimidade, de ofício, concedeu parcialmente a ordem, para que o MM. Dr. Juiz *a quo* verifique se estão presentes os requisitos para a suspensão condicional da pena, previstos no art. 77 do CP, caso em que deverá ser concedido o benefício, mantendo, no entanto, o paciente em liberdade vigiada até esse momento (Em 17-11-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.021 — RS
(Registro nº 4.960.580)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara — RS*

Apelante: *CEF*

Apelado: *Hirto Maffini*

Advogados: *Sueli Silveira dos Santos, Martim Jorge Mendes Rizk e outro*

EMENTA: Execução extrajudicial. Impropriedade do rito estabelecido no Decreto-Lei nº 70/66. Hipótese que não carecteriza inadimplência do Mutuário.

Na espécie, tendo ocorrido sinistro por vício de construção do imóvel hipotecado, a seguradora suspendeu o pagamento das prestações avençadas. Logo, a via processual de que se valeu o agente fiduciário violou o direito de defesa do impetrante, inclusive o de denunciar à lide a referida seguradora.

Sentença confirmada.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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 anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Eis o resumo da matéria, conforme sentença lavrada às fls. 66/69:

«Nos dizeres da inicial, Hirto Maffini construiu uma casa na cidade de São Luiz Gonzaga, neste Estado, através de contrato de financiamento obtido na Caixa Econômica Federal. Depois de algum tempo, a aludida edificação começou a desabar. O fato foi comunicado à instituição financeira, que pediu

as chaves do prédio, determinou a respectiva desocupação e fez por cientificar-lhe que a Farroupilha Cia. Nacional de Seguros passara a pagar as prestações do mútuo, tudo de acordo com o contrato de seguro. Para sua surpresa, no entanto, o indigitado imóvel está sendo anunciado em leilão extrajudicial, manifestamente ilegal, já porque o Decreto-Lei nº 70/66 foi revogado pelo novo Código de Processo Civil, já porque é inaplicável na espécie à vista de que não se trata de mera falta de pagamento (fls. 02/05).

A medida liminar foi deferida para o efeito de suspender o leilão (fl. 02) e nas informações a Caixa Econômica Federal fez ver que a inicial foi endereçada contra o Agente Fiduciário, e não contra ela; — é uma instituição financeira de direito privado, sem condições de ser vista como autoridade para os efeitos do mandado de segurança; — Farroupilha Cia. Nacional de Seguros se negou a cobrir o sinistro porque os danos decorrem de vício de construção, esta contratada pelo mutuário (fls. 26/37).

Através de requisição deste Juízo, a Caixa Econômica Federal informou que o Agente Fiduciário responsável pela execução é a FIN-HAB — Associação de Poupança e Empréstimo (detalhe que sequer constou dos editais respectivos, fls. 20 e 45), a qual, notificada a prestar informações, reportou-se basicamente aos esclarecimentos prestados pela Caixa Econômica Federal (fls. 49/52).

O Agente do Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança, forte em que inexistente aqui ato de autoridade e que, de todo modo, o Decreto-Lei nº 70/66 não foi revogado pelo novo Código de Processo Civil (fls. 58/64).»

Ao final, o Julgador concedeu a segurança, em ordem a anular a execução extrajudicial noticiada.

Inobstante a remessa oficial, apela a CEF, aduzindo as razões de fls. 74/76, onde defende a legalidade da sua conduta, amparada no Decreto-Lei nº 70/66. Reporta-se, também, aos argumentos deduzidos nas informações, onde argüira preliminar de carência da ação, dada a sua posição no mundo jurídico e por não estar, *in casu*, exercendo atividade delegada.

Contraditado o recurso, subiram os autos.

Nesta instância, veio aos autos o parecer de fls. 87/91, no qual a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da decisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O MM. Juiz sentenciante ao apreciar a preliminar assim se pronunciou (fl. 67):

«Via de regra, a execução é judicial e, conseqüentemente, caracteriza-se como um processo de natureza estatal. Por exceção, admite-se a execução extrajudicial, uma de cujas espécies é aquela prevista no Decreto-Lei nº 70/66. Há aí a supressão da judicialidade, com delegação de poderes estatais ao Agente Fiduciário. Quer dizer, atuando por via de autorização estatal, o Agente Fiduciário é autoridade para os efeitos do mandado de segurança.»

Quanto ao mérito S. Exa. obtemperou (fl. 68):

«Para a cobrança do crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, é lícito ao credor promover a execução segundo o Decreto-Lei nº 70/66 ou nos termos da Lei nº 5.741/71 (art. 1º, Lei nº 5.741/71), disciplina essa não revogada pelo atual Código de Processo Civil, tal como vem entendendo iterativamente a jurisprudência dos nossos pretórios. A opção é ple-

na, quando se trata de um mero atraso de pagamento, mas está sujeita a limites, se provado que um dentre esses processos pode, em função do caso concreto, trazer prejuízos ao mutuário. Aqui a execução extrajudicial impede que este oponha ao credor o fato que determinou a inadimplência, como seja, a negativa da seguradora em cobrir os danos decorrentes do sinistro. Outro tanto não ocorreria, se a execução fosse judicial, hipótese em que o mutuário poderia, através de embargos do devedor, denunciar a seguradora à lide e imputar-lhe a responsabilidade pelo débito. Em outras palavras, ao preferir a execução extrajudicial, o credor agravou a situação do devedor, em manifesta dissonância com o princípio contido no art. 620 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente na espécie. Com efeito, mediante a denúncia da lide, em embargos do devedor, Hirto Maffini poderia impedir a própria execução judicial. Para haver os prejuízos resultantes da execução extrajudicial, terá à sua disposição tão-só uma ação ordinária por perdas e danos, estas destinadas a ressarcir-lo dos efeitos patrimoniais provocados pela perda da propriedade. Fora de toda dúvida, a execução extrajudicial, em casos desse jaez, é inadmissível.»

As razões apelatórias não abalam os fundamentos da decisão de 1º grau, circunstância que a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República no parecer de fls. 87/91, observou com acuidade à fl. 90: lê.

Com estas considerações, confirmo a sentença remetida e nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.021 — RS — (Reg. nº 4.960.580). Rel.: Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — RS. Apte.: CEF. Apdo.: Hirto Maffini. Advs.: Suely Silveira dos Santos, Martim Jorge Mendes Rizk e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 8-6-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.241 — SP
(Registro nº 4.256.310)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara — SP

Apelante: Caixa Econômica Federal

Apelada: Mar Azul Empreendimentos e Participações Ltda.

Advogados: Drs. Paulo Machado Forni, Luiz Vicente de Carvalho e outros

EMENTA: PIS/faturamento. PIS/Repique. Artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 7, de 1970. Empresa que tem por objeto compra e venda de imóveis por conta própria.

Direito da impetrante a enquadramento no denominado PIS/Repique, porquanto não exerce atividade de venda de mercadorias.

Precedentes jurisprudenciais do TFR mencionados no voto do Relator.

Segurança concedida por sentença que se impõe à confirmação.

Improvido o apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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 anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de junho de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Para afinal conceder a segurança, o MM. Juiz Federal da 6ª Vara, Dr. João Grandino Rodas, assim expôs a controvérsia (fl. 41):

«A Impetrante se insurge contra seu enquadramento, pelo Impetrado, na categoria de contribuinte do Programa de Integração Social (PIS), sob a modalidade de PIS/Faturamento, quando lhe assiste o direito, que diz ser líquido e certo, de figurar na categoria PIS/Repique, à vista de se tratar de empresa que não realiza operações de vendas de mercadorias, nos termos do disposto

no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 7, de 1970, que não pode ter seu conteúdo alterado por Resoluções do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional.

O feito se processou sem liminar, com a normal requisição de informações.

O Impetrado diz ser inidôneo o mandado de segurança para dirimir a questão, voltando-se a impetração contra lei em tese, para, no mérito, sustentar que mais não faz do que cumprir o disposto na Resolução nº 482, de 1978, pelo qual o Banco Central pôs em vigor deliberação do Conselho Monetário Nacional.

Opina o Ministério Público Federal, à fl. 39, pela denegação da segurança.»

Iresignada, apela a CEF. Insiste na ocorrência de impetração contra a lei em tese, em flagrante afronta à Súmula 266, do STF. No mérito, defende a legalidade da sua conduta, ao enquadrar a impetrante na modalidade PIS/Faturamento, posto que no rol das empresas contribuintes para o PIS/Repique não consta as do tipo da requerente-apelada (fls. 47/52).

Recurso contraditado, subiram autos, também em decorrência do duplo grau de jurisdição.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do apelo (fls. 65/66).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A questão controvertida nos presentes autos foi apreciada na 4ª Turma desta Corte, *verbi gratia* nas Apelações Cíveis nºs 87.267-RS e 101.698-RJ, respectivamente relatadas pelos eminentes Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Transcrevo as ementas, pela ordem:

«Tributário. PIS. Enquadramento. Empresa que se dedica à construção civil e à venda de imóveis loteados. Tem direito a ser enquadrada como contribuinte do grupo dois (PIS/REPIQUE), dado encontrarem-se excluídos do conceito de mercadoria, em nosso sistema jurídico, os bens imóveis.

Apelação desprovida.» DJ de 16-10-86.

«Tributário. PIS. Enquadramento. PIS/Repique. Venda de mercadoria. Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 3º, § 2º. Resolução nº 482, de 1978, do Banco Central do Brasil.

I — Direito ao tratamento, em termos de enquadramento, previsto no § 2º do artigo 3º da Lei Complementar nº 7, de 1970, na modalidade do PIS/REPIQUE, por isso que a empresa não vende mercadoria, considerada esta como coisa móvel, objeto de circulação mercantil, mas apenas imóveis.

II — Situação aclarada, em definitivo, com a Resolução nº 482, de 1978, do Banco Central do Brasil, aplicável aos casos pendentes, por isso que referida Resolução tem caráter simplesmente interpretativo.

III — Recurso desprovido.» DJ de 5-9-85.

O douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do ilustre Procurador Flávio Vieira, aprovado pelo ínclito Subprocurador-Geral da República Mauro Leite Soares abordou judiciosamente o tema *decidendum*, concluindo pela confirmação do julgado de 1º grau.

De acordo com os argumentos sentenciados e com os precedentes acima referidos, mantenho o *decisum* de 1ª instância, negando provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 104.241 — SP — (Reg. nº 4.256.310) — Rel.: Min. Américo Luz. Remete.: Juízo Fed. da 6ª Vara—SP. Apte.: CEF. Apda.: Mar Azul Empreendimentos e Participações Ltda. Advs.: Paulo Machado Forni, Luiz Vicente de Carvalho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 8-6-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu a sessão o Exmo. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.355 — RJ
(Registro nº 4.319.915)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *Ary Barroso Filho e outros*

Apelado: *INPS*

Advogados: *Drs. Estelita Reis Lopes da Silveira e outros, Tháisa Câmara Colla e outro*

EMENTA: Mandado de segurança. Decadência.

Endereçamento do pedido. Mal endereçada a impetração, o retardado pedido de notificação da autoridade realmente impetrada não se exime aos efeitos da decadência.

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, 24 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Adoto o parecer da nobre Subprocuradoria-Geral da República, à guisa de relatório, *verbis*:

«Considerável número de candidatos habilitados no concurso público para o provimento da Categoria de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos insurge-se contra a contratação de servidores, pela autarquia previdenciária, independentemente de processo seletivo, com o que eles resultaram preteridos nas respectivas nomeações.

A r. sentença de fls. 712/720, declarando a ilegitimidade passiva, *ad causam*, da primeira autoridade indicada pelos Impetrantes, pronunciou a decadência do *mandamus* contra a segunda, eis que escoado o prazo previsto na Lei nº 1.533/51, art. 18, contra ela, a par de salientar que, no mérito, a rigor, os interessados não teriam êxito em sua impugnação, pois as admissões inquinadas foram para empregos diferentes, da Tabela Especial, de caráter precário.

Irresignados, apelaram os Impetrantes, insistindo na irregularidade das contratações malsinadas, além de reiterarem o agravo retido, oportunamente interposto, às fls. 465/467, por litisconsortes ativos rechaçados no efeito.

Não têm razão os ora Apelantes, no particular. Com efeito, tratando-se de litisconsórcio facultativo, ele poderia ser recusado, como o foi, até para não tumultuar mais o processo, considerando-se, por mais, que tal pleito poderia ter sido formulado em separado, sem qualquer prejuízo. De conseguinte, legítimo o afastamento de tais interessados desta demanda.

No mérito, do mesmo modo, ainda sem procedência as alegações dos Recorrentes. Deveras, não se cuida, no caso, como querem fazer crer os interessados, de prestações sucessivas que se renovam a cada mês. Na verdade, eles inquinaram determinadas contratações, que teriam preterido os seus direitos de candidatos habilitados em concurso público.

Logo, o lapso decadencial, para tanto, haveria de ser considerado do termo em questão, tal como o entendeu a r. decisão monocrática.

De qualquer maneira, a insurgência em tela não se justifica. Realmente, as admissões malqueridas não o foram para os cargos em que os candidatos se achavam habilitados, mas para outros, bem diferentes. De conseguinte, não se podem queixar, legitimamente, de preterição.

Nestas condições, desmerece prosperar o apelo interposto, bem assim o agravo retido, confirmando-se, integralmente, a r. decisão hostilizada.

Brasília, 13 de novembro de 1986.

NELSON PARUCKER, Procurador da República

Aprovo:

ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, Subprocurador-Geral da República.» Fls. 742/743.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, não fosse duvidar do cabimento de agravo em mandado de segurança, certamente que seria de improver-se o agravo retido, em face do acerto da decisão que indeferiu o pretendido litisconsórcio ativo, este, requerido após as informações da autoridade impetrada.

Ver-se-ia, em função da tardia postulação litisconsorcial facultativa, que a decisão de indeferimento bem se houve em harmonia com a orientação pretoriana que dá por termo *ad quem* do exercício daquela faculdade a prestação das informações pela autoridade impetrada.

Quanto à apelação, melhor sorte não lhe cabe, porquanto, conforme o disse o parecer, a sentença se mostra incensurável, a teor de assertivas desta natureza:

«Parece-nos inarredável a alegação de decadência, pois o mandado de segurança foi requerido contra atos atribuídos ao Agente do Instituto Nacional da Previdência Social em Campos/RJ, quando, na realidade, tais atos foram praticados pelo Diretor do Departamento Regional de Administração do INAMPS no Rio de Janeiro, que autorizou a contratação dos servidores que, na versão dos Impetrantes, teriam sido admitidos com preterição dos candidatos concursados (fls. 441/458).

Os referidos atos, inicialmente imputados ao Agente do INPS naquela Cidade Fluminense, datam de agosto e setembro de 1981, enquanto que a notificação da autoridade, que as ordenou, somente foi requerida em 7-1-1983 (fls. 607/609), quando transcorrido prazo superior aos 120 dias fixados para o ajuizamento da ação mandamental.

Não há litisconsórcio passivo entre as citadas autoridades, observando-se que o mandado de segurança foi erroneamente endereçado contra a primeira, que demonstrou ser parte manifestamente ilegítima, tendo os Impetrantes requerido sua substituição pela segunda, porém, tardiamente, ou seja, após a consumação da decadência.

Ainda que se transpusesse a preliminar, o pedido de segurança não haveria de prosperar, quanto ao mérito, pois não houve admissões de candidatos com inobservância da ordem de classificação dos aprovados no respectivo concurso, mas contratações de empregados, para o exercício de funções previstas em Tabela Especial, e que não coincidem com os cargos para os quais se habilitaram os Impetrantes.

Não se pode negar à Administração a faculdade de criar novos cargos, ou mesmo de extinguir aqueles cujo provimento deveria ser feito mediante a nomeação de candidatos concursados, pois a estes somente se reconhece mera expectativa de direito.

Não comprovada a alegação de que houve admissões de candidatos não habilitados no concurso para Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, para o exercício desse cargo, com preterição dos Impetrantes, inexistente direito líquido e certo destes à nomeação pretendida, ainda mais quando já extinto o prazo de validade do concurso, em que foram aprovados.

A semelhança entre as tarefas específicas ou atribuições dos cargos, para os quais se habilitaram os Impetrantes, e as funções dos empregos constantes de Tabela Especial em que ocorreram contratações de servidores não concursados, constitui matéria de alta indagação, cuja complexidade impediria sua apreciação no âmbito do mandado de segurança». — Fls. 719/720.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.355 — RJ — (Reg. nº 4.319.915) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Aptes.: Ary Barroso Filho e outros. Apdo.: INPS. Advs.: Drs. Estelita Reis Lopes da Silveira e outros, Tháisa Câmara Colla e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos. (Em 24-2-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.845 — RS
(Registro nº 6.839.894)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*

Apelante: *IAPAS*

Apelados: *Ana Tician Chagas e outros*

Advogados: *Drs. Gamaliel Vespúcio Cabral Júnior e outro, Cláudio Masseti e outro*

EMENTA: *Funcionalismo. Proventos. Vantagens sobrevindas à inativação. Gratificação de Desempenho de Atividade Previdenciária.*

Incorporação. Sem lei que a estenda aos aposentados antes da sua instituição, as vantagens sobrevindas à aposentadoria não se incorporam aos proventos, ainda que por força da isonomia. Súmula nº 339 e 359, do STF.

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

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A autarquia apelante irressignou-se com a sentença que assegurou aos impetrantes o direito à incorporação da «Gratificação de Desempenho de Atividades Previdenciárias», se bem que aposentados os mesmos anteriormente à vigência dos efeitos financeiros da norma que instituiu aquela vantagem funcional; a seu ver, sobre ressaltar a incorporação da gratificação aos proventos de inatividade dos funcionários que a ela fizessem jus, o Decreto-Lei nº 2.165/84, art. 3º, naturalmente, não a estendera indistintamente, senão que em relação aos que estivessem no efetivo exercício quando do seu advento — fl. 192.

Contra-razões à fl. 198.

Nesta instância, a nobre Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador Maurício Vieira, é favorável à reforma da sentença, com fundamentos assim sintetizados:

«Mandado de segurança impetrado por ex-funcionários previdenciários, que se inativaram antes de 1º-9-84 — Impetração contra ato que indefere a incorporação, nos respectivos proventos, de gratificação instituída por Decreto-Lei, cujos efeitos financeiros tiveram início naquela data — Sentença concessiva da segurança, ao fundamento de isonomia — Parecer pelo provimento dos recursos oficial e voluntário, nos termos das Súmulas 339 e 359, ambas do STF» — fl. 208.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, trata-se de saber se os funcionários encontrados na ativa, no advento dos efeitos financeiros da discutida vantagem, 1º-9-84, a ela fazem jus, da forma como dispôs o art. 3º do Decreto-lei nº 2.165/84, *verbis*:

«As gratificações instituídas por este Decreto-lei e pelo Decreto-Lei nº 2.117, de 7 de maio de 1984, integram o salário de contribuição para fins de Previdência Social e incorporam-se aos proventos de inatividade dos funcionários que a elas fizeram jus».

A partir dessa literalidade, impeditiva da incorporação aos que nunca fizeram jus à vantagem ali instituída, a sentença se houve, porém, em que, ali prevista a incorporação aos proventos dos que se aposentaram até aquela data de vigência, discriminatório seria negá-la aos que se aposentaram antes, sob pena de maltratar-se o princípio da isonomia, em nome do qual se assegura a revisão dos proventos da inatividade — CF, arts. 102, § 2º, e 153, § 1º — fl. 188.

Veja-se, contudo, que, apesar de seus bons propósitos, essa construção isonômica não resiste à jurisprudência suprema, do modo como findou sumulada pelo Pretório Excelso, tanto sobre obstar direito a vantagens funcionais posteriores à inativação do servidor, como sobre a isonomia a amparo da obtenção judicial de aumento de vencimentos. Concorde-se, portanto, com as seguintes assertivas do parecer:

«8. Minudenciando o tema, vale assinalar que a jurisprudência cristalizou-se no sentido de que os proventos da inatividade são regidos pela legislação vigente à data da reunião dos requisitos necessários à inativação, conforme faz certo o enunciado constante da Súmula nº 359, do Excelso Supremo Tribunal Federal.

9. Assim, tendo em vista aquele entendimento sumulado, bem como o fato de não ter o Decreto-Lei nº 2.165/84 veiculado norma permissiva da incorporação da gratificação por ele instituída, aos proventos daqueles que se inativaram anteriormente à data de sua vigência, ou do início de seus efeitos financeiros, impõe-se a conclusão de não terem os impetrantes direito líquido e certo ao que pretendem, mesmo que dita gratificação, sob o enfoque de política de pessoal, haja sido criada para minimizar o impacto da ciranda inflacionária sobre o valor da moeda.

10. Por outro lado, a teor do enunciado constante da Súmula nº 339, do Egrégio STF, não competia ao ilustre julgador de 1º grau, sob o fundamento de isonomia, aumentar os proventos dos impetrantes, conforme em última análise aconteceu com o deferimento da ordem pleiteada.

11. Com estas considerações, inalcançados os funcionários previdenciários que se inativaram anteriormente a 1º-9-84 pelas disposições do Decreto-Lei nº 2.165/84, o Ministério Público Federal entende que eles não podem ser

feitos beneficiários, à falta de norma expressa, das vantagens instituídas por aquele diploma legal». — Fl. 211.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 108.845 — RS — (Reg. nº 6.839.894) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara. Apte.: IAPAS. Apdos.: Ana Tician Chagas e outros. Advs.: Drs. Gamaliel Vespúcio Cabral Júnior e outro, Cláudio Masseti e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. (Em 13-2-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 109.895 — RS
(Registro nº 2.849.453)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Apelante: *Transportadora Coral S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Léo Krakowiak e outros, Luiz Carlos Bettiol e outros e Rosa Maria Motta Brochado*

EMENTA: Mandado de segurança. Pena de perdimento. Dano ao erário.

I — A ocorrência de dano ao erário é pressuposto básico da pena de perdimento, a teor do art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76 c.c. art. 105, incisos IV e X, do Decreto-Lei nº 37/66.

II — A apelante demonstrou suficientemente a inoccorrência do dano ao erário, a importação foi comprovadamente regular pelo seu total e a mercadoria encontrada estava, por engano, registrada em outro manifesto.

IV — Apelação provida. Segurança deferida.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1986 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de apelação interposta por Transportadora Coral S/A nos autos do mandado de segurança que requereu contra ato do Delegado da Receita Federal de Uruguaiana/RS.

Alegou na inicial «que o procedimento fiscal, além de nulo por divergência entre os autos de infração e apreensão, não tem justa causa, pois tudo não teria passado de um simples equívoco nos manifestos de carga emitidos na Argentina; sem qualquer prejuízo para a Fazenda Pública ou a menor intenção dolosa da impetrante. O equívoco nos manifestos consistiu em errônea quantificação das parcelas, mas no total, o volume

da carga correspondia ao acobertado pelas guias de importação, de tal modo que, o que faltava em um veículo transportador, excedia no outro.

O MM. Juiz *a quo* indeferiu a segurança rejeitando os fundamentos de nulidade do processo fiscal e de falta de justa causa para a aplicação da pena de perdimento.

Na apelação reitera os argumentos da inicial e arrola vários precedentes do Tribunal em abono da sua tese.

Não houve contra-razões.

A SGR se pronunciou no sentido de prover a apelação acolhendo o fundamento de falta de justa causa para a decretação da pena de perdimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O pronunciamento da SGR finalizou nestes termos à fl. 92:

«4. Realmente não há nulidade no processo administrativo, pois o autuado se defende do fato descrito e não de sua capitulação. No mais, parece-nos não haver justa causa para o processo administrativo, porquanto plenamente aceitável a alegação de mero formal sem a menor possibilidade de dano ao erário. Como ficou esclarecido, a operação de aquisição das 806 caixas foi regular, com obediência a todos os trâmites legais. Assim, não se justifica a aplicação da grave pena de perdimento em razão de um simples equívoco no manifesto de carga, que não afeta a regularidade substancial do ato, isto é, a importação de 806 caixas, cujo conteúdo correspondia à descrição dos conhecimentos de carga. Fica claro que o equívoco na indicação da quantidade dos volumes da carga, distribuída entre os dois veículos transportadores, perde significado ante o fato constatado de a falta em um corresponder ao excesso em outro.

5. Desta forma, somos pelo provimento do recurso, tão-só pela falta de justa causa para aplicação da pena de perdimento» (fl. 92).

A ocorrência de dano ao erário é pressuposto básico da pena de perdimento, a teor do art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76 em combinação com o art. 105, incisos IV e X, do Decreto-Lei nº 37/66.

A apelante demonstrou suficiente a inoccorrência do dano ao erário, a importação foi comprovadamente regular pelo seu total e a mercadoria encontrada estava, por engano, registrada no outro manifesto.

O precedente citado pela apelante, à fl. 72, bem se adequa ao caso:

«1.I. Certificado, por laudo técnico, que a mercadoria despachada é integrante do equipamento licenciado, é irrelevante, para aplicação de penalidade cambial e cobrança de tributos, o engano de redação nos documentos de importação, decorrente de erro de tradução ou datilográfico, devidamente comprovado. Recurso de Ofício desprovido.» (Proc. nº 715.923/69, recte.: Inspetoria da Receita Federal-Congonhas, *in* Res. Trib., seção 3.2., 1971, pág. 956).

Por isso, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e conceder a segurança sob este fundamento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 109.895 — RS — (Reg. nº 2.849.453) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Pedro Acioli. Apte.: Transportadora Coral S/A. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Léo Krakowiak e outros, Luiz Carlos Bettiol e outros e Rosa Maria Motta Brochado.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário. (Em 12-5-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Mins. Geraldo Sobral e Sebastião Reis. Ausente, justificada e ocasionalmente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Ex-mo. Sr. Min. SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.212 — AM
(Registro nº 7.879.210)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelantes: *Caixa Econômica Federal — CEF e Ministério Público*

Apelados: *Moto Importadora Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Laedio de Souza Miranda e outros e Luiz Carlos de Carvalho Ribeiro e Viegas*

EMENTA: Mandado de segurança. ICM. Base de cálculo do PIS. Lei Complementar nº 7/70.

Não se inclui na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM.
Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Moto Importadora Ltda. e outro, qualificados nos autos, impetram, perante o Juízo Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, Mandado de Segurança contra ato do Gerente da Caixa Econômica Federal no Estado do Amazonas, objetivando recolher a contribuição para o Fundo do Programa de Integração Social — PIS —, sobre o seu faturamento, sem inclusão do ICM na base de cálculo.

A segurança foi concedida pela sentença de fls. 67/68, submetida ao duplo grau de jurisdição.

Apelaram a Caixa Econômica Federal e a União Federal, com as razões de fls. 72/78 e 84/86, respectivamente.

Contra-razões, a fls. 88/93.

A fl. 98, parecer da Subprocuradoria-Geral da República, no sentido da reforma do *decisum*.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: No julgamento da AMS nº 107.916 — SP, que versa matéria idêntica à destes autos, proferi, na qualidade de relator, o seguinte voto, cuja cópia farei juntar oportunamente (lê:).

Reportando-me às razões de decidir que venho de ler, nego provimento às apelações.

ANEXO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.916 — SP

(Registro nº 6.590.608)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Cuida-se de saber se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM — integra, ou não, a base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social), instituído pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

Consoante o referido diploma legal, o Fundo de Participação, através do qual se executa o programa preconizado, é formado de duas parcelas, a primeira, mediante dedução do imposto de renda devido pelas empresas (artigo 3º, letra a), a segunda, com recursos próprios destas, calculados com base no respectivo faturamento (artigo 3º, letra b).

A conceituação de «faturamento», dada pela Resolução nº 174/71, do Banco Central do Brasil (§ 2º do art. 7º do Anexo, explicitado pela Norma de Serviço CEF-PIS-2/71, item 3, revogada pela NS 450/78) ensejou, desde logo, controvérsia concernente à inclusão ou não do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na base de cálculo da contribuição em tela, controvérsia afinal dirimida no âmbito da jurisprudência com a edição da Súmula 161 da Corte, com o seguinte enunciado: «Não se inclui na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao IPI». A Resolução nº 462/78, do Banco Central do Brasil convalidou esse entendimento na esfera administrativa (item II).

Restou, contudo, a questão relativa a exclusão ou não da parcela do ICM da referenciada base de cálculo.

A propósito, no julgamento da Apelação Cível nº 80.512-PR, a 28 de fevereiro de 1983, aderi ao voto do ilustre relator, Ministro Torreão Braz, posto em concluir no sentido da abrangência desse imposto no questionado cálculo.

Inobstante, repensando a matéria, convenci-me de que não há razão suficiente para dar ao ICM, na hipótese, tratamento diferente daquele dispensado ao IPI.

Deveras, vale anotar que esses tributos, elaborados com as mesmas características, guardam entre si uma linha de identidade, de tal sorte que, como bem observa José Washington Coelho, as suas relações causais «exigiram e permitiram o ajustamento de ambos dentro de um sistema de mútua compensação» («Código Tributário Interpretado», pág. 40). São impostos indiretos, não-cumulativos, constituindo, respectivamente, receita da União e dos Estados-membros e Municípios, cabendo às empresas a incumbência legal de arrecadá-los.

Por outro lado, «faturamento» é ação ou efeito de faturar que, em si, significa fazer a fatura das mercadorias, incluir mercadorias vendidas na fatura. Na compreensão da Lei Complementar nº 7/70, o vocábulo somente pode ser entendido, consoante re-

conhece o próprio decisório singular estribado em escólio de Geraldo Ataliba, como o montante da receita da empresa *nomine proprio*, isto é, a soma das vendas ou de outras operações realizadas pelo contribuinte em determinado lapso de tempo. Em suma, nas próprias palavras da sentença, «o somatório de suas receitas no período».

Ora, o IPI e o ICM incidem sobre o faturamento, mas não o integram (CTN, artigo 46, II; Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º). As receitas provenientes da arrecadação desses tributos pertencem aos entes públicos de sua destinação constitucional, delas sendo as empresas meras arrecadoras e depositárias.

O Professor Geraldo Ataliba critica, duramente, e com razão, os autores da Lei Complementar nº 7, pondo em relevo os erros, equívocos e impropriedades jurídicas em que incorreram (v. «Estudos e Pareceres de Direito Tributário», v. 2, págs. 55 e segs.). Considero, porém, que maior heresia cometeram os responsáveis pela expedição da Resolução nº 174/71 (explicitada pela Norma de Serviço CEF-PIS 2/71, item 3), ao se transvestirem em poder regulamentador para fixar conceito contrário ao espírito e finalidade da lei. Com efeito, a segunda parcela destinada ao Fundo de Participação — de que se trata aqui — é constituída «com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento», o que, parece óbvio, afasta de plano quaisquer recursos de terceiros. Só os «recursos próprios», verificados através do faturamento, é que são objeto da previsão legal. O texto, não comporta, a meu sentir, outra interpretação ao exame do artigo 3º e parágrafos do diploma legal instituidor do PIS, que tem a prestigialo a autoridade de Ruy Barbosa Nogueira: «Como se deprende da leitura dos dispositivos citados, a 1ª parcela da contribuição é uma contribuição indireta do governo ao Fundo. Corresponde a 5% do valor do Imposto de Renda devido, que a empresa deduz do imposto a pagar. A 2ª parcela, chamada «contribuição de recursos próprios» é uma contribuição direta das empresas, estabelecida segundo três critérios, que atendem às peculiaridades inerentes a cada tipo de empresa». («Direito Tributário Aplicado e Comparado», vol. II, páginas 93/94). Todavia, a citação da Resolução nº 174/71, discricionariamente, identifica o termo «faturamento» com receita operacional, definida na legislação do imposto de renda, abrindo com isso vazão a significativas distorções na cobrança do encargo pela descabida ampliação de sua base impositiva.

Aliás, a sentença monocrática, malgrado sua conclusão, com propriedade profliga esse excesso regulamentar. À luz do artigo 11 da Lei Complementar nº 7/70, ressalta, com toda razão, que à Caixa Econômica Federal e ao Conselho Monetário Nacional não foi outorgada «competência para regulamentar a lei, mas, apenas e tão-somente, para fixar as normas para o recolhimento e distribuição dos recursos, bem como diretrizes para sua aplicação, ou seja, para regulamentar o próprio Fundo». E acertadamente remata que o Regulamento em causa, ao conceituar o faturamento, adotado como base de cálculo do PIS, «é nulo, ou por ter havido extravasamento de competência legal recebida por aquelas entidades ou por inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei Complementar nº 7/70».

Nessa ordem de idéias, em resumo, o faturamento, tomado como hipótese de incidência, há de ser entendido no propósito da lei, sob enfoque meramente negocial, como «a soma, num período, de vendas realizadas» (Geraldo Ataliba, ob. cit., pág. 72), ou a receita bruta, expungida da carga tributária não cumulativa.

Assim, tal como o IPI, justifica-se a exclusão do ICM da base de cálculo em questão, porquanto não há como considerá-lo entre os elementos formadores do faturamento, visualizado, no caso, sob o ângulo do montante das vendas realizadas pela empresa.

Ao revés, teríamos de admitir, com atropelo da legislação de regência, a superposição de tributos pela simultaneidade de incidências. Resultaria daí que a parcela do ICM, da qual são destinatários e beneficiários o Estado-membro e o Município, na proporção ditada pela Lei Maior, viria onerar, indevidamente, o responsável por outro ônus tributário impositivo sobre a mesma base de cálculo.

Importa insistir, neste passo, que ao instituir o Fundo de Participação, com deduções do imposto de renda e recursos próprios das empresas, o legislador teve a preocu-

pação de resguardar estas de qualquer prejuízo ponderável. Lê-se, a propósito, na Mensagem que encaminhou o projeto de lei do PIS ao Congresso Nacional (nº 13/70):

«Governo, empresários e empregados se associam, pela conjunção permanente de suas forças, de seus recursos e do produto de seu trabalho, para um único fim — o de instaurar uma sociedade integrada, na qual seja uma realidade, e não um mito, a justiça social. Prevê o projeto, como meio adequado para o Programa de Integração Social, um Fundo de Participação, constituído por depósitos efetuados pelas empresas na Caixa Econômica Federal.

O Fundo de Participação resulta de deduções no imposto de renda e de recursos próprios das empresas, de tal sorte e em tal proporção que nenhum sacrifício ponderável se impõe a essas mesmas empresas.»

Acrescente-se, ainda, que a inclusão do ICM na questionada base de cálculo implica, em última análise, em reconhecer-se ao beneficiário do PIS uma participação na arrecadação da receita do erário público, não prevista na Lei Complementar nº 7/70. Na realidade, o objetivo do Programa de Participação Social é promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa, fazendo-o participe de seus lucros, aos quais não se pode, logicamente, aditar, recursos de terceiros.

De quanto foi exposto, concluo pela aplicação ao ICM, no caso, de mesmo entendimento sufragado na Súmula 161 do Tribunal, que tem o IPI como excluído da base de cálculo do PIS.

Dou, pois, provimento à apelação para reformar a sentença de primeiro grau, em ordem a conceder a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênia para reformar a sentença e denegar a segurança, nos termos do voto que proferi na Remessa de Ofício nº 106.632.

ANEXO

REMESSA EX OFFICIO Nº 106.632 — SP

VOTO (VISTA) VENCIDO

O 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 considerado 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. Pareceu-me, entretanto, que o tema estava a exigir meditação mais detida; daí o pedido de vista.

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 Duplicata. 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). Salaria 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 — 1ª ed., — pp. 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 duplicata (Lei 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, embora 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 à 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 levado 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 do da contribuição relativa ao PIS haverá de ser considerado o valor correspondente ao ICM.

Reformo a sentença e denego a segurança.

EMENTA: «Tributário. PIS. ICM. Inclusão do ICM na base de cálculo do PIS. Impossibilidade. Lei Compl. nº 7/70, artigo 3º, b.

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 imputante, do mesmo excluído o ICM.

A segurança foi concedida.

O eminente Ministro Miguel Ferrante, Relator, confirmou a sentença, ao entendimento de que o ICM não integra o faturamento para o fim de ser calculado o PIS.

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, 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 transferência do ICM do vendedor para o comprador em parcela separada do preço da venda.

O ICM é, por isso mesmo, na linguagem dos financistas, um «imposto por dentro», ao contrário do IPI, que é um «imposto por fora», porque, quanto ao IPI, não existe norma legal idêntica.

A primeira consequência que decorre de integrar o ICM a sua própria base de cálculo, ou a primeira consequência decorrente do «imposto por dentro», aponta Geraldo Ataliba, é o aumento do valor da operação, ou do preço. Tem-se, então, um valor fiscal da operação, ou um preço fiscal, que é o valor para tributação, e um valor mercantil, que é o preço real da mercadoria, sem a inclusão do ICM.

Segundo Ataliba, a adoção de tal «mecânica significou método obliquo 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 sustentar 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.

Registre-se, também, que o ICM e o IPI são tributos que, em substância, tendo em vista a materialidade da hipótese de incidência, são idênticos, recaindo, ambos, sobre operações de venda relativas a mercadorias. O IPI, ensina Ataliba, com a sua costumeira precisão, «alcança apenas certas operações — especificamente as que se refiram a certas mercadorias qualificadas pela designação «produtos industrializados». O ICM, por outro lado, é genérico, gravando operações relativas a qualquer mercadoria, seja qual for a sua qualidade e natureza». Ambos — ICM e IPI — são impostos não-cumulativos (CF, art. 21, § 3º, art. 23, II) e não integram o faturamento da empresa, para o fim indicado no art. 3º, b, da Lei Compl. nº 7/70, porque não constituem «recursos próprios da empresa», mas receitas 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, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 111.212 — AM — (Reg. nº 7.879.210) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Aptes.: Caixa Econômica Federal — CEF e Ministério Público. Apdos.: Moto Importadora Ltda. e outro. Advs.: Drs. Laedio de Souza Miranda e outros e Luiz Carlos de Carvalho Ribeiro e Viegas.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento aos recursos e à remessa oficial e do Ministro Edurado Ribeiro aos mesmos dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Carlos Velloso. 8-4-87.

Proseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, negou provimento aos recursos. (Em 25-5-87 — 6ª Turma).

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

O Sr. Ministro Carlos Velloso votou com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.493 — PB
(Registro nº 7.921.500)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *IAPAS e INAMPS*

Apelados: *Beriolo Martins de Araújo e outros*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Advogados: *Drs. Maria Eridan de Araújo e outros e José Gomes da Silva e outros.*

EMENTA: Processo Civil. Execução de sentença contra autarquias. Precatório.

Quebra da ordem de preferência. Estabelecido o precatório como forma de pagamento das obrigações judiciais da Fazenda Pública, não há dizer-se ilegal a resistência oferecida pela autoridade de hierarquia inferior, à discriminatória liberação de valores fora da devida ordem preferencial — CF, art. 117, e CPC, arts. 730 e 731.

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 às apelações, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Executada a sentença que lhes reparara o enquadramento como Agentes Administrativos, os impetrantes obtiveram do Sr. Ministro da Previdência Social, em caráter excepcional, autorização de pagamento dos valores da execução, independentemente da extração de precatório. Ao cumprimento dessa ordem negou-se o Procurador Regional do IAPAS, ao insistir no pedido de precatória; daí o mandado de segurança que afinal obtiveram, por sentença proferida nestes termos:

«Os fatos alegados na inicial encontraram-se provados pela farta documentação acostada aos autos.

O ato administrativo de sua Excelência, o então Ministro da Previdência e Assistência Social, Waldir Pires, «que autorizou, em caráter excepcional, a liberação dos pagamentos a que fazem jus os impetrantes, em consequência das Ações Ordinárias movidas por estes contra o INAMPS e IAPAS e em que obtiveram sentença favorável e com trânsito já em julgado, autorização essa sob a condição de que os respectivos cálculos hajam sido efetuados com observância das normas legais próprias e tenham obtido a concordância dos órgãos jurídicos dos Institutos ou sejam objeto de homologação judicial de que não caiba recurso» (fls. 24/25) segundo o escólio do Professor Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro 10ª edição — pág. 122) se constitui em um ato administrativo individual porque, efetivamente, criou uma situação jurídica particular aos seus destinatários, no caso, os impetrantes.

Como ato administrativo individual, ainda segundo a lição do ilustre mestre, gerou, indubitavelmente, direito subjetivo para os impetrantes, qual seja, atendida a condição nele prevista, a de receber os pagamentos referidos diretamente da Autarquia Previdenciária, independentemente da expedição de precatório.

Tal autorização reveste-se, a princípio de legalidade, porque se assim não fosse, ensejaria a anulação pela própria administração o que, na hipótese, não ocorreu.

Como tal direito subjetivo, não constitui, no meu entendimento, direito adquirido dos impetrantes, poderia ser revogado, mas também não o foi.

A evidência que a revogação ou a anulação da autorização pela própria administração, só poderiam ocorrer através do Ministro da Previdência e Assistência Previdenciária que a expediu ou por Sua Excelência, o Presidente da República, jamais por uma autoridade hierarquicamente inferior.

Resta saber se a condição imposta pela autorização ministerial, isto é, se os cálculos que ensejaram os pagamentos a que fazem jus os impetrantes obtiveram a concordância dos órgãos jurídicos ou foram objeto de homologação de que não caiba recurso.

Do exame dos autos, verifico que tais cálculos foram objeto de sentença homologatória (fl. 17) e com trânsito em julgado, diante da inexistência de recurso dessa sentença (fl. 18).

Satisfeita está, pois, a condição imposta pela autorização da liberação dos pagamentos dos valores a que fazem jus os impetrantes, em razão das Ações Ordinárias por eles movidas contra o INAMPS e o IAPAS nas quais obtiveram sentença favorável (Processo 544/82).

Por conseguinte, entendo que o não cumprimento da autorização mencionada por parte da autoridade impetrada, constitui, sem dúvida alguma, em violação a direito líquido e certo dos impetrantes.

Concedo, pois, a Segurança, no sentido de que a impetrada cumpra a autorização ministerial que liberou o pagamento aos impetrantes dos valores a que fazem jus em consequência das Ações Ordinárias por eles movidas contra o INAMPS e o IAPAS (Processo 544/82) e em que obtiveram sentença favorável». — Fls.118/119.

Suspensa a sentença pelo Presidente deste Egrégio Tribunal, despacho afinal confirmado em grau de agravo regimental (SS nº 5.772-PB, fl. 153), apelaram o IAPAS e o INAMPS, órgãos executados (fls. 132/135). Em suma, os apelantes renovam a defesa oferecida com as informações, pondo em destaque o caráter condicional da examinada autorização ministerial, assim como a legitimidade da exigência do precatório como via

legal do cumprimento das obrigações que lhes foram impostas por sentença judicial — CF, art. 117, e CPC, art. 730.

Contra-razões à fl. 138, postas em louvores à sentença e com a notícia de que os valores da discutida execução até foram postos à disposição dos ora apelados; isto, a par de referências à certidão de que nem sempre é exigida pelo IAPAS a condição do precatório.

Oficiando, a nobre Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer neste sentido:

«2. Discute-se, no caso *sub judice*, a viabilidade jurídica de, mediante autorização ministerial, perceberem os impetrantes, sem utilização do procedimento previsto no artigo 117, § 1º, do CF, pagamentos decorrentes de decisões judiciais em que foram condenadas as autarquias federais.

3. O Precatório é um instituto processual pelo qual se executam as entidades públicas, abrangendo-se, portanto, as autarquias, conforme deixa claro Acórdão prolatado no AI nº 48.548-SP, DJ de 10-4-86, *verbis*:

«Previdenciário e processual civil. Execução contra autarquia. Precatório.

1. As autarquias se encontram incluídas no conceito de Fazenda Pública, inclusive para fins do art. 730 do CPC. (Constituição, art. 117; Lei nº 5.010/66, art. 59; Regimento Interno, artigos 357/360 e Instrução Normativa — TFR nº 01/81).

2. O Instituto obriga-se constitucionalmente a fazer dotações orçamentária própria ao Poder Judiciário, depositando créditos suficientes à disposição do Presidente do Tribunal Federal de Recursos, no Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal, sob pena de frustrarem-se os pagamentos, além da demora causar sensível prejuízo a pensionistas e aposentados da Previdência, geralmente pessoas pobres».

4. O Sr. Ministro Presidente do Tribunal Federal de Recursos, ao suspender a Segurança concedida aos impetrentes, assim, justificou:

«... Não me parece que a regra do art. 117 e de seu § 1º possam ser contornadas ou ignoradas, já que se alçam à classe de preceitos imperativos e de ordem pública.

O dispositivo em exame, por outro lado, como claramente se depreende da *mens legis*, consubstancia norma de alta moralidade, a impedir benefícios ou favorecimentos.

A lei fundamental deve ser rigorosamente obrigatória, principalmente quando, no caso vertente, impede a concessão de privilégios».

5. Isto posto, não vemos como eximir o crédito dos impetrantes, ora apelados, do procedimento previsto no artigo 117, § 1º, da CF e artigo 730 do CPC, razão por que somos pelo provimento da Apelação, para, reformada a r. sentença, seja cassada a segurança concedida.

Brasília, 19 de novembro de 1986. *Marilene da Costa Ferreira*, Procuradora da República.

Aprovo: *Aristides Junqueira Alvarenga*, Subprocurador-Geral da República» — fls. 178/180.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, ao que temos decidido nesta Egrégia Turma, até mesmo para as obrigações próprias de benefícios pe-

cuniários, é legítimo o procedimento ultimamente adotado pelos órgãos da Previdência Social, sob a forma do requisitório previsto pela CF, art. 117, com a disciplina formal estabelecida pelo CPC, art. 730. A propósito dessa orientação, lembro acórdão de minha lavra, com a seguinte ementa:

«Processo Civil. Execução da Sentença contra autarquia.

Fazenda Pública — Compreendidas as autarquias no conceito de Fazenda Pública, aplicável a elas é o art. 730 do CPC, mormente no que concerne à extração de precatório para o pagamento dos valores da liquidação» — AG 48.549, 3ª Turma, in DJ de 20-3-86.

A partir dessa colocação constitucional e legal da espécie, admitida regular para prestações daquela natureza, de destinação bem próxima à própria subsistência do beneficiário da Previdência Social, menos não se tem que admitir para obrigações outras, como as de caráter estatutário, também obtidas por decisão judicial.

Desse modo, cumpre assinalar que o procedimento enfocado, apesar de suas aparências protelatórias, tem por alcance mais nobre a preservação cronológica dos precatórios, ao fito de que influências estranhas não resultem na quebra da preferência dos respectivos pagamentos, pelo que os põe sob controle exclusivo do próprio Poder Judiciário; e mais, em defesa dessa mesma ordem cronológica, ponto fundamental do procedimento requisitório, estabelece-se medida reparadora imediata, qual o seqüestro a que alude o art. 731 do CPC, ordenado em favor do credor preterido.

Em função de um quadro legal assim tão bem estruturado a benefício da ordem de apresentação dos precatórios, dificilmente se poderá compreender a exceção noticiada nos autos. Por maior que seja a autoridade do Ministro de Estado, no ordenamento das despesas da Previdência Social, do modo como, por sinal, S. Exa. recomendou o estrito cumprimento do art. 730 do CPC, via de espediente genérico endereçado aos Presidentes dos órgãos do SIMPAS — MPAS/GM/DF/Nº 16.785, de 23-7-85 (fl. 100) —; maior que seja a autoridade do Ministro, dizíamos, certamente que não terá força para fazer escapar daquele tratamento normatizado essa ou aquela obrigação, como se dispôs a determinar em relação aos ora apelados, por despacho de 24-10-85 (fl. 24).

De tal tratamento discriminatório, obviamente, decorreria intolerável preterição aos demais credores, na exata especificação cuidada no citado art. 731 do CPC. Pelo que, não há vislumbrar-se direito adquirido pelos beneficiários da discriminatória determinação ministerial nem constrangimento ilegal por parte da atuação da autoridade de hierarquia inferior, que insistiu na expedição do precatório.

Aliás, essa conceituação jurídica da espécie até que já foi adiantada no processo de suspensão da segurança, tanto pelo próprio despacho presidencial como pelo acórdão de sua confirmação em grau de agravo regimental, consoante os tópicos que se seguem:

1. Despacho do Sr. Ministro Lauro Leitão:

«Duas características da espécie *sub examen*, entretanto, impelem esta Presidência a precauções especiais e à observância de reservas peculiares. Primeiramente, o fato de toda a controvérsia ter-se travado em torno de um despacho do Sr. Ministro de Estado da Previdência, não acatado pelos escalões hierarquicamente menores daquela Secretaria de Estado, o que atesta, no mínimo, uma inversão de comando, o que foi observado pelo MM. Dr. Juiz prolator, como ponto de sustentação de sua sentença. Malgrado, o segundo aspecto a merecer observação e que se evidencia como fundamental ao desate do pedido, dirige-se ao postulado constitucional que foi ladeado, quer pelo despacho do Executivo, quer pela decisão Judiciária. Não me parece que a regra do art. 117 e de seu § 1º possam ser contornadas ou ignoradas, já que se alçam à classe de preceitos imperativos e de ordem pública.

O dispositivo em exame, por outro lado, como claramente se depreende da *mens legis*, consubstancia norma de alta moralidade, a impedir benefícios ou favorecimentos.

A lei fundamental deve ser rigorosamente obrigatória, principalmente quando, no caso vertente, impede a concessão de privilégios» — fl. 154.

.....

2. Voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg:

«Embora o então Ministro da Previdência Social haja subordinado o pagamento de indenizações pelo INAMPS e pelo IAPAS independentemente de expedição de precatórios, a condições especiais asseguradoras da respectiva correção, não era possível fazê-lo pela forma estabelecida no art. 117 da Constituição, que subordina os pagamentos devidos pela Fazenda Pública à ordem de apresentação dos precatórios.

Ao determinar que fosse obedecida a regra constitucional citada, assim, o Dr. Procurador Regional do IAPAS na Paraíba, não somente fez cumprir a Constituição, como afastou a adoção de procedimento do qual decorreria grave lesão à ordem, pois, se pagamentos de débitos reconhecidos em decisões judiciais forem feitos pelas instituições de previdência sem a expedição de precatórios para tal efeito, e obedecendo à ordem em que tal ocorrer, resultarão, sem dúvida, ofendidas a economia e a ordem públicas» — AgReg/SS nº 5.772-PB — T. Pleno, 29-5-86, *in DJ* de 14-8-86.

Em suma, na linha de todas essas assertivas, fico em que procede a irrisignação dos apelantes.

Pelo exposto, dou provimento às apelações, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 112.493 — PB — (Reg. nº 7.921.500) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Aptes.: IAPAS e INAMPS. Apdos.: Berilo Martins de Araújo e outros. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Advvs.: Drs. Maria Eridan de Araújo e outros e José Gomes da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. Sustentou oralmente o Dr. Francisco das Chagas Lima Filho (apdos). (Em 13-2-87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.797 — RS
(Registro nº 6.911.340)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Remetente: *Juízo Federal da 10ª Vara — RS*

Apelante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Apelada: *Vera Rejane da Silva Barcelos*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Kremer, Nilo Arêa Leão e outros e Maria de Lourdes Andretta Haag e outro*

EMENTA: Administrativo. PIS. Levantamento. Casamento anterior à criação do Programa.

A legislação de regência (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 contrairam o matrimônio antes da criação do Programa. Ao contrário, as expressões usadas denotam o propósito de atender situações presentes e futuras.

Recurso provido.

Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer de fls. 137/140, no qual o Dr. Maurício Vieira Bracks, com aprovação do ilustre Dr. A. G. Valim Teixeira, expõe, com clareza, a matéria discutida nestes autos, *verbis*:

«Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Vera Rejane da Silva Barcelos contra ato praticado pelo Gerente Regional da Caixa Econômica Fe-

deral, o qual na qualidade de agente da entidade administradora do Programa da Integração Social, e tendo em vista o fato de a impetrante haver se casado antes da instituição do PIS, indeferiu o pedido que ela lhe formulou, de levantar as quotas e respectivos dividendos que possui nesse programa.

Acoimando de ilegal o ato de indeferimento em questão, a impetrante valeu-se da presente ação mandamental, em cuja inicial pleiteia lhe seja liminarmente autorizado o levantamento da importância relativa à sua participação no PIS, e, a final, a concessão da segurança, retificando a liminar.

Como suporte jurídico do pedido formulado, a impetrante aduz ser discriminatória a postura da autoridade dita coatora, eis que, ao arrepio do preceito insculpido no artigo 153, § 1º, da Carta Magna, encontra-se liberado o levantamento de quotas do PIS para todos aqueles que contraíram matrimônio após se cadastrarem no programa, independentemente da data em que assim o requeiram, ao passo que indefere-se o pedido feito por aqueles que se casaram antes de ali se cadastrarem.

Indeferida a liminar pleiteada, e depois das manifestações da autoridade dita coatora e do Ministério Público Federal, o MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, transcrevendo os fundamentos da sentença copiada às fls. 07/10, concedeu a segurança vindicada, sob o seguinte fundamento, *verbis*:

«A lei outorgava saque no ato do casamento, a resolução, ao permitir os saques como notícia a impetrante, passou a considerar como condição o estado civil, logo, não poderia discriminar por datas» (fl. 61).

Irresignada com o julgado monocrático, a Caixa Econômica Federal manifestou o recurso de apelação de fls. 65/70, o qual foi contra-arrazoado às fls. 134/135, após a adoção, pelo ilustre julgador de 1º grau, das providências exigidas pela decisão da Col. 1ª Sessão do Eg. TFR, que concedeu segurança pedida pela ora recorrente, no sentido de se suspender os efeitos da r. sentença que agora se leva ao crivo da superior instância».

Conclui o digno parecerista opinando no sentido de ser confirmada a r. sentença de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A Lei Complementar nº 7, de 7-9-70, que instituiu o Programa de Integração Social (PIS), estabeleceu a possibilidade de «por ocasião do casamento, aposentadoria ou invalidez do empregado titular da conta» receber estes os valores depositados, mediante comprovação da ocorrência (art. 9º, §§ 1º e 2º).

Posteriormente, a Lei Complementar nº 26, de 11-9-75, revogou essas normas, de modo expresso (art. 7º). Todavia, o próprio ordenamento prescreveu:

«Art. 4º

§ 1º Ocorrendo casamento, aposentadoria, transferência para a reserva remunerada, reforma ou invalidez do titular da conta individual, poderá ele receber o respectivo saldo, o qual, no caso de morte, será pago a seus dependentes, de acordo com a legislação da Previdência Social e com a legislação específica de servidores civis e militares ou, na falta daqueles, aos sucessores do titular, nos termos da lei civil.»

O Decreto nº 78.276, de 17-8-76, que regulamentou a Lei Complementar nº 26/75, autorizou a Caixa Econômica Federal a processar as solicitações de saques e de retirada

e os correspondentes pagamentos, fixando as épocas próprias (art. 10). Disso decorreu a Resolução nº 04/78, cujo item III estabelece:

«III — Autorizar o processamento, no período de 1º de dezembro de 1978 a 30 de março de 1979, das solicitações de saques de quotas de participação distribuídas mediante créditos nas contas vinculadas dos participantes do Fundo, nos casos: a) *de casamento* (grifei), transferências para a reserva remunerada ou reforma, *ocorridos a partir do cadastramento.*»

A dúvida, portanto, é saber se a regulamentação extravasou os limites do seu poder, ao restringir o benefício aos casamentos ocorridos após o cadastramento.

Na verdade, a Lei Complementar nº 26/75, na forma enunciada no § 1º, do seu art. 4º, não previu a hipótese de matrimônio celebrado no passado. O tempo do verbo empregado — gerúndio — não permite fazer retroagir o evento. A expressão «ocorrendo casamento» significa que não quis abranger época pretérita. O seu alcance é o presente ou o futuro. Aliás, a mesma posição foi adotada pela Lei Complementar nº 7, de 1970, criadora do Programa, ao se referir «por ocasião do casamento» (art. 9º).

Nem teria sentido a amplitude que se pretende dar ao texto, porquanto significaria a própria falência do sistema. Se todos os casados, indistintamente, pudessem sacar os mesmos valores que lhes são devidos não haveria reserva para gerir.

Corretos são os seguintes comentários insitos na peça recursal:

«Como se viu da inicial, a impetrante casou anteriormente à criação do PIS (Lei Complementar nº 7/70, de 7-9-70).

Ora, se a lei institucional do PIS define, expressamente, que os créditos do PIS feitos na conta do participante visam à formação do patrimônio do trabalhador, é bem de ver que os eventos de disponibilidade daqueles créditos só e, tão-somente, devem prebendar ao participante que, sendo cadastrado no PIS, viesse a casar-se, até porque, não sendo cadastrado no PIS, a pessoa física que não trabalha, não tem habilitação para se beneficiar no PIS, na condição de participante.

Fácil é entender que somente após a constituição do PIS é que se formou fundos para tal.

Como contemplar aos participantes que casaram antes do implemento do PIS? Certamente não poderia, eis que inexistia a criação do fundo e, conseqüentemente, verba para o propósito referido.

Constatado que o fato gerador é o casamento e, a impetrante ainda não estava cadastrada no PIS (pois o fez quando já estava casada), é de todo descabido o presente *writ*, bem como o levantamento de suas quotas, porque contrariam dispositivo legal e vigente.»

O fato de a Impetrante haver contraído o matrimônio poucos meses antes da criação do PIS não impõe a extensão cogitada, mesmo porque a formação do patrimônio, em valores reais, não se fez de imediato. A meu juízo, a legislação aplicável estabeleceu marco temporal para a habilitação à retirada, qual seja a criação do Programa. Portanto, as ocorrências anteriores, no que tange ao casamento, não estão abrangidas pela autorização.

Também não vislumbro qualquer infringência ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal. O princípio da isonomia não chega ao ponto de impedir limitações como a examinada neste processo. Entender-se de modo contrário significaria acolher como norma fundamental o efeito retroativo obrigatório de todas as leis, o que não é possível.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para reformar a sentença e cassar a segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente. A constituição do *Fundo de Participação* é para o futuro, segundo está expresso na própria lei complementar. O gerúndio «ocorrendo» significa fato futuro. Portanto, quando a Lei Complementar nº 26/75 no art. 4º, § 1º, se refere a «ocorrendo casamento...» quis, sem dúvida, dizer que são as núpcias realizadas a partir dali e não as que tinham ocorrido. Logo, não se trata de norma contida no decreto, mas na Lei Complementar.

Acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 112.797 — RS — (Reg. nº 6.911.340) — Rel.: Sr. Ministro William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 10ª Vara/RS. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apda.: Vera Rejane da Silva Barcelos. Advs.: Drs. Luiz Carlos Kremer, Nilo Arêa Leão e outros e Maria de Lourdes Andretta Haag e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança. (Em 22-9-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 113.008 — DF
(Registro nº 7.935.307)

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

Impetrantes: *Fonefácil S.A. Ltda. e outros*

Impetrado: *O Sr. Ministro de Estado das Comunicações*

Advogados: *Drs. Paulo César Vasconcelos Gomes, Dorival Millan e Yara Gissoni (imptes)*

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.

Administrativo. Concessão. Telefones. Direito de uso. Proibição da transferência em todo o País. Portaria nº 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Necessidade de respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas antes da sua promulgação. Ato administrativo. Revogação. Efeitos.

I — Cabe mandado de segurança contra portaria que contém, em si mesma, medida coercitiva, sendo apta, por si só, independente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que as impetrantes se julgam titulares.

II — A administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a Administração considerava conveniente ao interesse público. A mudança de critério só pode atingir atos futuros.

III — No caso, tendo editado normas admitindo a transferência de assinaturas de telefones e a sua locação, não pode a Administração, ao revogá-las, deixar de respeitar as situações jurídicas constituídas sob a sua égide. Resolução nº 12, de 12 de março de 1968, do CONTEL. Portarias nºs 351, de 26-6-72, 663, de 18-7-79, e 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Aplicação da Súmula nº 473 do STF.

IV — Ao conceder a segurança, entendeu a maioria de restringi-la às linhas telefônicas adquiridas até a data de vigência da Portaria atacada (Voto-médio do Ministro Armando Rollemberg e José Dantas).

V — Mandado de segurança conhecido e concedido, em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e preliminarmente, conhecer da impetração e, no mérito, por maioria, conceder, em parte, a segurança na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de março de 1987 (data do julgamento).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Fonefácil S/C Ltda.-ME e outras, empresas que, segundo o seu contrato social, se dedicam à intermediação e corretagem na compra, troca, venda e locação de telefones, impetraram mandado de segurança contra ato do Senhor Ministro de Estado das Comunicações, substanciado na Portaria nº 209, de 6-8-86, que proibiu a transferência do direito de uso de telefones em todo o País. Alegam as impetrantes, em suma, que o ato malsinado causou-lhes danos morais e funcionais e prejuízos sociais, forçando-lhes a demitir empregados e levando os seus proprietários ao desespero. Dizem que não podem ser enquadradas na condição de especuladoras, como referido no ato ministerial, pois foram regularmente constituídas e vêm funcionando normalmente, com o pagamento de impostos e contribuições.

Acrescentam que a própria TELESP estimulou o investimento na compra de telefones. Nesse sentido, trouxeram para os autos propagandas divulgadas pela referida Companhia, em que se lê:

«Pesando bem as coisas, o telefone vale bem mais do que custa».

«Telefone, o investimento que mais valorizou, nem parece investimento».

Afirmam que propaganda, como a citada, induziu numerosas pessoas a investir suas economias na compra de telefones, cuja comercialização foi, abruptamente, atingida pelo ato malsinado, causando-lhes incalculáveis prejuízos. Tanto mais que a venda de telefone é o meio mais usado para levantamento de dinheiro rápido, como no caso de doença, alcançando, por isso, a medida combatida amplas camadas da população. Invocando o art. 153, §§ 3º e 21, da Constituição, concluem por pedir que lhe seja concedida a segurança, para o fim de respeitar o seu direito adquirido de comercializar os seus telefones e de continuar a desempenhar, normalmente, as suas atividades.

Indeferi a liminar requerida (fls. 177).

A ilustre autoridade impetrada prestou informações (fls. 181/210). Alega, em preliminar, que a segurança insurge-se contra a lei em tese (Súmula nº 266). No mérito, após afirmar a sua competência para baixar a contestada Portaria, sustenta a legitimidade do seu conteúdo e diz não ter ensejado ofensa aos invocados preceitos constitucionais. Tece amplas considerações sobre as relações entre o poder concedente e o concessionário de serviço público, assinalando que é da essência do serviço público a sua intransferibilidade, sendo o único direito do chamado usuário do serviço o de haver a prestação desse serviço, enquanto satisfizer as suas obrigações junto ao concessionário. Reconhece que, embora inicialmente proibida, a transferência de assinaturas passou a ser admitida a partir da Portaria nº 351, de 26-6-72 (DOU de 3-7-72), de aplicação geral a todas as concessionárias do País, situação que perdurou com a promulgação da Portaria nº 663, de 18-7-79, que aprovou a Norma nº 5/79, que regulou não apenas a transferência de assinaturas, mas, também, a sua locação. Esclarece que eram essas as regras vigentes quando foi editada a Portaria nº 209/86, atacada nesta segurança. Diz,

contudo, que as aludidas portarias não visaram implantar, à margem das concessionárias, um verdadeiro comércio de telefones. Assevera que se tem argumentado que a transferência do direito de uso do serviço telefônico é legítima, tendo em vista que ele tem valor econômico. Todavia, tal valor econômico decorre da demanda reprimida, decorrente da escassez do serviço. Aduz que a escassez do serviço não pode ser motivo para que o seu uso se transforme em bem, objeto de comercialização, à margem da concessionária. Acrescenta que as decisões de nossos tribunais reconhecendo a possibilidade de penhora e arrematação do direito de uso de telefone não servem de base para confirmar a tese de que o direito de uso é livremente transferível, pois os pretórios só admitiam aqueles atos constitutivos porque a regulamentação previa a possibilidade de transferência daquele direito. A final, conclui (fls. 208/209):

«À vista de todo o exposto, que se procurou tornar o mais suscinto possível, dentro da natural complexidade da matéria, pode-se chegar às seguintes conclusões:

V.1. O Ministro das Comunicações, conforme exaustivamente demonstrado, tem competência constitucional, legal e regulamentar para regular os serviços de telecomunicações em geral, e, em particular, o serviço público de telefonia.

V.2. O conteúdo da Portaria n.º 209/86, também conforme amplamente demonstrado, é legítimo, cabendo, sem dúvida alguma, dentro do poder regulatório do Poder Concedente, sendo, a esse propósito, unânime a doutrina.

V.3. Não cabe falar, no campo de serviço público concedido, como é o caso da telefonia, em direito de propriedade do assinante, nem direito adquirido do assinante à imutabilidade das regras de fruição do serviço, uma vez que, conforme também demonstrado à sociedade, a característica do serviço público é, precisamente, o poder que tem o Concedente de alterar essas regras, sem que contra isso possam se insurgir os Concessionários e Usuários.

V.4. Também no campo econômico e social a medida se apresenta justa e necessária, tendo por base antes o dever que o direito de intervir no serviço.

V.5. Não se verifica, na prática do ato, como também se demonstrou, qualquer lesão a dispositivo constitucional, antes se exercitou uma competência originariamente constitucional (Constituição, art. 85) e secundariamente legal e regulamentar, razão por que também não se pode falar em lesão a disposições legais e regulamentares.

À guisa de informação final, é bom acrescentar que, recentemente, no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em memória do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, realizado em Belo Horizonte, com a presença dos maiores administrativistas do País, foi apresentada uma tese, intitulada «Telefone — A impossibilidade de sua comercialização», de autoria do Dr. Antônio Roberto Pires de Lima. A tese tem as seguintes conclusões:

1. Por sua natureza, o serviço público de telefonia é intransferível;
2. O comércio da assinatura desacata o interesse social;
3. O critério de distribuição do serviço público há de ter em mira a necessidade.

Essas conclusões foram aprovadas pelo plenário do Congresso, em 19-8-86, e afinam-se, como se verifica de plano, com as presentes informações».

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em alentado parecer do Dr. Paulo A. F. Sollberger, opina, na linha das informações, preliminarmente, pelo não conhecimento da segurança e, no mérito, pela sua denegação.

É o relatório.

EMENTA: Mandado de segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.

Administrativo. Concessão. Telefones. Direito de uso. Proibição da transferência em todo o País. Portaria nº 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Necessidade de respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas antes da sua promulgação. Ato administrativo. Revogação. Efeitos.

I — Cabe mandado de segurança contra Portaria que contém, em si mesma, medida coercitiva, sendo apta, por si só, independentemente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que as impetrantes se julgam titulares.

II — A Administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a Administração considerava conveniente ao interesse público. A mudança de critério só pode atingir atos futuros.

III — No caso, tendo editado normas admitindo a transferência de assinaturas de telefones e a sua locação, não pode a Administração, ao revogá-las, deixar de respeitar as situações jurídicas constituídas sob a sua égide. Resolução nº 12, de 12-3-68, do CONTEL. Portarias nºs 351, de 26-6-72, 663, de 18-7-79, e 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Aplicação da Súmula nº 473 do STF.

IV — Mandado de segurança concedido, em parte.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): De início, cabe examinar a preliminar de cabimento da impetração. O ato impugnado é a Portaria 209, de 6-8-86, publicada no *Diário Oficial* da União de 7 subsequente, nestes termos:

«O Ministro de Estado das Comunicações, no uso de suas atribuições e, considerando:

A ação especuladora que vem sendo praticada por intermediários na comercialização do direito de uso de telefone no País;

O desvio da poupança popular para as mãos de tais especuladores, contrariando as medidas antiinflacionárias do Governo e os atos de moralização dos serviços públicos;

Que o atual Governo, levando em conta os problemas existentes, adotou como uma de suas metas a expansão do serviço telefônico, de forma a atender em quatro anos a demanda hoje existente e a que vier surgir, como única forma de bem servir o usuário e evitar os malefícios do mercado paralelo;

Que, a partir do próximo ano, serão colocados à disposição dos usuários, por etapas, terminais telefônicos em quantidade suficiente para atender às necessidades da população, resolve:

I — Ficam proibidas as transferências do direito de uso de telefones em todo o País.

II — As mudanças de endereço somente serão atendidas mediante real comprovação de mudança de domicílio do usuário.

III — Todas constatações de burlas a quaisquer das normas vigentes serão punidas com a perda, pelo infrator, do direito de uso.

IV — Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação — *Antônio Carlos Magalhães.*»

Sobre o cabimento de mandado de segurança contra ato normativo, disse em trabalho publicado na Revista Brasileira de Direito Processual — vol. 49, págs. 33 a 50 — 1º Trimestre 1986 — Universidade de Uberaba:

«Constitui orientação pacífica aquela no sentido de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese (Súmula nº 266). Daí não caber mandado de segurança contra ato normativo. Todavia, tal entendimento não pode ser, como não é, absoluto. Há casos em que o ato normativo produz efeitos concretos, independentemente de qualquer outro ato da autoridade, senão o de baixá-lo. Em caso recente, de muita repercussão, o Plenário do Tribunal Federal de Recursos teve ensejo de enfrentar a questão. Fê-lo no caso de denominado FINSOCIAL. Decidiu, naquele ensejo, que a Portaria Ministerial nº 119, de 22-6-82, que regulamentou o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, instituidor daquela contribuição, tornou concreta a sua exigência, independentemente de qualquer atuação da autoridade. Daí ter conhecido, originariamente, do *mandamus* interposto contra o Ministro da Fazenda, que editou a citada Portaria.

Na AMS 89.043-DF, de que fui Relator, decidiu a 4ª Turma do TFR, na consonância da seguinte ementa (*DJ*, 13-11-80, pág. 9.457):

«Mandado de segurança preventivo — Ato normativo expedido pelo Conselho Federal dos Corretores de Imóveis — Configuração da possibilidade de lesão a direito subjetivo de categoria profissional — Cabimento do *mandamus*.

I — É cabível mandado de segurança contra ato consubstanciado em Resolução do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis que, ao admitir hipótese de registro de Corretores, com possível exorbitância aos limites legais, acarretou ensejo a lesão de direito subjetivo da categoria profissional, representada pelo sindicato impetrante, a ser traduzida na redução do mercado de trabalho a que faz jus, nos termos da lei.

II — Apelação provida.»

Há, também, precedentes do Excelso Pretório. Esta é a ementa do RE 81.847-RS, Relator Ministro Leitão de Abreu, decidido pela sua 2ª Turma. (RTJ 90/518):

«Mandado de segurança. Seu cabimento para impugnar portaria ministerial que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito do impetrante. Inaplicabilidade da Súmula 266.

Recurso extraordinário não conhecido».

No MS 18.428, decidiu o Pleno da Suprema Corte que, embora não caiba o remédio heróico contra a lei em tese, tem aquele Tribunal o entendimento de ser o mesmo admissível, quando «o ato, por si só, pode produzir ato lesivo ao direito» (RTJ 54/71, Relator Ministro Barros Monteiro).»

Com apoio nessa linha de entendimento, este Plenário, na assentada de 25-9-86, por unanimidade, conheceu do MS 110.568-DF, requerida contra a Resolução nº 659/85 do CONTRAN, mantida por despacho do Senhor Ministro da Justiça. O Acórdão, então proferido, ficou assim ementado:

«EMENTA: Mandado de Segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.

Trânsito. Resolução nº 659, de 30-10-85, do CONTRAN. Vícios de incompetência e ilegalidade. Não caracterização.

I — Cabe mandado de segurança contra Resolução, baixada pelo CONTRAN, que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo, independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito das impetrantes. Inaplicação, em tal caso, da Súmula nº 266 do STF. Precedentes.

II — A Resolução nº 659, de 31-10-85, do CONTRAN, que dispõe sobre a identificação dos veículos automotores, não se ressentir dos vícios de incompetência, nem de ilegalidade. Lei nº 5.108, de 21-9-68, arts. 5º, com a redação do Decreto-Lei nº 237, de 28 de fevereiro de 1967, e 39, parágrafo único. Decreto nº 62.127, de 16-1-68, arts. 9º, XVII, e 121, este último com a redação do Decreto nº 92.387, de 6-2-86.

III — Mandado de segurança denegado. Liminar cassada».

Assinalo, por último, que, na sessão de 16-10-86, também, por unanimidade, em caso idêntico, em que o ato atacado é o mesmo (Portaria nº 209/86 do Ministro das Comunicações), este Plenário conheceu da segurança (MS 113.098-DF, Relator Ministro Costa Lima).

Na verdade, não há negar que, no caso, o ato malsinado, antes transcrito, se ilegítimo, como afirmam as impetrantes é apto, por si só, independentemente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que se julgam titulares. Por isso, conheço da segurança.

II

No mérito, consiste a questão em saber se a Portaria nº 209, de 6-8-86, do Senhor Ministro das Comunicações, que proibiu a transferência do direito de uso de telefones em todo o País, lesa, ou não, direito adquirido das impetrantes de continuar a exercer as suas atividades de intermediação e corretagem na compra, troca, venda e locação de telefones.

Conforme reconhecem as informações da ilustre autoridade coatora, a transferência do direito de uso dos telefones, inicialmente vedada, passou a ser admitida, primeiramente, pela Resolução nº 12, de 12-3-68, do CONTEL (publicada no *DOU* de 23-3-68), alcançando apenas as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB e da Companhia Estadual de Telefones — CENTEL, que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e os Estados do Rio e São Paulo. Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações, foi baixada a Portaria nº 351, de 26-6-72 (*DOU* de 3-7-72), que revogou a citada resolução e aprovou a «Norma Sobre Transferência de Assinaturas do Serviço Telefônico Público Urbano», de aplicação geral, para todas as concessionárias do País. Finalmente, a referida Portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18 de julho de 1979 (publicada no *DOU* de 24-7-79), que aprovou a Norma 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público —, que, nos itens 13 a 16, regulou a transferência de assinaturas e, nos itens 17 e 18, a sua locação. Essa a situação, quando foi editada a Portaria nº 209, deste ano, que, conforme assinalado, proibiu as transferências do direito de uso de telefones em todo o País.

A ilustre autoridade impetrada, após examinar as relações entre o poder concedente e o concessionário, sustenta, em suma, que é da essência do serviço público a sua intransferibilidade, sendo o único direito do usuário o de haver a prestação do serviço, enquanto satisfizer as suas obrigações junto ao concessionário.

Tal colocação, sob o aspecto doutrinário e, portanto, abstrata, é correta. Todavia, no tocante ao direito de uso de telefones, como esclarecido, foi a própria autoridade pública que estabeleceu as regras sobre a sua transferência e locação. Isso constitui fato incontroverso nos autos. As regras editadas nesse sentido foram amplamente aplicadas

em todo o País. Adquirir telefones passou a ser excelente investimento, segundo amplamente divulgado pelas concessionárias, o que é do conhecimento geral. Às fls. 159-161, lê-se, a respeito, algumas propagandas feitas pela TELESP:

«Pesando bem as coisas, o telefone vale bem mais do que custa».

«Telefone, o investimento que mais valorizou, nem parece investimento».

Aqui mesmo, nesta Capital, tenho conhecimento de propaganda recente da Telebrasil, com este texto:

LIGUE

144

Bolsa de Telefones

Compra. Venda. Troca

Negócio com segurança

TELEBRASÍLIA

Empresa do Sistema Telebrás

Ministério das Comunicações

GOVERNO JOSÉ SARNEY

Em outro prospecto, da mesma Telebrasil, lê-se:

LIGUE 144

E faça negócio através

Da bolsa de telefones.

Em consequência à livre iniciativa, nada mais natural que exista um mercado paralelo de telefones. Mas, mesmo sendo livre e legal, muitas vezes o comércio entre particulares não oferece todas as garantias para quem quer vender, comprar ou trocar um telefone. Por isso, a Telebrasil colocou na linha a Bolsa de Telefones, um serviço para evitar possíveis problemas nas contas atrasadas, débitos e falta de condições técnicas para a instalação.

144. O Número da Bolsa.

Com a Bolsa de Telefones, a Telebrasil aproxima os interessados, agiliza os entendimentos e dá mais segurança na hora de fechar negócio. É só ligar 144 e dizer o que quer. Não custa nada e você tem todas as garantias da Telebrasil, uma empresa que está sempre ligada na comunidade que serve.

Bolsa de Telefones

144

Negócio com Segurança

Nesse contexto, se ocorreu desvio na prestação dos serviços telefônicos, a distorção decorrente não pode ser atribuída aos usuários. Resulta de atos, cuja legalidade foi amplamente defendida pela autoridade impetrada, inclusive quanto à sua competência para praticá-los.

Feito tal esclarecimento, cabe acentuar que o direito de uso de telefone, anteriormente à Portaria impugnada, é reconhecido por pacífico entendimento pretoriano, respaldado pela Suprema Corte.

Na assentada do último dia 16, o ilustre Ministro Costa Lima, em voto proferido, teve ensejo de invocar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no RE 86.172-6 — MG, assim ementado (RTJ 88/969):

«Telefone. O seu direito de uso é penhorável.

Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão, não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir as normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido.»

Naquele ensejo, tive a satisfação de ver acolhido pelo eminente Relator, Ministro Cordeiro Guerra, parecer que proferi, há cerca de dois lustros, no alegre tempo em que exerci o cargo de Procurador da República, em que disse:

«A nosso ver, não há como conceber qualquer ofensa ao invocado preceito constitucional (tratava-se do artigo 8º, XV, letra a, da Constituição). Com efeito, se a própria empresa concessionária de serviço público pode ser penhorada (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, consoante ressaltado às fls. 67/69, a substituição subjetiva nos negócios jurídicos bilaterais, através atuação dos órgãos jurisdicionais, é freqüente (como na adjudicação ou arrematação), sendo que, na espécie, a alienação do direito ao uso, em leilão, não acarretará nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir as normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

Não se pode olvidar que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares ditados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços se investe do direito subjetivo de exigi-los. A concessionária não pode escolher, a seu talento, o usuário dos aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que adira as normas pertinentes.»

O ilustre Relator, no seu douto voto, aduziu:

«Conheço do recurso nos termos do despacho que o admitiu, porém lhe nego provimento.

A concessionária não é senhora ou possuidora do direito de uso do aparelho telefônico, mas somente deste. O direito de uso pertence ao assinante, em virtude do contrato de adesão regulamentado pelo poder público. Posto que esse contrato tem um valor econômico, como reconheceu o acórdão, incorpora-se ao patrimônio do usuário e conseqüentemente responde por suas dívidas.

Não pode a concessionária recusar por lei ou por contrato o uso do telefone por quem adira ao contrato, assim, admissível é alienação forçada que se realiza pela Justiça.

O acórdão, da lavra do ilustre Ministro José Néri da Silveira, bem fundamentado, resiste à crítica que lhe é feita, como ressalta do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Nego provimento ao recurso.»

Nessas condições, não havendo como ser posta em dúvida a legalidade dos atos administrativos anteriores, que admitiam o comércio do direito de uso de telefones, direito esse reconhecido pela própria Suprema Corte, ao admitir a sua penhorabilidade (só pode ser penhorado bem alienável), penso que a Portaria nº 209/86, maisnada nesta impetração, há de ser considerada válida, desde que respeite as situações já definitivamente constituídas. Isso porque configura simplesmente ato revogatório da sistemática anterior. A propósito, é elucidativo este trecho de Marcello Caetano, ao versar sobre os efeitos da revogação:

«Quando o ato administrativo praticado de harmonia com a lei seja revogado apenas por a sua subsistência não convir à Administração, ou por se não reputar justo ou oportuno, há que respeitar os efeitos produzidos no intervalo entre os dois momentos — o da prática do acto e o da revogação: os efeitos da revogação produzem-se unicamente *ex nunc*, há revogação extintiva. Na verdade, os particulares não devem ser afectados nos seus legítimos interesses, quando estes tenham sido objeto de atos legais praticados à sombra de uma orientação que a Administração considerava nessa ocasião como conveniente ao interesse público. As mudanças de critério só podem afetar atos futuros.» (Manual de Direito Administrativo, Tomo I, págs. 494/495, Forense, 1970).

A respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, merecendo destaque a parte final do respectivo verbete:

«A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou *revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*»

— III —

Examinada a questão posta nos autos sob o ponto de vista estritamente jurídico, cabe fazer breves considerações sobre aspectos atinentes à realidade da vida, que são cedidos e, por isso, o juiz não pode desconhecê-los. A alienação do direito de uso de telefone ocupa, há longos anos, parte das páginas de anúncios dos principais jornais do País (Jornal do Brasil, Correio Braziliense, Estado de S. Paulo, Estado de Minas, dentre outros). Trata-se de meio a que recorrem numerosos cidadãos para, de maneira imediata, obter numerário, a fim de atender certas despesas, algumas previsíveis outras imprevisíveis: tratamento de doenças, casamento, formatura, viagens, estudos, complementação de verba para compra de veículos ou imóveis e numerosas outras hipóteses. Diante de tal situação, admitir a validade da questionada Portaria, quanto aos telefones adquiridos das concessionárias anteriormente à sua promulgação, significa dar acolhida a que seja lesado o patrimônio de milhões de pessoas, que compraram os aparelhos, muitas delas estimuladas pela própria propaganda das concessionárias, fundada nos textos então em vigor, no sentido de que a referida aquisição seria excelente negócio, por versar sobre bem de grande solvabilidade. Todavia, não pode o Judiciário permitir que tantas pessoas sejam logradas por ato do Poder Público.

Sabe-se das distorções que a falta de telefones provoca. Tais distorções decorrem de fatores diversos, muitos dos quais derivados da má administração de algumas concessionárias, que, ao invés de investirem na prestação de serviços públicos, se preocuparam em construir prédios luxuosos para as suas sedes e em desvirtuar a sua atuação, com a prática de operações destoantes da sua finalidade («open», por exemplo). Não há negar que essas falhas devem ser corrigidas pelo Governo, que, aliás, para evitar a especulação, promulgou a combatida Portaria. Todavia, como reconhece a própria autoridade impetrada, a solução do problema só ocorrerá com o aumento da oferta de aparelhos pelas concessionárias. Enquanto isso não ocorrer, o problema existirá, assumindo aspectos diversos. Por isso mesmo, outra alternativa não há conceber senão a de proteger a situação jurídica daqueles, atuais proprietários, fazendo-se respeitar o seu direito de uso consolidado diante de regras ditadas pela própria Administração.

— IV —

À vista do exposto, em conclusão, concedo, em parte, a segurança, isto é, para assegurar às impetrantes o direito de comercializar os telefones que tenham sido adquiridos por elas, ou por terceiros, das concessionárias de serviço telefônico, anteriormente à promulgação do ato malsinado neste *mandamus*.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, faço a ressalva do meu entendimento a propósito do conhecimento. Continuo com a impressão de estarmos julgando o mandado de segurança contra a lei em tese, da forma como se pretende frustrar a norma editada pelo Ministro de Estado.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, cinge-se a questão em se esclarecer se a Portaria n^o 209, de 6-8-86, do Ministério das Comunicações, que proibiu as transferências do direito de uso de telefones em todo o País, atinge ou não, o direito daqueles que hajam adquirido os seus terminais antes de sua vigência.

Em princípio, segundo a doutrina, o direito de uso é incessível, no entanto, a jurisprudência já se firmou no sentido de que o mesmo pode ser alienado, como bem demonstrou o ilustre Relator.

Ademais, foi a própria Administração que, *in casu*, veio a permitir a transferência do direito de uso de terminais telefônicos, inclusive expedindo normas regulamentadoras (Resolução 12/68, do CONTEL, e Portaria 351 e 663, do Ministério das Comunicações).

Não bastasse o Poder Público haver permitido e regulamentado tal situação, as suas concessionárias passaram a fazer propagandas por demais vantajosas para atrair compradores, e estes, na expectativa de um bom investimento, eram levados a realizar negócios, submetendo-se a um contrato de adesão, cujos direitos e obrigações, como não poderia deixar de ser, já vinham preestabelecidos.

Ainda que o contrato não tivesse cláusula expressa autorizando a transferência do direito em discussão, também não o proibia, e quando muito, admitindo-se que existisse dúvida no contrato de adesão, a boa regra de interpretação determina que seja decidida a favor do aderente.

A toda evidência, se o telefone foi adquirido mediante contrato, presentes todos os seus requisitos legais, e cumpridas pelo adquirente as cláusulas que lhe incumbia, estamos diante de um ato jurídico perfeito, que produziu efeitos, os quais devem ser respeitados pela administração.

Inquestionavelmente o ato administrativo em exame é dos do tipo denominado doutrinariamente — ato administrativo especial e como preleciona Hely Lopes Meirelles:

«Tais atos, em tese, revogáveis, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, mas ocorre que esses atos se podem tornar operantes e irrevogáveis desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão. E tais são os que geram direitos subjetivos para o destinatário, os que exaurem desde logo os seus efeitos, e os que transpõem os prazos dos recursos internos, levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo se torna irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, consideram-se válidos os efeitos produzidos pelo ato revogado até o momento da revogação, quer quanto às partes, quer em relação a terceiros sujeitos aos seus efeitos reflexos.»

A respeito ensina Seabra Fagundes:

«A revogação opera da data em diante (*ex nunc*). Os efeitos que a precederam, esses permanecem de pé. O ato revogado, havendo revestido todos os requisitos legais, nada justificaria negar-lhe efeitos operados ao tempo de sua vigência.»

Portanto, embora os atos que autorizaram e regulamentaram a transferência de telefones, possam ser revogados pela Portaria nº 209/86, a mesma só opera efeitos futuros, eis que as situações já consolidadas devem ser respeitadas, tendo em vista que se tratam de atos administrativos especiais, que geraram direito subjetivo para os adquirentes dos terminais telefônicos na vigência daquelas normas, sendo assim, irrevogáveis em relação aos mesmos.

A meu ver, a aquisição do telefone através de um contrato de adesão, cujas regras foram estabelecidas segundo a legislação em vigor, no momento em que se permitia a alienação do direito de uso, constitui-se ato operante e irrevogável desde a sua origem, na oportunidade da transação.

É ainda o Mestre Helly (pág. 178) da citada obra quem diz:

«Desde que o administrador possa revogar o ato inconveniente — por não ter gerado, ainda, direitos subjetivos para o destinatário, ou por não ser definitivo, ou por se tratar de ato precário — a sua invalidação não obrigará o Poder Público a indenizar quaisquer prejuízos presentes ou futuros que a revogação eventualmente ocasione, porque a obrigação da administração é, apenas, a de manter os efeitos passados do ato revogado.»

Sem dúvida, se é incontestado que não pode o particular manter situações prejudiciais ao interesse público, por outro lado, não é lícito ao Poder Público suprimir direitos e vantagens individuais adquiridos legitimamente pelos particulares.

Ora, se antes do advento da Portaria nº 209, não se fazia qualquer restrição a transferência de uso de terminais telefônicos, pois, como se viu até mesmo normas regulamentadoras foram expedidas a respeito (Resolução 12/68 e Portaria 351 e 663 do Ministério das Comunicações), no meu sentir, aqueles que adquiriram os telefones nas condições então estabelecidas não poderão ser impedidos de os transferirem a terceiros sob pena de se estar suprimindo uma situação jurídica legitimamente constituída.

Com estas considerações, concordando com o Eminentíssimo Ministro Pádua Ribeiro peço licença para acompanhá-lo concedendo parcialmente a segurança, a fim de que aos impetrantes seja assegurado o direito de transferirem o uso dos telefones, adquiridos antes da promulgação da referida Portaria nº 209.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Senhores Ministros: Parece não haver dúvida quanto à evidente possibilidade de a Administração Pública revogar seus próprios atos por razões de conveniência e oportunidade.

Já no referente à existência de direito adquirido, com a devida vênia do ilustre Ministro Pádua Ribeiro, assim não me parece.

Disse S. Exa. que a referida Portaria, por trazer em seu bojo mera revogação da sistemática anterior, não poderia atingir o direito adquirido dos usuários do serviço de telefonia, resguardado pelas normas anteriores, ou seja, em se tratando de revogação do ato administrativo, seus efeitos vigorariam para o futuro, tão-somente.

Tal afirmação, no que toca aos efeitos da revogação, operando efeitos *ex nunc*, é acertada.

Contudo, e ainda que assim o seja, não vislumbro na espécie a existência de direito adquirido à transferência do direito de uso de assinatura de linha telefônica.

Como é de sabença correntia, estamos em face a uma concessão de serviço público, ou seja, no dizer de Bandeira de Mello:

«O ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e *alteráveis unilateralmente pelo Estado* mas por conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro.» ('Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta', pág. 35) (grifei).

Como visto — e de tal conceito não discrepam os autores pátrios e mesmo os alienígenas, tratando-se de serviço público e privativo do Estado, tem este a faculdade de alterar, unilateralmente, e a qualquer tempo, dita concessão.

Aliás, ao Estado cabe, sempre e sempre, modificar ou suprimir a concessão do serviço público delegado, em razão mesmo do interesse coletivo, maior.

Assim, em princípio, a primeira indagação que nos toma de assalto diz com a existência de direito adquirido da concessionária do serviço público. Teria esta direito adquirido a prestar seus serviços quando retomados, antes do final do contrato de concessão?

A resposta é por demais evidente: logicamente não.

E isso em função da precariedade da relação jurídica em que se encontra.

É evidente que lhe assiste o direito de buscar possível indenização em razão de tal retomada. Contudo, nenhum direito adquirido há no sentido da continuidade de sua atividade.

É o mesmo Bandeira de Mello que reafirma:

«Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-los sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário

Em suma: O Estado dispõe com plena liberdade e do modo que entender mais convenientemente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço

Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários (ob. cit., págs. 37/38).

Resulta daí, de forma incontestável, a legitimidade de o Estado regulamentar, unilateralmente, a forma de fruição dos direitos do usuário. Repito: direito de uso de assinatura da linha telefônica, que nada tem a ver com o direito de uso das normas privadas. Aqui, o uso tem a significação apenas de fruição, ou seja, tem o usuário *direito ao serviço*, que lhe não poderá negar ou interromper o concessionário.

Dessa forma, o único direito adquirido que tem o usuário é o de utilizar-se do serviço de telefonia, desde que preenchidas as exigências legais e regulamentares. Ai não se encontra presente o direito de dispor da coisa, o direito de transferência à revelia das disposições regulamentares.

Dir-se-á, em sustentação à tese do direito adquirido, que anteriormente à edição do ato administrativo referido, o Poder Público permitia a transação comercial dos direitos do usuário da linha telefônica.

É correto tal pensar, contudo, não nos esqueçamos que se tratava de mera liberalidade administrativa, daí não advindo a constituição de qualquer direito, pois, como já afirmamos, ao Poder Público compete reger o uso dos serviços prestados pelo concessionário.

E, evidentemente, se este não detém o direito à continuidade da prestação do serviço, quando retomado pelo concedente, antes do expiramento do prazo contratual, razão maior subsiste para afirmar-se da inexistência de direito à transferência do direito de uso.

Veja-se um exemplo elucidativo:

Autoriza-se alguém a caçar, facultando-lhe o uso de determinado tipo de arma. Posteriormente, a lei determina que aquela arma, cujo uso se autorizara, passa a ser de porte proibido e, portanto, vedada sua utilização.

Indagamos, então: teria o titular de tal arma (ainda que dela fosse proprietário, com registro e tudo o mais) direito adquirido a portá-la e usá-la, à invocação de que anteriormente ao regramento restritivo era-lhe permitido tal comportamento?

A resposta, também, evidentemente, é negativa.

Isto em função de que ao Poder Público caberia disciplinar o uso de tal artefato, inoponível aí a regra do direito adquirido.

Na hipótese dos telefones o mesmo ocorre.

Não transferiu o poder público, nem à concessionária e nem esta poderia fazê-lo ao usuário, o direito de propriedade da linha telefônica.

Facultou-se ao usuário, exclusivamente, o direito de *fruir* de um serviço público delegado ao particular.

Daí não poder ser dito que tinha o usuário direito adquirido, pois o direito adquirido impede que se perca o que se adquiriu, e o *direito* à transferência jamais foi adquirido por quem quer que seja, visto encontrar-se enfeixado na esfera de regulamentação e disponibilidade do Poder Público.

Reconhecer-se a existência de tal direito seria atribuir ao usuário direitos maiores que os conferidos à própria concessionária, que, como esclarecido, não pode opô-los em face ao Poder concedente.

Destaco, por derradeiro, que a concessão tem por escopo o interesse público, disciplinado por normas de ordem pública, cogentes e, como tal, infensas à invocação do direito adquirido.

Assim, *data venia* do entendimento do ilustre Ministro Relator, por quem tenho a maior admiração e apreço, denego a segurança, reafirmando os argumentos expendidos quando do julgamento do MS nº 113.098 — DF.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, peço vênias ao douto Ministro Relator para denegar a segurança, nos termos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 113.098 e que é o seguinte:

«Nos votos até agora proferidos não se controverte quanto à competência do Sr. Ministro de Estado para a prática do ato, assim como se deixou sem contestação que a relação entre o concessionário de serviço público e o poder concedente é de natureza regulamentar, passível de modificação unilateral, ainda que afetando o relacionamento com o usuário do serviço. A questão que está suscitando divergência diz com a possibilidade de existir direito adquirido a ser respeitado.

Considero que o usuário tem direito ao uso do serviço, na medida em que ele preenche os requisitos uniformemente estabelecidos para todos. Assim é que a concessionária não pode negar arbitrariamente a alguém a utilização dos serviços que lhe foram concedidos. Entretanto, não se me afigura que esse usuário tenha direito a conservar inalterado o estatuto existente no momento em que passou a usufruir do serviço.

O fato de alguém tornar-se assinante de um terminal telefônico não assegura que, enquanto o for, os serviços devam ser prestados do mesmo modo, mantidas inalteradas as relações com a concessionária.

No caso em exame, existe apenas eficácia imediata do ato administrativo que atinge, e é lícito que o faça, conseqüências futuras de atos ainda não totalmente exauridos.

A retroatividade da defesa ocorreria, segundo entendo, apenas se o ato impugnado intentasse desfazer transferências já consumadas.

Não quando se limita a impedir que daqui para frente novas transferências se façam.»

Acompanho, portanto, o eminente Ministro Costa Lima.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sr. Presidente, a questão é a seguinte: recebi, hoje, um pedido de liminar, portanto, de uma cautelar que se refere a mandado de segurança, cujo julgamento foi iniciado.

Liminar em mandado de segurança, segundo prevê o Regimento Interno, é medida que deve ser concedida ou negada pelo Relator. Mas, no caso, o julgamento já se iniciou. Daí que me parece ser aplicável o Art. 33, Inciso V, segundo o qual incumbe ao Relator:

«Submeter ao Plenário, à Seção ou à Turma, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa.»

Coloco, pois, a questão para que o Tribunal decida se devo apreciar o pedido de liminar, ou se, a esta altura, iniciado o julgamento com pedido de vista, compete ao Pleno decidir a respeito.

OS SENHORES MINISTROS GERALDO SOBRAL, CARLOS THIBAU, COSTA LEITE e NILSON NAVES: De acordo.

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO (Presidente): Pediria um esclarecimento complementar ao eminente Ministro Relator. Este pedido de liminar foi requerido depois que o caso foi submetido ao julgamento do Plenário?

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sr. Presidente, exato, o processo já teve o julgamento iniciado.

Trata-se daqueles mandados de segurança impetrados por empresas que se destinam à intermediação no comércio de telefone. A interessada é exatamente a primeira empresa a impetrar mandado de segurança. As outras que impetraram segurança muito posteriormente têm conseguido liminar. Eu mesmo já concedi várias liminares e os Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza também, o que, aliás, tem sido uma rotina. No caso, a segurança deveria ter sido julgada logo; em razão das delongas, a parte ficou sem a segurança e sem a liminar. Por isso, entrou com essa petição, dada a super-veniência das férias forenses. Alegou que há vários meses não recebe nenhuma arrecadação. Está à beira da insolvência. Do estatuto dela decorre que realmente não tem como operar. Daí a necessidade de decidir-se acerca da competência para apreciar-se o pedido de liminar.

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: V. Exa. permite uma observação?

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Pois não.

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Há outros processos em andamento, em que a liminar foi negada.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): *Data venia*, a questão há de ser decidida em concreto. Se foi negada nos outros processos, se a parte requerer, é matéria a ser decidida.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, entendo também como o ilustre Ministro Relator, em face do disposto no item V, do art. 33 do Regimento, que caberia, ao Plenário apreciar a matéria.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não se me afigura admissível possa o impetrante de mandado de segurança pretender medida cautelar outra que não a própria liminar. Neste tipo de demanda, a cautela traduz-se na concessão liminar da providência pretendida. Em verdade, não é outra coisa que a parte pretende e a competência para apreciar seu cabimento é do Relator, não sendo possível transferi-la para o Plenário.

Voto, pois, no sentido de que decida o Sr. Ministro Relator quanto ao requerimento formulado.

VOTO — VOGAL

(QUESTÃO DE ORDEM)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, tenho a impressão que liminar em mandado de segurança — quer se negue, quer se casse, quer se reforce — constitui matéria sempre da competência do Relator. A pendência do julgamento já iniciado não me parece influir na dita competência do Relator para a medida liminar em mandado de segurança: se concedida, para cassá-la, e se indeferida, para concedê-la a qualquer hora em que achar conveniente.

Daí que voto por que o Sr. Ministro Relator decida a proposição como achar de direito.

(QUESTÃO DE ORDEM)

VOTO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Senhor Presidente, acho que o Ministro Pádua Ribeiro queria realmente uma solução, que veio a ser dada pelo Ministro José Dantas.

É como voto, também, pois cabe ao relator examinar o pedido liminarmente.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, o Relator, à vista de cada caso concreto, verificará a possibilidade, ou não, de conceder. Com o eminente Relator.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Dispensou-me de cuidar da história dos serviços telefônicos no Brasil, pois que já trazida ao conhecimento do Tribunal em votos outros aqui proferidos, em diferentes assentadas de julgamento de casos similares. Convém apenas rememorar que a questão concernente à possibilidade de transferência de direito de uso de linhas telefônicas, partiu da proibição absoluta, passou pela permissão limitada, depois ampliada para a permissão total, para voltar à proibição da Portaria 209/86, depois atenuada pela Portaria 219, publicada dias após a primeira.

Para poupar o Tribunal, deixo, do mesmo modo de tecer considerações sobre a competência do Exmo. Sr. Ministro das Comunicações para baixar o ato aqui impugnado, bem assim, sobre a legalidade desse ato, adotando, no particular, as considerações feitas pelo eminente Ministro Relator, em seu douto voto, que, ao que apreendi dos votos até aqui conhecidos sobre a matéria, neste e em outros casos ainda em julgamento, parece ser o da unanimidade da Corte, posto que têm por competente a autoridade impetrada para a prática do ato regulamentar e dizem obediente aos preceitos constitucionais e legais o seu conteúdo.

Partindo, portanto, desse reconhecimento de legalidade do ato impugnado, restaria o exame do mesmo, frente a direitos das impetrantes de continuarem no seu comércio de linhas telefônicas, ao tema de abuso de poder, porquanto assim está enunciado o § 21 do art. 153 da Constituição:

«Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.»

Delimitado o âmbito do mandado de segurança a reparar direito ofendido por ilegalidade ou por abuso de poder e, já reconhecido como legal o ato impugnado, há que indagar-se onde se vislumbra o abuso de poder, para embasar a impetração.

Duas palavras se impõem a respeito do preceito constitucional sobre o mandado de segurança, porquanto, segundo entendem os doutos, no conceito de ilegalidade se compreenderiam todos os vícios capazes de ensejar o controle jurisdicional, entre eles, pois, o de abuso de poder.

O ato praticado com abuso de poder, por distanciado dos princípios da finalidade e da moralidade dos atos administrativos, ainda que formalmente conforme com a lei, teria de ser considerado ilegal.

E nada se levantou a respeito desse vício, quando se examinou, neste Tribunal, até aqui, a legalidade do ato ora sob exame, o que se teria por tê-lo como ajustado à noção de legalidade mais ampla.

Seabra Fagundes, em seu festejado livro «O Controle dos Atos Administrativos», ao examinar o controle pela via do mandado de segurança, debruçou-se sobre a redundância constitucional, assim:

«À definição do âmbito do instituto bastaria a expressão ilegalidade, compreensiva de todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional. Inclusive o que se queira denominar, especificamente, de *abuso de poder*» (pág. 328).

E, mais adiante:

«A conceituação do *abuso de poder* terá caráter meramente teórico, por isto que, do ponto de vista prático do cabimento do mandado de segurança, a distinção pouco importa. Sendo o *abuso de poder* espécie do gênero ilegalidade, onde esta se constate caberá aquele remédio, sem embargo da classificação que se lhe possa emprestar (usurpação de função, abuso de poder, defeito formal etc...).»

E, depois de destacar que, entre nós o conceito de abuso de poder somente tem aplicação prática no campo do Direito Penal, faz exame da expressão em face do Direito Administrativo, para informar a conceituação que se origina na França, onde a jurisprudência do Conselho de Estado lhe dá papel de alta relevância e chega à conclusão:

«Por abuso de poder, se há de entender tudo o que diga respeito à infração das regras de competência. Desde a sua violação frontal, pela prática de ato totalmente alheio ao âmbito de atribuições do agente (usurpação de poder do nosso Direito Penal e da classificação teórica dos graus de incompetência no Direito Administrativo, cfr. n. 31), até as exorbitâncias de uma competência realmente existente, sejam ostensivas (busca realizada pela autoridade policial com arrombamento desnecessário — Código Penal, art. 350, IV, b), ou se disfarcem nas aparências de atos legítimos (expulsão de estrangeiro, por motivos outros que não a nocividade à ordem pública).

Ter-se-ão, assim, como autorizando o mandado os atos afetados de incompetência, em todas as suas formas (abuso de poder), ou por qualquer outra razão contrários à lei (ilegalidade)». (Pág. 331, Ob. Cit.).

Hely Lopes Meirelles, em seu tão seguido «Direito Administrativo Brasileiro», ao cuidar do tema, assim descreve:

«O *abuso do poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.»

Aí engloba as duas manifestações do abuso de poder, capaz de viciar o ato administrativo: o *excesso de poder*, ligado à noção de competência e sua exorbitância e o *desvio de finalidade*, que diz com o princípio da moralidade do ato administrativo e seus objetivos de interesse público, envolvendo os próprios motivos de sua prática.

De qualquer sorte, o ato assim praticado resultaria ilegal e, por ser ilegal, susceptível de ser revisto pelo Poder Judiciário, ainda que se trate de ato discricionário, que se não confunde com ato viciado de arbitrariedade.

O ato aqui impugnado, não atacado por vício de competência, nem de abuso de poder, por parte da autoridade impetrada, posto que praticado dentro dos limites competenciais, como já destacado em todos os votos até aqui conhecidos sobre a matéria, nem tendo a motivá-lo fins outros que não os do interesse público, não pode ensejar controle jurisdicional, a título de violação de direitos das empresas impetrantes ou dos usuários do serviço de telefonia, de continuarem o seu mercado ilegítimo, ou de transferirem, salvo os casos previstos como susceptíveis de transferência, o direito de uso de linhas telefônicas.

Veremos, em trecho deste voto, que a finalidade da ampliação da permissibilidade de transferência repousa na necessidade de se coibirem as transferências clandestinas, por força do exarcebamento da demanda, não para abrir as portas a um comércio, em que empresas se constituem para auferir lucros de um serviço, cuja exploração é concedida a empresas que se vinculam à administração e às quais se defere, por meio da cobrança de tarifas, a lucratividade do empreendimento.

E, ante os abusos que essa atividade paralela, ilegítima, não autorizada, vinha impondo aos pretendentes a usuários do serviço telefônico, tumultuando a própria organização das empresas concessionárias, com elas competindo em atividades que se incluem

entre as concedidas, a Portaria 209/86, ao coibir essa atividade, como consta das razões de sua edição, contém motivação de interesse público, mais do que evidente, e se destina em última análise, à própria moralização do sistema.

Já se disse, como o fez o eminente Relator, em seu voto, que há ofensa a direito adquirido, por não poder o ato atingir as linhas obtidas anteriormente à sua edição. Seria, assim, este, o abuso de poder, ou seja, o pretender a autoridade impetrada dar força retro-operante à Portaria 209, de 6 de agosto de 1986, para atingir o serviço, as concessionárias e suas relações com os usuários.

Mas, estamos diante de um serviço público federal, prestado por meio de sistema de concessão, em que as regras de sua prestação, a chamada «lei do serviço», é ditada pelo ente concedente, que guarda para si o poder discricionário de alterá-la, atento a questões de conveniência e de oportunidade, o que, de logo, afasta a possibilidade de invocação a direito adquirido, seja pelas concessionárias, seja pelos usuários, seja, enfim, pelas empresas que se constituíram para o exercício de um comércio paralelo, evidentemente abusivo e ilegal.

Já tivemos oportunidade de ouvir, em sessão passada, voto que o eminente Ministro Miguel Ferrante emitiu, em casos similares, demonstrando a inexistência de direito adquirido, assim como já ouvimos, anteriormente, o eminente Ministro William Patterson manifestar-se pela impossibilidade da existência de direito adquirido contra ato da administração, em matéria de serviço público, em que é ela senhora única das regras de sua atuação.

É da Lei de Introdução a noção de direito adquirido, que não tem definição diferente em qualquer ramo do direito, público ou privado, Art. 6º § 2º:

«Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.»

Direitos que o seu titular possa exercer. No caso em exame, dando-se que as impetrantes tenham adquirido linhas telefônicas, o direito que têm é apenas o de usuários dessas linhas, segundo as regras da lei do serviço, ou seja, o de ver instaladas essas linhas, segundo a capacidade técnica das empresas concessionárias e o de ter o serviço em perfeitas condições de funcionamento. A portaria impugnada não lhes nega o exercício desse direito.

Não se inclui no direito de usar o serviço, o de dispor dele, senão em função de mera permissão de transferência, a critério e arbitrio da administração, que é senhora do poder de alterar a lei do serviço, segundo indiquem as circunstâncias de conveniência e oportunidade.

A permissão para transferir o direito de uso de linhas telefônicas, que remonta à Portaria 351, de 26 de junho de 1972, teve como escopo «reprimir as transferências clandestinas», jamais o de instituir um mercado paralelo, explorado por empresas às quais não atribuiu a administração o poder de exercê-lo, pois que esse é deferido apenas às concessionárias do respectivo serviço, o que serve a demonstrar que esse comércio é ilegítimo, desde a sua origem.

Direitos cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. Aqui não se cogita de direito cujo começo de exercício tenha termo estabelecido previamente. O que se tem é o direito de uso, sem termo inicial determinado, pois que depende das condições técnicas de instalação das linhas cujo direito de uso se adquire e das exigências da lei do serviço; não se trata de direito subordinado a condição preestabelecida e, se assim ocorresse, esta condição seria a lei do serviço, evidentemente, lei essa que é unilateralmente modificável pela administração concedente da sua prestação.

Restaria examinar, se ocorreria situação reveladora da existência de um ato jurídico perfeito e, por conseguinte, imutável, revelado pela existência de um contrato, que teria sido firmado com a concessionária do serviço.

Primeiramente, portanto, teríamos de examinar da natureza jurídica da relação existente entre usuário e concessionária de serviço público.

Já se vai longe no tempo a doutrina que tinha esse relacionamento como de natureza contratual, de direito privado, afeiçoado ao contrato de locação de serviço, pelo qual a concessionária se obrigaria a prestar o serviço e o usuário a pagar-lhe a tarifa correspondente.

Evoluiu-se para enxergar na relação um contrato de adesão, em que o usuário, ao pretender valer-se do serviço adere às regras que o informam, o que vem a significar que se subordina à lei do serviço, que é estabelecida pela administração, ou seja, pelo poder concedente, que «dispõe de todos os meios necessários para adequá-lo ao alcance» dos propósitos para os quais foi o serviço criado, inclusive «o poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às condições de funcionamento do serviço», no dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo, na citação feita no Parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Evoluindo mais ainda, os tratadistas passaram, em sua maioria, a afastar, de todo, a natureza contratual, para figurar o usuário como não detentor de qualquer situação contratual ou individual em relação ao serviço, pois que ele simplesmente adere às disposições regulamentares que o disciplinam, sujeitando-o, portanto, inteiramente, à lei do serviço, livre e unilateralmente modificável pelo poder concedente, consultada tão somente a melhor maneira de prestá-lo.

O contrato que, segundo Kelsen «não é um conceito de direito privado, nem de direito público; em sua natureza formal, é um conceito da teoria geral do direito», adquire ora o caráter de direito privado, ora o de direito público, situando-se nesta última área o contrato administrativo, que tem seu caráter distintivo, por excelência, naquilo que se costuma chamar de cláusula derogatória, cláusula exorbitante, cláusula de privilégio, não encontrável no contrato de direito privado.

Essa cláusula, que se situa fora da órbita da vontade do figurante em relação contratual de natureza administrativa, subordina o cumprimento da avença a um privilégio da administração, segundo o interesse público, de alterá-lo, para adequá-lo a esse interesse, de acordo com a conveniência e a oportunidade de fazê-lo.

Vê-se, assim, que ainda que se adote a doutrina do contrato de adesão, posto que entender como simplesmente privada a relação do usuário com a concessionária de serviço público, seria o mesmo que desvestir-se o poder concedente do seu direito de regular a prestação do serviço, ainda assim, não se haveria como estabelecer que essa adesão a regras modificáveis, segundo o interesse público, teria o caráter de ato jurídico perfeito e imutável.

Em tema de serviço público, restaria, a meu sentir, aos usuários que adquiriram o direito de uso de linhas telefônicas ou de uso de qualquer outro serviço, a cujas regras momentâneas tenham aderido, a eventualidade de ressarcimento de prejuízos, em virtude do alegado induzimento a essa adesão, por parte das concessionárias. Teriam, assim, direito a serem indenizados, direito esse que as concessionárias estão a reconhecer, ao se prontificarem a satisfazê-lo, pelo preço pelo qual estão a oferecer a subscrição de novas linhas telefônicas no País, bastante superior ao de sua aquisição de origem.

Tenho, aliás, que com essa atitude explícita das concessionárias, restaria sem objeto a ação, porquanto seria esse o único direito que se poderia opor à portaria impugnada, que proíbe a transferência de linhas telefônicas, do modo como vinha sendo feita pelas concessionárias, distanciado, diga-se de passagem, dos reais objetivos que ditaram a Portaria 351 de 26 de junho de 1972, mantida pela Portaria 663, de 18 de junho de 1979, dando margem à criação do comércio paralelo, de todo ilegítimo, de linhas telefônicas. Direito esse que somente poderia ser oposto às próprias concessionárias, que lhes teriam causado os alegados, mas não demonstrados, prejuízos.

Isto posto, voto no sentido de indeferir a segurança.

PELA ORDEM

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sr. Presidente, este é o primeiro caso que foi submetido ao julgamento da Corte. Em razão do decurso de tempo, peço vênha ao Plenário para tecer breves considerações sobre a matéria, não obstante seja, amplamente, conhecida dos eminentes Ministros. E assim faço, porque os últimos votos aqui proferidos, brilhantes votos, como os prolatados pelos eminentes Ministros Dias Trindade e Miguel Ferrante, foram inspirados, fundamentalmente, nas razões consubstanciadas nas informações, as quais, com excedível brilho, procuraram, aprofundar.

Acontece que, no meu voto, adverti para um ponto básico. É que, no tocante ao aspecto doutrinário, não discordo das informações, não divirjo da fundamentação dos referidos votos. Todavia, o importante, em concreto, é não olvidar aspectos ligados à realidade da vida. O Juiz tem que decidir sem ignorar a realidade social. E, no caso, o fundamental a considerar-se é que o Governo editou portarias. Editou portarias autorizando expressamente o comércio e até a locação de telefones. Em razão dessa legislação, editada pelo próprio Governo, as concessionárias passaram a vender telefones e, ao fazê-lo, diziam: «Telefone é um excelente investimento». «Comprem telefones!» «É um ótimo negócio comprar telefones!» Certas concessionárias instituíram, inclusive, bolsas de telefones. E assim tornou-se uma atividade normal comprar e vender telefones. Os grandes jornais do País, diariamente, continham relações imensas de pessoas comprando e vendendo telefones. Essa realidade chegou a ponto tal que a nossa Corte maior, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a legalidade da penhora do direito de uso de telefone. Ora, se o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade da penhora do direito de uso de telefone é porque tal bem é alienável. Só pode ser penhorado bem alienável. Portanto, o telefone passou a constituir bem integrado ao patrimônio dos indivíduos. E por isso mesmo a minha grande preocupação — é por isso que estou aqui falando — é com os humildes, com os numerosos cidadãos que se encontram espalhados por todo o Território Nacional que têm telefone. São numerosos os casos em que essas pessoas humildes vendem o direito de uso de telefone para atender a despesas de doença, de um filho no colégio, para inteirar a compra de um carro. É isso que ocorre neste Brasil afora. Não são as pessoas ricas que se preocupam com o direito de uso de telefone. São os pobres, os humildes.

Ora, então podemos, em sã consciência, nós que integramos o Poder Judiciário, permitir que numerosas pessoas humildes sejam logradas por atos da Autoridade Pública em quem confiaram ao comprar o seu telefone? É esse a meu ver, o aspecto nuclear.

A colocação feita no meu voto é a seguinte: a portaria questionada é válida porque, da mesma forma que as anteriores, que permitiam a alienação dos telefones, está de acordo com a lei. Todavia, os seus efeitos não podiam conspurcar situações jurídicas definitivamente constituídas. Citei Marcelo Caetano, um grande administrativista, que, diz, claramente, em texto que se aplica ao caso concreto, que, «quando o ato administrativo praticado em harmonia com a lei «quer dizer, as portarias anteriores, tanto quanto esta agora questionada, foram praticadas de acordo com a lei — «for revogado apenas por a sua subsistência não convir à Administração, ou por se não reputar justo ou oportuno, há que respeitar os efeitos produzidos no intervalo entre os dois momentos, o da prática do ato e o da revogação: os efeitos da revogação produzem-se unicamente *ex tunc*, há revogação extintiva. Na verdade, os particulares não devem ser afetados nos seus legítimos interesses, quando estes tenham sido objeto de atos legais praticados à sombra de uma orientação que a Administração considerava nessa ocasião como conveniente ao interesse público».

Se administração permitia a alienação do direito de uso é porque entendia, obviamente, que atendia ao interesse público.

Diz ele mais: «as mudanças de critério só podem afetar atos futuros».

Foi com base exatamente nesse entendimento que o Supremo editou a Súmula 473: «A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tor-

nem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade», que é o caso, «respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial».

Portanto, a questão há que ser examinada sob o aspecto da revogação do ato administrativo. Há situações definitivamente constituídas, fundadas em atos baixados pelo próprio poder público. O Supremo diz que se trata de direito integrado ao patrimônio dos cidadãos, que pode ser penhorado, pode ser alienado. Em tal contexto, como admitir que simples portaria ministerial tenha o condão de tornar inalienável aquilo que é penhorável?

Esses eram alguns aspectos que queria trazer à consideração dos Senhores, porque o que me preocupa, no caso concreto, é a situação de milhares de brasileiros, que ficarão prejudicados no seu patrimônio se for convalidado o ato ministerial.

Concedo a palavra ao eminente Ministro Dias Trindade, que queria me apartear.

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, duas considerações apenas. A respeito das portarias que permitiram a transferência dos telefones, quero lembrar a V. Exa. que, no meu voto, faço consignar que o motivo dessas portarias que pretenderam a alienação foi coibir transferências clandestinas que se faziam.

As concessionárias é que deturparam o sentido e objetivo da portaria que permitiu a ampliação das transferências, e para coibir esta deturpação feita pelas concessionárias é que foi baixada a Portaria nº 209, para corrigi-la.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): No caso, quando nada, V. Exa. admite que o Governo omitiu-se em fiscalizar as concessionárias, porque essas concessionárias, quando alienavam os telefones, o faziam com ampla publicidade. Não há conceber que aquele que é encarregado de fiscalizá-las não tivessem conhecimento dessa publicidade. Ademais, as Portarias anteriores, do próprio Ministro das Comunicações, permitiam o comércio de telefones. O que não se pode é deixar de respeitar o direito de quem confiou no Governo. Não se pode responsabilizar terceiros, por atos de omissão do próprio Governo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: O Governo, que foi omisso, não pode mais fiscalizar, porque se omitiu por algum tempo e não pode mais fiscalizar depois.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: O Sr. Ministro Pádua, V. Exa., me permite? Apenas um esclarecimento, aliás está contido em voto que proferi na última sessão. Essas empresas são mistas, são empresas governamentais. Pelo Decreto-Lei nº 200, essas concessionárias, que são sociedades de economia mista, estão sob a supervisão do Ministério. O Ministério é que se omitiu, o Sr. Ministro Dias Trindade admite que as concessionárias tenham, realmente, permitido e estimulado esse estado de coisas; o Governo não. Todavia, se se considerar que elas estão sob a supervisão ministerial, é o próprio Governo que se omitiu, que estimulou.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Portanto, quem baixou a portaria autorizando a alienação das linhas telefônicas foi o próprio Governo, o próprio Ministro que expediu a portaria ora malsinada. Foi com base na regulamentação anterior que as concessionárias passaram a alienar telefones, ensejando o seu comércio. No acórdão do Supremo que mencionei, está esclarecido que, para as concessionárias pouco importa que o direito de uso seja de X, Y, ou Z; o que importa é que X, Y ou Z adira ao contrato pelo qual ele pode exercer o direito de uso, o contrato de adesão, segundo o acórdão do Supremo. Se a concessionária tem condições técnicas de instalar o telefone, isso é tudo; se não tem, evidentemente que ninguém poderá compeli-la a instalar esse telefone. O acórdão do Supremo diz:

«Não se pode olvidar que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares editados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços se investe do direito subjetivo de exigí-los. A concessionária não pode escolher, a seu talante, o usuário dos

aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que adira as normas pertinentes».

Eram estas as breves observações que queria fazer a respeito da matéria.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Ministro Dias Trindade, pediria a V. Exa. que me prestasse apenas um esclarecimento. É pessoa jurídica ou física a impetrante?

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: São várias firmas, dez firmas. Nenhuma delas provou que é dona de qualquer telefone.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, hoje é a primeira vez que tenho a oportunidade de participar efetivamente do julgamento dessa matéria.

Ainda há pouco, sobre o assunto, votou o Ministro Eduardo Ribeiro (Mandado de Segurança nº 114.968), não tive a menor dificuldade em acompanhá-lo, porque colocou a matéria sob ponto de vista singular.

Acontece que retomamos os julgamentos, dos mandados de segurança anteriores e, depois de ouvir o debate acalorado que se travou hoje, meu voto é o seguinte: resguardando o direito adquirido, voto no sentido de conceder parcialmente a segurança a fim de que as Impetrantes possam transferir os telefones que se encontram em seus nomes, adquiridos antes da Portaria, objeto da impetração.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sr. Presidente, esta parece que é a quarta vez que voto sobre a matéria, mas necessito esclarecer que, desde a primeira vez, me posicionei de modo que vejo constituir voto médio entre as correntes que somente agora estou percebendo existir sobre a espécie: a que nega o mandado de segurança e a que o concede, na impressão de que há direito adquirido dessas empresas continuarem em plena e geral atividade com relação à rede telefônica nacional instalada anteriormente à Portaria nº 209/86. Somente agora percebi essa generalidade do voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro; quando o proferiu S. Exa., infelizmente não percebi a extensão dada ao que chamou «direito adquirido», pondo-o para além daquele efetivamente constituído sobre as linhas telefônicas até ali obtidas pelos impetrantes.

De outra vez, até tivemos aqui, eu e o Ministro Gueiros Leite, um concerto de votos, no que se falava em ato jurídico perfeito, quando o defini como o ato da aquisição do telefone, dela decorrendo o direito adquirido de vendê-lo.

Com essa distinção, agora verifico, o meu voto mediou as duas correntes antagônicas, já que concedo a segurança, para que os impetrantes possam comerciar apenas os telefones que para isso adquiriram na vigência do revogado sistema de livre comércio.

Situo-me nesse ponto, pela razão muito simples de que não percebo, não alcanço (talvez por falta de melhor inteligência) amparo legítimo para que a livre especulação de um serviço público, permitida numa certa época, se torne *ad aeternum* permissiva a título de direito individual. Quando o Poder Público, pelas conveniências que lhe vieram à compreensão, estabeleceu restrições a essa liberdade de comércio (não proibiu, apenas restringiu, tanto que alienáveis continuam sendo aqueles bens, segundo regulamento próprio — Portaria nº 219/86), certamente que podia fazê-lo, segundo restrições à ordem anterior de plena manipulação comercial, como tão bem foi fustigada aqui pelos que negam inteiramente a segurança à conta da natureza pública do serviço e a conseqüente ressalva de suas conveniências.

A única ressalva feita às conveniências do ato, será, portanto a de que, o livre comércio anteriormente realizado — adquirido e perfeito na aquisição de telefones para a mercancia — deve escapar às restrições da nova ordem administrativa; para isso é que

asseguro aos impetrantes esse direito de comerciarem livremente, na forma anterior à Portaria impugnada, os telefones que tenham adquirido para esse fim, até a data de sua vigência.

Portanto, Sr. Presidente, percebo que meu voto é médio em relação aos que negam e aos que concedem com maior extensão a segurança.

VOTO (VOGAL)

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Achei, quando dos primeiros julgamentos destes casos, que há ato jurídico perfeito a proteger antes da Portaria 209, inatingível por esta retroativamente.

Acho agora, em maior extensão, que as empresas vendedoras ou corretoras de vendas, pessoas físicas ou jurídicas, poderão continuar no seu comércio de aparelhos telefônicos, mesmo após a edição da portaria, se tais aparelhos tiverem sido adquiridos por terceiros antes do ato impugnado.

Assim, todas aquelas situações jurídicas surgidas anteriormente à Portaria 209 estariam livres de vedação, em princípio, pois para cada caso uma decisão.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Aparte): V. Exa. me permite? No voto que proferi sobre a espécie, disse o seguinte: há três situações a se considerar: a do corretor; aquele que não compra para si o telefone, mas só intermedeia o negócio; a do usuário, propriamente dito; e a do comerciante de linhas telefônicas, o verdadeiro especulador (lê).

Daí, digo que não posso, em nome de um comerciante, preservar o direito de um hipotético usuário. O usuário que se sinta no direito de vender é que na hora peça a segurança. Não posso é dar um atestado de venda da rede telefônica nacional. Cadâ um que queira alienar seu telefone e disso seja impedido pela nova regra de alienação, que peça, então a segurança.

Por isso que não me impressiona o caso dos autos, porque não estou impedindo nem estou afirmando que os usuários perderam o direito de alienação. Estou apenas me negando a examiná-lo neste caso, porque o que está em causa é o interesse do comerciante de telefone e não de seu usuário.

De maneira que fiz a ressalva a essa terceira posição que V. Exa. está se referindo; apenas sob o aspecto de que neste Mandado de Segurança não posso garantir direito aleatório de terceiro, senão em relação aos telefones se o impetrante tenha adquirido em seu nome anteriormente à vigência da portaria irrogada.

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Não faço a ressalva de V. Exa., *data venia*.

Voto com o eminente relator, concedendo a segurança em parte, para admitir que aqueles adquirentes de aparelhos telefônicos anteriores à Portaria 209 poderão aliená-los, tudo dependendo, porém, do exame judicial de cada caso.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Aparte): V. Exa. me permite? Isso não é um dispositivo declaratório?

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Não se trata de decisão normativa a que ora profiro, pois apenas acrescento aos votos já dados em outras assentadas a possibilidade de comercialização de telefones adquiridos pelos usuários anteriormente à Portaria 209, embora a mesma se faça após essa portaria, por corretores ou empresas do gênero.

O princípio é esse e a sua aplicação somente se dará em cada caso.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Aparte): Minha restrição fica aí.

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: esclareço mais que o meu voto visa à liberação da atividade comercial das empresas para tais fins constituídas.

Acompanho o eminente relator, conforme já disse.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, denego a segurança na linha do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 113.039 — DF, que anexarei, pelas razões ali expostas.

ANEXO

Mandados de Segurança nºs 113.039 e 113.631 — DF
(Registros nºs 7.936.281 e 7.956.584)

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, tenho meditado sobre o tema pertinente ao presente mandado de segurança e aos demais, aqui impetrados, contra ato do Sr. Ministro de Estado das Comunicações, consubstanciado na Portaria nº 209, de 06 de agosto de 1986, que proibiu «as transferências do direito de uso de telefones em todo o País», bem assim que as mudanças de endereço somente sejam atendidas se o usuário fizer a comprovação de mudança de domicílio.

Dos bilhantes votos até agora proferidos, ficou-me o resumo simplificado de que alguns dos eminentes Srs. Ministros deste Tribunal entendem que se trata de direito adquirido, suscetível, assim, da proteção mandamental de segurança, ante a garantia constitucional; outros, entretanto, argumentam que inexistem direitos adquiridos a amparar, já que é impossível constituir-se tal direito sobre o serviço público, mas, apenas, à prestação do serviço, cumpridas as normas legais e regulamentares próprias.

Pareceu-me, pois, de bom alvitre, examinar o instituto do *direito de uso*, à luz do Direito Civil e do Direito Administrativo, ou seja, no direito privado e no direito público para adotar-se a dicotomia didática, pondo-se de lado quaisquer distinções entre os que pedem segurança — os adquirentes diretos e os intermediários.

A análise servirá menos para avivar a memória dos mais doutos, que são todos os demais Srs. Ministros desta Casa, do que a minha, que necessitei de rememorar meus próprios conhecimentos acadêmicos ou aprender noções novas e atualizar-me com a legislação de regência do serviço público de telefonia.

Ao que parece, nem se precisa de indagar se o tema sob debate é um *direito*, já que o vocábulo foi utilizado no próprio ato administrativo atacado, denominando-o *direito de uso*, também invocado pelos impetrantes, em geral.

Mas, em que consiste tal direito?

No Direito Civil, onde se deve buscar a origem, a definição e os efeitos decorrentes da constituição desse direito, leciona-se que se trata de um direito real sobre coisa alheia, além da propriedade (Código Civil, art. 674 e seu inciso IV).

Assim dispõe o Código Civil:

«Art. 742. O usuário fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família.

Art. 743. Avaliar-se-ão as necessidades pessoais do usuário, conforme a sua condição social e o lugar onde viver.

Art. 744. As necessidades da família do usuário compreendem:

I — As de seu cônjuge.

II — As dos filhos solteiros, ainda que ilegítimos.

III — As das pessoas de seu serviço doméstico.

Art. 745. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.»

Ao estudar a formação dos direitos reais limitados, lembra Orlando Gomes que «o *direito real*, como ensina Teixeira de Freitas, tem duas manifestações, uma necessária, e a outra possível; ou nós o exercemos sobre nossas coisas — *ius in re propria*, ou sobre coisas de outros — *ius in re aliena*».

«*Jus in re propria* — prossegue — é a propriedade com todos os seus direitos elementares. *Jus in re aliena* é o direito real que tem por objeto a *propriedade limitada*. Assim, de acordo com o seu ensinamento, o domínio, ou propriedade, é a soma de todos os direitos possíveis que pertencem ao proprietário sobre a sua coisa, quais os da *posse, uso, gozo e livre disposição*; os outros direitos reais são parcelas daquela soma, são os próprios direitos constitutivos do domínio, são poderes que sobre a coisa atribuem-se a outras pessoas.»

Assim, os direitos reais na coisa alheia seriam o resultado da decomposição dos diversos *poderes jurídicos* que se contêm no «direito de propriedade. O proprietário desmembraria um desses poderes e o atribuiria a outra pessoa. Os *direitos elementares* do domínio ou *poderes jurídicos* do proprietário são os direitos de *usar, gozar e dispor* da coisa. Destacando algum ou mais de um desses direitos elementares, o proprietário constitui um direito real na coisa alheia, ou melhor, um direito real *limitado*. Assim, se desmembra o direito de usar, constitui o direito real de uso; se destaca o direito de usar e gozar, constitui o direito real de usufruto, e assim por diante.»

Orlando Gomes diverge, entretanto, dessa concepção que se originaria do conceito feudal de propriedade, hoje concebido como *unitário*, configurando-se o domínio como um direito único, embora complexo, havendo, desse modo, abuso no qualificar os direitos reais sobre a coisa alheia como formas de *propriedade limitada*, pois não são propriedade, mas *limitações do direito único do proprietário*, melhor qualificando-se como *direitos limitados*, variando a limitação de extensão e intensidade, permitindo, em consequência, a formação de diversos direitos reais na coisa de outrem, podendo chegar «ao ponto de privar o proprietário do gozo de todas as utilidades econômicas da coisa», como na *enfiteuse*. E arremata:

«Constituindo um *direito real limitado*, o direito do proprietário não se destrói, não se fraciona, não se desmembra, mas apenas se limita por força da constituição de outro direito sobre a mesma coisa, que restringe a ação do proprietário.» («Direitos Reais», 1ª ed., Forense, págs. 23/25: texto grifado no original).

Mas esse direito de uso não impõe limites, somente, ao proprietário, mas ao próprio usuário, já que ele «fruirá a utilidade da coisa dada em uso, quanto o exigirem as necessidades pessoais suas e de sua família», avaliando-se tais necessidades «conforme sua condição social e o lugar onde viver» (Código Civil, arts. 742 e 743).

Segue-se que o uso atende a necessidades *personalísimas* do usuário, nestas compreendidas, também, mas apenas, as de sua família.

Por isso é que os civilistas de tomo acrescentam a informação de que nele é rigorosa a qualidade negativa de não poder ser cedido. Clovis Bevilacqua enfatiza:

«Nem se compreende mesmo a cessão do exercício do uso.»

«O usuário é possuidor direto.» («Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado», Liv. Francisco Alves, 1953, vol. III, pág. 326).

Lafayette Rodrigues Pereira doutrina:

«O uso tem duas particularidades: é indivisível, e, portanto, não pode ser constituído por partes em uma mesma coisa. Nem tampouco ao usuário é permitido cedê-lo a outrem ou exercê-lo por via de terceiro.»

Esclarece, entretanto, que se o uso que o proprietário fazia da coisa consistia em arrendá-la, ou locá-la, ou alienar seus frutos, o usuário pode continuar a empregá-la no mesmo mister. («Direito das Coisas», Freitas Bastos, 5ª ed., vol. I, pág. 365).

Ora, se assim é no Direito Civil, não se compreenderia tivesse o instituto do uso tratamento diferenciado e mais amplo, no Direito Administrativo, ramo do direito público. E não tem. Muito pelo contrário. O uso de serviço público, quer o prestado diretamente pelo Estado, os serviços *essenciais* de saúde pública, polícia, administração da justiça, etc., quer os postos à disposição do cidadão, por intermédio de concessionários, sofre as limitações legais e regulamentares, endereçadas ao bem comum, que a Administração procura realizar.

Não seria, pois, diferente. o uso do serviço de telefonia, sujeito a limitações técnicas e jurídicas, serviço qualificado pelos administrativistas como não essencial, mas apenas útil à comunidade e aos cidadãos, os denominados serviços de utilidade pública, visando a satisfazer, não as necessidades fundamentais da sociedade, mas a facilitar a vida do indivíduo na coletividade, propiciando-lhe mais conforto e bem-estar. Serviços *uti singuli*, com usuários determinados e cuja utilização particular é mensurável para cada destinatário, como os de telefone, água, energia elétrica, etc. Tais serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo para todos os administrados que se achem na área de sua prestação ou fornecimento, desde que satisfaçam as exigências regulamentares e os remunerem mediante *tarifa* (preço público) e não por impostos ou taxas (tributos). Leiam-se a este propósito, os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro», 12ª ed., págs. 275, 277, 278, 331).

Ora, os serviços públicos concedidos regem-se por cláusulas estabelecidas em regulamento administrativo, elaborado, unilateralmente, pela Administração, que pode alterá-las, sem audiência da concessionária (Cretella Júnior, «Manual de Direito Administrativo», 3ª ed., For., pág. 212).

Assim, toda vez que a Administração, por motivo de interesse público, acha que deve interferir, para a melhor realização do serviço, confiado a concessionários, edita regulamentos, que têm caráter geral e impessoal.

Se dessas modificações decorrerem eventuais prejuízos aos assinantes, causados por promessas das concessionárias, contra estas e não contra o poder concedente devem voltar-se os usuários, inclusive para haver perdas e danos, se o caso; pois as promessas e compromissos feitos entre empresa concessionária — entidade de direito privado — e os usuários, não obrigam a Administração nem a impedem de tomar as providências que entenda cabíveis para o bom funcionamento do serviço público.

A finalidade das concessões, quanto à Administração, é satisfazer o interesse público de modo eficiente e econômico. No caso dos telefones, à míngua de recursos próprios para tão vultosos empreendimentos, obtém a colaboração não somente do concessionário, mas a do próprio usuário, o assinante dos denominados Planos de Expansão. A finalidade das concessionárias de qualquer serviço público, diversamente, é a de obtenção de lucros (Cf. Cretella Júnior, «Curso de Direito Administrativo», pág. 415, 5ª ed., Forense); desta expectativa não escapam sequer as vinculadas à própria Administração.

Os usuários ou utentes dos serviços públicos, quer nas prestações avulsas, como nos serviços de transporte urbano, quer nos de prestações continuadas, como a eletricidade, a água, o telefone, têm direito de exigir, quando prestados por concessionários, serviço pessoal, ou familiar, adequado e eficiente. E só, já que não pode exigir deles o descumprimento de normas, a que estão obrigados, tão logo editadas, pelo poder concedente.

Desse modo, a edição de normas gerais, pertinentes ao serviço de telefonia, ainda quando modifiquem ou revoguem disposições anteriores, prontamente se incorporam aos contratos firmados entre os assinantes e as empresas concessionárias, conforme expressas ressalvas neles estabelecidas. Não se trata, pois, de ato administrativo determinado, a causar lesão a direito adquirido dos usuários, de molde a invocar a Súmula 473, do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Até porque o direito dos usuários, por ser personalíssimo, é apenas o de usufruir do serviço, desde que se enquadrem nas normas regulamentares pertinentes. Esse direito é líquido e certo. Não o de ceder ou transferir

o seu direito de uso, cessão ou transferência que não poderia efetivar nem mesmo nas relações jurídicas regidas pelo Direito Civil; quanto mais como no caso, quando normatizadas pelo Direito Administrativo, onde prevalece, sempre, o interesse público sobre o privado.

O que se adquire — quem adquire — portanto, é o direito individual e/ou familiar de uso do serviço de telefonia, que o Poder Público põe à disposição do usuário, quer quando o faz diretamente, quer mediante concessão. Não o direito de ter, como se lhe pertencesse, o serviço público, ou dele dispor, como se fora propriedade sua, a ponto de se lhe permitir o comércio, a intermediação de negócios, a lucratividade e a livre transferência do bem público para quem lhe aprouver.

Aliás, para descaracterizar, de vez, toda pretensão individualista de proteção a direito adquirido, nas hipóteses descritas nos mandados de segurança impetrados, basta notar que o serviço de telefonia não é colocado, apenas, à disposição de indivíduos determinados — os assinantes ou adquirentes de linhas — mas à de qualquer do povo, como atestam os denominados «orelhões», dos quais se utiliza qualquer um, mediante a simples introdução de moeda apropriada, ou gratuitamente, para chamar a Polícia ou o Corpo de Bombeiros, por exemplo.

Ora, o ato atacado é uma norma geral, que entendeu de proibir, para o bom funcionamento do serviço, o que anteriormente permitira, ante as necessidades ou disponibilidades da época da permissão, como esclarecem as informações do impetrado e o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

A verdade é que a regra é a da intransmissibilidade, quer pela natureza jurídica do instituto do uso, quer pela própria destinação do serviço. Assim, não gerou a permissão anterior senão a possibilidade de transferir o direito de uso e assinatura do serviço — que muitos utilizaram no devido tempo; a proibição de agora — que faz o instituto do uso reconciliar-se com as suas raízes doutrinárias, ressalte-se — não ofende direito adquirido.

Como bem acentua Caio Tácito, «o agente executivo do serviço, seja a própria Administração ou o concessionário, tem obrigação de prestar o serviço ao usuário ou consumidor, nos termos fixados nas leis e regulamentos. («Direito Administrativo», Saraiva, 1975, pág. 251, texto grifado no original).

E mais adiante, ainda sob o verbete «usuários do serviço telefônico», leciona:

«Conforme a doutrina dominante, o usuário tem direito à utilização do serviço, podendo opor à Administração *un véritable droit au fonctionnement du service*.

A relação assim constituída não é contratual, salvo casos especificados em lei, mas efeito de uma situação jurídica objetiva e estatutária que tem por base a norma do serviço.

O usuário se integra, mediante ato-condição, na situação objetiva e legal do direito de uso do serviço público, «adquirindo, por essa forma, direito subjetivo às prestações administrativas. São direitos públicos subjetivos a exigir da Administração, ou de seus delegados, o serviço que se obrigou a prestar ou, na terminologia de Gabino Fraga, direitos civicos ao gozo dos serviços públicos.» (Ob. e pág. cit.).

«No tocante aos serviços telefônicos — acentua — a qualidade de usuário principal se caracteriza mediante ato formal de admissão ao gozo do serviço, que se completa, materialmente, com a conexão ao sistema e o uso exclusivo de determinada instalação, representado pelo número privativo do aparelho telefônico.

O serviço telefônico é, contudo, um meio de comunicação entre pessoas. Pressupõe a participação de duas pessoas, ou melhor, a ligação entre dois aparelhos, como consequência de chamadas voluntárias. O conceito de usuário do

serviço telefônico compreende, assim, a parte o *assinante* ou usuário receptor, a figura de terceira pessoa, *assinante* ou não, que promove a ligação ou chamada telefônica.

Há, em suma, nos serviços telefônicos, a sua utilização pelo *público em geral*, a importar, por exemplo, na existência obrigatória de telefones públicos, ou centros telefônicos, acessíveis a qualquer pessoa, sem vínculo permanente como usuário do serviço.» (Ob. cit., pág. 252, grifos do original).

Nem se diga que, por ser direito penhorável e arrematável, é também transferível o direito de uso ao libito do usuário. Em primeiro lugar, porque a penhora e a arrematação constituem constrição ao direito do próprio usuário e não alargamento; em segundo lugar, porque nunca se negou que tenha valor econômico, suscetível de avaliação, a utilização das linhas telefônicas, não se seguindo daí o direito de livre transferência do direito de uso, que é personalíssimo.

A jurisprudência, ao reconhecer que é penhorável o direito de uso, como penhoráveis são os bens da própria empresa concessionária de serviço público (CPC, art. 678), também proclama o dever do adquirente de aderir às normas disciplinadoras pertinentes, regulamentadas pelo poder público (Cf. RE nº 86.172-MG, RTJ 88/969).

Se há casos, ou situações peculiares, em que a transferência da utilização das linhas pode dar-se, isto ocorrerá sempre a critério da Administração, inclusive pela avaliação do aspecto técnico, de saturação da área, tudo tendo em vista a boa prestação do serviço. Pode dar-se, também, judicialmente, quer na hipótese da penhora, já referida, quer ante a ocorrência de outros eventos, como a sucessão *causa mortis*, legítima ou testamentária, universal ou singular, mas sempre pelo exame, em cada caso concreto, dos critérios adotados pela Administração.

Incompreensível é que a transferência se dê à simples decorrência de negócio ou comercialização, de que está imune o serviço público, seja direto, ou seja concedido.

E se nem o adquirente e usuário direto pode opor direito, senão o de uso, próprio ou de sua família, à Administração, com muito menor soma de razão poderiam fazê-lo empresas que se constituíram à sombra do mercado paralelo de telefones, visando à obtenção do lucro da intermediação, dispondo, sem poder legal, da coisa alheia, sobre a qual não se constituiu nenhum direito, já que o único reconhecível — o de uso — é personalíssimo.

Por todo o exposto, rejeitando a preliminar, já superada, denego a segurança.

É o meu voto

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Senhor Presidente, estou na linha do voto do Ministro José Dantas. O que ressalvo são os negócios realizados pela empresa até a Portaria, e não a existência da própria empresa.

Acompanho o eminente Ministro José Dantas.

Administrativo. Telefone. Transferência. Comercialização do direito de uso. Legitimidade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, consta no art. 19 do Decreto-Lei nº 200: (Lê).

Sr. Presidente, meu voto é no sentido de deferir a ordem, nos termos do voto do eminente Ministro Pádua Ribeiro. Faço-o na consonância do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 113.007-DF, cuja cópia farei anexar.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 113.007 — Distrito Federal

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: O eminente Ministro Gueiros Leite, Relator, assim sumariou a espécie:

«Maria Helena Teixeira Santos impetra mandado de segurança contra a Portaria nº 209, de 6 de agosto de 1986, do Senhor Ministro de Estado das Comunicações, incluindo no processo, como litisconsorte passiva necessária, a TELEBRASÍLIA — Telecomunicações de Brasília S.A.

A finalidade do *writ* é obter a transferência para o seu nome de aparelho telefônico já instalado em sua residência, o que cumpre à TELEBRASÍLIA fazer, mas que se diz a tanto impedida pela Portaria nº 209/86, a qual a impetrante reputa ilegal e inconstitucional, por afetar o seu direito de propriedade.

Despachei determinando à impetrante comprovasse a existência da dupla coação, mas a mesma somente juntou a portaria (fl. 13). Daí porque solicitei informações, que me foram prestadas pelo Sr. Ministro das Comunicações (fls. 18/45) e, pela TELEBRASÍLIA, às fls. 61/66.

Nas primeiras informações alega-se, preliminarmente, a impossibilidade da impetração do *writ* contra a Portaria nº 209/86, como norma em tese que proibiu, de modo generalizado, as transferências do direito ao uso de telefones em todo o País e alterou o regime vigente, da Norma nº 5, Portaria nº 663/79, que permitia tais transferências.

Ressalte-se — diz lá — que a norma constante da Portaria 209, embora proibitiva, não é auto-aplicável, porquanto a transferência nela vedada, enquanto facultada, deveria ser processada perante a concessionária prestadora do serviço, a esta cabendo, concretamente, deferir ou não a transferência do telefone (fl. 21).

No mérito defende-se a legitimidade formal do ato impugnado, devido à competência do Ministro para baixá-lo (art. 85, incisos II e IV, da CF, e art. 39, Decreto-lei nº 200/67) nas áreas de telecomunicações e serviços postais, em substituição ao CONTEL, que passou a integrar a estrutura do Ministério como órgão de assessoramento (fl. 23).

Essa competência envolveria, por isso mesmo que se trata da telefonia como um serviço público, embora concedido, a transferibilidade ou não dos direitos do usuário à prestação do serviço telefônico, como assinante que apenas adere às condições impostas pelas concessionárias em contratos impregnados da prevalência do interesse coletivo.

Em resumo, sustenta o informante que é da essência do serviço público a sua intransferibilidade, porquanto o único direito do usuário é de haver a prestação do serviço, enquanto satisfizer suas obrigações junto ao concessionário. Contudo admite a permissão anterior das transferências de assinaturas do serviço telefônico público urbano (fl. 33).

Nunca se vislumbrou, porém, na faculdade de transferência, a idéia de permitir-se a especulação, através de um verdadeiro comércio de telefones, em que terceiros e até mesmo empresas intermediadoras substituíssem as concessionárias na tarefa de oferecer o serviço que é delas e para com isso obter lucros (fl. 34).

Tem-se argumentado que a transferência do direito de uso do serviço telefônico é legítima, por ter valor econômico. Na realidade, esse propalado valor

econômico somente existe em razão da transferibilidade do direito de uso e da demanda reprimida. Acabada esta e com ela a escassez, o valor econômico tenderá a diminuir e a desaparecer, evitando-se o desnaturamento do instituto da concessão.

O que vinha ocorrendo por mera liberalidade de anteriores normas regulamentares, pode agora ser coibido pelo mesmo poder que permitiu as transferências a terceiros, tanto mais porque o assinante não compra o telefone às concessionárias, que apenas recebem pela colocação do aparelho e pelas tarifas do serviço.

Quanto ao problema da alegada inconstitucionalidade da portaria, em face do art. 153, § 2º, da CF, sustenta a autoridade informante que a palavra *lei*, no texto, refere-se ao diploma no seu sentido material e não formal. Assim, qualquer ato normativo legítimo praticado por autoridade competente, pode determinar obrigação de fazer ou não fazer (fl. 38).

No que concerne, igualmente, ao art. 153, § 3º, não há como pensar-se em direito adquirido do assinante, quando é dado ao poder concedente alterar, sempre que julgar de interesse público, as normas regulamentares que regem a concessão, aí incluída a forma de fruição do serviço público ao usuário (fl. 38).

Finalmente, negam as informações os rumores da repercussão da medida na área econômico social e reafirmam que se havia criado no País uma verdadeira indústria de atravessadores no processo de aquisição do direito às assinaturas de telefones, impondo-se ao poder concedente limitar o número de assinaturas que uma pessoa possa ter (fl. 42).

E esclarecem:

«Em razão disso, verifica-se, hoje, que há pessoas, nos grandes centros principalmente, possuidoras de 300 ou mais assinaturas. De posse delas, essas pessoas, ainda com base na faculdade de transferência, repassavam-nas a terceiros, por preços astronômicos, ou as locavam, igualmente por preços abusivos. Além disso, multiplicavam-se em todo o País, os casos de transferências feitas a mais de uma pessoa, caracterizando crime de estelionato. Na realidade, essa comercialização ilegítima, e às vezes criminosas, ao invés de atender à população, estava trazendo prejuízos enormes, além de desprestigiar o serviço público. O clamor popular fazia-se sentir, não só através do noticiário permanente da imprensa, como de incontáveis correspondências dirigidas ao Ministério das Comunicações e até mesmo à Presidência da República, sempre no sentido de cobrar ao Governo, senhor do serviço, providências para pôr fim a esse descabro. (fl. 41).

A TELEBRASÍLIA S.A. informou, às fls. 61/66, que não poderia deixar de cumprir a portaria ministerial, dadas as suas atribuições de mera empresa operadora dentro do sistema. Daí por que arguiu várias preliminares quanto ao cabimento do mandado de segurança, desde a sua (dela) ilegitimidade passiva *ad causam* até a carência de ação da impetrante.

No mérito acompanha as informações ministeriais (fls. 63/65).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo A. F. Sollberger, opina pela denegação do *writ* (fls. 69/82), valendo-se, em parte, dos argumentos contidos nas informações da 1ª autoridade impetrada, mas aperfeiçoando-os no relativo à natureza das relações entre o usuário e o serviço público, no Brasil, onde

«... o instrumento jurídico pelo qual se estabelece o vínculo entre concessionário e usuário jamais contém cláusulas que não constituam

simples repetição de disposição de lei ou de regulamento emanado da autoridade administrativa» (fl. 74).

S. Exa. votou, em seguida, deferindo a segurança, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Torreão Braz. Assim o voto do Sr. Ministro Gueiros Leite:

«A impetrante alega haver adquirido de Camilo Andrade Frois o telefone nº 273.9173, que já se encontra instalado em sua residência, fato ocorrido anteriormente à edição da Portaria nº 209/86.

Comprova a aquisição com um recibo de pagamento, à fl. 8, por cópia xerox, documento contra o qual não foi argüida qualquer irregularidade formal ou material, nas informações.

Procurei identificar nos autos, além da indigitada portaria, o ato pelo qual a TELEBRASÍLIA S.A. teria deixado de atender ao pedido de transferência do telefone para a impetrante, mas sem êxito.

Sou levado, portanto, a considerar a perfectibilidade material e formal do negócio de compra e venda. E acreditar no que disse a impetrante, que a TELEBRASÍLIA se negara a fazer a transferência do telefone para o seu nome (fl. 3).

Essa negativa teria sido apenas verbal, mas veio a ser confirmada pela TELEBRASÍLIA em suas informações, primeiramente por não contestá-la e depois por afirmar que apenas lhe cabia cumprir a portaria ministerial *sub censura*, a saber:

«... ainda que a proibição contida na cogitada portaria pudesse ser taxada de ilegal, assim mesmo a autoridade do presidente da operadora, no caso o da TELEBRASÍLIA, não dispõe de competência para corrigi-la, visto que somente lhe resta cumprir, como fielmente vem cumprindo, o que lhe determina o poder concedente» (fl. 63).

Dispõe o art. 131, do Código Civil, que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. E o Código de Processo Civil também, no seu art. 368, que repete a linguagem do art. 131, e reconhece em tais declarações a qualidade de prova pré-constituída.

Essa prova presume-se verdadeira, presunção que se robustece, se expressa ou tacitamente reconhecida em juízo, pela parte à qual é oposta, valendo como documento autenticado, sempre que o ato por ela instrumentado não reclamar forma especial (Amaral Santos, Comentários ao CPC, IV vol., Forense, 1.ª ed., 1976, pág. 180).

Conforme já disse e repito, o negócio instrumentado à fl. 8 não foi contestado pela TELEBRASÍLIA, nem pelo Senhor Ministro das Comunicações.

Tratando-se de mera quitação, não recebeu, por isso mesmo, o atavio da testemunhança em dobro, nem a transcrição no registro público para valer *erga omnes*.

Mas isso me parece normal, pois o contrário me levaria a pensar em excesso em negócio tão simples, prova demais ou prova nenhuma.

Não há dúvida, porém, que a transferência de um aparelho telefônico pelo usuário não é um negócio comum, mas vinculado às normas editadas pelo poder concedente e constantes, até mesmo, dos termos de concessão, normas essas que obrigam não apenas o concessionário do serviço mas também os usuários.

No âmbito das transferências de aparelhos telefônicos, essa vinculação opera indiscutivelmente.

Assim é que, trazido à colação pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, encontra-se nos autos a Resolução nº 19, antiga de 1947, que esta-

belecia normas para prioridades na concessão dos serviços telefônicos no antigo Distrito Federal.

Dela se lê, na Cláusula 3ª, que a transferência de assinatura de aparelhos telefônicos em prédio residencial somente poderia ser feita em favor de pessoa que ali residisse, sendo da família do primitivo assinante, nos casos de falecimento ou de ausência deste (fl. 108).

Todavia, nem sempre a transferência foi proibida.

Também consta do mesmo contrato para o Serviço Telefônico do (antigo) Distrito Federal, cláusula em que se permitia, nas redes geral e locais, que o contratante teria o direito de cobrar vinte mil réis para cada nova ligação das linhas do assinante, quando as mesmas tivessem sido desligadas por falta de pagamento, uso indevido do telefone, ou pela *transferência* da responsabilidade da assinatura a terceiros antes de expirado o prazo respectivo (cf. item III, letra c — fls. 97/98).

Essa é, igualmente, a orientação das informações ministeriais (fl. 32), onde se lê que desde o surgimento do serviço telefônico no País, no final do século passado até 1968, as transferências de assinatura do serviço eram vedadas. Mas, diante de problemas surgidos com transferências clandestinas, o poder concedente decidiu permitir fossem atendidos pedidos de transferência de assinaturas de um usuário para um candidato, quando formulados pelos interessados perante a concessionária.

Posteriormente e diante da continuidade dos casos de demanda reprimida e de transferências clandestinas, foram aprovadas normas sobre transferências de assinaturas de serviço telefônico público urbano, com aplicação geral.

Foi sob a regência da Portaria nº 663, de 18-7-1979 — a última que antecedeu à Portaria impugnada — que se ultimou o negócio da compra e venda pela impetrante.

Assim, muito embora o relacionamento entre o poder concedente e o concessionário, como entre este e o assinante do serviço, se faça através de contratos regidos pelo direito administrativo, tal regra sofre exceções. E a intransferibilidade apregoada nas informações, como sendo da essência do serviço público, nem sempre se estende aos usuários que, conforme foi admitido pela própria autoridade impetrada, sendo público e notório, pôde valer-se da compra e venda de aparelhos telefônicos como aplicação lucrativa de mercado, através da participação financeira de promitentes-assinantes nos investimentos das empresas concessionárias de serviço de telefonia, plano surgido da deficiência de recursos governamentais para a expansão do setor, prevendo-se que o pretendente participasse até mesmo do capital da *holding*, que no caso outra não era senão a própria TELEBRÁS S.A. (fls. 36/37).

Se é certo que houve abusos, não devendo a escassez de um serviço público servir de motivo para desnaturar-se a essência do instituto da concessão de tal serviço, não é cabível, porém, submeter-se o adquirente de um único aparelho telefônico ao mesmo tratamento drástico dispensado aos chamados especuladores de mercado, aqueles que faziam o «comércio de telefones» à margem das concessionárias. Nem pretender, pelo uso legal de baixar normas regulamentares, fazê-las retroagir para atingirem negócios anteriormente permitidos.

1

A 1ª autoridade impetrada alega que a Portaria nº 209/86 é regra de caráter geral, dirigida a todas as concessionárias e a todos os assinantes do serviço público de telefonia e não a um deles em particular, configurando lei em tese.

Desse modo, sendo lei em tese, por configurar ato normativo, baixado por autoridade originariamente competente para disciplinar a espécie, contra a portaria não cabe mandado de segurança, conforme reiterada jurisprudência, já cristalizada na Súmula 266, do STF.

De fato — dizemos nós — não cabe mandado de segurança contra a lei em tese, mesmo que se abstraia do sentido de lei como ato legislativo *strictu sensu*, para tê-la, como certos atos administrativos, que, embora não sejam *commune praeceptum*, revestem a forma de mandamento escrito, como é o caso da portaria.

Aqui, todavia, sob a forma de norma geral, temos uma portaria que encobre ato materialmente administrativo de aplicação imediata e traz em si o objetivo desejado, atingindo situações individuais específicas e dando lugar à impetração do mandado de segurança.

Basta ler o seu item I:

«... ficam proibidas as transferências do direito de uso de telefones em todo o País».

É, sem dúvida, norma de natureza proibitiva, que impõe ao indivíduo obrigação negativa, com efeitos que nascem imediatamente do texto.

Não há sequer necessidade de ato administrativo posterior, a exemplo do caso dos autos, porque as concessionárias — também coagidas pela norma — apenas se oporão à prática de qualquer alteração de estado de fato anterior.

Seria absurdo, porém, conforme comenta Seabra Fagundes, exigir-se que o indivíduo, «convencido da sua ilegitimidade (da norma), aguarde o peso da sanção conseqüente da desobediência, para só então valer-se do controle jurisdicional» (cf. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed., rev. e atualizada, 1984, Saraiva, pág. 225).

A própria ilustrada Subprocuradoria-Geral da República admite que a Portaria nº 209, ao proibir as transferências de aparelhos telefônicos, atingiu-lhes, *ipso facto, ante iure*, o valor econômico do respectivo direito de uso, no seguinte trecho de seu parecer:

«... É que, na realidade, esse valor econômico somente existe em razão da possibilidade de transferência da assinatura e da escassez de telefones. Proibida a transferência *ad negotia*, como ocorreu por força da Portaria 209/86, complementada pela de nº 219/86, deixa esse direito de uso de ter o valor econômico que lhe propiciava a possibilidade de transferência. (*Omissis*).» (Cf. DJ de 7-10-1986, págs. 185578/9).

É certo, fala o parecerista em transferência *ad negotia* como a dizer da diferença entre atividade econômica e serviço público, pois este, segundo a doutrina de Jêze, é campo de atuação do Estado, constituindo a sua atividade na área econômica indiscutível exceção.

De fato é assim, mas desde que se tome a atividade econômica no sentido estrito de atividade privada ou com fins exclusivamente lucrativos, fora, portanto, da noção jurídica do serviço, caracterizado pela supremacia do interesse público sobre o privado.

Na relação poder concedente e poder concedido, a idéia é a seguinte: embora o exercício da atividade possa ser atribuído a pessoas jurídicas de direito privado, estas aderem às condições contratuais fixadas e alteráveis unilateralmente, submetendo também o usuário.

Isso é truismo jurídico. Mas há situações variantes, em que a atividade econômica pode desenvolver-se mais intensamente, através do sistema de auto-financiamento, que é deferido pelo poder concedente ao concessionário do serviço telefônico, assunto sabido.

Temos o caso da TELEMIG, cujo contrato lhe permite lançar mão desse recurso, para a implantação ou ampliação do serviço urbano ou interurbano de telefonia, em que o promitente-assinante participa financeiramente nos investimentos da empresa concessionária.

Converte-se em valores mobiliários (ações da TELEBRÁS, a *holding* das concessionárias) a participação do público nos seus aumentos de capital. E como bem acentou Antônio Roberto Pires de Lima, Assessor Jurídico da própria TELEMIG, na impossibilidade

«... de prestação dos serviços à totalidade comunitária dele padecente, por força de aspectos de economia e técnica, adotou a Administração medida tangencial, legitimada pela ausência de recursos suficientes.»

(Cf. Considerações em torno do Serviço Público de Telecomunicações e da Penhora de Telefones, Rev. Jur. das Comunicações, nº 2/84).

É pela participação financeira, portanto, que se alcança a assinatura, direito de haver, em caráter individualizado e permanente, em instalações de uso particular, a prestação do serviço público telefônico, mas que não foge, daí em diante, à regulamentação administrativa comum (aut. e obr. cits., pág. 9).

Eis, pois, a convicção de que nem sempre pode ser tão rígida a posição do poder concedente, porque, se está obrigado a reconhecer o direito de uso do assinante *in rem propriam*, não poderá negá-lo ao usuário *in re aliena*, quando constituído, ou transmitido, por ato *inter vivos* (Código Civil, art. 675), enquanto temporariamente destacado da propriedade (usufruto restrito, CC, art. 713), que é da União.

Contrário à transferência do direito de uso do telefone, por estar o serviço público de telefonia desentranhado, pela Constituição, do perímetro do mundo econômico, o ilustre Assessor Jurídico da TELEMIG, Antonio Roberto Pires de Lima, já citado (pág. 12), admite, contraditoriamente, a esse ponto de vista,

a) que o assinante é o usuário a quem se confere ou reconhece o direito de haver, em caráter personalizado e permanente, em instalações de uso particular, a prestação do serviço (pág. 9), como consseqüência da participação financeira daquele nos investimentos das empresas concessionárias;

b) que às empresas concessionárias é dada apenas a exploração, sendo-lhes defeso ceder o domínio do serviço, senão a título precário para terceiro, ou melhor, nos termos da regulamentação regente (textual, fl. 12).

Ora, o que foi desentranhado do mundo econômico não pode ser objeto de investimento financeiro. E o de que se trata, na hipótese, não é da cessão do domínio do serviço, realmente intangível, mas da assinatura ou do uso, *in rem propriam* ou *in re aliena*.

Não nega, tampouco, o referido autor (como outros), que a jurisprudência dos tribunais deitou por terra os clamores publicísticos das concessionárias e, titulando o bem cessível como direito de uso, fê-lo expropriar através da penhora do aparelho telefônico (pág. 13).

O Tribunal Federal de Recursos já decidiu que, tendo sido efetivada a penhora, a subseqüente transferência da linha telefônica (direito de uso de assinante) importara em fraude à execução (AC nº 88.242/RJ, 4ª Turma, 15 de fevereiro, 1984).

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que estando o usuário, titular da transferência do aparelho, devidamente formalizada, em dia com o pagamento das mensalidades, impossível o seu desligamento por ato unilateral do concessionário (RTJ 106/1170 a 1171, RE 98.931/RJ, 1ª Turma).

2

A 2ª impetrada argúi, às fls. 61 a 63, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porque não dispõe de poder para corrigir as possíveis ilegalidades impugnadas, restando-lhe, apenas, fielmente cumprir, como vem cumprindo, o que lhe determina o poder concedente.

Por isso mesmo foi chamada aos autos, por encontrar-se jungida à norma ministerial, furtando-se ao pedido de transferência do aparelho telefônico da impetrante. Como não se pretende aqui a supressão da Portaria 209, mas apenas dos seus efeitos quanto à usuária do telefone, importa se obrigue a tanto a TELEBRASÍLIA, como *longa manus* do poder concedente.

3

No RE nº 98.931/RJ, citado, aflora-se o mesmo ponto aqui ressaltado, qual o de que a autoridade impetrada, baseada em resolução posterior, pretendeu atingir a situação jurídica do impetrante, que se formara antes (RTJ 106/1171).

O Ministro Pádua Ribeiro, votando recentemente no Mandado de Segurança nº 113.008/DF, decidiu que a Administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a Administração considerava conveniente ao interesse público.

A mudança de critério só pode atingir atos futuros.

4

Há, pois, lesão a reparar e direito líquido e certo a proteger pela via do *writ*, que concedo.

É como voto».

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do mandado de segurança.

Passo a votar.

Há serviços públicos e serviços públicos. O eminente Ministro Moreira Alves, em conferência que pronunciou no X Simpósio Nacional de Direito Tributário, sobre o tema Taxa e Preço Público, realizado em São Paulo, em 19 de outubro de 1985, informou que a Suprema Corte, recentemente, cuidou do problema das Taxas Judiciárias, possibilitando-lhe estabelecer classificação dos serviços públicos, assim: a) serviços públicos insitos à soberania, que são serviços de natureza indelegável, relativamente facultativos. O serviço judiciário, por exemplo. Esses serviços são remunerados por taxa; b) serviços públicos essenciais ao interesse público, obrigatórios para o particular, remunerados, também, por taxa. Exemplo: a coleta de lixo; c) serviços públicos não essenciais, prestados no interesse público, mas que o particular poderá deles abrir mão, sem que, com isto, prejudique a coletividade. Estes últimos admitem a concessão — o que não acontece com os dois primeiros — e são remunerados por Preços Públicos. (Vittório Cassone, Célia Pacheco Teixeira e Carlos Toledo Abreu Filho, «X Simpósio Nacional de Direito Tributário: Taxa e Preço Público», Resenha Tributária, Seção 1.3, Edição 5, 1986, Comentário 1.3).

A colocação feita pelo eminente Ministro Moreira Alves, colocação que é, aliás, da Corte Suprema (Representação nº 1094-SP), é científica e possibilita desdobramento. Um desses, é que há serviços públicos e serviços públicos. Destarte, não é possível afirmar, radicalmente, que não há direito adquirido em torno de um serviço público. Pode

haver, por exemplo, em torno do serviço público não essencial, remunerado por preço público, caso em que pode haver concessão. É o caso de serviço de telefones. Esse serviço, aliás, é posto à disposição do público mediante o sistema de autofinanciamento. De regra, a implantação do serviço urbano ou interurbano de telefonia é feita com a participação financeira do usuário nos investimentos da empresa concessionária, compra de ações, etc. Com propriedade, escreveu o eminente Ministro Gueiros Leite, no seu voto:

.....
 «É pela participação financeira, portanto, que se alcança a assinatura, direito de haver, em caráter individualizado e permanente, em instalações de uso particular, a prestação do serviço público telefônico, mas que não foge, daí em diante, à regulamentação administrativa comum (aut. e obr. cit., pág. 9).»

O direito de uso, pois, do telefone, que resulta da assinatura, não é conferido, gratuitamente, ao usuário, mas por este adquirido. Há, pelo menos, vinte anos que isto ocorre no Brasil, certo que, no princípio deste mês de dezembro, os grandes jornais do país ostentaram grandes anúncios, publicados pelas concessionárias, do plano de expansão dos telefones, conclamando o público a adquiri-los, mediante pagamento de preço à vista e a prazo, com financiamento concedido pelas próprias concessionárias.

É com base nessa realidade, que tanto esta Egrégia Corte quanto o Colendo Supremo Tribunal Federal consagraram a legitimidade da penhora do direito de uso do telefone. No AgPt nº 35.569-MG, Relator o Sr. Ministro Jorge Lafayette, decidiu a Egrégia 1.^a Turma:

«Embargos de Terceiro — Penhora sobre Direito de Uso do Aparelho Telefônico.

Se o aparelho telefônico, em si, juntamente com os equipamentos, rede, etc., pertence à concessionária dos serviços, o direito ao seu uso, dotado de valor econômico, pertence ao usuário, e é alienável, em princípio, não se provando, no caso, existência de proibição à sua cessão.

Pode, em consequência, a penhora, em execução contra o usuário, recair sobre esse direito.

Rejeição dos embargos de terceiro, oferecidos pela concessionária dos serviços telefônicos.» (DJ 18-3-74).

Esclareça-se que a agravante, no caso indicado, era a Cia. Telefônica de Minas Gerais.

Na AC nº 54.554-MG, por mim relatada, apelante a Telecomunicações de Minas Gerais S.A. — TELEMIG, apelada a União Federal, a Egrégia 4.^a Turma decidiu:

«Processual Civil. Telefone. Penhora. Embargos de Terceiro.

I — O direito de uso de aparelho telefônico possui valor econômico e, como tal, é penhorável, como o é a própria empresa concessionária de serviço público (CPC, art. 678).

II — Embargos de terceiros opostos pela concessionária, rejeitados.

III — Precedentes do TFR e do STF.

IV — Recurso desprovido.» (DJ 11-9-80).

No meu voto, disse eu:

«Em diversas sentenças que proferi, como Juiz Federal em Minas, sustentei a tese no sentido de que o direito de uso de aparelho telefônico possui valor econômico e, como tal, é penhorável. O que deve ser reconhecido é que o

aparelho telefônico em si, seus equipamentos, rede, cabos, etc., pertencem à concessionária. O uso, todavia, que tem valor econômico, este pertence ao assinante. E não nos consta, nem a apelante o provou, que seja proibida a transferência de tal uso. Pergunta-se: poderia o assinante, cumpridas as formalidades próprias, transferir esse uso a outrem? A resposta é afirmativa. Ora, se tal transferência pode ser feita, assim livremente, pela vontade do assinante, na maioria das vezes em troca de bom dinheiro (a prova disso são os inúmeros anúncios de «compra e venda» de telefones estampados nos jornais, o que é notório), por que não poderia sê-lo judicialmente, a fim de responder por um débito do assinante com uma entidade pública?

Esta Eg. Corte, por mais de uma vez, acolheu o entendimento acima (AgPt nº 35.569-MG, Relator Ministro Jorge Lafayette Guimarães, decisão de 24-10-73).

A Corte Suprema, a seu turno, decidiu:

«Telefone. O seu direito de uso é penhorável. Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (CPC, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial, direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão, não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido». (RE nº 86.172-MG, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 88/969).

Diante do exposto, confirmo a sentença, por seus fundamentos.

Nego provimento ao apelo».

A Corte Suprema, no RE 86.172-MG, Relator o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, decidiu:

«Telefone. O seu direito de uso é penhorável.

Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão, não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido». (RTJ 88/969).

Ressalte-se que as concessionárias estimulavam a venda dos telefones, em anúncios, como um excelente investimento, conforme demonstrou o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, em voto recente, neste Plenário. As contas de telefones traziam, até, um número da bolsa de telefones, para obtenção de informações a respeito de compra e venda de telefones.

Em síntese, durante cerca de vinte anos, no Brasil, o direito de uso do telefone foi colocado no comércio, pelo próprio Poder Público, que, além de praticá-lo, o estimulava. De um momento para o outro, quer se proibir esse comércio. Isto talvez seja possível, é claro, para o futuro. Os telefones adquiridos pelos usuários no sistema de livre comércio deverão permanecer como tal, sob pena de se fazer tábula rasa do princípio da boa-fé, princípio que orienta o regime administrativo, já que *El principio de la buena fe es exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el*

cumplimiento de las obligaciones, ensina Gonzales Peres («El Principio General de la Buena Fe en El Derecho Administrativo», Madrid, 1983, p. 16), e porque, a lição é de Larenz («Derecho de Obligaciones», ed. esp., Madrid, 1958, I/144), citado por Gonzales Perez (ob. cit., pág. 26), «La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y el Derecho público». Bem por isso, conclui Gonzales Peres, o principio da boa-fé aplica-se tanto a atos discricionários quanto a vinculados, certo que o caráter público de certos interesses públicos não implica oposição ao interesse privado. Vale transcrever a lição de Gonzales Perez:

.....

«Por supuesto, el de buena fe, como los demás principios generales, constituye uno de los más preciados criterios a tener en cuenta al enjuiciar las actuaciones discrecionales, y tendrá en ellas su más amplio campo de aplicación. Pero jugará también un decisivo papel cuando la Administración realice actividades regladas. Porque como tal principio informará la interpretación de la norma, acto o contrato que reglamenten la actividad, además de imponer, sin distinción alguna, que el ejercicio de derechos o potestades y el cumplimiento de obligaciones y deberes se conforme a las exigencias de la buena fe.

c) Y, por último, tampoco excluye la consideración de la buena la distinta naturaleza de los intereses en juego. Pues el carácter público de ciertos intereses, no implica oposición ni desvinculación del interés privado. «No existen intereses públicos «impersonales» distintos de los que interesan particularmente a los ciudadanos. Los intereses públicos y los intereses privados están implicados entre sí hasta tal punto que cualquier interés público es, también, interés privado». (J. Gonzales Perez, ob. cit., págs. 28/29).

Ora, durante anos e anos o direito de uso do telefone foi, não custa repetir, objeto de comércio, era livremente transferível, desde que obedecidas certas exigências, sempre com o beneplácito e até com o estímulo do Poder Público; mudar as regras do jogo, inopinadamente, é fazer, conforme falamos, tábula rasa do princípio da boa-fé que deve orientar e predominar nas relações Administração-Administrado.

Diante do exposto, adiro ao voto do eminente Ministro Gueiros Leite. Defiro, destarte, o *writ*.

VOTO

(Vogal)

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, como razões de decidir, invoco a fundamentação do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 113.007-DF (cópia anexa).

Ante o exposto, denego a segurança.

ANEXO

Mandado de Segurança Nº 113.007 — DF
(Registro nº 7.935.048)

VOTO — (VOGAL)

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, nessa matéria minha posição coincide com aquela manifestada no voto proferido pelo eminente Ministro

Costa Lima no MS n.º 113.098-DF. Também entendo não ser possível invocar direito adquirido em contrato de concessão de serviço público. As regras que o balizam são aquelas expedidas pela Administração, pois a esta incumbe estabelecer as diretrizes básicas do exercício das atividades que lhe são inerentes. Se dos seus atos decorrerem prejuízos, impõe-se a reparação devida pelos meios adequados. O que não se pode é obrigar a entidade pública a preservar situações contrárias à sua política disciplinadora em determinado campo.

Ainda que se vislumbre na pessoa do usuário um terceiro em relação ao contrato de concessão, ainda assim não muda a concepção, pois entender-se de modo oposto equivaleria, por via oblíqua, desfigurar os princípios jurídicos que regem aquele instituto. Ao usuário, cujo único direito que se pode assegurar é o uso da linha telefônica, caberá, igualmente, e se for o caso, requerer indenização pelas perdas que, comprovadamente, venha a ter com o novo regulamento.

Ante o exposto, denego a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, no primeiro voto que proferi, neste Plenário, sobre esta matéria, ressaltei que não podia considerar legítimo o ato ministerial impugnado, desde o momento em que este ato convertia em atividade ilícita, sujeita à atuação policial, aquilo que, na véspera da edição deste ato, constituía o livre exercício de direito por empresas intermediadoras. Sustentei, então, que o tema, no meu modesto modo de ver, se coloca no tocante ao poder regulamentar, que é um poder da Administração Pública, que não se contesta, que não se nega, mas que se dirige para o futuro, com resguardo de situações perfeitamente constituídas.

Aludi mesmo ao caso de pequenas empresas que alugaram salas para sua instalação, que contrataram empregados, que faziam despesas de publicidade e que, repentinamente, se viram forçadas a paralisar abruptamente uma atividade não somente lícita mas, até, encorajada.

Examinando, agora, estes autos, verifico que as impetrantes são empresas que se dedicam à mediação da transferência de telefones: Fones — Fácil Sociedade Civil, STOPA — Telefones Sociedade Civil Ltda., Central Fone — Intermediação de Negócios, Sociedade Civil e assim por diante, todas as impetrantes foram por mim examinadas aqui, segundo a documentação que instrui a inicial. São empresas mediadoras. Convém ter em vista que, nas grandes cidades, a prática mais usual, por parte daqueles que querem conseguir telefone ou que querem ceder telefone, é entregar o assunto a pequenas empresas, sociedades civis, semelhantes a estas.

Agora, peço a atenção dos Srs. Ministros para uma consideração que consta da petição inicial. A petição inicial diz, a certa altura, que o Presidente da TELEBRÁS, em entrevista à revista VEJA, no dia 13 de agosto de 1986, fez a seguinte declaração (leio o que consta da inicial):

«Nosso objetivo é atrapalhar apenas a vida dos intermediários.»

E, adiante, disse ainda, segundo a petição inicial, o mesmo Presidente da TELEBRÁS:

«O que vamos fazer é acabar com a sem-vergonhice que se instalou no comércio paralelo de telefones.»

Agora, vamos ao pedido constante da inicial:

«... para que retomem o direito de continuarem sendo homens honestos e, portanto, possam efetuar normalmente o serviço de compra, venda, locação, intermediação, doação, transferência de terminais telefônicos próprio ou de terceiros.»

Portanto, o que se diz aqui é que o ato ministerial impede essas empresas de dar continuidade ao objeto social; objeto social lícito. É por isso que eu acompanho o Sr.

Ministro Pádua Ribeiro, quando faz somente a seguinte ressalva: até a vigência da portaria.

Telefones que são *res in commercium*, porque adquiridos pelos assinantes antes da malsinada e prepotentíssima portaria, esses telefones devem continuar em comércio, porque, se o Tribunal der o seu aval a esta pretendida expedição de caçada contra sem-vergonhas, se torna litisconsorte de arbitrariedades e concorrerá para impedir a continuidade de atividade ilícita.

Agora, no tocante a estes telefones, concedidos depois, na vigência da Portaria, penso que, realmente, não podemos conceder a segurança, porque estes telefones estão sujeitos à regra da época da sua concessão.

O SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O ato do Ministro não é tão arbitrário assim.

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Arbitrário sim, digo eu. Arbitrário e prepotente quando quer cercear o comércio sobre telefones concedidos na vigência de portarias anteriores. Ou está o atual Senhor Ministro chamando de arbitrários os seus antecessores, no lugar que ele hoje ocupa?

Acompanho o Senhor Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Senhor Presidente, denego a segurança, nos termos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 114.464-DF, cuja cópia farei juntar oportunamente.

ANEXO

Mandado de Segurança nº 114.464 — DF
(Registro nº 9.062.980)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Versa a questão sobre o direito ou não do usuário da linha telefônica de transferi-la a terceiro.

Com vistas a coibir a especulação que vinha desnaturando os objetivos da manutenção dos serviços telefônicos, a Portaria número 209/86, do Ministro das Comunicações, proibiu essa prática até então consentida.

Na história da implantação da telefonia, entre nós, vê-se que o primeiro contrato de concessão desse serviço, firmado a 13 de novembro de 1887, apenas referia-se ao assinante quando, na sua cláusula 20ª, tratava do preço da assinatura, tida a essa época como intransferível. Desde então, nas modificações que se seguiram até 1947, o tema da transferência da responsabilidade pela assinatura a terceiro não foi enfrentado. Somente com a Resolução 19, de 07 de agosto daquele ano, passou-se a admitir a transferência da linha para pessoa da família, em caso de falecimento do assinante, quando o telefone fosse residencial, e para firma sucessora, em caso de telefone comercial.

Comenta o impetrado:

«No caso do serviço telefônico, desde seu surgimento no País, no final do século passado, até 1968, a transferência da assinatura do serviço — esse o nome técnico — era vedada. No entanto, diante de problemas surgidos com transferências clandestinas, o Poder Concedente, à época representado pelo CONTEL, decidiu, apesar de com isso arranhar a essência do Instituto, permitir que fossem atendidos pedidos de transferência de assinatura de um assinante para um candidato, quando formulados, por ambos os interessados, perante a concessionária, disciplinando, ainda, a transferência no caso de morte do

assinante, e no caso de sucessão de pessoa jurídica. Tal regra foi fixada na Resolução nº 12, de 12-3-68, do CONTEL (publicada no *DOU*, de 28-3-68). Tal permissão alcançava, apenas, as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB e da Companhia Estadual de Telefones — CETEL, que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e Estados do Rio e de São Paulo.

Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações, na qualidade de mentor da área de Telecomunicações, como já se viu, e diante da continuidade dos problemas de demanda reprimida e transferência clandestinas, foi baixada a Portaria nº 351, de 26-6-72 (publicada no *DOU* de 3-7-72), que revogou a Resolução nº 12/68, antes citada, e aprovou a «Norma sobre Transferência de Assinaturas de Serviço Telefônico Público Urbano». Esta já tinha aplicação geral, para todas as concessionárias do país. Os motivos para sua edição, fica bem claro nos *consideranda*, dizem respeito à manutenção da qualidade do serviço e melhor atendimento aos usuários, bem como à constatação da existência de demanda reprimida, ou seja, quantidade de linhas telefônicas inferior à procura pelos interessados no serviço.

Tal Portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18-7-79 (publicada no *DOU* de 24-7-79), que aprovou a Norma nº 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público — que, como se viu, regulou a transferência de assinatura nos itens 13 a 16 e a locação nos itens 17 a 18.

Essa era a regra vigente quando da edição da Portaria nº 209/86, atacada pela Segurança.

Vê-se, assim, que a transferência de assinatura foi proibida durante longos anos e, após, foi facultada, dentro de certas regras e em razão de motivos determinados, sempre com vistas ao bom desempenho do serviço público e à satisfação dos assinantes, ou seja, em atenção ao interesse coletivo.

Não se vislumbra, porém, nessa faculdade de transferência, nenhuma idéia de permitir especulação, de se criarem empresas de intermediação para essas transferências, ou seja, de implantar, à margem das concessionárias, um verdadeiro *comércio de telefones*.» (Fls. 150/151).

Realmente a análise dos contratos e instrumentos legais trazidos à colação corroboram essa conclusão.

O certo é, porém, que à sombra da tolerância oficial instalou-se e desenvolveu-se o comércio de telefones, através de pessoas físicas ou jurídicas, estabelecidas com essa finalidade específica.

Essa atividade negocial à evidência carece de legitimidade.

Deveras, cabendo à União, direta ou mediante autorização ou concessão, explorar os serviços de telecomunicações, entre os quais se incluem os de telefonia, resulta que a concessão desse serviço é instituto de direito público, cujos princípios e regras presidem não só as relações entre o poder concedente e as concessionárias, como os direitos e deveres dos usuários. Nesse contexto não se ajusta a possibilidade da comercialização, por terceiros, das linhas telefônicas, sujeitando-as à lei da oferta e da procura, em detrimento não raro do desempenho de um serviço essencial pelo qual a União, por imperativo constitucional, é responsável e lhe compete prestar, diretamente ou através de concessionária. Tal serviço não pode ficar à mercê da especulação de mercados.

Aqui cabe um parêntese.

In casu não se cuida à evidência do direito de usuário do serviço concedido. Cuida-se sim da mercância desse direito, o que me parece coisa bem diferente. Pessoas físicas ou empresas se dedicam ao comércio de telefones, isto é, compram e vendem o direito de uso de linhas telefônicas, têm esse mister como objetivo de sua atividade comercial.

Essa atividade é que não pode ser admitida.

Primeiro porque a legislação vigente não a ampara, nem a autoriza em nenhum passo as leis e regulamentos pertinentes à matéria, nem os contratos de concessão. Segundo, porque tal atividade, em última análise, atenta contra a boa prestação do serviço de telefonia, essencial aos interesses da coletividade que se sobrepõem *erga omnes*.

E não se contradiga com a tese do direito adquirido.

O respeito ao direito adquirido se insere no rol das garantias constitucionais, não podendo a lei prejudicá-lo.

Na abordagem do tema do direito adquirido no contexto da legislação pátria, Paulo Lacerda situa-o como: a) o direito cujo exercício esteja inteiramente no arbítrio do respectivo titular, ou de alguém por ele; b) o direito cujo exercício, para estar inteiramente no arbítrio do respectivo titular ou de alguém por ele, depende apenas de termo já fixado, ou de uma condição já estabelecida, contanto que não seja alterável a arbítrio de outrem» («Manual do Direito Civil», Vol. I, n.º 107). E aduz que são seus elementos componentes. «a) que o direito seja de utilidade individual concreta; b) e que essa utilidade pertença ao sujeito do direito» (obr. cit. n.º 154). Em consequência, pondera G. E. Nascimento e Silva, requerendo que a utilidade seja individual, «só abrange aqueles direitos relativos a interesses de caráter individual, a saber: a) os direitos patrimoniais; b) e os direitos personalíssimos. *Excluídos, portanto, os direitos relativos a interesses públicos* (grifei, in «Rep. Encicl. de Dir. Bras.» — Vol. 16, pág. 216).

É de se ver que com esse conceito de direito adquirido, que reflete a melhor doutrina, não se harmoniza a prevalência de situações pretéritas, de caráter individual, aqui enfocadas. Deveras, a pretensão, no caso, de o detentor da linha telefônica dela dispor, a seu talante, carece dos pressupostos do direito adquirido.

É que o poder concedente pode unilateralmente modificar as regras da concessão, estabelecer condições e determinar providências que julgar necessárias à prestação do serviço, o que vale dizer que o direito ao uso da linha telefônica é um direito cujo exercício não está inteiramente ao arbítrio de seu titular, mas é alterável ao arbítrio de outrem (v. Paulo Lacerda, obr. cit.).

Ademais o serviço telefônico, como já ressaltado, diz com relevante interesse social e mesmo com áreas de segurança nacional, e seria ocioso discorrer sobre a competência do Poder Público para ditar-lhe as regras.

Assim não me parece tenha a malsinada Portaria número 209/86 ferido direito adquirido ao vedar a transferência do uso de linhas telefônicas, adquiridas antes de sua publicação.

Na realidade nela não vislumbro qualquer atentado a direito líquido e certo, a en-sejar o amparo do remédio heróico. Tenho-a, ao invés, como ato legítimo, expedido em razão de competência constitucional, a enquadrar atribuições regulamentares do Poder concedente.

Não merece, pois, censura a vedação que impõe.

Isso não quer dizer que inadmita, terminantemente, a transferência da linha. Considero essa possibilidade, mas sempre a critério da concessionária em determinadas circunstâncias, e nunca como resultante de uma atividade negociada.

Igualmente parece-me razoável que as concessionárias readquiram as linhas telefônicas dos usuários pelo mesmo preço que as oferecem ao público.

De quanto foi exposto denego a segurança.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, denego a segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, concedo a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, concedo a segurança para assegurar aos impetrantes a transferência dos telefones adquiridos anteriormente à Portaria, não lhes reconhecendo, entretanto, o direito de prosseguirem negociando com telefones.

Este o meu voto, de acordo com pronunciamento que fiz a propósito e que farei juntar.

ANEXO

Mandado de Segurança n° 113.039 — DF
(Registro n° 7.936.281)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A preliminar de descabimento do mandado de segurança na hipótese, por se dirigir contra Portaria reguladora de transferência do uso de telefones em geral, e, conseqüentemente, contra a lei em tese, não tem procedência, pois, embora ato normativo, dita portaria incidiu imediatamente em relação a cada detentor do direito do uso de telefone, pois tornou impossível, de logo, a transmissão do mesmo direito, até então permitido, com o que as empresas concessionárias de tal serviço ficaram obrigadas a executá-la.

Quanto ao mérito, o exame da questão à luz das informações da autoridade impetrada, leva à conclusão de que do ato atacado resultou ofensa a direito dos impetrantes e que, conseqüentemente, deve a segurança ser concedida.

Disse o Sr. Ministro das Comunicações em suas informações:

«No caso do serviço telefônico, desde seu surgimento no País, no final do século passado, até 1968, a transferência da assinatura do serviço — esse o nome técnico — era vedada. No entanto, diante de problemas surgidos com transferências clandestinas, o Poder Concedente, à época representado pelo CONTEL, decidiu, apesar de com isso arranhar a essência do instituto, permitir que fossem atendidos pedidos de transferência de assinatura de um assinante para um candidato, quando formulados, por ambos os interessados, perante a concessionária, disciplinando, ainda, a transferência no caso de morte do assinante e no caso de sucessão de pessoa jurídica. Tal regra foi fixada na Resolução n° 12, de 12-3-68, do CONTEL (publicada no *DOU* de 28-3-68). Tal permissão alcançava, apenas, as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB e da Companhia Estadual de Telefones — CETEL, que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e Estados do Rio e de São Paulo.

Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações na qualidade de mentor da área de Telecomunicações, como já se viu, e diante da continuidade dos problemas de demanda reprimida e transferências clandestinas, foi baixada a Portaria n° 351, de 26-6-72 (publicada no *DOU* de 3-7-72), que revogou a Resolução n° 12/68, antes citada e aprovou a «Norma Sobre Transferência de Assinatura do Serviço Telefônico Público Urbano». Esta já tinha aplicação geral, para todas as concessionárias do país. Os motivos para sua

edição, fica bem claro nos *consideranda* dizia respeito à manutenção da qualidade do serviço e melhor atendimento aos usuários, bem como à constatação da existência de demanda reprimida, ou seja, quantidade de linhas telefônicas inferior à procura pelos interessados no serviço.

Tal Portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18-7-79 (publicada no *DOU* de 24-7-79), que aprovou a Norma nº 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público — que, como se viu, regulou a transferência de assinatura nos itens 13 a 16 e a locação nos itens 17 a 18.

Essa era a regra vigente quando da edição da Portaria nº 209/86, atacada pela Segurança.»

Como se vê o ato impugnado revogou atos anteriores que permitiam a cessão do uso dos terminais telefônicos pelos que os detinham, conseqüentemente revogou atos administrativos legítimos baixados tendo em conta a anterior conveniência do serviço, cujos motivos, de acordo com a portaria, haviam desaparecido.

Que o Sr. Ministro poderia revogar os atos administrativos que regulavam a matéria não há dúvida, pois tal poder lhe é conferido pelo art. 85 da Constituição. A revogação do ato administrativo, contudo, é princípio de direito, não poderá se dar sem que sejam mantidos os efeitos por ele produzidos, e, conseqüentemente, no caso dos autos, o direito do detentor do uso de linhas telefônicas em tal momento, a proceder à respectiva transferência.

Meu voto, por isso, é deferindo parcialmente o mandado de segurança, para assegurar aos impetrantes o direito de transferirem os direitos de uso dos terminais telefônicos que detinham no momento da publicação da Portaria 209, de 6-8-86.

ESCLARECIMENTO A PROPÓSITO DA QUESTÃO DE FATO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Sr. Presidente, não me pareceu que fosse necessário que as empresas que se qualificaram como destinadas à compra e revenda de telefones mencionassem quais as linhas telefônicas que possuíam. E, quando deferi o mandado de segurança, deferi para aquelas linhas telefônicas que houvessem adquirido até a data da portaria. Se, porventura, não tiverem elas linhas telefônicas, não serão beneficiadas pelo mandado de segurança, o que, entretanto, não posso crer que ocorra por não me parecer possível que várias empresas requeressem ao Tribunal mandado de segurança sem que tivessem telefones para revender, quando esse é o seu objeto social.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, no voto-vista que proferi no Mandado de Segurança nº 113.098/DF assegurei ao impetrante o direito de transferir a linha telefônica cujo direito de uso incorporou-se ao patrimônio dele, na mesma trilha, pois, do voto proferido pelo eminente Ministro Armando Rollemberg.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 113.008 — DF — (Reg. nº 7.935.307) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Impetrantes: Fonefácil S/A Ltda. e outros. Impetrados: Sr. Ministro de Estado das Comunicações. Advogados: Dr. Paulo César Vasconcelos Gomes, Dr. Dorival Millán, Dra. Yara Gissoni (Impetrantes).

Decisão: O Plenário, por unanimidade e preliminarmente, conheceu da impetração e, no mérito, por maioria, concedeu em parte a segurança. (Em 5-3-87 — Pleno).

O Tribunal, prosseguindo no julgamento, à unanimidade e preliminarmente, conheceu da impetração, com ressalva dos votos dos Srs. Ministros José Dantas, José

Cândido, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade; no mérito, por maioria, concedeu em parte, a segurança, vencidos quanto à extensão, os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Gueiros Leite, Carlos Velloso, Bueno de Souza e Sebastião Reis, que a concediam em maior extensão, bem como, vencidos os Srs. Ministros Costa Lima, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Washington Bolívar, William Patterson, Miguel Ferrante, José Cândido e Américo Luz, que a denegavam.

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Costa Leite, Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, José Dantas, Torreão Braz e Otto Rocha votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, porém em menor extensão.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Thibau, Nilson Naves e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 113.429 — SP
(Registro nº 6.559.328)

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

Apelante: *Velsicol do Brasil Ind. e Com. Ltda.*

Apelado: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Célia Maria Maschion, Álvaro Celso Galvão Bueno e outro*

EMENTA: Tributário. IOF. Alíquotas. Bases de cálculo. Alteração por ato do Poder Executivo. Impossibilidade. Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art. 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 22, § 2º, CTN, art. 65; Lei nº 5.143/66, art. 10.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18/65, art. 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o art. 65 do Código Tributário Nacional, bem assim o art. 10 da Lei nº 5.143, de 20-10-66. É que somente a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, art. 19, I; art. 153, § 29), não tendo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art. 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 22 § 2º.

II — As resoluções do Banco Central, que estabelecem alíquotas para o IOF, ou que concedem isenção deste, são ilegítimas.

III — Recurso 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, 13 de maio de 1987.

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança requerido por Velsicol do Brasil Indústria e Comércio Ltda., contra ato do Chefe do Departamento de Fiscalização Bancária do Banco Central do Brasil, para se desonerar do pagamento do IOF no fechamento do câmbio de operações de importação de produto destinado à agricultura.

A sentença de fls. 95/99, lavrada pelo Juiz Federal Américo Lourenço Masset Lacombe, negou a segurança, aos seguintes argumentos:

a) que a alteração da alíquota do IOF só poderia ter sido feita através de lei, conforme dispõe o art. 21, I, II, V e § 2º, I da Const. Fed.;

b) que, da mesma forma, o Banco Central não poderia regulamentar o Decreto-Lei nº 1.783/80, pelo que, tanto a Resolução 619/80 como a 816/83 são inexistentes no mundo jurídico, por inconstitucionais;

c) que, dessa maneira, é inconstitucional a isenção dada pela Resolução 619/80 às operações de câmbio decorrentes de importação de fertilizantes, uma vez que a isenção, como a tributação, está sujeita ao princípio da legalidade;

d) que, assim, toda a pretensão da impetrante está calcada em disposições inexistentes no mundo jurídico, porque absolutamente inconstitucionais.

Apela, então, a impetrante (fls. 102/106), sustentando, em síntese:

a) que a r. sentença julgou *extra petita* ao considerar inconstitucionais as Resoluções de nºs 619/80 e 816/83, baixadas pelo Banco Central do Brasil;

b) que os nossos Tribunais já firmaram jurisprudência sobre a constitucionalidade do Decreto-lei nº 1.783/80 e as resoluções do Banco Central, respeitado o princípio da anterioridade;

c) que não obstante constitucionais o decreto-lei que instituiu o IOF e os atos do Banco Central, é abusiva e ilegal a Circular 775/83, que exige do Ministério da Agricultura a expedição de declaração sobre o uso da mercadoria importada pela ora apelante, vinculando a sua apresentação à aplicação da alíquota zero para o IOF;

d) que exigir da apelante declaração sobre o uso de produto de órgão que não tem obrigação de declarar, quando esse mesmo uso (o agrícola) está amplamente demonstrado, fere o seu direito líquido e certo.

Pede, por isso, a concessão definitiva do *writ*, «a fim de que a recorrente realize a operação de câmbio sem cumprir exigência burocrática do Banco Central, ora recorrido, e beneficiando-se da imposição de alíquota zero sobre o imposto sobre operações financeiras...».

Respondeu o apelado às fls. 109/112.

Subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou à fl. 118, opinando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A sentença, que é da lavra do ilustre Juiz Américo Lacombe, assim deslindou a controvérsia:

«Apesar de o nosso texto Constitucional conferir à União, desde a Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965, a competência para instituir o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, o imposto sobre operações de câmbio só foi criado pelo Decreto-lei 1.783, de 18 de abril de 1980. O referido decreto-lei, que pode ser impugnado por ser carente dos requisitos de urgência e do in-

teresse público relevante — questões no entanto que não interessam à solução do presente caso — estabeleceu para as operações de câmbio a alíquota de 15%.

Tal alíquota só poderia ser alterada por lei, uma vez que o Poder Executivo, conforme dispõe o art. 21, I, II, V e § 2º, I, só poderá alterar alíquota e bases de cálculo dos impostos ali nominados. Não pode, portanto, o Poder Executivo, alterar qualquer alíquota do IOF fixado por lei.

Da mesma forma não pode o Banco Central regulamentar o decreto-lei em questão. Assim, tanto a Resolução 619/80 como a 816, são inexistentes no mundo jurídico, por inconstitucionais.

É que a competência privativa do Presidente da República de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis é indelegável. Tal competência está arrolada no inciso III, do art. 81, da Constituição, e no parágrafo único, que numera o que pode ser delegado, não há qualquer menção ao inciso III.

Assim, qualquer regulamentação do IOF não veiculada por Decreto é inválida por inconstitucional.

É assim inconstitucional a isenção dada pela Resolução 619/80 às operações de câmbio decorrentes de importação de fertilizantes, uma vez que a isenção, tal qual a tributação, está sujeita ao princípio da legalidade (veja-se José Souto Maior Borges, *Isenções Tributárias, Sugestões Literárias*, São Paulo, 1969). Da mesma forma, não poderia o Banco Central estabelecer uma alíquota zero, pois esta nada mais é do que isenção (Veja-se o nosso imposto de importação, RT, São Paulo, 1979).

Assim, toda a pretensão da Impetrante, está calcada em disposições inexistentes no mundo jurídico, por absolutamente inconstitucionais.

A única atividade lícita da Autoridade Impetrada é exigir o tributo na forma estabelecida pelo Decreto-lei.»

.....
(Fls.. 98/99).

Está correta a sentença.

Quando do julgamento da AMS 97.198-AM, de que fui relator, sustentei, na Egre-
gia 4ª Turma, com o apoio dos meus eminentes pares, que a faculdade concedida ao
Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as
alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art.
14, § 1º; Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, art. 22, § 2º), foi suprimida pela
Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela EC nº 1, de 1969, essa faculda-
de, revogado ficou o artigo 65 do Código Tributário Nacional, bem assim o artigo 10
da Lei 5.143, de 20-10-66. É que somente a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF,
art. 19, I; art. 153, § 29), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como
o faziam a EC nº 18, de 1965, art. 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº
1/69, art. 22, § 2º. O acórdão da mencionada AMS 97.198-AM, por mim relatada, está
publicado no DJ de 9-12-1982, pág. 12720.

Também nas AMSs. n.ºs 96.459-AM, 97.872-AM, 93.684-AM, 98.017-AM e
100.081-AM, dentre outras, por mim relatadas, sustentei, na Egreja 4ª Turma, a mes-
ma tese, sempre com o apoio dos meus eminentes pares (DJ de 16-12-82, pág. 13104,
7-4-1983, pág. 4022, 9-12-1982, pág. 12720, 7-4-1983, pág. 4023, 23-6-1983, pág.
9363, respectivamente).

No que tange, especificamente, à majoração das alíquotas do IOF, disse eu, no vo-
to que proferi por ocasião do julgamento da citada AMS 97.198-AM:

.....
«A majoração das alíquotas do IOF. Através de decreto-lei.

Em verdade, a faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (EC nº 18, de 1965, art. 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, art. 22, § 2º), foi suprimida pela EC nº 1, de 1969. Suprimida, pela EC nº 1/69, a faculdade do executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, revogado ficou o art. 65, CTN.

Quando do julgamento da Arguição de Inconst. havida na AMS nº 91.322-SP, sustentei a tese de que a Constituição nova revoga a legislação preexistente com ela incompatível.

Disse eu, então, no meu voto:

«Perfilho a tese no sentido de que, sobrevindo Constituição nova, quaisquer normas anteriores, que com esta sejam incompatíveis, ficam revogadas. Se a lei posterior revoga a anterior com esta incompatível (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 2º, § 1º), o que dizer-se quando a incompatibilidade dá-se com a Constituição, que sobreveio quando já existente a lei, certo que a Constituição, que não é lei em sentido formal, porque oriunda de órgão distinto, daquele que elabora a lei, é, entretanto, lei em sentido material.

Já João Barbalho advertia, nos seus «Comentários», que «toda a legislação avessa aos princípios e preceitos da Constituição — que é a lei das leis — pelo simples fato da promulgação desta» ficaria revogada (Ap. Parecer do Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos, RDP, 15/109). Celso Ribeiro Bastos não destoa desse entendimento («Curso de Direito Constitucional», Saraiva, 1980, 3ª ed., pág. 28). A doutrina da recepção, que Kelsen explica com perfeição — a recepção, pela Constituição nova, do direito anterior (H. Kelsen, «Teoría General Del Derecho y Del Estado», Textos Universitários, México, 1969, 3ª ed., págs. 137/138) — só ocorre com o direito anterior compatível com a nova Constituição. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «... a recepção do direito anterior só é possível nos claros da Constituição. Por que, logicamente, onde a nova Constituição dispõe, explícita ou implicitamente, de modo diverso, é impossível essa mesma recepção. Em consequência, o direito anterior incompatível com a nova Constituição perde a sua validade com a perda de eficácia da Constituição anterior, e não recobra validade com a eficácia da nova Constituição.» («Direito Constitucional Comparado», I — «Poder Constituinte», São Paulo, 1974, pág. 119). E revogada, pela Constituição, a legislação com esta incompatível, se sobrevém nova Constituição, nem por ficar com esta compatível, só por só não recobrar essa legislação eficácia, «a menos que a nova Constituição que faça cessar a eficácia dessa Constituição revogadora, venha expressamente revigorá-lo porque a «represtinação há de ser, sempre expressa». (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., pág. 121). Celso Barbi também cuidou do tema e escreveu: «c) O problema das leis ordinárias anteriores à Constituição vem sendo resolvido no sentido de considerar a matéria à luz do direito intertemporal e não do controle. Dessa forma, aquelas leis são consideradas revogadas, quando contrárias à Constituição que se lhes seguiu». («Evolução do Controle da Constitucionalidade das leis no Brasil», Belo Horizonte, 1969). Lúcio Bittencourt sustenta que, em caso assim, não se tem revogação pura e simples, entendendo que a lei em vigor por ocasião do advento da Constituição que com esta é incompatível fica revogada por inconstitucionalidade. «O Controle Jurisdicional da Const. das Leis», Forense, 2ª ed., 1969, págs. 131/132. José Afonso da Silva concorda com a tese de Lúcio Bittencourt, «segundo a qual se dá uma revogação por inconstitucionalidade, numa por assim dizer revogação por invalidação, ...» («Aplicabilidade das Normas Constitucionais», RT, São Paulo, 1968, pág. 205). Victor Nunes Leal, a seu turno, sustenta que a lei anterior à Constituição, e com esta incompatível, é por ela revogada (RDA, 7/379). Geraldo

Ataliba, que não concorda com esse entendimento, esclarece, todavia, «que o pensamento comum, de maneira geral, acolheu a opinião» de Victor Nunes Leal («Lei Complementar na Constituição», RT, 1971, pág. 54).

A tese ora enunciada, de que a Constituição nova revoga a legislação preexistente com ela incompatível, já foi debatida na Corte Suprema, que a acolheu. No RE n.º 81.122-SP, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, o Supremo Tribunal decidiu, em sessão Plenária:

«Imposto sobre serviços. Na fixação de sua alíquota, não está o município sujeito às limitações do art. 9.º do Ato Complementar n.º 34, de 30-1-1967, revogado desde quando entrou em vigor a Constituição de 1967 e não repristinado pela norma do art. 24, § 4.º da redação que deu a esta a Emenda n.º 1, de 1969. Recurso Extraordinário conhecido pela letra c, mas não provido.» (RTJ 80/122).

No voto que então proferiu, disse o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin:

«Propõe o eminente Ministro Leitão de Abreu, porém, tese outra, qual a de que as normas jurídicas somente revogam normas de igual natureza. Quanto a normas inferiores, elas se limitam a paralisar-lhes a eficácia. Assim, paralisada a eficácia do Ato Complementar n.º 34 pela Constituição de 1967, a eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional n.º 1/1969). Peço vênha para ponderar que o critério de escola, embora douto, não deve ser decisivo. Tem-se considerado que ainda que de hierarquia superior, a norma legal posterior revoga a que lhe seja contrária — critério que, menos técnico possivelmente, encerra a incontestável vantagem de dispensar, quando da revogação de qualquer norma, a pesquisa afanosa de normas de menor hierarquia, de eficácia acaso restaurada. Tenho, assim, que o critério da Lei de Introdução ao Código Civil encerra princípios gerais, aplicáveis também quando norma posterior de maior hierarquia dispõe diferentemente de norma anterior, excluindo, salvo cláusula expressa, a repristinação.

E a revogação da lei anterior pela ulterior, ainda que esta seja de maior hierarquia, não é simples construção jurídica, mas se apoia em texto de direito positivo, que não restringe, a revogação, a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional n.º 1/1969 de competência, à União, para limitar a alíquota do Imposto sobre Serviços, por meio de lei complementar, não restaura o mandamento constante do Ato Complementar n.º 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou». (RTJ, 80/138).»

.....

Desnecessário dizer que a disposição inscrita no art. 10, da Lei n.º 5.143, de 20-10-66, que está na linha do art. 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi também, revogada. É que, só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, art. 19, I; art. 153, § 29), não tendo a EC n.º 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC n.º 18, de 1965, art. 14, § 1.º, e a Constituição de 1967, sem a EC 1/69, art. 22, § 2.º.

Até aí, concordo com a sentença.

Acontece, todavia, que foram os Decretos-leis n.ºs 1.783, de 18-4-1980, e 1.844, de 30-12-1980, que estabeleceram e alteraram alíquotas do IOF. É este Eg. Tribunal Federal de Recursos, pelo seu Plenário, decidiu que o tributo pode ser instituído ou majorado através do decreto-lei

(CF, art. 55, II). O que o Plenário declarou inconstitucional foi a cobrança do IOF, no mesmo exercício de sua instituição, ou no mesmo exercício em que a alíquota foi majorada (Arguição de Inconst. nas AMSs. nºs 91.322-SP e 91.148 — RJ). Há que distinguir, pois, o decreto regulamentar do Decreto-lei, pois este último tem força de lei.

A sentença, destarte, sob tal aspecto, ou quando entende, em tema de IOF, não ser possível a instituição de alíquota ou a majoração desta através de decreto-lei, não pode prevalecer. A sentença, aliás, no particular, parece-me contraditória, *data venia*. É que ela é expressa no afirmar que, «hoje, melhor examinando o art. 55 da Constituição, aceito que foi concedida ao Presidente da República autorização para expedir decreto-lei sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias, o que significa permissão para criar e modificar tributos, por decreto-lei». Ora, se o decreto-lei pode instituir tributo, tendo em vista o disposto no art. 55, II, da Constituição, é evidente que poderia fazer o menos, isto é, alterar as suas alíquotas e bases de cálculo.»

Claro ficou, portanto, que a disposição inscrita no art. 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do art. 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi revogada, por isso que somente a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, art. 19, I; art. 153, § 29) — a possibilidade de o decreto-lei instituir ou majorar tributo foi admitida pela jurisprudência — não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, art. 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, art. 22, § 2º.

Destarte, as Resoluções do Banco Central, que estabelecem alíquotas para o IOF e até concedem isenções deste, não criam ou extinguem direito, no ponto, vale dizer, no ponto em que fazem variar as alíquotas do IOF ou que concedem isenção do tributo, mesmo porque a isenção depende sempre de lei (CTN, art. 176).

Do exposto, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 113.429 — SP — (Reg. nº 6.559.328) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso. Apte.: Velsicol do Brasil Ind. e Com. Ltda. Apdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Célia Maria Maschion, Álvaro Celso Galvão Bueno e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. 13-5-87, 6ª Turma.

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 114.521 — RS
(Registro nº 7.995.610)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Impetrante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Impetrado: *Juízo Federal da 1ª Vara — RS*

Advogados: *Drs. Marcos de Borba Kafruni e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato judicial.

Incabimento. Por intolerável a superposição de sentenças mandamentais, via de regra não se conhece de impetração contra decisão de primeiro grau, proferida em mandado de segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do pedido e cassar a liminar, 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 WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal contra decisão de Juiz Federal, proferida em processo de mandado de segurança para o levantamento do saldo de conta vinculada ao Fundo de Participação PIS/PASEP.

A impetrante, em suma, diz-se parte ilegítima para figurar no polo passivo do mandado impetrado na primeira instância, dado que apenas arrecada os depósitos do PIS, falecendo-lhe qualificação para responder pelos pagamentos de verbas que não lhe pertencem, e sim à União, que deveria comparecer em juízo, através sua Procuradoria, consoante o disposto no art. 7º, do Decreto-lei nº 2.052, de 1983, para impugnar a pretensão; finalmente, refuta a liquidez e certeza do direito pleiteado na primeira instância, tendo em vista o motivo alegado para o saque, isto é, o matrimônio dos impetrantes, ocorrido antes dos respectivos cadastramentos no PIS, o que contraria o disposto no art. 16, do Decreto nº 78.276, de 1976. Com base nessa alegação, requer seja dado

efeito suspensivo ao «writ» deferido pela sentença de primeiro grau, trazendo à colação precedente desta Corte nesse sentido.

Deferi a liminar nestes termos:

«Se bem que entenda incabível o mandado de segurança para sustar efeitos de sentença proferida em igual tipo de ação mandamental, conforme voto que proferi, recentemente, no MS nº 112.814, a pendência do julgamento desse mesmo mandado, interrompido por pedido de vista, aconselha-me a concessão da medida liminar ora requerida, da forma como naquele caso se procedeu. Ponho-me, pois, no exame dos pressupostos estabelecidos no art. 7º, II, da Lei 1.533/51, para verificá-los presentes e deferir a liminar.

Transmita-se à digna autoridade impetrada o teor deste despacho, via telx; e por ofício solicitem-se as devidas informações.

Brasília, 5-11-86.

Ministro JOSÉ DANTAS» — fl. 29/29v.

Vieram as informações do douto Juiz impetrado, em alusão aos fundamentos da sentença impugnada. Ler-se.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, conquanto tranqüila a orientação dos tribunais sobre admitir-se o mandado de segurança contra ato judicial recorrível sem suspensão, quero crer que esta Egrégia Seção advertiu-se, em boa hora, da inaplicabilidade, via de regra, dessa orientação, quando a decisão visada se tenha dado em processo de mandado de segurança — MS 112.823, Rel. Min. Nilson Naves, e 114.023, Rel. Min. William Patterson.

É que, no caso — a salvo excepcionalíssimas situações, transparentemente abusivas do poder da jurisdição de primeiro grau, assim, claramente desnaturada a decisão — certamente que não há vez para, ao simples pressuposto de violação legal, a decisão judicial reparar-se em nível do sumaríssimo processual do *mandamus*.

Na verdade, de tão portentosa que é, a sentença mandamental se impõe à auto-execução, imediata e definitiva, sem entrave recursal suspensivo; donde parecer que somente à lei caiba selecionar valores oponíveis a tal imediatismo executório. A exemplo disso, fê-lo a Lei nº 4.348/64, com a eleição da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas como valores protegíveis à prevenção de grave lesão que possa resultar da decisão; mas assim fez em instituindo uma via suspensiva própria, que não a intolerável superposição de uma decisão mandamental a outra.

Em conclusão, por cuidarem os autos de hipótese absolutamente idêntica, socorro-me do recente voto do Sr. Ministro William Patterson, no particular da matéria de conhecimento da impetração, verbis:

«Comentando o assunto, objeto da pretensão, leciona o Professor Hely Lopes Meirelles (in «Mandado de Segurança e Ação Popular», pág. 60), verbis:

«O efeito dos recursos, em mandado de segurança é somente devolutivo porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental a essa regra a Lei nº 4.348/64 abriu exceção, que se nos afigura inconstitucional, para os recursos contra decisões concessivas de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, vencimento e vantagens, casos em que se impõe o efeito suspensivo (arts. 5º e 7º.)»

Devo esclarecer que, em duas oportunidades, relatei perante esta Colenda Seção pedidos da mesma espécie (MS nº 101.748-PE e MS nº 108.626-CE), onde restou definido descaber mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso de apelação em medida de igual natureza, porque equivaleria sustar a eficácia da sentença de primeiro grau, hipótese cuja competência prescrita na lei é do Presidente do Tribunal.

No particular, nem se pode argüir dificuldade no que tange ao pedido, pois o impetrante, sendo órgão público, poderia, com o aval da Subprocuradoria-Geral da República, requerer a providência devida.» — MS 114.090, 1ª Seção, 26-11-86.

Pelo exposto, não conheço do pedido e cassou a liminar.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 114.521 — RS — (Reg. nº 7.995.610) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Impte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Impdo.: Juízo Federal da 1ª Vara-RS. Advs.: Drs. Marcus de Borba Kafruni e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do pedido e cassou a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 4-2-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves e Dias Trindade votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, na ausência justificada do Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.109 — DF
(Registro nº 9.514.759)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrantes: *Antônio Lopes Prudêncio e outro*

Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

Advogado: *Dr. Cornélio Soares da Silva*

EMENTA: Administrativo. Militar. Anistia (Emenda Constitucional nº 26/85). Promoções na reserva remunerada.

Sargentos já beneficiados com promoções, na reserva, até a graduação de Subtenente, que agora pretendem ingressar no Quadro Auxiliar de Oficiais, atingindo automaticamente o maior posto.

Efeitos e extensão da expressão «posto ou cargo a que teriam direito se estivessem em serviço ativo», constante da Emenda Constitucional.

Aqueles que antes não possuíam direito líquido e certo ao ingressar no QAO continuam nessa mesma situação, pois, pela redação da norma constitucional, não se lhes conferiu mais direito do que antes possuíam.

Segurança indeferida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Antonio Lopes Prudêncio e Osvaldo Silva, ambos atingidos, quando Sargentos do Exército, por atos revolucionários, com transferência para a reserva remunerada, pleiteiam, na via do mandado de segurança, com apoio na anistia concedida pela Emenda nº 26, de 27-11-85, lhes seja assegurado o direito de promoção até o posto de Capitão, com pagamento de atrasados.

Nas informações, a ilustre autoridade apontada como coatora suscita, preliminarmente, a inidoneidade da via eleita. No mérito, após esclarecer que os impetrantes já

obtiveram os benefícios da anistia, com a promoção na inatividade à graduação de subtenente, o primeiro, a contar de 1-12-84, o segundo, a partir de 1º de dezembro de 1982, impugna a pretensão, nestes termos:

«(...) A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de Novembro de 1985, de que se socorrem os Impetrantes, e com base na qual já foram promovidos na inatividade, à graduação de Subtenente, prescreve:

«Art. 4º

§ 3º. Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, *obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes*». (Grifou-se)

É manifesto, pois, que o preceito constitucional de que se cuida não ampara a pretensão dos Requerentes, porquanto, como evidencia a sua própria redação, as promoções a que se refere seriam concedidas no posto ou graduação a que teriam direito se estivessem na ativa, o que implica dizer que estariam sujeitos às mesmas exigências de acesso impostas pela legislação específica.

O Decreto nº 90.116, de 29 de Agosto de 1984, que regulamenta o ingresso e a promoção no Quadro Auxiliar de Oficiais, a que estariam sujeitos os Impetrantes, se estivessem na ativa, alterado pelo de nº 92.962, de 21 de Julho de 1986, prescreve:

«Art. 2º *As promoções para o ingresso no QAO são efetuadas pelo critério de merecimento e para os postos de Primeiro-Tenente e de Capitão pelo critério de antigüidade.*

.....
Art. 4º *O recrutamento para ingresso no QAO será feito entre os Subtenentes da Ativa das diferentes qualificações militares, que satisfaçam os seguintes requisitos essenciais:*

- a) possuir conceito profissional e moral, apreciados na forma deste Regulamento;
- b) ter mérito suficiente mediante apuração da Comissão de Promoções do QAO (CP-QAO);
- c) possuir certificado de conclusão do ensino de 2º Grau, expedido por escola oficialmente reconhecida;
- d) ter concluído com aproveitamento o Curso de Habilitação do QAO;
- d) *ter, no máximo, 53 (cinquenta e três) anos, 11 (onze) meses e 29 (vinte e nove) dias de idade, na data da promoção.*

.....
Art. 9º *Os interstícios, tempo mínimo de permanência em cada posto ou graduação, para fins de inclusão em Quadro de Acesso, são os seguintes:*

- a) Subtenente — 3 (três) anos;

.....
Art. 10. *Para ingresso no Quadro de Acesso é necessário que o oficial do QAO e o Subtenente satisfaçam aos seguintes requisitos:*

- I — *Condições de acesso:*
 - a) *Interstício;*

b) ter aptidão física, comprovada periodicamente, através da verificação dos estados de saúde e físico, de acordo com instruções baixadas pelo Ministro do Exército.

II — conceito profissional;

III — conceito moral.» (Grifos do signatário).

Os Impetrantes, como dito anteriormente, foram promovidos à graduação de Subtenente em *01 de Dezembro de 1984* e *01 de Dezembro de 1982*, respectivamente. Logo, se estivessem na ativa só poderiam ser incluídos no Quadro de Acesso do QAO após cumprido o tempo mínimo de permanência na graduação (3 anos), arts. 9º e 10 do citado Decreto nº 90.116/84, o que não ocorreu, isso se não apanhados pela idade-limite para ingresso no QAO ou para a permanência em atividade, como foi o caso de Osvaldo da Silva que atingiu a idade-limite de permanência na ativa em *13 de Agosto de 1985*, prazo esse que não pode deixar de ser observado face ao que preceitua o § 3º do art. 4º da citada Emenda Constitucional nº 26/85.

Não fossem suficientes esses argumentos para demonstrar a inexistência de qualquer direito e muito menos líquido e certo a ser protegido pela via eleita, a pretensão seria de qualquer forma prejudicada, visto que a promoção a 2º Tenente do Quadro Auxiliar de Oficiais é efetuada pelo critério de merecimento e como tal insuscetível de apreciação, dado o caráter subjetivo de que se reveste.» (Fls. 86/89.).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Arthur de Castilho Neto, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, digno Subprocurador-Geral da República, opina, em conclusão:

a) é de ser declarado extinto o processo, por falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido, já que os Impetrantes jamais requereram a promoção ao posto de Capitão à autoridade coatora (art. 153, § 21, da CF, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 267, VI, do CPC);

b) é incompetente o Egrégio Tribunal Federal de Recursos para apreciar o presente Mandado, já que o ato impugnado é do Sr. Diretor-Geral do Departamento do Pessoal, impondo-se a remessa do processo ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, local onde atua essa autoridade (art. 122, I, c/c art. 125, VIII da CF);

c) no mérito, não tendo os Autores comprovado o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do que pretendem, inexistente direito líquido e certo a proteger nem ilegalidade a coibir (art. 153 § 21 CF e art. 1º da Lei 1.533/51), impondo-se que a segurança seja negada.» (Fls. 95/96.)

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Militar. Anistia (Emenda Constitucional 26/85). Promoções na reserva remunerada.

Sargentos já beneficiados com promoções, na reserva, até a graduação de Subtenente, que agora pretendem ingressar no Quadro Auxiliar de Oficiais, atingindo automaticamente o maior posto.

Efeitos e extensão da expressão «posto ou cargo a que teriam direito se estivessem em serviço ativo», constante da Emenda Constitucional.

Aqueles que antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no QAO, continuam nessa mesma situação, pois, pela redação da norma constitucional, não se lhes conferiu mais direito do que antes possuíam.

Segurança indeferida.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A matéria posta em discussão diz com a existência, ou não, de direito líquido e certo dos impetrantes às promoções pretendidas, como simples decorrência da anistia. Trata-se de *quaestio iuris*, que pode ser deslindada na via do *mandamus*, já que a *quaestio facti* não se apresenta controvertida, a depender de outras provas além das oferecidas nestes autos.

Por outro lado, houve requerimento administrativo dos impetrantes, pleiteando, no plural, «as promoções» a que faziam jus (fls. 11/12), só atendido parcialmente, como consta das informações. Isso significa negativa de atendimento em relação ao que ora se pede, o que viabiliza o exame da pretensão.

Por fim, sendo atribuição do Ministro do Exército a promoção na inatividade, por força de delegação de competência, conferida pelo Decreto nº 92.429, de 26-2-86, tanto que vem ele efetuando ditas promoções, como se vê pelas Portarias 590 e 591, publicadas no *DO* de 12-6-86 (fl. 18), a competência para o processo e julgamento deste pedido é desta Corte.

Rejeito, pois, as preliminares.

No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam, ambos, na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitucional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Dai por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previstos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em exame. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 90.116, de 29-8-84, alterado pelo de nº 92.962, de 21-7-86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Decreto nº 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, Osvaldo Silva, atingiu a idade-limite em 13-8-85 (fl. 90). E, com relação a ambos, «se estivessem em serviço ativo» (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais.

Como a anistia concede-lhes somente «as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo» (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de consequência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição, quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.

Ante o exposto, denego a segurança.

É o voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: 1. Antonio Lopes Prudêncio e Osvaldo Silva ocupavam o Posto de Terceiro Sargento do Exército, quando,

em novembro de 1980, foram transferidos para a Reserva Remunerada, em razão de punições que lhes foram aplicadas.

Beneficiados pela anistia foram considerados promovidos, na inatividade, à graduação de 2º Tenente, situação com a qual não se conformaram, requerendo que, em atenção ao disposto no art. 4º, parágrafo 3º, da Emenda Constitucional nº 26/85, lhes fossem concedidas promoções, sucessivamente, até o posto de Capitão e, indeferido tal pedido pelo Sr. Ministro do Exército, requereram mandado de segurança afirmando ilegal o ato da autoridade.

Prestadas informações sustentando desassistir direito aos impetrantes às promoções pretendidas, o Sr. Ministro Assis Toledo trouxe a matéria a julgamento e proferiu voto no qual, após rejeitar preliminares de não cabimento da medida no caso concreto por que controvertidos os fatos e de que não seria desta Corte a competência para julgar o pedido, o indeferiu pelas razões que passo a ler:

«No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam, ambos, na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitucional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Dai por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previstos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em exame. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 90.116, de 29-8-84, alterado pelo de nº 92.962, de 21-7-86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Decreto nº 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, Osvaldo Silva, atingiu a idade-limite em 13-8-85 (fls. 90). E, com relação a ambos, «se estivessem em serviço ativo» (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais. Como a anistia concede-lhes somente «as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo» (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de consequência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição, quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.

Ante o exposto, denego a segurança.»

Pedi vista e trago agora o meu voto.

2. Em caso anterior tive oportunidade de inclinar-me no sentido da interpretação da Emenda Constitucional nº 26 pela forma defendida pelos impetrantes.

Um exame mais detido da questão, contudo, convenceu-me do acerto da orientação adotada no voto que acabo de ler.

A disposição cuja aplicação se discute nos autos, o par. 3º do art. 4º, da Emenda Constitucional nº 26/85, tem o seguinte teor:

«Art. 4º

§ 3º. Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que «teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.»

Como se vê, não se previu aí a promoção dos beneficiados pela anistia ao posto ou graduação que poderiam atingir se estivessem em atividade, e sim àquele a que teriam direito se não houvessem sido transferidos para a reserva.

Não é possível, assim, entender-se abrangida na regra promoção para cuja obtenção era necessária a conclusão, com aproveitamento, do Curso de habilitação do QAO, o atendimento do tempo mínimo de permanência em cada graduação, e que não houvessem atingido a idade limite, como ocorreu com o segundo impetrante.

Considerando tais circunstâncias, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, em caso anterior, versando sobre a mesma questão, isto é, o Mandado de Segurança nº 115.783-DF, fiquei vencido. Melhor meditando sobre o assunto, cheguei à conclusão de que a melhor foi a solução dada pela corrente vencedora.

Com essa breve observação, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 115.109 — DF — (Reg. nº 9.514.759) — Rel.: Min. Assis Toledo — Imp-tes.: Antônio Lopes Prudêncio e outro — Impdo.: Ministro de Estado do Exército — Adv.: Dr. Cornélio Soares da Silva.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, denegou o mandado de segurança. (Em 3-9-87 — Plenário).

Os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Jose Dantas, Washington Bolívar, Torreão Braz, William Patterson, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Costa Leite, Ilmar Galvão e Dias Trindade votaram de acordo com o Relator.

Não participaram do julgamento os Srs, Mins. Lauro Leitão, Carlos Velloso, Otto Rocha, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.332 — DF
(Registro nº 9.521.674)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Impetrante: *Alyria Pereira Pinto*

Impetrado: *O Sr. Ministro de Estado das Comunicações*

Advogado: *Dr. Célio Silva Costa*

EMENTA: Mandado de Segurança. Portaria nº 209/86 do Senhor Ministro de Estado das Comunicações. Ausência dos litisconsortes passivos necessários. Despacho não atendido no prazo assinado à impetrante.

Ausentes os litisconsortes passivos necessários, impossível é o prosseguimento da ação por falta de pressupostos básicos.

Extinto o processo em decisão preliminar.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por unanimidade, declarar extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Ministro das Comunicações, consubstanciado na Portaria nº 209, de 6-8-86, que proibiu as transferências do direito de uso de telefones em todo País. Alega o impetrante «que é usuário da TELERJ — Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A., e da CETEL — Cia. Estadual de Telefones, do Rio de Janeiro, e ficou impedido de transferir seus telefones, segundo está a pretender, no presente instante» (fl. 2.)

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls., negando qualquer direito à pretensão inicial.

Ouvida, a douta Subprocuradoria da República, através do Parecer de fls. 136/50, opinou pela denegação do writ, se conhecido.

Atendendo ao fato de que a inicial foi requerida contra ato do Sr. Ministro das Comunicações, aludindo expressamente à TELERJ e à CETEL, foi por mim determinada a notificação dessas, litisconsortes, por despacho de fl. 151. Conferido à postulante o prazo de 05 (cinco) dias para o seu requerimento, deixou ela de cumprir essa determinação, conforme se observa da certidão de fl. 152, embora o promovesse fora daquele que lhe fora assinado.

É o relatório.

EMENTA: Mandado de Segurança. Portaria nº 209/86 do Senhor Ministro de Estado das Comunicações. Ausência dos litisconsortes passivos necessários. Despacho não atendido no prazo assinado à impetrante.

Ausentes os litisconsortes passivos necessários, impossível é o prosseguimento da ação por falta de pressupostos básicos.

Extinto o processo em decisão preliminar.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Como se demonstra no Relatório, a impetrante não promoveu a notificação dos litisconsortes passivos necessários, na forma e prazo que lhe foram assinados.

Em decorrência disso, entendo, preliminarmente, que a impetrante decaiu do direito de ação, por força do que dispõe o art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, pela reconhecida... «ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo».

Desta forma, extingo o processo sem julgamento do mérito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 115.332 — DF — (Reg. nº 9.521.674) — Rel.: Min. José Cândido. Impte.: Alyria Pereira Pinto. Impdo.: Ministro de Estado das Comunicações. Adv.: Dr. Célio Silva Costa.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, declarou extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 13-8-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, Assis Toledo, Armando Rollemberg, José Dantas, Lauro Leitão, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Américo Luz e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Vice-Presidente, na ausência justificada do Sr. Ministro GUEIROS LEITE, Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.738 — DF
(Registro nº 9.531.025)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Impetrante: *Teofanis Afonso*

Impetrado: *Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal*

Advogados: *Drs. João Valim e outros.*

EMENTA: *Academia Nacional de Polícia. Matrícula.*

Encontra amparo no artigo 9º, V, da Lei nº 4.878/65, o ato da autoridade que nega matrícula a candidato, punido administrativamente pela prática de ato que configura crime contra a Administração Pública, ainda que não tenha havido decisão do processo criminal instaurado pelo mesmo fato.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 10 de dezembro de 1987 (data do julgamento).

Custas, como de lei.

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Teofanis Afonso impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal que homologou portaria do Diretor da Academia Nacional de Polícia pela qual foi excluído do concurso público para o cargo de Delegado da Polícia Federal. Alega que foi aprovado nos testes necessários, faltando-lhe fazer o curso naquela Academia. O ato impugnado fundar-se-ia em que o impetrante não preenchia o requisito do item V do artigo 9º da Lei 4.878/65 ou seja, ter «procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável». Isto porque respondia a processo criminal perante a Justiça Federal, por infração do artigo 312 § 1º do Código Penal. É que, segundo Portaria Normativa de 20 de outubro de 1982, procedimento com tais qualificações restaria afetado para quem respondesse a ação penal.

Prosegue a inicial, afirmando que a norma constante da citada portaria contrariava o disposto no artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem que consagra a presunção de inocência daqueles que apenas respondem a processo criminal. Assevera que se trata de princípio assegurado na Constituição. Ademais, pelos mesmo fatos fora punido com suspensão de noventa dias, penalidade já cumprida. Só a sentença condenatória poderia permitir juízo de reprovabilidade da conduta do impetrante.

Afirma que, não obstante a existência do processo criminal, já fizera outros cursos na Academia Nacional de Polícia, o que mostra não ter sido considerado desabonador o fato de responder a processo. Acresce que o procedimento da Administração teria sido discriminatório, uma vez que outro candidato, também réu em processo penal, obtivera matrícula.

Pediu segurança para que fosse determinada sua matrícula.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, salientando que a lei estabelece como requisito para matrícula ter o candidato procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, avaliados segundo normas baixadas pela Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal. E tais normas incluíram entre os fatos que afetam aquele procedimento estar o interessado respondendo a ação penal. Assevera que não foi ferido o princípio da isonomia eis que é normal ouvir-se o Conselho de Ensino da Academia Nacional de Polícia e este decidiu por unanimidade pela exclusão do impetrante que respondia «a ação penal por crime infamante, já apurado administrativamente, em razão do que foi apenado com 90 (noventa) dias de suspensão».

Por fim, a circunstância de já ter realizado outro curso na Academia nada significaria. Fizera apenas o Curso Especial de Polícia e, sendo ele Agente de Polícia Federal, a única exigência para isso é que fosse obedecida a ordem de antiguidade.

O parecer do Ministério Público invoca julgado do Supremo Tribunal Federal em que se deu pela constitucionalidade de dispositivo legal que fazia inelegíveis aqueles que respondessem a processo por determinados crimes. E conclui transcrevendo trecho de voto do Ministro Thompson Flores:

«Igualmente é de considerar-se o tema alusivo aos cargos públicos.

Segundo o art. 97 da Constituição, repetindo igual preceito das anteriores, são eles acessíveis a todos os brasileiros que preenham os requisitos estabelecidos em lei.

Não só na legislação federal, mas em inúmeras outras estaduais e municipais, a posse fica sujeita à prova do «bom procedimento», da «boa conduta» ou de sua «idoneidade moral».

São conceitos amplos, os quais ficam ao critério da Administração apreciá-los, discricionariamente.

Dele se valendo vezes muitas, afasta-se o candidato. Nem por isso se tem reconhecido ser inconstitucional esse proceder. E isto porque não se está firmando juízo inculpatório do interessado, mas adotando-se providência cautelar, preventiva, da boa seleção de valores. Numerosas decisões desta Corte têm considerado a matéria, seja ao dar exegese à Súmula n.º 16 (RE n.º 73.276, Primeira Turma, Relator Ministro Djaci Falcão, *in* TTJ, 61/276) seja, antes ou após seu advento, mas sem apreciá-la (RMS n.º 2.267, Pleno — Relator Ministro Mário Guimarães — RDA, 60, 120/2; RMS n.º 16.374, Terceira Turma, Relator Ministro Hermes Lima, RTJ, 42/64 — 66; RMS n.º 19.105, Primeira Turma, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, *idem*, 48/27 — 28).

É possível que um rigor maior na seleção tenha importado no sacrifício de algum direito.

Mas um bem maior, a Administração, a qual merece preservada, o justifica.»

É o relatório.

EMENTA: Academia Nacional de Polícia — Matrícula.

Encontra amparo no artigo 9º, V, da Lei 4.878/65 o ato da autoridade que nega matrícula a candidato, punido administrativamente pela prática de ato que configura crime contra a Administração Pública, ainda que não tenha ainda havido decisão do processo criminal instaurado pelo mesmo fato.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O parecer do Ministério Público visualiza aspecto do problema que é realmente delicado e suscita interessantes debates. Prende-se a saber se do simples fato de alguém responder a processo criminal será lícito restringir-lhe direitos, notadamente o de acesso a cargo público.

Como salientou aquele parecer, a matéria foi exaustivamente examinada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297, cujo acórdão encontra-se publicado na RTJ 79, pág. 671 e seguintes. Questionava-se quanto à constitucionalidade do disposto no artigo 1º letra *n* da Lei Complementar nº 5/70 que, em sua primitiva redação, estabelecia que inelegíveis os que respondessem a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, por crimes que especifica. O Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de um voto, acolhera a arguição de inconstitucionalidade, entendendo que o preceito questionado, afastando da disputa eleitoral quem simplesmente respondesse a processo criminal feria o princípio da presunção de inocência, consagrado pelo artigo 11 da «Declaração Universal dos Direitos do Homem», para cuja aprovação o Brasil concorreu, princípio este insito, ainda que não expresso, em nosso sistema constitucional de garantias. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, por sete votos a quatro, rejeitou a alegação e considerou constitucional o dispositivo.

Pessoalmente, não obstante todo o respeito devido à jurisprudência da Corte Suprema, aderiria ao entendimento da corrente minoritária. A instauração de processo criminal não pode significar deva sujeitar-se o acusado a outras restrições que as indispensáveis a garantir o próprio processo ou, eventualmente, a ordem pública. Parece-me incompatível com o quadro de garantias estabelecido pela Constituição, notadamente a de defesa, que alguém possa ser privado de seus direitos apenas por ter sido acusado mas não condenado pela prática de um delito. A chamada presunção de inocência é evidente, não deve ser encarada de modo absoluto, o que conduziria a contra-senso. Adequadamente interpretada, outra coisa não significa, a meu ver, que deve o acusado ser tratado como inocente, no que diz com seus direitos de cidadão, além de, especialmente, ser respeitado enquanto sujeito e não objeto do processo.

Estivesse a questão em pauta, adstrita exclusivamente ao tema apontado, deferiria a segurança. Nada mais houvesse a ser assacado contra o impetrante que o fato de ser acusado, em processo-crime, ainda que por peculato, parece-me que não lhe poderia ser vedado o acesso ao curso na Academia Nacional de Polícia, condição para que possa ser nomeado Delegado da Polícia Federal. Ocorre que há outra circunstância.

Revelam os autos, e a própria inicial deixa-o consignado, que o mesmo fato foi apurado administrativamente, sendo o impetrado punido com noventa dias de suspensão. Não há notícia de que haja pleiteado judicialmente a anulação da pena ou mesmo requerido revisão do processo administrativo. Aparentemente, a sanção administrativa foi suave, tendo em vista que se tratava de crime contra a administração pública. Esta circunstância não foi esclarecida e resta o fato, afirmado tanto na inicial como nas informações. O impetrante sofreu punição administrativa em virtude da prática do crime de peculato. Não se trata, pois, de alguém que simplesmente seja acusado em processo criminal mas de servidor cuja responsabilidade, por falta gravíssima, foi administrativamente apurada.

Exige a Lei 6.974/81, para matrícula na Academia Nacional de Polícia, tenha o candidato «procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável». Entendo que, nas circunstâncias, não se pode reputar abusivo o ato da autoridade que considerou não preencher o impetrante o requisito em exame.

O fato de já ter sido matriculado em outro curso parece-me irrelevante. Tratava-se de simples curso de aperfeiçoamento, ao contrário do que aqui se cogita em que está em jogo o acesso ao cargo de Delegado da Polícia Federal.

Também não se demonstrou tratamento discriminatório. As instruções dizem que o fato de responder a ação penal afeta a inatacabilidade da conduta. Ora, além de nenhum esclarecimento existir quanto ao processo a que responderia o outro candidato — de que, aliás, nenhuma prova se fez — o impetrante teve reconhecida administrativamente sua responsabilidade, por falta particularmente grave. Não há, pois, como afirmar que as situações sejam idênticas.

Considero, em conclusão, que foi usada dentro dos limites legais a discricão, que não se pode considerar tenha tangerenciado o árbitro.

Denego a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 115.738 — DF — (Reg. nº 9.531.025) — Rel.: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Impte.: Teofanis Afonso. Impdo.: Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal. Advs.: Drs. João Valim e outros.

Decisão: O Plenário do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, denegou a segurança. (10-12-1987 — Plenário).

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, José Delgado, Edson Vidigal, Armando Rollemberg, José Dantas, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Carlos Thibau e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral e Nilson Naves. 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.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 116.259 — RJ
(Registro nº 7.743.262)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade.*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *Sérgio Cavallari e outros*
Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara — RJ*
Advogado: *Dr. José Carlos de Ataíde*

EMENTA: Administrativo. Militares. Anistia. Direito às vantagens do posto a que são promovidos os anistiados.

Os militares anistiados, com direito às promoções que atingiriam se continuassem na ativa, têm asseguradas as vantagens decorrentes das condições fictamente cumpridas para obtê-las.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro LAURO LEITÃO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A União Federal apela de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, concessiva de segurança impetrada por Sérgio Cavallari e outros, contra ato do Brigadeiro Subdiretor de Encargos Especiais — Ministério da Aeronáutica, visando a retificação de seus Títulos de Remuneração na Inatividade, no que tange à indenização de habilitação militar e a indenização de compensação orgânica, em face da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos a este Tribunal, onde a Subprocuradoria-geral da República opina pelo parcial provimento da apelação.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Rejeito a preliminar de ilegitimidade para interpor apelação, formulada nas razões de apelados, por isso que, embora com os fundamentos apresentados pela autoridade impetrada, a União, como parte na ação tem legitimidade para fazê-lo.

E não há óbice em conhecer da apelação, tendo presente que o Ministério Público se posicionara pelo deferimento da segurança, por isso que, a manifestação dessa instituição não elide o interesse da União.

Conheço, pois, da apelação.

Oficiais anistiados da Aeronáutica, que foram promovidos ao Posto de Coronel Aviador, por força da aplicação do art. 4º da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, querem que os seus títulos de inativos consignem gratificações em face do referido posto e não daqueles em que foram anistiados anteriormente à referida EC.

Tenho que a respeitável sentença decidiu com acerto a questão no que diz respeito à exegese da regra da anistia, posto que, evidentemente, a lei constitucional assegurou aos impetrantes os direitos que teriam se estivessem na ativa, de modo que, ao promovê-los, a autoridade administrativa, lhes reconheceu as condições para atingirem ao posto respectivo o que importa em ter por, fictamente, atendidas todas as condições exigidas para a ele chegarem.

Não vejo obstáculo a que se tenha, para os efeitos de atribuição de Indenizações de Habilitação Militar e de Compensação Orgânica, como cumpridos os requisitos básicos se os mesmos foram considerados como atendidos para a própria promoção.

Por igual, não atino porque se deva atribuir aos impetrantes a Indenização de Compensação Orgânica apenas em relação ao posto de Tenente Coronel, na suposição de que no mesmo teriam eles realizado o último plano de provas ou exercícios, porquanto, no campo da ficção legal, não há como ter por não realizados no posto para o qual foram promovidos, que poderia ter sido atingido anteriormente à data da EC 26/85, caso estivessem eles na ativa.

Não estão os impetrantes pedindo prestações vencidas, senão retificação dos seus títulos de inatividade, daí porque o deferimento da segurança, nos termos em que feito não vai de encontro ao enunciado da Súmula 271, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a eles restando o pleito na esfera da administração quanto aos efeitos patrimoniais.

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

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 116.259 — RJ — (Reg. nº 7.743.262) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Apte.: União Federal. Apdos.: Sérgio Cavallari e outros. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ. Adv.: Dr. José Carlos de Ataíde.

Decisão: A Turma, à unanimidade, rejeitou a preliminar de ilegitimidade de parte e, no mérito, negou provimento à apelação e à remessa. (Em 22-9-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Costa Leite, votaram de acordo com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 116.691 — DF
(Registro nº 9.570.764)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Impetrante: *Sociedade Rádio Difusora Ibiá Ltda.*

Impetrado: *O Sr. Ministro de Estado das Comunicações*

Advogado: *Dr. Marcos Machado Pimenta*

EMENTA: Serviço de radiodifusão. Descumprimento reiterado, pela concessionária, de exigências legais. Legitimidade do ato que declarou perempta a concessão do aludido serviço.

Aplicação da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), art. 67, parágrafo único; Lei nº 5.785/72, art. 2º; Decreto nº 88.066/83, art. 7º, II.

Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado via do remédio heróico.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de setembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Rádio Difusora Ibiá Ltda., contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado das Comunicações, consubstanciado na Portaria nº 019, de 23 de janeiro do corrente ano, que declarou perempta a permissão que lhe havia sido outorgada para execução de serviço de radiodifusão sonora em onda média, de âmbito local, na cidade de Ibiá, Estado de Minas Gerais.

Em síntese, alega que o ato impugnado, por não lhe assegurar o direito de defesa, é ilegal, pois afronta os artigos 66, do Código Brasileiro de Telecomunicações, e 153, § 15, da Constituição Federal.

À fl. 22 deferi a medida liminar e determinei que se solicitassem as informações, as quais foram prestadas às fls. 25/37, acompanhadas da documentação de fls. 38/82.

Com vista, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República exarou o parecer de fls. 84/89, cuja conclusão é pelo indeferimento do writ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Em suas informações a ilustre autoridade apontada como coatora, após historiar a situação da impetrante desde abril de 1956, época em que se tornou titular de permissão para operar o serviço de radiodifusão sonora em onda média, de âmbito local, na cidade de Ibiá — MG, aponta a prática de infrações à legislação específica, em vitórias levadas a efeito pela fiscalização do DENTEL nas instalações de estação de propriedade dela. Assim é que, apuradas várias irregularidades de ordem técnica, foi-lhe aplicada a pena de advertência, em lugar da suspensão dantes cominada. Sofreu, ainda, a impetrante, pena de multa em março de 1981 e assim por diante, na seguinte ordem temporal (fls. 29/31).

«Considerando que as irregularidades técnicas verificadas na estação criavam «situação de perigo de vida», a Fiscalização do DENTEL foi instada a interromper o funcionamento da estação.

Dessa forma, foi instaurado o citado Processo MC nº 50.536/81 visando à apuração daquelas infrações, sendo a Impetrante notificada através do Ofício nº 1612-SFIS, de 27 de julho de 1981, do Diretor Regional do DENTEL em Belo Horizonte (Doc. 05), a apresentar suas razões de defesa, no prazo legal de 5 (cinco) dias.

Tal notificação não obteve resposta, razão pela qual aquela Diretoria reiterou-a através do Ofício nº 2383/81-SFIS, de 15 de outubro do mesmo ano (Doc. 06), concedendo à Impetrante, como uma «segunda oportunidade», o dilatado prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação das referidas razões de defesa.

Cumpr salientar que a Impetrante foi ainda informada de que, no caso do não cumprimento da notificação, estaria sujeita à aplicação da pena de cassação de sua outorga.

Somente após decorridos mais de quatro meses, a Impetrante comprometeu-se, conforme documento datado de 2 de dezembro de 1981 (Doc. 07), a regularizar-se tecnicamente, até a data «máxima de 31 do mesmo mês».

Entretanto, decorrido aquele prazo, a Impetrante não havia providenciado a necessária regularização de sua estação e, em consequência, não havia reiniciado a execução do serviço, razão pela qual foi novamente notificada, pelos Ofícios nºs 265/82-SFIS, de 3 de fevereiro de 1982 (Doc. 08) e 275/82-SFIS, de 4 subsequente (Doc. 09), a apresentar suas razões de defesa, no prazo legal de 5 (cinco) dias, pela prática das infrações já descritas e em decorrência do não cumprimento das determinações constantes da Portaria MC nº 281, de 30 de dezembro de 1980 (Doc. 10).

A Impetrante foi ainda lembrada de que sua inadimplência a sujeitava à aplicação da pena de cassação da outorga.

Tais notificações também não lograram atenção por parte da Impetrante, resultando sua inércia na análise dos processos pela Diretoria Regional, com a elaboração do Parecer AJ nº 066/82 (Doc. 11) e Informação AJ nº 053/82 (Doc. 12), que opinaram pela aplicação da pena correspondente.

Os autos foram reexaminados pela Divisão de Fiscalização do DENTEL através do Parecer nº 202/82/SEAJ/FIS (Doc. 13) e Despacho do Diretor-

Geral do DENTEL de 10 de maio de 1982 (Doc. 14), que ratificou o entendimento da Diretoria Regional.»

De maio de 1982 a julho de 1985 a impetrante obteve várias prorrogações de prazo para adequar as suas instalações às exigências legais e regulamentares, sem que lhes desse o devido cumprimento.

Ainda das informações consta este sugestivo tópico (fls. 34/35):

«Todavia, a Impetrante jamais cumpriu aquela exigência, como jamais cumpriu as inúmeras exigências de ordem técnica que possibilitariam o reinício da execução do serviço do qual era permissionária.

Todos os fatos relatados foram minuciosamente examinados pela Divisão de Radiodifusão do DENTEL, conforme Parecer RAD nº 70/85 (Doc. 23), que concluiu pela declaração de perempção da outorga deferida à Impetrante, ratificado pela Consultoria Jurídica deste Ministério em Parecer nº 002/87-CJ-MC-TLTC (Doc. 24), cujo entendimento julgo de bom alvitre transcrever:

«Além de todos os fatos acima enumerados cumpre salientar que a permissionária não possui recursos financeiros que possibilitem nova instalação de sua estação dentro dos parâmetros técnicos exigidos pela legislação específica de radiodifusão, configurando-se, portanto, a superveniência de incapacidade financeira ou econômica a que se refere a alínea *d* do artigo 64 do Código Brasileiro de Telecomunicações, com a redação dada pelo artigo 3º do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967.»

«Apenas a paralisação da execução do serviço por mais de 30 dias consecutivos e a flagrante incapacidade econômica ou financeira da entidade já seriam motivos suficientes, caso o prazo da outorga que lhe foi deferida não se encontrasse em fase de revisão, para que lhe fosse aplicada a pena de cassação da permissão, nos termos previstos no aludido artigo 64 do CBT.

Considerando que o direito à renovação, de acordo com o artigo 2º da aludida Lei nº 5.785/72, além de estar subordinado ao interesse nacional, depende de comprovação pela permissionária, do cumprimento das exigências legais e regulamentares às quais se acha sujeita, decidi, usando das atribuições que me são conferidas em lei, pela declaração de perempção da outorga, formalizando-a através da Portaria MC nº 019, de 23 de janeiro do corrente ano (DOU de 26-1-87).»

Todos os fatos descritos na peça informativa estão devidamente documentados nos autos (fl. 38 *usque* 82).

Conforme ressalta o douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, o ato atacado na impetração tem base legal nas seguintes disposições (fls. 86/88 — lê).

E diz ainda o mencionado parecer (fl. 88):

«Quanto ao preceito constitucional que assegura a ampla defesa, é pacífica a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o § 15 do art. 153 da Carta Magna somente incide no campo do direito penal (RE 94.883 — RTJ 101/408). Em se tratando de matéria administrativa são as leis ordinárias que disporão a respeito (RE 74.781 — RTJ 105/1.019).

De regra, os atos administrativos são praticados independentemente da prévia audiência do particular, em cuja esfera de direito irá irradiar seus efeitos.

A prévia audiência dos interessados só excepcionalmente é exigida nos casos expressamente previstos na lei, como, por exemplo, para declaração de caducidade de autorização de pesquisa (art. 68 do Código de Mineração), para

revisão do registro de marca de indústria e comércio (art. 101 do CPI), ou, no campo da radiodifusão, para a aplicação de *penalidade* (art. 66 do Código).

Conforme observa O. A. Bandeira de Mello, o princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, indispensável na vida da Administração Pública, «impõe aos particulares, como preliminar, o dever de obedecer e só lhes permite, posteriormente, *recorrer*» (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, vol. I, pág. 547).

O Código Brasileiro de Telecomunicações não prevê a necessidade de audiência do interessado para a declaração de *perempção*. Assegura, no entanto, ao prejudicado o direito de postular, perante o Judiciário, a reparação do seu direito, quando a declaração se apresentar «viciada por ilegalidade, abuso de poder ou pela desconformidade com os fins ou motivos alegados» (art. 69).»

Com estas considerações, à falta do irrogado direito líquido e certo, denego o mandado de segurança.

Casso, em consequência, a medida liminar.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 116.691 — DF — (Reg. nº 9.570.764) — Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Impetrante: Sociedade Rádio Difusora Ibiá Ltda. Impetrado: Sr. Ministro de Estado das Comunicações. Advogado: Dr. Marcos Machado Pimenta.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, denegou o mandado de segurança. (Em 3-9-87 — Plenário).

Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Armando Rollemberg, José Dantas, Lauro Leitão, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza e Pedro Acioli votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Costa Lima, Carlos Thibau e Eduardo Ribeiro. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 119.470 — SP
(Registro nº 9.678.646)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Impetrante: *Inbratex Importação e Exportação S/A*

Impetrado: *Juizo Federal da 17ª Vara — SP*

Litisconsorte Passiva Necessária: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Carlos Américo Domeneghetti Badia e outros*

EMENTA: Processual civil. Medida cautelar. Duração da sua eficácia. Aparente antinomia entre os arts. 520, IV, e 807, do CPC.

A medida cautelar, inclusive a concedida in limine, conserva a sua eficácia na pendência do processo principal ex vi do art. 807 do CPC. A não-suspensividade do efeito a que alude o art. 520, IV, não tem por escopo a revogação da providência, mas possibilitar ao réu vencedor, com a execução provisória, a imediata liquidação de eventuais prejuízos.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Inbratex Importação e Exportação S.A., qualificada na inicial, requereu mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, fundando o pedido nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Perante a Vara em referência, propôs contra a Caixa Econômica Federal medida cautelar preparatória para depositar, em conta vinculada, as parcelas da contribuição ao Fundo de Participação do Programa de Integração Social (PIS), calculadas com base no Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), dentro de sua modalidade de

recolhimento denominada PIS — Faturamento, na forma da Lei Complementar nº 7/70.

A propositura da ação cautelar decorreu do entendimento dela, impetrante, de ser indevida tal incidência do PIS sobre o ICM, entendimento esse que está sendo objeto de discussão em ação própria, distribuída por dependência.

Deferida a providência — que teve em mira prevenir a incidência de juros moratórios e correção monetária sobre as diferenças do PIS — foram iniciados os sucessivos depósitos, vencíveis a partir de 20-8-86, que se estenderam até 20-4-87, quando foi surpreendida pela sentença da ilustre autoridade coatora decretando a extinção do processo, por entender parte ilegítima a Caixa Econômica Federal, e tornando ineficaz a medida.

Em vista disso, a impetrante manifestou recurso de apelação, requerendo que o MM. Juiz o recebesse no efeito também suspensivo, a fim de evitar danos e irreparáveis prejuízos. Tal pedido, no entanto, foi indeferido, não lhe restando outro caminho que não o *mandamus* como único meio de eficácia imediata contra a execução e efeitos da decisão impugnada.

A final, pediu a concessão do *writ* para prosseguir com os depósitos mensais até o julgamento da apelação interposta.

Pelo despacho de fl. 113, deferi a liminar e solicitei informações à autoridade coatora, que as prestou nestes termos (fls. 117/119):

«Insurge-se a impetrante contra o despacho que, não acolhendo pedido por si formulado, recebeu a apelação interposta pela mesma em medida cautelar preparatória de depósito apenas do efeito devolutivo, o que a impede de prosseguir efetuando os depósitos mensais dos valores questionados.

Preliminarmente, cumpre ressaltar o descabimento da presente impetração, posto que a impetrante não interpôs agravo de instrumento da decisão contra a qual se insurge, valendo-se do *writ* para atacá-la diretamente, colimando obter efeito suspensivo à apelação antes mesmo de intimada formalmente daquele ato.

Ora, a jurisprudência, inclusive a invocada pela impetrante, tem entendido que é cabível o mandado de segurança contra ato judicial, quando o recurso cabível não tem efeito suspensivo. O recurso cabível, na espécie, é o de agravo de instrumento contra a decisão que deixou de receber a apelação também no efeito suspensivo, e do mesmo até hoje a impetrante não se valeu.

No mérito, a decisão atacada diretamente pela via mandamental encontra fundamento no Código de Processo Civil, expresso no sentido de que a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar (artigo 520, IV).

Comentando referido dispositivo legal acentua Sérgio Bermudes:

«Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no artigo, não poderá o juiz emprestar suspensividade à apelação, como não poderá negá-la, fora dos casos contemplados nos cinco incisos. Se o juiz recebe o recurso em ambos os efeitos, quando só no devolutivo deveria recebê-lo, ou se dá à apelação apenas um efeito, quando ela produz os dois, prejudica, no primeiro caso, o vencedor e, no segundo, o vencido, proferindo decisão agravável». (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VII, págs. 142/143, RT 1975).

Também José Carlos Barbosa Moreira comentando o mesmo dispositivo diz:

«Recebe-se, pois, só no efeito devolutivo a apelação interposta da sentença que:

.....

d) decidir o processo cautelar — *rectius*: julgar o pedido de providência cautelar, antecedente ou incidente (artigo 796), acolhendo-o ou rejeitando-o no mérito, ou extinguindo o processo sem julgamento de *meritis* (arg. ex art. 162, § 1º)». (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, págs. 364/365, Forense).

Com a devida vênia, penso que ilegalidade existiria se a apelação houvesse sido recebida também no efeito suspensivo, quando o Código contém vedação expressa, ensejando que a parte contrária interpusesse agravo de instrumento contra tal decisão».

Citada a Caixa Econômica Federal para integrar a lide, manifestou-se às fls. 125/126.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da segurança, se conhecida (fls. 129/132).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A meu ver, labora em equívoco a ilustre autoridade coatora ao suscitar a inadmissibilidade do mandado de segurança pela não interposição de agravo de instrumento, recurso cabível no caso.

A despeito de prestigiosa corrente jurisprudencial e doutrinária, prefiro aderir aos que sustentam a irrecurribilidade do despacho que recebe a apelação com um só efeito ou vice-versa. A todo modo, a discussão não possui maior significado, pois, ao erigir a oposição de agravo à condição de admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial, teve a jurisprudência deste Colendo TFR por objetivo evitar a preclusão da matéria ou a formação da *res judicata*, bem como a transformação do remédio heróico em sucedâneo do recurso processual adequado. A apelação, que a impetrante manifestou a tempo, preenche esse requisito, mesmo porque o que sobreleva na espécie *sub examen* é a questão relativa à duração da eficácia da medida cautelar, como veremos a seguir.

No direito anterior, era tranqüilo o entendimento consoante o qual a «medida cautelar tem efeito enquanto for idônea, isto é, enquanto não for revogada ou modificada, ou cessar a eficácia por transitar a sentença do processo principal em julgado» (*Willard de Castro Villar*, «Medidas Cautelares», RT 1571, pág. 116). A modificação e a revogação ocorreriam nas hipóteses de mudança da situação de fato ou de verificação posterior da ausência dos pressupostos genéricos, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. No concernente à cessação da eficácia, distinguia-se. Quando a relação jurídica processual terminava por modo anormal (desistência, transação), a medida cessava com o trânsito em julgado da sentença. Quando terminava por modo normal, eis o que aconteceria na sábia lição de *Pontes de Miranda* («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1959, 2ª ed., Tomo VIII/432:

«Diz o Código que a medida preventiva cessa de pleno direito. Isso só se dá se a pretensão à assecuração desapareceu. Tenho crédito contra B e peço o arresto, que me é concedido, e proponho a ação e ganho; não executo a sentença porque a execução depende de condição ou termo (art. 893). O arresto continua, uma vez que ainda não poderia, aí, substituí-lo por penhora. Se a sentença ficasse destituída da eficácia de segurança, teríamos o absurdo jurídico de ser pior do que antes da sentença favorável à situação de meu crédito. Portanto, havemos de ler o § 2º do art. 687 como se estivesse escrito: «Se a sentença que resolveu a lide, *contra o autor*, transitar em julgado, cessará de pleno direito a eficácia da medida, embora não expressamente revogada». A caducidade deriva, em tais casos, de ser a sentença *negativa* da pretensão (de direito material) e, sendo a medida preventiva adotada o remédio correspondente à pretensão à segurança da pretensão (de direito material), fora absurdo

que se assegurasse o que a justiça repeliu. Se a sentença é favorável, não. A medida preventiva persiste enquanto persiste a pretensão à asseguaração da pretensão».

O problema surgiu com o advento do Código de 1973, cujo art. 520, IV, conferindo efeito só devolutivo à apelação da sentença que decidir o processo cautelar, dificultou a compreensão do assunto e criou perplexidade entre os juizes, em face do disposto nos arts. 807 e 808, III, do mesmo estatuto.

O emérito processualista *Galeno Lacerda* procurou solucionar a questão, conciliando, como recomenda a boa hermenêutica, as disposições em aparente divergência («Comentários ao Código de Processo Civil», 1ª ed., Forense, Tomo I, págs. 393 e segs.). Para tanto, distingue quatro hipóteses, entre as quais a revogação da liminar na sentença proferida neste processo e na proferida na ação principal, a cujo respeito escreve:

«A dúvida se apresenta em face do Código atual, diante da aparente contradição de dois dispositivos: o art. 520, IV, que nega efeito suspensivo à apelação contra sentença que decidir o processo cautelar, e o art. 807, que prescreve a conservação de eficácia da cautela «na pendência do processo principal».

Ora, a apelação tem como efeito essencial o de continuar essa pendência, o de, na linguagem abolida pelo Código mas viva na doutrina, prolongar a instância, sem interrompê-la, na continuidade da mesma relação processual. Inegável, portanto, que, em face e em virtude de apelação tempestiva, o processo principal ainda pende de decisão superior, e, assim, nos estritos termos do art. 807, a medida se deva conservar. O mesmo se diga para as apelações promovidas diretamente no processo cautelar.

Enquanto se mantiver o principal, sem decisão definitiva transitada em julgado, e enquanto não confirmada a revogação em segundo grau, no respectivo processo, a cautela permanece, salvo se se tratar das hipóteses do art. 808, I e II, como se verá a seguir».

Segundo o autor citado, a não-suspensividade do efeito a que alude o art. 520, IV, não tem por escopo tornar efetiva a revogação da liminar, porquanto a permanência da medida é indiscutível a teor do art. 807, mas «propiciar ao réu vencedor oportunidade para, desde logo, promover a liquidação dos prejuízos eventuais e o adiantamento dos demais atos permitidos para a execução provisória».

A exegese preconizada por *Galeno Lacerda*, como por todo processualista, creio eu, assenta certamente no princípio consoante o qual, para usar a linguagem ponteana, a providência persiste enquanto persistir a *pretensão à asseguaração da pretensão*, pois, do contrário, resultaria em logro a quem necessitasse da tutela cautelar.

Na espécie *sub judice*, é lícito o despacho impugnado ao receber o apelo no efeito apenas devolutivo, porque assim determina o referido art. 520, inciso IV, do CPC. Da mesma litude, contudo, já não desfruta a solução que a ilustre autoridade coatora emprestou, em consequência desse comando legal, à questão da duração temporal da eficácia da liminar concedida, à luz dos demais preceitos disciplinadores do tema antes mencionado.

Do quanto foi exposto, concedo o mandado de segurança para determinar a permanência da eficácia da medida cautelar enquanto pendente o processo principal, inclusive na segunda instância, confirmada a liminar.

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A petição do mandado de segurança termina pedindo para que a impetrante prossiga com os depósitos mensais até o julgamento final do recurso de apelação interposta.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Então, a rigor, ela não está se insurgindo apenas contra o despacho. O que ela quer é que se sustem os

efeitos da decisão proferida nos embargos declaratórios que cassou a possibilidade de continuar fazendo os depósitos.

Por isso, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o caso, realmente, está bem posto. O aspecto que acho fundamental consiste em saber se o Juiz se pronunciou, ou não, expressamente, sobre a eficácia da medida cautelar, porque há muita discussão acerca da matéria e muitos autores sustentam que, quando o Juiz se omite, a cautelar continua a produzir efeitos. Caso contrário, cessam os seus efeitos.

No caso, bem esclareceu o ilustre Relator que, na decisão, proferida nos embargos declaratórios, que é integrativa da sentença, o Juiz manifestou-se explicitamente pela cessação dos efeitos da cautelar.

A parte apelou. Então, surge a questão: a apelação da decisão que julga a cautelar só é recebida no efeito devolutivo (o art. 520, inciso IV, é expresso). É a apelação da decisão que cassa a cautelar? A decisão que cassa a cautelar, a meu ver, com relação a ela, a lei não é expressa quanto aos efeitos do recurso, razão por que me parece correta a decisão do eminente Ministro Relator, que examinou a questão em profundidade, preocupando-se exatamente quanto a aspecto relativo aos efeitos da cautelar.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Meu entendimento não coincide com o do eminente Relator. O art. 807 do Código de Processo Civil estabelece que as medidas cautelares podem ser, a qualquer tempo, revogadas ou modificadas pelo Juiz; uma vez revogadas, cessam imediatamente seus efeitos.

Peço vênia para negar provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, com os esclarecimentos prestados pelos nobres e eminentes colegas, acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 119.470 — SP — (Reg. nº 9.678.646) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Impte: Inbratex Importação e Exportação S.A. Impdo: Juízo Federal da 17ª Vara — SP. Litisconsorte passiva necessária: CEF. Advs.: Drs. Carlos Américo Domeneghetti Badia e outros.

Decisão: A Seção, por maioria, concedeu a segurança, vencido o Sr. Min. Eduardo Ribeiro. (Em 17-11-87 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Miguel Ferrante, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão e José de Jesus. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Sebastião Reis, Américo Luz, José Delgado e Armando Rollemberg. Na ausência justificada do Sr. Min. José Cândido, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Min. CARLOS VEL-LOSO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 120.082 — SP
(Registro nº 9.697.950)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Impetrante: *Redutores Transmotécnica Ltda.*

Impetrado: *Juízo Federal da 19ª Vara — SP*

Advogados: *Drs. Ildélio Martins e outros, Sérgio Paula Souza Caiuby*

EMENTA: Mandado de segurança. Pedido de que se conceda efeito suspensivo a agravo, interposto contra decisão que negou liminar em outro pedido de segurança. Falta de interesse de agir, uma vez que, deferida a segurança, subsistiria a decisão indeferitória da liminar. O pedido formulado não é apto a corrigir situação que se pretende antijurídica.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de novembro de 1987 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Redutores Transmotécnica Ltda. ajuizou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 19ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo. Alega que, perante aquele Juízo, postulou segurança visando o não pagamento de correção monetária sobre a importância devida a título de imposto de renda no exercício de 1987. A liminar chegou a ser concedida, embora o respectivo despacho não tenha sido assinado pela MM. Juíza, então em exercício na Vara. O MM. Juiz apontado como coator, revendo a posição de sua colega, indeferiu a liminar e contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento. Prossegue salientando que a liminar foi indeferida a fundamento de inexistir *periculum in mora*, pois, se concedida a segurança, estaria afastada a cobrança da correção monetária. Ocorre que, negando a liminar, fica o contribuinte sujeito a ser autuado pelo Fisco, expondo-se à exigência do pagamento de multa de cinquenta por cento, além de juros. Ademais, ficaria impedida de participar de concorrências públicas. Após procurar demonstrar a ilicitude da pre-

tensão fiscal e indeclinabilidade da concessão liminar, pede segurança para que se dê efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Nas informações, sustenta-se que o despacho atacado seria irrecorrível e não susceptível, igualmente, de ser impugnado via mandado de segurança. No mérito, esclarece o magistrado que negou a liminar uma vez que, ainda ocorra autuação por parte do Fisco, isto não faria ineficaz a segurança que viesse a ser concedida.

O Ministério Público opina no sentido do não conhecimento do pedido e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

EMENTA: Mandado de segurança — Pedido de que se conceda efeito suspensivo a agravo, interposto contra decisão que negou liminar em outro pedido de segurança. Falta de interesse de agir, uma vez que, deferida a segurança, subsistiria a decisão indeferitória da liminar. O pedido formulado não é apto a corrigir situação que se pretende antijurídica.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O pedido, tal como formulado, apresenta, *data venia*, falha visceral que o inviabiliza. Penitencio-me, aliás, de não a haver desde logo assinalado, ao despachar a inicial.

O pedido formulado, claramente destacado no item 9 da petição inicial, é o de que se dê efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Ora, este recurso dirige-se contra decisão que denegou a liminar. Acaso concedida a segurança em julgamento, é evidente que nenhum efeito prático decorreria para a impetrante. Subsistiria o despacho indeferitório da liminar até o julgamento do agravo.

A admissibilidade da inicial supõe seja formulado pedido adequado a corrigir situação que se pretende antijurídica. Isto não ocorrendo, inexistirá interesse de agir. É o que sucede no caso dos autos.

Em vista do exposto, extingo o processo sem julgamento do mérito.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 120.082 — SP — (Reg. nº 9.697.950) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Impte: Redutores Transmotécnica Ltda. Impdo: Juízo Federal da 19ª Vara — SP. Advs: Ildélio Martins, outros, Sérgio Paula Souza Caiuby.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Segunda Seção — 3-11-87).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Delgado, Américo Luz e Geraldo Sobral.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.339 — PR
(Registro nº 9.695.559)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*
Parte Autora: *Marlene Cruz Leite*
Parte Ré: *Justiça Pública*
Advogada: *Dra. Lúcia Mendes Almeida*

EMENTA: Crime. Reabilitação.

É de deferir-se pedido de reabilitação, uma vez preenchidos todos os requisitos exigidos pela legislação penal.

Recurso de ofício a que se negou provimento.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de outubro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Trata-se de pedido de reabilitação formulado por Marlene Cruz Leite, denunciada e julgada, em co-autoria, pela prática dos crimes previstos nos arts. 318, c.c. os arts. 25 e 317 do Código Penal.

Foi condenada a cumprir a pena de dois anos de reclusão, pagamento da multa de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) e impedida para o exercício de função pública durante o mesmo prazo da pena privativa de liberdade.

Obteve indulto em 19-3-84, quando foi declarada extinta a pena aplicada.

Sustenta ter conduta pública irrepreensível, comprovando-a com os documentos de fls. 5 e seguintes.

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao pedido à fl. 16.

Por sentença de fls. 63/64 o MM. Dr. Juiz *a quo* concedeu a reabilitação e recorreu de ofício.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria opinou pelo improvimento do recurso, em parecer emitido às fls. 69/70.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Nego provimento ao recurso de ofício, uma vez que o requerente, em seu pedido de reabilitação criminal, demonstrou, sobejantemente, que reunia todos os pressupostos legais (CP, art. 119, e CPP, arts. 743 e seguintes).

Em verdade, foi o que salientou a respeitável sentença recorrida e o Parecer de fls. 69/70, da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, ao opinar pelo «não provimento do presente recurso».

Ante o exposto, nego provimento ao recurso necessário.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RCr n.º 1.339 — PR — (Reg. n.º 9.695.559) — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Parte A.: Marlene Cruz Leite. Parte R.: Justiça Pública. Adv.ª: Dra. Lúcia Mendes Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 6-10-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Bueno de Souza votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.821 — RN
(Registro nº 3.308.952)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

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

Recorrida: *Nadir Varela Gesteira*

Advogados: *Drs. Vivaldo Otávio Pinheiro e Raimundo Nonato Fernandes*

EMENTA: Trabalhista. Servidor público. Opção pelo regime celetista. Adicional por tempo de serviço.

A gratificação adicional por tempo de serviço é de natureza estatutária e a ela não tem direito adquirido o servidor público que optou pelo regime da CLT.

Precedentes do STF e do TFR.

Recurso provido.

Sentença reformada.

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 recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de junho de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Recorre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nos termos das razões de fls. 49/52, em que pede a improcedência da ação, da v. decisão de primeiro grau às fls. 39/46, que deu pela procedência da reclamatória trabalhista que lhe foi intentada por Nadir Varela Gesteira objetivando a percepção do adicional por tempo de serviço, relativo ao período anterior à opção pelo regime celetista na forma da Lei 6.184/74.

Contra-razões à fl. 56, pela manutenção da r. sentença recorrida.

Vindo o feito a esta Instância, a douta Subprocuradoria às fls. 60/62, opina no sentido do provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, a controvérsia gira em torno de se saber se o funcionário que optou pelo regime celetista de conformidade com a Lei 6.184/74, tem ou não, direito à percepção da gratificação adicional por tempo de serviço, referente ao período anterior à opção.

A matéria é por demais conhecida nesta Colenda Corte, sobre a qual não pesa mais qualquer divergência.

O entendimento assente neste egrégio Tribunal, consubstanciado no verbete de sua súmula 90, era no sentido da concessão dos quinquênios obtidos no período anterior à opção, no entanto, face as reiteradas decisões da Suprema Corte em sentido contrário, esta Corte reviu seu posicionamento por ocasião do julgamento do RO 8.140 — RJ, decidindo-se pelo cancelamento da súmula em apreço, cuja decisão da 1ª Seção foi publicada no *DJ* de 20-2-86.

Com a nova posição adotada por este Colegiado, acompanhando o entendimento esposado pelo excelso Pretório de que tendo havido desvinculação do regime anterior — estatutário — por força da opção pelo regime celetista, inexistente direito adquirido aos quinquênios.

Assim, não tem o reclamante direito ao benefício pleiteado, razão porque dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.821 — RN — (Reg. nº 3.308.952) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Recte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Recda.: Nadir Varela Gesteira. Advs.: Drs. Vivaldo Otávio Pinheiro, Raimundo Nonato Fernandes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação. (Em 24-6-86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ORDINÁRIO Nº 7.483 — MG

(Registro nº 5.615.089)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

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

Embargado: *Rogério Pereira dos Santos*

Advogados: *Drs. Ginaldo de Vasconcelos e outros, Moisés Paulino de Barros*

EMENTA: Regimento Interno. Embargos de divergência (art. 275). Cabem das decisões das Turmas, em recurso ordinário, no caso de divergência. Conseqüentemente, não cabem de decisões das Turmas, em agravo regimental. Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Em caso de quinquênios de servidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que optara pelo regime celetista, com a reclamação trabalhista julgada procedente, em parte, o Senhor Ministro Gueiros Leite, nos termos dos arts. 33, § 1º, II, do Regimento, e 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/79, negou seguimento ao recurso ordinário da reclamada, e esta, inconformada, entrou com agravo regimental, que a 2ª Turma improveu, em acórdão assim ementado:

«Agravo regimental. Trancamento de recurso.

O relator pode negar seguimento a recurso manifestamente incabível ou que contrarie Súmula do TFR ou do STF (LC nº 35/79, art. 90, § 2º; RI/TFR, art. 33, § 1º, II).

Quinquênios (TFR, Súmula nº 90).

As decisões do STF sobre a matéria, ainda não sumuladas, não envolvem matéria constitucional.

Agravo desprovido.»

Ao acórdão que negou provimento ao agravo regimental, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos opôs embargos de divergência, invocando os arts. 266 e 275 e parágrafos, do Regimento Interno deste Tribunal. Após citar os RO 2.855 e 3.841, aduziu:

«Há de se considerar, outrossim, que a Primeira Seção do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, sensível à *proposição preliminar* levantada pelo insigne Ministro José Dantas (Relator) nos autos do RO nº 8.180 — RJ (Reg. 4138791), em que João Ribeiro de Souza Filho e outros figuram como parte contrária, houve por bem, em Sessão de 2 de outubro de 1985, cancelar, à unanimidade da Súmula TFR, o verbete nº 90, que, contrariamente ao posicionamento assumido pelo Pretório Excelso em torno da questão, assegurava ao servidor estatutário optante pelo regime celetista, na forma da Lei 6.184/74, direito à gratificação por tempo de serviço correspondente aos períodos anteriores à opção, por ali ter sido sumulada a espécie.»

Admitidos para discussão, os embargos, o embargado não apresentou impugnação.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República «pelo conhecimento e provimento dos embargos».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Tenho uma preliminar. Dispõe o nosso Regimento, art. 275, que das decisões das Turmas, em recurso ordinário, poderão, em 8 (oito) dias, ser interpostos embargos de divergência. Repito, em recurso ordinário. Mas, no caso sob exame, os embargos foram opostos contra acórdão proferido em agravo regimental. Tenho dúvida quanto ao cabimento, à luz da disposição interna deste Tribunal. Como não sei de precedente, suscito a questão.

No Supremo Tribunal Federal, os embargos de divergência são incabíveis de decisão de Turma em agravo regimental, conforme a Súmula 599. Ambos os embargos são semelhantes, os daqui e os de lá, pois os dois pressupõem divergências: «A divergência indicada deverá ser comprovada...», art. 275, § 1º, do Regimento deste Tribunal; «A divergência será comprovada...», art. 331 do Regimento do Supremo. É certo, no entanto, que o processo de lá é um pouco diferente do nosso.

Como disse, suscito a questão, votando pelo não conhecimento dos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

E. Div. RO nº 7.483 — MG — (Reg. nº 5.615.089) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Embgte.: ECT. Embgdo.: Rogério Pereira dos Santos. Advs.: Drs. Ginaldo de Vasconcelos e outros e Moisés Paulino de Barros.

Decisão: A Seção, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 24-9-86 — Primeira Seção).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Dias Trindade, Geraldo Fonteles, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Costa Leite.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Washington Bolivar e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

REMESSA EX OFFICIO Nº 96.828 — MG
(Registro nº 6.161.790)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 5ª Vara — MG*

Partes: *Prefeitura Municipal de Três Corações — MG e outros e União Federal*

Advogados: *Drs. Yor Queiroz Júnior e outros (p/autores)*

EMENTA: Financeiro e Tributário. Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis. Dedução pela União Federal de parte do quantum fixado através da alíquota de 8%. Impossibilidade.

I — A Constituição Federal determinou a distribuição do produto do imposto, delegando à legislação ordinária, tão-somente, a fixação do percentual, não autorizando, destarte, qualquer alteração da base imponível.

II — A retenção, a título de «outros custos», afronta a Constituição, comprometendo, assim, o sistema de separação de receitas, posto pelo constituinte.

III — A teor do disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

IV — Remessa oficial parcialmente provida.

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 parcial à remessa de ofício, 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 fevereiro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: A respeitável sentença monocrática sumariou a controvérsia, nos seguintes termos:

«Os Municípios de Três Corações, Boa Esperança, Campanha, Campo do Meio, Carmo da Cachoeira, Coqueiral, Cordislândia, Elói Mendes, Fama, Ilícinia, Monsenhor Paulo, Santana da Vargem, São Bento Abade, São Gonça-

lo do Sapucaí e Turvolândia, todos por procurador devidamente constituído (fls. 12/23) ajuizaram a presente ação ordinária contra a União Federal pleiteando o pagamento do percentual de 8% (oito por cento), incidente sobre a totalidade do produto arrecadado a título do Imposto Unico Sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos.

Segundo a inicial, a Lei Maior da República — art. 21, inc. VIII, atribui competência à União para instituir o imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, determinando, ainda, a distribuição proporcional do produto arrecadado (40%) aos Estados e Municípios, conforme estabelecido pelo legislador ordinário que, através do Decreto-Lei nº 1.511, de 1976, fixou a cota destes últimos em 8% (oito por cento).

Acontece, prosseguem os AA., que a União, através de vários diplomas, acabou por frustrar a determinação constitucional, deixando de entregar aos Estados e Municípios os 40% (quarenta por cento) exatos do produto arrecadado, porquanto ao lado da exação passou a cobrar adicionais, gravames, acréscimos, parcelas e encargos incidentes sobre o preço dos lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos. A eles denominou «outros custos», através do Decreto-Lei nº 1.785/80, que eram recolhidos ao Tesouro e não passavam de parcelas integrantes do imposto.

Não recebiam assim, sustenta o articulado vestibular, os Municípios a correta participação constitucional e legal (8%) na totalidade do imposto arrecadado, porque a parcela «outros custos», não era incluída para fins de cálculo. Não há dúvida, assinalou, que estes acréscimos caracterizam-se como tributo (art. 3º do CTN).

Objetiva, então, a presente compelir a União Federal a pagar aos AA., desde cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação e até 31 de dezembro de 1983 as diferenças que forem apuradas, valendo acrescentar que, pela Emenda Constitucional nº 23/83, a distribuição será de 60% (sessenta por cento) do produto, «bem como dos adicionais e demais gravames federais incidentes...». A norma em apreço apenas aclarou o que antes já existia.

A União Federal, pelo Procurador Sebastião Fratzezi Gonçalves, hoje eminente Juiz Federal em São Paulo, assinala que, anteriormente à Emenda nº 23, por força da Lei nº 4.452/64, arrecadava do contribuinte adicionais denominados «outros custos» e concernentes a ressarcimentos de fretes de cabotagem, diferenças entre petróleo importado e custo CIF, despesas com subsídios e outras despesas. Estas parcelas, sustenta, não constituem receita tributária e, portanto, não destinada aos Municípios.

A verdade é que a Emenda nº 23 inovou a matéria, salienta a União, e só depois dela, ou seja, a partir de janeiro de 1984, passou a existir o direito dos Municípios.

Defesa instrumentada pelas informações de fls. 32/37, da Procuradoria da Fazenda Nacional em Minas Gerais.

Réplica às fls. 39/46.

Sendo a questão de mérito unicamente de direito, aplicou-se a hipótese a disposição contida no art. 330, I, do Código de Processo Civil.» (Fls. 48/50).

Sentenciando, o ilustre magistrado de primeira instância julgou procedente a ação, condenando a ré a pagar as autoras, observado o período de cinco anos anteriores à distribuição do feito e até 31 de dezembro de 1983, a percentagem de 8% (oito por cento) sobre todos os adicionais e gravames incidentes sobre os lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, com acréscimo de juros moratórios, contados da citação, correção monetária, a partir das datas em que as parcelas deveriam ter sido entregues, e honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre o valor a final apurado em regular execução de sentença. Submeteu seu *decisum* à apreciação desta egrégia Corte.

Decorrido, *in albis*, o prazo para interposição de recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, tão-somente, por força da remessa oficial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, opina (fls. 55/57) pelo provimento da remessa *ex officio*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O MM. Juiz Federal assim decidiu a lide:

«A Emenda nº 23/83, dando nova redação ao art. 26, I, da Constituição Federal, determinou que a União Federal distribua aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios «sessenta por cento do produto de arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis, líquidos ou gasosos, ... bem como dos adicionais e demais gravames federais incidentes ...».

Até o advento desta alteração constitucional, a distribuição deste gravame aos Municípios, em um percentual de 8% (oito por cento), era feito legalmente denominados «outros custos», referentes a ressarcimento dos fretes de cabotagem e despesas conexas, ressarcimento de diferença entre o custo do petróleo importado e o custo CIF médio, transferência por rodovias, ferrovias, etc., despesas de transferências de estocagem e despesas com subsídios.

Criou-se, desta maneira, duas bases de cálculo para um mesmo imposto: uma para efeito de sua cobrança e outra para fins de incidência ao percentual de 8% (oito por cento) pertencente aos Municípios. Naquela somam-se o valor do imposto e os «outros custos»; nesta para efeito de cálculo do percentual de 8% (oito por cento), elimina-se a parcela «outros custos».

Este artifício, *data venia*, impedia que o Município realmente percebesse aquilo que lhe era destinado pela lei, pois, como simplesmente verificável, a base de cálculo era escamoteada, levando mais renda para os cofres da União, com *jactura* para aquela entidade.

Por outro lado, a natureza tributária desta parcela denominada «outros custos» é evidente. Aliás, como bem salientado pelos AA., a parcela, consoante determinação legal, era recolhida pelas empresas refinadoras ao Banco do Brasil S.A., à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União, reproduzindo todos os termos da definição constante do art. 3º do CTN.

O eminente Prof. Sacha Calmon Coelho leciona, com inteiro acerto, que «se o Estado, tirante a sua condição de donatário, não está nem arrecadando bens pecuniários vacantes, nem recebendo multa, nem sendo indenizado em tempo de guerra ou paz nem percebendo pecúnia *ex contractu*, tudo mais que entra como receita, excluídas as entradas de caixa, tais como cauções e fianças, ou é tributo ou é enriquecimento sem causa».

Na hipótese, a parcela «outros custos», além de compulsória, não se vestia da característica de sanção de ato ilícito e de todos, indistintamente, era exigida, porquanto agregada à base de cálculo do imposto, com ela se misturando e se confundindo.

É muito importante enfatizar, por outro lado, que a Constituição determinou a distribuição do produto do imposto, delegando à lei ordinária apenas a fixação do percentual. Não autorizou qualquer alteração da base de cálculo.

Observadas as suas peculiaridades, a questão em muito se assemelha com o caso dos Estados que, na partilha do ICM, retinham 20% (vinte por cento)

para se ressarcir de despesas com o aparelhamento de arrecadação. O Eg. Supremo Tribunal Federal, em boa hora, repeliu a prática através da Súmula nº 578.

In casu, a União de maneira oblíqua, alterava sensivelmente a base de cálculo do tributo, sob o pretexto de recuperar despesas havidas com subsídios, fretes, etc.

Ora, produto, proclama-o o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 97.146-MG «envolve tudo aquilo que se arrecada».

E tanto isto é verdade que a Emenda nº 23, ciente da prática escamoteadora, fixou, sem criar direito novo, que a distribuição será feita, incluindo-se também as parcelas «outros custos».

Permitir-se a cobrança de *encargos* vários, agregando-os à base de cálculo de qualquer imposto, é muito perigoso, pois constitui fórmula fácil e tentadora para contornar a dificuldade da legalidade tributária.

Por estes fundamentos e pelo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação para condenar a União Federal a pagar aos AA., observado o período de cinco anos anteriores à distribuição do feito e até 31 de dezembro de 1983, a percentagem legal de 8% (oito por cento) sobre todos os adicionais e gravames incidentes sobre os lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, com acréscimos de juros moratórios de lei, contados da citação, correção monetária, a partir das datas em que as parcelas deveriam ter sido entregues, e honorários de advogado de 5% (cinco por cento) sobre o valor a final apurado em regular execução de sentença (§ 4º, do art. 20, do CPC)». (Fls. 50/52).

Tenho como incensuráveis as douts ponderações formuladas na respeitável sentença supratranscrita, as quais adoto como razão de decidir.

Com efeito, não resta dúvidas de que a Lei Maior destinou a titularidade do Imposto Único Sobre Lubrificantes e Combustíveis aos Estados e Municípios, atribuindo ao legislador ordinário fixar, apenas, a cota de cada um. Fê-lo, pois, através do Decreto nº 1.511/76. Tal decreto fixou o *quantum debeatur* através da alíquota de 8% (oito por cento) cabente aos Municípios.

Entretanto, a União, usando de artifícios, como enfatiza o ilustre magistrado sentenciante, desembutia dos 8% (oito por cento) destinados aos Municípios um *quantum*, a título de «outros custos». Em realidade, criou-se duas bases imponíveis para possibilitar que o *quantum debeatur* previamente fixado para os Municípios, vertesse aos cofres da União.

Aliás, tal procedimento, perigoso, diga-se de passagem, pois compromete «o sistema de separação de receitas que o constituinte delineou no propósito de assegurar a autonomia dos Estados e Municípios» no dizer do Excelso Aliomar Baleeiro (*in* Direito Tributário Brasileiro, 4ª Edição, fl. 293), não encontra guarida nos Tribunais sendo rechaçado por este egrégio Pretório, em casos semelhantes, assim ementados:

«Tributário. Imposto Único sobre Minerais. Retenção da parcela a título de despesas de arrecadação e fiscalização. Inconstitucionalidade.

I — Conforme decidiu o Plenário, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade suscitada na AC nº 65.794-MG, a expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», constante do art. 13, *caput*, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, é inconstitucional, vez que se choca com o art. 26, inciso III, da Lei Maior.

II — Apelação provida.» (AC nº 83.524-SP (4059514), Rel. Min. Pádua Ribeiro, 4ª Turma, unânime, DJ de 8-8-85).

«Financeiro e tributário — Imposto único sobre Energia Elétrica — Retenção pela Fazenda Nacional (0,5%) — Art. 8º do Decreto nº 68.419/71.

Mantida a inconstitucionalidade do art. 8º, em causa, conforme decisão unânime do Plenário desta Corte tomada na arguição levantada na AC nº 65.794, (Rel. Ministro Pádua Ribeiro).

Concedida a correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81.

Negou-se provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e proveu-se o recurso voluntário das autoras». (AC nº 78.738-SP (2279940), Rel. Min. Sebastião Reis, 5ª Turma, unânime, DJ de 12-9-85).

Destarte, tenho que o insigne Juiz singular decidiu de forma escoreita, ao julgar procedente a ação.

Contudo, a sentença monocrática merece ser reformada apenas no que se refere aos juros moratórios, pois os mesmos foram fixados a contar da citação, o que não pode prevalecer, haja vista que é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que os aludidos juros, *in casu*, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar, consoante estabelece o art. 167, parágrafo único, do CTN.

Com estas considerações, dou parcial provimento à remessa *ex officio*, nos termos acima explicitados.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 96.828 — MG — (Reg. nº 6.161.790) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara-MG. Partes: Prefeitura Municipal de Três Corações-MG e outras e União Federal. Advs.: Drs. Yor Queiroz Júnior e outros (p/autores).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à remessa de ofício. (Em 18-2-87 — 5ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 105.810 — SP
(Registro nº 6.374.239)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*
Parte autora: *Ricardo Pereira dos Santos*
Parte Ré: *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*
Remetente: *Juízo Federal da 17ª Vara — SP*
Advogados: *Drs. Sérgio Mazina Martins e outros*

EMENTA: Ensino Superior. Matrícula. Certificado de conclusão de 2º Grau.

A demora na expedição do certificado de conclusão do 2º grau, por dificuldade burocrática do órgão expedidor, não pode servir de empecilho à matrícula do aluno que, classificado em concurso vestibular, efetivamente comprovou ter concluído o curso colegial.

Remessa conhecida e desprovida.

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, 19 de agosto de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Adoto o relatório da r. sentença monocrática, às fls. 55/56, que, perfeitamente, resumiu a espécie nestes termos:

«Ricardo Pereira dos Santos, qualificado nos autos, impetra Mandado de Segurança contra ato do Diretor da Faculdade de Economia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, alegando, em síntese, que, havendo sido aprovado nos exames vestibulares para o curso de Economia, dirigiu-se ao setor competente para efetuar sua matrícula no 1º ano portando os documentos necessários ao ato, mas a mesma foi indeferida pela não apresentação do certificado de conclusão do 2º grau, embora exibisse o impetrante declaração

emanada de autoridade competente dando conta de que fora ele aprovado no curso supletivo no Estado de Minas Gerais, estando no aguardo da expedição do documento definitivo, donde a ilegalidade do ato impugnado.

O pedido veio instruído com os documentos de fl. 8 usque 14, processando-se com liminar na forma do despacho de fl. 17.

Requisitadas informações, prestou-as o impetrado sustentando a legalidade do ato por não haver o impetrante apresentado no ato de matrícula o certificado de conclusão do 2º grau, não o suprimindo declaração provisória.

As informações vieram acompanhadas do «manual do candidato» ao vestibular PUC-84 (fls. 23/36).

Com a petição de fls. 38/39 veio aos autos o documento de fls. 40 e a informação de que documento idêntico estava sendo entregue diretamente ao setor competente da PUC/SP, circunstância confirmada pelo impetrado (fl. 42).

Atendendo à manifestação de fls. 47/48 do MPF, esclareceu o impetrado à fl. 51 que a matrícula tem caráter provisório.

O parecer do representante do MPF à fl. 53 é no sentido de conceder-se a segurança.»

Com supedâneo na reiterada jurisprudência desta Corte, favorável à pretensão do Autor, o MM. Juiz concedeu a segurança, conforme consta à fl. 58, sujeitando o r. decisório ao duplo grau de jurisdição.

Vindo o feito a esta Instância Superior, a douta Subprocuradoria, às fls. 63/64, manifesta-se no sentido do desprovimento da remessa.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, deu azo à presente impetração o fato de aluno aprovado em concurso vestibular, ter tido a sua matrícula indeferida, em virtude de não poder apresentar o certificado de conclusão de segundo grau na época determinada pela Universidade.

Como bem demonstrou o douto Julgador Monocrático, firme é a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a demora na expedição do diploma, não pode resultar em prejuízo do aluno, prestando-se para demonstrar tal ponto de vista, as ementas destacadas no r. decisório de primeiro grau, *verbis*:

«Ensino superior. Prova de conclusão do segundo grau. Na apreciação da prova de conclusão dos exames supletivos, deve ser levado em conta a data da aprovação do aluno, para sua habilitação à matéria no curso superior, obviando-se os prejuízos da demora burocrática na expedição do certificado». (AMS nº 80.444-RJ, Rel. Min. Carlos Madeira, *DJU* de 2-3-79, pág. 1346).

«Curso superior. Já aprovado nos exames supletivos de 2º grau, faltando apenas obter o certificado, como demonstrado através do documento hábil, faz jus à matrícula o candidato classificado no vestibular». (REO nº 82.506-RJ, Rel. Min. Justino Ribeiro, *DJU* de 29-8-79, pág. 6386).

«Faz jus à matrícula o estudante que antes do encerramento do prazo comprova a conclusão do segundo grau, cujo certificado não foi, porém, entregue ao interessado, por razões alheias à sua vontade». (REO nº 82.233-RJ, Rel. Min. Paulo Távora, *DJU* de 13-9-79, pág. 6804).

«1. O atraso na expedição do certificado de conclusão do 2º grau, por dificuldade burocrática do órgão expedidor, não pode impedir a matrícula de aluno aprovado em concurso vestibular e que efetivamente concluiu o curso colegial, como comprovou.

2. Sentença confirmada.» (REO nº 88.591-RJ, Rel. Min. Washington Bolívar de Brito, *DJU* de 12-12-80, pág. 10601).»

Face a remansosa jurisprudência supratranscrita, e mais os documentos de fls. 42/43, que comprovam ser o Autor portador do título de segundo grau na época da matrícula, não resta a menor dúvida de que o mesmo tem direito a matricular-se no curso superior, para o qual obteve aprovação, merecendo ser confirmada a r. decisão que assim entendeu.

Com estas considerações, conheço da remessa, mas lhe nego provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 105.810 — SP — (Reg. nº 6.374.239) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Parte A: Ricardo Pereira dos Santos. Parte R.: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Remte.: Juízo Federal da 17ª Vara-SP. Advs.: Drs. Sérgio Mazina Martins e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Em 19-8-86 — 3ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 106.927 — SC
(Registro nº 7.257.228)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Parte Autora: *João Carlos Prats*

Parte Ré: *União Federal*

Advogados: *Drs. João Isac Mazin e outro e Hugo Mósca*

EMENTA: Militar. Reforma de 1964, com apoio no Ato Institucional nº 1. Prescrição. Ajuizada a demanda em 1984, com a arguição de nulidade do ato de reforma, a prescrição do Decreto nº 20.910/32, pelo princípio da actio nata, atingiu o próprio direito, isto é, o fundo do direito, e não somente as prestações sucessivas. Precedentes do STF e do TFR. Sentença reformada e processo extinto (art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil).

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, reformar a sentença remetida, para declarar prescrito o direito de ação do postulante, 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 setembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por ato publicado no *Diário Oficial* de 31-7-1964, o Senhor Presidente da República, no uso das atribuições do art. 7º, § 1º do Ato Institucional nº 1, reformou, tendo em vista o que fora apurado na investigação sumária, o 3º Sargento João Carlos Prats, sem prejuízo das sanções penais a que estivesse sujeito.

Indiciado pois em inquérito policial militar, denunciou-o o representante do Ministério Público, em 18-11-1965, com apoio na Lei nº 1.802/53, mas o juiz auditor rejeitou a denúncia, em 14-12-1965, conforme se lê de fls. 3, 25 e 27/28.

Dessa decisão houve recurso, sem êxito porém. Destes autos não consta cópia do aresto do Superior Tribunal Militar, a não ser a comunicação de fl. 29, em cópia. Sobre esse fato assim se referiu a inicial: «1.7. — o Dr. Promotor Militar, inconformado com a respeitável decisão, recorre ao Egrégio Superior Tribunal Militar, que por sua vez, não tomou conhecimento, confirmando, assim, a decisão da rejeição, cópia anexa» (fl. 4).

Com a edição da Lei nº 6.683, de 28-8-1979, que concedeu anistia, João Carlos requereu sua reversão ao serviço ativo, mas o seu requerimento foi indeferido, em 30-3-80, pelo que se lê de fl. 130, nos termos seguintes:

«2. Considerando o Parecer da Comissão Especial dos Processos de Anistia, dou o seguinte despacho:

a) O requerente ultrapassou a idade-limite de que trata o art. 102 da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971.

b) Cabe-lhe, no entanto, o amparo do art. 4º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, e do art. 21 do Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979.

c) Em consequência, encaminhe-se ao Departamento-Geral do Pessoal para as providências decorrentes.»

2. No mês de abril de 1984 ajuizou João Carlos ação ordinária de reconhecimento de direito e indenização contra a União Federal, argüindo de nulidade o ato primitivo de sua reforma. É que, como não prosperou a denúncia contra ele oferecida pelo representante do Ministério Público, tem como certo que não praticou ato enquadrável na parte final do aludido texto institucional, art. 7º, § 1º: «... desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública...». Invocou os arts. 159 do Cód. Civil, 153, § 3º da Constituição e 6º da Lei de Introdução. Trouxe doutrina. Quanto à prescrição, citando textos normativos e jurisprudência, afirmou: «4.4 — Ademais reconhecido o direito adquirido à permanência no Exército, com o conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade do ato que o levou à reforma, a prescrição só atinge as parcelas anteriores aos cinco anos de propositura da ação» (fl. 14). Aduziu, mais a mais, a respeito da prescrição: «Na hipótese de que o fundo de direito esteja prescrito (o que não é o caso), por se tratar de prestações de trato sucessivo, mesmo assim, ocorreu no caso, renúncia da prescrição ou relevação. É que o Ministério do Exército, em novembro de 1979 chamou o peticionário para reverter ao serviço ativo, sendo considerado apto para o Serviço do Exército, conforme faz certo o documento incluso» (fl. 20). Por fim, pediu:

«a) Reversão ao serviço ativo do Exército Brasileiro;

b) promoção, independente de vaga, ao posto de Major ou outro superior, onde se encontram seus colegas;

c) ressarcimento dos danos sofridos, com os pagamentos das importâncias que deixou de receber, desde a data de sua transferência para a reserva, até o momento em que for reintegrado e promovido ao posto de major ou onde se encontrar seus colegas de Turma, com todos os direitos e vantagens do cargo, computando-se todas as decorrentes do exercício pleno da função;

d) juros legais a partir da citação;

e) honorários de advogado, na base de 20% sobre todas as parcelas;

f) custas judiciais;

g) correção monetária de todas as prestações de condenação, a partir da data do vencimento de cada uma, por se tratar de quantia líquida e certa, expressa em lei, art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899, de 8-4-1981.»

A União Federal contestou a ação, alegando, em resumo, prescrição na forma do art. 1º do Decreto nº 20.910 de 1932 («... a prescrição atingiu o próprio direito instaurado...»), e a impossibilidade do Judiciário apreciar o aspecto intrínseco do ato de reforma («... porquanto o ato que o reformou se revestiu de todos os aspectos de legali-

dade, procedendo-se a apuração dos fatos por investigação sumária com amplas possibilidades de defesa»). Teceu ainda considerações acerca da anistia.

3. A sentença rejeitou as questões levantadas pela contestante. Considerou nulo o ato de reforma. Disse: «Ainda que o decreto presidencial de 30-7-64 tenha sido enfático em assinalar pela menção ao dispositivo legal expresso (art. 7º, § 1º) a prática de gravíssimas imputações, nada se provou...» (fl. 193). Acrescentou: «Em suma, o ato de reforma do A. foi expedido com falsa causa, sem motivação legal e desatento às formalidades necessárias, sendo portanto nulo...» (fl. 193). Julgou então procedente a ação:

«... para (a) declarar nulo o ato de reforma do autor e garantir-lhe todos os direitos decorrentes do serviço ativo desde então até a inativação acaso alcançadas por alguma hipótese legal superveniente, ou até a data presente, aí compreendidas as vantagens pessoais e promoções devidas em razão da antiguidade; (b) condenar a União Federal a pagar ao A. as diferenças a maior daí resultantes conforme se apurar, acrescidas de juros moratórios de 6% a/a a contar da citação (12-9-84) e correção monetária nos termos da Lei nº 6.899/81 sendo aqueles sobre esta.

Pagará a União Federal honorários de 10% sobre o valor da condenação final e reembolsará as custas.

Decorrido o prazo de recurso voluntário, subam os autos ao ETFR por força do duplo grau de jurisdição.»

4. Sem apelação voluntária, subiram os autos porque sujeita a sentença ao duplo grau de jurisdição.

Nesta Corte, no parecer de fls. 199/201, opinou a Subprocuradoria-Geral da República, arguindo de nulo o processo, sustentando prescrição total e invocando o art. 181 da Constituição.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR): Nesta ação, ajuizada no ano de 1984, abril, o autor, militar da reserva, arguiu de nulidade o ato de sua reforma do ano de 1964, julho. Bem posicionou o tema, nesta passagem, a sentença, à fl. 191: «Tenho portanto como em discussão o direito à permanência no serviço ativo ao tempo da reforma porque tal alijamento seria nulo. Eis a questão, e, para enfrentá-la, preliminar é o estado da prescrição e da falta de jurisdição».

De fato, impõe-se o estudo da prescrição, que primacialmente destaco. A respeito do assunto, torno à sentença, *verbis*:

«As vantagens decorrentes da reversão ao serviço ativo são prestações de trato sucessivo que a cada vez reabrem ou perpetuam a relação funcional e que por sua vez prescrevem no quinquênio. A rejeição da preliminar, aliás, diga-se, serve em qualquer das hipóteses, seja a de nulidade da reforma seja a de transferência para a reserva. O mecanismo que apóia a imprescritibilidade do fundo de direito é em ambos os casos idênticos (v. Jurisprudência!)».

Como se vê, o juiz do processo, o Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, do Estado de Santa Catarina, ao rejeitar a prescrição defendida pela União-contestante («... a prescrição atingiu o próprio direito instituído ...» — fl. 132), entendeu que dita prescrição não alcança o direito em si, mas apenas as prestações, por se tratar, a espécie em foco, de relação jurídica de trato sucessivo.

2. Sucede, todavia, que este Tribunal e o Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes ou idênticos ao do presente caso, têm entendido que a prescrição em causa atinge o próprio direito, ou a própria ação para anular ou modificar o ato, nos preci-

«As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem». Portanto, pelo princípio da *actio nata*, conta-se a prescrição «da data do ato ou fato». Eis alguns dos precedentes:

«Prescrição.

Ação para rever ato de reforma de militar prescreve no prazo de 5 anos, a contar da data do seu desligamento.

Reforma da Sentença.» (Remessa nº 55.103, do Rio Grande do Sul, de 1980, Ministro Adhemar Raymundo).

«Administrativo. Reforma de Militar. Prescrição do direito.

O direito de ação para anular ato administrativo de reforma de militar, julgado incapaz de permanecer na ativa do Exército, prescreve em 5 (cinco) anos, *ex vi* do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Na hipótese dos autos, a Portaria foi publicada no *Diário Oficial* de 19-1-76, e a ação ajuizada em 19-5-81, quando o direito postulado já estava atingido pela prescrição. Inaplicável à espécie, o disposto no art. 17, do Decreto nº 71.500, de 5-12-72. Sentença que julgou extinto o processo, *ex vi* do art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil. Recurso improvido.» (AC nº 80.173, do Distrito Federal, de 1983, Ministro José Cândido, que cita a AC 24.660, em grau de embargos, Ministro William Patterson).

«Militar — Reforma — Prescrição.

O decurso do prazo de cinco anos ocorrido entre o ato inquinado de ilegal e o exercício do direito da postulação em juízo, determina a prescrição, não só das parcelas, como de todo e qualquer direito ou ação contra a União.

Apelo desprovido.» (AMS 95.655, do Rio de Janeiro, de 1984, Ministro Flaquer Scartezzini).

«Prescrição.

Militar. Licenciamento *ex officio*, ato administrativo do qual adveio a lesão ao direito. A partir da data deste é que se conta o prazo prescricional. Evidente decurso do tempo, extintivo do direito à ação.

Sentença confirmada.» (AC 91.545, do Rio de Janeiro, de 1984, Ministro Adhemar Raymundo).

Processo Civil. Ação Rescisória. Militar. Reforma. Prescrição quinquenal.

I — A prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Dec. nº 20.910/32 atinge o militar reformado que não reclamou seu direito dentro daquele prazo. Jurisprudência do TFR consubstanciada no sentido de que a prescrição se refere ao próprio direito fundamental.

II — Ação rescisória julgada improcedente» (AR 898, do Rio de Janeiro, de 1985, Ministro Hélio Pinheiro).

«Militar. Exclusão. Reforma. Prescrição. Ajuizada a ação, para pleitear a reforma, vários anos após o ato de exclusão, a prescrição do Decreto nº 20.910/32, reconhecida, atingiu o próprio direito, pelo princípio da *actio nata*. Apelação desprovida.» (AC 86.327, do Rio Grande do Sul, de 1985, Ministro Nilson Naves).

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, cinto-me, pela sua semelhança com o caso aqui versado, em apontar o acórdão proferido nos ERE 99.936, de 1984, Pleno, *in* RTJ-112, págs. 1260/1266. Aliás, nele estão arrolados vários outros precedentes. Tratava-se de uma ação objetivando fosse declarado inexistente o ato que aposentara

os autores, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, nos termos da legislação revolucionária. Em seu voto, aduziu o Ministro Rafael Mayer:

«O acórdão paradigma é trazido à colação para contraste com o acórdão embargado, no ponto em que esta acolhe o entendimento de que alcançado pela prescrição quinquenal o direito postulado pelo funcionário, nos termos do Decreto nº 20.910. Com efeito, o acórdão da Primeira Turma, proferido no RE nº 92.879, propende à aceitação da imprescritibilidade dos direitos pleiteados por servidores públicos, que podem ser demandados, a qualquer tempo, porquanto derivados da relação jurídica estatutária, enquanto esta durar, somente prescritíveis as prestações sucessivas alcançadas pelo decurso do quinquênio. Nesse douto acórdão, referidos os precedentes da Corte, admite-se que o problema se havia pacificado no sentido da prescritibilidade, quando o eminente Ministro Eloy da Rocha, com o peso de sua autoridade, passou a sustentar não atingir a prescrição o direito que se insere na relação jurídica do funcionário com o Estado (RTJ nº 46/45), proposição que o acórdão paradigma adotou, com a chegada de doutrina e outros precedentes judiciais (RTJ nº 100/1.276).

Ora, a partir desse acórdão, que é datado de agosto de 1980, tomado como um momento dissidente de uma jurisprudência que até então se pacificara, a linha de entendimento desta Corte se fez uniforme, em ambas as Turmas, no sentido de consolidar, a tese de que prescreve, em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910, o próprio direito, desde quando demandável, pelo princípio da *actio nata*, e não apenas as prestações sucessivamente alcançadas pela extinção quinquenal. É o que se vê do RE nº 94.150, Primeira Turma, Rel.: Ministro Rafael Mayer (RTJ nº 96/1.222); RE nº 93.301, Segunda Turma, Rel.: Min. Décio Miranda (RTJ nº 100/382); RE nº 96.732, Rel.: Min. Soares Muñoz (RTJ nº 106/1.095); RE nº 95.394, Rel.: Min. Rafael Mayer (RTJ nº 102/825); RE nº 95.168, Rel.: Min. Moreira Alves (RTJ nº 103/791); RE nº 99.141, Rel.: Min. Décio Miranda (RTJ nº 105/867); RE nº 96.340, Rel.: Min. Aldir Passarinho (RTJ nº 106/319); RE nº 97.771, Rel.: Min. Aldir Passarinho (RTJ nº 106/400); RE nº 97.859, Rel.: Min. Moreira Alves (RTJ nº 106/406); RE nº 97.547, Rel.: Min. Djaci Falcão (RTJ nº 107/340).»

3. Os arestos colacionados na inicial pelo autor, mormente os da Alta Corte, não se aplicam ao caso concreto, ou por ser outra a posição hoje adotada, ou por não terem cuidado de espécie análoga à sob exame. Nos acórdãos estampados nas RTJ's 50 e 56, págs. 639 e 167, de 1969 e 1970, respectivamente, cuidou-se de aplicação do princípio segundo o qual «na relação de função pública, que se compõe de direitos e obrigações, os direitos não prescrevem». Aliás, esse ponto de vista o Ministro Carlos Mário Velloso defendeu, vencido, na aludida Remessa nº 55.103, de 1980. Porém, trata-se de posição superada, consoante a RTJ-112/1260. Nos acórdãos publicados nas RTJ's 88 e 93, págs. 499 e 1.385, o próprio texto estadual, então trazido à baila, dispensava a prescrição de fundo («E existe lei local dispensando a prescrição...»). No acórdão inserto na RTJ-92, pág. 354, o recorrente só suscitara «a questão referente à prescrição das prestações vencidas». Por último, no acórdão da RTJ-53, pág. 818, de 1969, num caso de reversão de pensão, o Tribunal limitou-se em aplicar a Súmula 400.

4. No tocante à renúncia da prescrição, o tema não vem a propósito. Aqui, bem sublinhou a sentença: «A confusão tanto é evidente que o A. se refere à renúncia da prescrição pela concessão de anistia, o que é equivocado se a causa de pedir é a nulidade da reforma (e não da 'reserva' como se alude na inicial)» — fl. 190. Demais, do ato praticado, pelo Ministério do Exército, em face da Lei nº 6.683/79, não se pode extrair renúncia da prescrição, à falta de expressa autorização legal. Decidiu o Supremo Tribunal Federal: «Funcionário estadual. Prescrição de ação relativa a vencimentos e vantagens. Invalidez de renúncia à prescrição já consumada, por falta de expressa autorização legal. Recurso extraordinário não conhecido» (RE 64.180, in RTJ-46/780).

5. De conseguinte, verificada a prescrição quinquenal (ato de 1964 e ação de 1984), prescrição total e não prescrição parcial, nos moldes do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e segundo a orientação jurisprudencial citada, vou proclamá-la e, ao assim proceder, reformo a sentença remetida, dando por extinto o processo, à vista do art. 269, inciso IV do Cód. de Pr. Civil.

VOTO

O SR. MINISTRO GERALDO FONTELES: Estou de pleno acordo, até porque me permito acrescentar que a Lei de Anistia não vem modificar o instituto da prescrição. São coisas inteiramente distintas. O voto do eminente Ministro Relator está suficientemente fundamentado. Portanto, adiro às conclusões do seu voto.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Em face dos fundamentos da sentença, tenho para mim que a preliminar de prescrição está bem decidida pelo Sr. Ministro Relator, em consonância mesmo com o cabal levantamento da jurisprudência a seu propósito.

É certo que restaria uma dúvida quanto ao nascimento do direito de ação do postulante. É que, na verdade, o ato de que se trata foi fundamentado e autorizado pela legislação excepcional, a respeito de cujos efeitos continua vigente a norma constitucional vedativa de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Daí porque, conquanto pudesse me valer da peculiaridade de que o direito de ação do autor não poderia prescrever enquanto não nascesse, a nada levaria essa tese, no caso dos autos, porque nascituro ainda está este direito, com acenos possíveis para a próxima Constituição que revogue ou altere a norma de inapreciação judicial dos atos revolucionários.

Volto, pois, a dizer que — no que nos compete apreciar a sentença remetida —, absolutamente correto será dizer-se da prescrição da ação, cuja verificação resiste aos fundamentos buscados pelo Juiz a quo, conforme bem o demonstrou o Sr. Ministro Relator.

Pelo exposto, reformo totalmente a sentença apelada, nos termos do voto do Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RE nº 106.927 — SC — (Reg. nº 7.257.228) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves — Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — Parte Autora: João Carlos Prats — Parte Ré: União Federal — Advogados: Drs. Isac Mazin e outro e Hugo Mósca.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença remetida, para declarar prescrito o direito de ação do postulante (3ª Turma — Em 16-12-86).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 110.534 — DF

(Registro nº 7.864.442)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara — DF*

Parte Autora: *Antonio Sady Amorim*

Parte Ré: *Banco Central do Brasil e União Federal*

Advogados: *Drs. Olívio Ulisses Otto e José Vigilato da Cunha Neto e outros*

EMENTA: Administrativo. PROAGRO. Financiamento. Safra. Perdas. Cobertura.

Se a perícia técnica atesta que as perdas decorreram de fenômenos naturais, o benefício de que cuida a Lei nº 5.969, de 1973, impõe-se.

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 unanimidade, confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 1 de setembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Dr. Vicente Leal de Araújo, eminente Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, assim relatou a matéria:

«Antonio Sady Amorim, qualificado às fls. 4, regularmente representado, promove ação de rito sumaríssimo contra o Banco Central do Brasil, pleiteando o pagamento da importância de Cr\$ 173.114 (cento e setenta e três mil, cento e quatorze cruzeiros), referente ao seguro pactuado com sua adesão ao Programa de Garantia da Atividade Rural — PROAGRO — instituído pela Lei nº 5.969/73.

Alega o promovente, em essência, que cumpriu criteriosamente o estabelecido no pacto de adesão ao PROAGRO, porém a sua lavoura sofreu perdas

de colheita em consequência do fenômeno natural da estiagem, devidamente comprovado pelo Programa, através de perícia realizada pela entidade de assistência técnica oficial credenciada, fato este comunicado por agente financeiro, o Banco do Brasil.

Sustenta que, inobstante tal circunstância, o Banco Central do Brasil deixou de cumprir o pactuado, negando-se a indenizar o saldo devedor do financiamento, sob a alegação de que a perda foi consequente de erosão do solo, situação não coberta pelo seguro.

Verbera que a sua lavoura se situa em terreno plano, insusceptível de erosão, sendo impropriedade o fundamento denegatório do seu pedido.

Pede, no final, que o promovido seja condenado a pagar a quantia mencionada, com juros e correção monetária, além das cominações processuais de praxe.

A inicial é instruída com documentos (fls. 9/12). Ultrapassadas as questões suscitadas sobre o foro competente, ordenei a citação do réu para os termos da ação, deferindo as provas requeridas (fls. 50v).

Na audiência de instrução e julgamento, após a tentativa infrutífera de conciliação, o Banco Central oferece contestação, requerendo, liminarmente, a citação da União Federal para integrar a lide como litisconsorte necessário.

No mérito, verbera que a ação não procede, pois a perda da safra do empreendimento agrícola do autor decorreu de germinação insatisfatória, comprovada pelo replantio efetuado em 20 ha, e pela incidência de erosão pluvial, «que contribuiu com 30% (trinta por cento) para ocasionar a baixa produtividade da lavoura, causa essa não amparada pelo PROAGRO» (sic — fl. 79), tudo comprovado em laudo pericial.

Verbera que as terras onde se localiza a lavoura do autor são suavemente onduladas, o que deu ensejo à ocorrência do fenômeno da erosão, sendo certo que o indeferimento de sua postulação na via administrativa embasou-se em normas reguladoras do PROAGRO (fls. 77/80).

A respeito é instruída de documentos (fls. 81/138).

A União Federal, em sua resposta, sustenta que a ação não merece prosperar, pois das três causas das perdas da lavoura do autor — germinação insatisfatória, erosão e excesso de chuvas — as duas primeiras não estão asseguradas pelo PROAGRO, sendo inenunciável a decisão que indeferiu parcialmente o pedido de indenização.

No sumário, foram ouvidas quatro testemunhas arroladas pelo autor (fls. 168/170 e 176). Depoimento pessoal às fl. 175 dos autos.

No final, as partes apresentaram memoriais, ensejo em que o autor sustentou longamente a procedência de suas alegações e retificou o *quantum* da cobrança, objeto do pedido: Cr\$ 149.823 (cento e quarenta e nove mil, oitocentos e vinte e três cruzeiros). O Banco Central, à sua vez, reafirmou a tese expendida na contestação — (fls. 189/191).»

Sentenciando, julgou procedente a ação para condenar a União Federal a pagar ao Autor a importância correspondente a 80% (oitenta por cento) do saldo devedor do financiamento, com juros, desde a citação, e correção monetária (Lei nº 6.899, de 1981), além de ressarcimento das custas processuais e honorários advocatícios (10% sobre o valor da condenação).

Sem recurso voluntário, os autos vieram a esta superior instância onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento da remessa oficial (fls. 207/209).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O MM. Juiz *a quo* interpretou o ordenamento jurídico pertinente na mesma linha conceitual que venho defendendo, consoante se infere dos seguintes acórdãos de minha lavra: AC nº 83.511-CE; AC nº 99.432-DF e AC nº 95.933-DF, através dos quais acentuei ao examinar o texto da Lei nº 5.969, de 1973, que «O diploma visa proteger o produtor rural contra os fenômenos adversos da natureza. Qualquer regra que venha a negar esse princípio não pode prevalecer.»

In casu, a perícia técnica atestou que as perdas da lavoura tiveram três causas: baixa germinação da semente (20%); erosão (30%) e excesso de chuvas (50%). Quanto a esta última nenhum obstáculo foi oposto, pois reconhecida pela própria Administração. A questão situa-se, portanto, em relação às duas primeiras.

O culto sentenciante, sem oposição, recusou a hipótese de «erosão», com apoio no elenco probatório. Contudo, vislumbrou no primeiro motivo (baixa germinação das sementes), provocado pelo excesso de chuva, a justificativa para o benefício pleiteado. A propósito, vale recordar esses lances do *decisum*:

«Todavia, numa melhor análise das causas anotadas no laudo pericial, chega-se à iniludível conclusão de que todas as perdas decorreram de fenômenos naturais. Ora, a baixa germinação da semente advém de fenômeno natural. Se as sementes eram selecionadas, as terras estavam adubadas e o plantio foi acompanhado pela entidade técnica, como justificar-se a baixa germinação senão por força de fenômeno natural? É certo também que o excesso de chuvas provoca a baixa germinação. E o excesso de chuvas provoca a erosão.

Em suma, o fenômeno natural do excesso de chuvas é suficiente e idôneo para provocar os outros dois fatos assinalados no laudo pericial, considerando, ademais, que o campo plantado era constituído de terras planas, como demonstrado na prova testemunhal.

Não se pode obscurecer a *mens legis*, o sentido do comando legal expresso no art. 1º da Lei nº 5.969/73. O PROAGRO foi instituído para absorver as perdas agrícolas causadas por fenômenos naturais. Assim, as perdas não resultantes de falhas do agricultor ou de fatos estranhos à dinâmica da natureza devem ser contempladas pelo favor legal. Qualquer disposição regulamentar que implique em restrição ao alcance da lei deve ser desprestigiada.»

Estou de pleno acordo com os lúcidos comentários postos em destaque. Com efeito, ao relatar a AC nº 83.511-CE, tive ensejo de tecer considerações que se afinam com essa orientação, ao assinalar que a inspiração lógica do comando legal é no sentido de afastar procedimentos fraudulentos e expedientes contrários aos postulados do Programa. Parece evidente que o caso dos presentes autos ajusta-se ao propósito legislativo, pois em momento algum houve insinuação de expedientes tendenciosos visando obter a vantagem. Muito pelo contrário, a perícia é taxativa em declarar que as perdas resultaram dos fenômenos naturais que enumera. Sendo assim, o amparo jurídico cogitado é incontestável. Aliás, a ausência de recurso voluntário é bem significativa.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária para confirmar a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

REO 110.534 — DF — (Reg. nº 7.864.442) — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. P. Autora: Antonio Sady Amorim. P. Ré: Banco Central do Brasil e União Federal. Advs.: Drs. Olivio Ulisses Otto e José Vigilato da Cunha Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Em 1-9-87 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

REMESSA EX OFFICIO Nº 112.026 — PR
(Registro nº 7.903.618)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

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

Partes: *Honório Aires Carvalho e outros e União Federal*

Advogados: *Drs. José Machado de Oliveira e outro*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Retenção na fonte sobre proventos de aposentadoria por moléstia grave. Funcionários públicos.

Ilegalidade da retenção, pois são os impetrantes beneficiários da isenção concedida pelo art. 22, IX, do RIR/80.

Segurança concedida por sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Segurança impetrada por funcionários públicos inativados, visando a impedir a retenção do imposto de renda na fonte sobre os seus proventos de aposentadoria, bem como o lançamento ou cobrança do referido tributo, ao argumento de que são beneficiários da isenção concedida pelo art. 22, IX, do Regulamento do IR, art. 17, III, da Lei nº 5.678/71 e art. 1º da Lei nº 6.481/81, posto que tiveram os fundamentos de suas aposentadorias revistos, em decorrência de moléstias irreversíveis de que foram acometidos.

A primeira autoridade apontada — órgão pagador — defendeu a legalidade da retenção, mormente a partir de julho/85, com fulcro no item 363 do Manual de Perguntas e Respostas Pessoa Física/1985, elaborado pela Secretaria da Receita Federal, competente para interpretar e aplicar a legislação fiscal. Isto porque, a partir de então, somente ficaram isentos de tributação aqueles proventos de aposentadorias «motivadas» por moléstia grave especificada em lei (fls. 157/158).

Idêntico entendimento expressou a segunda autoridade — fls. 161/165.

Após audiência do MP, adveio a sentença concessiva da segurança, prolatada às fls. 181/185.

Sem recurso voluntário, subiram os autos por força do oficial.

Aqui, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da decisão (fls. 193/195).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O ilustre julgador de primeiro grau fundamentou e decidiu a questão nestes termos (fls. 183/185):

«Honório Aires de Carvalho e outros, Auditores Fiscais do Tesouro Nacional e uma Agente Administrativa, comprovaram mediante exame médico realizado em Junta Federal que eram portadores de moléstia grave, incluídas na relação do art. 178 da Lei nº 1.711/52;

esse laudo é posterior à aposentadoria dos impetrantes, e serviu para revisão desta;

pelo enquadramento no art. 178, III, do Estatuto dos Funcionários Públicos, como previsto no art. 182, torna possível a revisão, a Súmula 201, estabelece que:

«Não constitui obstáculo à conversão da aposentadoria comum, por tempo de serviço, em especial, o fato de o segurado haver se aposentado antes da vigência da Lei nº 6.887, de 1980.»

O artigo 1º da Lei nº 1.050/50 estabelece que os proventos de inatividade de funcionários portadores de moléstia grave serão reajustados aos vencimentos da atividade da respectiva categoria;

essa lei não impõe que o benefício seja concedido à época da aposentadoria.

Nesse sentido a Ata nº 69, Anexo 7 do Tribunal de Contas da União:

«O objetivo da Lei nº 1.050/50 estaria flagrantemente comprometido ou vulnerado se as vantagens variassem em função da época da invalidez, pondo à margem ou em segundo plano as causas que a originaram e que não podem ser desprezadas porque representam a razão determinante do amparo concedido.

Por isso, os proventos dos servidores aposentados com base na Lei nº 1.050/50 são *idênticos* para todos quantos integram a mesma categoria funcional, *sem levar-se em conta a data do ato concessório...*

O RIR/80 prevê, art. 22, IX, a isenção do IR sob proventos de aposentados cuja aposentadoria foi motivada por moléstia grave, tais como as relacionadas no art. 178, III, da Lei nº 1.711/52, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Pelo exposto,

confirmando a liminar, concedo a segurança, para impedir a retenção do Imposto de Renda na fonte sobre os proventos de aposentadoria dos impetrantes, em relação aos impetrados, e, preliminarmente, para que a segunda autoridade impetrada não pratique qualquer ato no que tange ao lançamento ou cobrança de IR relativamente aos proventos de inatividade, após a revisão das aposentadorias dos impetrantes.»

Oficiando, a douta Subprocuradoria-Geral da República exarou o parecer de fls. 193/195, no qual conclui pela confirmação da sentença, após tecer as seguintes considerações (fls. 193/194):

«Conquanto nos pareça que a isenção em tela, a teor do artigo 111 do CTN, realmente só se possa deferir quando a aposentadoria tiver como causa determinante qualquer das moléstias previstas na legislação antes citada, estamos em que deve prevalecer a respeitável sentença de primeiro grau.

Há, nos autos, atos chanceladores do Tribunal de Contas da União quanto às isenções concedidas aos impetrantes, em verdadeira alteração do fundamento jurídico de suas aposentadorias. A supressão do benefício, assim, a pretexto de obediência ao dispositivo legal, importa em realidade na cassação mesma do ato da Corte, em atribuição que à toda evidência não se insere na competência do Dr. Delegado da Receita Federal.

Como salientou o ilustre colega Jair Bolzani, da Procuradoria da República no Estado do Paraná, «se não se cogitou de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade na transformação de suas aposentadorias, cujos proventos são inegavelmente os da aposentadoria motivada por acidente em serviço ou moléstias, como aquelas especificadas no art. 22, IX, do RIR-80, não há razão evidente para excluir estes últimos proventos do favor legal.»

Entendo que a sentença deu correta solução à espécie, pelo que me reporto à sua fundamentação para confirmá-la.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 112.026 — PR — (Reg. nº 7.903.618) — Rel.: Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Fed. da 2ª Vara-PR. Partes: Honório Aires de Carvalho, outros e União Federal. Adv.: José Machado de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença (Em 26-8-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

REMESSA EX OFFICIO Nº 127.318 — MG
(Registro nº 9.600.752)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Remetente: *Juízo de Direito de Campestre*

Parte Autora: *Ireno Teixeira Netto — Indústria e Comércio de Aguardente Rosa Branca*

Parte Ré: *União Federal*

Advogado: *Dr. Luís Zenun Junqueira*

EMENTA: Execução fiscal. IPI. Aguardente vendida sem selo de controle. Multa igual ao valor da mercadoria (artigo 376, I, do RIPI/82). Embargos. Erro de direito não comprovado. Rejeição.

Havendo sido constatado pelo fisco — sem contrariedade da autora — que houve venda de aguardente sem selo de controle, tem-se por legítima a aplicação de multa correspondente ao valor da mercadoria, como previsto no artigo 376, I, do RIPI/82.

Alegado erro quanto à interpretação de ato normativo da Receita Federal que restou não comprovado.

Caso em que foi considerado o valor mínimo do produto, não se podendo falar em excesso de rigor fiscal. Ausência de prova de que se trata de punição que ultrapassa a capacidade econômica do devedor.

Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, reformar 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, 25 de novembro de 1987 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz de Direito da Comarca de Campestre, Minas Gerais, acolheu embargos opostos por Ireno Teixeira

Netto — Ind. Com. de Aguardente Rosa Branca à execução que lhe move a Fazenda Nacional, por débito relativo a multa aplicada por pretensa irregularidade apurada no recolhimento do IPI, por reconhecer descabida a punição, já que se trata de contribuinte que não é reincidente e que não agiu com dolo, fraude ou má-fé, não havendo, por outro lado, prejuízo para a Fazenda.

Não houve recurso voluntário.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução fiscal. IPI. Aguardente vendida sem o selo de controle. Multa igual ao valor da mercadoria (art. 376, I, do RIPI/82). Embargos. Erro de direito não comprovado. Rejeição.

Havendo sido constatado pelo Fisco — sem contrariedade da Autora — que houve venda de aguardente sem selo de controle, tem-se por legítima a aplicação de multa correspondente ao valor da mercadoria, como previsto no art. 376, I, do RIPI/82.

Alegado erro quanto à interpretação de ato normativo da Receita Federal que restou não comprovado.

Caso em que foi considerado o valor mínimo do produto, não se podendo falar em excesso de rigor fiscal. Ausência de prova de que se trata de punição que ultrapassa a capacidade econômica do devedor.

Sentença reformada.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Revelam os autos que a Fiscalização, em diligência realizada no estabelecimento do Autor, constatou haver ele, em 1983, vendido 11.242 litros de aguardente, de sua fabricação, sem o selo de controle exigido por lei.

O fato não é negado pelo Autor, que procura justificá-lo com a alegação de erro de direito, consistente no entendimento de que a formalidade fora dispensada pela Fazenda Federal.

Não faz qualquer alusão ao ato administrativo que fora erroneamente interpretado, razão pela qual a escusa não pode ser considerada.

De acordo com o art. 376, I, do RIPI/82, está sujeita à multa, igual ao valor comercial do produto, a venda de produto sem o selo ou com emprego de selo já utilizado.

Trata-se de norma que incide no caso em tela, não havendo como censurar-se a sua aplicação ao caso, pelo Fisco. Por outro lado, não há que se dizer demasiadamente excessiva a multa, vez que a aguardente, para o seu cálculo, foi cotada pelo seu valor mínimo, como esclarecido no auto de infração (fl. 27). É de ter-se em conta, ainda, que a multa, no caso, tem como exclusivo critério de dosagem o valor da mercadoria, não havendo, pois, como se afirmar que, na hipótese presente, houve excesso de rigor em sua fixação.

Acrescente-se, ainda, não encontrar-se comprovado nos autos que se trata de punição que excede a capacidade econômica do Autor.

Ante o exposto, meu voto é no sentido da reforma da sentença, com a condenação do Autor nas custas.

EXTRATO DA MINUTA

REO 127.318 — MG — (Reg. 9.600.752) — Rel. Min. Ilmar Galvão. Remte.: Juízo de Direito de Campestre. Partes: Ireno Teixeira Netto — Indústria e Comércio de Aguardente Rosa Branca e União Federal. Adv.: Dr. Luís Zenun Junqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 25-11-87).

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