
JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.803-DF
(Registro nº 3.307.760)
(Matéria Constitucional)

Relator: O Sr. *Ministro Adhemar Raymundo*

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Raimundo Antonio Cavalcanti*

Remetente *Ex Officio: Juízo Federal da 2ª Vara — DF*

Advogados: Drs. *Rubem José da Silva e outros*

EMENTA: Processual Civil. Alçada. «Quantia além da qual não pode o Juiz julgar, ou se não pode recorrer». Sua disciplina na lei processual, ante inexistência, na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, de norma, que erija o princípio de duplo grau de jurisdição. Constitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 6.825/80.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria absoluta, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 6.825/80, vencidos os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza e Aldir Passarinho, 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 1982.

JARBAS NOBRE, Presidente — ADHEMAR RAYMUNDO, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO: Por Acórdão de fl. 109, decidiu a Egrégia 3ª Turma, deste Tribunal, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade, formulada pela União Federal, determinando a remessa dos autos, independentemente de Acórdão, ao Egrégio Tribunal Pleno.

Por despacho de fl. 113, despachou o Relator deste processo, dando vista ao Subprocurador da República.

Manifestou-se este às fls. 115/117 sobre a inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 6.825/80, argüida às fls. 81/82 pela União Federal, esclarecendo, preliminarmente, que a questão constitucional acima mencionada prende-se, evidentemente, à admissibilidade do recurso em tela, em face do valor dado à causa. Contudo, que o referido valor

não foi impugnado, no momento oportuno, com base no que dispõe o art. 261, do CPC, aplicável, subsidiariamente, ao processo trabalhista, por força do art. 769, da CLT, com o que, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, ficou presumida a sua aceitação pela reclamada e, por outro lado, preclusa a matéria.

Que, no que concerne à arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 6.825/80, tem-se que o dispositivo em tela, que modificou o sistema recursal previsto na legislação processual, quanto às sentenças proferidas pelos Juízes Federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, em que interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes a União, autarquias e empresas públicas, pretendeu, em verdade, desafogar a Justiça Federal, dando caráter definitivo àquelas decisões.

Por outro lado, que o princípio do duplo grau de jurisdição que orienta, de forma genérica, o sistema judiciário brasileiro é, apenas, deduzido de alguns dispositivos da Constituição, dentre eles o art. 112, não podendo ser encarado em termos de exigência inafastável, cujo descumprimento implique, necessariamente, inconstitucionalidade.

Quanto à alegada violação ao art. 122, inciso III, da Lei Maior, exsurge, claramente, da sua leitura, o entendimento, segundo o qual cabe ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais mas, evidentemente, apenas nos casos em que tais decisões sejam recorríveis.

Argumentou, finalmente, que «se os diplomas processuais, e as leis que os modificam, tornam irrecurável determinado tipo de decisão em função do valor da causa ou de outro fator qualquer, resulta, em conseqüência, que a prestação jurisdicional aí se esgota, sem que isso enseje, necessariamente, violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, ocorrendo isso, exatamente com o art. 4º da Lei nº 6.825/80, o qual, modificando a sistemática recursal quanto às decisões a que se refere, limitou aos embargos infringentes do julgado e aos embargos de declaração os recursos cabíveis.

Assim que, se das sentenças proferidas pelos Juízes Federais, na hipótese descrita no art. 4º em tela, não são mais admitidos recursos com efeito devolutivo, nenhuma é a violação ao art. 122, inciso III constitucional, eis que a expressão «em grau de recurso», nele contida, somente pode ser entendida quanto aos recursos que ensejam a devolução, ao órgão colegiado de 2ª instância da Justiça Federal, do conhecimento e do julgamento das causas em que são interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes da União, autarquias e empresas públicas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO (Relator): O Ministério Público Federal, por seu legítimo órgão, na apelação interposta da decisão monocrática que condenou a União a pagar a Raymundo Antonio Cavalcante a diferença de salário entre os empregos de Artífice e de Agente de Cinematografia e Microfilmagem, correspondente ao período de 25 de outubro de 1972 a 26 de março de 1979, arguiu a inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 6.825/80, «que privou a União, suas autarquias e empresas públicas, de submeterem em grau de recurso, ao Tribunal Federal de Recursos, as causas decididas pelos Juízes Federais, farpeando, de modo claro e inequívoco, espírito e corpo da norma constitucional». Arrima-se o douto Procurador da República, no seu arrazoado, no disposto no art. 122 da Carta Magna, que soa:

«Compete ao Tribunal Federal de Recursos ... III — julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais».

Transcrevo, na íntegra, o dispositivo atacado de inconstitucional: Artigo 4º, da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980.

«Das sentenças proferidas pelos Juízes Federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em

que foram interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponente, a União, autarquias e empresas públicas federais, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração».

Já se afirmara, com propriedade, que o direito público ou privado tem as suas raízes no direito constitucional. Não foi sem razão que o grande Jellinek considerou o direito constitucional ou a teoria geral do Estado como «a base fundamental do ordenamento jurídico estatal no moderno Estado de Direito». A lição maior, emanada do ensinamento do mestre tedesco (Dottrina Generale del Diritto dello Stato, pág. 9), torna claro que «os princípios e institutos pertencentes aos diversos ramos do direito, são, em última análise, pela sua natureza, princípios e institutos do direito constitucional». Reproduzo passo da obra de Renzo Provinciali, intitulada «Norme di Diritto Processuale nella Costituzione» — Milão — 1959 — págs. 10/11).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estatui normas que, pela sua natureza, são, em verdade, «pressupostos fundamentais do Direito Processual Brasileiro». A igualdade de todos perante a lei, de cuja preceituação exsurge a igualdade das partes em frente ao Juiz; a tutela do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como a proteção constitucional do direito adquirido, no qual se incluem os direitos processuais; a impossibilidade de ser excluída do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, a proteção da liberdade individual, proibindo a prisão fora do flagrante e dos casos permitidos em lei; a obrigatoriedade da individualização da pena; a ampla defesa assegurada aos acusados; a proscrição do foro privilegiado; a estatuição das ações de Habeas Corpus e do Mandado de Segurança; a contraditoriedade da instrução criminal, dentre outros.

Merecem especial destaque os princípios do Juiz natural e do devido processo legal, incluídos dentre os princípios informativos do processo, sob a denominação de políticos. O primeiro, do Juiz natural, está consagrado no § 4º, do art. 153, pelo qual «somente é Juiz, quem assim se configura entre os órgãos do Estado, pela Constituição», porque defeso criar-se órgão jurisdicional, que não esteja previsto na lei maior para decidir litígio sobre lesão a direito individual (Apud Frederico Marques — A Reforma do Poder Judiciário — pág. 73).

Ao lado desse princípio, o do devido processo legal. Já assinalara o grande Calamandrei que o escopo do processo é «garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade do cidadão». Na esteira desse pensamento, o de Grispigni, quando salientara que a atuação do Juiz é acima de tudo garantia contra o arbitrio.

Encarado o processo, do ponto de vista teleológico, busca-se a garantia dos direitos humanos, vida, liberdade, e propriedade. Destarte, assegura-se, nos termos da Lei Maior, a tutela jurisdicional a quem «pretender a restauração do direito lesado». A jurisdição, portanto, visa a tutela de ordem jurídica e dos direitos individuais. E, conseqüentemente, há de se incorporar a essa proteção o devido processo legal. Por isso, a oportuna advertência de Frederico Marques, (Ob. cit., pág. 100) quando assinala que «de nada adiantaria ver assegurada a tutela jurisdicional, se, implicitamente, também, não se garantisse o devido processo legal».

O processo, como meio de atuação da jurisdição, há de assegurar «o livre acesso dos particulares aos tribunais, e o direito de defesa», num contexto procedimental, previamente disciplinado por normas legais, que o estruturam. Assegura-se a tutela invocada, por meio de uma série de atos, que confluem para um fim único, qual seja dizer do direito em cada caso concreto. As garantias constitucionais asseguram ao autor e ao réu prerrogativas que afastam, de pronto, cerceamentos aos seus direitos, de modo a que o direito de ação e o da defesa não sejam atingidos ou golpeados. Superestimados devem ser os direitos processuais subjetivos, pois o cerceamento de qualquer deles ainda que promane de norma legal, representa frontal oposição ao contraditório, que, pela sua importância, se incorpora ao princípio político do devido processo legal.

O processo há de ser «informado pelos superiores princípios de justiça». E não é processo legal o que se apresenta deformado, de modo que impossível alcançar os seus superiores objetivos, se os atos que o compõem não possam assegurar a garantia do direito individual.

Será que o princípio do duplo grau de jurisdição se incorpora aos princípios políticos? A doutrina, no Brasil, entende que o princípio referido está insito no nosso sistema constitucional. A obrigatoriedade de se instituir o duplo grau de jurisdição resultou, não de um imperativo de ordem lógica, mas de ordem política, na observação de Batista Martins.

Mas, ainda que admitam a sua consagração como princípio político, alguns dos defensores da tradicional fórmula, «provada e aprovada, de possibilitar a correção dos erros em que o Juiz haja incorrido», não no concebem como absoluto. Exemplo dessa sadia orientação é o ensinamento de Moniz de Aragão, ao prelecionar:

«Esse princípio, entretanto, não é absoluto, coexistindo limitações impostas pela lei, como ocorre entre nós, nas causas de alçada e nos processos da competência originária dos tribunais, fato que assume maior grau de absolutismo, quando a competência originária é do Supremo Tribunal Federal» (Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no Código de Processo Civil, pág. 108, Curitiba, 1959).

A limitação ao princípio do duplo grau de jurisdição decorre, em primeiro lugar da alçada. À norma geral, pode a lei ordinária, tendo em vista o valor da causa, estabelecer uma restrição ao direito de recorrer. Por alçada há de se entender, «a quantia além da qual não pode o Juiz julgar ou se não pode recorrer (Mario Guimarães — O Juiz e a Função Jurisdicional — pág. 59). Ou na lição do grande João Mendes (Direito Judiciário Brasileiro — pág. 48, Ed. 1940 — Freitas Bastos), alçada é a quantia além da qual o Juiz não pode conhecer e julgar uma causa, ou a quantia dentro da qual o Juiz em única instância e sem recurso ou mesmo julgando em segunda instância, desta não há recurso para terceira, isto é, a alçada é, ou a quantia além da qual um Juiz não pode conhecer ou julgar, ou a quantia dentro da qual o Juiz julga sem recurso.

Essa limitação, a meu ver, **data venia** dos que pensam em contrário, não fratura o princípio do devido processo legal. Este, como exposto linhas acima, há de pressupor um modelo que não sacrifique direitos processuais subjetivos, quais os relacionados com o direito de ação e da defesa. Se entre os que integram esta, está o de recorrer, se vencido no pleito, a interposição para o próprio julgador, sem a devolução para uma instância superior não o cerceia, porque, em verdade, há exercício do direito de recorrer. Se a lei processual pode disciplinar a alçada, estabelecendo-a com limite do poder de julgar, também pode esta mesma lei ordinária considerar a alçada como limite, dentro do qual o Juiz julga sem recurso para órgão superior. A impossibilidade de assim estatuir só existe, quando, expressamente, a norma constitucional, erigir como dogma o princípio do duplo grau de jurisdição. E, positivamente, não enxergo em qualquer das normas do artigo 153, da Constituição Federal o cânon consagrador do referido postulado. A Constituição Imperial, de 1824, no artigo 158, consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição. Mas, as posteriores não se referiram ao postulado em exame, o que, contudo, não impede que se admita que, de modo implícito, ele esteja contido no princípio do devido processo legal. A regra geral há de ser a apelabilidade das sentenças, possibilitando o reexame da causa pela instância superior. A lição de Ada Pellegrini tem o meu apoio, quando a mestra adverte que «todos aqueles que ingressam em Juízo devem ter, em igualdade de condições, a possibilidade de pleitear a revisão da sentença, por um tribunal hierarquicamente superior» (O Processo em sua unidade — pág. 43).

Mas, no silêncio das Constituições Republicanas, prevalecendo o entendimento de que, de regra, o devido processo legal pressupõe a duplicidade de jurisdição, admitir-se-á a supressão do segundo grau, nas causas de pequeno valor. Vale conhecida a lição de

Frederico Marques, ao dizer: «O princípio do duplo grau de jurisdição, em muitos casos, está implícito no postulado do devido processo legal. Por isso, só se admite a supressão do segundo grau de jurisdição, quando não coletivo, sim, monocrático, o órgão jurisdicional inferior, nas causas de pequeno valor (Manual — 1º, pág. 78, nota nº 7).

A violação do princípio do devido processo legal está, portanto, na criação do Juiz único. A exceção contida no artigo 4º, da Lei nº 6.825, tem a sua ratio assendi no fato de ter o legislador procurado aliviar este Tribunal de uma sobrecarga de trabalho. Reconheço a injustiça criada, porque, em última análise, há, em muitos casos, manifesta desigualdade. Mas, entre a injustiça que da norma possa advir, pelo seu caráter limitativo, e a afronta à norma constitucional estatuidora dessa obrigatoria duplicidade de jurisdição, em qualquer hipótese, há indiscutível diversidade.

A alçada sempre foi o objeto de disciplina normativa, ínsita em lei ordinária. Alçada, com quantia para limitar o poder de julgar e o uso do recurso. Em decorrência da inexistência de norma constitucional sobre o postulado do duplo grau de jurisdição, a matéria passou a ser disciplinada pelas leis ordinárias. O velho Código de 1939 estatuiu a duplicidade de jurisdição, sempre que o sucumbimento derivar de decisão do primeiro grau, como ainda perdura. A regra, portanto, é a possibilidade de recurso das sentenças que põem fim ao processo, para que estas na instância superior, sejam reexaminadas. Como exceção a essa regra geral, estabeleceu o legislador ordinário, de 1939, o Juízo único, nas causas de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros (art. 839 do antigo Código). Do mesmo, no setor do Direito do Trabalho, a Lei nº 5.584, de 26-6-1970, art. 2º § 4º, ao estatuir a inadmissibilidade de qualquer recurso para as causas de alçada de valor igual ou inferior a 2 vezes o salário mínimo.

A instância única fora restabelecida, porque, na vigência da Carta Política de 1937, esta não se referia à obrigatoriedade do postulado, do duplo grau de jurisdição. O mesmo se diz, com relação ao texto atual, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Deflui da assertiva a possibilidade de o princípio, instituído pela lei ordinária, ser por outra derogado. O legislador comum se atém, no particular, a disciplinar matéria que se agrega à competência, obrigatoriamente incorporada às normas do Código de Processo.

A possibilidade de limitação à regra geral da duplicidade de jurisdição, foi registrada por Carnelutti, para demonstrar que inexistente desvirtuamento do sistema do devido processo legal. Escreveu o insigne mestre: «Em princípio, pode ocorrer que não se admita nenhuma impugnação de uma sentença; o Código de procedimento civil não prevê algumas dessas sentenças, mas não se impede que o disponham assim as leis especiais». (Instituciones del nuovo processo civil italiano — pág. 416 — trad. espanhola — Barcelona — 1942).

José Carlos Barbosa Moreira (Com. CPC, Vol. V, pág. 223 — Forense — 1976) assevera: «Vale observar que, embora a doutrina tenda a considerá-lo (refere-se ao princípio do duplo grau de jurisdição) ínsito em nosso sistema constitucional, a Carta da República, no particular, não ministra qualquer conceito que se imponha ao legislador ordinário, nem mesmo alude, **expressis verbis** ao princípio».

Frederico Marques, no seu Manual — Vol. 1º, pág. 77, acentua: «Vigora no direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais». E acrescenta que essa exceção ao postulado é admissível nas causas de pequeno valor.

O direito positivo brasileiro criou a limitação, inserida no texto apontado como inconstitucional. Do exposto, dada a inexistência de texto constitucional que a impeça, a derrogação à regra geral que retira a possibilidade de reexame da causa pela instância superior, cuja obrigatoriedade para essa tarefa não dimana da Constituição, é norma do nosso direito escrito. O direito vigente consagra a exceção, que confirma a regra da

apelabilidade das sentenças dos Juizes Federais para este Tribunal. O absolutismo da regra é que não existe, porque com ela coexistem limitações impostas pela lei, a qual não se afasta de nenhum preceito constitucional.

Inconstitucional seria a lei que retirasse da normalidade dos casos a incidência normativa do artigo 122 n.º III da Constituição Federal. A exceção criada pela lei ordinária não fratura o texto constitucional. Perdura a regra geral. Admissível a exceção, que dimana de lei, vez que esta pode criar essa limitação, tendo em vista o valor da causa, ante a falta de norma constitucional «que se imponha ao legislador ordinário».

Assinalo, por último, que a inexistência de norma constitucional no particular, guarda perfeita compatibilidade com a estatuição da lei maior, ao fraturar, explicitamente, a regra geral da duplicidade de jurisdição, ao criar a instância única, nos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Dir-se-á também, que a Constituição vulnerou o princípio do devido processo legal, retirando das partes a oportunidade de invocar outra jurisdição para o reexame da causa. Ao adotar esse sistema, por considerar, na hipótese, uma necessidade o princípio da competência originária desse órgão maior, o legislador constituinte comprovou que, em casos excepcionais, imperiosa a quebra do postulado da dupla jurisdição. Em razão do preceito constitucional, Jorge Americano discorreu sobre a matéria, *in verbis*:

«Quebra-se no presente artigo (referia-se ao art. 839 do Código de 39), a sistemática do Código, em matéria de dupla jurisdição, a qual também em outro ponto é quebrada, na matéria constitucional de processos originários do Supremo Tribunal Federal, e na ação rescisória, da competência originária dos Tribunais Superiores. Nesses casos, a falta de dupla jurisdição tem por motivo necessário, o princípio da competência originária dos Tribunais Superiores: não há para quem recorrer» (Com. ao CPC, Vol. 4.º — pág. 47 — São Paulo — 1960).

Na esteira destas páldas considerações, considero constitucional o artigo 4.º, da Lei n.º 6.825, de 22 de setembro de 1980.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, tenho já, até mesmo como Relator, na Eg. 4.ª Turma, perfilhado várias vezes o entendimento que aplica o art. 4.º, da Lei n.º 6.825, de 22-9-80 (deixando, pois, de suscitar a inconstitucionalidade desse preceito).

Assim tenho agido como que dominado pela impressão que guardo em meu espírito, de que a argüição certamente esbarraria em resistência unânime, não somente desta Corte...

Entretanto, explicitamente provocado pelo incidente, não posso arredar de minhas convicções que nem mesmo o esplêndido voto que todos acabamos de ouvir com a maior atenção logrou abalar, a despeito de sua elegante fundamentação.

Como a matéria é daquelas que há muito me preocupam, dispenso a vista dos autos e me animo a alinhar dois ou três argumentos que me levam a palmilhar rumo diametralmente oposto ao eleito pelo eminente Relator.

Na verdade, o debate deste tema é antigo.

Em doutrina, tem-se sustentado que o direito de recorrer não se reveste de autonomia. A opinião segundo a qual o recurso corresponderia a direito autônomo é francamente minoritária, na literatura processual brasileira e alienígena.

Acabamos de ouvir transcrição (aliás adequadíssima) de tópico colhido em Carnelutti. Vale a pena acentuar que o ilustre processualista foi muito cuidadoso no emprego das palavras, tanto que ressaltou: «Em princípio, se admite que a lei ordinária suprima o duplo grau».

Tratou do tema, por conseguinte, em princípio (isto é, em ciência); e, quando se reportou ao direito positivo, referiu-se à lei ordinária, a suprimir o duplo grau...

No Brasil, entre os que maior relevo conferem ao fundamento constitucional dos institutos processuais, merece menção Frederico Marques. Ao ferir o assunto que ora nos ocupa, numa de suas obras o ilustre jurista pátrio recorda expressões de Pelegrino Rossi, que vê a Constituição como «tête de chapitre» de todos os ramos da ciência do direito, porque todos eles se abeberam em sua seiva.

A doutrina segundo a qual o direito ao recurso é apenas dependência ou projeção do direito de ação (e, portanto, destituído de autonomia), correta, embora, sob o prisma da ciência, no entanto, somente pode ser sancionada pelos tribunais enquanto se conciliar com o disposto, entre nós, pela lei maior.

Ora, a Constituição contém pelo menos duas espécies de normas: as orgânicas e as dogmáticas. Estas estabelecem os princípios ou diretrizes a serem atendidos pelos órgãos que ela mesma institui ou prevê, dentro dos limites por ela demarcados.

Não se restringe, portanto, a Constituição, apenas a erigir os órgãos do Estado e a distribuir por eles as atribuições necessárias à realização dos fins do estado.

Referindo-se ao art. 839, do Código de Processo Civil de 1939, observou Frederico Marques:

«Nas causas de valor igual ou inferior a Cr\$ 2.000,00, não funciona o princípio do duplo grau de jurisdição e sim, o do duplo exame. É que, nos termos do art. 239, do CPC, contra sentenças proferidas em causas desse valor monetário «só se admitirão embargos de nulidades ou infringentes do julgado e embargos de declaração» (Instituições de Direito Processual Civil, ed. Forense, IV/264)».

E prossegue:

«Não nos parece louvável tal norma, visto que dá ao juiz de primeira instância um arbítrio desmesurado e incontrolável, o que em nosso sistema de juízo monocrático ou magistrado único, nada tem de aconselhável. Felizmente, com a inflação reinante, difícilíssimo será aparecer causa de tão ínfimo valor, Cr\$ 2.000,00».

Afinal, conclui que, graças à inflação, o preceito se tornou, praticamente, «letra morta».

É, a meu ver, o que esclarece que a jurisprudência, ao longo da vigência do Código de 1939, tenha descartado o tema da inconstitucionalidade daquele preceito. Entre nós, ninguém é completamente estranho àquela quadra da vida brasileira, em que a alçada («limite além do qual certos juizes não podem julgar; ou, então, dentro do qual julgam sem recurso», na lapidar definição de João Mendes, recordada pelo ilustre Relator) perdeu significação prática, dada a inalterabilidade do quantitativo adotado como limite.

Hoje, a norma legal tem diverso teor: amarrou-se a valor variável, o das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

Neste caso, como ler, como interpretar a Constituição?

O dispositivo invocado (art. 122, III), ao estabelecer o Tribunal Federal de Recursos como competente para julgar, em segundo grau, as causas julgadas pelos juizes federais, constitui norma meramente orgânica? Ou se trata de norma de conteúdo?

No primeiro caso, isto é, a Constituição estaria a dizer apenas que, havendo recurso, o competente será o Tribunal (sem, no entanto, nada garantir quanto ao direito aos recursos). Até onde poderá ir, por esse rumo, legislador?

Até 50 ORTNs? Até 200? Ou até 1.000?

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: V. Exa. me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Com todo o prazer!

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: V. Exa. citou o art. 122, III, da Constituição Federal, que diz competir ao Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais. Perguntaria eu: E se não houver recurso? — É evidente que o Tribunal não irá reexaminar a causa. Então, não é absoluto o princípio do duplo grau de jurisdição. Não se deve interpretar a norma literalmente.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Vejo que V. Exa. adota interpretação estritamente formal ou orgânica do preceito constitucional a que me reporto.

Permito-me recordar, no entanto, que o mesmo seria de dizer quanto à garantia constitucional de ação; ou seja, demanda quem quer...

O que a Constituição, entretanto, garante é que quem quiser agir haverá de encontrar Tribunal pronto a ouvi-lo...

Também a garantia de recorrer ao segundo grau de jurisdição reside nisto, em que o Tribunal foi instituído para esse fim; e que, onde quer que algum litigante, vencido, queira recorrer (segundo as possibilidades que a lei processual contempla), será admitido a fazê-lo, dirigindo-se ao Tribunal.

Como vê V. Exa. e como vêm meus eminentes Pares, defendo interpretação volta-da a extrair o conteúdo valorativo (e não apenas formal) da norma constitucional, a par da interpretação de sentido meramente orgânico do citado art. 122. Da mesma forma como também a preconizo em relação ao art. 144, que trata dos Tribunais e Juizes Estaduais.

Meu entendimento é o de que, se a Constituição estabeleceu até mesmo para os estados-membros a instituição de tribunais de justiça (e também de alçada), ela não se limitou a enunciar princípio meramente orgânico, segundo o qual os recursos (de apelação, de agravo, etc.) devam subir ao tribunal; ou que este é o competente para julgá-los. Ao assim dispor, a lei maior foi além e assegurou o direito do vencido ao reexame de questões ou de causas em segundo grau de jurisdição por órgão diverso daquele que se pronunciou em primeiro grau.

Em outras palavras, a Constituição estabeleceu, por decisão política, o princípio que entendeu indispensável às conveniências da justiça. Muito embora não devamos presumir que as sentenças sejam erradas (ao contrário, elas se presumem certas e justas), contudo, devemos também admitir o risco de erro e de injustiça: de erro, na condução do processo; de injustiça, na decisão da causa. Afigura-se, pois, extremamente discriminatório o dispositivo legal que relega certas causas ao risco de receberem decisão errada ou injusta, tão-somente em razão de seu valor patrimonial, ao ficarem excluídas da apreciação do órgão de segundo grau por se entender diminuta a expressão monetária do interesse deduzido no processo.

Compreendo que a justiça, entre nós, atravessa, há décadas, situação crítica: seria fechar os olhos para a realidade tentar dissimular a gravidade da crise que vimos experimentando (a qual, em verdade, constitui reflexo da evolução histórica pela qual o Brasil vem passando, em face do espantoso crescimento populacional, da expansão da fronteira agrícola com a conquista de amplas porções do território e da diversificação da indústria, tudo, por sua vez, a espalhar o desenvolvimemto da ciência e da técnica e determinar a multiplicação de litígios cada vez mais complexos).

Que fazer, diante disso?

Enfrentar com realismo, perseverança e firme disposição de distribuir justiça às deficiências da justiça; propor, à luz de reflexão madura, consciente e aberta aos mais amplos setores da sociedade as providências adequadas.

E não, aceitar passivamente, como solução satisfatória, a propalada criação de uma justiça para as pequenas causas (ou seja, para os pobres, para os que vivem nos bairros mais distantes das cidades), a qual, certamente, exhibirá, além das deficiências que já vêm obstruindo a prestação jurisdicional, ainda, por acréscimo, aquelas outras,

talvez mais graves, próprias de organismo novo que nada nos autoriza antever realmente aparelhado para os seus fins.

Parece-me que o Poder Judiciário, mesmo quando julga esta ou aquela causa (e máxime quando afirma a constitucionalidade) tem a oportunidade de fazer ouvir sua palavra de ponderação para que possa repercutir nos outros poderes da República no momento de preparar anteprojetos de providências legislativas, para que estas possam mostrar-se adequadas a conjurar a crise e a assegurar o acesso do povo aos Tribunais. Notadamente em tema como este, nos órgãos da jurisdição precisam exprimir seu pensamento, sob pena de grave omissão.

Compreendo que o entendimento que preconizo não contribui para o alívio de nossos encargos.

Não vejo, porém como contornar a realidade; nem me animo a ladear os grandes princípios que promanam da Carta Maior e que dizem com o anseio do povo de ouvir a palavra dos seus juizes e de saber que, para resolver seus litígios, há juizes e tribunais no Brasil.

É extremamente arriscado dizer que determinadas causas, em razão de seu valor patrimonial, devam ter sua decisão encerrada perante o juiz monocrático, dada a impossibilidade de o Poder Judiciário de nossa terra dizer palavra exaustiva de justiça, como faz nas causas de maior valor, tudo a pretexto de congestionamento de nossos tribunais.

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: V. Exa. me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: A argumentação de V. Exa. é brilhante, mas não quero me furtar ao prazer de pedir um aparte para outro esclarecimento. V. Exa. diz que talvez não seria justo, ou não se atenderia ao mandamento condicional, se se deferisse tão-somente ao juízo monocrático o julgamento de causas de pequeno valor, V. Exa. lembrou — e é certo —, que para alguém ingressar na magistratura, tem de preencher vários requisitos: prática da advocacia, concurso de provas e de títulos, participação da banca examinadora de um representante da Ordem dos Advogados, no caso da Justiça Estadual. Presume-se, por isso, que quem ingressa na magistratura de primeiro grau reúna todas as condições morais e intelectuais, para que possa bem aplicar a lei aos casos que lhe forem submetidos.

Perguntaria, então, nessa linha de raciocínio, se o nosso Tribunal, tomando uma decisão numa causa importante, num Mandado de Segurança, por exemplo, essa decisão estaria sempre e obrigatoriamente sujeita à apreciação do órgão de cúpula do Poder Judiciário, que é o Egrégio Supremo Tribunal Federal? — Entendo que não!

Por aí V. Exa. vê que não é absoluto o princípio do duplo grau de jurisdição.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Ministro Lauro Leitão, quando a Constituição prevê o recurso extraordinário; ou quando o Código de Processo Civil prevê os recursos ordinários, estabelecem também os respectivos pressupostos.

A Constituição, dizia eu, concedeu o recurso. Em doutrina se diz que o recurso é mera dependência do direito de ação, pois não tem existência própria. Estou de acordo; mas a nossa Constituição garantiu certos recursos; e no ponto em que os garantiu, fala mais alto do que qualquer doutrina.

Então, impõe-se reconhecer que não podemos deixar de ler a Constituição, sem levar a sério o que decorre de seus imperativos. Claro que, em certos casos, a Constituição não assegura recurso extraordinário. Que fazer? Foi a Constituição que assim decidiu. Outra questão é entender que o legislador ordinário possa restringir a garantia de acesso aos Tribunais, que a Constituição outorgou quando os criou; e que o Código de Processo Civil assegurou, ao regular o recurso de apelação, sem estabelecer o limite que ora se discute.

Eu pediria ao Senhor Ministro Lauro Leitão que ponderasse sobre este aspecto.

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Pediria a V. Exa. que me dissesse onde a Constituição assegura, obrigatoriamente, o duplo grau de jurisdição, em todas as causas decididas por juizes de primeira instância.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Não é bem isso o que disse. Enquanto em doutrina se diz que o recurso não é um direito, que direito é o de ação, re-dargúo que a Constituição criou certos recursos, pois explicitamente os enumerou; ou, ainda, porque criou Tribunais cuja razão de existir, segundo sua história, segundo sua tradição, é julgar precisamente estes recursos, na forma das sucessivas leis nacionais de processo que temos tido e praticado ao longo de nossa história.

Assim, o Código de Processo Civil de 1973 não cuidou, não admitiu essa restrição; quer dizer, aquela lei processual nacional, fruto de uma década de reflexão e de debates, não admitiu o que uma lei de emergência (a Lei nº 6.825, de 22-9-80), destinada a desafogar o Tribunal Federal de Recursos, veio a dispor.

A Constituição deve ser lida no seu conteúdo pragmático, na enunciação dos seus valores. Se hoje admitimos que a lei pode excluir do reexame através de apelação, causas de até 50 ORTNs, admitimos que possa, também, futuramente, excluir causas de 100 ORTNs, ou de 200, ou de 1.000, consoante a crise do Poder Judiciário se agrave, ao invés de encontrar solução...

Nesta ordem de idéias, poder-se-ia indagar: se a lei ordinária, ao invés de se conter apenas em tema de valor, passa a matérias outras, como ações possessórias, ou consignatórias, ou de estado e outras que tais, e ações sobre contratos de seguro, ou contratos?

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Desde que a Constituição não proíba, expressamente, a lei será válida, será constitucional. O legislador também pratica atos em nome da soberania nacional ou popular. Sabemos que a Constituição é a expressão da soberania popular. O Judiciário também pratica atos em nome da soberania popular ou nacional.

V. Exa. também falou em prestação jurisdicional. Reclama-se tanto pela morosidade da Justiça. Esta lei, que ora se averba de inconstitucional, sabe V. Exa., foi precedida de estudos elaborados por uma comissão interministerial, com a participação do Conselho da Justiça Federal, com a participação do Ministério da Justiça, do Ministério do Planejamento, do Ministério da Fazenda, através de seus órgãos técnicos. Além disso, em sua tramitação no Congresso Nacional, o projeto passou pelo crivo do controle prévio de sua constitucionalidade, quando recebeu parecer das Comissões de Justiça da Câmara e do Senado.

Então, a presunção é de que esta lei é constitucional. Tal princípio, aliás, é observado em todos os Estados de Direito. Daí por que não se decreta a inconstitucionalidade de uma lei, senão quando ela for manifesta, insuscetível de qualquer dúvida.

Agradeço a gentileza de V. Exa. em me haver concedido o aparte.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Agradeço, Senhor Presidente, os apartes do Senhor Ministro Lauro Leitão e peço escusas por me haver alongado. Com a vênia de meus eminentes Pares que pensam de modo diverso, mui especialmente do eminente Senhor Ministro Relator, concluo sustentando a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 6.825, por entender que, no Brasil, ao assegurar recursos a tribunais (na medida em que o faz) a Constituição não pode ser objeto de restrições inspiradas em dificuldades momentâneas do Poder Judiciário. Ao contrário, o que se impõe é encaminhar as providências adequadas para que o Poder Judiciário possa distribuir a todos a melhor justiça. É no contexto destas idéias e destas convicções, que dizem com as garantias dos direitos humanos (mesmo dos humildes) que penso deva a Constituição ser lida e interpretada, para que ela seja o guia dos nossos pretórios.

Acolho a arguição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEREIRA DE PAIVA: Sr. Presidente *data venia* do pronunciamento que acabamos de ouvir do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, fico de acordo com o voto do eminente Relator, que esgotou a matéria em todas as suas nuances.

Dou pela constitucionalidade do art. 4º da Lei nº 6.825.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Argüi-se de inconstitucional o artigo 4º da Lei nº 6.825, de 1980, que só admite embargos infringentes do julgado e embargos de declaração das sentenças proferidas pelos juizes federais em causas de valor igual ou inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Pretende-se que o dispositivo fere, de modo inequívoco, o artigo 122, item III, da Constituição Federal, que fixa a competência deste Tribunal para «julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais».

O eminente Relator afasta a eiva apontada.

Sua Excelência, após lembrar ter sido sempre a alçada, entre nós, «objeto de disciplina normativa, ínsita em lei ordinária», ressalta, arrimado no magistério de Carnelutti, que não se desvirtua o sistema do devido processo legal com a limitação à regra do duplo grau de jurisdição. Inconstitucionalidade haveria, observa, se a lei retirasse da normalidade dos casos a incidência normativa do preceito constitucional. «A exceção — enfatiza — criada pela lei ordinária não fratura o texto constitucional. Perdura a regra geral. Admissível a exceção que dimana da lei, vez que esta pode criar limitação, tendo em vista o valor da causa, ante à falta de norma constitucional «que se impunha ao legislador ordinário».

Com essas conclusões, informadas em segura fundamentação, brilhantemente exposta, ponho-me de inteiro acordo.

Também não vislumbro, ao reexame da matéria, descompasso entre a norma da lei ordinária e o comando constitucional que se diz afrontado.

Com efeito, não pode ser tomado em sentido absoluto o regramento da Lei Maior que submete à apreciação desta Corte as causas julgadas pelos juizes federais. Tal exegese não se harmonizaria com a tradição do nosso direito, que, como anotado pelo ilustre relator, sempre admitiu a alçada. Não seria plausível entender, *data venia*, tivesse o legislador constitucional o propósito de vedar a alçada apenas nas causas decididas pelos juizes federais, abrindo uma exceção injustificável à margem do nosso ordenamento jurídico.

Em verdade, o texto fundamental, ao declarar a competência do Tribunal, não obsta que a lei ordinária institua limitações ao princípio do duplo grau de jurisdição, retirando determinadas causas do reexame da instância superior. Ao invés, poderá, validamente, fazê-lo, objetivando a pronta prestação jurisdicional, quando o aconselham, eventualmente, as necessidades do mecanismo judiciário. E isso, a meu ver, sem que a obstaculize qualquer empecilho constitucional.

Ao cabo, permito-me não comungar com a preocupação dos que vêm, na faculdade reconhecida ao legislador ordinário de estabelecer alçada, a porta aberta à derrogação do princípio da revisão recursal. É que a alçada, ditada no interesse da aplicação da justiça, visa, em última análise, agilizá-la, impedindo a plethora de recursos em causas de pequena expressão econômica. Informa-a, pois, uma realidade econômica e seus parâmetros se ajustam ao valor da moeda, em determinada época. Por conseguinte, a lei, que a pretexto de discipliná-la, extrapolasse ab absurdo êsses propósitos, seria uma lei sem eficácia.

Com essas ligeiras considerações, reportando-me ao erudito voto do ilustre Ministro Relator, igualmente tenho como constitucional o mencionado artigo 4º. da Lei nº 6.825, de 1980.

É o voto

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Conforme ressaltou, em seu excelente voto, o ilustre Ministro Relator, houve lei (CPC de 1939, art. 839), que inseriu norma estabelecendo alçada, para o efeito de submeter sentença a embargos infringentes para o próprio Juiz da 1ª instância, que vigorou, sem que se houvesse argüido — e muito menos proclamado — ao que sei, a respectiva inconstitucionalidade. A *ratio legis* era, então, a necessidade de descongestionar os Tribunais de Justiça nos Estados.

Trata-se, portanto, de regra disciplinadora da política judiciária, visando, também, a acelerar a prestação jurisdicional.

A crer-se na inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 6.825/80, inconstitucional também seria a de norma semelhante presente na Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80, artigo 34 e parágrafo).

O princípio enunciado no inciso III do artigo 122 da Constituição Federal, não é obstativo da alteração estabelecidora da alçada por lei ordinária.

Inexiste, na Carta Magna, disposição tornando obrigatório o duplo grau de jurisdição, matéria disciplinada na legislação processual. Houvesse tal preceito na Constituição, aí, sim, teriam razão aqueles que se referem à interpretação substancial, de conteúdo, da norma. Todavia, o caráter formal do inciso III, do art. 122, da Lei Maior, é evidente, *data maxima venia*.

Como não vislumbro a inconstitucionalidade suscitada, voto de acordo com o eminente Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, não ouvi o relatório, desde que, à sessão em que se iniciou o julgamento, não estive presente. Mas, a esta altura, considero-me apto a abordar o tema.

Acima-se de inconstitucional o art. 4º da Lei nº 6.825/80, ao argumento de que está a reduzir a competência recursal desta Corte, prevista no art. 122, inciso III, da Constituição. Penso, porém, que é inerente às garantias individuais velar pela rápida solução dos litígios. Nesse sentido, invoco o § 36 do art. 153, da Lei Maior, segundo o qual «a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ele adota». Ademais, é a própria Constituição que assegura o direito de petição (art. 153, § 30) e o acesso ao Judiciário (art. 153, § 4º). E, ao fazê-lo, visa que as soluções dos litígios se dêem de forma eficaz. Tal eficácia ficará profundamente comprometida com a postergação da sua solução pelo Judiciário. Por isso é que o legislador editou o texto legal tachado de inconstitucional, devendo o Judiciário interpretá-lo na consonância do seu objetivo, que, consoante se depreende, se harmoniza com o espírito da Constituição, ao invés de contrariá-lo.

Assinalo, porém, que, ao assim decidir, não estou a excluir a competência desta Corte para examinar as apelações interpostas em causa de alçada, versando sobre matéria constitucional.

Conforme se sabe — e muito bem abordou o eminente Ministro Aldir Passarinho em seu douto voto — o artigo 4º dessa Constituição está a ampliar, sensivelmente, o poder dos Juizes Federais. A meu ver, porém, tal ampliação está sujeita a um limite, is-

to é, os Magistrados de primeiro grau jamais terão poderes para dar a sua última palavra em matéria constitucional. Em matéria constitucional cabe tão-somente ao Colendo Supremo Tribunal Federal dizer, em definitivo, sobre tal tema. Nesse sentido, recorde-me de que em época não muito remota foi levada à consideração do Supremo Tribunal Federal a questão da inconstitucionalidade atinente a processo de execução trabalhista. Lembrem-se os eminentes Ministros que a matéria referente à execução trabalhista morre em segunda instância, isto é, no Tribunal Regional do Trabalho. Das decisões proferidas em primeiro grau, cabe agravo de petição, decidido em última instância, segundo dizia o texto legal, pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Ocorre que, em certos casos, argüia-se, nos recursos interpostos, questões acerca da inconstitucionalidade da lei. Se a matéria se exaurisse no âmbito do Tribunal Regional, o Supremo Tribunal não poderia apreciá-la, porque, segundo o art. 119, inciso III, da Constituição, só cabe Recurso Extraordinário das decisões proferidas pelos Tribunais. E, em se tratando de matéria trabalhista, só cuidando-se de matéria constitucional decidida pelo TST (art. 143).

Ora, diante disso, o que entendeu o Supremo Tribunal Federal construtivamente? Entendeu que em execução trabalhista cabe Recurso de Revista para o TST e daí Recurso extraordinário para o Supremo. Por isso, em face do princípio adotado por esse julgador (RE 89.145-PA, RTJ 89/306), entendo que, em tema de alçada prevista no texto legal, ora acimado de inconstitucional, há de se aplicá-lo com essa ressalva: em se tratando de matéria constitucional, cabe apelação para essa Corte, a fim de se propiciar o recurso extraordinário até a nossa Colenda Suprema Corte.

Em conclusão: declaro constitucional o art. 4º da Lei nº 6.825/80, mas o faço com uma ressalva, isto é, não aplico a alçada quando se questionar matéria constitucional relevante.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Sr. Presidente, o princípio consagrado é o do duplo grau de jurisdição. Sobre isso já se externaram os Srs. Ministros Relator e Romildo Bueno de Souza, mostrando que a doutrina, com embasamento nos princípios que regem as garantias e os direitos individuais, entende indispensável o duplo grau de jurisdição, embora aquele primeiro, pelos motivos que também com erudição expôs, não chegue a considerar inconstitucional norma restritiva ao duplo grau.

A Constituição consagra expressamente algumas exceções ao princípio, inclusive quanto àquelas questões em que a causa se decide originariamente nos Tribunais e não cabe Recurso Extraordinário e nas decididas em única e última instância pelo próprio Supremo Tribunal Federal, originariamente. Admito que o princípio do duplo grau, como regra, não se encontre previsto na Lei Maior. Entretanto, acredito que em relação às causas em que há interesse da União, autarquias e empresas públicas, há de se considerá-lo como presente na Constituição.

Refiro-me ao art. 122, inciso III, da Carta Magna, ao cometer ao Tribunal Federal de Recursos a competência para «julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juizes Federais». É regra expressa, que atribui essa competência recursal a esta Corte, não se encontrando presente no texto constitucional exceção à regra, e nem se podendo dizer encontrar-se no art. 125 da Constituição, que fixa a competência dos Juizes Federais, elenco apenas exemplificativo, e não exaustivo.

E é de se compreender que assim seja, porque a Constituição criou a Justiça Federal, tendo em vista a relevância que procurou dar às questões de interesse da União Federal, autarquias e empresas públicas.

Não é demais observar que não se admitindo o segundo grau ocorrerá uma singularidade: ficou o Juiz em situação excepcional, com poder, a rigor, maior que o do Tribunal Federal de Recursos. De fato, das suas sentenças não cabe Recurso Extraordinário.

rio e sendo o valor da causa inferior ao limite fixado na lei, não cabe recurso para esta Corte. Apenas, em casos excepcionais, caberia a ação rescisória. Anoto que embora muitas vezes o valor de uma causa seja pequena, a tese de direito nela defendida terá enorme repercussão. E, igualmente, embora as questões sejam de pequeno valor, isoladamente consideradas, seu grande número vem a ter extrema significação, o que não é absolutamente raro no âmbito da Justiça Federal: contribuição previdenciária, tributos, reivindicações de servidores, etc.

Quando se trata de matéria decidida neste Tribunal, pode haver embargos infringentes ou recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal até pelo fundamento da relevância, porque das decisões deste estabelece o art. 325 do Regimento do Supremo Tribunal Federal que «cabe o Recurso Extraordinário a par da arguição de relevância quando é malferido preceito constitucional ou contraria jurisprudência consagrada na própria súmula do Supremo Tribunal Federal». Em relação às decisões dos Juizes Federais, porém, e apesar de haver os mesmos aspectos, nenhuma previsão há a respeito. Então, ficaram eles como instância única em casos que podem ser da maior relevância para a União, autarquias e empresas públicas.

Assim sendo, manifesto-me pela inconstitucionalidade. Acompanho o voto do Sr. Ministro Romildo B. Souza.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, ao ver dos doutos, a controvérsia se inicia discutível desde saber-se se o princípio da recorribilidade dos atos judiciais tem assento na Constituição.

D. m. v., não há negar que o tenha, como o negam alguns, dentre os quais o Professor Frederico Marques — «Manual de Direito Processual Civil», vol. I/76. Penso com os outros que admitem estar o princípio inserido no plano das garantias individuais, e aderido, mais imediatamente, ao direito a jurisdição, o qual se inteira dos dogmas do Juiz natural, e do devido processo legal, com a defesa e os recursos a ela inertes — Constituição, art. 153, §§ 4º, 15, 32 e 36.

A partir daí, o que restará promover, num contexto mais amplo do que a literalidade do ordenamento jurídico, será a conciliação sistemática entre a garantia maior e a pragmática da formalística legal ordinária; será promover a compreensão objetiva daqueles princípios constitucionais sensíveis, removendo-os de sua potencialidade abstrata para o campo da realidade social a que visam ordenar.

De bom exemplo, pois, é que a lei ordinária realize a garantia do devido processo legal, e no concernente aos graus da jurisdição, a conduza pelo antigo princípio da taxatividade, imperante no tema da definição do sujeito, objeto e forma dos recursos (vide «Dos Recursos», José Afonso da Silva, in, «Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil», pág. 175, Ed. Resenha Tributária, SP, 1974).

Daí se convir, e.g., na tolerância legal de atos judiciais irrecorríveis — recusados como objeto do recurso, apesar da natureza jurisdicional e da factível carga de prejudicialidade para uma ou outra das partes; nesse sentido, consultem-se a natureza e a carga dos atos de mero expediente, praticados a título de despacho do Juiz no processo — CPC, arts. 162 e 504. Daí, outros marcos limitativos traçados pela lei do processo, relativamente ao sujeito do recurso, como o CPC os traça ao exigir, ao lado do requisito da legitimidade, o interesse para recorrer, ou a frustrar ambos os requisitos pela simples previsão de aceitação tácita da decisão — arts. 499 e 503. Finalmente, limitações semelhantes, opostas à amplitude do direito a recurso, pode a lei regular, no campo da forma, a nível do que acontece com a unirrecorribilidade, e com o efeito meramente devolutivo de certos apelos, condições autorizadas, porém, pelas proposições da taxatividade dos recursos — CPC, 496, 520 e 522.

Conferidas essas amostras do direito codificado, dir-se-ia obstativo de tantas limitações formais o princípio do duplo grau de jurisdição?... Certamente, que não, pois o princípio constitucional há de se compreender em harmonia com a utilidade da formalística e com os fins do processo, pesos estes de inegável valor para a concreta asseguuração do exercício da própria garantia individual versada.

Por que, então, há de tachar-se de ofensiva ao mesmíssimo princípio a disciplina formal fundada no valor da causa?... Porventura o parâmetro da alçada não possui o mesmo teor pragmático, que, por exemplo, o da irrecorribilidade dos chamados despachos ou atos de expediente, imposta per se, sem indagação da prejudicialidade causada aos interesses das partes? Porventura a alçada é tão mais contrastante com o postulado do duplo grau do que o chamado «droit d'evocacion» dos franceses, entre nós autorizado, embora que timidamente, para a chamada causa madura; e segundo o qual, com restrição ao *tantum devolutum appellatum*, apreciará o Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro? — CPC, art. 515, § 1º e 516.

Com a devida vênia, penso que a alçada, de tão longa tradição no direito brasileiro para efeitos processuais os mais diversos, não atenta contra o princípio do duplo grau de jurisdição prestigiado pelo nosso sistema constitucional. Longa tradição, nesse particular, digo a lembrar a envelhecida vigência do art. 839 do CPC de 1939, ali fixada a alçada recursal nas causas de valor igual ou inferior a Cr\$ 2.000,00, teto alterado para duas vezes o salário mínimo, conforme a redação dada pela Lei nº 4.290, de 1963; longa tradição, digo ao rever a vigência também trintenária do Decreto-Lei nº 960/38, Lei do Executivo Fiscal, cujo art. 74 tornava ordinariamente irrecorrível a decisão, nos casos de dívida ativa de valor inferior a Cr\$ 2.000,00, salvo se vencida fosse a Fazenda, no todo ou em parte (teto elevado pelo Decreto-Lei nº 474/69, art. 1º, para dez vezes o maior salário mínimo do País).

Pois bem, ditos preceitos foram tranqüilamente aplicados pelos Tribunais, sem receio ou suspeita de inconstitucionalidade, durante todo o regime da Carta de 1946, na qual passou a ter destacado assento a garantia da jurisdição e seus complementos (art. 141, §§ 4º, 25, 26 e 27), como o foram no primeiro quinquênio da Constituição de 1967. E diga-se mais: já na vigência do CPC de 1973, reaceso no melhor estilo doutrinário o debate dos institutos processuais, acalorado em função da nova roupagem positiva da processualística brasileira, o citado Decreto-Lei nº 960 (que, ao ver dos doutos, até teria sido revogado inteiramente) obteve declaração de constitucionalidade, proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, justamente naquele ponto mais indigitado, isto é, a discriminatória alçada estabelecida com ressalva da sucumbência da Fazenda. Na verdade, apesar da erudita oposição do Ministro Leitão de Abreu — forrada na sustentação do princípio do «due process of law» —, em Sessão de 22-3-79, o Eg. Tribunal Pleno desacolheu a irrogação de inconstitucionalidade, conforme Acórdão com a seguinte ementa:

«Executivo Fiscal. Valor inferior a dez vezes o MSMVP. Aplicação do art. 74 do Decreto-lei nº 960/38, com a redação do Decreto-Lei nº 474/69.

II — Inconstitucionalidade do citado preceito desprezada. Motivação.

III — Recurso Extraordinário não conhecido. Votos vencidos». — RE 82.594, Relator, Ministro Thompson Flores, in *DJ* de 3-7-81.

Se assim se proclamou a legitimidade daquela alçada unilateral, com maior razão se proclamará a sua reprodução, agora escoimada do violento desapeço à igualdade das partes no processo, tal qual a reproduziu o examinado art. 4º da Lei nº 6.825/80, concernentemente às ações de interesse da União e seus entes — reprodução que se houve reiterada com o advento da Lei nº 6.830/80, cujo art. 34 se destina às execuções da Fazenda Pública em geral.

Observe-se, por derradeiro, que essas considerações de ordem geral, fulcradas no confronto da regra de alçada com o princípio do duplo grau de jurisdição, não perdem alento quando reduzidas ao âmbito da Justiça Federal.

Com efeito, d.m.v., não impressiona a especificidade atribuída ao dito princípio em função da literalidade do art. 122, inciso III, da Constituição. A invocada letra não parece revelar maior conotação orgânica, senão que uma melhor técnica do arrolamento sob **numerus clausus** da competência do Tribunal Federal de Recursos, na sua dicotomia de Tribunal federal e nacional; federal, enquanto competente para as causas presididas pelo interesse da União e afins, e nacional, pela competência originária, ora subtraída aos tribunais estaduais, ora ao próprio Supremo Tribunal Federal — Constituição, art. 122, I, *b* e *e*. Daí a técnica especial de elencar-se-lhe a competência, de modo especial, diferentemente dos demais tribunais, mas sem envolvimento maior ou menor do princípio do duplo grau de jurisdição, igual e indistintamente inerente a todas aquelas Cortes de Justiça.

Por outro lado, vale voltar ao passado, para verificar-se que, mesmo durante o regime constitucional anterior a 1967, já era expressa a competência recursal do TFR, para as causas do interesse da União, sem que isso, no entanto, significasse excetuar da alçada então vigente, as sentenças dos Juízos Estaduais das Varas da Fazenda Federal — Constituição de 1946, art. 104, II, *a*. Tanto assim que, uma vez restaurada a Justiça Federal, quando se quis (aliás, com injustificada discriminação) excluir da mencionada alçada codificada as causas da União, teve-se que editar texto expresso de lei, como aconteceu por via do art. 5º, do Decreto-Lei nº 253, de 28-2-67.

Com essas considerações, Senhor Presidente, chego à mesma conclusão do Relator, Ministro Adhemar Raymundo, pelo que o acompanhamento na rejeição da examinada arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: O parágrafo 1º do art. 119 da Constituição Federal preceitua que as causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d* do artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

Essa norma não constava da Constituição de 1967 e foi introduzida em 1969, pela Emenda Constitucional nº 1, como parágrafo único do art. 119, que entretanto não previa a hipótese de relevância da questão federal. A atual redação foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

Com base nessa norma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no seu art. 325, exclui do âmbito do Recurso Extraordinário causas de diversa natureza e espécie e aquelas cujo valor declarado na petição inicial não exceda de cem vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias, e de cinquenta, quanto entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única, excluídas as ações concernentes ao estado ou à capacidade das pessoas. O artigo ressalva os casos de ofensa à Constituição.

Tais normas refletem a preocupação com o acúmulo de causas de menor significação, que pesava sobre o Supremo Tribunal. Uma das formas adotadas para solucionar esse acúmulo foi exatamente a fixação da alçada, que Pereira e Souza, nas suas Primeiras Linhas, definia em dois sentidos: é a quantia além da qual não se pode julgar, ou dentro da qual não se admitem recursos (nota 638, pág. 244, edição de 1907).

O Supremo Tribunal Federal fixou regimentalmente o limite dentro do qual não se admite o Recurso Extraordinário.

A distribuição de competência à Suprema Corte do País para ordenar a admissibilidade do Recurso Extraordinário, alçou à categoria de norma constitucional, o que tra-

dicionalmente era simples medida de organização judiciária. Essa medida constou dos Regulamentos de 15 de março de 1842 e 27 de novembro de 1850, da Lei de Reforma Judiciária de 20 de setembro de 1871 e do Regulamento de janeiro de 1886, em relação às apelações, revelando sucessivas adaptações do Judiciário ao vulto dos processos. E o art. 140 do Código de Processo Civil dispunha que a alçada seria determinada pela Lei de Organização Judiciária.

Essa distribuição de competência à Suprema Corte não exclui a competência legislativa ordinária da União, para ordenar a admissibilidade dos recursos nos Tribunais Superiores, adotando, inclusive, a medida tradicional da fixação da alçada, a fim de adaptá-los também ao vulto dos processos.

A norma do § 1º do art. 119, elevando a categoria constitucional medida tradicional de organização judiciária, embora relativa ao Recurso Extraordinário, deu à norma do art. 122, III, um conteúdo virtual quanto à alçada para admissibilidade dos recursos para este Tribunal, que à lei cumpre explicitar e ao intérprete desenvolver.

É curial entender-se, portanto, que a competência do Tribunal Federal de Recursos para julgar, em grau de recursos, as causas decididas pelos Juizes Federais, admite o ordenamento de admissibilidade dessas causas, segundo o valor da causa. Harmonizam-se, assim as normas do art. 119, § 1º, e 122, III, da Constituição.

A Lei nº 6.825, de 1980, tem a natureza das leis de organização judiciária e no seu art. 4º estabelece o valor dentro do qual não se admitem recursos para este Tribunal, nas causas julgadas pelos Juizes Federais. Trata-se, como se vê, de simples medida de adaptação do Tribunal ao vulto de processo.

Não há, assim, nenhuma inconstitucionalidade a viciá-la.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, o que a Constituição assegura é a garantia da proteção judiciária, no sentido de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (Constituição, art. 153, § 4º), garantia que se associa à cláusula «due process of law» do direito anglo-americano e que tem origem na Magna Carta de João Sem-Terra, de 1.215, em cujo artigo 39 está escrito: «Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país». (In «Textos Históricos do Direito Constitucional», Jorge Miranda, Imprensa Nacional, Lisboa, Portugal, pág. 15). A Constituição dos Estados Unidos consagra, na Emenda 5ª, essa cláusula.

A garantia da proteção judiciária, repito, é o que a Constituição brasileira consagra. Entretanto, posta a questão no âmbito do Judiciário, não se nega ao Congresso Nacional o direito de elaborar leis processuais que disciplinarão o exercício da jurisdição. Nessa ordem de idéias, as leis processuais poderão estabelecer Recursos Ordinários ou especiais, definir tipos de decisões, as que são recorríveis ou não, bem assim estabelecer a alçada, vale dizer, as decisões que, tendo em vista o valor da causa, poderão ser atacadas, ou não, por certos recursos.

Dentro dessas coordenadas é que deve ser interpretada a regra inscrita no art. 122, III, da Constituição. Em verdade, compete ao Tribunal Federal de Recursos julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juizes Federais. Esse julgamento, todavia, far-se-á na forma das leis processuais, já que estas é que vão estabelecer os recursos e os casos de seu cabimento.

Com estas brevíssimas considerações e com a vênia dos eminentes Ministros que não pensam desta forma, adiro ao voto proferido pelo Sr. Ministro Adhemar Raymundo.

Rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.803 —DF — Reg. nº 3.307.760 — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo — Recorrente: União Federal — Recorrido: Raimundo Antonio Cavalcante — Remte. Ex Officio: Juízo Federal da 2ª Vara — DF — Advogados: Drs. Rubem José da Silva e outros.

Decisão: O Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria absoluta, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 6.825/80, vencidos os Srs. Ministros Bueno de Souza e Aldir Passarinho. (Tribunal Pleno, 24-6-82).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Carlos Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, William Patterson, Pádua Ribeiro e Jarbas Nobre votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.544 — RJ
(Registro nº 4.320.670)

Relator: O Sr. *Ministro William Patterson*

Apelante: *IAPAS*

Apelada: *Isa Gomes Fernandes de Miranda Ribeiro*

Advogados: Drs. *Celso Augusto Fontenelle e Fernando Carlos Fernandes da Silva*

EMENTA: Processual Civil. Alçada. Lei nº 6.825, de 1980. Embargos Infringentes. Apreciação.

Não é inconstitucional a norma contida no art. 4º, da Lei nº 6.825, de 1980, que estabelece o cabimento de Embargos Infringentes do julgado nas causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, a serem deduzidos e apreciados na instância, a quo. O princípio não afeta a disposição contida no inciso III, do art. 122, da Constituição Federal.

Recurso de apelação não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, e preliminarmente, não conhecer do recurso de apelação, aplicando, à hipótese, a Lei nº 6.825/80 e determinando ao Dr. Juiz processe e julgue os Embargos Infringentes, 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 1981.

GUEIROS LEITE, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: *Isa Gomes Fernandes de Miranda Ribeiro* move ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), objetivando reajuste de pensão, decorrente do direito da revisão dos proventos do seu falecido esposo.

Diz que a contribuição do segurado sempre foi recolhida pelo máximo permitido, enquanto os proventos da aposentadoria foram calculados em base inadequada, circunstância que motivou impetração de Mandado de Segurança, deferido em primeiro grau e confirmado por esta colenda Corte. Todavia, a reparação não se fez total, visto como não obteve o pagamento das diferenças atrasadas, face à natureza daquela causa.

A morte do segurado impediu a providência cabível, o que não afasta a possibilidade de a Autora pleitear o benefício. O Instituto contestando, nega o direito às pretendidas parcelas, tendo em vista o resultado da decisão proferida no «writ».

O Dr. Carlos David Santos Aarão Reis, eminente Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, julgou a ação procedente (fl. 79).

Inconformado, apelou o réu, às razões de fls. 81/85, em críticas ao decisório. O MM. Juiz a quo recebeu o recurso como Embargos Infringentes, a teor do disposto no art. 4º, da Lei nº 6.825, de 1981 (cfr. despacho de fl. 86), os quais foram impugnados às fls. 92/94. Posteriormente, (fl. 97), o ilustre Magistrado declarou que a competência para apreciar os embargos é deste Tribunal, consoante manifestação já oferecida em caso semelhante, cuja cópia fez anexar (fls. 98/101).

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 103).

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Entende o culto sentenciante que a competência recursal do TFR está prevista, de modo explícito, no item III, do art. 122, da Constituição Federal, não podendo ser alterada por norma jurídica de grau inferior. Conclui, destarte, pela inconstitucionalidade da parte final do § 2º, do art. 4º, da Lei nº 6.825, de 1980, que autoriza o Juiz federal de primeiro grau a conhecer e decidir do recurso ali previsto.

Diz o inciso III, do art. 122, da Lei Maior, ao cuidar da competência do Tribunal Federal de Recursos:

«Julgar, em grau de recurso, as causas decididas, pelos juízes federais».

É evidente que a disposição referenciada não estancou a possibilidade de criar procedimentos recursais vinculados ao princípio da alçada, de sorte a ensejar o julgador de primeira instância a solução definitiva da causa, dentro do espírito que encerra a própria lei criticada, qual seja o de dar maior celeridade aos feitos na Justiça Federal.

Extraír do texto constitucional, posto em destaque, uma proibição não expressa, para se conceber viciada regra legislativa, significaria condenar esta por meio de interpretação analógica, o que, a meu juízo, com a devida vênia, não é possível. Ao abordar o tema, na oportunidade do julgamento da argüição de inconstitucionalidade pertinente à AC nº 65.537-SP, assinalei:

«Ao relatar, perante este egrégio Plenário, em sessão de 20-3-80, a Argüição de Inconstitucionalidade, objeto da AMS nº 73.753-RJ, sustentei que o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos está vinculado, segundo entendo, ao confronto direto do texto ou princípio jurídico da Lei Fundamental com a regra que se concebe eivada do vício. A doutrina e a jurisprudência não discrepam no tocante à necessidade de comprovada incompatibilização das normas aferidas, para que se proclame a inconsistência do preceito ordinário no mundo jurídico. Não bastam simples insinuações ou mesmo aparentes conflitos. O postulado da inconstitucionalidade, pelas conseqüências próprias do sistema, exige que a oposição da regra comum ao dispositivo da Lei Maior seja flagrante, de sorte a não se poder conciliar a sua aplicação.

Carlos Medeiros Silva, em trabalho publicado na Rev. nº 140, págs. 78/86, transmite a exata noção desse aspecto, ao asserir, em lances, a saber:

«A lei tem por si a presunção de constitucionalidade, que somente deve ser afastada quando o vício for manifesto e fora de qualquer dúvida razoável. Assim sempre se entendeu, de acordo com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, repetida pelos nacionais de maior conceito».

E, mais adiante, arremata:

«A tendência doutrinária e legal é, pois, no sentido de preservar a validade dos textos; coerente com ela, as nossas últimas Constituições criaram obstáculos à declaração da inconstitucionalidade. Outro não é o objetivo visado pelo art. 200 da Constituição vigente, repetido nos textos legais e regimentais, quando torna a declaração privativa do Tribunal Pleno e exige que o seu pronunciamento se dê por maioria absoluta de seus membros».

O dispositivo fundamental não cria obstáculos a providência dessa natureza. Estabelece ele um comando genérico, de definição competencial. Quando fala em «causas decididas pelos juízes federais» há de se entender aquelas que devam subir à apreciação da instância revisora, por força do recurso próprio. Se assim não fosse, chegar-se-ia ao exagero de se conceber recorríveis de ofício todas as sentenças dos juízes federais, pois todas elas estariam, adotada a orientação, sujeitas ao exame do Tribunal, o que não me parece lógico.

Sendo assim, e como se cuida de ação cujo valor atribuído à causa (Cr\$ 6.000,00) está alcançado pela disciplina contida no art. 4º, da Lei nº 6.825, de 1980, considerando, também, que a r. sentença foi prolatada em 3-6-81, em plena vigência desse diploma, o recurso cabível era o de Embargos Infringentes, conforme já reconhecido às fls. 86, devendo, portanto, o MM. Juiz a quo examiná-los, na forma do disposto no § 2º do art. 4º, da Lei nº 6.825, de 1980.

Não conheço do recurso de apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.544 — RJ — Reg. nº 4.320.670 — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Apelante: IAPAS. Apelada: Isa Gomes Fernandes de Miranda Ribeiro. Advogados: Drs. Celso Augusto Fontenelle e Fernando Carlos Fernandes da Silva.

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso de apelação, aplicando à hipótese a Lei nº 6.825/80 e determinando ao Dr. Juiz processe e julgue os Embargos Infringentes. (Em 24-11-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.544 — MG
(Registro nº 5.556.805)
(Matéria Constitucional)

Relator originário: O Sr. *Ministro Carlos Velloso*

Relator p/Acórdão: O Sr. *Ministro Otto Rocha*

Apelante: *INPS*

Apelados *Altis José de Sá e outros*

Advogados: Drs. *Vera Lúcia Duarte e outro e Nilton Lanza de Andrade.*

EMENTA: «Previdência Social. Custeio da Assistência Médica. Contribuição. Aposentados.

I — A contribuição previdenciária imposta aos aposentados e pensionistas pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-1981, não altera as condições em que lhes fora concedido o benefício, inexistindo, desta sorte, ofensa a direito adquirido.

II — A participação exigida de tais beneficiários, no processo de custeio da assistência médica, cuja pretensão gratuidade a Constituição não proclamou, está prevista no § 2º, do art. 6º, da Lei nº 6.439/77, que autoriza a instituição, pelo Poder Executivo, de um «esquema de participação direta dos beneficiários, em função de seu nível de renda, no custeio dos serviços médicos de que se utilizarem», sem causar qualquer ofensa à Lei Maior, que assegura, em seu artigo 165, direitos «nos termos da lei», a todos os trabalhadores, sem distinguir entre contribuintes empregado, desempregado e aposentado.

III — Precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal (MS nº 20.332, MS nº 20.351 e MS nº 20.350).

IV — Arguição de Inconstitucionalidade que se repele.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a Arguição de Inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1984

JOSÉ DANTAS, Presidente — OTTO ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na egrégia 4ª Turma, assim relatei a espécie (fls. 301/306):

«Altis José de Sá, Amaro Zamagno, Pedro Domingues Chaves, Antonio Américo de Campos, Antônio Geraldo Jorge, Ary de Barros Coutinho, Arol do Faria, Arthur Theophilo Pacheco Ribeiro, Bolivar Carvalho, Carvalho José Rodrigues, Celso Carneiro Pinto, Domingos Eufrásio Almeida, Ewerton Pinto Teixeira, Fernando Pedrosa, Floriano Mendes dos Santos, Francisco de Paula Gontijo Netto, Francisco de Paula e Silva, Gaspar Ferreira Lamounier, Geraldo Macedo, Getúlio Bezerra do Valle, Hélio Francischette, José Augusto Ribeiro Magalhães, José Cruvinel Sobrinho, Theodoro Zavagli, Heloisa Helena Félix Antunes, Hermenegildo de Araújo Cunha, Iberê Teixeira Lessa, Idelfonso Leão Filho, Ildefonso Camilo dos Santos, Isaura Motta Machado, Ismar Bortone Dias, Jayme Gonçalves Serra, João Batista Swets Carvalho, João Freitas Soares da Silva, João Silvério de Almeida, Jonas Antonio de Menezes, José Alves de Oliveira, José Anchieta de Carvalho, José Caldas, José do Carmo Silva, José de Carvalho Dias, Edgar Serio, Nelson Borges, Altamiro Mesquita, José de Castro, José Guidi Duarte, José Luiz Damiano, José Maurício Borges, José Moreira da Silva, José Parreira de Souza, Marcelo Gonçalves Braga, José Reis Ribeiro, João de Lemos Prado, Evilásio Maximo, José Pinheiro, Julio Loche, Jurandy de Souza Gonçalves, Lauro Tassara de Gouvêa, Lidehy Aguiar, Maria Aparecida Rossi Alves Faria, Mauro de Araújo Moreira, Abdherrnan José de Farias, Miguel Jorge Abdlla, Moacyr Guimarães, Osmar da Silva, Rolando Lemes, Rubem Mercadante Buscácio, Ruy Barbosa Horta, Sócrates Martins Pereira, Wilson Pinto de Souza e Geraldo Russi ajuizaram contra o Instituto Nacional da Previdência Social, ação anulatória, cumulada com pedido de repetição de indébito, alegando, em síntese, que, antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, requereram e obtiveram aposentadoria previdenciária. De conformidade com a legislação da época, faziam jus, além dos proventos da inatividade, a todos os demais benefícios ou serviços prestados pela previdência social, independentemente de qualquer contribuição extra. A autarquia-ré, todavia, com base no citado Decreto-Lei nº 1.910/81, passou a descontar dos autores, mensalmente, a partir de janeiro de 1982, para fins de custeio da assistência médica, os percentuais referidos nas letras *a*, *b*, *c*, *d* e *e*, inciso I, do artigo 2º, do mencionado decreto-lei de acordo com o valor dos proventos de cada um, com o que não concordam. Dizem que a regra contida no art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é inconstitucional, pois afronta o art. 165, XVI, da Constituição Federal. Salientam, ainda, que o desconto que está sendo feito com seus proventos alterou a aposentadoria dos autores, diminuindo seu valor, o que atenta contra o princípio do direito adquirido (Constituição, art. 153, § 3º). Transcrevem parte de sentença que proferi, como Juiz Federal em Minas. Requerem, ao cabo, seja decretada a nulidade do ato que mandou fazer os aludidos descontos, condenada a autarquia-ré a restituir as contribuições exigidas, com acréscimo de juros e correção monetária.

O Instituto Nacional da Previdência Social — INPS, representado pelo IAPAS, contestou a ação (fls. 263/267). Sustenta que os autores devem ser julgados carecedores de ação, tendo em vista que a alegada inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81, não encontra apoio nas razões deduzidas nos autos. No mérito, acentua que a alegada violação do direito adquirido não encontra amparo na doutrina e nem na legislação vigente. Os empregados, quando se aposentam, não perdem sua qualidade de segurados da Previdência Social. Afirma que não há diferença entre aposentados e pensionistas das demais classes de beneficiários da previdência e faz alusão ao art. 8º,

XVIII, c, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União legislar sobre seguro e previdência social.

Sobreveio, a sentença, lavrada pelo Juiz Federal Vicente Porto de Menezes (fls. 278/283), que julgou procedente a ação «para determinar ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS— cesse imediatamente o desconto de contribuições previdenciárias no pagamento de proventos de aposentadoria dos autores e lhes reponha todo o ilegalmente descontado com base no Decreto-Lei nº 1.910, de acordo com este decisório, com juros e correção monetária, na forma da lei». Condenou, ainda, a autarquia-ré, no pagamento de honorários advocatícios de 20% do valor de final liquidação. Argumentou que os autores obtiveram sua aposentadoria antes da promulgação do Decreto-Lei nº 1.910/81, pelo que o desconto determinado por esse diploma legal veio reduzir-lhes os proventos de aposentadoria. Enfatiza a sentença que o fato de contribuírem ou não para a Previdência Social, durante o gozo da aposentadoria, não torna ou deixa de tornar os aposentados segurados da Previdência Social. Têm razão os autores quando inquiram de inconstitucionalidade o Decreto-Lei nº 1.910/81, da mesma maneira como decisões do Poder Judiciário consideraram inconstitucional a Lei nº 5.890/73, que, em seu art. 69, VI, pretendeu estabelecer o mesmo desconto para os aposentados da Previdência Social. Não é possível, assinala o r. decisório, pretender o INPS buscar contribuições daqueles que não são mais nem empregados, nem empregadores, porque o próprio INPS exige, para a concessão do benefício, o afastamento da atividade empregatícia. A Constituição, em seu art. 165, XVI, consagra a triplíce contribuição: empregado, empregador e União. O Decreto-Lei nº 1.910/81 feriu de cheio, também, o direito adquirido consagrado no art. 153, § 3º, tendo em vista que os autores já haviam tido seus proventos fixados, quando da concessão da aposentadoria e qualquer desconto a ser feito agora representa uma redução em seus proventos. Além de se considerar o aspecto do valor da prestação pecuniária, há ainda o direito, para eles já consagrado, de continuarem tendo toda a assistência da Previdência Social, independente de qualquer parcela de contribuição. Para os que se aposentaram a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.910/81, a situação é bem diversa. Devem ser lembrados os Acórdãos citados pelos autores, e em especial o referente ao MS 76.343-MG. Não se pretende, continua a sentença declarar aqui a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81 neste particular, mas, tão-somente, no caso dos já aposentados quando de sua edição, admitir que ele fere direito adquirido, razão por que a eles não pode ser aplicado. Deve a autarquia-ré, além de fazer cessar qualquer desconto a título de contribuição previdenciária, repor aos autores o que indevidamente descontou, com juros e correção monetária. Conclui o r. decisório que a aplicação da correção monetária em caso de repetição de indébito é matéria pacífica, a teor da Lei nº 6.899, de 8-4-81, valendo ser citados os Acórdãos proferidos nos RREE 89.831-SP, 83.165-SP, e 85.432-SP.

Apelou, então, o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS (fls. 285/291), pugnando pela reforma da r. sentença, por entender que:

a) falece competência ao magistrado a quo para mandar sustar a execução de lei ou decreto, posto que esta competência é privativa do Senado Federal, como se infere do art. 42, VII, da Constituição Federal;

b) os apelados partem do falso pressuposto de que, havendo obtido aposentadoria ao tempo em que a assistência médica era gratuita, teriam direito adquirido de se utilizarem daquele serviço, por todo o tempo, nas mesmas condições. Acontece, todavia, que o art. 165, XVI, e seu parágrafo único, da Constituição Federal, assegura a prestação de serviços de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social, mas não fala em gratuidade. Es-

tabelece, ao contrário, que deverá ser criada fonte de custeio para a sua majoração ou extensão. Esse é, aliás, o entendimento manifestado pelo então Presidente do egrégio TFR ao proferir o despacho que suspendeu a medida liminar concedida pelo Dr. Juiz Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro no Mandado de Segurança impetrado por Mário Antônio Raimundo contra o IAPAS.;

c) é mister reconhecer que a Carta Magna atribui competência à União para legislar sobre previdência social (art. 8º, XVI, c) e para instituir contribuições de interesse da previdência social (art. 21, § 2º, I, e art. 165, XVI);

d) o art. 165, XVI, da Constituição, assegura ao trabalhador a assistência previdenciária mediante contribuição da União, do empregador e do empregado. Deve-se entender que a palavra «empregado» não é usada no sentido estritamente técnico de pessoa sujeita a vínculo empregatício, mas da pessoa abrangida pelo sistema previdenciário, ou seja, o «segurado» da previdência social;

e) nos termos da Lei nº 3.807/60, art. 46, a assistência médica da previdência social só poderá ser prestada dentro dos recursos financeiros disponíveis e foi exatamente à procura destes recursos que o Poder Executivo baixou o questionado diploma legal, exigindo, tanto dos segurados em atividade, como dos já aposentados, as contribuições nele fixadas;

f) tanto os apelados como o r. decisório invocam a sentença proferida no processo movido por João Monteiro e outros, que julgou indevido o desconto sobre os proventos de aposentados feito com base no art. 69, da LOPS, pela redação que lhe foi dada pela Lei nº 5.890/73, e que teve seus itens VI e VIII revogados, posteriormente, pela Lei nº 6.210, de 4-6-75. A Lei nº 5.890/73 difere do Decreto-Lei nº 1.910/81, porquanto a primeira se destinava a custeio da previdência enquanto este último tem por finalidade o custeio de assistência médica;

g) é destituído de relevância o argumento da inconstitucionalidade, baseada no fato de que o aposentado não pode contribuir para a Previdência Social, porque não estaria na condição de empregado, condição que determinaria a obrigatoriedade de contribuição pelo art. 165, XVI, da Constituição, esse dispositivo, que cria o direito aos benefícios previdenciários, apoiado na contribuição triplíce, não faz referência a assistência médica. A Previdência Social, nem por isso, deixou de criar a assistência médica para os trabalhadores. E a criou autorizada pelo mesmo art. 165, parágrafo único, c/c o inciso XV do mesmo artigo;

h) a correção monetária, se cabível, seria devida a contar do ajuizamento da ação.

Com a resposta de fls. 293/296, subiram os autos.

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, art. 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos».

.....
(fls. 301/306).

Votei, em seguida, propondo a remessa dos autos a este egrégio Tribunal Pleno, para o exame da constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados e dos pensionistas para custeio da assistência médica. É que sustentei, em síntese, no meu voto, a Constituição instituiu o sistema de contribuições triplíce, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, art. 165, XVI). Sendo assim, não é possível, acrescentei, incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha.

A egrégia 4ª Turma deliberou, por unanimidade, submeter ao egrégio Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981 (fl. 300).

Mandei ouvir, em seguida, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou às fls. 314/320, em parecer da lavra do Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, com aprovação do Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fonteles, opinando pela inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, por violador da norma do art. 165, XVI, da Constituição.

Assim o parecer:

«1. Altis José de Sá e outros ajuizaram contra o Instituto Nacional da Previdência Social — INPS — ação anulatória de ato administrativo, cumulada com pedido de repetição de indébito.

«alegando, em síntese, que, antes da vigência do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, requereram e obtiveram aposentadoria previdenciária. De conformidade com a legislação da época, faziam jus, além dos proventos da inatividade, a todos os demais benefícios ou serviços prestados pela previdência social, independentemente de qualquer contribuição extra. A autarquia-ré, todavia, com base no citado Decreto-Lei 1.910/81, passou a descontar dos autores, mensalmente, a partir de janeiro de 1982, para fins de custeio da assistência médica, os percentuais referidos nas letras *a*, *b*, *c*, *d* e *e*, inciso I, do art. 2º, do mencionado decreto-lei, de acordo com o valor dos proventos de cada, com o que não concordam. Dizem que a regra contida no art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é inconstitucional, pois afronta o art. 165, XVI, da Constituição Federal. Salientam, ainda, que o desconto que está sendo feito em seus proventos alterou a aposentadoria dos autores, diminuindo seu valor, o que atenta contra o princípio do direito adquirido (Constituição, art. 153, § 3º)» (do Relatório, fl. 302).

Após transcreverem parte de sentença proferida pelo eminente Relator do feito quando Juiz Federal em Minas Gerais, requerem seja decretada a nulidade do ato que mandou fazer os aludidos descontos, condenada a autarquia previdenciária a restituir as contribuições indevidamente exigidas, com o acréscimo de juros e correção monetária.

2. O pedido foi julgado procedente pelo MM. Juiz Federal Vicente Porto de Menezes, na sentença de fls. 278/283,

«Para determinar ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS — cesse imediatamente o desconto de contribuições previdenciárias no pagamento de proventos de aposentadoria dos autores e lhes reponha todo o ilegalmente descontado com base no Decreto-Lei nº 1.910, de acordo com este decisório, com juros e correção monetária, na forma da lei. Pagará, ainda, o INPS os honorários de Advogado dos autores, na base de 20% (vinte por cento) do valor de final liquidação. Custas pelo INPS, isento na forma da lei.»

3. Sobre vindo apelação da autarquia previdenciária, subiram os autos a essa egrégia Corte, onde a colenda 4ª Turma, acolhendo o voto do eminente Ministro Carlos Velloso, Relator, deliberou, por unanimidade, submeter-se Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81...».

4. Vieram os autos, em seguida, a esta Subprocuradoria-Geral da República, para o pronunciamento de que cuida o art. 176, § 1º, do Regimento Interno desse colendo Tribunal.

II

5. Compete ao Ministério Público Federal nesta oportunidade, nos termos da norma regimental referida, opinar quanto à constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica.

6. Como observou o Senhor Ministro Relator às fls. 308, a questão «não tem sabor de novidade». Em 1973, a Lei nº 5.890, de 8 de junho daquele ano, dando nova redação ao art. 69 da Lei nº 3.807, de 26-8-60, instituiu contribuição dos aposentados para custeio da previdência social (inciso VI do prelado art. 69, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73).

7. Enquanto vigorou tal dispositivo, depois revogado pela Lei nº 6.210, de 4-6-75, a Justiça Federal de primeiro grau e essa egrégia Corte tiveram oportunidade de se pronunciar contrariamente ao desconto instituído, especialmente porque violador de ato jurídico perfeito, não obstante também se tenha cogitado da inconstitucionalidade da norma instituidora diante do art. 165, XVI, da Constituição da República.

8. Agora, através do Decreto-Lei nº 1.910/81, o Poder Executivo reedita aquela contribuição, apenas limitando a sua finalidade ao custeio da assistência médica. Tirante esta, a hipótese não apresenta qualquer peculiaridade que a distinga da anterior.

9. Novamente, há dois aspectos primordiais a serem considerados: a ofensa ao ato jurídico perfeito (e ao direito adquirido) e a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a contribuição, por não se harmonizar com o texto constitucional. Neste momento, porém, cabe ao Ministério Público Federal, como já ficou dito, examinar tão-somente o segundo aspecto.

III

10. O art. 165, XVI, da Constituição da República dispõe:

«A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visam à melhoria da sua condição social:

.....
 XVI — previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;

Assim, a Constituição prevê um sistema tripartite de contribuições, da União, do empregador e do empregado, como leciona, enfaticamente, Pontes de Miranda:

«A previdência em favor da maternidade, da velhice, ou em consequência da doença, da invalidez ou da morte, e, hoje, como seguro contra acidente do trabalho, tem de ser pela contribuição tripartida (União, empregador, empregados).» («Comentários à Constituição de 1967», com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed. rev. São Paulo, RT, 1974, Tomo VI, pág. 226).

Sustenta a autarquia previdenciária que na categoria empregado estão compreendidos os aposentados e os pensionistas. O argumento é, **data venia**, inconsistente.

11. O empregado é conceituado na legislação previdenciária (CLPS, art. 4º, II) como a pessoa física assim definida na Consolidação das Leis do Trabalho. Esta, no seu art. 3º, **caput** define como empregado

«toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.»

A condição de empregado pressupõe, pois, a atividade, não sendo compatível com a qualidade de aposentado.

12. Caso o conceito de empregado seja tomado não no sentido técnico-jurídico-trabalhista mas sim como correspondente a trabalhador, postura mais adequada à inteligência do dispositivo constitucional em causa, aí é que nele não caberá de vez o aposentado.

13. É certo, portanto, que, em qualquer dos dois sentidos acima, empregado é a categoria insuscetível de abranger aquele que não mais exerce atividade, o inativo, o aposentado (e, com muito mais razão, o pensionista).

IV

14. Sendo assim, ao instituir as contribuições dos aposentados e dos pensionistas, o Decreto-Lei nº 1.910/81 criou fontes de custeio não cogitadas no dispositivo constitucional, malferindo-o.

15. Não procede o argumento de que a contribuição instituída o foi com apoio no parágrafo único do art. 165 da Constituição, eis que não foi criada, majorada ou estendida qualquer prestação de serviços de assistência ou benefício. Do mesmo modo, improcede a invocação do art. 21, § 2º, I, da Constituição, o qual há de ser entendido em consonância com o prefalado art. 165, XVI.

V

16. Ante todo o exposto, o parecer do Ministério Público Federal é pela inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, por violador da norma do art. 165, XVI, da Constituição da República.»

.....
(fls. 314/320).

É o relatório, devendo a Secretaria observar o disposto no § 1º do art. 175, do Regimento Interno.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Na egrégia 4ª Turma, ao sustentar a inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque contrário ao art. 165, XVI, da *Lex Major*, disse eu, no meu voto:

«O Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81, estabeleceu contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas, para custeio da assistência médica (Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, artigo 2º).

Os autores, aposentados anteriormente à vigência do citado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, sustentam que a instituição dessa contribuição sobre os seus proventos é inconstitucional, porque violadora do art. 165, XVI, e 153, § 3º, da Constituição Federal.

Examinemos a questão.

II

A Lei nº 5.890, de 8-6-73, dando nova redação ao art. 69, da Lei nº 3.807, de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da previdência social (Lei nº 3.807/60, art. 69, VI, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73). Posteriormente, a Lei nº 6.210, de 4-6-75, revogou mencionada disposição.

A questão, pois, não tem sabor de novidade.

Enquanto teve vigência o art. 69, VI, da Lei nº 3.807/60 — disposição que instituiu contribuição dos aposentados da previdência social — ao Poder Judiciário foram levadas diversas questões de aposentados que não se conformavam em pagar a mencionada contribuição.

Como Juiz Federal em Minas Gerais, examinei e decidi, em abril de 1975, uma dessas questões — MS nº 204/75-C, Melchior Carneiro de Abreu Neto vs. INPS. Deferi, então, a segurança, sobre dois fundamentos: a) inconstitucionalidade da norma instituidora da contribuição; b) a lei nova, instituidora da contribuição, seria violadora de ato jurídico perfeito.

Escrevi:

«13. É que, estabelecendo a Constituição, no art. 165, XVI, o sistema de contribuições tripliques, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista, não seria possível, ao que penso, fazer incidir a contribuição diretamente nos proventos de quem já não é mais trabalhador, porque aposentado, de quem, enquanto trabalhador contribuiu, como um dos pólos da relação constitucional tripartite, justamente para obter o benefício que a Constituição institui sob a condição de pagamento da contribuição. Volto a repetir: o art. 21, § 2º, I, pois, da CF, há de ser entendido, no caso, em consonância com o art. 165, XVI, da mesma Carta Política.

14. De outro lado, também estou em que a lei nova, instituidora da contribuição sobre os proventos do aposentado, malferiu o direito civil consagrado no art. 153, § 3º, da CF, tal como exposto na inicial. Aposentado o autor com proventos integrais, pelo fato de ter trabalhado mais de 35 anos, isto em 16-10-1970 vem a lei nova, posterior ao ato aposentatório, simplesmente tornar irreal a integridade dos proventos, por isso que faz operar, sobre o mesmo, uma redução de 5% (cinco por cento). E o direito de perceber proventos integrais, na aposentadoria, sem qualquer redução, adquiriu-o o Impetrante no momento em que completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço».

III

Apreciando a remessa oficial e o recurso do INPS, a egrégia 3ª Turma, na AMS 76.343-MG, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, que hoje ilustra a Corte Suprema, decidiu:

«Previdência Social. Aposentadoria.

Desconto de 5% do benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.

Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode este ser atingido pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — art. 1º — revogou a incidência do desconto». (3ª Turma, em 24-XI-75, DJ de 2-9-76).

No seu voto, o Sr. Ministro Passarinho disse que deixava de propor a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, para exame da constitucionalidade do dis-

positivo legal instituidor da contribuição dos aposentados, porque, no caso concreto, a lei nova seria violadora de ato jurídico perfeito: tendo o apelado sido aposentado com 100% do salário de benefício, anteriormente à lei nova, os 5% nos seus proventos implicariam em redução dos proventos integrais. O Sr. Ministro Armando Rollemberg, todavia, ficou vencido na preliminar, porque entendia que a matéria deveria «ser levada à apreciação do Tribunal Pleno para exame da inconstitucionalidade argüida e acolhida na sentença recorrida».

IV

No caso, estou em que a questão deve ser levada à apreciação do Tribunal Pleno, para que se decida a respeito da constitucionalidade do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que estabeleceu contribuições dos aposentados e dos pensionistas para custeio da assistência médica.

É que continuo sustentando que a Constituição instituiu o sistema de contribuições tripliques, da União, do empregador e do empregado, esta última categoria entendida como trabalhador e não como empregado no seu sentido técnico-jurídico-trabalhista (CF, artigo 165, XVI). Sendo assim, não é possível fazer incidir a contribuição sobre os proventos do aposentado, que já não mais trabalha.

V

Destarte, na forma do preceituado no art. 176 do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao Plenário, dispensando-se a lavratura do Acórdão (RI, art. 176, § 1º).

É como voto».

Continuo convencido da inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, convencimento que se reforça, diante do parecer lavrado pelo Procurador Gurgel Santos, transcrito no relatório. Reitero, pois, o voto que proferi na Turma, pelo que dou pela inconstitucionalidade do citado artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, porque incompatível com a norma inscrita no art. 165, XVI, da Constituição Federal.

Publicado o Acórdão, os autos voltarão à Turma para julgamento do recurso.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente na sessão anterior, o eminente Ministro Carlos Velloso, em brilhante voto, como sói acontecer, principalmente quando se cuida de matéria constitucional, entendeu que a contribuição pelo aposentado, instituída pelo art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, é inconstitucional, porque afronta o disposto no art. 165, item XVI, da nossa Carta Magna.

Esta matéria, ou seja, a contribuição pelo aposentado da Previdência Social, criada pelo art. 2º do mencionado Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, já sofreu, por mais de uma vez, o crivo do E. Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, o Excelso Pretório, ao julgar os MMSS nºs 20.332 e 20.351, entendeu que a contribuição previdenciária dos aposentados em geral, determinada pelo art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, destina-se ao custeio da assistência médica, constituindo-se a sua cobrança em mera política governamental de ordem econômico-social, e, conseqüentemente, não fere o direito adquirido ou, ainda, o ato jurídico perfeito.

Mais recentemente, a Suprema Corte, em sua sessão plenária de 1º de dezembro próximo passado, indeferiu o MS nº 20.350, Relator, o Sr. Ministro Rafael Mayer, ocasião em que destacou, do voto do Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, Relator do mandado de segurança anteriormente julgado (MS nº 20.351), a seguinte fundamentação:

«Improcede, a meu juízo, a alegação de que os aposentados anteriormente ao Decreto-Lei nº 1.910/81 não estão sujeitos à sua incidência à vista da existência de um direito adquirido (§ 3º do art. 153 da Lei Maior).

Na espécie, a lei nova alcança uma situação em curso, relativa à contribuição previdenciária para fins de assistência médica. O que não se confunde com proventos de inatividade, regulados pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria (Súmula 359). No caso da súmula resguarda-se no momento da aposentadoria, o direito adquirido, subordinado a uma condição inalterável. Ora, proventos nada têm em comum com a contribuição previdenciária para fins de assistência médica».

O respectivo Acórdão, publicado no *DJ* de 10 de fevereiro próximo passado, tem a seguinte ementa:

«Ementa: Contribuição previdenciária. Contribuição dos aposentados. Assistência médica. Direito adquirido. Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 2º, I, *d* — A contribuição previdenciária, de que trata o art. 2º I, *d*, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é devida pelos aposentados e pensionistas para o custeio de assistência médica. Não tem qualquer similitude com os proventos de aposentadoria, que permanecem inalterados, pois corresponde à contraprestação financeira de pessoa assistida, podendo ser instituída, ou retirada pelo Estado, sem que isso constitua ofensa a direito adquirido.

Mandado de segurança indeferido.»

Devo acrescentar, em atenção ao prisma abordado em seu douto voto, pelo eminente Relator, Ministro Carlos Velloso, que no MS nº 20.351, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, destacou ele, *verbis*:

«A circunstância do serviço de assistência médica ter sido gratuito para o aposentado, durante certo período, não impede que lei nova venha a admitir (no caso, readmitir) contribuições a cargo dos aposentados em geral. Como é sabido, entre nós não há a gratuidade da assistência médica. A Constituição, ao tratar da previdência social, deixou claro obrigatoriedade da contribuição do empregado, para tal fim (art. 165, inc. XVI).

Às leis especiais cabe estabelecer as condições de organização e funcionamento dos serviços de assistência ao servidor público, em atividade, ou inativo, estabelecendo descontos em seus vencimentos ou proventos (arts. 157 e 163 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Pondera, com propriedade, o parecer do Dr. Mauro Leite Soares:

«A assistência médica não é vantagem ou prerrogativa do servidor público em geral, mas, sim, obrigação do Estado e se este necessita de correspondente contraprestação financeira da pessoa assistida, a questão se resume em simples política de governo. Assim como, anteriormente, foi instituída e após retirada, pode ser novamente instituída, sem ferimento de qualquer direito em relação a qualquer tipo de segurado» (fl. 55).

Ademais, não se pode perder de vista que a relação jurídica entre o Poder Público e o funcionário, ativo ou inativo, é de natureza legal ou estatutária, tornando-se suscetível de modificação pelo legislador, de acordo com o interesse público. Ressalva-se, é claro, a modificação que venha a afetar uma si-

tuação jurídica definitivamente constituída, incorporada ao patrimônio do seu titular, a configurar direito adquirido. Isso, contudo, não ocorre no caso consoante já ficou demonstrado».

Como se viu, acatou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Mauro Leite Soares, do qual são destacáveis os seguintes lances:

«A gratuidade da assistência médica não está prevista na Constituição que, ao contrário, prevê a contribuição por parte de todos os interessados, segurados, genericamente, conforme seu art. 165, XVI, e mesmo que estivesse inscrita na legislação ordinária, de maneira expressa, não consubstanciaria qualquer direito adquirido. Aliás, o eminente Presidente do Tribunal Federal de Recursos, Ministro Jarbas Nobre, em seu despacho referido à fl. 25 pela autoridade coatora assinala a respeito:

«Na verdade, a admitir-se a exclusão do desconto da contribuição previdenciária no pagamento do benefício aos aposentados, isto terá como conseqüência natural o reconhecimento e a proclamação da gratuidade da assistência médica, o que não está previsto na legislação.

Realmente, de acordo com o disposto no art. 46 da Lei nº 3.807/60, na redação da Lei nº 5.890-73, essa assistência é suportada pelos próprios segurados.

É com sua contribuição que é possível formar os recursos financeiros a que alude o texto».

É evidente que a contribuição previdenciária, para fins de assistência médica não enfrenta, no particular, o entendimento jurisprudencial da Súmula nº 359, pois não se trata de revisão de proventos. Estes, continuam imutáveis e o desconto sofrido pelo servidor aposentado possui origem e destinação diversas».

Com estas considerações, Sr. Presidente, o meu voto, **data venia** do douto entendimento do eminente Ministro Relator, é no sentido de repelir a argüição de inconstitucionalidade do art. 2º, item I, letra *d*, do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981.

PELA ORDEM

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Sr. Presidente, ouvi, com o encantamento de sempre, o brilhantíssimo voto do Sr. Ministro Otto Rocha. Gostaria, Sr. Presidente, de, com a devida vênia, fazer, no ponto, algumas observações. S. Exa., o Sr. Ministro Otto Rocha, julgou o recurso, não a argüição de inconstitucionalidade. No meu voto, apreciei a inconstitucionalidade, finalidade de o processo estar aqui neste egrégio Plenário. S. Exa., o Sr. Ministro Otto Rocha, invoca os Mandados de Segurança, decididos pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, de nºs 20.350 e 20.351, relatados pelos Srs. Ministros R. Mayer e D. Falcão, em que o egrégio Supremo Tribunal Federal negou esses Mandados de Segurança, ao argumento de que não há direito adquirido, no caso.

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Não. Abordou também o art. 165 item XVI. O parecer foi transcrito completamente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): A inconstitucionalidade, não foi discutida, ali, Sr. Ministro Otto Rocha. No meu voto, faço a distinção entre as matérias. V. Exa. colocou a questão sobre o prisma do direito adquirido. Na Turma, essa questão será examinada, não aqui. A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, aliás, fez também a distinção, distinção que se impõe.

Gostaria, justamente, de chamar a atenção dos eminentes Ministros para este dado. O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que fiz distribuir, pois

está transcrito no relatório, da lavra do Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos e aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fontelles, expressamente faz a distinção assim (lê parecer).

Neste momento — está no parecer da Subprocuradoria-Geral — cabe ao Ministério Público Federal, como já ficou dito, examinar tão-somente o segundo aspecto. Que segundo aspecto é este? Volto ao parecer: a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a contribuição, porque incompatível com o artigo 165, XVI, da Constituição.

Agora, vou ler o meu voto, somente nesta parte, quando cuida do sistema das contribuições tripliques entre a União, empregador e empregado (artigo 165, item XVI, da Constituição).

Digo no meu voto: (lê).

A questão do direito adquirido, ou do ato jurídico perfeito deverá ser examinada no recurso. Aqui, neste Plenário, nós apreciamos tão-só a inconstitucionalidade, diante do confronto da norma ordinária com a norma constitucional, art. 165, XVI, da Lei Maior, matéria que não foi discutida, no egrégio Supremo Tribunal, quando do julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 20.350 e 20.351, em que a questão foi posta tão-somente sob o ponto de vista do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito.

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Mas, *data venia*, o parecer da Procuradoria-Geral aborda esta parte do art. 165. No voto do Ministro Djacy Falcão, ele transcreve inteiramente o parecer — e isso quer dizer que ele aprovou aquele parecer, e o Supremo diz que é devida a contribuição, inclusive citando o art. 165, inciso XVI.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: A Corte Suprema certamente que discutirá essa questão da inconstitucionalidade mais tarde. Não há, eminente Ministro, nos Acórdãos, referências à inconstitucionalidade, tendo em vista o art. 165, item XVI, da Constituição Federal. A matéria constitucional, portanto, não foi discutida, ainda no excelso Pretório.

Sr. Presidente, são estas as considerações que quis fazer, com os meus agradecimentos.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Discute-se nestes autos a inconstitucionalidade do art. 2.º, do Decreto-Lei n.º 1.910, de 29-12-81, que estabeleceu contribuições aos aposentados e pensionistas, para custeio de assistência médica.

O eminente Relator, Ministro Carlos Velloso, concluiu pela inconstitucionalidade do citado dispositivo, ao vislumbrar violação expressa ao art. 165, XVI, da Constituição Federal. Em sentido contrário votou o ilustre Ministro Otto Rocha, apoiando-se em precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal que entendeu aplicáveis à espécie.

A regra da Lei Maior, cuja infringência é debatida, dispõe, *verbis*:

«Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....
 XVI — Previdência Social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;»

A argumentação que fundamenta o acolhimento do vício está baseada na circunstância de que o aposentado não pode ser considerado «empregado» na conceituação ampla de «trabalhador», pois não mais exerce qualquer atividade laboral.

A inteligência das razões oferecidas, nessa linha, está em que, admitida a definição técnico-jurídico-trabalhista do termo «empregado», se encontrariam dificuldades para compatibilizar o texto superior com o próprio sistema previdenciário, onde se estende o alcance a pessoas que não estão abrangidas pela definição consolidada, como, por exemplo, os autônomos e os facultativos. Demais disso, seria inconsistente pretender excluir do regime os aposentados, porquanto mesmo afastados do exercício profissional continuam eles vinculados ao sistema, não apenas em razão do recebimento de proventos, mas, sobretudo, pelo direito reconhecido a determinados benefícios (salário-família, pecúlio, abono anual, assistência reeducativa, readaptação profissional etc.).

Acrescente-se, ainda, que a motivação eleita conduz, também, a um entendimento contrário, porquanto o **caput** do art. 165, da Constituição assegura os direitos ali inscritos a quem seja «trabalhador». Não seria fácil, assim, justificar a isenção do aposentado, por não considerá-lo nessa categoria, e ao mesmo tempo garantir-lhe os benefícios a ela endereçados.

O grande argumento a afastar a argüida inconstitucionalidade concentra-se, porém, no fato gerador da contribuição. Com efeito, ao determinar o Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, que as contribuições se destinam ao custeio de assistência médica, afastou a possibilidade de invocação ao questionado vício, porquanto a norma constitucional (art. 165, XVI) trata, exclusivamente, de previdência social, hipótese diversa, como parece evidenciado pelo próprio ordenamento, ao cuidar de outra espécie, no item precedente (XV) — assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva — sem os limites do custeio que estão expressos no inciso XVI.

A corroborar a distinção temos a literatura jurídica especializada, principalmente aquela que busca, nas origens da Previdência Social, suas razões e o verdadeiro sentido. Em momento algum se descortina a inclusão da assistência médica como componente essencial do conceito previdenciário. Pode integrar o universo deste, sem, contudo, sujeitar-se aos seus princípios rígidos, principalmente no que diz respeito ao custeio.

«A Previdência Social restringe-se ao seguro social destinado a proteger os ganhos do trabalhador, quando afetados por doença, invalidez, velhice ou morte», na lição de Elcio Castello Branco (in «Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. II, pág. 3) ao demonstrar a distinção entre os «benefícios» e os «serviços» previdenciários, nestes incluídos os atendimentos médicos, hospitalares e outros (cfr Cássio de Mesquita Barros Jr., in «Previdência Social», pág. 34). Este último é mais explícito ainda, quando adverte: «Toda a assistência médica fica condicionada aos recursos financeiros disponíveis e em conformidade com as condições locais...» (ob. cit. pág. 42).

Resta indubitoso, portanto, que a contribuição do art. 165, item XVI, refere-se à previdência propriamente dita, ou seja, o seguro social, alcançando os benefícios. Na disposição não se pode agregar os serviços, entre os quais a assistência médica, posto que previsto no inciso XV, do mesmo preceito, sem a cláusula que agora se invoca como impeditiva da contribuição do aposentado.

É certo que o Poder Público pode, inclusive, suportar, ele próprio, os custos da assistência médica, tornando-a gratuita para os trabalhadores, pois a Constituição, nesse aspecto, não estabelece a obrigação do beneficiário, como acontece em relação à previdência *stricto sensu*. Todavia, se por deficiência de recursos resolve custear parte dos encargos com a contribuição do trabalhador, nada impede que ato de natureza legislativa o determine. A isso não se opõe a Lei Fundamental, como visto.

Ante o exposto, rejeito a argüição.

EXPLICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, antes do pedido de vista do Senhor Ministro Adhemar Raymundo da Silva, gostaria de dar uma explicação à Casa.

Recebi do eminente Subprocurador-Geral, Dr. Geraldo Andrade Fontelles, um memorial, em que S. Exa dá conta de que a Subprocuradoria-Geral se manifestou, no parecer, pela inconstitucionalidade, mas que S. Exa. desconhecia a jurisprudência que se formava no Supremo Tribunal Federal e, talvez por isso, é que formulou este parecer.

E menciona os Mandados de Segurança n.ºs 20.351 e 20.350.

Na sessão anterior, quando votou o eminente Senhor Ministro Otto Rocha, invocando esses mesmos acórdãos, tive oportunidade de declarar ao egrégio Tribunal que essas decisões não cuidaram do tema que ora se debate, vale dizer, não examinaram a constitucionalidade do diploma legal em apreço, o Decreto-Lei n.º 1.910, de 1981. A matéria foi examinada, na Corte Suprema, sob o prisma do direito adquirido. Sob tal aspecto, também iremos examinar a matéria, na Turma, em relação àqueles que se aposentaram anteriormente ao diploma legal cuja constitucionalidade ora estamos a decidir.

São estas, Senhor Presidente, as observações que queria fazer.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente, o eminente Relator, Ministro Carlos Velloso, diz que os acórdãos do Supremo não abrangem aquele prisma abrangido em seu douto voto, que é o que cuida o art. 165, XVI, da Constituição Federal.

Mas quero lembrar que, em meu voto, destaquei claramente o seguinte:

«Devo acrescentar, em atenção ao prisma abordado em seu douto voto, pelo eminente Relator, Ministro Carlos Velloso, que no MS n.º 20.351, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, destacou ele, verbis:

«A circunstância do serviço de assistência médica ter sido gratuito para o aposentado, durante certo período, não impede que lei nova venha a admitir (no caso, readmitir) contribuições a cargo dos aposentados em geral. Como é sabido, entre nós não há a gratuidade da assistência médica. A Constituição ao tratar da Previdência Social, deixou claro obrigatoriedade da contribuição do empregado, para tal fim (art. 165, Inc. XVI)».

O voto do eminente Ministro Djaci Falcão refere-se, justamente, a esse prisma:

«Às leis especiais cabe estabelecer as condições de organização e funcionamento dos serviços de assistência ao servidor público, em atividade, ou inativo, estabelecendo descontos em seus vencimentos ou proventos (arts. 157 e 163 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União)».

Eu li isso em meu voto, mostrando que dessa matéria tomou conhecimento a decisão do Supremo Tribunal.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO: A Constituição Federal, no artigo 165, inciso XVI, assim se expressa:

«A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social... Previdência Social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado».

Assinalamos passos da norma, com o objetivo de examiná-los, à luz de princípios gerais que governam a Previdência Social. Numa restrição compreensiva, porque a pre-

ceituação constitucional está encimada pelo Título «Da Ordem Econômica e Social», o legislador referiu-se única e exclusivamente aos trabalhadores, justamente os destinatários prioritários dos benefícios ali consignados, porque, em verdade, por serem hiposuficientes, deveriam ter prioridade no recebimento deles. Mas, como observa, acertadamente, Russomano, a fase atual da Previdência Social, que teve início a partir da 2ª Guerra, tem como sinal específico a sua transformação em um regime de Seguridade Social, pela melhoria das condições de concessão dos benefícios e serviços, pela tendência de transferir ao Estado a responsabilidade global do custeio de tão grande programa, que se alarga pela extensão dessas prestações à generalidade do povo (Curso — pág. 13 — ed. 1983 — Forense).

Tudo, em nome do alto objetivo a que visa a Previdência Social, para que aos trabalhadores e outros destinatários, como os aposentados, obtenham melhoria de suas condições de vida como dito no *caput* do artigo 165 da Lei Maior.

Nesse contexto, a preceituação indicada inclui-se dentre as chamadas normas programáticas. Estas, no ensinamento dos mestres, «enunciam princípios fundamentais e valores que informam a estrutura e a dinâmica do regime político». Há, na observação de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais — pág. 130 — ed. 1982 — São Paulo), um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Se assim se inclui a norma do artigo 165, dentre as normas programáticas da nossa Constituição Federal, a sua interpretação há de fixar, acima de tudo, uma orientação axiológica, para que se tenha uma exata compreensão do sistema jurídico. Em outras palavras, a interpretação «resulta numa compreensão valorativa, que decorre, não de um fragmento da norma, mas das tendências sócio-culturais da comunidade», numa investigação dos critérios hierárquicos de valor, «sobre os quais está a norma fundada e pelas quais está inspirada a ordem jurídica».

Mercê dessas normas, ditas programáticas, tem-se uma exata revelação das tendências sócio-culturais da comunidade, como se expressou, magistralmente, José Afonso, apoiado na lição do grande Recanséns Siches (V. pág. 140 da ob. citada).

Ao intérprete a grande missão de examinar, acima de tudo, os altos objetivos da norma constitucional, segundo os ditames configurados no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando o legislador afirma que, na interpretação da lei, o juiz obedecerá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Registre-se, pois, que, como orientação axiológica para a compreensão do nosso sistema jurídico, é altamente meritória a missão do Juiz brasileiro, ante a norma do superdireito indicada, que manda que o intérprete busque os objetivos da lei a ser interpretada, porque ela, na sua essência, dado o seu caráter programático, tem uma alta destinação, pois é «reveladora das tendências sócio-culturais da comunidade». E a ampliação dos fins da Previdência Social buscou, primacialmente, «estender as suas prestações à generalidade do povo», como legítima aspiração deste, para que se alcance o objetivo supremo de melhoria das condições de vida dos trabalhadores e de todos, em suma.

Qual o dever do legislador ordinário ante essas normas programáticas? Responde Balladore Pallieri, com este ensinamento:

«Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir, não conseguem constringer juridicamente o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário à quanto a Constituição comanda» (In José Afonso — ob. cit., pág. 141).

Evidentemente, o mestre citado quis referir-se ao comando jurisdicional interligado aos fins da norma, que visa a atender, de certo, «às exigências do bem comum. Os ditames ali explicitados definem reivindicações sociais, erigidas a condição de verdadeiros princípios, diante dos quais o legislador não poderá ter outro «programa», para repetir o vocábulo excêntrico de Pontes de Miranda (Com. à Constituição Federal —

tomo 1º — pág. 127). Ou, em outras palavras, que sintetizam o pensamento dos mestres citados: é dever do legislador ordinário seguir as diretrizes traçadas pela Constituição, no concernente aos fins da Estatuição Maior, que se ajustam às exigências do bem comum, como dito no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nessa linha de pensamento, endosso a opinião de José Afonso, quando assevera, *in verbis*:

«Qualquer lei específica ou geral, que contravenha a esse fim (melhoria da condição social do trabalhador), é inválida... O juiz a isso poderá chegar, mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna» (ob. cit. pág. 142).

In casu, ainda que o legislador constitucional tenha omitido o dever de o aposentado contribuir para os cofres da Previdência, timbrou por registrar, no inciso XVI do artigo 165, que a Constituição assegura aos trabalhadores previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte. Ao referir-se à invalidez, visou também dar ao inativo (pense-se na aposentadoria por invalidez, tão comum entre nós) a especial proteção, estendendo-lhe as suas prestações, via benefícios vários, com o objetivo de preencher a finalidade da instituição, num regime de seguridade social. Os fins perseguidos pela Lei Maior hão de se ajustar à dinâmica do regime político, que revela os fins do Estado, buscando a justiça social, que é, como já se disse, «uma aspiração do nosso tempo», sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919.

Partindo-se do princípio acima enunciado de que a lei há de ser interpretada, tendo-se em vista os seus fins e as exigências da vida em comum (artigo 5º), não possui a eiva de inconstitucionalidade o Decreto-Lei nº 1.919/81, no seu artigo 2º. O eminente e culto Ministro Carlos Mário, Relator, deu especial ênfase ao fato de o aposentado não possuir vínculo empregatício, e, como tal, não está obrigado a contribuir, mesmo porque o texto da Lei Maior a ele não se refere. Mas, *data venia*, o cerne do problema, no meu sentir, não reside nessa parte do texto constitucional, indicativa, no pensar do eminente Relator, de uma proibição ao legislador ordinário, quanto à determinação para contribuir. Superestima-se um dado accidental, sem que a imperatividade da Lei Maior resida na parte que elenca contribuintes. Referiu-se, de certo, aos que comumente contribuem, sem que a enumeração seja taxativa, pois não são aquelas pessoas as únicas que têm essa obrigação. Admito, *data venia*, que essa accidentalidade — menção do empregador, do empregado e da União — não retira do legislador ordinário o poder de incluir os inativos, porque, coerente com a tese que defendo, a imperatividade das normas programáticas cinge-se à estatuição de um programa, de natureza eminentemente social, vinculante no que respeita às leis ordinárias, que têm, necessariamente, de acolhê-las, a fim de que esses princípios não sejam desvirtuados.

Onde, pergunto eu, a desvinculação do legislador ordinário desse princípio programático, insito no artigo 165, inciso XVI da Constituição? Os seus fins não foram sequer eliminados. Buscam-se, pela norma apontada de inconstitucionalidade, outros objetivos? Absolutamente, tanto mais quanto, alcançados são pela norma da Lei Maior os aposentados, dentro do salutar princípio de que ao Estado, pela sua ordem política e social, cabe-lhe amparar também a invalidez, como expresso está na Constituição Federal. Destarte, a invalidez dos aposentados é meta da Previdência Social, que, em boa hora, como assinala Russomano, dilata seus horizontes. Amparar os aposentados é missão grandiosa da Instituição, para que se cumpra o preceito da norma programática, que visa, acima de tudo, à melhoria das condições dos trabalhadores.

A assertiva de desvinculação dos aposentados, como dito no voto do eminente Ministro Relator, há de ser examinada, neste pronunciamento. A inatividade, de certo, retira do trabalhador ou do servidor a obrigação de trabalhar. Desvincula-se do labor, ou pelo decurso de tempo, ou pela invalidez. Mas, forçoso reconhecer-se que, em decorrência desse afastamento laborativo, não perde inteiramente o trabalhador ou o servidor a sua vinculação com o empregador. Considerem-se, por exemplo, os benefícios que a eles são dispensados, se a invalidez bate às suas portas. Como esquecê-los, se o

próprio texto constitucional invocado, do art. 165, é preciso e justo em dizer que esse estado de empobrecimento físico está a merecer proteção do Estado? Dimensiona-se a estatuição, no que se reporta aos que devem contribuir. Subestima-se o dever do Estado, que programou para o inválido a sua proteção, estendendo-lhe todos os benefícios, como resultado de uma justa aspiração social. Há «uma realização do valor-fim do direito», nessa estatuição altamente meritória. Destarte, todos os aposentados devem ser beneficiários desse programa de justiça social. E não haverá injustiça na exigência de eles contribuírem. A lei persegue esse fins sociais, editados pela Constituição. Atende-os, com a força da sua imperatividade, ao proclamar que eles, os aposentados, são também segurados da Previdência Social (ver o artigo 27 do Decreto nº 83.081/79, que diz:

«Mantém a qualidade de segurado: ...IV — O funcionário aposentado».

Segurados são os beneficiários dessa Instituição, que é a Previdência Social. Dela recebem, pois, as contraprestações, porque integram o sistema. Do ponto de vista político, eles, os aposentados, têm de participar dos benefícios, sob a forma de assistência social, incluída, hoje, na área da Seguridade Social, que é muito maior do que a área da previdência propriamente dita. Com esse objetivo, o legislador ordinário, ao instituir a obrigação para os aposentados de contribuírem, não infirmou o texto constitucional, porque não desatendeu aos princípios que governam as normas programáticas, traduzidos «na atribuição de fins sociais, na proteção dos valores da justiça social e na revelação dos componentes do bem comum». Bem ao contrário, estende aos aposentados a sua proteção, mormente, porque visa a cumprir a determinação constitucional de amparo à invalidez, como preceituado no inciso XVI do artigo 165.

Por fim, eminentes Ministros, o registro da renomada opinião sobre o assunto do mestre Russomano, quando preleciona, com a sua autoridade:

«Contra essa orientação foram tomadas medidas judiciais pelos interessados. Não escondemos nossa opinião da viabilidade jurídica dessa pretensão, diretamente proporcional, porém, à inviabilidade política de sua aceitação». (Curso — pág. 147 — 1983).

A ordem econômica e social, pela Constituição do Brasil, está estruturada por normas programáticas, que «informam a concepção do Estado e da sociedade, e que também inspiram a sua ordenação jurídica», sem que o decreto-lei apontado como inconstitucional tenha quebrado esse «compromisso entre as forças liberais e as reivindicações da justiça social», princípio político a ser realizado pelo Estado, através de leis. Se vulnerada não fora essa estrutura política, criada pela norma programática, não se há de falar em inconstitucionalidade. Daí a afirmativa certa do mestre Russomano, quando inviabiliza a pretensão do ponto de vista político.

Declaro a constitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, ouvi com o maior encantamento o voto do Sr. Ministro Adhemar Raymundo, que é um juiz do melhor quilate. Gostaria, entretanto, de dizer duas palavras a respeito. Estou inteiramente de acordo com a colocação doutrinária feita pelo Sr. Ministro Adhemar. Dirijo, entretanto, num ponto, com a vênua devida. Sustento que o aposentado está abrangido pelos benefícios da Previdência Social. Ele, todavia, não precisa contribuir para gozar de tais benefícios, porque, quando trabalhava, ele assim já o fez. Estamos, no momento, a discutir a respeito do custeio da Previdência Social, não do gozo de seus benefícios. E, deixando claro o meu pensamento, o que sustento é que o aposentado não participa desse custeio, porque ele assim já participou, enquanto trabalhava, na condição de um dos pólos da relação tripartite inscrita no art. 165, XVI, da Constitui-

ção. Agradeço aos eminentes colegas a paciência que tiveram em ouvir-me, mais uma vez.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, a fundamentação de meu voto não segue pontualmente o itinerário do douto voto do Senhor Ministro Relator, Carlos Velloso.

Assim é, por exemplo, que S. Exa. põe em causa e contesta «seja o aposentado trabalhador». Já tive ocasião de dizer, em voto sobre matéria diversa, que o trabalhador, ao se aposentar, não passa a empresário nem a funcionário público; continua trabalhador, embora inativo.

Por isso, o itinerário dos meus argumentos é algo diverso.

A Constituição, art. 165, assegura aos trabalhadores, além de outros direitos, nos termos da lei, os que dizem à melhoria de sua condição social. Notadamente, no inciso XVI, que acaba de ser lido pelo Senhor Ministro Adhemar Raymundo: «previdência social, nos casos de doença, velhice... (que, na Constituição, não deixa de ser uma espécie de doença); «...invalidez, morte, etc).

Observo, a seguir, que a legislação ordinária, por sua vez, confere ao trabalhador, entre os demais benefícios de natureza social, o da aposentadoria e o da assistência médica, consoante o art. 165 da Constituição, os quais, tradicionalmente, vêm constando entre os benefícios da previdência social.

Em seguida, penso que convém acentuar, a bem da verdade histórica, que aquele benefício do art. 165, XVI, da Constituição, assegurado ao trabalhador mediante contribuição tríplice (da União, do empregador e do empregado) vem sofrendo amargas vicissitudes ao longo das décadas. E a principal razão de ser, verdadeiramente notável, dessas amargas vicissitudes é muito simples e convém seja logo referida, a saber: enquanto a contribuição dos empregadores é cada vez mais onerosa, não só para os empregados como para toda economia nacional; enquanto é também cada vez mais pesada a contribuição a cargo dos empregados, dos trabalhadores, no entanto, a contribuição que a Constituição exige da União, vem, reiteradamente, reincidentemente, sendo omitida.

Esta é a principal razão pela qual a previdência social é forçada a reduzir, limitar e deteriorar os serviços que, pela Constituição, deve prestar, fazendo aumentar as filas dos carentes destes serviços nas portas das repartições e ao longo das vias públicas; filas de pessoas doentes, expostas às intempéries, porque a contribuição da União, prevista, embora na Constituição, não ingressa nos cofres da previdência social.

Então, penso que é pelo menos necessário revigorar o preceito constitucional, naquilo em que tutela o aposentado. Para tutelar o aposentado, ponho ao lado do art. 165, XVI, o art. 153, § 3º, da Constituição, que manda respeitar os direitos adquiridos e a situação jurídica definitivamente constituída.

O aposentado, trabalhador inativo, ao conquistar os direitos da aposentadoria, não pode ter sua situação jurídica alterada, **maxime** por uma norma que (agora, explicitamente) não somente descumpra, como desafia a Constituição, que determina que a Previdência Social e os serviços de saúde hão de ser mantidos por contribuições de empregadores, de empregados e da União (quando é certo que esta, sabidamente, vem denegando suas contribuições para, agora, criar nova forma de onerar o aposentado, cuja situação jurídica se acha já definida e não pode, por conseguinte, sofrer tão drástica alteração).

É por isso que, a meu ver, com a devida vênia, a inconstitucionalidade da norma é patentíssima.

Na conclusão, fico de acordo com o Senhor Ministro Carlos Velloso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Controverte-se em torno da constitucionalidade do n.º 1 e incisos do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.910, de 29-12-81, havendo até esta altura da votação formado duas correntes, a que se inclina pela decretação do vício máximo, dado como resultante do confronto daquela norma com o art. 165 da Constituição Federal, aos argumentos de que o aposentado não se identifica com o «trabalhador» de que fala o seu *caput* e que o custeio ali previsto reclama suporte triplice, na forma do seu item XVI, tese lançada pelo Relator, Ministro Carlos Velloso, e a que sustenta a legitimidade constitucional pertinente, seja por não importar a contribuição instituída em violação de direito adquirido, consoante assinala o Ministro Otto Rocha, louvando-se em precedentes do Alto Pretório (MS n.º 20.332 e 20.350), seja por encontrar-se a sua sede constitucional no item XV do art. 165 mencionado, e não, no item XVI.

Transcrevamos os textos trazidos à colação:

«Art. 165 A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outro que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

.....
 XV — assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva,

XVI — previdência social, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (Constituição Federal Vigente);

art. 2.º Ficam estabelecidas contribuições dos aposentados, em geral, e dos pensionistas, para custeio da assistência médica, na forma seguinte:

I — aposentados:

a) 3% (três por cento) do valor dos respectivos benefícios, até o equivalente a 3 (três) vezes o salário mínimo regional;

b) 3,5 (três e meio por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 3 (três) e inferior ou igual a 5 (cinco) vezes o salário mínimo regional;

c) 4% (quatro por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 5 (cinco) e inferior ou igual a 10 (dez) vezes o salário mínimo regional;

d) 4,5% (quatro e meio por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 10 (dez) e inferior ou igual a 15 (quinze) vezes o salário mínimo regional.

e) 5% (cinco por cento) do valor dos respectivos benefícios superior a 15 (quinze) vezes o salário mínimo regional».

Tomando posição no debate, de início, peço vênia para assinalar o meu entendimento de que o aposentado não se insere na categoria de «trabalhadores» a que alude o *caput* do art. 165 referido, embora a dicção do legislador maior ultrapasse o simples conceito de empregado modelado na CLT, para abranger outros, sempre prestadores de trabalho; outrossim, ressalvo que tal colocação do tema não envolve impedimento constitucional a que o Estado se obrigue a prestar assistência médica ao inativo, situando-se a controvérsia na estruturação jurídica do custeio respectivo.

Centrado o debate no campo da estruturação jurídica do custeio pertinente, se se admitir a inclusão do inativo na compreensão da cláusula «trabalhadores» inserta na cabeça do art. 165, estou *data vênia* que a nova contribuição criada se filiara antes ao item XV e não ao XVI, se considerarmos que o Decreto-Lei n.º 1.910/81 cogita de exa-

ção para custeio de assistência médica, traduzida em prestação material de serviço profissional, e não de benefícios pecuniários, sendo certo que o direito constitucional positivo, no Brasil, sempre destacou, a partir da Constituição Federal, de 1934, as duas modalidades, uma, de prestação material de serviço, outra, de prestação pecuniária, aquela, representada, no plano da doença, pela assistência médica, profissional, em geral, e esse pelo auxílio-doença.

Detendo-me, agora, na modelação jurídica respectiva, entendo **concessa venia** que, ao estruturar a exação questionada no contexto de uma contribuição social, o legislador ordinário viola o item X do art. 43 da Constituição Federal, exaustiva na enumeração correspondente.

Não se objete, no particular, com a catalogação meramente exemplificativa, tese que **data venia** questiono, pois se o legislador constituínte foi ali casuístico, e, no especial do art. 165 mencionou os itens II, V, XIII e XVI, a omissão quanto ao item XV só pode ser compreendida como vedatória de contribuição social construída sobre esse item.

Nesse contexto, **concessa venia**, concluo pela inconstitucionalidade da norma enfocada, seja porque o inativo não se identifica com o trabalhador, seja por entender que a exação em causa não pode ser legitimamente estruturada sob modelo de contribuição social, sob pena de afrontar a enumeração taxativa do item X do art. 43 da Constituição Federal.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Particularmente, entendo que o art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, padece de inconstitucionalidade ao estabelecer contribuições de aposentados em geral e pensionistas para custeio da assistência médica.

De fato, a mim me parece emergir em descompasso com a garantia do direito adquirido, a exigência de contribuições dos que já se encontravam inativados à época da edição do referido diploma legal. O efeito retroativo emprestado ao preceito já em si afronta a norma do § 3º do artigo 153 da Lei Maior. Convém lembrar, neste passo, que na tradição do nosso direito, a aposentadoria se rege pela lei vigente ao tempo de sua concessão, não se admitindo que norma posterior venha alterar situação subjetiva preconstituída. Aliás, esta Corte, em hipóteses análogas à presente, já teve oportunidade de convalidar esse princípio. Quando da aplicação da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que instituiu regime de desconto nos proventos da aposentadoria previdenciária, proclamou-se que as inativações anteriores a esse diploma legal estavam imunes à sua eficácia. Nesse sentido, registro os acórdãos nas Apelações Cíveis nºs 54.542-MG, 59.860-RS e na AMS nº 76.343. Este último, da antiga 3ª Turma e relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, está assim ementado:

«Previdência Social. Aposentadoria.

Desconto de 5% no benefício, em aposentadoria anterior à Lei nº 5.890/73.

Se a aposentadoria foi concedida antes da vigência da lei que instituiu o desconto de 5% do valor do benefício, não pode esta ser atingida pelo referido desconto. Aliás, no particular, a Lei nº 6.210/75 — art. 1º — revogou a incidência do desconto» (DJ de 2-9-76).

Mas, não apenas sob esse aspecto considero sem validade constitucional o referido dispositivo legal.

Já neste passo, não seria demasia impugnar a regulação de tal matéria por via de decreto-lei.

Afigura-se-me em si inconstitucional o próprio preceito, na medida em que se revela incompatível com o disposto no item XVI, do artigo 165, do estatuto político, que prevê para custeio da previdência social, a «contribuição da União, do empregador e do empregado».

Com efeito, a previdência social, direito que a Constituição assegura aos trabalhadores, traduz-se em prestações de benefícios e serviços, incluídos entre estes últimos a assistência médica. Os recursos para a realização desse objetivo vêm da contribuição tripartida por ela prevista.

Ora, com a aposentação desaparece o vínculo empregatício. Empregado que passa à inatividade perde a condição de empregado. Não tem mais emprego, não recebe salário. Percebe proventos. E proventos refogem à previsão constitucional como fonte de custeio da previdência social. Deveras, exigir contribuição de aposentado é subverter o apontado sistema de contribuições triplíce, como faz a malsinada norma em exame. Na realidade, o legislador originário, para acrescer a fontes de custeio da previdência, aventurou-se, no meu entender, a emprestar significado extensivo ao vocábulo «empregado» que não encontra suporte nem na letra nem no espírito do texto constitucional. Vale dizer, excedeu, com sua iniciativa, indevidamente, os parâmetros constitucionais.

A par, releva notar que aqui não se cuida da hipótese do parágrafo único do art. 165 da Constituição Federal: não se cogita de definir fonte de custeio para prestação de serviços de assistência ou benefício a ser criada, majorada ou estendida. Ao invés, cuida-se do estabelecimento de nova fonte de custeio da previdência social fora da previsão constitucional.

Ao cabo, seria de acrescentar que a imposição não encontraria respaldo no item I, do § 2º, do art. 21 da Lei Maior, porquanto a faculdade que ali se concede à União para instituir contribuições no interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à sua parte no custeio dos encargos da previdência social, não pode, parece óbvio, transbordar os limites traçados, com vistas aos mesmos objetivos, no prefalado artigo 165, item XVI, do nosso diploma constitucional.

Esta é minha modesta opinião sobre a matéria.

Inobstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sendo construída de modo diverso.

Deveras, já em duas oportunidades, nos julgamentos dos Mandados de Segurança n.ºs 20.350-1-DF e 20.351-0-RJ — aquela Alta Corte definiu-se, à unanimidade, no sentido de que a cobrança da questionada contribuição não ofende direito adquirido.

Essas decisões, a meu sentir, pacificam a controvérsia, no campo jurisprudencial. A circunstância de não versarem diretamente o aspecto constitucional da regra, não me parece afetar essa conclusão. É isso porque, ao considerar que a exigência genérica da contribuição não ofende direito adquirido, implicitamente está a Suprema Corte a proclamar a constitucionalidade da norma. É o que penso, *data venia*.

Em assim sendo, afigura-se-me razoável, até mesmo por economia processual, que, desde logo, se afaste a arguida inconstitucionalidade.

É como voto, com ressalva de meu ponto de vista acima expandido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Argumenta o eminente Ministro Carlos Velloso «que não é possível fazer incidir contribuição diretamente nos proventos de quem já não é mais trabalhador, porque aposentado, de quem, enquanto trabalhador contribuiu como um dos pólos da relação constitucional tripartite, justamente para obter o benefício, que a Constituição institui sob a condição de pagamento da contribuição».

Já o não menos eminente Ministro William Patterson argumenta que a contribuição tem apoio no inciso XI do art. 165 da Constituição que trata da assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva.

Ouso, modestamente, trazer minha contribuição ao estudo de tão significativo tema ligado à previdência e assistência social.

Peço licença para, em largos traços, lembrar que, no Brasil o sistema previdenciário teve início como ocorreu na Europa e na América, empiricamente, com as isoladas manifestações de cunho mutualístico, de caráter privado, com meios contributivos, e em alguns casos, facultativos. Mas, a pouco e pouco, a sociedade foi tomando consciência das exigências do bem-estar social.

Pode-se dizer que a Lei Eloy de Miranda Chaves, de 24 de janeiro de 1923, iniciou a previdência social, começando com o Decreto Legislativo nº 4.682 o seguro social de forma obrigatória, tendo o Conselho Nacional do Trabalho a qualidade de coordenar e superintender os órgãos existentes e os que fossem criados.

Em 1926 surgiu o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Civis da União, passando depois a Instituto Nacional de Previdência até ser denominado Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado-IPASE por força do Decreto-Lei nº 288, de 23-3-38. Entre 1940 e 1950 foi consolidado e revisado o sistema implantado e, em 1960, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto, regulamentada a 19 de setembro do mesmo ano. O sistema expandiu-se com a integração do seguro de acidentes do trabalho, a extensão aos trabalhadores rurais e a instituição Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social.

Desse modo, está superada a idéia de trabalhador como participante, dada a abrangência dos profissionais liberais, dos autônomos e dos ruralistas. Hoje, cuida-se de segurado do SINPAS.

A propósito, numa excelente síntese, conta Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira em «Previdência Social do Advogado»:

«Os sistemas de Previdência Social, buscando a cobertura dos grandes «eventos», também chamados «riscos sociais» — a doença, a invalidez, a morte, a velhice, a maternidade — baseavam-se numa forma de «seguro social», oriundo do «seguro privado» e fortemente influenciado pelos seus princípios técnicos, custeado e administrado, em maior ou menor escala, segundo as peculiaridades de cada país, pelo Estado, pelas empresas e pelos próprios segurados.

A partir da quarta década do século, o agigantamento dos problemas sociais e sua paulatina expansão, dos assalariados para todas as camadas da população, multiplicou as «necessidades vitais», individuais e coletivas, decorrentes de novos e específicos «eventos» tais como: a solidão e outras condições próprias dos idosos, cada vez mais numerosos; o trabalho da mulher fora do lar; a especialização e o alto custo dos serviços médicos; os desajustes familiares e sociais; os problemas em torno da habitação, da alimentação, do lazer.

Em face dessas condições, a ação estatal foi necessariamente conduzida para uma proteção social mais ampla, abrangente dessas novas camadas sociais e das necessidades novas que, pelo seu vulto e elevado custeio, fugiam às possibilidades únicas da iniciativa privada, levando-a, inicialmente, a ampliar o campo do Seguro Social e, não abrangendo isto a todos os aspectos, a complementá-lo por meio de formas assistenciais, que se constituíram nos chamados «Serviços Sociais».

A essa atuação conjunta do Seguro Social e dos Serviços Sociais, inicialmente ainda em termos mais ou menos indefinidos, mais recentemente de forma mais precisa, vem sendo dado o nome de «Seguridade Social».

Não como algo diferente, mas como uma verdadeira evolução do sentido da Previdência Social, foi o termo usado, pela primeira vez, talvez com pouca propriedade ainda, na lei norte-americana denominada «Social Security Act», de 1935.

Com lúdico pioneirismo e plena propriedade, foi utilizado para caracterizar o novo sistema adotado pela Nova Zelândia, em 1938, que ampliou a toda a população a cobertura dos grandes «eventos sociais», notadamente os «serviços médicos» e outras modalidades de «serviços sociais».

A essência dessa nova idéia está muito bem contida nas palavras com que o então Subdiretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, Sr. Rao, abriu, em Wellington, capital daquele país, a reunião do Comitê de Especialistas, ali realizada, em 1950, da qual tivemos a oportunidade de participar.

«O esquema da Nova Zelândia não é uma forma de «seguro social» simplesmente: — a cada qual de acordo com sua contribuição. É uma organização de «seguridade social» baseada no princípio seguinte: — a cada um de acordo com sua necessidade; de cada um conforme suas possibilidades. Nele, reconhece-se, como nunca, o indisfarçável fato de que o velho, o doente e os órfãos devem ser sustentados por aqueles que têm ainda, capacidade para o trabalho. É ele, ainda, um dos muitos poucos esquemas nacionais no qual os benefícios são praticamente ajustados à elevação do custo de vida e, ainda mais, há uma tentativa deficiente de aumentar a participação das vítimas do infortúnio à riqueza nacional à proteção que essa riqueza cresce».

O novo esquema difundiu-se com extrema rapidez, embora poucas nações estivessem em condições de adotá-lo de pronto.

O famoso «Plano Beveridge», na Inglaterra, em 1942, que levava a extremos maiores a idéia da «Seguridade Social», e a «Declaração de Santiago», do mesmo ano, resultante da Conferência Interamericana de Seguros Sociais, que a indicava como o rumo a ser seguido pelos países das Américas no concernente ao amparo às necessidades sociais, seguiram-se, de perto, à iniciativa neozelandesa.

Já, em 1944, era a vez da afirmação solene da Organização Internacional do Trabalho, com a marcante «Carta de Filadélfia», ao declarar expressamente que «a pobreza em qualquer parte constitui um perigo à prosperidade em toda a parte» e traçar os princípios da «Seguridade Social», assinalando-os, de modo especial, dentre as seguintes formas de ação:

- «ampliação das medidas de seguro social para provimento de uma renda básica a todos os necessitados de tal proteção e cuidados médicos;
- «adequada proteção para a vida e a saúde dos trabalhadores em todas as ocupações;
- «medidas para proteção à infância e à maternidade;
- «garantias de adequada nutrição, moradia e facilidades para recreação e cultura».

O primeiro país a adotar esses princípios, em sua legislação, depois da Nova Zelândia, foi a França, em 1945, embora ressentindo-se da unidade na Administração. Seguiu-se a Austrália em 1947.

A Inglaterra, em 1948, com base no Plano Beveridge, começou a implantação, sem dúvida, da mais avançada experiência social nesse setor, em razão da extensão de seu âmbito e da amplitude de seu alcance.

Diversos países socialistas ampliaram seus sistemas, no mesmo rumo.

Mais recentemente, em 1963, a Espanha com sua «Ley de Bases de la Seguridad Social», formulou um ambicioso plano nesse campo, ora em paulatina execução.

É de assinalar-se que o Brasil, em 1945, com a sua «Lei Orgânica dos Serviços Sociais», que visava a unificar a execução dos planos de previdência e de assistência social em uma só instituição nacional — o «Instituto dos Serviços Sociais do Brasil» (SSB) — lançara-se dentre os pioneiros, no mesmo rumo, numa experiência que seria certamente mais avançada que a da Grã-Bretanha e à desta se antecipava. A idéia não estava, contudo, bem amadurecida na consciência nacional e, por isto, embora iniciada a execução, frustraram-na a mudança das condições políticas, que então se verificou.

Os princípios gerais, não obstante, estavam lançados e começaram a influenciar a legislação. Deles remanesceu, como regra geral, e de muita importância no novo rumo, a imperiosidade do reajuste do valor dos «benefícios» da Previdência Social às variações do custo de vida e a constituição do «Fundo Único da Previdência Social», germe inicial de sua unificação administrativa (Decreto-Lei nº 7.835, de 6 de agosto de 1945).

Foram precisos cerca de trinta anos para que, em fases sucessivas, iniciadas com a uniformização administrativa e dos planos de prestações, em 1960, pela «Lei Orgânica da Previdência Social»; prosseguidas com a instituição do «salário família do trabalhador», em 1963; o Plano de «Reformulação da Previdência Social», em 1965, começado a aplicar pela unificação administrativa do Sistema Geral, do «Instituto Nacional de Previdência Social», em 1966; a integração dos «acidentes de trabalho no INPS, em 1967, com a nova formulação de 1976; a Previdência Social Rural, em 1968, com as reformulações posteriores, em 1971 e 1975; a extensão da previdência social aos empregados domésticos, em 1972; a instituição do amparo generalizado aos maiores de 70 anos ou inválidos, independente da condição de segurado, em 1974; a incorporação do «salário maternidade às prestações do INPS, também em 1974; a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, no mesmo ano de 1974, e, por último a instituição do novo «Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social» (SINPAS), em 1977; foram precisos cerca de trinta anos para que o Brasil viesse a dispor, já agora, de um verdadeiro e amplo sistema de «Seguridade Social.»

Resulta, então, que a previdência e assistência concebidas nos incisos XI, XVI, e parágrafo único do artigo 165 da Constituição devem ser entendidas como versando sobre previdência social e serviços sociais, isto é, seguridade social.

Aí tem-se: assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, como serviços sociais e previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade.

De notar-se, outrotanto, que a matéria constava do art. 157, incisos XIV, XV, XVI, XVII e parágrafo único do art. 158 da Constituição de 1946.

Pontes de Miranda — «Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969», 2ª ed. Tomo VI pág. 257/8 — adverte:

«Serviços de Assistência, Previdência Social e Fontes de Custeio. — A previdência social, ou de benefício, a que se refere o art. 165, parágrafo único, é aquele para que há contribuição da União, concernente a seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho, proteção da maternidade, doença, velhice, invalidez e morte (art. 165, XVI), bem como a que consiste em colônia de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, que sejam mantidas pela União (art. 165, XVIII). Não é válido, qualquer ato do Poder Executivo, ou (administrativo), do Poder Judiciário, ou mesmo do Po-

der Legislativo, que crie, aumente, ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, sem que haja o fundo para o custeio total. O fundo pode ser de despesa da União, ou da União e de outra entidade estatal, paraestatal ou privada. Cumpre, porém, advertir-se que a regra jurídica constitucional do art. 165, parágrafo único, não só se refere à União: atinge os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.

Contribuição da União à Previdência Social para Seguro de Desemprego, Seguro contra Acidentes, proteção da maternidade e casos de doença, velhice, invalidez e morte. — As leis podem estabelecer deveres de contribuição para fins de previdência. Com isso, a União satisfaz a exigência do art. 165, XVI. Ou, com a lei que haja fixado a despesa e essa se insira no orçamento, a contribuição parcial consiste em doação. Numa e noutra espécie, a lei há de determinar quanto, como e quando se há de prestar».

É tempo, então, de se esclarecer o que compreende a seguridade social e o respectivo significado.

O seguro social que teve início na Inglaterra, com caráter voluntário, tornou-se obrigatório na Alemanha, passando a ser adotado pelos povos modernos.

O regime do seguro social no Brasil, atualmente, passou a ter como princípio essencial a inscrição obrigatória, de sorte que são segurados os que exercem atividade remunerada, sem relevância a existência de vínculo empregatício.

O seguro social tem alcance limitado no tempo e prestações padronizadas, como se acontecer com a aposentadoria, auxílio-doença, etc. Já os serviços sociais compreendem as mais diversas formas de assistência e que, a cada dia, podem ser ampliadas e melhoradas, segundo os recursos disponíveis, tanto financeiros quanto humanos.

Especialistas da Divisão de Assuntos Sociais da ONU propuseram e a Associação Internacional de Seguridade Social adotou o seguinte conceito de Serviço Social:

«uma atividade organizada que tem como finalidade favorecer uma melhor adaptação recíproca dos indivíduos e do meio social em que vivem, mediante a utilização de técnicas e métodos destinados a permitir aos indivíduos, aos grupos e às coletividades fazer frente a suas necessidades, a resolver problemas suscitados pela sua adaptação em vias de evolução e a melhorar as condições econômicas e sociais mediante uma ação cooperativa.»

Assim, as prestações do Serviço Social têm caráter dinâmico e personalizado. Podem ser preventivas e (por exemplo, a assistência médica) ou quando do aparecimento do risco que procura cobrir.

Donde, enquanto a Previdência Social baseava-se na concepção da justiça comutativa, a seguridade tem por fundamento a justiça distributiva, pois as suas fontes de custeio decorrem da contribuição do participante e da sociedade como um todo através da participação da União Federal para cobrir possíveis «deficits» como previsto no art. 17, § 2º da Lei nº 6.439, de 1-9-77.

Em conclusão, ao lado das prestações clássicas da previdência aparecem as destinadas aos serviços.

Assim, uma parte da contribuição pode destinar-se à previdência e atingir o segurado ativo e outra tendo por fim cobrir os serviços sociais e que acompanham o seguro do inclusive na inatividade.

Quer dizer, se o aposentado e o pensionista não têm mais o dever de contribuir para o benefício respectivo e em cujo gozo se encontram, o mesmo não ocorre com os serviços sociais (aí compreendida a assistência médica), porquanto a estes tem ele acesso mesmo na inatividade e, como explicado, tais serviços passam por constantes melhorias, ampliação e elevação de custos. Assim, para manter o seu direito de acesso a esses serviços, por autorização constitucional encartada no parágrafo único do art. 165 da Carta Magna, a contribuição do segurado e beneficiário pode ser aumentada.

É preciso não esquecer que se trata de serviços de cunho permanente que a todos cumpre manter e ampliar.

O seguro social para a aposentadoria e a pensão se aperfeiçoa com os atos respectivos, enquanto os serviços sociais, por sua ação dinâmica, prosseguem e não teriam como sobreviver se para mantê-los ou melhorá-los, inclusive os aposentados que deles se beneficiam, não concorressem.

A verdade é que se tem de prosseguir na caminhada de modo que em breve os serviços sociais no Brasil, como seguro para o qual todos devem contribuir, se tornem em direito subjetivo de cada cidadão integrante do sistema, tal como Oswal Stein citado por Arnaldo Sussekind («Previdência Social» — Forense — 1955 — pág. 35):

«Se os acontecimentos presentes se interpretam corretamente, a assistência social (serviços sociais, hoje) e o seguro social se aproximam cada vez mais. Como resultado de um longo processo podem encontrar-se e unir-se. Essa unificação constitui o objetivo da seguridade social, que torna o seguro nacional e concede a cada cidadão o direito subjetivo aos serviços sociais integrantes do correspondente sistema.»

Dissertando sobre «Temas Atuais de Trabalho e Previdência», Evaristo de Moraes Filho (LTr — SP — 1976, pág. 242/246) após acentuar o dever de solidariedade em que repousa como fundamento último a seguridade social, acentua como dúplice as tendências dominantes na evolução moderna da seguridade social, que marcham para uma perfeita convergência.

Resulta, em consequência, que o art. 2º, I, d, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29-12-81 não ofende o texto constitucional, ao contrário, adequa-se ao estabelecido no parágrafo único do art. 165 que contempla a previdência e assistência social ou, caso se queira, a seguridade social.

Rejeito a arguição.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO HÉLIO PINHEIRO: Objeto de controvérsia é no caso em exame o art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 19 de dezembro de 1981, que estabelece contribuições dos aposentados e dos pensionistas para o custeio da assistência médica.

Fraciona-se o Plenário desta egrégia Corte em duas discrepantes correntes, uma delas, em oposição à outra, sustentando que o acima citado preceito apresenta-se eivado do vício de inconstitucionalidade, por contrariar disposição inscrita no art. 165, inciso XVI, da Lei Fundamental, que instituiu o sistema de contribuições triplíces da União, do empregador e do empregado, sendo impossível incidir tal contribuição sobre proventos do aposentado, que, em face dessa situação, já não mais detém a condição de trabalhador.

Não vejo, contudo, como dar pela inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 por ofensivo ao disposto no inciso XVI do art. 165 da Lei Maior, pois o simples fato de haver estabelecido contribuições cobráveis dos aposentados e dos pensionistas, para o custeio da assistência médica, não implica em restrição ou negação a esse direito que a Constituição Federal em nenhum momento dispõe seja gratuito enquanto em atividade o contribuinte da previdência, ou quando se inativa, antes dizendo que os direitos de que cogita o seu artigo 165 são assegurados «nos termos da lei», a esta, portanto, cabendo discipliná-los no que tange à sua usufruição.

Fê-lo o legislador constituinte inserir na lei maior, de modo a que, como mostra o sempre citado Pontes de Miranda, não possa ser extinto, por força de lei ordinária.

De ressaltar que, no concernente aos previstos no inciso XVI, nem sempre se pode ter como presente a figura do empregador, pois beneficiário da previdência social urba-

na e dela sendo segurado obrigatório, encontra-se o trabalhador autônomo, na definição da lei aquele que:

- exerce habitualmente e por conta própria atividade profissional remunerada;
- presta, sem relação de emprego, serviço de caráter eventual a uma ou mais empresas;
- presta serviços remunerados mediante recibo, em caráter eventual, seja qual for a duração da tarefa.

Ora, em relação a essa categoria de trabalhadores, impossível se torna falar na exigência de triplíce contribuição para o asseguramento dos direitos de que cogita o inciso XVI do art. 165 da Constituição Federal, muito embora as que por ele devidas se apresentem agravadas pelo peso de um maior ônus, o que também sucede relativamente às pessoas de que cuida o art. 11 da Consolidação das Leis da Previdência Social

Pode-se ponderar, sim, que a assistência médica deveria ser assegurada ao que contribuiu, enquanto em atividade para, na aposentadoria, a ela ter direito sem qualquer ônus a incidir em seus proventos, que se vão minguando com o passar do tempo.

Com esse entendimento me ponho de pleno acordo. Tenho por iníqua a lei que faz incidir nos proventos do aposentado contribuição que ele convencido está de não ser devida, persuadido de que as contribuições que no curso de sua vida produtiva religiosamente entregou à Previdência Social a tanto foram também destinadas.

Mas a iniquidade de que se possa ressentir uma lei não é fato que por si só se apresente bastante para viciá-la de inconstitucionalidade. Na hipótese em exame, a exigência que vem de ser feita no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 1981, nem mesmo, como realçado pelo insigne Ministro Relator, tem o sabor de novidade, já se fez presente na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que dando nova redação ao art. 69 da Lei nº 3.807, de 28 de agosto de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência Social, dispositivo que prevaleceu até o advento da Lei nº 6.210, de 4 de junho de 1971, que o revogou.

Reproduz-se a exigência no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, relativamente ao custeio da assistência médica e ainda que contra essa imposição possamos tecer severas e justas críticas, não vemos, *data maxima venia* dos que se colocam em campo oposto, como surpreender no malsinado preceito a mácula que se lhe pretende atribuir.

Com esses fundamentos rejeito a presente arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Questiona-se neste caso sobre a constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, que instituiu contribuição previdenciária para os aposentados e pensionistas da Previdência Social.

Entendeu o eminente relator que esse dispositivo padeceria do vício, porque o artigo 165, inciso XVI, da Emenda Constitucional nº 1/69, ao estabelecer o sistema de contribuições triplíces, da União, do empregador e do empregado, considerou esse último termo como sinônimo de trabalhador, situação em que, evidentemente, não poderiam ser incluídos os aposentados e pensionistas.

Outros eminentes Ministros concluíram que seria constitucional a norma, porque o texto maior haveria de ser considerado programaticamente, de tal sorte que a conquista ali representada não poderia sujeitar-se a um preciosismo de linguagem técnico-jurídica que esvaziaria o seu verdadeiro alcance social.

Outros entenderam que, para custeio da assistência médica, que seria serviço e não benefício, estaria o legislador ordinário autorizado pelo inciso XV do art. 165 a instituir contribuição de aposentados e pensionistas, sob pena de inviabilizar a prestação desse serviço.

E ilustres Ministros consideraram que a norma em exame estaria contaminada do vício da inobservância do princípio constitucional da estrita legalidade, por haver instituído contribuição parafiscal, que pertence ao gênero tributo, sem que o Poder Legislativo fosse chamado a participar de sua elaboração. Assim sendo, a inobservância do princípio no «taxation without representation» fulminaria a norma do decreto-lei.

Entendeu-se, também, que o problema da inconstitucionalidade do dispositivo poderia ser contornado se ele fosse aplicado somente às situações jurídicas de aposentados e pensionistas que ainda não estivessem definitivamente constituídas até a data de sua entrada em vigor. Assim, desde que fosse respeitado o direito adquirido, a norma incidiria sobre as demais situações ali previstas.

No entanto, ocorre-me raciocínio paralelo ao do eminente Ministro Relator, que conduz a conclusão semelhante à sua se se reexaminar o texto constitucional sob ótica diferente. É o que tentarei fazer.

O Professor Alfredo Buzaid, hoje eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu trabalho intitulado «Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro», ensina que

«O antagonismo que pode surgir entre as leis se afere não tanto pela hierarquia quanto pelo abuso de poder. A lei fundamental é a Constituição, que emana da vontade do povo. Ela estrutura o Estado, discrimina as competências, confere direitos e impõe obrigações». (Ob. cit. Edição Saraiva, 1958, página 46).

Com efeito, a vontade do povo é a fonte mediata do poder constituinte originário, que é a emanação direta da própria soberania, funcionando como poder político do Estado na fase anterior a qualquer organização constitucional.

José Pedro Galvão de Souza em sua obra «Da Representação Política», ao mencionar o confronto histórico, feito por Georges Burdeou, dos governos representativos da Inglaterra e da França, endossou sua afirmativa de que

«Ao contrário da idéia inglesa da representação, empírica e progressivamente enriquecida, à medida que os deputados ganharam sobre o poder real as prerrogativas de sua função, a concepção francesa apareceu de um jacto, quando os Estados Gerais se transformaram em Assembléia Nacional, atingindo de chofre sua plenitude lógica e trazendo um poder de irradiação tal que, durante mais de um século, ele pôde servir de fundamento à organização constitucional da maioria dos Estados democráticos que não se situavam na órbita anglo-saxônica». («Traité de Science Politique», IV pág. 243, apud da Representação Política», Editora Saraiva, 1971, pág. 42).

Observou Galvão de Souza que

«O ponto de partida de concepção estava na tese assim proclamada na Declaração dos Direitos do Homem:

«O princípio de toda Soberania reside essencialmente na Nação.

Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer qualquer autoridade que não emane dela expressamente» (ob. cit. pág. 42).

Ao examinar as conseqüências jurídico-políticas desse verdadeiro contrato social, cujo produto seria a reunião de indivíduos sob uma lei comum, como «resultado das vontades individuais», na expressão de Sieyès, Galvão de Souza invoca, ainda, Burdeau, para quem

«.....»

as vontades dos representantes devem ser entendidas não como sua vontade própria, mas como expressão da vontade nacional» (ob. cit., pág. 46).

Também segundo Burdeau,

«Para apreender o sentido exato desta representação, é preciso compreender que a função dos representantes não é a de formular uma vontade que seria preexistente no corpo nacional. É a de querer pela Nação, o que significa que a vontade nacional não existe senão a partir do momento em que um ato dos representantes lhe tenha expressado a substância» (ob. cit. página 46).

Para o Professor Afonso Arinos de Melo Franco,

«Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 é do tipo instrumental. Visa somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato». («Direito Constitucional — Teoria das Constituições — As Constituições do Brasil — Forense, 1976, pág. — 179»).

Partindo, assim, da premissa de que a Emenda Constitucional nº 1/69 não decorreu de compromisso firmado entre a sociedade e o Estado, tendo sido, ao contrário, outorgada por efêmero Poder Constituinte de questionável legitimidade, tenho que a palavra empregado, constante do inciso XVI do artigo 165 da Constituição outorgada, há de ser interpretada de maneira restritiva, sob pena de agravar a penosa situação dos aposentados e pensionistas da Previdência Social, cujos representantes no Congresso Nacional não participaram da elaboração da mencionada norma.

Devo esclarecer que não pretendo negar aplicação a texto constitucional, senão dar-lhe razoável interpretação para chegar ao exame da constitucionalidade, ou não, do dispositivo mencionado do Decreto-Lei 1.910.

O certo é que não me passou pela cabeça, com efeito, discutir a constitucionalidade da própria Emenda à Constituição, o que seria até possível ao Poder Judiciário, no entender do Ministro Alfredo Buzaid, quando diverge de Ghigliani por entender que

«A Constituição prescreve as regras que devem ser observadas no processo de emenda ou revisão (art. 217). Se o Poder Legislativo, convertido em poder constituinte, se afasta das regras, não reforma a Constituição vigente; violenta-a» (Ob. cit. pág. 58).

E nem me acudiu ao pensamento, também, o critério hermenêutico sugerido pelo Professor Nelson de Souza Sampaio em seu trabalho «Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional», segundo o qual

«Outra diretriz interpretativa é que o Judiciário, no caso de obscuridade das normas e, sobretudo, de conflito entre elas, adote a decisão que mais o prestigie como Poder do Estado» (ob. cit. in «Revista de Direito Público», nº 67, pág. 11).

Se os demais Poderes do Estado reconhecem, como me parece, a autoridade do Judiciário na solução de quaisquer conflitos, torna-se desnecessário o uso da força que emana desse Poder, que é a própria garantia de todo o ordenamento político-jurídico existente.

Mas, voltando à questão da Constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, deparo-me com a menção feita pelo Professor José Luiz de Anhaia Mello aos critérios de interpretação da Constituição elaborados por Themistocles Brandão Cavalcanti em seu «Do Controle da Constitucionalidade», segundo o qual

«Deve-se observar na interpretação da Constituição os seguintes preceitos a serem observados na apreciação da Constitucionalidade:

a) as palavras devem ser tomadas em seu sentido usual, considerando-se como tal o seu sentido técnico, quando utilizadas com esse objetivo.

b) *omissis*

c) *omissis*

d) a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso». (Anhaia Mello, «Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição», 1968, São Paulo, pág. 106).

Já se viu que a interpretação do texto constitucional deve ser feita restritivamente.

O professor e então advogado Oscar Dias Corrêa, em palestra proferida no Instituto dos Advogados do Brasil, intitulada «Direito Constitucional (Sobre a Reforma Política)», publicada na Revista Forense, aborda o assunto da seguinte maneira:

«3. A outorga da Emenda Constitucional de 1969 equivaleu, assim, a outra revolução, e muito mais grave e muito mais inexplicável, na medida em que manteve, ao lado da ordem constitucional, e acima dela, uma ordem paraconstitucional, metaconstitucional, ordem institucional, com os Atos Institucionais que permitiu, e que, ainda depois, continuaram vigendo» (ob. cit. volume 267, pág. 102).

O ilustre jurista mineiro, hoje eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao examinar diversas inovações contidas na Carta de 1969, assim se expressou sobre o artigo 160, inicial do Título que se refere à ordem econômica e social e a que pertence o artigo 165:

««.....»

quando fui convocado pelo Instituto dos Advogados do Brasil a participar da redação do texto do anteprojeto da nova Constituição, sob a redação geral de Clovis Ramalhet, tive oportunidade de propor nova redação para o artigo 160 da Constituição, tendo em vista que o texto de 67 é muito superior ao de 69. Dizia a Constituição de 67, art. 157: «A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I — liberdade de iniciativa; II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III — função social da propriedade; IV — harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V — desenvolvimento econômico; VI — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros».

Vem a Constituição de 69 e diz (artigo 160): «A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios...».

Ora, Sr. Presidente e prezados colegas, é inadmissível: a redação é defeituosa, porque o objetivo é a justiça social. O desenvolvimento econômico não é objetivo em si, não é fim em si mesmo, mas meio de atingir a justiça social, como instrumento. Portanto, a Constituição de 1967 tinha razão, e não na tem a de 1969» (ob. cit. pág. 103)

Diante disso, é evidente que a palavra «empregado», contida no artigo 165, inciso XVI, da Emenda nº 1/69, tem de ser interpretada sob reserva, pois a chave para sua exegese está no **caput** do artigo 160, tão criticado pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, em que o legislador constituinte de 69 erigiu como primeira prioridade o desenvolvimento nacional, que deveria ser apenas um meio, relegando a segundo plano a justiça social.

Se há comando legal expresso determinando que,

«na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum»,

não me parece que seja lícito ao Juiz interpretar norma social de tamanha importância com a extensão que se lhe quer emprestar, mormente quando essa norma deva ser também interpretada com a restrição que lhe impõe a origem de sua elaboração.

Assim, parece-me que a Nação não entende como a justiça social deva ser considerada abaixo do primado do desenvolvimento econômico, quando o contrário é que deveria ocorrer, tanto mais que, como adverte Mozart Victor Russomano, a carência dos recursos previdenciários foi causada pelo atraso e mesmo pela falta de pagamento da contribuição estatal, circunstância que

«... até hoje, faz sentir os seus efeitos em normas de Direito Transitório, ainda em vigor, que visam a permitir que a União use expedientes de eficiência relativa para saldar um dia — quando, não se sabe-os assombrosos débitos em que incorreu, nas suas relações com a Previdência Social, e que foram consolidados em 1960» (in «Curso de Previdência Social», 2ª edição, 1983, Forense, pág. 1940).

Somente se se considerar que o desenvolvimento econômico está acima da justiça social, segundo a ótica profligada pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, é que se poderia entender que empregado é sinônimo de aposentado e de pensionista.

Realmente, a situação de caixa da Previdência Social deve estar periclitante, para que o Executivo faça tábula rasa das definições que ele próprio estabeleceu, de trabalhador, empregado, segurado e pensionista, no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Dec. nº 83.080/79) e no Regulamento do Custeio da Previdência Social (Dec. nº 83.081/79).

Mas, no que depender de mim, esse desenvolvimento econômico da Previdência Social não ocorrerá em detrimento da justiça social.

Assim, pois, acompanho o eminente relator e declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, a Constituição, no art. 165, assegura aos trabalhadores, em geral, os direitos que enumera e, entre eles, Previdência Social nos casos de doença, auxílio-invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho, e proteção da maternidade. Prevê, porém, que dita previdência extensiva aos trabalhadores em geral, repito, será mantida por contribuições da União, do empregador e do empregado, isto é, do trabalhador em atividade.

Ora, o aposentado já não é empregado, pois com a aposentadoria se desfaz a relação de empregado. Assim, não é possível atribuir-lhe ônus no financiamento da Previdência, sem ofensa ao citado art. 165, em seu inciso XXVI.

Por assim considerar, Sr. Presidente, o meu voto é acompanhando o eminente Ministro Relator.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MOACIR CATUNDA: Reporto-me ao relatório e aos votos já proferidos, sejam no sentido da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.981, — art. 2º, — sejam no sentido de sua conformidade com a Constituição.

Após meditar sobre o assunto, notadamente sobre o disposto no art. 43, inciso X, da Constituição, que não relaciona, como contribuição social, a matéria objeto do item XV, do art. 165, concernente à assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva, fixei-me no entendimento de que o diploma legal questionado, em dispondo como nele se lê, afronta o preceito constitucional, até porque a enumeração constante do texto maior é exauriente, e não meramente enumerativa, *data venia*.

Tendo o constituinte omitido, do elenco das matérias previdenciárias, a assistência médica, tenho para mim que ao legislador ordinário não é permitido instituir contribuição, no interesse do custeio da mesma, em ônus a beneficiário de aposentadoria previdenciária.

Por este sucinto motivo, que me parece prevalecer sobre os demais acolho a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente,

Além dos votos dos eminentes Ministros Carlos Velloso, Relator, e Otto Rocha, de cujos termos bem me recordo, li com a máxima atenção os proferidos pelos ilustres Ministros Carlos Thibau e Gueiros Leite.

Não desejando, a esta altura do julgamento de tão importante questão jurídica, estender-me em considerações que já foram brilhantemente expendidas em anteriores sessões deste Egrégio Plenário, cumpre-me, todavia, recolher da controvérsia estabelecida nos aludidos pronunciamentos o que me parece substancial a formar minha convicção sobre o tema debatido.

Disse S. Exa., o Senhor Ministro Carlos Thibau, depois de citar tópicos da palestra que o então Advogado e Professor Oscar Dias Corrêa, hoje Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, fez no «Instituto dos Advogados do Brasil».

«Diante disso, é evidente que a palavra «empregado», contida no artigo 165, inciso XVI, da Emenda nº 1/69, tem de ser interpretada sob reserva, pois a chave para sua exegese está no *caput* do artigo 160, tão criticado pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, em que o legislador constituinte de 69 erigiu como primeira prioridade o desenvolvimento nacional, que deveria ser apenas um meio, relegando a segundo plano a justiça social.

Se há comando legal expresso determinando que,

«na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum»,

não me parece que seja lícito ao juiz interpretar norma social de tamanha importância com a extensão que se lhe quer emprestar, mormente quanto essa norma deva ser também interpretada com a restrição que lhe impõe a origem de sua elaboração.

Assim, parece-me que a Nação não entende como a justiça social deva ser considerada abaixo do primado do desenvolvimento econômico, quando o contrário é que deveria ocorrer, tanto mais que, como adverte Mozart Victor Russomano, a carência dos recursos previdenciários foi causada pelo atraso e mesmo pela falta de pagamento da contribuição estatal, circunstância que

«... até hoje, faz sentir os seus efeitos em normas de Direito Transitório, ainda em vigor, que visam a permitir que a União use expedientes de eficiência relativa para saldar um dia — quando, não se sabe os assombrosos débitos em que incorreu, nas suas relações com a Previdência Social, e que foram consolidados em 1960» (*in* «Curso de Previdência Social», 2ª edição, 1983, Forense, pág. 1940).

Somente se se considerar que o desenvolvimento econômico está acima da justiça social, segundo a ótica profligada pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, é que se poderia entender que empregado é sinônimo de aposentado e de pensionista.

Realmente, a situação de caixa da Previdência Social deve estar periclitante, para que o Executivo faça tábula rasa das definições que ele próprio es-

tabeleceu, de tralhadador, empregado, segurado e pensionista, no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 83.080/79) e no Regulamento do Custeio da Previdência Social (Decreto nº 83.081/79).

Mas, no que depender de mim, esse desenvolvimento econômico da Previdência Social não ocorrerá em detrimento da justiça social».

A seu turno, o Senhor Ministro Gueiros Leite, obtemperou, *in verbis*:

... De fato, a Lei nº 3.807/60 — com a nova redação dada ao seu art. 69, pela Lei nº 5.890/73, que lhe acrescentou um inciso VI — tratando do custeio da Previdência Social, menciona a contribuição dos aposentados, a saber:

«Art. 69. VI — dos aposentados, na base de 5% (cinco por cento) do valor dos respectivos benefícios.»

Pela Lei nº 6.210/75 (art. 1º), essas contribuições foram extintas, *verbis*:

Art. 1º. Ficam extintas as contribuições sobre aposentadorias, pensões e auxílios-doença mantidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social.»

A Lei nº 6.439/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, restaurou, no seu art. 6º, incisos I/IV, §§ 1º/5º, o regime anterior à Lei nº 6.210/75. E, simultaneamente, o Poder Executivo resolveu dispor, no Decreto-Lei nº 1.910/81, sobre a obrigatoriedade das contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas para custeio da assistência médica (art. 2º). Foi revogado o art. 1º, da Lei nº 6.210/75, mas mantido o art. 6º, incisos e parágrafos, da Lei nº 6.439/77, com prazo para sua regulamentação (art. 3º).

Desse modo, é dado ao Executivo, com apoio nos poderes especiais de que o Estado pode lançar mão (Coerção), obter a cobertura de suas necessidades, quando reclamada em função do benefício social daí resultante. É o princípio de que a receita da entidade pública moderna é compulsória, *ex lege* e não contratual, *ex voluntate* (Cf. Hugh Dalton, *apud* Cláudio Martins, *obr. cit.*, pág. 41). Com base nesse elemento de natureza política e de tanta relevância é que advém o poder impositivo ou poder de império do Estado, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao decidir inexistir ofensa a direito adquirido do servidor aposentado, no art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 (Cf. MS nº 20.351-0/RJ, Pleno, em 10-11-1983; MS nº 20.350/1/DF, em 1-12-1983, Pleno; MS nº 20.332-3/DF, em 24-8-1983).

Além dessa argumentação favorável à incidência de contribuições previdenciárias sobre os proventos dos inativos ou sobre as pensões dos seus dependentes, mesmo autorizadas *ex lege*, é bom que se diga não ocorrer, realmente, qualquer afronta a direitos adquiridos *pro labore facto*, argumento fulcral utilizado pelos que afirmam a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81. Sobre a matéria o TFR decidiu, nas Turmas, ao exame da Lei nº 5.890/73, que se a inativação previdenciária foi concedida antes da sua vigência, não poderia o benefício ser atingido pelo desconto (Cf. AC nº 59.337/MG, 5ª Turma, 30-3-1981; AC nº 57.542/MG, 5ª Turma, em 25-5-1981; AC nº 60.947/MG, 5ª Turma, em 30-3-1981; AMS nº 76.343/MG, antiga 3ª Turma, em 24-11-75; AC nº 43.967/MG, em 15-3-1976). Sustentaram essa orientação à época, os senhores Ministros Pedro Acioli, Moacir Catunda, Sebastião Reis, Armando Rollemberg, Otto Rocha, Washington Bolívar e Aldir G. Passarinho.»

E mais adiane, em seguida ao estabelecimento de diversos conceitos doutrinários apropriados à espécie, ressalta:

«A tese da existência de direitos públicos colidentes com a prevalência dos interesses individuais, que também são considerados públicos, é razoável e de

certo modo lógica, se sustentarmos que não há, em princípio, oposição entre fins e interesses individuais e públicos, mas sim Coordenação. Ora, a Coordenação no Estado intervencionista é feita por ele mesmo e através dos seus superpoderes, toda ocasião em que os fins públicos se devem sobrepor aos fins privados. É certa, sem dúvida, a teoria de Alfross, ao apregoar que o «interesse coletivo» designaria uma constelação de interesses individuais, no nosso caso estratificado na prestação dos serviços sociais, de um modo geral, e não no respeito a interesses individuais experimentados sob certos pressupostos emotivos. Jamais atribuiríamos, contudo, um interesse indiscriminado e ditatorialmente a um todo supra-individual, como expressão metafórica, mas sim ao Estado, como Coordenador desses interesses largamente conexos e interdependentes. O interesse individual pela propriedade, por exemplo, corresponde ao interesse social a um ordenamento geral da propriedade. É esse ordenamento que defendemos, para evitar u'a esfera de vida dominada somente por interesses individuais e outra dominada por interesses gerais (Diritto e Giustizia, Trad. Giacomo Gavazzi, 3ª Ed., Turim, Giulio Einaudi, 1965, pág. 341/342 e 344). Na minha opinião o interesse público não significa o interesse de u'a maioria eventual, mas se confunde, sim com o interesse do Estado. Há interesse público e finalidade pública, conceitos jurídicos sólidos, cabendo estabelecer a sua existência real e em que consistem. São realmente, normas elásticas, conforme estudo feito por Ferrara e Heiñrich Dernburg.

O interesse público, o fim público das normas jurídicas previdenciárias é assegurar, realmente, aos aposentados meios indispensáveis à vida. Dificilmente esses interesses e fins seriam atendidos pela redução na renda deles. Tudo isso é verdade. Mas não menos certo é que o interesse público mais decisivo está na proteção dos programas, que incluem todos os indivíduos, aposentados ou não. Fora daí, estar-se-ia utilizando indiscutível espécie de positivismo material, tornando concreto o conteúdo não-jurídico de um conceito jurídico.

Finalmente, longe de reputar inconstitucional o art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 — tanto mais por não ser ele norma isolada e bastante em si — tenho-o como decorrência incontornável das disposições contidas no art. 165, XVI, parágrafo único, da CF. Haverá ilegalidade, contudo (mas apenas ilegalidade), se a sua execução afrontar as limitações constantes do art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 6.439/77, quanto à situação dos acidentados do trabalho e dos beneficiários que perceberam remuneração ou benefícios até 5 (cinco) valores de referência.»

Do confronto dessas posições assumidas pelos eminentes Ministros que me antecederam, tenho a dizer que o preceito, cuja inconstitucionalidade foi argüida, afigura-se-me de natureza transitória, visando a implementar recursos destinados não apenas à manutenção como ao aperfeiçoamento dos serviços de assistência médica mantidos pelo INAMPS, no esforço desesperador de impedir a «falência» desse importante ramo do sistema previdenciário brasileiro, cujas imperfeições e suas causas são notórias, mas que cumpre ao Governo corrigir, ou, pelo menos, tentar fazê-lo.

Pelos motivos alinhados no voto do Sr. Ministro Gueiros Leite e sopesados os judiciosos argumentos constantes dos votos que acompanharam, no todo ou em parte, o que proferiu o Sr. Ministro Carlos Velloso, inclino-me a ficar com a motivação que fundamenta o do Sr. Ministro Otto Rocha.

Não considero, assim, inconstitucional a norma do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

Destarte, **data venia**, rejeito a argüição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: O benefício da aposentadoria se constitui de uma renda mensal, tecnicamente concebida como a principal contraprestação das contribuições pagas pelo segurado.

A contribuição imposta ao segurado aposentado é uma taxação à renda mensal do benefício, reincluindo-o no corpo dos que têm «capacidade contributiva». O legislador deu, portanto, na instituição da nova contribuição, pelo Decreto-Lei nº 1.910/81, a aplicação *utilitatis causa* dessa idéia força de todos os tributos, considerando a renda mensal como índice daquela capacidade, de modo a torná-la fonte de custeio da assistência médica.

Os aposentados se incluiriam, desse modo, na massa ativa dos que devem pagar uma das modalidades de risco social, que é o risco-doença.

Mas esse risco já é previsto na cobertura da previdência social, mediante a contribuição da União, do empregador e do empregado, este último denominado segurado, na legislação comum.

Assistência médica, convém ressaltar, não é assistência social, mas prestação decorrente do seguro social.

A previdência social nunca prestou assistência médica gratuita, pois por ela pagam os segurados.

Moacyr Velloso, em monografia de inestimável utilidade para a compreensão do sistema de previdência social no nosso país, depois de aludir aos diferentes riscos sociais verificados estatisticamente, esclarece que:

«A aplicação dos estudos matemáticos a estas verificações, por meio da «ciência atuarial», permitiu o estabelecimento de um sistema de cobertura dos diferentes «riscos sociais», por tal forma que, a cada «necessidade vital», gerada por um desses «eventos previsíveis», correspondesse uma forma de suprimento da «capacidade de ganho», capaz de assegurar ao atingido a possibilidade de prover à própria subsistência, pelo menos em um padrão médio relativo ao salário percebido, ou a atender ao acréscimo momentâneo de despesas determinado pelo evento, e em caso de morte, possibilitar ao grupo de dependentes a manutenção total ou parcial dos meios de subsistência que lhes eram fornecidas pelo morto». (A Previdência Social Brasileira e sua Nova Lei Orgânica, 1961, pág. 16).

Para custear tais riscos, há dois regimes financeiros: o de repartição, em que as contribuições são calculadas a curto período, mediante a estimativa das despesas com as prestações e a administração, e o de capitalização, calculado a longo prazo, compensando-se os riscos de modo a se estabelecer um custo médio do sistema. No Brasil, informa ainda Moacyr Velloso, adota-se o sistema unitário de capitalização para os benefícios de longo prazo (aposentadorias e pensões) e o de repartição, para os benefícios de curto prazo e serviços assistenciais, custeados pela tríplice contribuição estabelecida constitucionalmente (ob. cit. pág. 68).

Tem-se, assim, que os aposentados da previdência social auferem o que capitalizam. Daí porque a Constituição não os incluiu entre os contribuintes da previdência: o que contribuíram na atividade cobre não só o benefício de longo prazo, como o de curto prazo, que é a assistência médica.

A eles, portanto, não cabe mais contribuir, não só porque na realidade não têm capacidade contributiva, como seria um indevido pagamento em dobro da cobertura a que têm direito.

Cabe ainda dizer que o segurado aposentado não mais exerce atividade remunerada, que dá a qualidade de contribuinte ao empregado, ao autônomo ou ao empregador,

na fórmula abrangente das leis da previdência social. Sua renda mensal já é resultado do que contribuiu, não se prestando a custear a prestação a que já tem direito.

O art. 165 da Constituição contém todo um programa visando à melhoria da condição social dos trabalhadores. A sua compreensão, porém, deve abranger não só o conteúdo dos valores em circulação na sociedade em mudança, mas, também, os limites das normas programáticas, em face de outras garantias que a própria Constituição agasalha.

«Programáticas» —leciona Crissafulli —, se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas, postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais em programas de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como um programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade». (*La Costituzione e le sue disposizioni de principi*», Milão, 1952, pág. 103, apud Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, 1980, pág. 211).

Por isso mesmo, tem a doutrina sustentado que uma das características da norma constitucional programática é a sua elasticidade. Há que atentar, porém, que essa elasticidade se presta à adequação do seu conteúdo às exigências concretas da sociedade, mas não a de conferir a esse conteúdo nova significação, com a tutela de novos interesses ou, ao revés, com a preterição dos interesses por ela protegidos. Uma coisa é dizer que a elasticidade da norma programática consiste no fato do seu conteúdo ser suscetível de adaptação à realidade concreta — observa Pietro Chierchia —, outra é considerá-la como simples fórmula, na qual se incluem sempre novo conteúdo, diferente e mutável, em virtude de exigências e valores contingentes, que não encontram espaço no ordenamento jurídico. (*L'interpretazione sistemática della Costituzione*», Padova, 1978, págs. 143/144).

Ora, no item XVI do art. 165 da Constituição, tal como no art. 157, XVI das Cartas de 1946 e 1967, consta um programa de previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes e proteção da maternidade. Prevê, também, o custeio desse programa, mediante a contribuição da União, do empregador e do empregado.

Há, assim, duas normas, no dispositivo constitucional: uma de natureza programática, outra de natureza preceptiva. Pode o legislador constituinte reunir construções conceituais diversas, mas ao intérprete cumpre distingui-las, segundo os princípios gerais que as regem, de modo que sejam aplicadas sem ofensa ao Direito. Se, além de um programa, o dispositivo contém uma previsão de encargos financeiros, repartidos entre a União, o empregador e o empregado, ressalta a diferença entre tais construções, não sendo admissível que o legislador ordinário possa alargar o universo dos contribuintes, incluindo, além do empregado, o segurado, que já não o é, por se achar aposentado.

A parte programática pode ser adaptada às exigências concretas da sociedade. E, na verdade, assim tem ocorrido, pois à previdência social acrescentou-se a assistência social, que independe do rigor atuarial quanto às fontes de custeio.

Mas no que se refere ao custeio, a norma não tem a mesma elasticidade, pois o que tem relevo é a estrita observância do limite ao poder do Estado de haver contribuições do empregador e empregado.

A norma constitucional, ao referir a empregado como partícipe da tríplice contribuição para a previdência social, prende-se à razão histórica: aproveitou-se a redação da Carta de 1946, quando só os empregados, os empregadores e a União eram obrigados ao custeio da previdência social. Mas é certo que desde a Lei nº 3.807, de 1960, substituiu-se o empregado pelo segurado, dando margem à ampliação da base de soli-

driedade ante os riscos sociais, incluindo todos os que exerçam atividade remunerada no território nacional.

O aposentado, obviamente, não exerce atividade remunerada, não podendo ser incluído entre os contribuintes.

O art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, portanto, não conflita com o princípio do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, mas com a norma do art. 165, XVI da Constituição, que prevê a tríplice contribuição para a previdência social, não incluindo os aposentados, que não exercem atividade remunerada.

O dispositivo malsinado tem objetivo inverso do da Lei nº 6.179, de 1979; nesta, incluíram-se como beneficiários, a título de amparo, os que jamais contribuíram para a previdência, ou o fizeram apenas simbólica ou transitoriamente, aproveitando o passageiro superavit decorrente da minimização do salário-de-benefício em relação ao salário-de-contribuição, feita pela Lei nº 5.890, de 1973; no Decreto-Lei nº 1.910, incluíram-se entre os contribuintes, os que já não o são, porque cumpriram com a sua participação no custeio da previdência, não lhes cabendo o ônus indevido.

A afronta à Constituição é clara e insofismável.

Acompanho o Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Sob o aspecto formal, o Decreto-Lei nº 1.910/81, editado com base no art. 55, II, da CF, não padece de vício (Cf. VOTO no MS nº 97.775/DF). Nunca segui a orientação fiscalista pura de que a higidez da norma seria decorrente da natureza tributária das contribuições previdenciárias, incluídas entre as chamadas contribuições parafiscais como espécies do gênero tributo. Assim é, que, ao decidir sobre o prazo prescricional de exigibilidade das contribuições, firmei ponto de vista no sentido de que, em sua natureza e destinação, seriam elas modalidades de obrigações pecuniárias *ex lege* (Cf. Voto na AC nº 40.183/RJ, 4ª Turma, 3-10-79).

A partir, então, das decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as contribuições previdenciárias teriam sido consideradas como tributo apenas até o advento da Emenda Constitucional nº 8/77, firmei pé na antiga convicção, tanto mais por levar em conta a última palavra do mesmo Tribunal sobre a matéria a nível constitucional. Em julgamento do Pleno, no RE nº 86.595/BA, aquela Corte, em voto vista do Ministro Moreira Alves, encaminhou a questão para o seguinte deslinde:

«Por isso mesmo, e para retirar delas (as contribuições previdenciárias) o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso (I, § 2º, art. 21), substituindo a expressão «e o interesse da previdência social» por «e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social», tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43, da Emenda nº 1/69 (Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: **omissis X** — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178), o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo art. 43. Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8. **Omissis**). (RE nº 86.595/BA, RTJ 87/271, Pleno, em 7-6-1978).

Essa orientação firmou-se a partir de outras decisões, das quais destaco a proferida no RE nº 99.662-1/MG, com realce para o voto do Ministro Djaci Falcão, *verbis*:

«De qualquer sorte ao caso não se aplica o art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social, uma vez que o débito era anterior à EC nº 8/77, que acrescentou o inc. X ao art. 43 da C. Federal, retirando o caráter tributário das contribuições previdenciárias. Antes da referida Emenda tinham estas natureza tributária, aplicando-se quanto à decadência e à prescrição o CTN. Aliás, nesse sentido decidiu o Plenário da Corte ao apreciar o RE nº 86.595, relatado pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 87/271).» (Fl. 613).

Dir-se-á que, despida a contribuição previdenciária da sua natureza tributária, o Decreto-Lei nº 1910/81 ficaria sem suporte constitucional (art. 55, II, 2ª parte), se raciocinarmos em torno do art. 43, *caput*, da Constituição, onde está dito caber ao Congresso Nacional dispor (inciso X) sobre «contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens I, X, XIII, XVI, e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178».

Essa competência legislativa, de acordo com o citado art. 165, incisos XV e XVI, concerne com a edição de Leis sobre previdência social emanadas do Congresso, incluindo assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (XV), bem como os casos de doença, velhice, invalidez ou morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade. Desse modo, obrigatória a Lei (embora o art. 43 não disponha sobre u'a competência exclusiva do Congresso), inidôneo seria o decreto-lei, pois o art. 55, II, 2ª parte, só permite a sua expedição no pertinente a normas tributárias.

Não é assim, porém. Esse art. 55, II, trata, na 1ª parte, também de finanças públicas, cláusula abrangente dos recursos previdenciários.

Otto de Andrade Gil, quando escreve sobre o conceito amplo e compreensivo da expressão Finanças Públicas, ensina que engloba não só as normas de direito financeiro (CF, art. 8º, XVII, c), mas todos os institutos que as leis e a doutrina admitem como integrantes das finanças do Estado. Trata-se da obtenção e dispêndio dos dinheiros necessários ao funcionamento dos serviços a cargo do Estado, ou de outras pessoas de direito público (Os decretos-leis na Constituição de 1967, Arquivos do Ministério da Justiça, nº 107, set/1968, pág. 6; Baleeiro, Uma Introdução à Ciência das Finanças).

Alberto Deodato é mais incisivo. Para ele a ciência das finanças, hoje, ensina a procura e utilização, pelo Estado, dos recursos necessários à cobertura das despesas públicas, pela repartição, entre os indivíduos, dos encargos resultantes. Mas também é a utilização dos meios com fins intervencionistas em matéria econômica, social e política. Ele relaciona, sistematicamente, finanças com impostos, mas dentro do entendimento clássico: moeda neutra, equilíbrio orçamentário e finança fiscal — acrescentando, porém, a novidade do Estado com as roupagens intervencionistas. Persiste, contudo, em mencionar o tributo como instrumento de dirigismo econômico, a saber: impostos sobre celibatários, com fins familiares; sobre sucessão, em caráter confiscatório para assegurar a igualdade social (Cf. Manual da Ciência das Finanças, 10ª ed., 1967, págs. 11/12).

Não creio, porém, que esse fundamentalismo tributário exclua outras achegas, também de ordem financeira, mas que não são tributos, porém recursos diversos (Veiga Filho) formadores da riqueza pública. Essa riqueza gasta-se ordinariamente ou rotineiramente, porque permanente e prevista em orçamento. Mas há também despesas extraordinárias, não orçamentárias, surgidas de fatos imprevisíveis, como epidemias e flagelos; ou especiais, quando há compromissos inadiáveis a liquidar. Podemos situar as despesas com a Previdência Social, no plano financeiro, como despesas de transferência. As rendas públicas seriam transferidas para beneficiários que não mais produzem serviços. São tais despesas, no orçamento moderno, as pensões familiares, entre outras, tendo-se como exemplo a assistência social (aut. e obra. *cits.* pág. 24). Esse será um instrumento extrafiscal do Estado intervencionista (Laufenburger), inaplicável ao Estado liberal, em que a despesa é neutra. Quando o regime capitalista está em perigo, Key-

nes vê nas despesas públicas o meio de transformar a depressão em prosperidade. É também a fórmula de Kahn. E o trabalho de Roosevelt no «New Deal». A economia dirigida cria, na opinião de alguns e entre eles Nitti, a pesada burocracia dos Institutos. Seligman, analisando o crescimento das despesas públicas, mostrou a sua evolução até a organização e direção de coisas que antes não existiam, apontando, entre elas, a assistência social.

Sob o ponto de vista do que venha a ser receita, temos a definição de Flora: o complexo de capital social necessário à execução dos diferentes serviços públicos. É o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela venda de bens ou pela atividade do Estado, de que dispõe para fazer frente às despesas públicas. Assim, a renda proveniente dos impostos é receita ordinária; mas a resultante de fontes acidentais é extraordinária e nem sempre tributária. O dinheiro dos empréstimos ou da venda de lotes, por exemplo. Para alguns não seria receita, mas não deixaria de ser finança, embora extraordinária.

As receitas evoluíram através de estágios diversos, desde a fase parasital, passando pelos períodos regaliano, dominial e tributário, até o período social. Este último tipo de receita caracteriza-se pela sua finalidade específica. Na maioria das vezes não é exigido diretamente pelo Estado, mas por intermédio de entidades por ele criadas e que prestam serviços sociais. Luiz Celso de Barros ressalta, apropriadamente, que a Constituição, em seu art. 165, ao tratar da ordem econômica e social, mantém serviços destinados à pessoa humana, instituindo arrecadação por meio de contribuições. Aqui — diz ele — houve realmente evolução, pois as receitas não integram os cofres do Estado, mas sim os cofres das entidades envolvidas. Há, portanto, uma desvinculação orçamentária, mas que não retira dessa arrecadação o caráter financeiro (Ciência das Finanças, Direito Financeiro, Bauru, Editora Jalovi, págs. 60/61). No mesmo sentido, Cláudio Martins (Compêndio de Finanças Públicas, 2ª ed. 1976), Enciclopédia Saraiva do Direito, n.º 37; Cesare Cosciani, Pricipii di Scienza delle Finanze, Turim; Novissimo Digesto Italiano, Prof. Lionello Rossi, Scienza delle Finanze, VII, pág. 361).

Essa introdução ao exame da matéria dos autos teve a finalidade de alinhar o campo de atuação do intérprete e aplicador do Direito. Fazia-se necessária, devido à tradicional existência de legislação congressional instituidora, distribuidora e extintiva desse tipo de receita. De fato, a Lei n.º 3.807/60 — com a nova redação dada ao seu art. 69, pela Lei n.º 5.890/73, que lhe acrescentou um inciso VI — tratando do custeio da Previdência Social, menciona a contribuição dos aposentados, a saber:

«Art. 69. VI — dos aposentados, na base de 5% (cinco por cento) do valor dos respectivos benefícios.»

Pela Lei n.º 6.210/75 (art. 1.º), essas contribuições foram extintas, *verbis*:

Art. 1.º Ficam extintas as contribuições sobre aposentadorias, pensões e auxílio-doença mantidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social.»

A Lei n.º 6.439/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, restaurou, no seu art. 6.º, incisos I/IV, §§ 1.º/5.º, o regime anterior à Lei n.º 6.210/75. E, simultaneamente, o Poder Executivo resolveu dispor, no Decreto-Lei n.º 1.910/81, sobre a obrigatoriedade das contribuições dos aposentados em geral e dos pensionistas para custeio da assistência médica (art. 2.º). Foi revogado o art. 1.º, da Lei n.º 6.210/75, mas mantido o art. 6.º, incisos e parágrafos, da Lei n.º 6.439/77, com prazo para sua regulamentação (art. 3.º).

Desse modo, é dado ao Executivo, com apoio nos poderes especiais de que o Estado pode lançar mão (coerção), obter a cobertura de suas necessidades, quando reclamada em função do benefício social daí resultante. É o princípio de que a receita da entidade pública moderna é compulsória, *ex lege* e não contratual, *ex voluntate* (Cf. Hugh Dalton, *apud* Claudio Martins, *obr. cit.*, pág. 41). Com base nesse elemento de natureza política e de tanta relevância é que advém o poder impositivo ou poder de império do Estado, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao decidir inexistir ofensa

a direito adquirido do servidor aposentado no art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81 (Cf. MS nº 20.351-0 — RJ, Pleno, em 10-11-1983; MS nº 20.350/1/DF, em 1-12-1983, Pleno; MS nº 20.332-3/DF, em 24-8-1983).

Além dessa argumentação favorável à incidência de contribuições previdenciárias sobre os proventos dos inativos ou sobre as pensões de seus dependentes, mesmo autorizadas *ex lege*, é bom que se diga não ocorrer, realmente, qualquer afronta a direitos adquiridos *pro labore facto*, argumento fulcral utilizado pelos que afirmam a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.910/81. Sobre a matéria o TFR decidiu, nas Turmas, ao exame da Lei nº 5.890/73, que se a inativação previdenciária foi concedida antes da sua vigência, não poderia o benefício ser atingido pelo desconto (Cf. AC nº 59.337/MG, 5ª Turma, 30-3-1981; AC nº 57.542/MG, 5ª Turma, em 25-5-1981; AC nº 60.947/MG, 5ª Turma, em 30-3-1981; AMS nº 76.343/MG, antiga 3ª Turma, em 24-11-75; AC nº 43.967/MG, em 15-3-1976). Sustentaram essa orientação, à época, os senhores Ministros Pedro Acioli, Moacir Catunda, Sebastião Reis, Armando Rollemberg, Otto Rocha, Washington Bolívar e Aldir G. Passarinho.

Parece-me mais do que razoável essa orientação da Corte. No contexto, estar-se-ia diante de situações subjetivas preconstituídas e imunes à eficácia da lei nova, isso a teor do art. 153, § 3º, da CF. Acontece, porém, que, primeiramente, as decisões alinhadas referem-se ao art. 69, inciso VI, da Lei nº 3.807/60, com a redação que lhe deu a Lei nº 5.890/73, mas diz respeito à contribuição dos inativos sobre a totalidade do custeio da previdência social, isto é, 5% do valor dos respectivos benefícios. Tal determinação seria realmente confiscatória, por atingir u'a contraprestação ou benefício de natureza continuada e alimentar, o que não ocorre com o Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 2º. Aqui, os proventos e pensões continuam imutáveis em seus percentuais, mesmo com a incidência da lei nova. A redução ocorrida, na prática, seria em atenção a uma contraprestação de cada prestação de assistência médica, cuja gratuidade não está prevista na Constituição. A assistência médica não é vantagem ou prerrogativa do servidor público em geral, mas obrigação do Estado, que pode necessitar, todavia, da contraprestação do usuário em épocas difíceis (Cf. Parecer do Dr. Mauro Leite Soares, Subprocurador-Geral da República, junto ao STF, no MS nº 20.351-0/RJ).

O Decreto-Lei nº 1.910/81 alcançou situações em curso. Assim como anteriormente foram instituídas e retiradas as contribuições, poderiam ser novamente instituídas, sem que tais oscilações viessem a influir nos proventos da inatividade, que são regulados pela lei vigente à época em que o servidor reuniu os requisitos necessários à sua obtenção, sendo nesse sentido estrito a Súmula STF nº 359. Resguarda-se nela, no momento da aposentadoria, o direito adquirido, subordinado a condição inalterável. A contribuição do aposentado, nos termos do Decreto-Lei nº 1.910/81, art. 2º, certamente se justifica como receita originária, pela arrecadação de verdadeiro preço financeiro, forma utilizada pelo Estado dentro da noção de potestade e sujeição, para arrecadar do particular, do patrimônio dele, essas somas, como receitas derivadas, destinadas ao pagamento dos serviços de assistência médica previdenciária, com desvinculação orçamentária e como custeio de novas formas evoluídas, daquilo que está previsto no art. 43, X, da CF (Cf. Luiz Celso Barros, obr. cit., págs. 61 e seguintes). Não se trata — a prestação do serviço de assistência médica — do exercício de um direito prefixado e imutável, mas sim de um direito válido até o momento de sua revogação pela lei nova, que opera *ex tunc*. Assim, a circunstância do serviço de assistência médica haver sido gratuito para o aposentado durante certo período, não impede que lei posterior readmita contribuições a cargo dos aposentados em geral (Cf. MS nº 20.351-0, voto do Ministro Djaci Falcão).

Como é sabido, não há entre nós a gratuidade da assistência médica para aposentados. A Constituição, ao tratar da previdência social, deixou clara a obrigatoriedade do seu custeio também pelo empregado (art. 165, XVI), particularidade que bastaria para justificar a imposição prevista no art. 2º, do Decreto-Lei 1.910/81, exatamente ao contrário da tese do voto do eminente Ministro Carlos Velloso, quando inverte a finali-

dade do texto constitucional e diz que o aposentado, por isso que não tem emprego, não se assemelha ao trabalhador para fins de contribuição. Ora, a interpretação se fez em extrapolação ao texto maior, cuja finalidade é assegurar aos trabalhadores, indistintamente, os direitos indicados no art. 165. Basta ler-se, a respeito, o art. 69, V, da Lei nº 3.807/60, com a redação da Lei nº 5.890/73, que se refere aos contribuintes na situação do art. 9º, verbis:

«Art. 9º. Ao segurado que deixar de exercer emprego ou atividade que o submeta ao regime desta Lei é facultado manter a qualidade de segurado, desde que passe a efetuar em dobro o pagamento mensal da contribuição.»

Como se vê, não só o empregado, mas também o trabalhador, em geral, têm direito aos serviços prodigalizados pela Previdência Social, mediante contribuição. O caput do art. 165 da Constituição Federal deve entender-se combinadamente com o seu parágrafo único, especialmente no tocante aos serviços de assistência médica. Essas normas não conflitam, de maneira alguma, com o disposto no inciso XVI, que cogita do custeio previdenciário em termos normais.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que é a lei geral do funcionalismo, garante, no art. 157, que o vencimento, a remuneração e o provento não sofrerão descontos além dos previstos em lei. Sobre a assistência que a União prestará ao funcionário e à sua família, distingue (art. 161) entre assistência médica e previdência, para acrescentar no art. 163:

«Art. 163. Leis especiais estabelecerão os planos, bem como as condições de organização e funcionamento dos serviços assistenciais referidos no capítulo.»

O TFR já teve oportunidade de enfrentar problemas semelhantes nas turmas da 1ª Seção. A 2ª Turma, no julgamento da AC nº 82.476/SP, em 16-8-1983, decidiu que «as disposições contidas no art. 9º, § 3º, da Lei nº 5.890, de 1973, com a redação da Lei nº 6.643, de 1979, alcançam as situações fáticas constituídas na vigência do ordenamento anterior, pelo respeito ao princípio da incidência imediata». Assim também na AC nº 71.999/SP, 3ª Turma, em 30-6-1981. No Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 5.435/RJ, a Presidência deste Tribunal houve por bem negar pedido suspensivo, com a seguinte argumentação:

Ademais, a admitir-se a exclusão do desconto da contribuição previdenciária no pagamento do benefício ao aposentado, estar-se-ia reconhecendo e proclamando a gratuidade da assistência médica, o que, por seu turno, configura grave lesão à economia pública.» (Agravo não conhecido por intempestivo. *DJ* de 11-6-82, pág. 5.692).

Se há opiniões contrárias ao desconto previsto no art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, deveriam dirigir-se, igualmente, contra o artigo 6º, da Lei nº 6.439/77, onde está dito, por primeiro, que ao INAMPS compete prestar assistência médica aos trabalhadores e seus dependentes. O mesmo tratamento é dispensado aos servidores do Estado e aos trabalhadores rurais. A assistência médica será prestada a cada categoria de beneficiários, na forma das respectivas legislações e com a amplitude que as condições locais e os recursos próprios permitirem (art. 6º, § 1º). Todavia, o Poder Executivo instituirá «um esquema de participação direta dos beneficiários, em função do seu nível de renda, custeio dos serviços médicos de que se utilizarem e dos medicamentos que lhes forem fornecidos em ambulatorios» (§ 2º). Poderá, ainda, considerar outros fatores, além do nível de renda, tais como a natureza da doença, o vulto das despesas gerais e o porte do custeio (art. 6º, § 3º).

Somente serão excluídos desse esquema de participação os acidentados do Trabalho, que não estão sujeitos às limitações, nem ao referido esquema (art. 6º, § 4º). Quanto à participação a que se referem os §§ 2º e 3º, do art. 6º, tampouco será exigida dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até cinco (5) valores de referência (art. 6º, § 5º).

Essa norma permanece em vigor simultaneamente com o Decreto-Lei 1.910/81, pois nele está referida e mantida, *verbis*:

«Art. 3º O Poder Executivo regulamentará no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação deste Decreto-Lei o disposto no art. 6º, da Lei nº 6.439, de 1-9-77.»

Reportando-se a esses textos, Russomano disse o seguinte:

Dá-se, pois, largo passo no sentido de reduzir os encargos pecuniários da Previdência Social na distribuição da assistência médica (em sentido lato), a ponto de se admitir a responsabilidade direta do beneficiário no custeio do tratamento e dos remédios por ele utilizados». (Comentários à CLPS, 2ª ed., RT, 1981, pág. 231).

O problema gravíssimo criado pela amplitude da assistência médica e da insuficiência dos recursos disponíveis para enfrentá-lo, tem criado sério impasse de que advêm as profundas e justificadas insatisfações populares quanto a esse gênero de serviço, mais do que a imposição *sub censura*. A partir de certo tempo a esta data, o legislador tem tido especial cuidado quanto à arrecadação e à destinação da receita da previdência social. Essas verbas sofreram, ao correr do tempo, embora fartas, a erosão, algumas vezes calamitosa, de utilização e de aplicação indiscriminadas e indevidas. Daí o «apertar dos cintos» com que se deparam os programas assistenciais (CLPS, art. 156, parágrafo único), pois a filosofia previdenciária, nesse ponto, aqui como noutros países, sempre foi a de que essa assistência não deveria constituir prestação a cargo da Previdência. E porque assim não se tem feito no Brasil, continua esse serviço a constituir um sorvedouro dos recursos orçamentários do INPS (Cf. Russomano, obr. cit., pág. 374).

A tese da existência de direitos públicos colidentes com a prevalência dos interesses individuais, que também são considerados públicos, é razoável e de certo modo lógica, se sustentarmos que não há, em princípio, oposição entre fins e interesses individuais e públicos, mas sim coordenação. Ora, a Coordenação no Estado intervencionista é feita por ele mesmo e através dos seus superpoderes, toda ocasião em que os fins públicos se devem sobrepor aos fins privados. E certa, sem dúvida, a teoria de Alf Ross, ao apregoar que o «interesse coletivo» designaria uma constelação de interesses individuais, no nosso caso estratificado na prestação dos serviços sociais, de um modo geral, e não no respeito a interesses individuais experimentados sob certos pressupostos emotivos. Jamais atribuiríamos, contudo, um interesse indiscriminado e ditatorialiforme a um todo supra-individual, como expressão metafórica, mas sim ao Estado, como Coordenador desses interesses largamente conexos e interdependentes. O interesse individual pela propriedade, por exemplo, corresponde ao interesse social, a um ordenamento geral da propriedade. É esse ordenamento que defendemos, para evitar u'a esfera de via dominada somente por interesses individuais e outra dominada por interesses gerais (Dritto e Giustizia, Trad. Giacomo Gavazzi, 3ª ed., Turim, Giulio Einaudi, 1965, pág. 341/342 e 344). Na minha opinião o interesse público não significa o interesse de u'a maioria eventual, mas se confunde, sim, com o interesse do Estado. Há interesse público e finalidade pública, conceitos jurídicos sólidos, cabendo estabelecer a sua existência real e em que consistem. São, realmente, normas elásticas, conforme estudo feito, por Ferrara e Heinrich Derburg.

O interesse público, o fim público das normas jurídicas previdenciárias é assegurar, realmente, aos aposentados meios indispensáveis à vida. Dificilmente esses interesses e fins seriam atendidos pela redução na renda deles. Tudo isso é verdade. Mas não menos certo é que o interesse público mais decisivo está na proteção dos programas, que incluem todos os indivíduos, aposentados ou não. Fora daí, estar-se-ia utilizando indiscutível espécie de positivismo material, tornando concreto o conteúdo não-jurídico, de um conceito jurídico.

Finalmente, longe de reputar inconstitucional o art. 2º, do Decreto-Lei 1.910/81 — tanto mais por não ser ele norma isolada é bastante em si — tenho-o como decorrência

incontornável das disposições contidas no art. 165, XVI, parágrafo único, da CF. Haverá ilegalidade, contudo (mas apenas ilegalidade!), se a sua execução afrontar as limitações constantes do art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 6.439/77, quanto à situação dos acidentados do trabalho e dos beneficiários que perceberem remuneração ou benefícios até cinco (5) valores de referência.

Ante o exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, ouvi atentamente os votos anteriormente proferidos, alguns há longo tempo e hoje rememorados e reapreciados criticamente pelos que aqui foram proferidos pelos eminentes Ministros Moacir Catunda, Carlos Madeira e Gueiros Leite. De tudo afigurou-se-me que a questão está em aplicar o texto constitucional na sua literalidade ou, então, em procurar dar-lhe interpretação ampliativa.

Dos debates, convenci-me de que no caso concreto, aflora de maneira indiscutível, a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que instituiu as contribuições dos aposentados e pensionistas para o custeio de serviços de assistência médica. Conforme reconheceu a própria Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer, não procede o argumento de que a contribuição instituída o foi com apoio no parágrafo único do art. 165 da Constituição, eis que não criou, majorou ou estendeu qualquer prestação de serviço, de assistência ou de benefício.

Do mesmo modo, improcede a invocação do art. 21, parágrafo 2º, inciso I da Constituição, o qual há de ser entendido na consonância com o prefalado art. 165, inciso XVI.

Na verdade, o citado parágrafo único do art. 165 da Constituição condiciona a criação de serviço de assistência previdenciária à prévia criação de fonte de receita, isto é, sem fonte de custeio não é possível criar benefício previdenciário. Ocorre que, no tocante ao caso concreto, o inciso XVI do mesmo artigo prevê, expressamente, essa fonte de custeio, que é aquela derivada de contribuições da União, do empregador e do empregado.

Ora, se o próprio texto constitucional é expreso quanto a essa fonte de custeio, não vejo razão para procurar-se, em interpretação ampliativa, conjugar o inciso XVI com o parágrafo único citado.

Portanto, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o eminente Sr. Ministro Relator, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, prossegue-se, mais uma vez, examinando a arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981, que estabelece contribuições dos aposentados e dos pensionistas para o custeio da assistência médica.

A tendência, pelos diversos votos já proferidos, não chegou a um consenso comum, tendo os eminentes Ministros se dividido em duas correntes, uma das quais dá pela inconstitucionalidade do citado decreto, eis «que não é possível fazer incidir contribuição diretamente nos proventos de quem já não é mais trabalhador, porque aposentado», como argumentou o eminente Ministro Carlos Velloso; tendo a outra, se assentado no argumento de que a contribuição de que se fala tem apoio na Carta Magna, inciso XV do artigo 165 no mandamento, que trata da assistência sanitária, hospitalar e

médica preventiva, como pensa um dos seus seguidores, o eminente Ministro William Patterson.

Os adeptos da inconstitucionalidade do decreto se apegam na norma do inciso XVI do art. 165 da Lei Maior que assegura ao trabalhador o direito à previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado; e assim entendendo, somente enquanto mantém a condição de empregado, pois com o advento da aposentadoria, perde tal condição, logo, deixa de figurar num dos pólos da relação constitucional tripartite.

Com a devida vênia de meus eminentes colegas que esposam tal entendimento, coloco-me ao lado dos que entendem de maneira diversa, não vendo inconstitucionalidade no citado decreto-lei, e digo isto, porque a se entender que os empregados, citados no inciso XVI, do art. 165, da Constituição, não estariam mais obrigados de contribuir, por não serem mais empregados, o **caput** do artigo, que assegura aos trabalhadores os direitos que enumera, não estaria mais protegendo os trabalhadores aposentados, porque também estariam perdendo tal condição.

Por outro lado, a exigência que é feita no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, não é fato novo, pois inserido, também, na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, a qual, dando nova redação ao art. 69 da Lei nº 3.807, de 28 de agosto de 1960, instituiu contribuição dos aposentados para o custeio da Previdência.

Este dispositivo prevaleceu até o advento da Lei nº 6.210, de 4 de junho de 1971, que o revogou e está, agora, reavivada a exigência no citado Decreto-Lei nº 1.910/81, relativamente ao custeio da assistência médica.

Vê-se, por aí, que a norma do Decreto-Lei nº 1.910/81 estabeleceu critérios e situações já debatidas anteriormente, umas sendo instituídas e outras retiradas, não se ferindo, com isso a Constituição.

Note-se, mais uma vez, que a Constituição assegura, aos trabalhadores, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, além da previdência social, nos casos que enumera, nos termos da lei, significando que os proventos da inatividade serão regulados pela lei vigente à época em que o servidor reuniu os requisitos necessários à sua obtenção.

Vale ressaltar, como já fizeram alguns eminentes colegas, o trecho do voto do eminente Ministro Djaci Falcão, em que Sua Excelência entende que não se trata — a prestação do serviço de assistência médica — do exercício de um direito prefixado e imutável, mas sim de um direito válido até o momento de sua revogação pela lei nova, que opera **ex tunc**. Assim, continua o eminente Ministro, a circunstância do serviço de assistência médica haver sido gratuito para o aposentado durante certo período não impede que lei posterior readmita contribuições a cargo dos aposentados em geral (Cf. MS nº 20.351-0).

Como já frisado, a Constituição (art. 165, XVI), ao tratar da previdência social, obrigou também ao empregado, a custeá-la, e este custeio se destina aos serviços de cunho permanente, que a todos cumpre manter e ampliar, diferentemente dos benefícios, em cujo gozo, aposentados e pensionistas se encontram e não são obrigados a contribuir. Uma coisa é benefício, outra, serviço. No caso, o pagamento para a aposentadoria, que é um benefício, se extingue quando o segurado atingiu os pressupostos à sua obtenção, já os serviços sociais atingem o segurado mesmo na inatividade, pois tais serviços hão que ser constantemente melhorados, exatamente para atender aos que dele se beneficiam.

Como disse Russomano, in Comentários à CLPS, pág. 230:

«O amplo programa de assistência médica, definido no art. 68, como dissemos anteriormente, sofre, através do art. 69, visível restrição. Restrição realista, aliás, porque a ambiciosa delimitação dos serviços de assistência médica sempre tem esbarrado, no Brasil, nas dificuldades orçamentárias e na pobreza

dos recurso técnicos de localidades perdidas na imensidão da nossa geografia».

Prevedo tais dificuldades, ou esbarrando com elas, a Lei nº 6.439/77, em seu art. 6º, § 2º, autorizou o Poder Executivo a criar um esquema de participação direta dos beneficiários (em função de seu nível de renda pessoal) no custeio dos serviços médicos e dos medicamentos fornecidos nos ambulatórios da entidade.

«Dá-se, pois, largo passo no sentido de reduzir os encargos pecuniários da Previdência Social na distribuição da assistência médica (em sentido lato), a ponto de se admitir a responsabilidade direta do beneficiário no custeio do tratamento e dos remédios por ele utilizados.»

Desta maneira se expressou Russomano (op. cit., pág. 231), quando tratou dos serviços médicos, em sua obra, entendendo que a permissibilidade de se incluir no rol dos prestacionistas para o custeio da assistência médica, exatamente os que dela se beneficiam.

Deixando-me levar para o lado dos que entendem que o interesse público, o fim primeiro das normas jurídicas de caráter previdenciário, é assegurar uma assistência aos aposentados, mesmo que com sacrifício de alguns, mas em benefício de uma coletividade, meu voto é no sentido da rejeição da arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, trata-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, de que é Relator o eminente Ministro Carlos Velloso. O julgamento ficara sobrestado, a certa altura, para que se aguardasse a tomada do meu voto, entre outros. Os demais já foram tomados; aguardava-se o meu, em razão de ausência, por motivo justificado — doença em pessoa da família.

Li, até madrugada velha, os votos e as considerações dos eminentes Colegas, que tanto ilustraram este julgamento. Sem nenhuma dúvida trouxeram S. Exas. notáveis contribuições ao Direito Constitucional e ao Direito Previdenciário brasileiros. E por ter lido e meditado as diversas correntes que se formaram, pareceu-me que não deveria — uma vez convencido do acerto de uma delas — retardar a conclusão do julgamento, tão-só para a feitura de voto escrito.

As ponderações feitas nos autos, nas diversas etapas do julgamento, são de todos conhecidas. Tomei algumas notas, mas pretendo poupar a todos de rememorar o tema. Dos votos proferidos, recorde-me de que me impressionou muito a argumentação do eminente Ministro Sebastião Reis quanto à inconstitucionalidade, em razão de infringência ao inciso X do art. 43 da Constituição, mais do que a seu ver, a violação do inciso 16, do art. 165, da Constituição. Todavia, lendo e meditando sobre o voto do eminente Ministro Gueiros Leite, sob o enfoque das finanças públicas, analisadas com o seu costumeiro brilho e com notável erudição, além da pesquisa feita, quer na jurisprudência deste Tribunal, quer na que já fora lembrada, do egrégio Supremo Tribunal Federal, inclino-me a acompanhar a corrente daqueles que rejeitam a arguição de inconstitucionalidade. E o faço, muito especialmente, com base no voto do Sr. Ministro Gueiros Leite, que, certamente, foi ouvido nesta Casa com a merecida atenção. Por isso, não há por que repetir os conceitos que ele tão brilhantemente expôs, inclusive respondendo, a meu ver, com acerto, às objeções feitas, quer quanto à alegada infringência do inciso XVI, do art. 165, quer à enunciada pelo eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis — de descumprimento do inciso X, do art. 43, da Constituição.

Não vejo por que debater mais o assunto que já foi amplamente discutido. E, para que se conclua o julgamento, dou integral adesão, como razão de decidir, ao voto do

Sr. Ministro Gueiros Leite, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, **data venia** do eminente Relator, a quem me acostumei a admirar e cujos votos tanto tenho respeitado e, na maioria das vezes, seguido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Repetindo o Sr. Ministro Washington Bolívar, também penso que a matéria, a esta altura do debate, já não comporta maior delonga. Tanto mais porque, neste Tribunal, registrou-se a seu respeito o mais completo estudo, na consonância da fundamentação expendida por cada um dos Srs. Ministros.

De fato, de um lado ressalta a relevante indagação do caráter securitário da contribuição de que se trata. Haveria grande dificuldade de se compreender porque — em contribuindo a vida toda, em prevenindo o futuro, na época da sua atividade laboral —, não esteja o trabalhador, na sua qualidade de empregado ou de autônomo, garantindo esse futuro, no plano assistencial que o princípio de seguridade e a compulsoriedade da contribuição lhe prometam.

Seria difícil compreender (indagou-se bem no debate da matéria) que após quantos ou tantos anos de contribuição, na hora da inativação (por incapacidade física, desgaste por tempo de serviço ou por exaustão etária), venha o beneficiário da previdência ter que continuar financiando o prêmio do seguro. Essa perplexidade, realmente, é de peso importante. A dificuldade de vencê-la se reforçaria, ademais, pela desigualdade que estaria na lei: enquanto na chamada licença para tratamento de saúde assegure a mais cara das assistências da Previdência Social, então dispensado o associado da contribuição periódica correspondente, não o faça quando vitimado definitivamente pela mesma incapacidade!

D.m.v., não parece procedente dizer-se que a assistência à saúde não integra a obrigatoriedade da Previdência; integra, sim, conforme a presta a própria Previdência aos associados temporariamente incapacitados, dispensando-os, no período, de qualquer pagamento pela assistência médica oferecida, a par de dispensá-los da contribuição previdenciária propriamente dita; é bem o caso do associado em gozo de licença para tratamento de saúde.

Apesar desses argumentos, que para mim bastariam para acolher o vício irrogado à examinada regra legal, rendo-me à evidência das circunstâncias. Recordo-me das considerações de ordem preliminar aventadas, dentre outros, em dois votos proferidos, as quais são respeitáveis pelo pragmatismo de que revestem.

Uma, dissertada pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, pôs-se em esclarecer que a lei inquinada de inconstitucional foi especificamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em caso mesmo de arguição de direito individual embasado na Constituição. Ora, se a Suprema Corte aplicou essa lei, proclamando-a válida em face de indagações no plano mais subjetivo (**jura novit cura**), como admitir que por amor à tese possa o Tribunal, ou melhor, possa o Juiz fugir ao pragmatismo que deve presidir o exercício estatal da judicatura e contrariar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal?

De outra parte, impressionou-me o voto do Sr. Ministro Lauro Leitão, em dizendo da presunção de constitucionalidade da lei, tantas vezes se tenha dúvida, tantas vezes não seja patente e tão clara a acusação de inconstitucionalidade. E de que essa dúvida aflora no caso, comprova-o a perfeita divisão dos pronunciamentos ouvidos neste Tribunal, com opiniões e com fundamentos que se anulam, a modo, pois, de impor-se aquela presunção.

Então, deixo até de considerar, de me acostar ou de me reportar a razões doutrinárias tão bem expostas por uma ou por outras das correntes do debate, para orientar-me pela recomendada objetividade do julgamento, e assim me posicionar contra a arguição de inconstitucionalidade do indicado dispositivo do Decreto-Lei nº 1.910, da forma co-

mo já o fez a maioria absoluta do Tribunal, sem que meu voto influa no resultado da proclamação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 85.544 — MG — (Mat. Constitucional) — Reg. n.º 5.556.805 — Rel. originário: O Sr. Min. Carlos Velloso. Rel. para Acórdão: O Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: INPS. Apdos.: Altis José de Sá e outros. Advs.: Dra. Vera Lúcia Duarte e outro e Dr. Nilton Lanza de Andrade.

Decisão: O Plenário, após o voto do Sr. Min. Carlos Velloso acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.910/81, pediu vista dos autos o Sr. Min. Otto Rocha. (Em 23-2-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.910/81 e do Sr. Min. Otto Rocha rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Min. William Patterson (Em 1-3-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. Relator, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2.º, do Decreto-Lei n.º 1.910/81, e dos Srs. Mins. Otto Rocha, William Patterson rejeitando a arguição, pediu vista dos autos o Sr. Min. Adhemar Raymundo. (Em 15-3-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antonio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz e José Dantas. Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido e Geraldo Sobral acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.910/81 para acompanhar o Sr. Min. Carlos Velloso e dos Srs. Mins. Adhemar Raymundo e Miguel Ferrante, Hélio Pinheiro e Costa Lima rejeitando-a de acordo com os Srs. Mins. Otto Rocha e William Patterson, pediu vista dos autos, o Sr. Min. Hélio Pinheiro. (Em 5-4-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro e Flaquer Scartezzini. Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciados os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento após os votos dos Srs. Mins. Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 para acompanhar os Srs. Mins. Carlos Velloso e dos Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Miguel Ferrante, Costa Lima e Hélio Pinheiro rejeitando-a de acordo com os Srs. Mins. Otto Rocha e William Patterson, pediu vista dos autos, o Sr. Min. Carlos Thibau. (Em 26-4-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Leitão Krieger e José Dantas. Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau e Armando Rollemberg acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e os Srs. Mins. Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Ferrante, Costa Lima e Hélio Pinheiro rejeitando-a pediu vista dos autos o Sr. Min. Moacir Catunda. (Em 10-5-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Leitão Krieger e José Dantas, Presidente. Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, após os votos os Srs. Mins. Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Pádua Ribeiro acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Mins. Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger e Lauro Leitão rejeitando-a, suspendeu-se o julgamento para a oportuna tomada de votos dos Srs. Mins. Washington Bolívar, Américo Luz, Flaquer Scartezzini e José Dantas, Presidente. (Em 7-6-84 — Pleno).

O Sr. Min. Lauro Leitão votou de acordo com o art. 151, § 2º do RI. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. O Sr. Min. Carlos Madeira em voto vista julga inconstitucional o dispositivo referido para acompanhar o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Pádua Ribeiro acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Mins. Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Lauro Leitão e Américo Luz rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Min. Flaquer Scartezzini. (Em 14-6-84 — Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. Washington Bolívar e José Dantas, Presidente. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Pádua Ribeiro acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81 e dos Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão

Krieger, Lauro Leitão, Américo Luz e Flaquer Scartezzini rejeitando-a, pediu vista dos autos o Sr. Min. Washington Bolívar. (Em 28-6-84 — Pleno).

Aguarda o Sr. Min. José Dantas, Presidente. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, por maioria rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.910/81, vencido os Srs. Ministros Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Pádua Ribeiro que acolhiam a referida argüição. Lavrará o Acórdão o Sr. Min. Otto Rocha. Votaram com o Sr. Min. Otto Rocha os Srs. Ministros William Patterson, Adhemar Raymundo, Miguel Jerônimo Ferrante, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Gueiros Leite, Torreão Braz, Pedro Acioli, Leitão Kreiger, Lauro Leitão, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Washington Bolívar e José Dantas, Presidente. (Em 29-6-84 — Pleno).

Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Impedido o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.101 — RS
(Registro nº 3.432.980)
(Incidente de Inconstitucionalidade)

Relator: O Sr. *Ministro Pádua Ribeiro*

Apelante: *Múcio de Castro — Espólio*

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

Suscitante do Incidente: *4ª Turma*

Advogados: Dr. *Luiz Juarez Nogueira de Azevedo (apte.) — Omir Neuhaus (apdo.)*

EMENTA: Acréscimo para cobrança de débito previdenciário. Decreto-Lei nº 1.816, de 10 de dezembro de 1980, art. 5º Inconstitucionalidade. Efeitos.

I — São inconstitucionais o art. 5º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, que criaram, à semelhança do Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69, acréscimo para cobrança de débito previdenciário. Com efeito, o aludido acréscimo não concerne à matéria tributária ou financeira, mas a tema processual atinente à sucumbência, e, por isso, não podia ser objeto de decreto-lei. No caso da União, o percentual não padece do vício de inconstitucionalidade, porque o Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, foi promulgado com base no art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14-10-69, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, na época em que havia sido decretado o recesso parlamentar e a Junta Militar tinha poderes para «legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios».

II — Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acioimado daquele vício. Por isso a revogação do art. 5º e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.816, de 1980, pelo artigo 6º da Lei nº 6.944, de 14-9-81, não impede seja decretada a sua inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, declarar inconstitucional o artigo 5º e seu parágrafo, do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de novembro de 1984.

JOSÉ DANTAS, Presidente — PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Na egrégia 4ª Turma, assim relatei a controvérsia (fl. 53):

«Leio na sentença (fl. 29):

«O espólio de Múcio de Castro opõe-se mediante embargos à execução que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), alegando iliquidez do crédito, porque o falecido Múcio de Castro teria efetuado pagamentos não deduzidos do montante em execução; pede a redução da verba honorária. No prazo, veio a impugnação. O MP, ao final, se manifestou pelo julgamento do feito, antecipadamente. Em verdade, cabe a aplicação do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 6.830, de 1980. É o que resolvo fazer».

Apreciando a controvérsia, o Dr. José Nedel, MM. Juiz de Direito de Passo Fundo-RS, julgou improcedentes os embargos e condenou o embargante nas custas e em honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da execução, devendo o seu montante ser deduzido dos 20% previstos no Decreto-Lei nº 1.816/80.

Apelou o vencido (fls. 31/35). Alega, em preliminar, a nulidade da sentença, argumentado que, ao impor o acréscimo de 20%, previsto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10 de dezembro de 1980, não pedido. Diz, ainda, que os honorários são excessivos e contrariam a lei, sendo inconstitucional o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, baixado com apoio no art. 55, inciso II, da Constituição, não obstante não dizer respeito à matéria tributária. Invoca, nesse sentido, os argumentos consubstanciados no Acórdão proferido pelo Excelso Pretório no RE nº 84.994 (RTJ 97/204).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 38/40), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.»

A seguir, proferi voto em que suscitei incidente de inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, por violar o art. 55, II, da Constituição, a ser dirimido por este egrégio Tribunal Pleno (Constituição, art. 116; Regimento Interno, art. 176), no que fui acompanhado por aquele Colegiado (fl. 52). Nesse sentido, argumentei (fls. 54/57):

«Resume-se o inconformismo do apelante em atacar o percentual da verba advocatícia, estipulado em 10% sobre o valor da execução, e a percentagem de 20% prevista no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80. Nesse sentido, alega, em preliminar, que a sentença impugnada é nula por ter decidido **ultra petita** ao condená-lo no percentual de 20% previsto no art. 5º do citado decreto-lei, que reputa inconstitucional; além disso, são excessivos os honorários em que foi condenado.

II

Afasto a preliminar de nulidade da sentença. Com efeito, a percentagem de 20%, contemplada pelo prefalado decreto-lei, ao contrário do que se afirma, foi expressamente pedida na petição inicial (apenso, fl. 2). Não há, pois, como identificar a ocorrência de decisão **ultra petita**.

III

No que concerne ao percentual referido no Decreto-Lei nº 1.816/80 e à condenação em honorários advocatícios nos embargos, o meu entendimento acha-se resumido na ementa do Acórdão, proferido na AC nº 74.566-MT, de que fui Relator, nestes termos:

«Execução fiscal. IAPAS. Honorários advocatícios. Aplicação do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80.

I — O acréscimo mencionado no art. 5º do citado preceito legal, fixado em 20% (vinte por cento) para o caso de cobrança judicial, exclui a condenação nos honorários advocatícios, pois o seu objetivo foi estender às execuções fiscais, ajuizadas pela autarquia previdenciária, a taxa contemplada no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69, no tocante à União.

II — Apelação desprovida».

Consoante se depreende, o referido julgado cingiu-se em estender à previdência social pacífica orientação desta Corte com relação aos executivos fiscais propostos pela União. O caso seria, pois, de pura e simples aplicação de tal entendimento.

IV

Ocorre que, no caso, suscitou-se preliminar de inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816/80, que se impõe seja solucionada previamente. Argumenta-se que o citado diploma legal foi baixado com apoio no art. 55, inciso II, da Constituição, não se referindo o tema tratado no seu art. 5º à matéria tributária, segundo se depreende dos fundamentos do Acórdão da Suprema Corte proferido no RE nº 84.994 (RTJ 87/204).

A meu ver, procede a arguição de inconstitucionalidade. Com efeito, diz o questionado artigo 5º:

«Sobre a dívida ativa das entidades autárquicas integrantes do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) incidirão os acréscimos de 10% e 20%, segundo a cobrança venha a ser feita na esfera administrativa ou na instância judicial, respectivamente, devendo ser o montante correspondente recolhido ao Fundo de Previdência e Assistência Social (FPAS), criado pelo artigo 19 da Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977.

Parágrafo único. Os acréscimos de que trata este artigo incidirão igualmente sobre os débitos relativos às contribuições devidas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)».

Ao apreciar preceito semelhante, qual seja o artigo 1º da Lei nº 10.421, de 3-12-71, do Estado de São Paulo, o egrégio Supremo Tribunal Federal concluiu pela sua inconstitucionalidade (RE nº 84.994-SP, Pleno, RTJ 87/204-214, Relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque).

Prevaleceu, naquele ensejo, o argumento, resumido no voto do eminente Ministro Moreira Alves, no sentido de que o aludido preceito estadual (RTJ 87/209-210):

«se choça com o disposto nos artigos 113 e 201 do Código Tributário Nacional, uma vez que não se enquadra quer na categoria da obrigação tributária principal, quer na da obrigação tributária acessória, e a dívida ativa tributária é a proveniente apenas do crédito tributário, que é a contrapartida da obrigação tributária na relação jurídica dessa natureza».

O dispositivo estadual, então questionado, tinha a seguinte redação:

«Art. 1º O débito fiscal, quando inscrito para cobrança executiva, será acrescido de 20%.

Parágrafo único. Se o débito foi recolhido antes do ajuizamento, o acréscimo será reduzido a 10%».

Se o fundamento em que se baseou a Excelsa Corte para decretar a inconstitucionalidade do citado preceito foi, exatamente, o de não dizer respeito à matéria tributária, resulta óbvio que, em concreto, não podia o Poder Executivo editar decreto-lei, com base no art. 55, inciso II, da Constituição, para instituir o acréscimo ora malsinado.

Não se objete que, no tocante à União Federal, está em vigor, há mais de uma década, o Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69, cujo art. 1º estabeleceu acréscimo semelhante, e que, apesar disso, não teve, ainda, a sua inconstitucionalidade decretada.

Com efeito, o citado decreto-lei foi promulgado com base no art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14-10-69, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, em época em que havia sido decretado o recesso parlamentar e a Junta Militar, integrada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, tinha poderes para «legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições, ou na Lei Orgânica dos Municípios».

Acrescento que não diviso no preceito questionado qualquer norma relativa a finanças públicas, a qual, no caso, haveria de integrar o Direito Financeiro, que, segundo o saudoso Baleeiro, «é compreensivo do conjunto das normas sobre todas as instituições financeiras — receitas, despesas, orçamentos, crédito e processo fiscal». O Direito Tributário — e é aquele consagrado autor que ensina — concerne «ao campo restrito das receitas de caráter compulsório» (Direito Tributário Brasileiro, pág. 6, Forense, 10ª edição, 1981). Sendo óbvia a compulsoriedade do acréscimo atacado, resulta claro que a norma que o criou só poderia ser de índole tributária (o que foi, conforme assinalado, afastado pela colenda Suprema Corte) e não de caráter financeiro.

Em conclusão: afigura-se-me que o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, extravasou os limites impostos pelo art. 55, inciso II, da Carta Magna, e, por isso, está eivado de inconstitucionalidade.

V

Isto posto, à vista do art. 116 da Constituição e do art. 176 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, proponho a remessa do feito ao julgamento do Plenário.»

Votou, em seguida, o Sr. Ministro Bueno de Souza, aduzindo (fls. 58/59):

«Senhor Presidente, quando do julgamento da AC nº 40.370-BA tive oportunidade de exprimir minha convicção no sentido da inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69.

Sem embargo de que aquele diploma tenha sido expedido ainda na vigência dos atos institucionais, tenho para mim que, a todo modo, suas disposições permanecem jungidas aos imperativos cardiais da Constituição, que aqueles atos não suprimiram, tal ocorre com o princípio da isonomia, a assegurar, ante o caráter de generalidade e abstração da norma legal, a igualdade de todos em face da lei.

Na verdade, o citado preceito versa matéria desenganadamente e exclusivamente processual; e, ao fazê-lo, introduziu disposição que estabelece trata-

mento discriminatório, manifestamente favorável a uma das partes litigantes (qual seja, a Fazenda Pública), desde que determina a observância de critério prefixado para a estipulação de honorários advocatícios a seu benefício, enquanto, no que diz com a parte contrária, o Juiz continua vinculado às alternativas previstas no art. 20 do CPC.

Ao assim favorecer a Fazenda Pública, esse preceito rompe abertamente com a regra superior, do igual tratamento das partes em Juízo.

Tenho compromisso já assumido, portanto, primeiramente, no sentido de que a matéria em debate é eminentemente processual; e, a seguir, de que, como quer que seja, se impõe a igualdade de tratamento das partes no processo, como decorrência inelutável do art. 153, § 1º, da Constituição.

No que toca ao art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, de que ora se cuida e sobre cuja aplicação não tive ainda ensejo de me manifestar, pelas mesmas razões de decidir, não posso deixar de sufragar o douto voto do eminente Relator, convencido que estou, também, da inconstitucionalidade de seu art. 5º

A matéria, insisto, não é tributária nem financeira; é, sim, processual.

Eis porque se revela patente a inexistência de atribuição constitucional ao Presidente da República para sobre ela legislar, como veio a fazer, com inadequada invocação do art. 55, § 2º, da Lei Maior.

Subscrevo, em conclusão, a proposta de que a matéria seja submetida, por procedimento incidental, a título de arguição de inconstitucionalidade de lei, à deliberação do egrégio Plenário».

Em cumprimento à norma regimental (art. 176, § 1º), dei vista dos autos à douta Subprocuradoria-Geral da República, que assim se pronunciou em parecer do Dr. Getúlio Rivera Velasco Cantanhede, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, ilustre Subprocurador-Geral (fls. 61/62):

«No RE nº 84.994-SP (RTJ 87, págs. 204/214) o colendo Supremo Tribunal Federal considerou que se tratava de matéria processual a previsão contida no art. 1º da Lei nº 10.421/71, do Estado de São Paulo, relativa a acréscimos de 10% ou 20% que seriam devidos pelo contribuinte caso pagasse a dívida tributária já inscrita, administrativamente ou judicialmente; e, em conseqüência, a sua inconstitucionalidade, por afrontar a Constituição Federal.

Trata-se, no caso concreto, conforme salientou o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, de preceito semelhante, uma vez que é a norma federal, de espécie não tributária, a instituir acréscimos para a cobrança de dívida ativa da autarquia federal, via art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, nos mesmos percentuais e em idênticas situações.

Inquestionavelmente, sucumbência é matéria processual.

Por conseguinte, é inconstitucional o aludido preceito, porque refoge da competência do Exmo. Sr. Presidente da República dispor, mediante decreto-lei, sobre matéria processual, visto que esta não se inclui em nenhum dos incisos do art. 55 da Carta Magna, o qual discrimina as matérias que podem ser tratadas por decreto-lei.

O parecer é, pois, pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80.»

É o relatório, que deverá ser distribuído aos Senhores Ministros (Regimento Interno, art. 175, § 1º).

VOTO

EMENTA: Acréscimo para cobrança de débito previdenciário. Decreto-Lei nº 1.816, de 10 de dezembro de 1980, art. 5º Inconstitucionalidade. Efeitos.

I — São inconstitucionais o art. 5º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, que criaram, à semelhança do Decreto-Lei nº 1.025, de 21-10-69, acréscimo para a cobrança de débito previdenciário. Com efeito, o aludido acréscimo não concerne à matéria tributária ou financeira, mas a tema processual atinente à sucumbência, e, por isso, não podia ser objeto de decreto-lei. No caso da União, o percentual não padece do vício de inconstitucionalidade, porque o Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, foi promulgado com base no artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14-10-69, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13-12-68, na época em que havia sido decretado o recesso parlamentar e a Junta Militar tinha poderes para «legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios».

II — Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo, pois, até o nascimento do dispositivo legal acoimado daquele vício. Por isso a revogação do art. 5º e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.816, de 1980, pelo art. 6º da Lei nº 6.944, de 14-9-81, não impede seja decretada a sua inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Assinalo, de início, que o art. 5º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80, foram revogados pelo artigo 6º da Lei nº 6.944, de 14-9-81.

Tal circunstância, contudo, não impede a decretação da inconstitucionalidade dos dispositivos revogados. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, retroagindo, pois, até o nascimento do preceito legal acoimado daquele vício. Ou seja: a declaração de inconstitucionalidade é nada mais do que a declaração de nulidade de uma lei. Nesse sentido, votei, como Relator, na AC nº 90.533-MG (4ª Turma, julg. 6-9-84).

No mérito, reporto-me aos fundamentos do voto que proferi na Turma, onde concluí pela inconstitucionalidade do artigo 5º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.816, de 10 de dezembro de 1980, por ofensa ao art. 55, inciso II, da Constituição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Declaro inconstitucional o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.101 — RS — Reg. nº 3.432.980 — (Incidente de Inconstitucionalidade) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Múcio de Castro — espólio. Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Suscitante do Incidente: 4ª Turma. Advogados: Dr. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo (apte.) e Dr. Omir Neuhaus (apdo.).

Decisão: O Plenário, por unanimidade, declarou inconstitucional o artigo 5º e seu parágrafo, do Decreto-Lei nº 1.816, de 10-12-80 (Em 29-11-84) — Plenário).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Costa Leite, Armando Rollemberg, Jarbas Nobre, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz e José Dantas votaram com o Relator. O Sr. Ministro Presidente votou na forma do que preceitua o § 2º, do artigo 175,

do RITFR. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Lauro Leitão e Otto Rocha. Publicado o Acórdão, os autos retornarão à Turma para julgamento do recurso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.433 — RJ

(Registro nº 4.168.887)

(Matéria Constitucional)

Relator p/ Acórdão: O Sr. *Ministro Bueno de Souza*

Relator Originário: O Sr. *Ministro Adhemar Raymundo*

(Agravantes: *Deutscher Luftpool e outros*)

Agravada: *União Federal*

Advogados: Drs. *Eurico Paulo Valle e outro*

EMENTA: Processual Civil, Civil e Constitucional.

Depósito necessário à propositura da demanda por empresas sediadas no exterior, que não possuem imóveis no Brasil (CPC, art. 835).

Decisão que indefere o pedido de lançamento dos juros a crédito dos depositantes, pela Caixa Econômica Federal, depositária.

Recursos: Agravo de Instrumento.

Arguição de inconstitucionalidade, pelos agravantes, do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79. Encaminhamento da arguição, pela Turma, ao Pleno.

Ofensa ao art. 153, §§ 1º e 22 da Constituição, reconhecida pelo Tribunal.

Arguição acolhida.

1. A exigência de recolhimento à Caixa Econômica Federal de todos os depósitos, em dinheiro ou Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, relacionados a feitos da competência da Justiça Federal submete o depósito de que cuidam estes autos à regra argüida de inconstitucional (parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737/79).

2. O preceito que determina a reversão, à CEF, em todos os casos, a título de remuneração, dos juros das obrigações reajustáveis depositados é inconstitucional, por incompatível com o art. 153, §§ 1º e 22 da Lei Maior.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria qualificada, declarar inconstitucional o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737/79, 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 1983

JOSÉ FERNANDES DANTAS, Presidente — BUENO DE SOUZA, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO (Relator): Na Turma, fiz o relatório seguinte:

«Deutscher Lutfpool e outras, nos autos da ação ordinária que movem contra a União Federal, inconformadas com a r. decisão do Juízo que não acolheu o pedido de determinação à Caixa Econômica Federal de lhes creditar os juros das suas ORTNs caucionadas, interpõem agravo de instrumento.

Alegam as agravantes, em síntese, que não possuindo bens no Brasil, para moverem ação ordinária contra a União Federal, tiveram que prestar caução para garantia de eventual sucumbência de despesas judiciais e verba honorária, fazendo elas a caução em ORTNs, na valor básico de Cr\$ 43.141.564,00.

Aduziram que, no entanto, os juros dessas ORTNs passaram a reverter em favor da Caixa Econômica Federal, com fundamento no Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79, o qual entendem ser inconstitucional, pelo fato de este ofender os §§ 22 e 36 do art. 153 da Constituição Federal.

Na sua decisão, ora agravada, o Juízo a quo disse que não cabia naquele processo (onde tramita a ação ordinária) a discussão sobre a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.737/79, justificada, portanto, a legalidade de sua decisão.

Subiram os autos e, nesta Instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

1º Se afastado o exame da constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.737 de 20-12-79, pelo improvimento do presente Agravo de Instrumento; ou

2º Examinada a constitucionalidade do referido diploma, pela sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, pelo provimento do recurso».

Votei, em seguida, pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.737/79, em face da relevância da matéria, a fim de que o Tribunal Pleno se pronuncie sobre a alegada inconstitucionalidade.

Acompanhando-me votaram os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Carlos Madeira.

A Egrégia 3ª Turma, em Sessão realizada em 14 de dezembro de 1982, decidiu, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.737/79, determinando a remessa dos autos ao Agrégio Tribunal Pleno (fl. 60).

Na forma do disposto no art. 176, parágrafo 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, foi ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou, em parecer da lavra do Dr. Getúlio Rivera Valasco Cantanhede, aprovado pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Hélio Pinheiro da Silva, destaco:

«Com a conclusão de que não se aplica às agravantes o Decreto-Lei nº 1.737/79, resta apenas examinar se o parágrafo único do art. 3º desse diploma legal é constitucional ou não.

Com a emenda constitucional nº 11, de 1978, o § 11 do art. 153 da Carta Magna passou a ter uma nova redação, onde não se menciona mais, como antes, a proibição ao confisco. Essa proibição, embora não mais expressa, per-

siste todavia em nosso regime político, no respeito ao princípio de ser inadmissível para o Estado que se aproprie de parte substancial da propriedade ou da renda.

À vista, também, de outro dispositivo constitucional, entretanto, qual seja o § 22 do art. 153 do Estatuto Fundamental, parece-nos que a reversão dos juros das ORTNs caucionadas, em favor da Caixa Econômica Federal, representa uma violação ao direito de propriedade. De fato, quando adquire ORTNs, o comprador tem em vista não só a atualização monetária desses títulos, mas também os seus rendimentos, isto é, os juros, que passarão a integrar a sua propriedade. Qualquer medida, que venha subtrair esses juros, está inegavelmente atingindo o direito de propriedade, pelo caráter de desapossamento que representa, o que só é permitido mediante desapropriação.

Assim, opinamos pelo provimento do recurso, a fim de que as agravantes recebam os juros decorrentes do depósito das ORTNs, com a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79».

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO (Relator): Sr. Presidente, passo a ler o artigo inquinado de inconstitucional, que é o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979.

Diz ele:

«Os juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional depositadas reverterão, em todos os casos, à Caixa Econômica Federal, como remuneração pelo serviços de depósito dos títulos».

O ilustre signatário do parecer da douta Subprocuradoria diz, em primeiro lugar, que o decreto-lei, inquinado de inconstitucional, não se aplica ao caso dos autos. Divirjo, **data venia**, deste pronunciamento do Ministério Público.

O argumento central do parecer repousa no fato, alegado pelos agravantes, de que este decreto-lei só se aplica a devedores da Fazenda Nacional. Articulam eles, com base no decreto-lei, onde, em alguns artigos, se fala, na realidade, em devedores. Mas se se examinar a ementa do Decreto-Lei nº 1.737, chega-se à conclusão de que ele incide na espécie em julgamento.

Diz a ementa:

«Disciplina os depósitos de interesse da administração pública efetuados na Caixa Econômica Federal».

No art. 1º, inciso I, diz o decreto-lei:

«Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro e em ORTNs, ao portador, os depósitos:

1. relacionados com feitos de competência da Justiça Federal».

Ora, esse depósito resultou da propositura da ação de empresas estrangeiras, quando propuseram uma ação contra a União Federal, para haver uma indenização, em decorrência da colisão de um de seus aviões contra um morro no Rio de Janeiro. E, como o Código de Processo Civil é expresso em dizer que, sendo o autor ou réu estrangeiro, deverá depositar, como caução, uma importância para garantia do pagamento de custas e honorários, efetivamente, essas empresas, autoras desta ação de indenização, o fizeram em cumprimento ao estatuído no Código. Conseqüentemente, o decreto-lei aplica-se ao caso, porque o depósito foi feito em decorrência de uma ação, promovida

perante a Justiça Federal e, conseqüentemente, o inciso I do art. 1º aplica-se ao caso **sub judge**: depósitos relacionados com feitos da competência da Justiça Federal.

Quanto à inconstitucionalidade, o ilustre Subprocurador, que subscreve o parecer, argumenta que o § 11 do art. 153 da Constituição Federal, que trata do confisco, circunscreve-o somente naqueles casos em que há crimes contra o erário e os casos de enriquecimento ilícito. Argumenta S. Exa. que se, em verdade, há um perdimento de bens, qual o não-recebimento desses frutos civis, nos termos do Código Civil, evidentemente que há um confisco. Equipara, então, essa anormalidade do decreto-lei ao confisco. Mais ainda, que não só por afrontar o § II do artigo 153, o decreto-lei também viola o § 22 do art. 153, que garante a inviolabilidade do direito de propriedade.

Examino o problema sobre o primeiro aspecto, isto é, a argüida inconstitucionalidade, em face do § 11 do art. 153. É o problema do confisco que, há bem pouco, foi **a latere** examinado pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, quando proferiu um brilhante voto a respeito de um Mandado de Segurança sobre perdimento de bens.

Será que o § 11 do art. 153 foi violado, na espécie? Ora, a matéria de que trata o parágrafo único do art. 3º não é, no meu sentir, de confisco, nem de perdimento de bens. O que o parágrafo único diz é que esses juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, depositados, reverterão à Caixa Econômica. Assim, estão vendo V. Exas. que a coisa acessória, com a perda da propriedade da coisa acessória, é revertida, nos termos do parágrafo, como remuneração por serviços de depósitos dos títulos.

Ora, o § II já não fala mais em confisco, porque foi alterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 78.

A Constituição de 67 falava na proibição do confisco. A Emenda Constitucional anterior, também; mas, com a Emenda Constitucional nº II, de 1978, não se fala mais em confisco. Fala-se em perdimento de bens em favor do erário, nos crimes que o lesam, e nos casos de enriquecimento ilícito. Dir-se-á: só pode haver confisco, só pode haver o perdimento, nestas hipóteses. Pergunto eu: dentro deste raciocínio, como se explicar, por exemplo, o confisco previsto no art. 100 do Código Penal? Como se explicar, com esse argumento, o confisco referido no art. 74, inciso II, também do Código Penal, onde não há o perdimento de bens em decorrência de crimes contra o erário?

O art. 100 do Código Penal trata de confisco preventivo, «perdimento de bens», quais aqueles especificados: instrumentos do crime, produtos do crime, sem a menor referência a crimes contra o erário, da mesma forma que o art. 74 do Código Penal, no inciso II, quando se refere a perdimento de bens, também em favor da União, após o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, seja qual for a modalidade do crime. Por isso, Pontes de Miranda, quando comentou a Constituição de 69, nesse § 11, com a antiga redação que falava em confisco, foi claro em dizer que nem toda privação de bens constituía confisco.

Digo eu: não há, em verdade, uma violação ao § 11 do art. 153 da Constituição Federal, tanto mais quanto à estatuição do decreto-lei, apontado como inconstitucional, é clara em dizer que esses juros reverterão como remuneração de serviços prestados pela Caixa Econômica Federal. Não há, em verdade, perdimento de bens. Então, adaptado o texto do decreto-lei à norma constitucional, ele não a vulnera, nem se vulnera o § 22 da Constituição Federal, que cuida do direito de propriedade. Nós sabemos que as transformações do direito de propriedade eliminaram o caráter absoluto do direito de propriedade.

O velho art. 544 do Código de Napoleão, o Código Civil Francês, não pode mais ser exumado, como diz Orlando Gomes, no seu livro «Direitos Reais». Ensina o mestre: «O que caracteriza o direito de propriedade, é o trabalho de quem contribui para a existência da coisa».

Ora, quem deposita Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, e perde os rendimentos, evidentemente, não pode falar em trabalho, em virtude do qual eles foram auferidos.

Mas, se não é a norma constitucional invocada, como se explica a estatuição do parágrafo único do art. 3º do decreto-lei?

Essa estatuição assenta, sem sombra de dúvida, em normas do direito civil aplicáveis à espécie. O que diz o Código Civil no particular? O Código Civil, quando trata de bens acessórios, no art. 60, diz que os rendimentos, os juros, constituem coisa acessória. E, no artigo anterior, o art. 59, diz que a coisa acessória acompanha a coisa principal.

Todos os comentadores do art. 58 do Código Civil Brasileiro — cito, em primeiro lugar, Clóvis Beviláqua (Anotações — primeiro volume), depois, Carvalho Santos, «Código Civil Interpretado, volume II»; Eduardo Spindola; «Sistema»; Orlando Gomes, na «Introdução» e Caio Mário (Introdução), todos eles dizem que consectário desse princípio, consignado no Código Civil, é o de que a propriedade da coisa acessória acompanha a coisa principal, isto é, o proprietário da coisa principal, também, é da coisa acessória.

Mas, reparem bem V. Exas. o art. 59 do Código Civil diz: «Salvo disposição especial em contrário». Então, a matéria cai sob a incidência normativa da lei ordinária. Assim, a esta, que disciplina a propriedade da coisa acessória, e que estabelece, como regra geral, que a coisa acessória pertence ao proprietário da coisa principal, pressupõe a existência de lei que pode disciplinar de modo diverso. E foi o que o decreto-lei fez, no particular: dispôs de maneira contrária, porque a exceção está insita no próprio art. 59 do Código Civil.

Há destinação diversa dada à coisa acessória, os juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Não há, no meu sentir, nenhuma violação do texto constitucional, porque a matéria incide, por inteiro, no Código Civil, que é uma norma de «superdireito», no particular, pois toda matéria extrapenal cairá sob a incidência do art. 59 do Código Civil, e se este, na verdade, permite a exceção, quebrando-se uma das regras gerais estabelecidas pelo art. 58, evidentemente que a norma incide em caso especificamente previsto no Código Civil.

O perdimento dos juros, pelos agravantes (coisa acessória), resulta de contrato bancário, de depósito obrigatório. Pacto de adesão, ao qual aderiram os agravantes, como contratantes. Ora, se, pelo disposto no art. 59 do Código Civil, a coisa acessória segue a principal, a exceção à regra geral está expressa no próprio texto legal, quando ressalvada está a possibilidade de estatuição em contrário. E todavia, escreveu Clovis Beviláqua: a lei ou a vontade das partes pode afastar a aplicação do princípio — c/c vol. I — pág. 291 — Rio — 1944.

É sabido que, nos contratos bancários de depósito, a não-percepção de juros existirá, quando previsto no pacto (V. Orlando Gomes — Contrato — pág. 325 — 1966 — Rio).

Se, *in casu*, o contrato bancário de depósito (a Caixa Econômica realiza operações bancárias), pela sua natureza, é contrato de adesão (apud Orlando Gomes — obra cit. pág. 338), a cláusula de não-pagamento de juros promana de estatuição legal. Se os agravantes aderiram ao pacto, válido o contrato, e impossível falar-se em antinomia com norma constitucional, porque a matéria está situada, exclusivamente, na área do Direito Civil.

Com essas rápidas e páldas considerações, concludo, para afirmar pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, data *venia*, do pronunciamento da Subprocuradoria.

É o meu voto, Sr. Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, estou de acordo com o Senhor Ministro Relator, no ponto em que S. Exa. afasta a argüição de inconstitucionalidade, à luz do art. 153, § 11, da Consituição, mesmo porque este preceito, com a **devida venia**, se me afigura alheio ao tema.

Já na parte final de seu douto voto, S. Exa. vem de salientar que a espécie se prende ao instituto da propriedade.

Logo se vê que a respectiva apreciação, sob o prisma constitucional, encontra endereço visível no art. 153, § 22 da Lei Maior.

Ao apreciar a argüição em face deste último preceito; e, bem assim, de olhos postos também no § 1º do citado art. 153, tenho como certo que se evidencia a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79, **verbis**:

«Parágrafo único. Os juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional depositadas reverterão, em todos os casos, à Caixa Econômica Federal, como remuneração pelos serviços de depósito dos títulos».

II

A inconstitucionalidade, penso, está, de fato, perfeitamente configurada.

Permita-me, pois, o Senhor Ministro Relator divergir, sempre mui respeitosamente, de seu douto voto, quando não vislumbro nos arts. 58, 59 e 60 do Código Civil Brasileiro regras de superdireito: tais não as considero.

Aliás, estas normas mais não fazem do que consagrar princípios milenares que recebemos intactos do direito romano, segundo os quais os bens acessórios (frutos naturais, civis e acessões, tão freqüentemente chamadas benfeitorias) se prendem, como meras dependências, às coisas principais de que promanam, sob o prisma da lei; por isso mesmo, cedem às coisas principais e são disciplinadas, igualmente com elas, pelas mesmas leis que, para tal efeito, não as distinguem.

Portanto, juros devidos por valores ou dinheiro depositado; ou, ainda, juros devidos a portadores de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional são acessórios por disposição do Código Civil que o constituinte, evidentemente, não ignora (e nem o legislador do Decreto-Lei nº 1.737 poderia ignorar).

Assim, ao dispor o Decreto-Lei nº 1.737 quanto a estes bens e valores, não pode fazê-lo a seu talante: pode, sem dúvida, revogar a lei ordinária ou modificar o que está disciplinado, a propósito, no Código Civil.

Em verdade, quando o Cód. Civil ressalva, em seu art. 59, «disposição especial em contrário», nenhuma atribuição faz (nem poderia fazer) ao legislador; tão-somente explícita que a regra geral do art. 59 não exclui norma específica sobre determinado bem acessório... Teve em vista, certamente, precatar-se quanto a normas específicas que no mesmo código se deparam; não poderia ter em vista outorgar poderes ao Poder Legislativo...

De resto, e por um lado, o legislador não carece de permissão do Código Civil para dispor sobre direito civil; e, por outro lado, onde quer que o faça, sujeito estará à observância da Constituição.

Tal disposição é, como se vê, perfeitamente compatível com a Consituição da época.

Sobrevieram outras Constituições, mas o princípio se manteve: o acessório acompanha o principal.

O decreto-lei, no entanto, o que faz?

Ignorando os limites postos pelo art. 153, § 22 da Constituição, desapropria os frutos civis das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional que o demandante é constrangido, pelo mesmo decreto-lei, a depositar em Juízo, para serem recolhidas à Caixa Econômica Federal, a fim de poder demandar.

Ora, isto é desapropriar aquilo que a lei ordinária vincula ao proprietário do principal, pois, se proponente da demanda é obrigado, por lei, a depositar cem obrigações reajustáveis de acordo com o Código Civil, por essa mesma razão é, também, proprietário dos frutos respectivos. A Constituição, art. 153, § 22, o mantém nessa situação; o decreto-lei, contrariando a garantia da Lei Maior, estabelece, no entanto, que, ao fazer tal depósito compulsório, perde o depositante o direito aos consectários desse valor. E quer justificar que o perde, a título de remuneração de depósito.

Ora, a meu ver, a suposta remuneração não se justifica.

Primeiro, porque esta lei trata igualmente situações completamente desiguais, ao impor a perda dos acessórios, qualquer que seja o valor do depósito (seja de mil obrigações reajustáveis, seja de um milhão...) e qualquer que seja o valor desses acessórios...

Ora, ao assim dispor, o preceito mal dissimula a ofensa à propriedade, desde que não logra esclarecer a razão da completa indeterminação do valor da contraprestação que seria devida pelo depósito necessário que institui. Em outras palavras, embora o serviço a prestar seja absolutamente o mesmo, em todos os casos, não obstante, a remuneração varia consoante o valor do depósito.

Nosso ordenamento jurídico, ao impor o princípio da igualdade, evidentemente não comporta preceito assim manifestamente arbitrário.

Ao assim dispor, o legislador do decreto-lei procede como se não tivesse compreendido o imperativo constitucional.

Vê-se, então, que o preceito em exame, na verdade, desapropria determinados bens, embora o faça a título de remuneração, pois de remuneração, enfim, não se trata; e se se tratasse, a lei não pode tratar situações desiguais de forma igual, em ofensa o art. 153, § 1º, da Constituição. Aquele que tem que demandar, para obter o pronunciamento jurisdicional, conforme o caso, pode fazê-lo perdendo juros de 100 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional; outro teria que perder juros de um milhão de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional...

Estes fundamentos, Senhor Presidente, me bastam para considerar o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737 de 20 de dezembro de 1979 incompatível com o art. 153 de da Constituição, tanto à luz do seu § 1º, que manda que a lei trate igualmente as pessoas e as situações iguais; como em face do art. 153, § 22, que limita os casos em que se admite desapropriação. E, no caso, ou se trata de desapropriação, ou se cuida de tratamento igual de situações desiguais.

Com a devida vênia do Senhor Ministro Relator, afirmo a argüida inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Sr. Presidente, em que pese a douta fundamentação do brilhante voto do Sr. Ministro Relator, peço licença a S. Exa. para acompanhar o pronunciamento do Ministro Bueno de Souza, precisamente nos termos por ele postos, pelo que acolho a argüição de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737/79, por incompatível com o art. 153, § 22, da Lei Maior.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Bueno de Souza, data venia.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Senhor Presidente, o art. 59 do Código Civil dispõe:

«Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal».

Entendo tais expressões como dirigidas a cláusulas de contratos bilaterais em que intervenham ambas as partes, ou regras legais em sentido próprio, leis em sentido formal. No caso, a apropriação dos juros das obrigações caucionadas pela Caixa Econômica Federal decorre de decreto-lei, cuja elaboração em gabinetes de autoridades do Poder Executivo, embora com a ulterior aprovação do Congresso Nacional, não oferece as garantias suficientes à vaidade da norma em questão, que invade o campo da propriedade privada individual, constitucionalmente protegida e regida ordinariamente pelo Código Civil, lei hierarquicamente superior.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Bueno de Souza, *data venia*, do eminente Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o preceito, a meu ver, não viola o princípio da isonomia. O art. 3º diz que os depósitos em dinheiro não vencerão juros. Daí porque o parágrafo único estabeleceu que, em se tratando de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, os juros reverterem em favor da Caixa Econômica Federal, a título de remuneração. Portanto, não vejo nenhuma violação ao princípio da isonomia. O que procurou o legislador foi exatamente tratar de maneira igual situações muito parecidas, porque se o depósito não rende juros, a Caixa pode aplicar esse dinheiro e então obtém rendimentos com ele. Já as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, evidentemente, dão trabalho à Caixa de administrá-las. Daí porque o legislador procurou estabelecer, no parágrafo único, que, nesse caso, os juros reverterem em favor da Caixa. No entanto, o que acontece é o seguinte: a solução, dada pelo legislador, embora aparentemente fundada em regra de isonomia, violou o texto constitucional, quando protege o direito de propriedade. Porque os juros pertencem ao titular, ao proprietário das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Dizer que esses juros deixam de pertencer ao seu titular, para passá-los à propriedade da Caixa Econômica Federal, evidentemente, implica em ofensa ao direito de propriedade, implica numa expropriação. Por isso, apesar da brilhantíssima construção do eminente Ministro Relator, peço *venia* para, sob tal fundamento, acompanhar o eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, concluindo pela inconstitucionalidade do preceito, por ofensa ao dispositivo constitucional que garante o direito de propriedade.

Aparte ao voto do Senhor Ministro Pádua Ribeiro

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: V. Exa. havia me prometido um aparte.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Está concedido, em tempo ainda.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Era só para ponderar a V. Exa. que não me parece, *data maxima venia*, rigorosamente correto, dizer que não há ofensa à isonomia num dispositivo legal, cuja inconstitucionalidade está aqui argüida, ao compará-lo com outro, sobre cuja inconstitucionalidade a Corte nada falou ainda. V. Exa., *data venia*, se eu bem entendo, incorreu aqui num vício de argumentação, digo, com todo respeito, que é chamado petição de princípio. Estaria V. Exa. a dizer: «Como

é constitucional o artigo, que admite a desapropriação dos juros no depósito em dinheiro, então não haveria ofensa à isonomia no outro.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: data venia, eu não disse isso.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Eu termino. Quando digo que há ofensa à isonomia é pelo seguinte: porque a lei parifica situações desiguais e ao fazer isso ela trata desigualmente, pois, como disse e insisto, alguém vai depositando cem obrigações, perde juros de cem obrigações. Alguém vai depositando um milhão, perde juros de um milhão, e se diz que isso é para remunerar.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Mas, permita V. Exa., o trabalho que a Caixa Econômica Federal tem para administrar cem obrigações é um, para administrar mil é outro, dois mil é diverso; a remuneração proporcional do serviço correspondente, a meu ver, enseja que a isonomia seja respeitada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, com a devida vênia do ilustre Ministro Relator, também acolho a arguição de inconstitucionalidade, acompanhando o voto do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, por entender que o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737 vulnera o disposto nos §§ 22 e 36 do art. 153 da Constituição Federal.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: Empresas estrangeiras, em ação que movem contra a União Federal, prestaram caução às custas e honorários, na forma do art. 835 do CPC depositando na Caixa Econômica Federal o correspondente valor em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Arguem, entretanto, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979, assim redigido:

«Parágrafo único. Os juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional depositadas reverterão, em todos os casos, à Caixa Econômica Federal, como remuneração pelos serviços de depósito dos títulos.»

Esse decreto-lei disciplina os depósitos de interesse da Administração Pública, efetuados na Caixa Econômica Federal, inclusive os relacionados com feitos da competência da Justiça Federal.

Mas a reversão dos juros das ORTNs em favor da Caixa Econômica Federal importa, ao ver das agravantes, violação ao § 22 do art. 153 da Constituição, que assegura o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como ao § 36, que prevê outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados na Carta. Constituiria, assim, verdadeiro confisco, a reversão determinada no decreto-lei.

As Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional rendem juros legais, que são os frutos civis de capitais prestados ou exigíveis.

O art. 528 do Código Civil dispõe que «os frutos e demais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem». «Motivo jurídico, ou causa, é algum fato de que resulte direito real aos frutos, algum fato cujo efeito seja a titularidade por outrem», — na lição de Pontes de Miranda. (Tratado de Direito Privado, Tomo 11, pág. 16).

Ora, o depósito caucionado de ORTNs para garantia de custas e honorários, nos feitos da competência da Justiça Federal, e ainda para garantia de instância ou de execução de contrato com a Administração Pública, não gera nenhum direito real aos ju-

ros que elas rendem. Nem se há de conceber que os serviços do depósito sejam fato especial, nas atribuições da entidade financeira pública, que sobrelevem aos demais serviços de depósito remunerados mediante comissões, como é comum e está previsto no item IX do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964.

A apropriação dos juros legais vencidos pelas ORTNs desborda das garantias ao direito de propriedade. A lei que assim determina, malfez o art. 153, § 22 da Constituição.

Por tais razões, declaro inconstitucional o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979, acompanhando o Ministro Bueno de Sousa, *data venia*, do Ministro Relator.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Clóvis Beviláqua, escrevendo sobre a *cautio judicati solvi* e seus problemas em face da pessoa do estrangeiro, não domiciliado e sem bens no país, mas que necessita da tutela jurisdicional para os seus direitos civis, achava que as legislações dos povos cultos ainda estavam bem longe de encontrar uma norma que fosse a expressão pura da justiça nesse domínio e que tivesse a energia suficiente para eliminar a ação de interesses divergentes, pois a exigência da caução às custas e aos honorários advocatícios seria nada mais do que indiscutível óbice ao exercício da pretensão à tutela jurídica, por obrigar o autor à prévia garantia do Juízo, como se não tivesse direito à justiça (cf. José de Moura Rocha, Exegese do Código de Processo Civil, Vol. VIII, 1981, págs. 254/256).

Essa seria uma entre as várias posições doutrinárias sobre a matéria, aliás liberal e fora da realidade processual, onde o que predomina, como regra, é a onerosidade e não a gratuidade da Justiça. Como a onerosidade recairá sobre o sucumbente, é lógico e jurídico que dê garantia de solvência ao demandado, nos termos do art. 835, do CPC, para evitar-se a eventualidade de prejuízo irreparável. A caução não seria pois, um óbice ao livre acesso à Justiça, ao arripio do art. 153, § 4º, da Constituição, mas a segurança mesma de funcionamento do seu mecanismo, como o de qualquer outro serviço do Estado, pois todos são obrigados a custeá-la, à exceção dos miseráveis na forma da lei e de outros que dispõem de isenção. Seria até utópico, não fora a existência de tentativas, como a da Convenção de Haia de 1905, pretender substituir-se a garantia pela executoriedade interestatal das sentenças sobre custas, despesas e honorários advocatícios.

Como se vê, a matéria sempre teve e continuará tendo contornos constitucionais, que se tornam cada vez mais complexos, à medida que o Estado fecha o cerco em torno das garantias do cidadão. No caso dos autos, queixam-se os agravantes do arbitramento da caução em quase cinquenta milhões de cruzeiros e ainda da perda em favor da Caixa Econômica Federal dos juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, caucionadas conforme previsto no Decreto-Lei nº 1.737/79. Essa norma — dizem eles — além de discriminatória, pois extrapolante da regra contida no art. 826, do CPC, enfrentaria multifariamente a Constituição, e, no particular, o direito de propriedade do demandante-caucionante, cuja garantia estaria expressa no art. 153, § 22, da Lei Maior.

Mas não é assim, conforme veremos.

Acho indispensável a caução, tal como prevista no art. 835, do CPC, e não a considero impeditiva da demanda. Quanto à modalidade da garantia, o art. 827 ressalva a existência de previsão legal, de modo que, além de real ou fidejussória, a caução poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito ou títulos da União ou dos Estados. O Decreto-Lei nº 1.737/79 complementa a matéria no particular da obrigatoriedade dos depósitos junto à Caixa Econômica Federal, seja em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, depósitos relacionados com feitos da

competência da Justiça Federal (art. 1º, I). Além disso dispõe sobre duas exceções à normalidade das garantias em geral, ao estabelecer: a) que os depósitos em dinheiro não vencerão juros (art. 3º, *caput*, b) e que os juros das ORTNs depositadas reverterão à CEF, como remuneração pelo encargo de depositária (art. 3º, parágrafo único).

A rigor e pelo que se depreende da normalidade das garantias em geral, tais como a caução, a fiança ou o penhor, o credor, que é ao mesmo tempo depositário, é obrigado a entregar o depósito com os respectivos frutos e acessórios uma vez que a dívida, Essa é a regra, tal como prevista no Código Civil, de modo geral, nos arts. 59 e 60 e de modo especial, entre outros casos, no penhor (art. 774, II), na caução de títulos de créditos (art. 789), no depósito voluntário ou necessário (arts. 1.266 e 1.283).

A hipótese dos autos enquadra-se na modalidade da garantia que se presta necessariamente, em benefício de um eventual credor. Essa garantia é necessária porque é prestada no desempenho de obrigação legal, tal como prevista no art. 835, do CPC. E não se limitar à simples modalidade da caução, mas se completar com o depósito, também necessário porque previsto no Decreto-Lei nº 1.737/79, art. 3º, parágrafo único. Temos assim um negócio misto em que figuram, além do caucionante e do eventual credor, o depositário obrigatório (judicial), para o qual o objeto da garantia é *res inter alios*. Como o depósito necessário não se presume gratuito (CC, art. 1.286) mas se equipara, quanto à onerosidade, ao depósito voluntário, é indubitoso que, regido por disposição da lei respectiva (CC, art. 1.283), poderá propiciar ao depositário o ressarcimento das despesas feitas no desempenho do encargo, até mesmo com direito de retenção sobre o objeto da garantia, *ex vi* dos arts. 1.278 e 1.279, do Código Civil.

É ler-se o art. 1.278:

«Art. 1.278. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.»

Sendo assim, se ocorre depósito necessário, em consequência da *cautio iudicati solvi*, a lei reguladora poderá, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, estipular o ressarcimento das despesas pelo depositário, à semelhança do que fez o Decreto-Lei nº 1.737/79, em seu art. 3º, parágrafo único, pelo valor dos juros das Obrigações depositadas.

O art. 1.283 do Código Civil, diz ainda o seguinte:

«Art. 1.283. O depósito de que se trata no artigo antecedente, nº 1 (depósito *necessário*), rege-se-á pela disposição da respectiva lei e, ao silêncio, ou deficiência dela, pelas concernentes ao depósito voluntário (arts. 1.265 e 1.281).»

Por oportuno, leia-se, em sua parte final, o voto do Relator Ministro Adhemar Raymundo, que reflete a orientação adequada:

«O perdimento dos juros, pelos agravantes (coisa acessória), resulta de contrato bancário, de depósito obrigatório. Pacto de adesão, ao qual aderiram os agravantes, como contratantes. Ora, se, pelo disposto no art. 59 do Código Civil, a coisa acessória segue a principal, a exceção à regra geral está expressa no próprio texto legal, quando ressalvada está a possibilidade de estatuição em contrário. E, todavia, escreveu Clóvis Beviláqua: a lei ou a vontade das partes pode afastar a aplicação do princípio — CC, vol. I — pág. 291 — Rio — 1944.

É sabido que, nos contratos bancários de depósito, a não percepção de juros existirá, quando previsto no pacto (V. Orlando Gomes — Contrato — pág. 325 — 1966 — Rio).

Se, *in casu*, o contrato bancário de depósito (a Caixa Econômica realiza operações bancárias), pela natureza, é contrato de adesão (*apud* Orlando Gomes — obra cit. pág. 338), a cláusula de não pagamento de juros promana de estatuição legal. Se os agravantes aderiram ao pacto, válido o contrato, e

impossível falar-se em antinomia com norma constitucional, porque a matéria está situada, exclusivamente, na área do Direito Civil.»

Daí porque rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

Voto com o eminente Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Vogal): Senhor Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, com o aditamento do Ministro Gueiros Leite.

EMENTA: Constitucional. Depósitos na CEF. Juros das ORTNs. Decreto-Lei nº 1.737, de 1979, artigo 3º, parágrafo único.

I — É inconstitucional, porque incompatível com o direito de propriedade que a Constituição consagra — CF, art. 153, § 22 — a disposição inscrita no parágrafo único do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979.

II — Inconstitucionalidade acolhida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-1979, estabelece a obrigatoriedade dos depósitos na Caixa Econômica Federal, se o feito é da competência da Justiça Federal (art. 1º). E mais: que os depósitos em dinheiro não vencerão juros e que os juros das ORTNs, quando o depósito é feito em ORTNs, reverterão, em todos os casos, à Caixa Econômica Federal, como remuneração dos serviços de depósito dos títulos (art. 3º e seu parág. único).

Estamos a examinar se a disposição inscrita no parágrafo único do art. 3º, que estabelece que os juros das ORTNs reverterão em favor da CEF, seria constitucional.

Parece-me, Senhor Presidente, que a disposição inscrita no parágrafo único do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, é inconstitucional.

Os depósitos relacionados com processos de competência da Justiça Federal poderiam ser feitos em quaisquer outros estabelecimentos bancários. Mas o Decreto-Lei nº 1.737/79, art. 1º, estabelece que, obrigatoriamente, serão confiados à CEF. E mais, que os juros das ORTNs, quando o depósito se fizer em ORTNs, reverterão em favor da CEF.

Tem-se, em caso assim, uma apropriação que atenta contra o direito de propriedade que a Constituição consagra (CF, art. 153, § 22).

Acho que o legislador poderia fixar uma remuneração razoável pelo exercício da tarefa de depositário. O que não é possível é autorizar a apropriação dos juros dos títulos em custódia, juros que pertencem ao proprietário dos títulos.

Quaisquer disposições de normas infra-constitucionais, todos sabemos, devem se adequar à Constituição.

Com estas breves considerações, tenho como inconstitucional o parágrafo único do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.737, de 1979, porque incompatível com o direito de propriedade que a Constituição consagra (CF, art. 153, § 22).

Acolho, pois, a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Senhor Presidente, tenho por norma de conduta só declarar inconstitucional dispositivo de lei que viole flagrantemente texto expresso da Constituição. O simples fato de estarmos discutindo há três

sessões, em termos vigorosos, este assunto, evidencia que inexistente afronta tão clara como recomendariam os princípios jurídicos, para que se declarasse a inconstitucionalidade da regra.

Por isso é que, de pleno acordo com os argumentos oferecidos nesta sessão pelo Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Tenho para mim que, ainda quando a lei possa estabelecer a desvinculação da inerência do acessório à propriedade do principal — da coisa a seus frutos —, como o prevê o art. 528 do Código Civil, esse título de juridicidade da desvinculação há de se ater, porém, aos parâmetros constitucionais de regulação do direito de propriedade.

No caso dos autos, em podendo determinar a destinação entre o título de crédito depositado e os seus rendimentos, havia a lei de fazê-lo a outro propósito que não o de cercar o legítimo domínio que o proprietário do principal tem sobre o acessório — o capital e os juros. Assim, da forma como manda reverter para o depositário necessário (a Caixa Econômica Federal) os juros produzidos pelas ORTNs dadas em depósitos nos feitos de competência da Justiça Federal, o irrogado Decreto-Lei nº 1.737/79, parágrafo único do art. 3º, comete confisco da propriedade legitimamente constituída, e, sobre cometê-lo, vai de encontro ao sistema constitucional vigente, no seio do qual se insere a garantia da propriedade, erigida em direito que tem por única restrição o funcionamento social das benesses do domínio, pelo que dito direito se põe a salvo de frustrações, exceto a desapropriação mediante justa indenização — art. 153, § 22, da Constituição.

Doutra parte, ao instituir tão drástica remuneração compulsória do depósito, sem outros destinatários passivos que não os depositantes relacionados com os feitos de competência da Justiça Federal (art. 1º, I), o mencionado decreto-lei estabeleceu distinção efetivamente ofensiva ao princípio da isonomia, pois que as partes relacionadas aos feitos da competência dos demais órgãos jurisdicionais regem-se, nas mesmas relações de depósito em garantia, pela norma codificada, segundo a qual cumpre ao depositário a restituição do depósito com os seus frutos e acrescidos — Código Civil, art. 1.266 —, sem que nessa restituição caiba exigir depositante mais do que as despesas com a coisa, ou a remuneração do depósito necessário (arts. 1.278 e 1.286), ônus estes preceptivamente alheios à propriedade, posto que se prendem às obrigações.

Por entender dessa maneira, é que peço vênha ao Sr. Ministro Relator para acolher a arguição de inconstitucionalidade, do modo como fez o Sr. Ministro Bueno de Souza.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Li o relatório e o voto do Sr. Ministro Adhemar Raymundo da Silva. Muito me impressionou a argumentação desenvolvida por S. Exa., de que, no particular, os juros das ORTNs, a que se referia o decreto-lei malsinado, não constituiriam confisco, como alegado pelo agravante, mas, ao revés, representariam a remuneração devida em razão do pacto de adesão firmado, tendo em vista o depósito e a caução necessária para que a firma estrangeira pudesse questionar perante a Justiça Federal no Brasil.

Não obstante os doutos votos em sentido contrário, e tendo em vista o voto do Relator, que me pareceu completo, bem como o do eminente Ministro Gueiros Leite, que também influenciou meu convencimento, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, *data venia* daqueles eminentes Ministros que a acolheram.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A lei processual civil prevê várias modalidades de caução, como a caução às custas, a caução ao dano eventual, pelo dano iminente, a dos herdeiros, na sucessão provisória, a prestada para garantia da demolição, ou em causa pendente. Objetivam todas o devido andamento da causa e pode ser real ou fidejussória. E quando a lei não determinar a sua espécie, «poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipotecas, penhor e fiança» (art. 827 do CPC).

No caso vertente nos autos, três empresas seguradoras alemãs ajuizaram ação ordinária contra a União Federal objetivando dela haver o reembolso de indenização paga à sua segurada, em consequência de desastre aéreo. Na inicial, porque sediada no exterior e sem bens imóveis no país, requereram o arbitramento de caução representada por Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, a serem depositadas à disposição do Juízo para garantia de custas e honorários de sua eventual sucumbência.

Vê-se, pois, cuidar-se de caução às custas, a caução *judicatum solvi* ou *cautio pro expensis*, ou na linguagem das ordenações «fianças às custas», que se insere na tradição do nosso direito desde o Regulamento 737, de 1850.

Dela trata a lei instrumental civil vigente no art. 835, *verbis*: «O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado à parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento». Não é ela exigida em execução fundada em título extrajudicial e na reconvenção (art. 836 do CPC).

Portanto, nada tem a ver com o depósito disciplinado pelo Decreto-Lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979.

Esse diploma legal, ao invés, trata de depósito obrigatório, em dinheiro ou ORTN, na Caixa Econômica Federal, para garantia da instância judiciária (*cautio de judicato solvendi*) ou da instância administrativa, nos casos nele especificados. É a caução exigida para garantia da solvibilidade do devedor à Fazenda Nacional, ou de quem se apresenta como licitante perante órgãos da administração pública federal, direta ou autárquica, ou ainda de quem com tais entidades celebra contratos. Leia-se seu artigo 1º e ter-se-á sua exata medida:

«Art. 1º Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN, ao portador, os depósitos:

I — Relacionados com feitos de competência da Justiça Federal.

II — Em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional.

III — Em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculando à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade de débito.

IV — Em garantia, na licitação perante órgãos da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos».

Registre-se, a essa leitura, não se compadecer com a compreensão do real sentido da norma inscrita no item I do preceito transcrito — «relacionados com feitos de competência da Justiça Federal» — o entendimento que lhe emprestamos de abranger, indiscriminadamente, todos os depósitos procedidos na Caixa Econômica Federal, relacionados com feitos em curso na Justiça Federal. *Data venia* não me parece procedente essa exegese que se assenta no exame isolado da norma. Nem se há de buscar-lhe o alcance pela ementa do decreto-lei. Deveras, considerando a regra no contexto da lei, apreende-se não ter ela o sentido generalizado que lhe querem conferir. A disposição — «relacionados em feitos de competência da Justiça Federal» — dirige-se àquelas garantias que,

não compreendidas nos itens II e III (garantia de execução fiscal e de instância), a lei exige sejam prestadas pelo réu na pendência da lide. É o que claramente se deduz da leitura do art. 4º do diploma legal em foco:

«Art. 4º O depósito, nos casos dos incisos I, II, III e IV, do art. 1º, será feito pelo valor monetariamente atualizado do débito, neste incluída a multa de mora, acrescidos dos juros de mora cabíveis, e, se for o caso, do encargo previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, combinado com o artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978.»

A expressa referência ao questionado item I do artigo 1º afasta qualquer dúvida de que o depósito de que se trata é exigido, nas circunstâncias, para resguardar interesses do Estado de eventual insolvabilidade de devedor à Fazenda Pública. Aliás, esse entendimento não passou despercebido à douta Subprocuradoria-Geral da República que, a respeito, aduz:

«A nosso ver, não se lhes aplica o Decreto-Lei nº 1.737/79, porquanto a leitura do artigo 4º, que alude a depósito correspondente com os seus acréscimos legais (juros de mora, multa, etc.), se infere que os depositantes só podem ser os devedores para com a Fazenda Nacional. No caso, as recorrentes não detêm essa qualidade, sendo na realidade autoras de ação contra a União Federal.

Assim, como não destinatárias do artigo 3º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.737/79, têm direito as recorrentes aos juros decorrentes das ORTNs de que são proprietárias.»

Em assim sendo, a meu sentir, houve de início, *data venia*, errônea colocação do problema.

Todavia, essa conclusão não obsta, penso, o exame da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º do diploma legal em comento, porquanto nessa norma fundamentou-se, embora equivocadamente, a decisão interlocutória agravada.

Daí porque passo à abordagem dessa matéria.

Reza o referido dispositivo:

«Parágrafo único. Os juros das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional depositadas reverterão, em todos os casos, à Caixa Econômica Federal, como remuneração pelos serviços de depósito dos títulos.»

Ora, a simples leitura desse texto revela, de plano, que a questão não se confina ao campo do direito processual civil, mas claramente se desloca para a área do direito constitucional, tais suas repercussões sobre o direito de propriedade que a Carta Política resguarda.

A legislação civil, ao conceituar a propriedade em geral, considera-a, em seu todo, o principal e o acessório. Estabelece que os frutos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se por motivo jurídico especial houverem de caber a outrem (art. 528 do Código Civil). A propriedade, consigna Clóvis Beviláqua, «estende-se naturalmente, a todas as utilidades que a coisa produz» «(Cód. Civil Com.», vol. III, pág. 62). E no escólio de João Luiz Alves, a propósito, «os frutos são acessórios da coisa que os produz (arts. 60 e 61); como tais seguem a coisa de onde se originam (art. 59), pertencendo, por isto, ao respectivo dono, salvo casos especiais, como as do possuidor de boa-fé (art. 510), do usufrutuário (art. 713), do credor anticrético (art. 805), etc.» («Código Civil», pág. 401). Só há uma exceção a essa regra: é aquela de que trata o art. 557 do Código: os frutos caídos de árvores do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caírem, se este for de propriedade particular.

Assim, os frutos ainda que juridicamente se distingam, compõem, igualmente, a propriedade.

E é justamente essa propriedade, no seu sentido amplo e abrangente do principal e acessórios, que a Lei Fundamental, na observância da nossa tradição jurídica e do sistema político que adotamos, resguarda no capítulo dos direitos individuais. É ler-se seu § 22 do art. 153:

«Parágrafo 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.»

Vale dizer, salvo caso de expropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, e mediante indenização prévia e justa, em dinheiro ou em títulos especiais da dívida pública, o direito de propriedade não pode ser violado, sem atropelo da regra constitucional que o garante. E a propriedade é aquela propriedade plena, compreendendo o principal e acessório, pois o texto constitucional não enseja a dicotomia albergada na legislação civil.

Destarte, no caso, ao subtrair a lei de seu legítimo proprietário os juros das ORTNs depositadas, fê-lo em afronta a esse direito de propriedade. A medida em sua essência reveste o caráter de confisco cuja proibição, como bem pondera a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, embora não inserta expressamente no texto constitucional, «persiste todavia em nosso regime político, no respeito ao princípio de ser inadmissível para o Estado que se aproprie de parte substancial da propriedade ou da renda» (fl. 63).

E nem convalesce esse injusto desapossamento da propriedade alheia, a circunstância de que o depositário recebe os juros «em remuneração pelos serviços de depósito dos títulos».

A admissão de tal justificativa, permito dizer *tout court*, atinge, em última análise as estruturas do sistema jurídico, escancarando as portas a atentados ao direito de propriedade. Em verdade, não seria despropósito prever a superveniência de providências legislativas outras da mesma natureza, mas ainda mais ousadas na esteira de soluções casuísticas dessa jaez.

Não se quer com isso negar ao depositário o recebimento de paga pelos serviços prestados. Aliás, o Código Civil já dispõe que o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem (art. 1.278). Poderia a lei, por que versa sobre depósito necessário em estabelecimento bancário, estabelecer uma taxa de serviço em benefício do depositário, até mesmo exacerbada, em paga do seu encargo.

O que lhe é defeso é, a pretexto de remunerar serviços de depositário, permitir o apossamento de juros dos títulos depositados. E lhe é defeso porque enfatize-se, esses rendimentos se constituem, com os títulos que os geram, propriedade do depositante, sob a égide da Lei Maior.

A essas breves considerações, *data venia* do eminente Relator e dos que o acompanharam, adiro ao voto do Sr. Ministro Bueno de Souza.

EXTRATO DA MINUTA

(Mat. Const.) Ag 42.433 — RJ — Reg. nº 4.168.887 — Relator Originário: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agravantes: Deutscher Luftpool e outros. Agravado: União Federal. Advogados: Drs. Eurico Paulo Valle e outro.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por maioria qualificada, declarou inconstitucional o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.737/79. (Em 17-11-83 — T. Pleno). Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis, José Cândido, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Fláquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante e José Dantas, Presidente, votaram com o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Vencidos os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Relator, Lauro Leitão, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson e Washington Bolívar.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Licenciados na ocasião do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda e Jarbas Nobre.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71.650 — MG

Relator: O Sr. *Ministro Jorge Lafayette Guimarães*

Relator Designado: O Sr. *Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente de Ofício: *Juiz Federal da 3ª Vara*

Agravante: *Universidade Federal de Minas Gerais*

Agravados: *João Carlos Trindade Mayrink e outros*

Advogados: *Drs. Marcio Ribeiro Vianna e Dilson Andrade de Aquino*

EMENTA: «Isomia — As normas do art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.465/68, ao estabelecerem que os estabelecimentos de ensino agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária deverão reservar determinado número de vagas para candidatos agricultores ou filhos destes, revestem-se de caráter de generalidade que não as tornam incompatíveis com o princípio da igualdade de todos perante a lei, consagrado no art. 153, § 1º, da Constituição.»

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.465, de 1968, essa inconstitucionalidade, em face do resultado da votação deixou de ser declarada, determinando-se a devolução do processo à Turma para apreciação das demais questões nele suscitadas, na forma de relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de junho de 1975.

MÁRCIO RIBEIRO, Presidente — ARMANDO ROLLEMBERG, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE LAFAYETTE GUIMARÃES (Relator): Na sentença de fls. 67/69, do Juiz Federal Dr. Carlos Mário da Silva Velloso, pela qual foram julgados os Mandados de Segurança impetrados por João Carlos Trindade Mayrink e outros (Processo nº 99/72), e por Edian Fontes Bastos (Processo nº 107/72, que foram reunidos, ficou a hipótese assim resumida:

«Sustentam os impetrantes, em resumo, que no vestibular de 1971, para ingresso na Escola de Veterinária, a UFMG deixou claro que seriam matriculados 120 candidatos. Na forma da Lei nº 5.465/68 e Decreto nº 63.788/68, 60 (sessenta) vagas, ou seja, 50%, seriam reservados, preferencialmente, a can-

díditos agricultores ou filhos de agricultores, que residissem na zona rural, com suas famílias, e a candidatos portadores de certificados de conclusão do 2º ciclo de Ensino Médio expedidos por estabelecimentos de Ensino Agrícola. Estipulou que as provas de vinculação deveriam ser apresentadas no ato da matrícula e só seriam aceitos os documentos comprobatórios expedidos pelos órgãos que mencionou. Destarte, o Edital que fez tais exigências, contém vícios e defeitos. Além de serem os diplomas legais mencionados inconstitucionais, por ferirem o § 1º do art. 153, da CF, consagrava exigência da prova de vinculação agropecuária a **posteriori**, ou seja, no ato da matrícula, desnortando os candidatos. A inicial contém afirmativa no sentido de que o impetrante Virgílio Lages Reis obtivera 100 pontos, média superior a candidatos denominados «ruralistas». E que este preencheria, erroneamente, o questionário, motivo por que não fora incluído entre os ruralistas. A sua exclusão, todavia, foi injusta, pois foram matriculados 17 candidatos com 99 pontos. Ademais, a UFMG agiu com abuso de poder, distorcendo o espírito da lei, no preencher as 60 vagas restantes àquelas anteriormente reservadas, preferencialmente, aos ruralistas. 60 vagas destinaram-se aos ruralistas; as outras 60 foram reservadas aos candidatos que seguiram melhor classificação no concurso, independentemente da preferência dos candidatos classificados e dos não classificados. O alijamento dos impetrantes foi injusto e ilegal, afirmam. Depois, argumentam os requerentes com o art. 176 da Constituição, que consagra o «direito de estudar», bem assim o art. 153, § 4º, da mesma Carta e art. 2º do Decreto nº 68.908, de 13-7-71. A inicial foi instruída com os documentos de fls. 11/42. O MM. Juiz que dirigia o feito concedeu a medida liminar e determinou a notificação da autoridade apontada coatora. Esta, nas suas informações diz o seguinte: que a Universidade reservou, nos termos do edital publicado, 50% das vagas do Curso de Medicina Veterinária a candidatos portadores das condições especiais definidas na Lei nº 5.465, de 3-7-68. A prova das condições especiais foi exigida no ato da matrícula. No ato da inscrição, exigiu-se dos candidatos declaração expressa de sua situação, em face do disposto no Decreto nº 63.788, de 12-12-68. Realizado o Vestibular, a Universidade, obediente ao sistema do mérito, convocou para as primeiras 60 vagas, correspondentes a 50% delas, os candidatos classificados que conseguiram o melhor resultado no concurso. As 60 vagas restantes, foram preenchidas, de acordo com o edital, com os candidatos que fizeram prova da satisfação das condições especiais exigidas na lei citada, observada, ainda aqui a ordem de classificação. Dessa forma, 60 vagas foram preenchidas pelos melhores classificados no Concurso Vestibular, independentemente de serem ou não portadores de condições especiais. As 60 vagas restantes apenas pelos de condições especiais, num e noutro caso, observada a rigorosa ordem de classificação. A Universidade chamando os primeiros classificados para preenchimento de metade das vagas, reservadas ao preenchimento pelo talento e, em seguida, obediente à lei, convocando os titulares da preferência legal, cumpriu a lei. Em síntese: nas primeiras 60 vagas foram matriculados os primeiros 60 candidatos, digo classificados pelo critério do talento; nas 60 vagas seguintes foram matriculados os candidatos preferenciais, ou ruralistas. O Ministério Público Federal oficiou às fls. 59/62. Reputou constitucional a Lei nº 5.465/68, no ponto em que abriu ensejo aos jovens de vinculação ao campo, oferecendo-lhes 50% das vagas existentes no Curso de Veterinária. No tocante ao critério adotado pela UFMG, sustenta que o critério aventado pelos impetrantes é o mais verdadeiro e justo: fazer-se, primeiro, a classificação dos 50% dos ruralistas, que seriam excluídos da lista geral. Então, aproveitados os de condições especiais, restaria a ordem geral de merecimento, onde se buscaria os sessenta melhores classificados. Destarte, deveria o «writ» ser concedido a João Carlos Mayrink e Geraldo F. Prates Saraiva. Quanto a Virgílio Lages Reis, deveria o **mandamus** ser

indeferido. Quanto ao impetrante Edian Fontes Bastos, opinou pelo indeferimento.»

Depois de acentuar que o segundo Mandado de Segurança, que se encontra apensado, constitui, na verdade, um litisconsórcio ativo, no mérito, sob invocação do princípio do artigo 153, § 1º, da Constituição, que consagra a igualdade perante a lei, reconheceu o Dr. Juiz Federal a inconstitucionalidade da Lei nº 5.465, de 1968, por instituir privilégio não condizente com o princípio da isonomia, uma vez que nela se estabelece um privilégio de classe ou de trabalho, com tratamento especial à classe dos agricultores e filhos destes, e concluiu:

«Inconstitucional, pois, a Lei nº 5.465/68, porque instituidora de privilégio não condizente com o princípio da isonomia consagrado na Superlei, o que declaro, verifica-se, presente o documento de fls. 30/33, que contém a «classificação segundo o critério geral do Vestibular, não se levando em conta a preferência estabelecida na Lei nº 5.465», verifica-se, repete-se, que a segurança deve ser deferida aos impetrantes João Carlos T. Mayrink, Geraldo Fausto P. Saraiva e Edian Fontes Bastos, classificados, respectivamente, nos lugares 102º, 99º, e 93º, pelo único critério distintivo válido numa Universidade, que é o de talento, o do valor pessoal, do mérito. Quanto ao impetrante Virgílio Lages Reis é de ser indeferida a segurança. Porque, pelo critério mencionado, obteve apenas 100 (pontos), correto que o último classificado, isto é, o classificado na última vaga — a 120ª — obteve 103 pontos (documento de folhas 30/33). Se se considerasse como válido o critério da Lei nº 5.465/68, nem assim o impetrante Virgílio obteria matrícula, porque não fez, a tempo, e modo, a prova de sua condição de rurícola, tal como se exigia no edital respectivo.»

Recorreu, de ofício, o Dr. Juiz e agravou a Universidade Federal de Minas Gerais (fls. 86/90), invocando parecer do Consultor-Geral da República, de nº 764/71 (*D.O.* 29-3-71), anexado às fls. 91/92, ao qual está vinculada, pela constitucionalidade da Lei nº 5.465, de 1968; acentua não mais constar do preceito constitucional em causa a proibição, encontrada no artigo 113, nº 1, da Constituição de 1934, de distinções por motivo de «profissões próprias ou dos pais», o que também ocorreu com a expressão «classe social», o que autoriza concluir pela constitucionalidade da Lei nº 5.465, de 1968.

Indeferido o agravo, por intempestivo (fl. 93), reconsiderou-se o r. Juiz (fls. 96vº), depois de informar a Secretaria que na publicação efetuada não figurava o nome do advogado da impetrada.

Agravou, também, Virgílio Lages Reis, sendo indeferido o recurso por intempestivo (fl. 85).

Sem contraminuta, subiram os autos, e pelo parecer de fls. 101/108, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pediu o provimento dos recursos, e a cassação da respectiva Segurança, desenvolvendo fundamentação que resumiu na ementa, verbis:

«Pode o Juiz singular apreciar a constitucionalidade de uma lei ou decreto. A Lei nº 5.645/68 é constitucional. A generalidade da lei não é a extensão de seus efeitos a todos, indiscriminadamente, mas a todos os que se encontram na situação, ou situações nela prevista. «A adoção de determinado critério para aplicação das chamadas *vagas* preferenciais» ao Curso de Medicina Veterinária, prevista na Lei nº 5.645/68, constitui ato discricionário da autoridade administrativa, insusceptível de apreciação pelo Poder Judiciário. Parecer pelo provimento dos recursos, de ofício e voluntário.»

A Primeira Turma, acolhendo o voto que proferi (fls. 116/124), reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1º e § 1º, da Lei nº 5.465, de 1968, por violação ao princípio da igualdade de todos perante a lei (Constituição, art. 153, § 1º), de acordo

com o art. 481, do vigente Código de Processo Civil, determinou a remessa da questão ao Tribunal Pleno.

Publicado o Acórdão e atendido ao disposto no art. 482, do mesmo Código, foi o processo incluído em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE LAFAYETTE GUIMARÃES (Relator): Reporto-me ao voto que proferi na Turma, quando concluí pela inconstitucionalidade dos dispositivos ora objeto da arguição, afirmando (fls. 116/124):

«Está em causa a aplicação da Lei n.º 5.465, de 1968, que dispõe (artigo 1.º):

«os estabelecimentos de ensino agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio».

«1.º A preferência de que trata este artigo se estenderá aos portadores de certificado de conclusão do 2.º ciclo dos estabelecimentos de ensino agrícola, candidatos à matrícula nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidas pela União.»

e sua constitucionalidade, frente ao princípio da isonomia, contido no art. 153, § 1.º, da Constituição vigente, que preceitua:

«Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça».

Estou de inteiro acordo com a sentença recorrida, do ilustre magistrado Dr. Carlos Mário da Silva Velloso, que em fundamentação, minuciosa e precisa, bem demonstrou a incompatibilidade entre as normas do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 5.465, de 1968, e o princípio da igualdade de todos perante a lei, do art. 153, § 1.º, da Constituição, envolvendo aquela lei verdadeiro e inadmissível privilégio, em favor de agricultores e seus filhos.

Reporto-me, em consequência, aos fundamentos da sentença agravada, onde se afirma:

«O princípio da igualdade, consagrado na Constituição, é inerente à democracia, tal como o da legalidade (CF, art. 153, § 2.º), e o da proteção judiciária (CF, art. 153, § 4.º). Já na Grécia antiga proclamava Péricles, em honra aos mortos da guerra do Peloponeso, que a isonomia é traço característico fundamental da democracia (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., pág. 236). Na conceituação desse valor, aliás, se pode começar a estabelecer as fronteiras entre a concepção democrática ocidental e a concepção marxista da democracia. Segundo Colliard («Les Libertés Publiques», n.º 159) é possível distinguir, juridicamente, a igualdade de direitos, ou igualdade civil da igualdade de fato, ou igualdade real. A democracia, tal como uma «igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidade, uma igualdade virtual», na qual «os homens são igualmente aptos a gozar os direitos, mas não afirma que têm eles um exercício igual desses direitos». (Colliard, ob. cit.). Esta realmente «é a forma de igualdade consagrada constitucionalmente nas democra-

cias ocidentais. Mantém aberta a possibilidade de distinções, mas de distinções que decorram do valor pessoal. De fato, a igualdade civil rejeita os privilégios de raça, cor, religião, sexo e nascimento», ensina o emérito Professor M. G. Ferreira Filho (ob. cit., pág. 237). O outro tipo de igualdade, o que afirma «em prol de todos um igual exercício atual de direitos», é o propugnado ou prometido nos regimes marxistas, correto que, «para o atendimento dessa promessa, se possível, não se lhe nega até o sacrifício da liberdade». (M. G. Ferreira Filho, ob. e loc. cits). Característica, pois, do regime democrático, o princípio da igualdade não admite privilégios decorrentes de raça, cor, religião, trabalho, nascimento, etc. Posto na Constituição, é ele limitador da ação do legislador, de sorte que não pode este, sob pena de aplicar maus tratos na «criatura do povo no exercício do poder constituinte» (Rui, ob. cit.), «editar regras que estabeleçam privilégios em razão da classe ou posição social, da raça, religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional» (M. G. Ferreira Filho, ob. cit., pág. 237):

.....

«Vê-se, pois, que, na real verdade, concedeu a lei um privilégio a agricultores e filhos destes. Dir-se-ia que a lei em causa teria o propósito de implantar uma política educacional com vistas ao meio rural; e que isto representaria uma situação melhor para a agricultura nacional, com aumento da produção. Ou, como escreve o douto Procurador da República, seria uma «fórmula válida de estimular a presença do futuro profissional no meio rural, de onde provém» e que «a regra legal se dirige indistintamente a todos, sem regalias ou preferências pessoais, mas condiciona suas benesses a fatos e situações que todos podem alcançar». **Data venia**, não concordo com a afirmativa. A realidade é que a lei impõe um privilégio a uma classe; ou distingue em razão do trabalho. A verdade é que a Constituição estabelece que a educação «é direito de todos e dever do Estado» (CF, art. 176). E se não é menos verdadeiro que o princípio da igualdade não é absoluto, desde que a própria Constituição costuma excepcionar a regra, explícita ou implicitamente, necessário é que se acentue que a exceção consubstanciadora de privilégios, no campo do econômico e do social, por exemplo, se faz justamente para restabelecer o equilíbrio entre fortes e fracos, tornando verdadeiro, em última análise, o princípio da igualdade. O certo, todavia, é que, como preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «todos, afirma o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos, em princípio. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro e brasileiros, tem de ser, expressa ou implicitamente, prevista na Constituição. Caso contrário, inconstitucionalidade a vicia inapelavelmente». Porque «a igualdade é regra constitucional a que só a Constituição pode, validamente, abrir exceções» (M.G. Ferreira Filho, ob. cit., p. 238). Ora, *in specie*, tem-se que a Universidade está aberta a todos, igualmente. A distinção que se faz, para ingresso nelas, decorre simplesmente do valor pessoal, da aptidão, do talento dos indivíduos, o que é correto, pois dá-se uma igualdade de possibilidades. Mas a Lei nº 5.465/68 foi além: determinada classe, a dos agricultores e filhos destes, tem garantida, numa Escola que devia ser aberta a todos, indistintamente, a metade das vagas, estabelecendo, destarte, um privilégio. A regra, ao contrário do afirmado pelo Dr. Procurador da República, não se dirige a todos, mas a uma parcela de estudantes, em razão de classe ou de trabalho. Aceito o raciocínio do legis-

lador da lei em causa, aceito o argumento do nobre Dr. Procurador da República, então poder-se-ia, amanhã, em nome de uma política nacional de ajustamento, ou que nome tivesse, reservar 50% das vagas das Escolas de Engenharia para os filhos de engenheiros ou para os que trabalhassem em firmas de engenharia, etc.; ou 50% das vagas das Escolas de Direito para os filhos de juizes, de advogados ou para jovens que já trabalhassem na Justiça. E, assim por diante, dentro da mesma linha de raciocínio, poder-se-ia estabelecer privilégios com relação às demais Escolas. Evidentemente, que o raciocínio em apreço se desvincula do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de raça, religião, classe, trabalho, etc. No caso, a discriminação, o privilégio ainda é mais violentador da Constituição quando se sabe que esta em tema desta natureza, em tema de educação, não abre exceção, mas deixa expresso, como norma programática e vinculadora, que a educação «é direito de todos e dever do Estado» (CF, art. 176). É certo, reconhecemos, como escreveu o eminente F. C. de San Tiago Dantas, que

«Em princípio, a lei é igual para todos, isto é, o seu comando se dirige a todos os cidadãos, mas é óbvio que ela pode, sem perder o caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais em que um número indeterminado de indivíduos se pode colocar» («igualdade perante a lei e due process of law, in «Problemas de Direito Positivo», Forense, 1953, pág. 38»).

Mas não é menos certo, todavia, que tais leis ditas especiais, somente não são arbitrárias, somente se compatibilizam com a cláusula do «due process of law» do Direito Constitucional Americano, se elas têm em mira regular situações especiais. E não basta, *data venia*, o requisito da generalidade da lei para torná-la incensurável, sob o ponto de vista da constitucionalidade. Se a generalidade da lei, como ensina San Tiago Dantas, é «a primeira limitação constitucional à função legislativa, ao Estado de Direito», tal requisito não é o único «limite constitucional do arbitrio do Legislativo», aduz o mesmo mestre, que acrescenta que, se se fixasse aí o limite, estaríamos abrindo uma fronteira, «a que apenas interditasse aos órgãos legiferantes o legislarem sobre o caso concreto, pois sempre lhes seria possível aplicar o arbitrio na escolha do caso genérico, e assim abrirem exceções tirânicas ao estatuto comum». (San Tiago Dantas, ob. cit., pág. 61). E arremata o saudoso jurista:

«Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei autoriza o Poder Judiciário a censurar as leis em que se fazem distinções arbitrarias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum». (ob. cit., pág. 62).

A lei especial, editada para reger casos especiais, com caráter de generalidade, a lei que se compatibiliza com o princípio da igualdade civil; é lei, pois, que não violenta a Constituição, pois a «igualdade civil, como o concebem talvez unanimemente os escritores, não é a uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado de seres vários e desiguais» (San Tiago Dantas, ob. cit., pág. 62). Assim, é válida a lei especial que regula o trabalho masculino, fixando normas de duração, de higiene, etc. «diferentes das que regem o trabalho das mulheres ou menores». Essa lei, na expressão feliz de San Tiago Dantas, «é um frisante exemplo da lei igualitária, neste sentido da igualdade proporcional» (ob. cit., pág. 62). Ou como escreve René Burnet (*Le principe d'égalité*, p. 170), «celle-ci est bien la véritable éga-

lité, seule conforme au principe de l'interdépendance sociale: traite également les hommes sur les points où ils sont inégaux; en un mot, les traiter proportionnellement à leurs facultés, telle est la formule qu'impose le doctrine de l'interdépendance sociale». De sorte que o instituto da lei especial que existe para reger casos especiais, ao qual não se nega o caráter de compatível com a Constituição, há de ser compreendido e aplicado com cautela, sob pena de, em seu nome, cancelarem-se leis arbitrárias, leis discriminatórias, e que, a pretexto de regularem casos especiais, simplesmente estabelecem privilégios, assim aplicando tratos de polé no princípio da isonomia que a Constituição consagra. A lição é ainda do grande e inolvidável San Tiago Dantas:

«Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser tachada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da igualdade proporcional, isto é, que não se justifique como um reajuste de situações desiguais. Desse modo a lei arbitrária, que a Corte Suprema não considera «due process of law», também não é aplicável pelo Supremo Tribunal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei» (ob. cit., pág. 64);

Agricultores, médicos, advogados, interioranos e cidadãos, filhos de agricultores e filhos de médicos, filhos de advogados e filhos de engenheiros, os indivíduos todos, enfim, que desejarem ingressar na Universidade, devem estar, todos, em posição de igualdade, somente se distinguindo no valor pessoal, no mérito, no talento, jamais se diferenciando no referente a privilégios decorrentes de classe, trabalho, sexo, raça, cor, religião, nascimento. A Lei nº 5.465/68, vem, todavia, estabelecer um privilégio de classe ou de trabalho, dando tratamento especial à classe dos agricultores e filhos destes, o que não se justifica, sem embargo até das suas boas intenções, que se perdem no mundo do subjetivo, porque não se pode afirmar como certo que um filho de um engenheiro ou de um advogado, ou de um comerciário, ou de um funcionário público, ou de um militar, não venha a ser um excelente médico veterinário ou um bom técnico em agricultura, assim concorrendo para «a melhoria dos processos e técnica aplicados na Agricultura do País e ao conseqüente aumento da produção nessa área». Bem intencionada reconhecemos, a lei em apreço. Isto só, todavia, não teria o condão de torná-la válida. Porque em Estado de Direito até as intenções do legislador ordinário devem estar ajustadas à *Lex Major*. E é bom que seja assim, pois o constitucionalismo formal é conquista da Humanidade, «a Constituição é um produto da evolução política do Estado, uma conquista do Direito» (Paulino Jacques, «Curso de Direito Constitucional», pág. 17) e o poder que a elaborou é a razão de ser da sociedade política. As intenções da Constituição é que são as intenções boas, porque são as intenções, em última análise, na Nação, do povo, titular do poder, desde que a Constituição, «ato da nação em atitude soberana de constituir a si mesma», «é criatura do povo no exercício do poder constituinte», enquanto que a lei é simples «ato do legislador em atitude de executar a Constituição», ou «criatura do legislador como órgão da Constituição» (Rui Barbosa, ob. cit.) (fls. 74/78, dos autos).

No agravo, a Universidade Federal de Minas Gerais invocou o Parecer I-108, do Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos (D.O. de 19-3-71), pela constitucionalidade da mencionada lei.

Este parecer, porém, se vincula a administração, como ali se alega, aprovado que foi pelo Presidente da República, não obriga ao Poder Judiciário. Inaceitável, outrossim, a afirmativa nele contida de que (fls. 91/92)

«O propósito claro do legislador ordinário, no caso, foi estabelecer condições que pudessem conduzir o ensino agrícola a suas reais finalidades, criando uma sistemática que permitisse maior ingresso da população estudantil, da zona rural, nas escolas respectivas, visando à melhoria dos processos e técnicas aplicados na Agricultura do País e ao conseqüente aumento da produção nessa área. A preferência outorgada a agricultores e seus filhos, no particular, objetivou a implantação de uma política educacional orientada no sentido de atender os altos interesses da Nação, não podendo, portanto, ser inquinada de privilégio discriminatório inadmitido pelo princípio da isonomia constitucional.»

Realmente, pelos seus termos, a Lei nº 5.465, de 1968, é ampla, e alcança todo o sistema de ensino, da União Federal, no referente aos estabelecimentos que ministram ensino agrícola e veterinário.

Ora, no particular não é admissível distinções nem privilégios, sendo a educação direito de todos e dever do Estado (art. 176 da Constituição).

A finalidade visada, segundo o acentuado no citado parecer do Consultor-Geral da República, somente poderá ser alcançada, com a discriminação pretendida no tocante à seleção dos alunos, através de estabelecimentos mantidos por órgãos ligados especificamente à agricultura, de assistência à agricultura. Não é o que ocorre porém, na hipótese, com amplitude dada à mencionada lei, estando em foco, no caso, matrícula na Universidade Federal de Minas Gerais.

Invoca, também, a Universidade a omissão verificada no preceito do art. 153, § 1º, da Constituição vigente, confrontado o dispositivo com a norma do art. 113, I, da Constituição de 1934, que fazia menção expressa à proibição de distinção ou privilégio, por motivo de «profissões próprias ou dos pais», e ainda de «classe social».

A alteração sofrida na redação do dispositivo, porém, não tem a significação que lhe atribui a agravante, de estar atualmente permitida a distinção e a concessão de privilégio, por motivo de profissão, própria ou dos pais, ou de classe social.

No referente, aliás, à profissão, a expressão utilizada na Constituição de 1934, foi substituída por outra, de igual amplitude, com a referência a «trabalho», antes inexistente, não ocorrendo, pois, simples supressão.

Quanto à classe social, ninguém por certo sustentará que permite a Constituição o tratamento privilegiado de uma classe, em detrimento das demais.

Sobreleva, na matéria, o princípio básico — todos são iguais perante a lei — se a Constituição acrescenta serem inadmissíveis distinções, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, para maior realce, tal não significa que as demais distinções sejam legítimas e constitucionais, permitindo a concessão de privilégios.

Face ao exposto, o meu voto é, preliminarmente, acolhendo a argüida inconstitucionalidade, e submetendo a questão ao Tribunal Pleno, na forma do disposto pelo art. 481, do vigente Código de Processo Civil.»

Mantendo este entendimento, sou levado a acolher a argüição, e declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, e § 1º, da Lei nº 5.465, de 1968, e em conseqüência, na forma do art. 17, da Resolução nº 4, de 1974, nego provimento aos recursos, confirmando assim a sentença, concessiva da Segurança.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Sr. Presidente, a distinção feita na Lei nº 5.465, de 1968, envolve, realmente, discriminação proibida na Constituição, porque deriva de condições de trabalho. Estabelece uma cota percentual em favor de candidatos agricultores ou filhos destes, decorrentes da natureza do trabalho. E expressamente o art. 153 da Constituição, no § 1º, diz que «todos são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça e trabalho». Portanto, incide, realmente o art. 1º da lei na norma proibitiva do art. 153, § 1º

Estou de pleno acordo com o Sr. Ministro Relator.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OSCAR CORRÊIA PINA: Sr. Presidente, tive dúvida, de início, quanto à existência de incompatibilidade manifesta entre os dispositivos legais não aplicados pelo Dr. Juiz Federal e o princípio consagrado no art. 153, § 1º, da Constituição, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Todavia os argumentos da sentença de Primeira Instância e o brilhante voto do eminente Ministro Jorge Lafayette convenceram-me, no momento, da procedência da arguição.

Estou, pois, de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Relator, sem embargo da brilhante sentença prolatada pelo Dr. Carlos Mário da Silva Velloso, rejeito a arguição de inconstitucionalidade. Entendo que a regra legal em foco, referindo-se a grupos de pessoas em determinada situação, reveste-se de generalidade que a compatibiliza com o princípio estabelecido no art. 153, § 1º da Constituição Federal.

EXTRATO DA ATA

MS 71.650 — MG — Relator: Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Recte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Agte.: Universidade Federal de Minas Gerais. Agdos.: João Carlos Trindade Mayrink e outros. Adv.ºs: Drs. Márcio Ribeiro Vianna e Dilson Andrade Aquino.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Paulo Távora, Aldir Passarinho, Oscar C. Pina, Peçanha Martins, e Décio Miranda admitindo a inconstitucionalidade do art. 1º e parágrafo 1º da Lei nº 5.465, de 1968, e dos votos dos Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Néri da Silveira, inadmitindo-a, foi adiado o julgamento para serem tomados os votos dos Srs. Ministros Amarílio Benjamin e Jarbas Nobre. (Em 17-6-75 — T. Pleno).

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO AMARÍLIO BENJAMIN: Em sessão anterior, o Tribunal examinou o presente Mandado de Segurança nº 71.650, quanto ao incidente de inconstitucionalidade levantado. Votaram os Srs. Ministros que estavam presentes e o Sr. Ministro Presidente houve, por bem, em virtude de não existir **quorum**, para proclamar o resultado, tomar o meu voto e o do Sr. Ministro Jarbas Nobre, posteriormente.

Para orientar a matéria, recapitularei o assunto nas breves palavras do item 2º do relatório da sentença do Dr. Carlos Mário, de Minas Gerais:

«Sustentam os impetrantes, em resumo, que no vestibular de 1971, para ingresso na Escola de Veterinária, a UFMG deixou claro que seriam matriculados 120 candidatos. Na forma da Lei nº 5.465/68 e Decreto nº 63.788/68, 60 (sessenta) vagas, ou seja, 50%, seriam reservadas, preferencialmente, a candidatos agricultores ou filhos de agricultores, que residissem na zona rural com suas famílias, e a candidatos portadores de certificados de conclusão do 2º ciclo de Ensino Médio expedidos por estabelecimentos de Ensino Agrícola. Estipulou que as provas de vinculação deveriam ser apresentadas no ato da matrícula e só seriam aceitos os documentos comprobatórios expedidos pelos órgãos que mencionou. Destarte, o Edital que fez tais exigências contém vícios e defeitos. Além de serem os diplomas legais mencionados inconstitucionais, por ferirem o § 1º do art. 153 da CF, consagrava exigência da prova de vinculação agropecuária a posteriori, ou seja, no ato da matrícula, desnortando os candidatos.»

Na sessão em que este Tribunal começou a apreciação da matéria, os Srs. Ministros Jorge Lafayette, Paulo Távora, Aldir Passarinho, Oscar Correia Pina, Peçanha Martins e Décio Miranda admitiram a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1º da Lei nº 5.465 de 1968, enquanto os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Né-ri da Silveira rejeitaram essa declaração.

Examinei o processo e minha conclusão, *data venia*, é no sentido de que não existe a inconstitucionalidade argüida. Tomo por base do meu pronunciamento as razões de recurso da Universidade de Minas Gerais, constantes de fls. 86 a 90, o parecer do Dr. Consultor-Geral da República, fls. 91 (I-103, de 3-5-71, D.O. 29-3-71), e o parecer do Dr. Subprocurador-Geral da República, de fls. 101 a 108. Creio que essas peças foram examinadas na discussão já procedida. De qualquer sorte, aceite-as, na análise que fizeram da controvérsia. Não deixo de acrescentar, entretanto, duas ou três palavras, como pronunciamento mais direto, de minha parte, sobre o tema que está em debate. A sentença recorrida é, na verdade, muito erudita no que se refere à consideração geral do princípio da igualdade de todos perante a lei. Fundamenta-se a decisão no que determina a Constituição Federal, art. 153, § 1º:

«Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.»

Não obstante, entendo que a sentença agravada não colocou bem o problema, *data venia*, quando liga a disposição legal ao princípio de igualdade do trabalho. Como todos nós sabemos, o princípio da igualdade perante a lei, nas suas origens, significou apenas a extinção de privilégios. As Constituições Brasileiras adotaram essa orientação e chegaram à expressão constante da atual Carta Magna. Na interpretação do dispositivo, o que tem prevalecido, porém, é que, em relação a sexo, raça, crença religiosa e convicções políticas, não se pode distinguir, para o efeito de gozo de qualquer direito, assegurado a todos em geral. Quanto ao «trabalho», quer-me parecer que o constituinte não foi muito feliz, quando o incluiu nesse relacionamento. Se porventura estivesse «profissão», talvez houvesse alguma justificativa. Mas, mesmo assim, não seria cabível o preceito, de todo, porque em matéria de «profissão», o que se tem admitido é que, relativamente a cada atividade, a lei possa dispor sobre as condições de capacidade, aliás de acordo com o Estatuto Fundamental, art. 153, § 23. Também não se pode deixar de ter em conta que o fim visado impõe especialização ou melhor condicionamento. Se levássemos a idéia da liberdade ao extremo de considerar que a igualdade implicava no livre exercício das profissões, teríamos que concluir que, para o desempenho de qualquer atividade, nem mesmo título seria exigível, como sustentaram os positivistas. Não é esse, portanto, o alcance da lei.

Perguntar-se-á, então: Como se pode interpretar a Carta Política a respeito do «trabalho»? Creio que, relativamente ao tema, deva interpretar-se a Constituição, do

ponto de vista da igualdade, no sentido de que todos os direitos assegurados geralmente ao trabalhador não podem ser denegados a esta ou aquela classe. Também se pode entender o princípio da igualdade do trabalho, em termos de que a trabalho da mesma espécie corresponde igual remuneração. Por fim, a mim parece que deve servir de espelho e medida do art. 153, § 1º, em exame, o art. 165, do mesmo Ato Constitucional, que enumera as garantias do trabalhador e do trabalho em geral, convindo destacar o que consta do XVII: proibição de distinção entre trabalho manual, técnico, ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos.

Pelo fato de a Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968, pois haver reservado parte da matrícula, nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária, a candidatos originários da vida agrícola, não posso admitir que fira o dispositivo da Lei Básica. Não se cuida de qualquer privilégio. Ouça-se o que diz a lei:

«Art. 1º Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

§ 1º A preferência de que trata este artigo se estenderá aos portadores de certificados de conclusão do 2º ciclo dos estabelecimentos de ensino agrícola, candidatos à matrícula nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidas pela União.»

Tenho que tal disposição é apenas um estímulo que se concede aos estudantes originários da zona rural ou que tenham curso de escola rural, a prosseguirem os estudos em nível superior.

Por outro lado, não há exclusividade. A lei, na sua amplitude, concede a matrícula a todos; apenas há esta preferência. Se porventura a preferência não for preenchida no seu limite, evidentemente, as vagas serão distribuídas dentro do critério geral.

Acho que a lei, assim, atendeu à política do ensino agrícola e veterinário, sem prejuízo de outros candidatos, que se inscrevem para um número certo de vagas, conforme a norma de todas as escolas, e dispõem ainda da expectativa de um número maior, se a preferência não for utilizada.

Este Tribunal, aliás, já examinou a matéria em outros recursos, e em todos manteve a plenitude da disposição legal. Servem de exemplo disso os Agravos em Mandados de Segurança nºs 67.386, 67.391 e 67.478.

Por essas razões, Srs. Ministros, o meu voto é com os Colegas que declararam a perfeita constitucionalidade da lei, ora sob consideração.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE: Sr. Presidente, o assunto é realmente apaixonante e lamento que o meu voto tenha que ser de improviso, uma vez que gostaria de tecer maiores considerações em torno dele, trazendo à colação muito do que já se escreveu sobre o princípio da isonomia.

Igualdade de todos perante a lei, é axioma da Constituição.

A regra traz à memória, de pronto, na famosa «Oração aos Moços» de Rui, que dá conceito ao princípio.

Não me aventuraria a recordar as palavras exatas usadas pelo grande baiano, mas, num pequeno esforço, poderia repeti-las em sua essência: «igualdade é tratar desigualmente criaturas desiguais, enquanto se desiguam».

É o caso dos autos.

Não posso comparar o homem do campo com o homem do litoral.

E, a propósito, me vem à idéia outro nome ilustre, Euclides da Cunha, quando, em trabalho esplêndido, destaca que até desigualdade física existe entre os dois tipos de homens.

Diz ele, ao que recordo, que o sertanejo é, antes de tudo, um forte; não tem o raquitismo exaustivo do mestiço neurastênico do litoral.

É a diferença que me vem à idéia.

Tenho que a regra da lei no sentido de que os agricultores ou filhos de agricultores residentes em zona rural têm garantido o direito de aí permanecer, mesmo quando queiram ser estudantes de profissão ligada à terra (veterinária ou agricultura) atende a um objetivo salutar e oportuno que visa a fixação do homem na terra, evitando o seu êxodo para os grandes centros.

Tratar desigualmente criaturas desiguais é garantir ao sertanejo que quer exercer profissão ligada ao meio em que vive, o seu preparo no seu próprio habitat.

Data venia dos votos contrários, sou pela constitucionalidade do texto impugnado.

EXTRATO DA ATA

MS 71.650 — MG — Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães. Recte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Agte.: Universidade Federal de Minas Gerais. Agdos.: João Carlos Trindade Mayrink e outros. Advs.: Drs. Márcio Ribeiro Vianna e Dilson Andrade de Aquino.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Amarílio Benjamin, Jarbas Nobre e Márcio Ribeiro, que também não reconheceram a inconstitucionalidade do art. 1º, e § 1º, da Lei nº 5.465, de 1968, essa inconstitucionalidade, em face do resultado da votação deixou de ser declarada, determinando-se a devolução do processo à Turma para apreciação das demais questões nele suscitadas. (Em 26-6-75 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MÁRCIO RIBEIRO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF
(Registro nº 3.396.525)

Relator: Sr. *Ministro Armando Rollemberg*

Relator p/o Acórdão: Sr. *Ministro Moacir Catunda*

Requerentes: *Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras*

Requerido: Exmo. Sr. *Ministro de Estado da Fazenda*

Advogados: Drs. *Marcos Jorge Caldas Pereira e outros*

EMENTA: Constitucional, Tributário e Processual.

1º) Mandado de Segurança — Lei em Tese. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 (FINSOCIAL) — Portaria Ministerial nº 119, de 22-6-82, que o regulamentou. Ato individualizador da norma. Autoridade coatora.

A Portaria Ministerial, ao estabelecer — sob pena de sanções e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido, «o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição».

2º) Tributo. Instituição por Decreto-lei. Constituição, art. 55, II.

Tranquilo, em jurisprudência, o entendimento de que, cumprido o requisito do art. 55, II, da Constituição Federal, o tributo pode ser criado ou majorado por Decreto-lei.

Antecedentes do STF e do TFR.

3º) Imposto. Contribuição. Distinção legal e doutrinária das duas figuras.

A exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º, e §§, formalmente denominada contribuição, em realidade não reúne os requisitos necessários para ser considerada como contribuição destinada ao custeio da intervenção do domínio econômico; ou o interesse de categorias profissionais, ou, ainda, com as que colimam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social — Constituição — arts. 21, §§ 2º, e 43, incisos I a X.

4º) Investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor a cujo custeio a

contribuição em causa se destina, pela natureza mesma deles, se situam, obviamente, no campo de atuação da União, seguindo-se porque devem ser atendidos com os recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

5º) Sob a qualificação de contribuição, surpreendem-se, no Fundo de Investimento Social — (FINSOCIAL), dois impostos genuínos, o primeiro nominado, mas que se compreende na competência residual da União. (Constituição — art. 18, §§ 5º, e 21, § 1º), e o segundo, que configura hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento não se permite no mesmo exercício em que tenha sido instituído. Constituição, art. 153, § 29.

Segurança deferida, em parte, em homenagem em princípio constitucional de anualidade dos tributos, para livrar os contribuintes impetrantes do recolhimento da exação no exercício de 1982.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conceder em parte o Mandado de Segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Mário Velloso, Bueno de Souza e Jarbas Nobre que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, vencidos, integralmente, os Srs. Ministros Washington Bolívar, Miguel Ferrante, Costa Lima e Leitão Krieger que indeferiam 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, 9 de junho de 1983.

O presente Acórdão deixa de ser assinado por motivo de licença do Sr. Ministro Presidente JARBAS NOBRE — MOACIR CATUNDA, Relator p/o Acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras, requereram Mandado de Segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição aludida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara portaria que tomara o número 119, estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição, nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como elas impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em Mandado de Segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como

ocorrera, por via de decreto-lei, porque não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Constituição, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão finanças públicas;

b) que, também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º, da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei;

c) que o Decreto-Lei nº 1.940, não estabelecera «os critérios e prazos para o recolhimento do tributo» o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações, o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio da anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução tornaria ineficaz o Mandado de Segurança se afinal deferido e solicitei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do Coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr. Ministro da Fazenda se circunscrevera a baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira contra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o Mandado de Segurança;

b) descabimento do pedido por ser a contribuição «receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal», e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, com o que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo art. 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões de parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No Sistema Constitucional e Legal brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do Finsocial;

a contribuição do Finsocial, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, inofismavelmente, uma contribuição social, na acepção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inserida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1982), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal brasileiro, não se submete ao chamado princípio da anterioridade, nem, tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas *ad argumentandum*, que a contribuição do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, um vez que por força da ressalva do inciso I, § 2º, artigo 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

ademais disso, os preceitos do art. 55, da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei, em face de seus pressupostos de urgência e relevante in-

teresse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário clássico, como também o princípio da anterioridade;

assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito, muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do mandado de segurança, à abstenção do respectivo recolhimento».

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo conhecimento do pedido por entender que, com a Portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara «um ato administrativo de natureza impositiva».

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do egrégio Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os Mandados de Segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações parafiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se o seu enquadramento como tributo.

A dirimência da **vexata questio**, há de ser encontrado com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do egrégio Tribunal Federal de Recursos e do colendo Supremo Tribunal, convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do **mandamus**, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e, conseqüentemente, denegar a ordem por faltar-lhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado».

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, ao instituir a contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, que criou na mesma oportunidade, dispôs que dita contribuição corresponderia a 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (art. 1º, par. 1º).

Acrescentou depois que para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição seria de 5% e incidiria sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse, (art. 1º, par. 2º).

A seguir, o diploma legal referido estabeleceu que a arrecadação da contribuição seria feita pelo Banco do Brasil S/A e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em Portaria do Sr. Ministro da Fazenda.

Atendendo a esta última previsão, o Sr. Ministro da Fazenda, em 22 de junho deste ano, baixou a Portaria nº 119, na qual fixou como prazo de recolhimento da contribuição o dia 20 de cada mês subsequente à incidência respectiva, o que se deveria considerar como base impositiva em cada um dos casos, bem como que, o não recolhimento no prazo, importaria em aplicação de correção monetária e pagamento de juros e multa de mora.

Ao final estatuiu:

«IX — Cabe:

a) ao Ministério da Fazenda dirimir as dúvidas pertinentes à execução do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;

b) ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal baixar instruções relativas ao recolhimento de contribuição social;

c) à Secretaria da Receita Federal, ouvido o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, e à Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, no caso das sociedades seguradoras, baixar as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

X — Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação».

Tal portaria, alegou-se na inicial, tornou concreta a incidência da contribuição social ao descrever o fato impositivo, com o que, as empresas que realizam vendas de mercadorias, o caso delas impetrantes, ficaram obrigadas ao recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta mensal, sob pena de sanções também previstas no diploma legal referido.

Contrapôs-se a tal assertiva, o parecer que acompanhou as informações do Sr. Ministro da Fazenda, opinando:

«Há, no caso vertente, Mandado de Segurança contra lei em tese, o que a jurisprudência não admite.

Com efeito, a autoridade impetrada não praticou e nem praticará nenhum ato exigindo das impetrantes o pagamento da contribuição do FINSOCIAL, até porque, sua competência se circunscreve ao poder regulamentar, não lhe cumprindo proceder a lançamento ou qualquer ato que lhe seja equiparado. Enfim, não lhe cumpre a prática de atos de imposição ou de exigibilidade.

A Portaria Ministerial é mero ato regulamentar; norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento daquela contribuição. É lei em sentido material, em que pese não o ser formalmente».

Essas afirmações, no curso das quais foi feita citação de voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso e comentário de Roberto Rosas à Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, impressionam à primeira vista, mas são afastadas por exame mais detido da questão, pois se a Portaria Ministerial estabeleceu o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma do cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cábivel, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição.

Essa conclusão não é afastada pelo fato de, ao final da Portaria do Sr. Ministro da Fazenda, prever-se que seriam baixadas instruções pelo Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Secretaria da Receita Federal e Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, sobre o recolhimento de contribuições, pois tais instruções não interfeririam com a obrigação já estabelecida, de forma concreta, na portaria, do recolhimento da contribuição criada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 até o dia 20 de cada mês.

Conheço, assim, do Mandado de Segurança.

VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO (Vencido)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, a primeira preliminar, suscitada pela autoridade informante, também fico em rejeitar, como implicitamente a rejeitou o Sr. Ministro Relator.

Ao que se vê da inicial, o pedido ataca ato preciso na sua individualização e na sua autoria — a Portaria nº 119, de 22-6-82, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. A ser esse ato passível, ou não, de impugnação por meio do «writ», isto constitui outra questão, alheia ao problema da legitimidade de partes.

A segunda preliminar, porém, se presta a maiores reflexões, no tocante à qualificação do discriminado ato, sobre operar como *lei em tese*.

Deveras, a partir das peculiaridades que possuem, as normas tributárias, ou as *parafiscais* suas similares, incidem conforme método todo seu. Convieram os tributaristas — na penosa pesquisa da epistemologia da ciência das finanças — que o derivado ramo do Direito Tributário (ou Fiscal, na preferência de outros) ganhara autonomia à luz de institutos próprios, definidos por terminologia específica.

No campo da sua estruturação, dentre os institutos fiscais adquiriu relevo o *lançamento*, como ação da autoridade para materializar o dúplice fenômeno do *fato gerador* e da *hipótese de incidência*: o primeiro destes, acontecido na forma natural das coisas; e o segundo, cogitado a tipo de incidência da norma jurídica previsoras. Daí, prestar-se o *lançamento* à individualização da relação jurídica tributária ou parafiscal, somente com a qual há falar-se na exigibilidade do encargo, consoante o dizer dos doutos.

A esse propósito, não conheço melhor didática do que a do Prof. Américo Lacombe, ao versar Kelsen e a individualização da norma, aplicando a teoria ao Direito Tributário, nestes termos:

«4.2. A norma individual é sempre constitutiva. No caso do lançamento tributário, ela não constitui a relação jurídica de débito e crédito (*debitum*, Schuld), pois esta se instaura pela incidência do conseqüente da norma geral, tão logo se verifica a ocorrência do fato hipoteticamente previsto no antecedente normativo. Ela constitui a relação jurídica de exigibilidade (*obligatio*, Haftung). Tanto isto é certo, que se o sujeito passivo efetuar o pagamento antes da emissão da norma individual tributária (lançamento), mas após o transcurso do prazo de decadência para a referida emissão por parte do sujeito ativo (Estado), terá direito à repetição, uma vez que inexistia a *obligatio*. Não teria, no entanto, o sujeito passivo direito a repetir, caso efetuasse o pagamento após o lançamento, ainda que o Estado tivesse deixado prescrever seu direito de ação. É que nesta última hipótese já estaríamos diante da *obligatio*, plenamente constituída». — Obrigação Tributária, pág. 77, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

Isto é, diga-se que

— «Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito» —,

segundo a preleção não menos clara, da lavra do Prof. Hugo Machado (in Curso de Direito Tributário, pág. 89 — Ed. Forense, 1981).

Percebe-se, assim, que antes de acionada a «norma individual», pelo lançamento, há simples abstração de incidência da «norma geral», insuficiente, contudo, para tornar exigível a obrigação.

Aplicada a lição ao caso dos autos, a meu modesto pensar, a incriminada portaria ministerial não contém nenhuma norma individualizada, senão que, a estilo *regulamentar* — tão propício e indispensável ao campo tributário ou parafiscal, na linha de decretos, portarias e circulares —, contém simples desdobramento da norma geral instituidora do encargo, sediada esta última no Decreto-Lei nº 1.940/82; e se mais contiver, certamente que o será em caráter geral.

De fato, ainda que bem pormenorizada no seu texto — a termo e modo da arrecadação daquela obrigação —, convenha-se que a indigitada portaria ateuve-se a comandos instrutivos genéricos, certos ou errados no seu conteúdo, mas, desenvoltos no plano

meramente normativo, cometimento que, aliás, validamente ou não, lhe foi expressamente reservado pela *lei instituidora* — Decreto-Lei nº 1.940, art. 2º.

Definida desse modo, com a devida vênia, não me parece que a qualificação da portaria se afete em face das obrigações formais conferidas aos contribuintes, nos moldes do chamado lançamento por homologação. Tal forma de proceder, ao que se sabe, em deixando ao nuto do contribuinte realizá-la, só por isso não implica exigibilidade do tributo; escusando-se o sujeito passivo ao autolancamento que a regra formal lhe atribua, ainda aí, não há falar-se em *individualização da norma*; para tanto, há que sobrevir a ação da Administração Fiscal, em procedendo lançamento de ofício, sucedâneo daquele a que se negou o devedor; assim terá de agir o fisco, ainda que seja ela simplificada forma lançadora prevista na analisada portaria. Lançamentos por homologação há, relativamente aos mais diversos gravames fiscais, sem que o método, em si mesmo, tenha força de exigibilidade da obrigação, antecipando-a à constituição do crédito.

Quem obriga a pagar, segundo a «relação débito-crédito», é a lei, no seu sentido lato, e não a autoridade; quem constitui a «relação jurídica da exigibilidade» é o lançamento — ato do contribuinte (na espécie homologação), sucedido na sua falta pelo imprescindível lançamento de ofício (aí sim, ato da autoridade).

De tudo isso, perdoem-me a delonga, concluo que a precitada portaria se oferece indene à qualificação de *norma individual*, ou individualizadora da *norma geral* cuja natureza ora se escogita ser tributária pura, ou simplesmente parafiscal.

Se assim é, a meu pensar, a impetração está a verberar *lei em tese*, à distância da exigência concreta de qualquer encargo monetário, a qual, na matéria de que se trata, jamais poderia estar na examinada portaria, cuja autoridade signatária, por sua vez, não detém atribuição para exigir objetivamente dos impetrantes a temida prestação fiscal. O seu receio, se justificável, certo o será em relação a futuros lançamentos compulsórios — procedidos pela singela forma disciplinada na indigitada portaria, mas, somente acionáveis a poder da execução deixada, exclusivamente, aos agentes fiscais ali relacionados; *singela forma*, porque constante dos simples *demonstrativos de débitos*; e *exclusivamente*, porque conferido, só e só aos *órgãos da Secretaria da Receita Federal*, o envio de tais *demonstrativos* para fins da dívida ativa (Portaria nº 119, item V).

Na esteira dessas considerações, em suma, tenho por incabível o pedido, tal a sua mácula de dirigir-se contra *lei em tese*.

Não conheço, pois, da impetração; pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Senhor Presidente, Senhores Ministros, em uma das sessões anteriores, após o brilhante voto dos eminentes Ministros Armando Rollemberg, Relator do Mandado de Segurança nº 97.775, conhecendo da impetração, no que foi acompanhado pelo não menos eminente Ministro Moacir Catunda, bem como do douto voto do eminente Ministro José Dantas, não conhecendo do Mandado de Segurança, pedi vista dos autos.

Estudei-os e hoje os trago, para prosseguimento do julgamento, valendo-me de algumas anotações.

Iniciarei o meu voto lendo o douto pronunciamento do Senhor Ministro Armando Rollemberg, Relator. Diz, pois, Sua Excelência, em voto preliminar:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, ao instituir a contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, que criou na mesma oportunidade, dispôs que dita contribuição corresponderia a 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (art. 1º, § 1º).

Acrescentou depois que para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição seria de 5% e incidiria sobre o valor do Imposto de Renda devido, ou como se devido fosse (art. 1.º § 2.º).

A seguir, o diploma legal referido estabeleceu que a arrecadação da contribuição seria feita pelo Banco do Brasil S/A e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em Portaria do Sr. Ministro da Fazenda.

Atendendo a esta última previsão, o Sr. Ministro da Fazenda, em 22 de junho deste ano, baixou a Portaria nº 119, na qual fixou como prazo de recolhimento da contribuição o dia 20 de cada mês subsequente à incidência respectiva, o que se deveria considerar como base impositível em cada um dos casos, bem como que, o não recolhimento no prazo, importaria em aplicação de correção monetária e pagamento de juros e multa de mora.

Ao final estatuiu:

«IX — cabe:

- a) ao Ministério da Fazenda dirimir as dúvidas pertinentes à execução do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;
- b) ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal baixar instruções relativas ao recolhimento de contribuição social;
- c) à Secretaria da Receita Federal, ouvido o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, e à Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, no caso das sociedades seguradoras, baixar as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria.

X — Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação.»

Tal portaria, alegou-se na inicial, tornou concreta a incidência da contribuição social ao descrever o fato impositível, com o que, as empresas que realizam vendas de mercadorias, o caso delas impetrantes, ficaram obrigadas ao recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta mensal, sob pena de sanções também previstas no diploma legal referido.

Contrapôs-se a tal assertiva, o parecer que acompanhou as informações do Sr. Ministro da Fazenda, opinando:

«Há, no caso vertente, Mandado de Segurança contra lei em tese, o que a jurisprudência não admite.

Com efeito, a autoridade impetrada não praticou e nem praticará nenhum ato exigindo das impetrantes o pagamento da contribuição do FINSOCIAL, até porque, sua competência se circunscreve ao poder regulamentar, não lhe cumprindo proceder a lançamento ou qualquer ato que lhe seja equiparado. Enfim, não lhe cumpre a prática de atos de imposição ou de exigibilidade.

A Portaria Ministerial é mero ato regulamentar; norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento daquela contribuição. É lei em sentido material, em que pese não o ser formalmente.»

Essas afirmações, no curso das quais foi feita citação de voto do Sr. Ministro Carlos Velloso e comentário de Roberto Rosas à Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, impressionam à primeira vista, mas são afastadas por exame mais detido da questão, pois se a Portaria Ministerial, estabeleceu o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer

autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição.

Essa conclusão não é afastada pelo fato de, ao final da Portaria do Sr. Ministro da Fazenda, prever-se que seriam baixadas instruções pelo Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Secretaria da Receita Federal e Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, sobre o recolhimento de contribuições, pois tais instruções não interfeririam com a obrigação já estabelecida, de forma concreta, na portaria, do recolhimento da contribuição criada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 até o dia 20 de cada mês.

Conheço, assim, do Mandado de Segurança».

Já o Sr. Ministro José Dantas, em voto-preliminar de conhecimento, diz:

«Senhor Presidente, a primeira preliminar, suscitada pela autoridade informante, também fico em rejeitar, como implicitamente a rejeitou o Sr. Ministro Relator.

Ao que se vê da inicial, o pedido ataca ato preciso da sua individualização e na sua autoria — a Portaria nº 119, de 22-6-82, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. A ser esse ato passível, ou não, de impugnação por meio do «writ», isto constitui outra questão, alheia ao problema da legitimidade de partes.

A segunda preliminar, porém, se presta a maiores reflexões, no tocante à qualificação do discriminado ato, sobre operar como *lei em tese*.

Deveras, a partir das peculiaridades que possuem, as normas tributárias, ou as *parafiscais* suas similares, incidem conforme método todo seu. Convieram os tributaristas — na penosa pesquisa da epistemologia da ciência das finanças — que o derivado ramo do Direito Tributário (ou Fiscal, na preferência de outros), ganhara autonomia à luz de institutos próprios, definidos por terminologia específica.

No campo da sua estruturação, dentre os institutos fiscais, adquiriu relevo o *lançamento*, como ação da autoridade para materializar o dúplice fenômeno do *fato gerador* e da *hipótese de incidência*, o primeiro destes, acontecido na forma natural das coisas; e o segundo, cogitado a tipo de incidência da norma jurídica previsora. Daí, prestar-se o *lançamento* à individualização da relação jurídica tributária ou parafiscal, somente com a qual há falar-se na exigibilidade do encargo, consoante o dizer dos doutos.

A esse propósito, não conheço melhor didática do que a do Prof. Américo Lacomb, ao versar Kelsen e a individualização da norma, aplicando a teoria ao Direito Tributário, nestes termos:

«4.2. a norma individual é sempre constitutiva. No caso do lançamento tributário, ela não constitui a relação jurídica de débito e crédito (*debitum*, *Shuld*), pois esta se instaura pela incidência do conseqüente da norma geral, tão logo se verifica a ocorrência do fato hipoteticamente previsto no antecedente normativo. Ela constitui a relação jurídica de exigibilidade (*obligatio*, *Haftung*). Tanto isto é certo, que se o sujeito passivo efetuar o pagamento antes da emissão da norma individual tributária (lançamento), mas após o transcurso do prazo de decadência para a referida emissão por parte do sujeito ativo (Estado), terá direito à repetição, uma vez que inexistia a *obligatio*. Não teria, no entanto, o sujeito passivo direito a repetir, caso efetuasse o pagamento após o lançamento, ainda que o Estado tivesse deixado prescrever seu direito de ação. É que nesta última hipótese já estaríamos diante da *obligatio*, plenamente constituída.» — Obrigação Tributária, pág. 77, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

Isto é, diga-se que

— «Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito» — »,

segundo a preleção não menos clara, da lavra do Prof. Hugo Machado (in Curso de Direito Tributário, pág. 89 — Ed. Forense, 1981).

Percebe-se, assim, que antes de acionada a «norma individual», pelo lançamento, há simples abstração de incidência da «norma geral», insuficiente, contudo, para tornar exigível a obrigação.

Aplicada a lição ao caso dos autos, ao meu modesto pensar, a incriminação da Portaria Ministerial não contém nenhuma norma individualizada, senão que, a estilo *regulamentar* — tão propício e indispensável ao campo tributário ou parafiscal, na linha de decretos, portarias e circulares, contém simples desdobramento da norma geral instituidora do encargo, sediada esta última no Decreto-Lei nº 1.940/82; e se mais contiver, certamente que o será em caráter geral.

De fato, ainda que bem pormenorizada no seu texto — a termo e modo da arrecadação daquela obrigação —, convenha-se que a indigitada portaria ateu-se a comandos instrutivos genéricos, certos ou errados no seu conteúdo, mas desenvolto no plano meramente normativo, cometimento que, aliás, validamente ou não, lhe foi expressamente reservado pela *lei instituidora* — Decreto-Lei, nº 1.940, art. 2º

Definida desse modo, com a devida vênia, não me parece que a qualificação da portaria se afete em face das obrigações formais conferidas aos contribuintes, nos moldes do chamado lançamento por homologação. Tal forma de proceder, ao que se sabe, em deixando ao nuto do contribuinte realizá-la, só por isso não implica exigibilidade do tributo; escusando-se o sujeito passivo ao autolancamento que a regra formal lhe atribua, ainda aí, não há falar-se em *individualização da norma*; para tanto, há que sobrevir a ação da Administração Fiscal, em procedendo lançamento de ofício, sucedâneo daquele a que se negou o devedor, assim terá de agir o fisco, ainda que seja pela simplificada forma lançadora prevista na analisada portaria. Lançamentos por homologação há, relativamente aos mais diversos gravames fiscais, sem que o método, em si mesmo, tenha força de exigibilidade da obrigação, antecipando-a à constituição do crédito.

Quem obriga a pagar, segundo a «relação débito-crédito», é a lei, no seu sentido lato, e não a autoridade; que constitui a «relação jurídica da exigibilidade», é o lançamento — ato do contribuinte (na espécie homologação), sucedido na sua falta pelo imprescindível lançamento de ofício (aí sim, ato da autoridade).

De tudo isso, perdoem-me a delonga, concluo que a precitada portaria se oferece indene à qualificação de *norma individual*, ou individualizadora da *norma geral*, cuja natureza ora se escogita ser tributária pura, ou simplesmente parafiscal.

Se assim é, a meu pensar, a impetração está a verberar *lei em tese*, à distância da exigência concreta de qualquer encargo monetário, a qual, na matéria de que se trata, jamais poderia estar na examinada portaria, cuja autoridade signatária, por sua vez, não detém atribuição para exigir objetivamente dos impetrante a temida prestação fiscal. O seu receio, se justificável, certo o será em relação a futuros lançamentos compulsórios — procedidos pela *single* forma disciplinada na indigitada portaria, mas, somente acionáveis a poder da execução deixada, exclusivamente, aos agentes fiscais ali relacionados; *singela forma*, porque constante dos simples demonstrativos de *débitos*; e exclusivamente, porque conferido, só e só aos *órgãos da Secretaria da Receita*

Federal, o envio de tais demonstrativos para fins da dívida ativa (Portaria nº 119, item V).

Na esteira dessas considerações, em suma, tenho por incabível o pedido, tal a sua mácula de dirigir-se contra *lei em tese*.

Não conheço, pois, da impetração; pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito».

Senhor Presidente, lidos os brilhantes votos, passo a proferir o meu:

Preliminarmente, farei algumas digressões.

A Constituição Federal, em seu artigo 46, «Do Processo Legislativo», diz:

«Art. 46. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I — emendas à Constituição;

II — leis complementares à Constituição;

III — leis ordinárias;

IV — leis delegadas;

V — decretos-leis;

VI — decretos legislativos; e

VII — resoluções».

Cumpra frisar que o legislador, ao elaborar o referido artigo, não teve a preocupação de obedecer a uma hierarquia decrescente das leis ou das normas jurídicas. Mas, apenas, cuidou de enumerar aquelas leis que podem ser objeto da elaboração legislativa, sem preocupação de seguir a sua hierarquia em ordem decrescente.

Sabe-se que as emendas à Constituição são elaboradas e promulgadas pelo Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado ou de segundo grau. A emenda não possui força normativa inferior à Constituição, pois, uma vez promulgada, ela se situa no mesmo plano desta.

As leis complementares, como se sabe, são elaboradas pelo Poder Legislativo e com exigência de um **quorum** qualificado. Só são consideradas aprovadas quando obtiverem a manifestação favorável da maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional.

O Código Tributário Nacional tem a categoria de lei complementar. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Não pode, assim, uma lei ordinária alterar a lei complementar. Abaixo vêm as leis ordinárias, que se subdividem em leis ordinárias propriamente ditas, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos.

Aqui não há hierarquia, mas uma mera enumeração, porque as leis ordinárias propriamente ditas, os decretos-leis, as leis delegadas e os decretos legislativos, todos, têm a mesma força normativa. Isto significa que uma lei ordinária pode derogar ou revogar um decreto-lei e vice-versa. Apenas há diferença quanto ao processo de elaboração dessas leis. O decreto-lei, como se sabe, tem essa designação híbrida, de decreto, porque é expedido pelo Presidente da República, e de lei, porque tem a mesma força normativa da lei. Não foi uma criação do Direito Positivo Brasileiro. Alguns países já vinham adotando decretos-leis, como a Itália, França e outros. Foi muito usado durante o Estado Novo, quando o Presidente da República enfeixava em suas mãos o Poder Executivo e o Poder Legislativo: legislava mediante decretos-leis.

A Constituição, no seu art. 55, diz quais as matérias que podem ser objeto de decreto-lei.

O Presidente da República, pois, pode expedir decreto-lei em caso de interesse público relevante, de urgência, em matéria de segurança nacional, finanças públicas, inclusive tributárias. Expede o decreto, que entra em vigor imediatamente, e o submete à homologação do Congresso Nacional, que tem um prazo para manifestar-se; não se

manifestando no prazo de 60 (sessenta) dias, será considerado aprovado. O Poder Legislativo só pode homologar ou rejeitar no todo; não pode modificar o decreto-lei.

Esta faculdade que se dá ao Presidente da República responde a uma das contingências, a uma das necessidades do Estado contemporâneo, do Estado positivo, do Estado diferente daquele que vigorou no Brasil, do Estado liberal, do Estado gendarme, que se limitava ao exercício de algumas atividades fundamentais, deixando tudo o mais a cargo da iniciativa privada. Hoje vigora o Estado positivo, o Estado intervencionista, o Estado que cuida da saúde, da educação, dos transportes, da assistência social, etc. O Presidente, sobretudo onde vigora o Presidencialismo, tem que estar armado de meios para poder acorrer prontamente a estas exigências do Estado contemporâneo, que, hoje, ao lado dos direitos individuais, assegura os direitos sociais e econômicos, que não eram reconhecidos nas Constituições, sobretudo antes da Primeira Grande Guerra Mundial. Após a Primeira Grande Guerra Mundial houve uma reformulação na declaração dos direitos, pois, ao lado dos direitos individuais, muitos deles supra-estatais, porque anteriores à organização do Estado, este passou a assegurar os direitos sociais e econômicos.

Assim, o decreto-lei responde a esta exigência do Estado contemporâneo.

Os decretos legislativos são expedidos pelo Congresso Nacional, no exercício da sua competência exclusiva, estão ao lado das leis ordinárias propriamente ditas. Apenas prescinde-se da colaboração do Presidente da República na elaboração deste tipo de lei. É através do decreto legislativo que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência exclusiva, aprova um tratado ou um ato internacional celebrado pelo Presidente da República. Aprovado o tratado, este incorpora-se à legislação interna, tem a mesma força de lei ordinária. No artigo citado não se fala em portarias, não se fala em decretos executivos. É que nem todas as normas jurídicas estão contempladas neste capítulo do Poder Legislativo; não são elaboradas pelo Poder Legislativo.

Sabe-se, que, modernamente, nenhum dos Poderes do Estado pratica tão-somente as suas atribuições específicas.

No século XVII, cabia ao Legislativo tão-somente elaborar as leis; ao Executivo, tão-somente executá-las, ao Judiciário, tão-somente aplicá-las aos casos concretos.

Hoje existe uma verdadeira colaboração entre os Poderes do Estado, há uma interpenetração dos Poderes.

Destarte, cabe ao Legislativo a função precípua, mas não exclusiva, de elaborar as leis — as normas gerais abstratas; cabe ao Poder Executivo a função precípua, mas não exclusiva de executar ou aplicar as leis; cabe ao Judiciário a função precípua, mas não exclusiva, de aplicar as leis, contenciosamente, aos casos concretos ou particulares. O Congresso Nacional, por exemplo, quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade — o processo se inicia na Câmara e é julgado pelo Senado sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal — está praticando um ato que não seria típico do Poder Legislativo. Este é um ato que seria típico do Poder Judiciário.

Cabe aos Tribunais elaborar seus Regimentos Internos, que são leis no sentido material. Esta, todavia, não seria atribuição típica do Poder Judiciário.

Cabe ao Presidente da República comutar penas e conceder indultos (art. 81, XXII), atribuição que não seria típica do Executivo, mas do Judiciário.

Há certas normas jurídicas ou leis que, realmente, não figuram na enumeração constante do art. 46, da Constituição Federal, mas estão previstas em outros artigos, como, por exemplo, no art. 81, III, que diz que cabe ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis; cabe aos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 85, II). O Ministro de Estado tem esta faculdade constitucional de expedir portarias e instruções, para o fiel cumprimento das leis. Ora, o decreto-lei em causa, ao deferir ao atual Minis-

tro da Fazenda atribuição de disciplinar a arrecadação da contribuição social, não incidiu em inconstitucionalidade. As leis são normas jurídicas. Sabe-se a diferença que existe entre as normas jurídicas, normas religiosas e normas morais. As normas jurídicas, com efeito, apresentam as características fundamentais de coercibilidade, heteronomia, bilateralidade e generalidade. Enquanto as normas morais e religiosas podem conter algumas dessas características, mas não todas ao mesmo tempo. E, dentre essas características, das normas jurídicas, há uma que ganha mais relevo — a generalidade. As normas jurídicas, assim, não dispõem **in concreto**, **in casu** mas em tese, genericamente. O ato que dispõe, **in casu**, **in concreto**, não é norma jurídica, mas um ato administrativo. Uma portaria pode constituir-se em norma jurídica quando disciplina, como no caso, a aplicação de uma lei ordinária ou de um decreto-lei. No momento, porém, em que se acomoda a norma abstrata da portaria ao caso concreto, o ato resultante se torna simplesmente ato administrativo.

O nosso Código Tributário Nacional prevê a hipótese de atos normativos, expedidos pelas autoridades administrativas, quando, em seu art. 100, dispõe:

«São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I — Os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II — As decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III — As práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV — Os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo».

Ademais, no seu artigo 96, preceitua:

«A expressão «legislação tributária» compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes».

Ora, a Constituição Federal, no seu art. 85, II, preceitua:

«Compete ao Ministro de Estado, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem:

.....

II — Expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos».

Como se vê, é a Constituição que dá essa atribuição ao Ministro de Estado.

Atos normativos são os decretos, os regulamentos, as portarias, as instruções, nos quais se dispõe, de um modo geral, para regular atos individuais permitidos ou admitidos por lei. Aliás, ensina o Professor Oliveira Filho, em seu tratado «Quer connecer a Constituição?», pág. 319: «A palavra *lei* compreende todo ato normativo do poder público, seja lei, seja decreto-lei, decreto legislativo, decreto regulamentar, regimento interno, portaria, parecer normativo». (Professor João de Oliveira Filho, a obra citada, pág. 319).

Além disso, a Súmula nº 266, do egrégio Supremo Tribunal Federal, enuncia:

«Não se admitirá Mandado de Segurança contra lei em tese». A expressão «lei em tese» é genérica, compreendendo toda a lei, no sentido amplo. Se não se admite Mandado de Segurança contra lei em tese, não significa isso que não se possa pleitear a de-

claração da inconstitucionalidade de uma lei, por outro meio. Nós sabemos que há dois sistemas para o controle da constitucionalidade das leis: por via de exceção ou controle indireto e por via de ação ou controle direto. Nós nos filiamos ao sistema americano. O controle é por via de exceção.

E o controle via de ação é exercido mediante representação do Procurador-Geral da República ao egrégio STF.

Os impetrantes, como se viu, argüem a inconstitucionalidade do decreto-lei expedido pelo Presidente da República. Mas este Tribunal não teria competência para decidir sobre este pedido. A competência seria do Supremo, mediante representação formulada pelo Sr. Procurador-Geral da República. A portaria a que me refiro não diz que esta empresa deve, dentro de tal prazo, pagar o tributo. Com a vênia devida ao eminente Ministro Armando Rollemberg, cujos votos sempre nos encantam neste Tribunal, penso que o eminente Ministro José Dantas feriu, com rara felicidade, a questão. Trata-se realmente de lei em tese. Não há norma individualizadora. Não há qualquer determinação para esta ou aquela empresa recolher tributos dentro de determinado prazo. Não há o lançamento. Depois de fato gerador é que vem aquele procedimento — lançamento *ex officio* ou lançamento por declaração do próprio contribuinte. O fato gerador é aquele acontecimento — isso é uma definição minha — em virtude do qual nasce para o fisco o direito de cobrar o tributo e, para o contribuinte, o dever de pagar. Mas, depois, ainda há outras fases; há a complementação do ato. Há o lançamento; abre-se oportunidade de defesa ao contribuinte. E, se a empresa não pagar, dentro do exercício, virá a execução. Nesta ocasião é que ela poderá argüir a inconstitucionalidade de uma lei, como preliminar.

No caso, trata-se de uma lei em tese, de norma jurídica, dispondo genericamente, não de ato *in concreto*. Assim, *data venia* dos eminentes Ministros Armando Rollemberg e Moacir Catunda, acompanho o voto do eminente Ministro José Dantas, não conhecendo da impetração, porque realmente a portaria dispõe em tese: é norma jurídica, não é ato administrativo, não é norma individualizadora.

É este, pois, o meu voto, aliás composto de improviso, com o auxílio de algumas notas e da Constituição Federal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que instituiu a contribuição social, estabeleceu em seu art. 2º que a arrecadação desta será feita na forma disciplinada em Portaria do Ministro da Fazenda.

O Ministro de Estado baixou a Portaria nº 119, de 22 de junho de 1982, cujo item I dispõe sobre:

- a) base do cálculo;
- b) o prazo para o recolhimento;
- c) início de incidência da contribuição;
- d) definição da receita bruta.

No item II dispõe sobre a base de incidência da contribuição devida pelas empresas que realizam exclusivamente venda de serviços. Nos itens III e IV, trata das instituições financeiras autorizadas a arrecadar a contribuição.

O item V estabelece o procedimento a ser adotado em caso de mora no recolhimento da contribuição.

O item VI define as pessoas jurídicas contribuintes e os itens VII e VIII tratam das isenções.

Contra essa portaria é impetrado o presente Mandado de Segurança, inquinando-a de inconstitucional porque, sem estar incluída na hierarquia das leis, atua como instru-

mento reservado ao decreto regulamentar, e atinge a esfera individual dos contribuintes, pelo seu poder de coerção.

O impetrante admite, portanto, que se trata de um ato normativo. E o mesmo é assim definido na parte final do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.940.

A instituição de tributos ou contribuições por meio de decretos-leis tem criado essa perplexidade: como tais diplomas são expedidos pelo Chefe do Poder Executivo, que é também titular do poder regulamentar, a aplicação de suas normas fica a cargo do poder regulamentar secundário, por meio de portarias, instruções normativas, resoluções e até circulares. Estreita-se a via legislativa e reduz-se o poder regulamentador à órbita das instruções, de que trata o art. 85, II, da Constituição, que não é regra nova, pois que adotada desde a Constituição de 1934; compete aos Ministros expedir instruções para a execução das leis e regulamentos.

A Portaria nº 119 contém, portanto, normas complementares de direito tributário, de acordo com o art. 100 do Código Tributário Nacional e ao nível do art. 85, II, da Constituição.

Dos atos normativos, dizia Tito Rezende, na discussão do Projeto Rubens de Sousa, que não obrigam os particulares, mas unicamente os funcionários subordinados às autoridades que as expediram; entretanto, definindo o ponto de vista da administração pública, ajudam a entender o sentido e o alcance da lei. Prevaleceu a corrente contrária e eles permaneceram como normas complementares, no Código Tributário Nacional, com eficácia de atos-regra. Sobre esses atos diz Baleeiro que se revestem de caráter normativo na medida em que se conformam com as leis e regulamentos (Direito Tributário Brasileiro, pág. 416). É que, embora tenham o caráter de generalidade, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica, restringindo-se a interpretá-la com finalidade executiva (cfr. Seabra Fagundes, O Controle dos Atos, 5ª edição, pág. 21).

Exatamente o que ocorre na portaria ora impugnada.

Dessa caracterização dos atos normativos, conclui-se, com Celso Agrícola Barbi, que o que pode constituir violação de direito não é a portaria que disciplinou a arrecadação da contribuição social, mas o ato concreto da sua aplicação. A autoridade coatora será a que a aplicar.

Por esses motivos, *data venia* do Ministro Relator, não conheço da impetração, acompanhando o Ministro José Dantas.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Embora ainda incompleta, porque dependerá do *modus operandi* a ser fixado pelo Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Secretaria da Receita Federal, Banco Central do Brasil e Superintendência de Seguros Privados, a Portaria nº 119/82 (IX, alíneas *a*, *b* e *c*), está, inegavelmente, executando hipóteses de incidência da chamada Contribuição Social, destinada à formação do Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e prevista no Decreto-Lei nº 1940, de 25-5-1982.

De fato, enquanto o Decreto-Lei atua como regra jurídica em abstrato, a Portaria o concretiza através da descrição do fato imponível, surgindo com ela a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição, desde logo devida pelas pessoas jurídicas indicadas, com data certa, a partir do mês de julho para o exercício do corrente ano de 1982, sendo a contribuição exigível, a exemplo do que ocorre com as empresas que realizam, exclusivamente, a venda de serviços, sobre a metade do Imposto de Renda declarado, e processando-se o seu recolhimento em seis parcelas mensais, iguais e sucessivas, a partir do mês de julho deste ano.

Atuará o contribuinte, conforme o caso, na qualidade de responsável direto ou mesmo substituto. O valor das parcelas não recolhidas nessa primeira etapa e nas épocas próprias, dará lugar à incidência dos mesmos ônus pertinentes à mora tributária, com a consequente apuração e inscrição dos débitos como Dívida Ativa da União Federal (Portaria, V).

As impetrantes, empresas produtoras e comerciantes, consideram-se enquadradas como contribuintes para os efeitos da Portaria. E se acham, por isso mesmo, ameaçadas pela compulsoriedade dos recolhimentos, a partir daquele prazo, sob pena das sanções a que estarão sujeitas e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido.

Assim, o justo receio, em face da irreparabilidade dos prejuízos, levou-as à impetração desta segurança constitucional, preventivamente e com a finalidade de forrarem-se do recolhimento da contribuição, a qual reputam um imposto disfarçado e por isso mesmo inconstitucional.

Acho que a impetração fulcra-se, corretamente, no art. 1º, da Lei nº 1.533/51, pois é viável o seu ajuizamento sempre que alguém alegue estar sofrendo, ou tenha justo receio de sofrer, qualquer tipo de lesão a direito seu reputado líquido e certo, em virtude de ato ilegal ou praticado com abuso de poder.

Tenho para mim, pois, que a Portaria nº 119/82, é auto-exequível e independe de atos executórios ulteriores, de tal sorte que os seus efeitos já se fizeram sentir sobre a vida negocial de que os autos dão conta. Acho viável, em princípio, a impetração do «writ» contra essa *norma*, se ela, à semelhança mesmo da lei formal, possa violar, de plano, direito individual.

Filho-me à corrente doutrinária dos que não admitem sejam deixadas à margem do controle judicial certas práticas reputadas ilegais, quaisquer que sejam as suas roupagens. Fujo ao absolutismo da orientação negativista, procurando mitigar a rigidez do sistema, para adequá-lo, aliás em boa companhia doutrinária, às necessidades da prática, evitando permaneçam ao desamparo judicial direitos garantidos pela Constituição.

A incolumidade do sistema permanece, todavia, quando se trate da regra jurídica em abstrato, porque não pode ser havida como ato impugnado, para uso de ação-autônoma. Mas se há ofensa, sim. E se não se dá Mandado de Segurança para decretar a nulidade de lei, ou decreto, ou outra norma jurídica, a medida é válida, contudo, para evitar os seus efeitos em face daquele que postula.

Esse seria o meio de conciliação entre o princípio tradicional e a garantia do art. 153, § 4º, da Constituição Federal. A sentença judicial não poderá ter nunca o alcance de *anular ou aniquilar* a lei, como não o poderia ter em relação a qualquer lei. Seu efeito seria apenas o de *subtrair* o autor da demanda aos *efeitos* da lei inconstitucional. A lei continuaria válida em relação a outros direitos do demandante, que não tivessem sido deduzidos na ação. E igualmente continuaria válida quanto a outras pessoas que não fossem partes na demanda, porque a sentença não tem poder de fazê-la desaparecer e sim somente de lhe negar aplicação (Cf. Celso A. Barbi, do Mandado de Segurança, 1960, págs. 86/87, nº 120).

É certo que na hipótese dos autos não se cogita de Lei, mas não há dúvida que a questão envolve também *norma* abaixo da lei, que emane do Poder Público e tenha eficácia *erga omnes*. Essa *norma*, a Portaria nº 119/82, poderia permanecer inerte (mas viva) e nada se teria judicialmente contra ela, porque a pretensão dos impetrantes somente surgiria quando ocorresse a lesão.

É como ensina Pontes de Miranda: «a pretensão, tratando-se de atos contrários a direito, *lesivos*, não exsurge quando o ato, que viola a lei (Constituição, lei ordinária, ou outra regra jurídica, a que tivesse de obedecer), é praticado, *mas somente quando invade a esfera jurídica de alguém (Omissis)*» (Cf. Comentários, Tomo V, pág. 355).

Conheço do Mandado de Segurança.

É como voto.

VOTO (PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, a Portaria nº 119, de 22-6-82, individualiza o ato normativo consubstanciado no Decreto-Lei nº 1.940, de 1982. Por exemplo, no item II, letra *d*, a Portaria nº 119 estabelece, expressamente: (lê).

Estabelece a citada Portaria, pois, as datas limites dentro das quais o pagamento deverá efetuar-se; e prescreve, mais, no item V (lê). A mencionada Portaria fixou a data até quando o pagamento deveria ser feito e fixou penalidade, se tal pagamento não ocorresse.

Temos, no caso do FINSOCIAL, a hipótese de lançamento por homologação, vale dizer, na forma do Código Tributário Nacional, artigo 150, lançamento que exige o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade, motivo por que é ele denominado, impropriamente, de autolancamento. No caso, pois, o contribuinte deverá antecipar o pagamento do tributo, porque a Portaria já estabeleceu as datas dentro das quais esse pagamento deverá ocorrer. Se não o fizer, incorrerá em penalidade.

Pelo menos, na pior das hipóteses, estará o contribuinte acobertado pela norma inscrita no art. 1º, da Lei nº 1.533/51, que autoriza a impetração da segurança preventiva diante de uma ameaça real e atual a direito. No caso, essa ameaça real e atual a direito está contida na Portaria que fixou a data até quando o pagamento do tributo deverá efetivar-se, sujeito o contribuinte, se não efetivar o pagamento, às penalidades estabelecidas na Portaria.

Diante dessas considerações, tenho que a Portaria nº 119, do Ministro de Estado, é ato individualizador do Decreto-Lei nº 1.940/82.

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O fato de a Portaria referir-se à data de recolhimento de maneira genérica pode constar até de lei.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Sr. Ministro Torreão Braz, o argumento de V. Exa. **data venia**, não me impressiona. Uma lei que contivesse as características dessa Portaria seria lei puramente formal, materialmente ato administrativo.

V. Exa. sabe que cabe Mandado de Segurança contra lei em sentido formal, mas materialmente ato administrativo.

V. Exa. há que atentar que se tem aqui um lançamento por homologação, sendo que o pagamento se faz sem a interferência do fisco. Fixada a data, fixada a penalidade, se o contribuinte não age de acordo com este ato, que é administrativo, sob o ponto de vista material, ele está sujeito às penalidades. Então, cabe, pelo menos, na pior das hipóteses, o Mandado de Segurança preventivo, por isso que a ameaça existe, ameaça atual.

Com estas breves considerações e com a devida vênia, acompanho o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg. Conheço do mandado.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO WILSON GONÇALVES: Sr. Presidente, não estive presente no início do julgamento, mas, posteriormente, tomei conhecimento dos dois votos que são pólos da divergência: o do eminente Ministro Armando Rollemberg e o do eminente Ministro José Dantas.

Examinei a Portaria nº 119 e me inclino pela interpretação dada pelo eminente Ministro José Dantas. Conseqüentemente, não conheço da impetração.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sr. Presidente, tenho para mim que a própria preliminar de não conhecer não é rigorosamente cabível. Contudo, não me furto de ponderar que, como juízes, não parece razoável ignorarmos o que está na imprensa diária, isto é, que o FINSOCIAL já vem sendo recolhido e que até mesmo já se cuida da concreta destinação dos recursos por seu intermédio obtidos.

Por outro lado, examinando a portaria ministerial, colhe-se não somente, como salientou o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, que ali se estabelece o termo inicial do débito por contribuições; como, também, que, necessários embora alguns esclarecimentos complementares do Banco do Brasil no que diz respeito ao recolhimento das contribuições pelas pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas relativas ao imposto de renda, de qualquer modo, não nos é dado mais ignorar que essas empresas vêm recolhendo essas contribuições, por onde se impõe presumir que a portaria criou as condições suficientes para que os recolhimentos se efetuassem. Principalmente, cumpre ponderar que a interpretação deste ato deve pairar em nível compatível com a boa fé e com a normal seqüência dos atos administrativos, públicos ou privados.

Enfim, não me parece que os juízes e tribunais devam argumentar, na interpretação da lei, com pequeninas espertezas de contribuintes; mas, ao contrário, que devamos considerar o contribuinte com a dignidade com que ele espera ser tratado, até prova de malícia sua.

Ora, não vejo como presumir razoavelmente que os contribuintes estejam a valer-se de subterfúgios para se expor a sanções, como esclareceu o Senhor Ministro Velloso. Ao contrário, devemos ter em vista o livre jogo das forças que atuam no mercado, presidido pela boa-fé e pelas boas normas de administração, que procuram eximir as empresas às qualificações de morosas, de inadimplentes e, ainda mais, às perigosas e traumatizantes sanções, num sistema monetário como o nosso, agredido pela inflação.

Sabido como é, publicamente, que as empresas estão recolhendo: que o governo já dá providências para a concreta destinação do produto do recolhimento dessas contribuições, venço-me de que, admitida que seja a preliminar, deva ser, então, rejeitada.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: **Data venia** inclino-me pela tese sustentada pelo Ministro Armando Rollemberg de um lado, porque **in casu** se cuida de hipótese em que toca ao sujeito passivo da relação jurídica respectiva o dever de antecipar o recolhimento correspondente, independentemente do exame prévio da autoridade administrativa, descabendo, assim, exigir-se procedimento administrativo posterior, de coação concreta, de outro, porque não colhe o argumento de que a impetração se volte contra norma em tese, visto como a Portaria Ministerial 119/82 ao baixar Instruções para execução do Decreto-Lei nº 1.940/82, sob invocação do art. 85, II da Constituição Federal, se mostra idônea a produzir efeitos jurídicos individuais, a desencadear a coação de que se queixa a impetrante, independentemente de ato de execução ulterior; frise-se que a Norma de Serviço da CEF 570/82 (DO 24-8-82), se limitou a expedir formulários para recolhimento e regular sistema de contas internas.

Nesse contexto, entendo que a portaria em tela aparelhou o decreto-lei pertinente pré-ordenando-o a uma operatividade imediata, comunicando-lhe eficácia, para aplicação concreta a situações individuais, tendente ao dever do sujeito passivo da relação de direito substantivo de antecipar o recolhimento respectivo, e, dessarte, legítima a autoridade que a editou como sujeito passivo, para fins de Mandado de Segurança.

Lembro que o alto Pretório, já teve oportunidade de apreciar caso de Mandado de Segurança contra ato normativo que encerra, em si mesmo, medida coercitiva direta,

portador da aplicação imediata, admitindo a propriedade da via eleita, como se vê inter plures do Acórdão tomado no RE nº 81.847, da sua egrégia Segunda Turma, de que foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu, ementado nesses termos (RTJ 90/90):

«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, prôduzir efeito lesivo ao direito do impetrante. Inaplicabilidade da Súmula nº 266

Recurso extraordinário não conhecido».

Ainda, do Pleno, destaco da ementa constante do MS 18.428 (RTJ 54/71):

«.....

2. Embora não caiba o remédio heróico contra a lei em tese, tem o Supremo Tribunal Federal entendido ser o mesmo admissível, quando o ato, por si só, pode produzir ato lesivo ao direito».

Por tais fundamentos, **concessa venia** dou o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda como legitimado passivo **ad causam**, para responder no presente pedido de segurança.

Acompanho, no particular, o voto do Ministro Relator Armamdo Rollemberg.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Enquanto Mandado de Segurança preventivo, estariam presentes os seus pressupostos se perseguisse, tão-somente, ilidir a cobrança da contribuição de que cuida o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982.

Deveras resulta clara a ameaça a direito, quer em face da edição do referido diploma legal, quer em consequência da expedição da Portaria Ministerial nº 119, do corrente ano, que a instrumentaliza. Induvidosamente, a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição, sob pena de sanções, já bastaria, em princípio, para autorizar o remédio heróico, nos termos da franquia constitucional.

Todavia, tal como vem posta, não me parece possa prosperar a impetração.

É que não se destina a resguardar direito individual, próprio da impetrante, mas se dirige, única e exclusivamente, contra a mencionada Portaria Ministerial nº 119, em ordem a desconstituí-la, sob alegação de eiva de inconstitucionalidade. Com esse propósito, tenho que carece de legitimidade. É verdade que o ato impugnado pode ser de qualquer autoridade na hierarquia administrativa, tanto da superior que o delibere e manda executar, como da inferior que o executa, mas é inquestionável que, em qualquer caso, esse ato deve violar, ou ameaçar violar, diretamente, direito próprio do impetrante. E isso não ocorre na espécie. A malsinada Portaria Ministerial, expedida com suporte no permissivo do art. 85, item II, da Lei Maior, reveste forma de lei, na medida em que dita normas para a execução do Decreto-Lei nº 1940. Com efeito, não visando o seu texto, inquinado de inconstitucionalidade, diretamente, o impetrante, ressaí o seu conteúdo de abstração e generalidade.

Destarte, de sua natureza de lei no sentido formal, emerge a impossibilidade de ser anulada por via mandamental. Se extravasa os parâmetros constitucionais, se a autoridade ao expedí-la foi além dos limites de sua competência, é questão que não serve, no âmbito do **mandamus**, para invalidá-la.

Poder-se-ia, circunstancialmente, recusar aplicação ao ato que padece de eiva de inconstitucionalidade, mas nunca decretar sua nulidade, ao seu exame em abstrato, porquanto estar-se-ia, consoante a melhor orientação jurisprudencial, a atentar contra o princípio da interdependência dos poderes constitucionais.

Registre-se mais que o Mandado de Segurança, como sabido, não é remédio de natureza declaratória e sua admissibilidade se condiciona à existência de um direito, tido

como líquido e certo, diretamente violado ou ameaçado de ser violado por ato de autoridade.

Enfatiza-se, ao cabo, que, no caso vertente, se a segurança tivesse sido impetrada na primeira instância, para sustar a exigência da contribuição em tela, a meu ver nenhum óbice haveria à sua admissibilidade. Mas posto, como está, em anular ato administrativo de natureza normativa não me parece viável.

Daí por que, **data venia** do ilustre Relator, também não conheço da impetração.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, apesar das falhas técnicas consubstanciadas no Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 e na Portaria nº 119, de 22-6-82, é possível perceber que a contribuição social questionada configura tributo sujeito a lançamento por homologação. Com efeito, o contribuinte, no caso, deve antecipar-se a qualquer providência da autoridade administrativa, calculando e recolhendo o tributo devido. Por isso mesmo, o lançamento opera-se através de ato da autoridade fiscal que, ao tomar conhecimento da atividade exercida pelo obrigado, expressamente a homologa (CTN art. 150, § 4º).

Por assim entender, afigura-se-me que, na espécie, independentemente de qualquer ato — ou iminência de sua prática — por autoridade outra que não a própria impetrada, isto é, o Sr. Ministro da Fazenda, o contribuinte pode sentir-se, de maneira objetiva e atual, ameaçado de se ver ofendido no tocante a direitos de que se julga titular. Tal ameaça decorre concretamente dos termos daquela portaria ministerial, segundo salientado no voto do eminente Relator.

Em face de tais aspectos, com a devida vênia aos que pensam em contrário, conheço da segurança.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE (aparte): Acho que a impetração foi mal endereçada: devia ter impetrado a segurança no Juízo de primeiro grau. Aquele Juiz que tem a jurisdição sobre a autoridade que vai verificar a homologação de seu lançamento, que é o Juízo de primeiro grau. O Tribunal não tem esta competência.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Discordo do eminente Ministro Miguel Ferrante, não apenas pelos fundamentos antes aduzidos, mas também sob o aspecto fundamental. S. Exa. sustenta a impossibilidade de segurança com efeito apenas declaratório e, a meu ver, a segurança pode ter efeito não só declaratório, mas também constitutivo e condenatório.

Ora, no caso concreto, a admitir-se o efeito declaratório, o a que se visa é tão-somente a obtenção de uma certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica tributária. Se o fisco entende caracterizada essa relação jurídica e o contribuinte a afirma inexistente, a ameaça aflora de maneira atual, objetiva e concreta.

Por isso, ainda sob esse aspecto doutrinário, discordo do eminente Ministro Miguel Ferrante para votar de acordo com o eminente Ministro Armando Rollenberg.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: A Portaria nº 119, de 22-6-82, baixada pelo Ministro da Fazenda, visando a dar execução ao Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, ao decidir sobre o prazo para o recolhimento da contribuição, ao estabelecer juros, multas, etc. e ao mandar proceder à inscrição como dívida ativa, nas hipóteses que menciona, perdeu o seu caráter de ato normativo para transformar-se em ato coator.

«Atos de autoridade, escreve Hely Lopes Meirelles — «Mandado de Segurança e Ação Popular», nº 3 —, são os que trazem em si uma decisão e não apenas execução. Coator é sempre aquele que decide».

Filho-me à corrente que sustenta dever-se considerar como ato violador do direito o que concretiza a norma geral e autoridade coatora aquela que o praticou. Logo, excluídos os pareceres, as instruções gerais, as portarias, etc.

Porém, — adverte Agrícola Barbi, «Do Mandado de Segurança», nº 108 — «quando, sob a forma de lei, regulamento ou portaria, encobre-se ato materialmente administrativo, de aplicação mediata, independente de executor, auto-aplicável, portanto, nessa hipótese autoridade coatora será a autoridade que produziu aquele ato».

Foi o que fez o Ministro da Fazenda.

Portaria nº 119/82 é auto-aplicável. Independe para a sua execução de ato da Secretaria da Receita Federal, dos Delegados da Receita, do Banco do Brasil ou da Caixa Econômica.

Prescinde de qualquer outra iniciativa da Administração, porque tudo foi por ela estabelecido.

O ato, portanto, existe e se expressa na Portaria.

Assim, de pleno acordo com o eminente Ministro Relator, acolhendo a competência deste Tribunal para conhecer da segurança, *data venia*.

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21.

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a 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.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, § 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a nação brasileira, investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nela se reflete.

A contribuição criada tendo em vista a intervenção no domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que, estabelece o **caput** do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção a norma constitucional expressa.

Por assim considerar voto concedendo o Mandado de Segurança nos termos do pedido.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MOACIR CATUNDA: Vencida a preliminar de conhecimento do pedido, pelas razões da inicial, acatadas pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República — (itens 6, 7, 8 e 9), bem como pelo voto do eminente relator, que demonstram a índole concreta e individualizadora da Portaria nº 119, de 2 de junho deste ano, que regulamenta o recolhimento da contribuição social instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-80, passou o Tribunal ao julgamento do mérito do pedido, com o voto do Relator, deferindo-o, ocasião em que pedi vista dos autos, para conscientizar-me de particularidades e hoje os apresento em mesa, para prosseguimento do seu julgamento.

O diploma legal apodado de inválido, ao argumento de agredir vários preceitos da Carta Magna, é do teor seguinte:

«Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82.

Institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências.

Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 2º A arrecadação da contribuição será feita pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em Portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Art. 4º Constituem recursos do FINSOCIAL:

I — o produto da arrecadação da contribuição instituída pelo artigo 1º deste decreto-lei;

II — recursos de dotações orçamentárias da União;

III — retornos de suas aplicações;

IV — outros recursos de origem interna ou externa, compreendendo repasses e financiamentos.

Art. 5º O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) passa a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

§ 1º Sem prejuízo de sua subordinação técnica à autoridade monetária, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social fica vinculado administrativamente à Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN).

§ 2º O Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e o Ministro da Indústria e do Comércio adotarão as providências necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 6º O Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que aplicará os recursos disponíveis em programas e projetos elaborados segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República.

Parágrafo único. A execução desses programas e projetos dependerá de aprovação do Presidente da República.

Art. 7º Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982.»

Por oportuno, esclareço que algumas impetrantes, que são estabelecidas nos ramos de produtos farmacêuticos, outras, com indústria de papelão, e a última, com comércio de automóveis, após longa exposição, concluem no sentido de que o FINSOCIAL, é imposto disfarçado sob a denominação de «contribuição», instituído com ofensa às garantias constitucionais de legalidade e anualidade.

Como ressaí do preâmbulo, o decreto-lei questionado foi baixado de acordo com a atribuição do inciso II, do art. 55 e tendo em vista o § 2º, do art. 21 da Constituição, a dizer:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — (omissis)

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias;»

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I — importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo;

.....
§ 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 a parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Como sabido e ressaltado, o sistema tributário nacional se constitui das espécies, a saber: impostos, taxas e contribuições de melhoria — Constituição — art. 18 — I e II, e § 5º, e arts. 21 e 22, e CTN — art. 5º — ao qual o Decreto-Lei nº 24, de 7-1-1965, baixado com base no Ato Institucional nº 2 e portanto, com força de Lei — acrescentou as contribuições que relaciona — de natureza social.

A alegação de inconstitucionalidade formal da contribuição, por ter sido instituída por Decreto-lei, e não por lei ordinária, não procede, face à menção a finanças públicas e normas tributárias, isto é, tributo em si, que é criação de norma tributária, constante do art. 55, II, da Constituição expressões que, por sua natureza abrangente, alcançam qualquer providência legislativa visando aumentar a receita pública. E as receitas do FINSOCIAL, por sua natureza pública, integram o conceito de finanças públicas.

Doutrinadores do porte de Fábio Fanunch — Curso de Direito Tributário — 1ª edição — vol. 1 — págs. 134/135; Alberto Xavier — «Os Princípios da Legalidade...» — RT — 1978 — pag. 25; Sebastião de Oliveira Lima — «O Fato Gerador do Imposto de Importação na Legislação Brasileira» — pag. 32; Hamilton Dias de Souza — «Estrutura do Imposto de Importação no Código Tributário Nacional» — IBDT — pag. 55 e segs.; e também Pontes de Miranda, para quem decreto-lei traduz uma espécie de lei sob condição resolutiva — admitem a legitimidade da instituição de tributo por decreto-lei, em casos de urgência e interesse público relevante.

Sobre a orientação do Tribunal Federal de Recursos, lê-se no citado parecer, *verbis*:

«Também o egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a AMS nº 91.322-SP, em composição de Pleno, decidiu que é constitucional a criação ou majoração de tributos mediante decreto-lei. Desse julgamento, vale destacar passagens dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Moacir Catunda, José Dantas e Carlos Velloso.

Ministro Moacir Catunda: «Ora, sendo a criação de tributo matéria compreendida, indubiosamente, na locução normas tributárias, incerteza fundada não pode existir sobre a competência do Executivo, para instituí-lo por decreto-lei, tanto mais que, consoante o § 1º, do art. 55, publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.»

Ministro José Dantas: «... na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legislativa autorizada ao Presidente da República, segundo conveniência e oportunidade sublinhadas pela urgência e relevância do interesse público, e pela ativação a trato da segurança nacional, finanças jurídicas, normas tributárias e cargos públicos — (art. ...). Desse enfoque, infere-se que a dita excepcionalidade formal não basta para negar ao decreto-lei os efeitos do *princípio da legalidade*, relativos ao conceito *stricto sensu* de lei, como não o nega o rito especial da sua elaboração, cumprido a termos formais da chancela posterior do legislativo, e por conta dos quais o saudoso Pontes de Miranda, na sua conhecida intransigência para com os princípios, rotulou o decreto-lei de «lei sob condição resolutiva».

Logo, a reclamar-se do preceito constitucional a regulamentação por lei, materialmente atendido restará o preceito se regulamentado for

por decreto-lei, estando em causa as hipóteses do art. 55 da Constituição. — MS nº 90.245-DF, Tribunal Pleno em 11-12-80.»

Ministro Carlos Velloso: «Reconheço que a doutrina, praticamente unânime, é no sentido de que o tributo deve ser instituído por lei em sentido formal, não podendo o decreto-lei criar ou instituir tributos: Todavia, a jurisprudência não acompanhou a doutrina, no passo. Tanto este Tribunal quanto a Corte Suprema, já decidiram que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, criar ou instituir tributos.»

Face ao magistério concordante da doutrina e da jurisprudência, a meu sentir não é possível duvidar que decreto-lei é instrumento constitucional apto a instituir tributo, nos casos de urgência e interesse público relevantes, a juízo do Executivo, como exposto acima.

A legislação fornece os conceitos dos tributos denominados impostos, taxas e contribuições de melhoria — CNT — arts. 16; Constituição — art. 18, II; - CTN — art. 77 e 81 — sendo silente a respeito do conceito de contribuição, no sentido genérico. — A doutrina, no entanto, fixou o entendimento de que para a exigência se caracterizar como contribuição há que haver referibilidade pelo menos indireta, no ato instituidor, entre a atuação estatal, e o contribuinte, como leciona Geraldo Ataliba — in «Hipótese de Incidência Tributária» — 2ª edição — pág. 163, e seguintes. Em «Direito Tributário Atual» — pág. 97, escreve o culto advogado — Luiz Mêlega, verbis:

«A.V Embora as contribuições especiais não tenham merecido uma definição na Carta Política e bem assim no Código Tributário Nacional, doutrinariamente são elas consideradas um tributo, porque o seu fato gerador reclama uma atividade específica do poder tributante, que pode ser diretamente relativa a pessoa diversa do contribuinte e apenas indiretamente relativa a este. Difere do imposto, porque o fato gerador deste independe de qualquer atividade específica do governo tributante. Afasta-se da taxa, por ser a vinculação do fato gerador desta específica a uma atividade estatal (exercício do poder de polícia ou prestação efetiva ou potencial de um serviço) diretamente relativa ao próprio contribuinte. Esta é a posição do inesquecível Rubens Gomes de Sousa, que repudia a idéia de um tributo, que possa ser parte imposto e parte taxa, ou ora imposto e ora taxa, circunstância que negaria o próprio conceito de contribuição como um *tertium genus* tributário (Monografia citada, págs. 56 e 107/108).»

No mesmo sentido — «Rubens Gomes de Souza, in Natureza Tributária da Contribuição do FGTS, RDA — 112/28, bem como Hamilton Dias de Souza, conhecido tributarista paulista, que assinala no estudo sobre — FINSOCIAL: — Dois impostos — um do campo residual — outro adicional do imposto de renda. — Violação ao princípio da anterioridade», in Direito Tributário Atual» pág. 94 — verbis:

«... o que caracteriza a contribuição é a vantagem diferencial em que se coloca o contribuinte face a uma determinada atividade administrativa, a qual, todavia, tem por escopo beneficiar um grupo de pessoas ou toda a coletividade. Alguns autores, como Micheli (16), dão como elemento da hipótese de incidência apenas a vantagem auferida pelo particular em decorrência de uma atividade administrativa. Outros, como A. D. Giannini, salientam que a contribuição ou «tributo speciale», pressupõe ou a vantagem já referida, ou uma maior despesa do ente público em razão de sua atividade.

Pensamos como Giannini, que não só a vantagem diferencial, mas também a maior despesa causada pelo particular são pressupostos da contribuição.»

Consoante o art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82, a contribuição social instituída por ele é destinada a custear investimentos de caráter assistencial, em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Pergunto, eu, no caso: — qual a referibilidade da exigência às impetrantes, — que atuam no comércio farmacêutico, a qualquer um dos objetivos do FINSOCIAL? E respondendo: nenhuma, pois é possível conectar necessidade de pequeno agricultor, e minorá-la, com renda obtida e calculada com base na receita bruta de qualquer uma das impetrantes.

Contribuição social típica, das relacionadas no art. 43, item X, da Constituição, também não o é a instituída pelo FINSOCIAL, tanto assim que o diploma instituidor não menciona nenhuma delas.

Relativamente às contribuições mencionadas no § 2º, do art. 21, sou porque a concerne a: 1º) interesse de categorias profissionais — não tem pertinência, visto que pequeno agricultor, juridicamente, não é categoria profissional; 2º) atendimento diretamente da parte da União no custeio da Previdência Social — também não se enquadra ao caso, como é óbvio — restando a 3ª, tocante à intervenção no domínio econômico, facultada pelo art. 163 da Constituição, *verbis*: «São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais».

A regra transcrita concerne à intervenção em indústria ou atividade de natureza privada — do que sejam exemplos, no Brasil — o decreto-lei que regula o AFRMM; — destinada ao desenvolvimento da indústria naval; — as legislações do IBC; — do Instituto do Açúcar e do Alcool; — da SUNAB, tabelamento de preços, etc.; de sorte que o citado art. 163 da Constituição não tem conexão com os objetivos do FINSOCIAL, os quais porque ficam situados no campo de atuação da União, em realidade, devem ser atendidos com recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

O § 2º, do art. 1º, ao fixar a contribuição em 5%, calculada sobre o valor do imposto de renda, configura uma hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento não é permitido pela Constituição, no exercício de 1982. O fato gerador, no caso, é o mesmo do imposto de renda.

No atinente às hipóteses não absorvidas pelas das empresas que têm impostos de renda a pagar, previstas no § 1º, entendo constituir tributo novo, que encontra amparo na competência residual da União — CF, art. 18 § 5º.

Relativamente ao recolhimento do produto da arrecadação ao Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL — que o administrará — arts. 3º e 6º), sou porque o próprio decreto-lei instituidor está a indicar sua incompatibilidade frontal com o art. 62, § 2º, da Constituição, que «ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX, do art. 21, e as disposições desta, e de leis complementares, veda a vinculação da arrecadação do produto de arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa».

Por estes motivos, e enquadrando a contribuição em causa como imposto genuíno sujeito à garantia constitucional de anterioridade, concedo a segurança para anular sua cobrança durante o exercício de 1982, somente.

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, vencido na preliminar, quanto à questão de mérito, sigo os que distinguem nuances próprias nas *contribuições sociais*, remetendo-as para o campo maior da parafiscalidade, de círculo autônomo, embora que concêntrico ao dos *tributos*, na mesma concentricidade que harmoniza os círculos do Direito Financeiro e do Direito Tributário; filio-me aos que definem a parafiscalidade como tendência moderna das finanças públicas, de alargar a noção clássica das entradas orçamentárias para admitir as contribuições especiais como

fonte de financiamento direto da despesa, atreladas à destinação específica de certos serviços econômicos ou sociais do Estado, estes com beneficiários distintos, mas últimos a favor do interesse geral; dos que as apontam como participantes da natureza do tributo; sem possuírem, no entanto, todos os seus caracteres.

Donde as contribuições parafiscais escaparem a princípios mais rígidos, os quais resultam como que derogados a seu respeito, a rigor da necessidade da intervenção pública no estabelecimento imediato da cotização requerida pelo empreendimento visado (cf. Louis Trotabas, **Droit Fiscal**, pág. 98, Dalloz, Paris, 1977); mesmo porque, decorrentes da atividade financeira do Estado, ditas contribuições não se fundam, porém, na capacidade contributiva, mas em princípios éticos da solidariedade social (magistério de Morselli, **apud** Baleeiro — Uma Introdução à Ciência das Finanças, pág. 285).

A partir dessa perspectiva ontológica da parafiscalidade, até o seu trato específico no direito positivo brasileiro (inaugurado com a Carta de 67), tenho para mim, com a devida vênia da doutrina nacional contrariamente direcionada, que a *contribuições sociais* foram postas à distância dos *tributos* propriamente ditos, desde o texto constitucional de origem, pois que antes dele, no regime da Constituição de 46, sequer se cogitou a indagada correlação.

Na verdade, significado algum teria o art. 18 da Carta de 67 — vindo da EC 18/65 à Constituição de 1946, e reproduzido no art. 18, incisos I e II, da EC 1/69 —, significado não teria o comando em relacionar os ingressos assemelhados aos impostos, para fins de qualificação do sistema tributário, se houvesse o constituinte de também igualar àquela limitada relação dos *impostos*, *taxas* e *contribuições de melhoria*, todas as demais exações das finanças públicas de fins sociais ou econômicos; significado não teria a letra do § 2º do art. 21 da EC 1/69, primitiva ou alterada pela EC 8/77, se, à longa distância daquela tríplice relação dos tributos, voltasse o constituinte a estabelecer como tipo tributário, indistintamente, ambos os encargos listados nos incisos I e II do dito parágrafo — encargos discriminados entre si mesmos, pois que somente em apreço ao *empréstimo compulsório* mandou aplicar as disposições constitucionais relativas aos tributos e as normas gerais de direito tributário; se tributos fosse, ainda que por equiparação constitucional, lógico seria que as *contribuições* do primeiro inciso igualmente se recomendassem à aplicação das disposições constitucionais tributárias, da forma como recomendada expressamente o foi a figura do segundo inciso, isto é, *empréstimo compulsório*.

Dizer-se insignificante esse peculiar tratamento da letra constitucional brasileira, a pretexto de que somente o *empréstimo compulsório*, por força conceptual, exigiria a assinalação da correlação tributária, parece-me especioso, **data maxima venia**. Deveras, repita-se, cuidadas ao largo da tipicidade tributária sedidada no art. 18, certo seria que para assemelhá-las aos tributos, por necessidade sistêmica que fosse, o constituinte teria dado às prefaladas contribuições financeiras a mesmíssima recomendação expressa de sujeição às *disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário*.

A partir dessas desprezíveis considerações, que na verdade nada acrescentam ao erudito debate de tão palpitante tema, no entanto, no plano objetivo, desejo ajudar a compreensão do caso concreto. É que, visualizada através da Portaria nº 119/82, do Ministro de Estado da Fazenda, a contribuição para o FINSOCIAL, na destinação assistencial a que se refere, se me afigura indene do vício de *forma* e *incidência*, irrogado pelos impetrantes sob o analisado prisma.

De fato, quanto à *forma* da instituição do gravame, inicie-se por ver a natureza substancial da espécie, segundo a sua indiscutível inerência com as *finanças públicas*, como inerentes a estas já se disse que o são as contribuições parafiscais, no seu caráter de financiamento específico dos empreendimentos da solidariedade social que as inspira; conseqüentemente, mesmo em não sendo tributo, esta natureza própria do gravame justifica, por si, a sua imposição por meio de decreto-lei, na exata previsão do art. 55,

II, da Constituição, também concernente às finanças públicas. Daí que, em relação à contribuição em causa, ainda que proceda delinear-se o seu conceito somente pela nota da intervenção no domínio econômico, à qual alude o art. 163 e parágrafo da Constituição, tenho para mim, com a devida vênia do Senhor Ministro Relator, que no caso restou satisfeito o princípio da legalidade estrita, através da autorizada forma do decreto-lei.

Por sua vez, quanto à *incidência* da exação, no ponto malsinado pelos impetrantes, verifique-se que o respectivo comando impositivo retrata-se completo no Decreto-Lei nº 1.940, art. 1º e seus §§, ali estabelecido quadrinômio — sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Se a indigitada portaria, como norma de caráter secundário e complementar, chegou a cometer excesso regulamentar, sem dúvida que o fez apenas no particular da *multa*, à qual se referiu sem que a lei a tivesse previsto como carga da mora (item V, **in fine**). Na verdade, estabelecendo-se a *multa da mora* através de uma simples portaria, violou-se às claras a garantia da reserva legal, oferecida aos contribuintes em nível de direito individual.

Desse modo, mais não caberia socorrer aos impetrantes, nas suas acusações ao impugnado ato do Ministro da Fazenda, senão que nesse único ponto da multa, taxaçaõ evidentemente não prevista no texto-matriz, e que não se compreende implícita na *dívida fiscal*, como assim se compreendem os juros e a correção monetária, a teor, respectivamente, da Lei nº 4.357/64, art. 7º, e da Lei nº 5.421/68, art. 2º.

Entretanto, se o exame da espécie vai além dos termos da Portaria Ministerial que foi indicada como ato coator — estendendo-se à exigência fiscal em si mesma, como pediram as partes e consentiu o Senhor Ministro Relator —, por esse exame mais largo, ainda tenho o que acrescentar à conclusão pondo-a, agora, sob outro ângulo de visão.

Deveras, inobstante a distinta regularidade da imposição da analisada contribuição através de decreto-lei, vislumbro mácula na sua *vigência imediata*: vejo-a endereçada à formação de um Fundo, somente instituído nos meados do exercício de 1982!

Daí, dever-se considerar que, por sua natureza própria, por se manterem no círculo definido do Direito Financeiro, naquela concêntrica conotação com o Direito Tributário, não havia a Constituição de deixar ao descontrolé os investimentos dos fundos sociais mantidos pela União. Quis, pois, o legislador constituinte, à força mesmo do princípio da universalidade do orçamento — matéria financeira por excelência —, quis que os ditos fundos também ficassem vinculados à previsão orçamentária anual.

Consulte-se o art. 62 da Carta vigente, na veemência com que estabelece que o *orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.*

Relembre-se o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o dispositivo com esta invejável síntese:

«Consagra o texto em exame um dos princípios orçamentários básicos, o princípio da universalidade. Importa este na inclusão de todas as receitas e de todas as despesas na lei orçamentária (cf. Alberto Deodato, op. cit. pág. 360). Conforme se depreende do texto, do orçamento farão parte a receita estimada não só da União como de todas essas entidades, tenham elas personalidade própria ou não. Com isso visa-se impedir seja subtraída do controle da representação popular qualquer fração do dispêndio público.

Abre, porém, o texto uma exceção. *Não farão parte do orçamento a receita e a despesa de entidades públicas que não recebam subvenções ou transferências a conta do orçamento. Portanto, as entidades que não recebam qualquer auxílio ou dotação seja para sua manutenção, seja como investimento*

(vide Lei nº 4.320/64, art. 12, §§ 2º e 6º)» — os grifos são da transcrição — Comentários à Constituição Brasileira, 2º volume, pág. 75 — Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977.

Dissecando a hipótese do FINSOCIAL, em face da analisada norma convenha-se que: *a* de «fundo» se trata, conforme rótulo da própria norma de criação; *b* dirigido pela administração indireta, ou quiçá pela própria administração direta, pois que, apesar da estrutura descentralizada do BNDES — órgão administrador —, a aplicação de seus recursos será gerida por diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República — Decreto-Lei nº 1.940, art. 6º, e parágrafo; *c* *subvencionado por recursos de dotações orçamentárias da União*, di-lo o art. 4º, II, do citado decreto-lei; donde o FINSOCIAL não se comportar na exceção constitucional acima grafada.

Nesse quadro, penso que a colacionada norma constitucional impede que o Fundo de Investimento Social tenha ação sobre qualquer de seus recursos, enquanto não arrolado ele próprio para o controle orçamentário, por via da devida previsão anual. Possível não é deixá-lo ao largo dos mecanismos da condução orçamentária, a que estão sujeitas todas as taxaões compulsórias, fiscais ou extrafiscais; como impossível é deixar os fundos em geral «intocáveis à vigilância do Poder Legislativo», segundo a observação de Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, pág. 112 — Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1970); ou consentir noutra forma de fiscalização que não seja ancilar da competência do Tribunal de Contas da União, ao querer do art. 74 da Lei nº 4.320/64, norma geral de Direito Financeiro.

Daí que, se a imposição das rendas que lhe dariam vida antecedeu a obrigatória incorporação à receita de orçamento deste exercício de 1982, não pode o fundo intitular-se legítimo exator da respectiva contribuição social — sob pena de intolerável retorno à antiquíssima indistinação entre o Erário e o chamado «bolsino imperial» (De Plácito e Silva — Vocabulário Jurídico — Tomo II, verbete Fisco).

E não se diga que a remissão ao inciso I, parte final, do art. 21 da Constituição, o libere do regramento orçamentário; de fato, livre de maiores peias das limitações de tributar, não quer dizer que a permita *alteração* de aliquotas, deixada ao arbitrio do Executivo, alcance o próprio ato de *instituição* da imposição parafiscal, pois que, pela lógica mais simples, só se pode *alterar* aquilo que se encontra preestabelecido!

Por conseguinte, apesar de louvável a sua criação, no plano da grande mensagem de paz social contida na destinação de seus recursos — valor que não há negar-se ao FINSOCIAL, por feliz lembrança, endereçado, inclusive, ao amparo da sofrida classe do pequeno agricultor —, a meu pensar, é condição *sine qua non* de sua execução financeira a reclamada previsão orçamentária; desta previsão não poderá esquivar-se a autoridade dirigente, sem que contrarie os mais respeitáveis interesses públicos protegidos pelo vetusto «princípio do consentimento», precursor do moderno princípio da universalidade orçamentária — o qual, no Estado de Direito democraticamente orientado, se alimenta da harmônica diluição do poder pelos seus três grandes canais condutores.

Em suma, por via de abrangência plena, vem ao caso o *princípio da anualidade*, óbice a que no mesmo ano da criação do FINSOCIAL, jejuno de previsão orçamentária, possa a União arrecadar-lhe e aplicar-lhe a contribuição.

A partir daí, convenha-se no direito líquido e certo oponível pelo contribuinte à exigência da precitada exação, mal posta em antecipação à obrigatória previsão orçamentária, à qual está sujeita porque constitui receita de um *fundo* subvencionado à conta do orçamento (parcial ou integralmente subvencionado, não o distingue a Constituição, art. 62).

Só por esse ângulo de visualização da hipótese, do qual não tenho a pretensão de convencer o egrégio Tribunal, é que — a par da inconstitucionalidade da multa instituída pela examinada Portaria Ministerial (item V, *in fine*) findo por declarar inconstitucional também a expressão «e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982», constante da parte final do art. 7º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82; pelo que conce-

do, em parte, o Mandado de Segurança, para livrar os impetrantes da exigência para-fiscal em causa, apenas neste mesmo ano de sua instituição sem previsão orçamentária.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: A doutrina brasileira, filiando-se à maioria dos autores estrangeiros, fixou-se em que a contribuição para-fiscal tem a natureza do tributo, principalmente porque é uma forma coativa de obter recursos, para a qual só é legitimado o Estado. E por ser da natureza do tributo, alguns autores extraem dever ela obediência estrita aos princípios que regem os tributos comuns, equiparando-a, assim, ao chamado imposto fiscal, de afetação genérica, que guarda a feição e as limitações do Estado liberal.

Não há negar, porém, a índole intervencionista da contribuição para-fiscal, que supera o modelo liberal, pois, tendo origem nos chamados impostos especiais, destinados a custear atividades excluídas do âmbito das finalidades essenciais do Estado, ela se impôs, na realidade financeira, como figura necessária ao cumprimento de obrigações de caráter social e à participação do poder público no ordenamento econômico. De tal maneira se avultou sua prestabilidade, que às que foram arroladas no inventário Schuman, na França de após guerra, muitas se acrescentaram, em países como o nosso, em que os encargos sociais e muitos dos empreendimentos públicos escapam aos limites da receita tributária comum.

A especialidade da imposição, portanto, enseja um tratamento especial da matéria. E não foi com outra preocupação que o legislador ressalvou, no art. 217 do CTN, a incidência e a exigibilidade de várias contribuições sociais, dentro das normas que regem a tributação comum na tríplice figura do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria. Essa especialidade, contudo, não se adstringe às contribuições sociais previstas no art. 43, X, da Constituição, mas também às destinadas ao custeio dos serviços e encargos decorrentes da intervenção no domínio econômico, na forma do parágrafo único do art. 163 da Carta. Essas duas disposições dão conteúdo à norma do art. 21, § 2º, da Constituição, que inclui as contribuições no poder tributário comum da União.

É curial que, ante a especificação constitucional, não tenha cabimento a vacilação doutrinária, que ora vê na contribuição uma taxa, ora um imposto. Se se tem como certo que a contribuição é uma conseqüência do intervencionismo que caracteriza o Estado moderno, será ilógico que se acrisole o seu conceito nos princípios do liberalismo jurídico que informam as normas tributárias comuns. Se se reconhece que, com a receita das contribuições, o Estado cumpre finalidades novas, não se há de exigir que elas guardem as mesmas características dos antigos tributos. Seria uma forma de romantismo jurídico, aceitar-se a realidade nova das contribuições, sem admitir-se a inovação que elas trazem aos velhos moldes da dogmática jurídico-tributária.

Desse modo, é irrecusável que as contribuições, embora sejam receita tributária, não configuram tributos ordinários do tipo tradicional. É que, pela sua criação e pela forma de sua arrecadação e aplicação, elas derogam vários princípios que regem aqueles tributos. Vale lembrar a observação de Luís Mateo Rodrigues: «... la exacción para-fiscal no constituye una categoría en si mesma, sino que, por el contrario, consiste unicamente en un apelativo aplicable a aquellos ingresos públicos que, poseyendo naturaleza jurídica-tributaria, reunen unas determinadas notas caracterisadoras que derivan de la inaplicabilidad, al menos parcial, del régimen jurídico que, como consecuencia de su esencia tributaria, debería serles aplicado». (La Tributación Parafiscal, Leon, 1978, pág. 78).

As contribuições não são, portanto, definidas pelo fato gerador, mas pela sua destinação, fugindo à principiologia peculiar aos impostos. Elas são criadas tendo em vista uma finalidade, que tanto pode ser a intervenção no domínio econômico, o interesse de categorias profissionais ou o custeio dos encargos da previdência social, na parte da responsabilidade da União. Assim, já as definia o Conselho de Estado, na França, em

aviso de 11 de maio de 1954: são «les prélèvements obligatoires, recevant une affectation déterminée, institués par voie d'autorité, généralement dans un but d'ordre économique, professionnel ou social, et échappant en totalité ou en partie aux règles de la législation budgétaire et fiscale en ce que concerne les conditions de création de la recette, de détermination de son assiette et de son taux, de la procédure de recouvrement ou de contrôle de son emploi». Essa definição, citada por Maurice Duverger, no seu livro sobre instituições financeiras pode ser completada com a própria observação desse ilustre publicista, de que «La parafiscalité est la manifestation financière de cette sorte d'éclatement de l'Etat, qui résulte de l'ampleur des tâches qu'il assume». (Institutions Financières, págs. 98 e 101).

Sei que essa posição é vigorosamente contrariada pela corrente dos tributaristas que, a partir de Berliri, e por força de ver em todo tributo um imposto ou uma taxa, considera ilógico e anticientífico definir a contribuição levando em conta a sua destinação, ou seja, o seu aspecto financeiro, e não dogmaticamente incluída no elenco constitucional dos tributos. Mas, em primeiro lugar, a abstração do aspecto financeiro importa retirar um dado essencial para a compreensão da espécie tributária singular, que é a contribuição. Em segundo lugar, entendo que o disposto no § 2º, alínea I, do art. 21 da Constituição, constitui norma que excepciona o princípio geral de instituição de tributos contido no art. 18 da Carta. Não é esse um procedimento *contra* a Constituição, pois a doutrina de direito constitucional o admite. Em monografia publicada em Berlim em 1961, depois incorporada à tradução espanhola de sua obra sobre Teoria Constitucional, Karl Lowestein assinalou que «não se pode impedir ao legislador constitucional «quebrantar» uma norma por ele estabelecida, isto é, fazer uma exceção em casos concretos bem ponderados, mantendo a validade geral daquela — sempre no pressuposto de que a exceção seja inserida desde o primeiro momento com valor constitucional, ou, no caso da necessidade surgir posteriormente, seja evidenciada no texto constitucional (ob. cit. Barcelona, 1970, pág. 187). No mesmo sentido Carl Schimidt, Teoria de la Constitución, tradução mexicana, 1966, pág. 116.

No caso da contribuição social criada pelo Decreto-Lei nº 1.940, tem ela a destinação expressa de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art. 1º).

Será ela uma parcela do Fundo de Investimento Social, constituído, também, segundo o art. 4º, por recursos de dotações orçamentárias da União, do retorno de suas aplicações e de outros recursos internos ou externos, compreendendo repasses e financiamentos.

O FINSOCIAL, para o qual se destina a contribuição, será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — instituição em que ficou transformado o antigo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico —, o qual pelo que se vê, é agora expressão do «éclatement d'Etat», de que fala Duverger, num misto de banco de desenvolvimento e de instituto de assistência social.

Tenho, assim, que a contribuição para um fundo criado por lei, a ser administrado por um órgão designado na lei, não é inconstitucional.

O que é inconstitucional é a sua exigência no mesmo exercício em que foi instituída.

É que o princípio do § 29 do art. 153 da Constituição se aplica a toda espécie de tributo, mesmo que se trate de contribuição para fim social. A inspiração solidarista da contribuição não a exclui da rigidez do princípio, que representa uma garantia do contribuinte. E toda garantia constitucional importa limitação do exercício do poder público.

Concedo a ordem, apenas para garantir às impetrantes o direito de não recolherem a contribuição no exercício de 1982.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Para baixar o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, o Presidente da República se valeu da atribuição que lhe confere o art. 55-II, da Constituição Federal, que alguns comentaristas questionam em face da reserva contida nos arts. 19-I e 153, § 29. Mas o fato é que este art. 55-II está na Carta e nela permanecerá até que venha a ser expurgado. O texto refere-se a finanças públicas e *normas tributárias*, quaisquer normas.

Isso nos pode dar a idéia de que a natureza do Decreto-Lei nº 1.940 é realmente tributária, mesmo sob a denominação de *contribuição social*; mas com destinação própria (art. 1.º), vinculação ao Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) (art. 3.º) e administração a cargo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) (art. 6.º), mesmo ao arpejo da vedação contida no art. 62, § 2.º da Constituição.

Daí porque o Presidente da República não se reporta, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.940, apenas ao art. 55-II, que lhe outorga o poder de tributar. Mas se reporta, também, ao art. 21, § 2.º. Isso significa o conglobamento das atribuições e sua extensão a outras competências, como é o caso das *contribuições*, que não são tributos propriamente ditos, mas sim modalidade de obrigação pecuniária *ex lege*, destinada ao custeio de serviços e encargos, como se diz no texto.

«... tendo em vista a intervenção no domínio econômico e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social» (art. 21, § 2.º, Constituição Federal).

Não sendo, pois, *tributo* propriamente dito, na modalidade de *imposto* prevista no art. 62, § 2.º, desapareceria o impedimento da *vinculação* do produto de sua arrecadação a determinado órgão, *fundo* ou despesa, podendo a Lei estabelecer que a sua arrecadação, parcial ou total viesse a constituir receita do orçamento de capital, liberada a respectiva aplicação, inclusive, no custeio de despesas correntes. É nessa qualidade que entendo as *contribuições*, em sua natureza e destinação, previstas, combinadamente, no texto *autorizativo* (art. 21, § 2.º, I) e no texto *finalístico* (art. 163, parágrafo único).

Repito que não vejo como extirparem-se essas normas da Constituição à força de opiniões doutrinárias, respeitáveis, é certo, e mesmo procedentes, se observadas sob o seu aspecto puramente científico. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal poderá fazê-lo, porque uma das suas precípuas finalidades é respeitar a Constituição, à qual poderá amoldar as demais Constituições e as Leis, como meio e modo de garantir princípios que ninguém poderá enfrentar, a não ser se alterados pelo processo apropriado.

Bem sei que o decreto-lei mencionado no art. 55-II somente poderá ser expedido sobre *certas* matérias, em casos de *urgência* e *interesse público relevante*. Não posso (nem devo) discernir, porém, no âmbito do Poder Executivo, em torno do que se tenha como *motivo de urgência*, ou do que é necessário em face de situações imprevisíveis, de emergências que exijam a expedição imediata de u'a norma dessas, para solucionar (ou tentar solucionar) o problema que se apresente instante.

Antonio Manuel Gonçalves diz que poderá fazê-lo, do alto de suas especulações doutrinárias e no plano contemplativo dos que, com a mão em princípios realmente sólidos, se opõem às providências tomadas pelo Governo a nível de reais problemas administrativos. Ele pode, mesmo com razão, sustentar que o art. 51, § 2.º, da Constituição, solucionaria a questão da *urgência*, quando se fizesse necessário criar ou aumentar tributos.

Assim poderia ser feito pelo envio, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, de projetos de lei sobre qualquer matéria, solicitando a sua apreciação dentro do prazo de quarenta e cinco dias e até mesmo em sessão conjunta do Congresso. Aí o conceito de *urgência*, para efeito de expedição, pelo Presidente, de decretos-leis, não se-

ria tão instante que não pudesse aguardar aquele prazo. Nada mais coerente, porém inatingível à base de sugestões doutrinárias, pois a realidade está na indiscutível *coexistência* entre os arts. 51, § 2º, e 55-II, porque ambos integram a Lei Maior.

O Ministro Armando Rollemberg menciona no seu ilustre voto o conhecido princípio da *legalidade*, utilizando-se do art. 163, onde considera que somente será possível a intervenção no domínio econômico mediante *lei federal*. Acha, assim que o decreto-lei não é lei federal bastante (material ou formal) para atender os casos ali previstos. Ora, a ser assim, estariamos diante de obstáculos intransponíveis em toda a linha, pois também o art. 19-I veda à União instituir ou aumentar tributos sem que a lei (e lei federal) o estabeleça.

Contudo, não será possível arredar-se, nesse mesmo texto, a *ressalva* apontada: dos casos previstos na própria Constituição. Não há dúvida que entre essas ressalvas pode ser incluída a expedição de decretos-leis (federalis), ex vi do disposto no art. 55-II c/c o art. 21; § 2º, inciso I, sem qualquer referência ao princípio da reserva legal. Lendo Américo Masset Lacombe, vejo que ele não descarta essa possibilidade do Presidente, de editar decretos-leis, embora salientando que, além da *urgência*, impor-se-ia que a matéria fosse de *interesse público relevante*, isto é, conveniente, importante, de grande valor. Assim sendo, o interesse público, que lhe servisse de pressuposto, não seria o *comum*, mas o *incomum* ou *excepcional*.

Ora, como em Mandado de Segurança se poderá desacreditar o Poder Executivo quando afirma a existência de um interesse *incomum*? Seria tentar penetrar no âmago até mesmo das razões de Estado, o que é sabidamente incabível nas atribuições do Poder Judiciário, que não poderá, tampouco, *catalogar* modalidade de *interesse*, para dizer, dentro da Constituição (e como pretende o professor Lacombe), que seriam apenas as guerras externas, a subversão interna, a calamidade pública e a intervenção em unidades federativas por motivo de débitos tributários.

O decreto-lei é, para mim, norma tributária federal, pois isso está dito no art. 55, *caput*, inciso II, da Constituição. Na verdade, se anotarmos a existência de *contribuições* na esfera de incidência do art. 21, § 2º, inciso I, poderemos dissipar certos preconceitos com a ajuda dos tributaristas, pois a tarefa é deles, que chamam de *práticos e apressados* os aplicadores do seu direito tributário aos que tropeçam, por ignorantes e preconceituosos, na perplexidade que os assalta diante de figuras tributárias de difícil definição (Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 2ª ed., 3ª tir., pág. 199).

Seria o caso das *contribuições parafiscais*, conforme assegura? E que não estão no *limbo*, mas se caracterizam pela atribuição, por lei, da capacidade de serem sujeitos ativos de tributos que *arrecadam* em benefício de suas próprias finalidades, pessoas diversas do Estado? Ora, o FINSOCIAL, embora criado pela União, será arrecadado pelos agentes indicados e administrado pelo BNDES, em favor de pessoa pública autárquica-previdenciária.

A par de tudo, isto é, por achar que essa *contribuição* se encontra perfeitamente enquadrada no nosso sistema tributário, sem afrontar os princípios básicos constitucionais, contudo, e por considerar que a sua simples designação não lhe retira o caráter *tributário*, pois qualquer que seja o seu nome de batismo, não deixa de ser obrigação pecuniária *ex lege*, posto em benefício de pessoas públicas e com finalidades de utilidade pública, submeto-a aos princípios incidentes, que são os da *isonomia*, da *legalidade*, da *anterioridade* ao exercício financeiro respectivo (CF, art. 153, §§ 1º e 2º; art. 19, I, 2ª parte) (Ruy Cirne Lima, *Princípios*, pág. 51).

Pontes de Miranda vai mais longe, quando adverte que as regras jurídicas que criam as *contribuições*, como a que se examina, têm de respeitar, também, os direitos e as garantias individuais, de modo que os princípios do art. 153, devem ser invocados, evitando-se, por exemplo, o atingimento desapropriativo ou infringente do direito ad-

quirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (Comentários, T. VI, RT, 1968, págs. 89/90).

Especificamente destaca-se o art. 153, § 29, onde está dito que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a Lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro (omissis)». Este final é o que importa aqui, pois já havendo conhecido o «writ» em voto preliminar, agora defiro-o parcialmente, para reputar inconstitucional a exigência ou cobrança do FINSOCIAL neste mesmo exercício financeiro.

É como voto, com a devida vênia do eminente Relator.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE: Senhores Ministros, no Mandado de Segurança nº 97.775, do qual é Relator o Senhor Ministro Armando Rollemberg, no momento em gozo de licença para tratamento de saúde, há Matéria Constitucional a ser resolvida.

Em 14 de outubro último quando teve início o julgamento desse processo, S. Exa. deferia a ordem.

Concediam a medida, em parte, para julgar inconstitucional a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL no exercício de 1982, os Senhores Ministros Moacir Catunda, José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite.

Já na quinta sessão, pediu vista o Senhor Ministro Washington Bolívar.

Aguardam os Senhores Ministros Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger e eu. Não participaram do julgamento os Senhores Ministros Lauro Leitão, Pedro Acioli, Américo Luz e Flaquer Scartezzini.

Assinalei que está ausente o Senhor Ministro-Relator, Armando Rollemberg.

Tal fato, entretanto, não impede que o julgamento tenha prosseguimento face ao que dispõe o parágrafo 1º, artigo 151, do Regimento Interno, **verbis**: «o julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Senhores Ministros, mesmo que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Ministro afastado seja o Relator».

Como se trata de matéria de alto interesse, concedo a palavra ao Senhor Ministro Washington Bolívar para proferir o seu voto vista.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, não tomei parte, inicialmente, no julgamento do caso, quando se tratou da matéria pertinente ao conhecimento do Mandado de Segurança. Parece-me que, só na 2ª ou na 3ª sessão do julgamento deste Mandado de Segurança, quando já vencida esta parte, foi que tive a oportunidade de nele intervir. De qualquer sorte, como se trata de matéria constitucional, e o julgamento ainda, continua, acho que devo manifestar-me quanto a esta parte apenas para dizer que também conheço do pedido, tendo em vista que se materializou o preceito legal na ameaça constante da Portaria nº 119 do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Quanto ao mérito, pedi vista dos autos porque me recordei de que, quando do julgamento do Mandado de Segurança ou dos Mandados de Segurança que tratavam do IOF, eu acompanhara o brilhante voto do eminente Ministro Pádua Ribeiro, para denegar a segurança. Preocupado em que houvesse alguma similitude quanto à matéria ora em debate, entendi que deveria solicitar vista, para sobre ela meditar.

Após leitura cuidadosa da petição inicial, das informações, dos doutos pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da ilustrada Procuradoria-Geral da República, pude fazer o meu ente de razão.

Discute-se a constitucionalidade da criação do tributo do FINSOCIAL, mediante decreto-lei. Discute-se também, na inicial, o problema, não só neste aspecto da legalidade como também o princípio da anualidade, admitido que pudesse ser criado por decreto-lei, se poderia ser cobrado no mesmo exercício.

Como todos se recordam, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, tem como fundamento o inciso II do art. 55 e, também, o disposto no § 2º do art. 21 da Constituição.

O art. 55 e seu item II dizem o seguinte:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

«II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

O invocado art. 21, em seu § 2º, incisos I e II, da Constituição, dispõe (lê):

«Art. 21. Compete à União instituir impostos sobre:

.....
§ 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;

II — empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário».

Uma das críticas ao decreto-lei é a de não ter explicitado qual dos dois itens do § 2º, do art. 21 da Constituição, seria o que justificou a expedição urgente do Decreto.

Para louvar o meu entendimento, também no elemento histórico, mandei buscar a mensagem com que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República encaminhou à apreciação do Congresso Nacional o texto do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, publicado no *Diário Oficial* da União do dia subsequente, que institui a contribuição social.

Diz sua Excelência:

«Nos termos do parágrafo 1º do artigo 55 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação do Congresso Nacional o texto do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, publicado no *Diário Oficial* da União do dia subsequente, que institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social, e dá outras providências.

«O referido diploma versa matéria de finanças públicas, inscrevendo-se, desse modo, no inciso II do artigo 55 da Constituição. Por outro lado, o pressuposto conjuntural da edição do decreto-lei vem a ser, no caso, o relevante interesse público (art. 55, **caput**) a que atende a iniciativa, em todos os seus termos.

«Destina-se o Fundo de Investimento Social a custear programas e projetos voltados para as necessidades elementares das camadas sociais menos favorecidas, no plano da alimentação, da habitação popular, da saúde, da educação, e do amparo ao pequeno agricultor. Cuida-se, pois, uma vez mais, de legislar e administrar com vistas à correção progressiva dos desníveis existentes

em nossa sociedade, e à melhor distribuição das riquezas que o País proporciona aos que trabalham.

«Para responder basicamente pelos ingressos financeiros do Fundo, o decreto-lei institui uma contribuição social escorada no artigo 21, § 2º, inciso I, da Constituição, e deessarte estranha por fundamento constitucional se já não o fosse por sua própria natureza — às normas gerais do direito tributário.

«Em bases de irrecusável isonomia e parcimônia, o ônus da contribuição social recai sobre empresas tanto privadas quanto públicas, distinguindo-se apenas, por motivo operacional, a sistemática de sua exigibilidade àquelas que se limitam à prestação de serviços».

O elemento histórico, assim, está a demonstrar que deve ter havido, certamente, um lapso na redação do decreto-lei quando se fundamenta, sem explicitar o inciso, no § 2º do art. 21 da Constituição. Aqui está então esclarecido que é o § 2º, inciso I, da Constituição, que releio, para relembrar, onde se diz «contribuições».

«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».

Amarrou, aí, portanto, o Executivo o seu decreto.

O critério político de urgência ou de relevância da matéria, a Constituição atribuiu ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República. É ele o juiz da urgência ou da relevância do público interesse ao expedir o decreto-lei, dentro daqueles limites que a Constituição lhe traçou: segurança nacional, finanças públicas, inclusive, normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Argúi-se, parece-me que no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que o Judiciário não teria competência para verificação da procedência, ou não, dada relevância dos motivos invocados pelo Executivo para expedição do decreto-lei, ou também da sua urgência, dado que a própria Constituição atribui ao Poder Legislativo esse dever, que é o de apreciar politicamente — política, no sentido helênico do termo, como diria Aliomar Baleeiro — de apreciar, politicamente, se o critério que o Presidente da República, em momento histórico determinado, aplicou, estava, ou não, corretamente enfocado.

Com a devida vênia, entendo que não somente o Poder Legislativo tem esta obrigação, que aliás é a de aceitar ou rejeitar, sem emendas, o decreto-lei. Também me parece que o Poder Judiciário tem que perquirir dos motivos que levam o Executivo a expedir determinado decreto-lei, quando se discute, como aqui, por inteiro, a matéria constitucional.

Feita esta ressalva, que é apenas de entendimento pessoal, para abreviar, tendo em vista o adiantado da hora, prometendo explicitar em voto escrito meu entendimento, dois pontos impressionaram-me, vivamente, no problema do FINSOCIAL. O primeiro deles é o de que esta Corte (e com ela o egrégio Supremo Tribunal Federal) já entendeu ser plenamente constitucional a instituição de tributo mediante decreto-lei. Deve-se, inclusive, ao brilhante voto do eminente Ministro José Dantas a explicitação que foi o «leading case» deste Tribunal. Ora, Srs. Ministros, no caso do IOF, que guarda muita semelhança com este, entendeu esta Corte, acolhendo o voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro, que o Executivo poderia, como o fez, criar, por decreto-lei, àquele tributo. Reconheceu-lhe, portanto, pressuposto, ou os pressupostos de urgência e de interesse público relevante. Mas, ao depois, a meu ver, e, **data venia**, contraditoriamente, entendeu de, em homenagem ao princípio da anualidade, declarar que a cobrança, todavia, não poderia fazer-se no mesmo exercício.

Observação inteligente encontra-se no parecer da douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: se é urgente, se é relevante o interesse público que leva o Presidente da República, como juiz dessa urgência e dessa relevância, a expedir um decreto-lei, que também figura no elenco do processo legislativo, parece-me uma contradição que se lhe negue esta mesma urgência, esta mesma relevância, permitindo a viabilidade da cobrança somente no exercício seguinte, o que faz presumir que, ou não era urgente, ou não era relevante — e aí o decreto-lei não poderia ter sido, sequer, editado — ou é urgente e relevante, e aí tem que ser imediatamente cobrado o tributo instituído.

Não há como sair, *data venia*, pelo menos no meu modo de entender — e é possível que eu esteja equivocado, para isto estão aí os constitucionalistas, os doutos tributaristas desta Casa, com quem tanto tenho aprendido, ao longo desses cinco anos — mas a lógica da própria forma de expedir o decreto-lei e os pressupostos que o embasam fazem com que não se possa admitir que, uma vez reconhecida — e o Tribunal já reconheceu — a urgência ou a relevância da matéria, não se pode deixar, também, de concluir que o tributo pode, e deve, ser cobrado no mesmo exercício.

A preocupação com essas expedições de decretos-leis — e todos sabem que o decreto-lei é um instrumento das democracias modernas para dinamizar o Executivo (não vou entrar nisto, para não me alongar demais, e todos sabem o assunto) essa preocupação com o Executivo forte, não nos deve atingir. O que nos deve preocupar é um Executivo fraco, um Legislativo sem imaginação ou um Judiciário sem independência e sem poder de análise. Estas coisas, sim, nos devem a todos preocupar, como juizes e como cidadãos. Nunca, em tempo algum, tanto mais que a Constituição revela um momento de inspiração jurídica de um povo, quando inscreveu, dentro dos seus dispositivos, o que permite a urgência da deliberação do Executivo, outro que determina a apreciação dessa urgência pelo Poder Político, e mais um outro que também autoriza o exame, pelo Poder Judiciário, dos direitos e garantias individuais, porventura lesionados. Estabelecido, assim, esse estado de direito, tal como está em nossa Constituição não me parece que mereça preocupação maior, de nossa parte, este assunto, tanto mais que, quanto ao aspecto da anualidade, o art. 153, § 29, da Constituição, deixa uma gama bem ampla, na parte final, ao declarar:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

A amplitude desta parte final da ressalva permite, perfeitamente, sem nenhuma intransigência, a meu ver, que se possa reconhecer, uma vez que se reconheceu a premissa, reconhecer também a conclusão lógica de que o tributo deve, e pode, ser cobrado no mesmo exercício.

A natureza jurídica já foi dita: é uma contribuição. O Decreto-Lei nº 27, de 14 de novembro de 1966, também, já dizia:

«O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o parágrafo único do art. 31 do Ato Institucional nº 2, tendo em vista o Ato Complementar nº 3.

«Considerando a necessidade de deixar estreme de dúvidas a continuação da incidência e exigibilidade das contribuições para fins sociais, paralelamente ao Sistema Tributário Nacional, a que se refere a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

«Considerando as patentes implicações das mencionadas contribuições, no tocante à Paz Social, que se reflete necessariamente na Segurança Nacional, etc.»

Esse Decreto-Lei, como todos sabem, acrescenta à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, um artigo referente às contribuições para fins sociais. Há um equívoco ao declarar que é o art. 218. Se não me engano, o art. é o 217; mas não importa esse equívoco, na mera enumeração do texto, o que importa é o que ele diz:

«Art. 1.º Fica acrescido à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o seguinte artigo, que terá o nº 218, passando o atual art. 218 a constituir o art. 219:

«Art. 218. As disposições desta lei, notadamente as dos arts. 17, 74, § 2.º, e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade;

«I — da «contribuição sindical», denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei nº 4.589, de 11 de dezembro de 1964 (9);

«II — das denominadas «quotas de previdência» a que aludem os arts. 71 e 74 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (10), com as alterações determinadas pelo art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965 (11), que integram a contribuição da União para a Previdência Social, de que trata o art. 157, n.º XVI, da Constituição Federal;

«III — da contribuição destinada a constituir o «Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural», de que trata o art. 158 da Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963 (12);

«IV — da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criada pelo art. 2.º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 (13);

«V — das contribuições enumeradas no § 2.º do art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as alterações decorrentes do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, e outras de fins 'sociais, criadas por lei'».

Já vimos, então, que essa contribuição, criada por lei, ou por decreto-lei, com força de lei, por motivo de urgência e de relevante interesse público, na verdade, talvez até simbolicamente, seja uma contribuição de economia de guerra. A verdade é que o Decreto-Lei nº 1.940 — 1940 é uma data simbólica, lembra quando o mundo estava inteiramente convulsionado pela Segunda Guerra Mundial, por uma dessas fatalidades que descem do além, como diria o poeta — o Decreto-Lei tomou esse número, a indicar que se trata realmente de uma disposição que visa a acalmar, conter, evitar o conflito social que, àquela época, já era iminente e que agora está se revelando publicamente nos mais importantes Estados da Federação. Isto mostra que o Poder Executivo, quando instituiu a contribuição social — a obrigação de uns quantos para o bem-estar de todos — o fez em momento de grande inspiração. Revelou-se, posteriormente, que estava com inteira razão.

Os conflitos aí estão a demonstrá-lo. Esses recursos são indispensáveis, entre outros fins, como está o decreto a dizer, para custear a assistência à alimentação. A fome, como todos sabem, é má conselheira. Nos Estados do Nordeste já tem havido saques. Os fatos são reais; nos Estados mais ricos da Federação há milhares de desempregados; pessoas que não têm condições e não estão conseguindo trabalho, porque a Nação precisa criar 1,5 milhão de novos empregos todo ano, e as dificuldades conjunturais, que têm levado a empresas a demitir até quem já está empregado, quando se deveria admitir quem precisa de emprego — 1,5 milhão de novos empregos! — vêm mostrar que a situação econômica, descrita ou antevista pelo Decreto-Lei 1.940, é de uma gravidade absolutamente extrema. Não pode o Juiz, a meu ver, como um dos integrantes de um dos Poderes da República, especialmente num Tribunal como o nosso, de jurisdição nacional, desconhecer as circunstâncias em que são editados os diplomas

legais que eles têm obrigação de aplicar. E, já demonstrei aqui, lendo a mensagem do Poder Executivo, recordando aos Srs. Ministros, o que vem ocorrendo dentro do País, que, na verdade, estamos vivendo uma economia de guerra. E assim é preciso que seja encarado por este Tribunal — com a devida permissão de quem entende em sentido contrário — como tal e com urgência.

Com essas breves considerações, ou que pensei fossem breves, gostaria que fossem breves, mas a preocupação com o fato, mais ainda, a preocupação com o Direito e, ainda mais, sobretudo, a preocupação com a justiça social que está inscrita na Constituição, levaram-me a fazer esse apelo emocionado à meditação dos eminentes Pares, que me honram com a sua companhia neste Tribunal. É indispensável que o Tribunal Federal de Recursos medite na grandeza e na necessidade deste tributo. Não entremos em discussão. Só, parece-me, que não se pode, até por coerência, uma vez admitido que o Executivo pôde criá-lo — e não ser inconstitucional, por motivo de urgência, ou de interesse público relevante, ou ambos — forçosamente há de se concluir pela necessidade, também, de cobrá-lo imediatamente, para atender, de pronto, ao relevante interesse social, que o ditou, e à urgência, com que foi expedido.

Este é o meu voto, Sr. Presidente: entendo, portanto, em conclusão, que, com a devida vênha, a segurança deva ser denegada.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, em torno do qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse».

O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária», nº 16, págs. 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º e 43 da Constituição pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. E é interessante notar que no inciso I estão mencionados os «tributos, arrecadação e distribuição de rendas»; agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar as contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naquelas. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no

domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

Essa exegese me parece incontestável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Integram a segunda, de cunho não tributário, as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

- salário-família (art. 165, II);
- integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);
- fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);
- previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165 XVI);
- aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);
- contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);
- assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);
- salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qualquer das que vêm de ser arroladas, pertençam elas à primeira ou à segunda categorias. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da previdência social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio econômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor próprio da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no prefalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed., 1981, pág. 164) — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições, pelo contrário, não basta simples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado».

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas — não inclusão de exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição; que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», n.º 18, págs. 307 e seguintes), concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, ex vi dos arts. 18, § 5.º e 21, § 1.º, da Constituição; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base imponible. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo».

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2.º do art. 1.º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional».

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação aqui tem por fato imponible uma situação relativa ao contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, arts. 4.º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança da «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as imetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982.

EMENTA: Tributário. Finsocial. Contribuição. CF, art. 21, § 2.º, I; art. 164, parágrafo único. Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-82.

I — As contribuições, todas elas, (CF, art. 21, § 2.º, I, e art. 43, X), têm natureza tributária, constituem espécie tributária, sem existência autônoma, assim sujeitas ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional.

II — A contribuição do FINSOCIAL destina-se à intervenção no domínio econômico. CF, art. 21, § 2.º, I, e art. 163, parágrafo único. A in-

tervenção no domínio econômico só se dá mediante lei federal (CF, art. 63), que não pode ser substituída por decreto-lei. Impossibilidade, por isso, de ser cobrada a contribuição do FINSOCIAL. No caso, ademais, tem-se tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo. Por isso, só por lei complementar poderia ser instituído, tendo em vista o disposto no art. 62, § 2º, da Constituição.

III — Mandado de Segurança deferido.»

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na sessão em que o julgamento se iniciou, assim relatou a espécie o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator:

Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras, requereram Mandado de Segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição referida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara portaria que tomara o número 119 estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição, nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como eles impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em Mandado de Segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como ocorrera, por via de decreto-lei, porque não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Constituição, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão *finanças públicas*;

b) que, também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º, da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei.

c) que o Decreto-Lei 1.940 não estabelecera «os critérios e prazos para o recolhimento do tributo» o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações, o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio de anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução tornaria ineficaz o Mandado de Segurança, se afinal deferido e solicitei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do Coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr.-Ministro da Fazenda se circunscrevera a baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira contra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o Mandado de Segurança.

b) descabimento do pedido por ser a contribuição «receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal», e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, com o que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo artigo 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões de parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No Sistema Constitucional e Legal Brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do FINSOCIAL;

a contribuição do FINSOCIAL, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, infelizmente, uma contribuição social, na acepção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inserida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1962), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal Brasileiro, não se submete ao chamado princípio de anterioridade, nem, tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas «ad argumentandum», que a contribuição do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, uma vez que, por força da ressalva do inciso I, § 2º, artigo 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

además disso, os preceitos do art. 55, da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei, em face de seus pressupostos de urgência e relevante interesse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário, clássico, como também o princípio da anterioridade;

assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito, muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do Mandado de Segurança, à abstenção do respectivo recolhimento.»

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo conhecimento do pedido por entender que com a Portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara «um ato administrativo de natureza impositiva».

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Eg. Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os Mandados de Segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações parafiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se a seu enquadramento como tributo.

A dirimência da **vexta questio**, há de ser encontrado com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal, convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do **mandamus**, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e consequentemente, denegar a ordem por faltar-lhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado.»

.....
(fls. 163/166).

Superada a preliminar de conhecimento do **mandamus**, o eminente Ministro Relator votou no sentido de deferir o «writ» nos termos do pedido. Já o Sr. Ministro Moacir Catunda votou pelo deferimento parcial do pedido, vale dizer, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício de 1982, acompanhando-o os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite. O Sr. Ministro W. Bolívar votou pelo indeferimento do pedido. Votou, em seguida, o Sr. Ministro Torreão Braz, concedendo, em parte, a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982, na linha do voto do Sr. Ministro Catunda.

Assim o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no parágrafo 2º, do art. 21 da Constituição, que rezam:

«Art. 55. O Presidnete da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21.»

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categoriais profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei aco-

bertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, parágrafo 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a Nação brasileira, investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nele se reflete.

A contribuição criada, tendo em vista a intervenção do domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que estabelece o **caput** do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Dec.-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção à norma constitucional expressa.

Por assim considerar voto concedendo o Mandado de Segurança nos termos do pedido.»

O voto do Sr. Ministro Torreão Braz tem o seguinte teor:

«Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982, em torno do qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 1º. É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º. Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.»

O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária», nº 16, págs. 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º e 43 da Constituição pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. E é interessante notar que no inciso I estão mencionados os «tributos, arrecadação e distribuição de rendas»;

agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar às contribuições enumeradas no inciso X e sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

Essa exegese me parece incontestável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Integram a segunda, de cunho não tributário, as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

- salário-família (art. 165, II);
- integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);
- fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);
- previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165, XVI);
- aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);
- contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);
- assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);
- salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qualquer das que vêm de ser arroladas, pertençam elas à primeira ou à segunda categoria. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da previdência social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio eco-

nômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no prefalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed., 1981, pag. 164), — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições, pelo contrário, não basta simples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado.»

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas, — não-inclusão da exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição, que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», n.º 18, págs. 307 e seguintes), conclui pela criação, na hipótese, de dois impostos: um, que se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, *ex vi*, dos arts. 18, § 5.º e 21, § 1.º, da Constituição; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base impositiva pois este, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base impositiva. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo.»

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2.º do art. 1.º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do imposto de renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional».

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação aqui tem por fato impositivo uma situação relativa ao contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, arts. 4º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança da «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982».

Pedi vista dos autos e os trago, hoje, com observância do prazo inscrito no art. 151 do Regimento Interno, para que seja retomado o julgamento da causa.

II

Abrindo o debate, deixo expresso que a *contribuição*, seja que nome tenha, constitui tributo. É que sustento, na linha do entendimento do saudoso Rubens Gomes de Sousa, que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isso em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos artigos 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º e o CTN no art. 217, nºs I a V.» (Rubens Gomes de Sousa, «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305). Assim, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

É certo que alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam a contribuição ou como *imposto*, ou como taxa, presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária». RT; 1973, pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário...» RDP, 19/385). No mesmo sentido, a lição de Alfredo A. Becker, para quem o tributo ou é imposto ou é taxa («Teoria Geral do Dir. Tributário», Saraiva, 2ª ed., pág. 346).

A conclusão a que chegam esses eminentes doutores, com base na divisão dos tributos em vinculados e não vinculados a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba), o que se verifica mediante análise da hipótese de incidência, está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou parafiscais, observada, todavia, a lição do preclaro Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária, *ex lege* em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hipótese de Incid. Trib.», cit., pág. 201).

Esse caráter tributário da contribuição é, hoje, assinalado pelos melhores doutrinadores do Dir. Constitucional Tributário. É conferir, por exemplo, além dos autores já citados: Sacha Calmon Navarro Coelho (Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 455), Aliomar Baleeiro («Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 5ª ed., Forense, págs. 279 e 281), Amílcar de Araújo Falcão («Introdução ao Dir. Tributário», Ed., Rio, pág. 43), (Fábio Fanucchi («Curso de Dir. Tri-

butário Brasileiro», Ed., Res. Trib., 4ª ed., 1/55), Ilves J. de Miranda Guimarães («A Situação Atual da Parafiscalidade no Dir. Tributário», J. Bushatsky Editor, pág. 89), Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, III/181).

Retomando o fio do raciocínio anteriormente expandido, quando divergíamos dos autores que reduzem os tributos a imposto e taxa, e que entendem que a contribuição ou é imposto ou é taxa, já que sustentamos a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição (v. meu «A decadência e a prescrição do crédito tributário — As contribuições previdenciárias...», in Rev. de Dir. Tributário, nºs 9/10, p. 181), invoco o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin, que lecionou: «Assim, critério classificatório sem dúvida jurídico, embasado na hipótese de incidência ou fato gerador, conducente à dicotomia — taxa, imposto — pode ser afastado pelas normas legais, que adotem classificação outra, com preponderante influência na aplicação do direito.» (Rodrigues Alckmin, «Os Tributos e sua Classificação», co-edição Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975). No julgamento do RE nº 75.972-SP, em que uma empresa liberada constitucionalmente do pagamento de impostos queria forrar-se ao recolhimento da chamada Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a Corte Suprema considerou esse adicional ao frete como uma *contribuição* decorrente da intervenção da União no domínio econômico e não como imposto, pelo que a empresa teria que pagá-la, porque somente de imposto se achava livre. Esclarece o Ministro Rodrigues Alckmin a respeito desse julgamento:

«Ponderou um dos votos — o do Ministro Baleeiro — que «à primeira vista, isso exdruxulamente chamado de «adicional ao frete» é imposto federal sobre transportes intermunicipais, previsto no art. 21, VII, da Emenda 1/69. Nesse caso, a União pode exigi-lo, de todos exceto dos que gozam de imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo art. 19, III, da CF teria razão a recorrida.

Mas, desde a CF de 1967, ficou expresso que a União pode decretar contribuições especiais ou parafiscais, princípio hoje consagrado pelos arts. 21, § 2º, I; 163, parágrafo único; 165, XVI, e 166, § 1º, da Emenda 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamente diversa daquela dos RMS 19.742 e 18.224, RTJ 46/64 e 57/742, quando diferente se apresentava nosso Direito Constitucional na espécie».

E concluiu por admitir que o tributo reclamado era de classificar-se, constitucionalmente, como contribuição, pelo que fugia, a sua exigência, à vedação constitucional» (Rodrigues Alckmin, ob. cit., págs. 50/51).

Relembre-se, todavia, para evitar dúvida, que a divisão triparte do tributo nas espécies *imposto*, *taxa* e *contribuição* não autoriza a afirmativa no sentido de que estas últimas, sob a denominação parafiscais, teriam sistema fiscal autônomo. Não e não. As contribuições, como espécie tributária, estão sujeitas às regras tributárias inscritas na Constituição e no Código Tributário Nacional.

Neste ponto, aliás, é bom esclarecer que o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República cita, erradamente, o Ministro Sebastião Reis, dando a entender que este ilustre magistrado e tributarista teria sustentado que a contribuição parafiscal não se sujeita ao regime tributário (parecer, fls. 155/156). Isto, *data venia*, não é correto. O eminente Ministro Sebastião Reis apenas sustenta a divisão triparte do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, tal como também o fazemos, S. Exa. deixa claro, entretanto, que a contribuição está sujeita às regras do regime tributário. Confira-se, por exemplo, os EAC 41.126-MG, de que foi S. Exa. relator, cuja ementa do Acórdão contém lição de mestre:

«Previdenciário. Execução. Prescrição. Contribuições Previdenciárias.

Sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 21, nº I, as contribuições, os interesses da previdência social passaram a integrar o sistema tri-

butário nacional expressamente, de outro lado, a melhor doutrina brasileira é no sentido de que, a partir do Decreto-Lei nº 27/66, que introduziu o art. 217 ao Código Tributário Nacional, as contribuições — espécie unitária do gênero «tributo» — passaram a integrar a Lei nº 5.172/66, incluindo-se no seu tratamento, como se vê do amplo estudo de Rubens Gomes de Souza sobre a matéria (RDP 17/306; RDA 112/43 de Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro, pág. 640).

Outrossim, é doutrina hoje generalizada a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, todas subdivisíveis em subespécies, compreendidas nas últimas, ao lado das contribuições de melhoria, outras modalidades, entre as quais a contribuição previdenciária; de outra parte, a existência autônoma da parafiscalidade preconizada por Morreli é repelida, praticamente, por toda a doutrina autorizada, inserindo-se a mesma em uma das espécies tributárias comentadas.

O perfil técnico-doutrinário da contribuição previdenciária se insere no conceito unitário de «contribuições», espécie do gênero «tributo», e à luz do direito positivo brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu no Código Tributário Nacional o art. 217, a modalidade «contribuições» ali referida, em que se inclui a contribuição previdenciária, incorporou-se ao sistema do codificado, sendo irrecusável a sua subsunção no conceito técnico legal do art. 3º da Lei nº 5.172/66, princípio que veio a ser sancionado no art. 21, § 1º, nº 1 da Emenda Constitucional nº 1/69, saliente-se, ainda, que descabe qualificar a contribuição previdenciária como simples decorrência da intervenção do Estado na ordem econômica, no regime da Emenda aludida de um lado, pela sua inserção no capítulo do sistema tributário, de outro, porque a previdência social é hoje em quase todos os países um serviço público, e, no Brasil, resulta de um compromisso constitucional com trabalhadores exigível, assim, em serviço essencial do Estado.

Precedente da egrégia Segunda Seção deste Tribunal.

Controvérsia, nesta altura, entre a ocorrência ou não da prescrição.

Prescrição reconhecida de acordo com o voto vencedor na apelação.

Rejeitaram-se os embargos.»

III

Examinemos, agora, a espécie tributária objeto do presente **mandamus**.

O Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, instituiu a contribuição objeto deste Mandado de Segurança e criou o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL). Ao editá-lo, o Chefe do Poder Executivo baseou-se no art. 55, II, da Constituição, invocando, ademais, o disposto no art. 21, § 2º, da Constituição.

Estabelecem os artigos 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e artigo 3º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste Decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministro da Fazenda.»

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.»

IV

Além da contribuição de melhoria (CF, art. 18, II), a Constituição admite as seguintes outras contribuições: *a)* as destinadas à intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único), *b)* as de interesse de categorias profissionais, denominadas contribuições sindicais (CF, art. 21, § 2º, I, e artigos 43, X, e 166, § 1º); *c)* para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social (CF, art. 21, § 2º, I); *d)* salário-família (CF, art. 43, X, e art. 165, II); *e)* integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, a contribuição para o PIS (CF, art. 43, X, e art. 165, V); *f)* FGTS (CF, art. 43, X, e art. 165, XIII); *g)* previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, que são as contribuições previdenciárias (CF, art. 43, X, e art. 165, XVI); *h)* aposentadoria para a mulher, aos 30 anos de trabalho, contribuição já existente, porque englobada na contribuição previdenciária (CF, art. 43, X, e art. 165, XIX); (as contribuições sindicais, art. 43, X, e art. 166, § 1º, nós já a mencionamos, sob «b», acima); *i)* assistência à maternidade, infância e adolescência e educação de excepcionais (CF, art. 43, X, e art. 175, § 4º); *j)* salário-educação para empregados e seus filhos menores, contribuição já existente (CF, art. 43, X, e art. 178).

Não custa repetir, para bom entendimento da questão, que todas as contribuições acima mencionadas, sem exceção, são espécies tributárias, têm natureza tributária, estão, por isso mesmo, submetidas ao regime tributário da Constituição e Código Tributário Nacional.

V

A contribuição do FINSOCIAL, parece-nos evidente, não se inclui entre as mencionadas no artigo 43, X, da Constituição.

Ela se inclui, em verdade, no art. 21, § 2º, I, da Constituição. O Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que a instituiu, reporta-se, aliás, expressamente, ao artigo 21, § 2º, da Constituição.

O art. 21, § 2º, I, da Constituição, conforme já falamos, acima, prevê a instituição de três contribuições: *a)* a contribuição destinada à intervenção no domínio econômico CF, art. 163, parágrafo único; *b)* a de interesse de categorias profissionais — a contribuição sindical, CF, art. 43, X, e art. 166, § 1º; *c)* a contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social.

A contribuição do FINSOCIAL destina-se a atender a intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único).

É, pois, a contribuição do FINSOCIAL, uma contribuição, espécie tributária.

VI

Apesar de ter eu ponto de vista pessoal no sentido de que o princípio da legalidade tributária exige lei, em sentido formal, para a instituição de tributo, rendi-me à juris-

prudência desta Casa e da Corte Suprema, que admite a criação de tributo através de decreto-lei (RE nº 99.697-RJ, relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, *DJ* 6-5-83).

Em linha de princípio, pois, poderia o Poder Executivo, com base no art. 55, II, da Constituição, instituir o tributo.

Acontece, entretanto, que a citada contribuição destina-se a atender a intervenção no domínio econômico. Mas a intervenção no domínio econômico só se faz mediante *lei federal* (CF, art. 163).

A Constituição exige, no particular, lei, lei em sentido formal, que não pode ser substituída por decreto-lei.

Quando do julgamento do MS nº 90.245-DF, de que foi relator o Sr. Ministro José Dantas, sustentei que quando a Constituição menciona que determinada matéria será definida em lei, ou será regulada em lei, exige a Constituição *lei em sentido formal*, vale dizer, lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, na forma estabelecida no processo legislativo (CF, art. 46 e segs.).

O decreto-lei, não obstante ter força de lei, não segue, todavia, no processo de sua elaboração, as regras do processo legislativo atinentes à lei. Por exemplo: no exame do decreto-lei, remetido ao Congresso, nos termos do § 1º, do art. 55, da CF, o Congresso poderá, apenas, aprová-lo ou rejeitá-lo, não podendo emendá-lo. Só isso, ao que penso, demonstra que o decreto-lei não substitui a lei, quando a Constituição expressamente exige lei.

A interpretação harmônica do art. 55, II, e do artigo 163, ambos da Constituição, afastaria a competência do Presidente da República para editar decreto-lei regulador da intervenção no domínio econômico.

Concordo, pois, com o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no particular, pelo que o «writ» é de ser deferido.

VII

Mas há mais.

Tem-se, no caso, tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo.

Sendo assim, ensina Ricardo Mariz de Oliveira, «o instrumento requerido não é nem a lei ordinária, mas, sim, a lei complementar, por expressa exigência do art. 62, § 2º da CF», («Aspectos Constitucionais da «Contribuição» ao FINSOCIAL...», in «RT Informa», 308/3).

Em verdade, só por lei complementar seria possível a instituição da contribuição em apreço, porque vinculado o produto de sua arrecadação a um determinado fundo (CF, art. 62, § 2º). Exatamente por isso é que a contribuição do PIS foi instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970.

Também por esse motivo o «writ» deve ser deferido, integralmente.

VIII

Todavia, se ficar eu vencido no deferimento integral do pedido, meu voto conduzir-se-á ao deferimento parcial, que é o voto médio, no sentido de que a cobrança do tributo não poderá ocorrer no exercício de sua instituição, 1982, assim nos termos do voto do Sr. Ministro Catunda, porque as contribuições estão sujeitas ao princípio da anterioridade (CF, artigo 153, § 29).

De feito.

É verdade que as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites

prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, a alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.

IX

Diante do exposto, defiro o «writ», nos termos do pedido, tal como o faz o Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente. A matéria já foi por demais debatida no Tribunal. Darei apenas a conclusão do meu voto, que é no sentido de conceder parcialmente a segurança, tão-só para anular a cobrança da contribuição social durante o exercício de 1982, acompanhando os fundamentos do voto do eminente Ministro Moacir Catunda, *data venia* dos doutos votos divergentes.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILSON GONÇALVES: Sr. Presidente, a esta altura, seria veleidade minha trazer algum aspecto novo numa questão tão brilhantemente explanada neste Tribunal, a respeito da matéria que está em debate. Mas, vou apenas resumir o meu pensamento, utilizando o pronunciamento de outros naquilo que coincide com o meu, porque sinto na fisionomia dos eminentes pares um ar de aflição, temendo que eu possa deitar aqui também o que aprendi nesse setor da ciência tributária. Mas, apenas, quero dizer a V. Exa. e aos eminentes pares que, de todo o debate estabelecido, meu ponto de vista coincide, numa junção harmoniosa, com os votos dos eminentes Ministros Moacir Catunda, Torreão Braz e Sebastião Alves dos Reis, no sentido de que se trata de um duplo tributo, um, ocupando um campo residual, e o outro, com a feição de adicional ao imposto de renda.

Nestas condições, considerando assim matéria tributária, eu adiro àqueles que se atêm ao princípio da anterioridade e, em conseqüência, concedo em parte o Mandado de Segurança, no sentido de que não é constitucional a sua cobrança no exercício de 1982.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, o meu entendimento é também na linha de concepção do voto do eminente Ministro Moacir Catunda. Por isso, acompanho-o.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, embora não comungue do entendimento segundo qual as contribuições, quaisquer que sejam, constituem uma das classes abrangidas no gênero tributo, isto não me impede de reconhecer que a disciplina jurídica (notadamente a constitucional) a que se submetem a várias espécies de contribuições é essencialmente aquela que a Constituição estabelece para os tributos em geral.

Aliás, não é somente em relação a tributos que a Constituição estabelece a garantia e a ressalva da legalidade, fundada nos princípios basilares do estado de direito que são o da soberania popular e o do exercício temporário, por representação e delegação, das funções de governo.

Esta minha divergência de ordem doutrinária ou científica em relação à douta opinião predominante, pelo menos no âmbito da Segunda Seção, de modo algum me impede de convocar, para qualquer situação concreta em que de contribuição se cogita, a incidência dos princípios constitucionais tributários; porque, a todo modo, sempre se trata de atividade fiscal em sentido amplo, do Estado (atividade administrativo-fiscal).

Em outra ordem de idéias quando do julgamento do Mandado de Segurança impetrado contra exigência do imposto sobre operações financeiras e incidir sobre câmbio para importação de mercadorias, não me animei a expor meu entendimento sobre o fundo da questão, desde, na ocasião em que me cumpria votar, a matéria fora já exaustivamente vencida neste agrégio Plenário; e também porque me senti profundamente sensibilizado pela urgência da balança internacional de pagamentos que o País enfrentava.

Assim, compreendi que era razoável assentir com o entendimento predominante e reconhecer a urgência em que se achavam as finanças nacionais, de se defender, no contexto da conjuntura econômica e financeira mundial, que já se evidenciava madras-ta para o Brasil.

Nesta altura, depois de maior reflexão sobre o tema, a despeito de que acaba de recordar o Senhor Ministro Carlos Velloso relativamente ao entendimento jurisprudencial, peço vênha para deixar expresso que meu compromisso com os cânones basilares da lei maior em matéria tributária não rende os espaços para perquirições milimétricas de direito intertemporal.

Tornarei mais claro meu pensamento.

O princípio verdadeiramente fundamental, na matéria, é o da representação popular.

Onde quer que este princípio resulte malferido, ainda que por emendas à constituição emanada do poder constituinte originário, não há como possa prevalecer a lei menor.

Direi o mesmo noutras palavras.

Nem tudo o que a Constituição enuncia tem o mesmo peso, o mesmo poder de vinculação dos poderes que ela cria e concatena: há hierarquia entre os cânones constitucionais; alguns são de superior eficácia.

Em matéria tributária, regra alguma procedente de emenda pode excluir ou mesmo limitar o comando procedente do poder constituinte originário, que exige e sustenta o princípio da representação popular, cânone constitucional fundamental.

No tocante ao atual julgado de inconstitucionalidade, tenho como suficientes para o caso específico as razões e fundamentos do douto voto do Senhor Ministro Armando Rollemberg e os complementos significativos trazidos pelo Ministro Velloso. O Art. 163 da Constituição é suficientemente explícito ao se reportar à lei para admitir a intervenção no domínio econômico; e, bem assim, ao acentuar a necessidade de serem assegurados os direitos e garantias individuais.

Não me sensibilizam as significativas razões de contingência e de conjuntura econômica-social: fora da observância da lei, não há muita coisa a ser construída no convívio social.

Com estes esclarecimentos, concedo e segurança.

No caso, porém, em que prevaleça a douta opinião que limita os termos da concessão, meu voto há de ser também para este fim computado.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Controverte-se nos autos em torno da legitimidade constitucional do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, que objetiva instituir contribuição social e criar o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), alegando as impetrantes, em substância, a prevalência in casu do princípio da legalidade estrita, do primado da lei formal, seja porque a matéria, ali regulada, não tem sede nos domínios das finanças públicas, não se lhe aplicando o art. 55, II da Constituição Federal, seja porque exorbita do quadro do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei Maior, ao lado de estruturar defeituosamente a exação criada, bem como a inidoneidade da Portaria Ministerial baixada, para, na espécie, suprir omissões ou estabelecer penalidade, invocando, ainda, alternativamente, o cânone como da anterioridade da lei, teses contrariadas doutamente nas informações e no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, firmado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Geraldo Andrade Fonteles.

Até esta altura, três posições já se afirmaram, neste Plenário, a liderada pelo Relator, Ministro Armando Rollemberg, no sentido da inidoneidade constitucional do decreto-lei para instituir a contribuição em foco, pela circunstância particular de que aquele diploma encerra intervenção na ordem econômica, só legitimável através de lei formal, inobservância procedimental que, por via reflexa, macula a exação instituída; já o Ministro Washington Bolívar, após admitir a adequação do decreto-lei para instituir a contribuição em apreço, sustenta que o «standard» da urgência, ocorrente na espécie, é incompatível com o princípio geral da anualidade, consagrado na primeira parte do § 29 do art. 153, da Lei Máxima, e, à luz desse raciocínio, conclui que a hipótese se insere na exceção compreendida na cláusula «demais casos previstos nesta Constituição», negando, por fim, in totum a segurança; a terceira corrente deferiu em parte a segurança, para afastar a cobrança respectiva apenas no exercício de 1982, ano da edição do diploma em causa, aplicando ao caso o princípio da reserva da lei anterior.

Assinalo que o Ministro Carlos Velloso, ao filiar-se à tese do Ministro Rollemberg, fê-lo aditando a violação do art. 62 § 2º da Constituição Federal, por tratar-se de instituição de Fundo, só viável através de Lei Complementar, no que foi acompanhado pelo Ministro Bueno de Souza, e que a terceira posição, até agora, se bifurca em duas tendências, a que descaracteriza a contribuição em tela para imposto, tendo à frente o Ministro Moacir Catunda, e a que qualifica a exação instituída como contribuição social, enquadrável no campo da parafiscalidade, no círculo das finanças públicas, do Direito Financeiro, como se vê dos votos dos Ministros José Dantas e Carlos Madeira, resguardada, no entanto, a regra da anterioridade da lei instituidora, para efeito de cobrança, considerando o princípio da universalidade do orçamento e tratar-se de «fundo» dirigido pela administração direta, aplicáveis seus recursos mediante diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República, com subvenção de dotações orçamentárias da União.

Posicionando-me no contexto da controvérsia, inicialmente, acentuo que, embora a parafiscalidade, na sua origem, se tenha apresentado como expediente técnico-político para acudir aos novos compromissos sociais e econômicos assumidos pelo Estado para com a sociedade, posto haja surgido como uma finança paralela, paraorçamentária como uma ruptura com dogmas das finanças clássicas, em particular, com o princípio da universalidade do orçamento público, sem embargo de sua vocação histórica para um regime jurídico de maior flexibilidade, o certo é que todo esse material elaborado pela ciência das finanças só vale juridicamente nos limites em que for recebido pelo direito positivo de cada país.

No direito brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66, para uns, ou da inovação trazida com o inciso II da letra *b* do art. 21 pela Emenda Constitucional nº 1/69, para outros, a doutrina e a jurisprudência passaram a revelar nítida tendência em afirmar a integração das contribuições econômicas e sociais na temática tributária consagrada

constitucionalmente e só agora com a nova redação dada àquele inciso e com a enunciação do art. 43, inciso X, veiculadas pela Emenda Constitucional nº 8/77, voltou-se a discutir acerca do acolhimento pelo direito positivo brasileiro de uma parafiscalidade, de fisionomia técnica própria, fora dos quadros da tributação, como uma categoria antes de direito financeiro que de direito tributário, uma exação não tributária, mas simplesmente financeira.

Feitas tais considerações prévias, centrando-me na Constituição Federal vigente, vê-se que o nosso Estatuto Maior ao lado das figuras tributárias tradicionais do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria, no inciso I do § 2º do seu artigo 21, no capítulo do sistema tributário, alude a contribuições, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente a parte da União, no custeio dos encargos da previdência social e no seu artigo 43, item X, no capítulo seguinte, refere-se a contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 114 item II, V, XIII, XVI e XIX, 168 § 1º, 175 § 4º e 178, preceito esse em que se insinua a tese da parafiscalidade.

Na espécie, pretende o legislador do Decreto-Lei nº 1.940/82 instituir «contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor» (art. 1º).

Nesse particular, mesmo que se admita a tese de que, após a Emenda Constitucional nº 8/77, as contribuições sociais ali referidas, passaram a categorias estritamente financeiras ou paratributárias, o certo é que, como o demonstram os votos do Ministro Torreão Braz e Carlos Mário Velloso, a contribuição sob exame não se identifica com qualquer das figuras ali elencadas.

Tenho que a enumeração respectiva constitui» *numerus clausus*», taxativo, quer a consideremos exação tributária ou não — tributária, o certo é que representam prestações coativas, limitadoras da propriedade, e por isso, devem ser catalogadas em quadro fechado e não aberto a demasias, de outro, porque, se pretendesse dar-lhe alcance exemplificativo teria adotado o critério do Decreto-Lei nº 27/66 que, após enumerar várias modalidades de contribuições, completa o rol adotando a cláusula aberta «e outras contribuições sociais criadas por lei».

A toda sorte, pretendesse o constituinte brasileiro dar ao conceito de contribuição um elástico aberto à sua inventiva e às necessidades crescentes do Tesouro, ter-se-ia, válido, autorizadamente, do ensinamento originário de Rubens Gomes de Souza, quando definiu as contribuições por exclusão, conceituando-as como a exação que não se identifica nem com taxa, nem com imposto. Acrescente-se que mesmo tecnicamente, a doutrina dominante é no sentido de que a hipótese de incidência da contribuição particulariza-se por uma atuação estatal indireta e imediatamente referida ao obrigado (Geraldo Ataliba — *Hipótese de Incidência* — 2ª ed. — 1981 pág. 194); Edvaldo Brito em «Contribuições Sociais e Econômicas: Natureza Jurídica e Prescrição» — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo; Ives Gandra da Silva Martins em «As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo, sendo certo, segundo assinalou o voto do Ministro Moacir Catunda, qualquer vinculação entre o contribuinte *in casu* — por exemplo, as impetrantes — e a atuação estatal consistente em prestar assistência ao pequeno agricultor.

Demonstrado não se cuidar de uma contribuição social, poder-se-á opor que, sem embargo da referência expressa a essa conta, tratar-se-á de espécie criada com fundamento na intervenção no domínio econômico, na forma prevista no art. 163 e seu parágrafo único da Constituição Federal tendo em vista em especial a invocação expressa do seu art. 21, § 2º e não ser caso das duas outras modalidades ali previstas.

Detendo-me nessa objeção que tem por si o prestígio dos Ministros Rollemberg, Velloso e Bueno de Souza, transcrevamos o art. 163 e seu parágrafo da Constituição Federal.

«Art. 163. São facultadas a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos de garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer».

Como se extrai do texto transcrito, aqui são previstas duas formas de ingerência do Estado na esfera econômica, a interventiva, efetuada por via indireta, por regulamentação legal, e a monopolística, em que o poder público aparece como sujeito ativo da atuação empresarial.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho da melhor qualidade sobre o tema, ensina:

«Do exposto, é forçoso concluir que o art. 163 contempla, de um lado, a possibilidade do Estado intervir, isto é, disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, podendo instituir contribuições para custeio dos encargos e serviços relativos ao cumprimento da missão que lhe seja constitucionalmente irrogada.

Assim, os órgãos e entidades que crie ou serviços que ponha em ação para assegurar tal controle serão suportados por estes recursos compulsoriamente exigidos.

De outro lado, o art. 163 contempla a possibilidade do Estado monopolizar dada indústria ou atividade, se isso for requerido, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se, em regime de competição de liberdade de iniciativa». (RDA 143/45).

No mesmo sentido, Carlos Ayres Brito, (A Intervenção Estadual no Domínio Econômico *vox legis* n° 148), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Fundamentos e Limites Cons. da Intervenção do Estado no Domínio Econômico (RDP vol. 47/48 pág. 270), Fábio Konder Comparato (Intervenção no Domínio Econômico, Sociedade de Economia Mista — RDA 142/170).

De outro lado, acentuemos que a primeira hipótese do comando constitucional — a intervenção indireta — tem fundamentado ampla legislação entre nós, disciplinadora de livre iniciativa, como se vê na repressão ao abuso do poder econômico (Lei n° 4.137/62), a Lei Delegada 4/62, autorizativa do tabelamento de preços e serviços, o Decreto-Lei n° 808/69, legitimador do Conselho Interministerial de Preços (Celso Antônio Bandeira de Melo Rev. cit. pág. 48).

Delineada, assim, a área de influência do art. 163 da Constituição Federal, afastada de logo, a segunda modalidade — a direta, a monopolística — centremos as atenções na primeira, a indireta, a disciplinadora da atividade econômica, com vista à realização dos objetivos e princípios referidos no artigo 160 antecedente, e, para esse efeito, confrontemos aquele comando constitucional com Decreto-Lei n° 1.940/82:

«Art. 1° É instituído, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1° A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2° Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministro da Fazenda».

Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recurso para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesa pública — vão atuar não são reservados à iniciativa privada tais como, saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial.

Em face de tudo quanto já foi debatido, concluo que a exação em apreço não se identifica com as contribuições sociais arroladas exaustivamente no item X do art. 43 da Constituição Federal, nem se qualifica como contribuição, em razão da ingerência na ordem econômica, por não se encontrar vinculada à interferência indireta, regulatória da iniciativa privada, bem como não reúne os requisitos que condicionam tecnicamente essa figura tributária — a referibilidade indireta, mediata, entre a atuação estatal e o obrigado — princípio hoje sistematizado doutrinariamente, como se vê, em especial, em Geraldo Ataliba (Hipótese de Incidência — 2ª ed. págs. 164 e 195), desinflante o *nomen juris* dado pelo legislador.

Não se configurando na espécie o perfil técnico-jurídico da contribuição, cabe discutir-se, após a análise feita, se a exação em tela perde por tudo isso consistência jurídica, ou se pode subsistir, juridicamente, sob outro título enquanto prestação pecuniária compulsória, exigida mediante procedimento administrativo, em função do fato gerador respectivo, no contexto dos arts. 3º e 4º do CTN.

Nas hipóteses identificáveis com o chamado «imposto disfarçado», a jurisprudência do Alto Pretório tem-se orientado no sentido de desprezar a roupagem formal, o *nomen juris* para deter-se na consistência material da norma, no fato-tipo ali desenhado, nas suas várias dimensões, admitindo, nesse contexto, a sua sustentação jurídica, sob outra qualificação, em ordem a legitimar a exação, em limites próprios, bastando, para tanto, lembrar as decisões tomadas no RE nº 53.052 e RE nº 64.040, ao propósito das denominadas Taxa de Recuperação Econômica e de Assistência Hospitalar de Minas Gerais, legitimadas como imposto adicional de competência estadual, princípios que vieram a ser estruturados nas Súmulas 144 e 306.

À luz desses pressupostos, cabe examinar-se se a exação em apreço é qualificável, como imposto, e a esse propósito a minha posição concide com a do eminente Ministro Moacir Catunda, com os desdobramentos postos pelo Ministro Torreão Braz, calçados, nessa parte, em estudo amplo e excelente análise, de Hamilton Dias de Sousa, constante da publicação «Direito Tributário Atual» — Ed. Resenha Tributária, onde concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos, um, que se não confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre receita bruta, com arrimo na competência residual da União (art. 18 § 5º e 21 § 1º da CF), outro, conceituável como Adicional ao Imposto de Renda.

A esse respeito, destaco do estudo referido:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base impositiva, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base impositiva. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo».

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do Imposto de Renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um Adicional do Imposto sobre a Renda. De fato, o § 2º do artigo 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR) (46). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional» (fls. 111/112).

Estou de acordo com o enfoque desse autorizado jurista, visto como a identificação do tributo se define pelo fato gerador correspondente, irrelevante a denominação e a destinação do produto da arrecadação, perspectiva que reduz o fato jurígeno a uma situação relativa ao contribuinte, independente de atividade estatal específica (CTN arts. 4º e 16).

De outro lado, qualificada a exação como imposto, a sua instituição por decreto-lei tem apoio da jurisprudência deste Tribunal e do Alto Pretório, reportando-me a essa conta ao voto que proferi na matéria constitucional suscitada na AMS nº 91.322, apreciada por este Plenário, de que extraio:

«Posicionando-me diante das teses em conflito, inicialmente devo, **data venia** antecipar o meu entendimento de que com a adição da cláusula «inclusive normas tributárias» ao art. 55 da Constituição Federal introduzida pela EC nº 1/69, quis o legislador constituinte erigir o decreto-lei em instrumento formal hábil a instituir tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo, afastando-se, assim, sob esse aspecto, do critério anterior de compreensão do princípio da legalidade, no seu perfil clássico, estrito, rígido, construído sobre uma realidade histórica e jurídica, sobre uma dinâmica econômica e social, hoje profundamente transformadas.

No particular, afigura-se-me que reduzir o alcance da cláusula referida apenas à edição de normas procedimentais de direito tributário será esquecer-se que essa área se insere nos domínios do direito administrativo formal, e, de outro lado, subtrair-lhe a outorga de competência para criar tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo será esvaziá-la de conteúdo e minimizar a invocação constitucional introduzida.

Em que pesem autorizadíssimas opiniões em contrário, a partir de mestre Baleeiro (Dir. Trib. Bras. pág. 406 — 1ª ed. Limitações Const. ao Poder de Tributar — pág. 49, 5ª ed.) passando pelos professores Manuel Gonçalves — (Curso de Dir. Cons. 4ª ed., pág. 210), Gerd Rottman — (RDA 109/11), Geraldo Ataliba — (o Decreto-Lei na Constituição Federal de 1967 e em palestra na Universidade Católica de São Paulo), o certo é que, no momento, o constitucionalismo positivo brasileiro ultrapassou o princípio da legalidade estrita, como o reconhecem Hamilton Dias de Sousa (Estrutura do Imposto de Importação no CTN. pág. 55), Américo Lacombe — (Imposto de Importação pág. 82) Fabio Fanucchi (Incentivos Fiscais às Pessoas Físicas, pág. 8), Valter Streicker (RDP 24/110), Alberto Xavier (Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação págs. 22 e segs.).

Aliás, Hamilton Dias de Sousa, em excelente trabalho de direito comparado, constante da coletânea «Comentário ao CTN», vol. 1/28, cap. Sistema Tributário Nacional, desenvolvendo idéias já antecipadas na monografia antes

citada, mostra amplamente o evolver do princípio da legalidade tributária da sua feição rígida para a flexível, e da prevalência dessa segunda postura, sob pena de estabelecer-se um vazio entre seu conceito doutrinário e a prática observada na realidade jurídica, adiantando que países que adotam a formulação rígida, na prática legislativo-tributária, consagram a adequação do decreto-lei ao contexto da legalidade tributária».

Embora reconheça que o princípio da lei formal represente a nossa tradição constitucional desde o Império e, pessoalmente, identifiquei-me com essa orientação, não posso fugir à realidade de que hoje o direito brasileiro oferece uma ordem tributária amplamente construída sobre decretos-leis e, nessa altura, a rejeição desse instrumento poderá acarretar verdadeiro vácuo legislativo, nesses domínios.

Interfere com tal conclusão, a postura assumida pelo Ministro Washington Bolívar, no sentido da inconciliabilidade entre o parâmetro da urgência e o princípio da reserva da lei anterior e, a esse respeito, peço licença para ponderar que o raciocínio desenvolvido, a construção formulada, embora de relevo, entra em manifesto atrito com a orientação deste Tribunal e do Alto Pretório, em particular, nos arestos que mandaram aplicar o IOF o mesmo princípio da reserva da anterioridade da lei tributária quanto ao exercício de cobrança.

Por fim, reconheço que o Fundo respectivo, não tendo sido previsto na Constituição, só poderia ter sido instituído por lei complementar, insuficiente para tanto o decreto-lei, como deflui do art. 62 § 2º do diploma constitucional, estando, assim, ineficaz a vinculação ali estabelecida.

No particular, no entanto, **maxima venia** devida aos que pensam em contrário, entendendo que a destinação do produto arrecadado e sua conseqüente vinculação a um fundo não influenciam a relação tributária, para interessar somente à área da despesa, estranha ao círculo do fenômeno tributário, louvando-me, para tanto, no ensinamento autorizado de Alfredo Becker, em sua consagrada obra «Tema Geral do Direito Tributário, pág. 261».

Esse é, por igual, o ensinamento do consagrado mestre Rubens Gomes de Sousa:

«A afetação das receitas públicas a determinadas finalidades é evidentemente sem influência para lhes definir a natureza jurídica. Digo «evidentemente» porque aquela afetação logicamente pressupõe a prévia arrecadação da própria receita, isto é a extinção da relação jurídica que deu origem a sua cobrança. Logo, não poderia atuar sobre aquela relação jurídica, a ponto de integrar-se na definição do tributo, ou do preço público, ou do contrato, ou de qualquer modalidade de atuação do Estado, que lhe tenha dado origem. Em resumo, a destinação da receita é uma providência de tesouraria relacionada com a despesa pública e não com a própria receita, por isso mesmo enquadrada em outro ramo do direito financeiro ou orçamentário — mas não do direito tributário. Aliás, precisamente por esses fundamentos, isso é hoje, entre nós, matéria de lei: o art. 4º nº II do CTN dispõe que «a destinação legal do produto da arrecadação» é irrelevante para qualificar a natureza jurídica específica do tributo de que provenha». (RDA Vol. 112/41 — 1973).

Em face de todas as considerações postas, qualifico a exação examinada como imposto, e, como tal, sujeito ao princípio da reserva da lei anterior, estipulada no § 29 do art. 153 do nosso Estatuto Político, por tratar-se de hipótese ali não excepcionada.

Assim, defiro, em parte, a segurança, para eximir as impetrantes do recolhimento respectivo, tão-só no exercício de 1982.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Dispõe a Constituição Federal:

«Art. 21.

.....
 § 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».

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....
 II — finanças públicas, inclusive normas tributárias».

Com respaldo nesses dispositivos, foi expedido o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que institui contribuição destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

O assento constitucional desse diploma legal — § 2º, I, do art. 21 — define, indubitavelmente, a natureza extrafiscal da contribuição que cria, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, num quadro de graves dificuldades da vida nacional.

Como observa o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intervenção no domínio econômico «é inerente ao Estado-providência» («Com. à Const. Bras.», 3ª ed., 1938 — pág. 675).

Com esse caráter é ela ampla tanto quanto necessária para manter padrões sociais e frear, ou pelo menos minimizar os efeitos cruéis das disparidades econômicas sobre as classes menos favorecidas. O comportamento do Estado, na conjuntura, traduz-se na tutela do bem-estar da população, sob variadas facetas, de modo a evitar o rompimento do equilíbrio social, que dá a tônica do Estado de direito. De fato, o conceito de bem-estar social resume-se — dizia Agamenon Magalhães, a propósito do art. 147 da Carta de 1946 — «no dever do Estado de adotar todas as providências que atenuem as dificuldades que os economicamente fracos sofrem na sociedade capitalista» (*apud* Zacarias Amaral Vieira, na Rev. Forense — vol. 162, pág. 349). No mesmo sentido pronunciou-se Aliomar Baleeiro:

«Mas no art. 147, a meu ver, o conceito de «bem-estar social» está vinculado à necessidade democrática da mais *justa distribuição dos bens econômicos com igual oportunidade para todos*. Está expresso no texto, sem margem a dúvidas» (*ibidem*).

Pois, no resguardo desse bem-estar do povo, pressões políticas e sociais levam o Estado à intervenção que a Lei Maior prevê e disciplina. E o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, nada mais faz do que, nos limites constitucionais, operar essa intervenção no propósito de preservar a ordem pública e a segurança nacional dos percalços de uma crise econômica sem precedentes, que nos aflige.

A essa constatação — porque esse diploma legal traduz intervenção no domínio econômico — de plano torna-se sem relevo a alegação de que a contribuição por ele instituída fere o princípio da anterioridade, insito no art. 153, § 2º, da Lei Básica, endereçado a tributos.

Deveras, a uma por se cuidar de contribuição que não é imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

A duas porque, mesmo que se lhe queira emprestar a natureza de tributo, o seu pressuposto constitucional autoriza seja instituída com suporte na faculdade assegurada no item I do art. 21 da Carta Magna, que retira do regime da anterioridade o imposto sobre importação de produtos estrangeiros.

De outra parte, não comungo, **data venia**, com a respeitável opinião dos que sustentam que essa contribuição só poderia ser criada mediante lei federal (lei em sentido formal), a teor do disposto no art. 163 **caput** da Constituição da República.

Com efeito, ao aludir o texto constitucional de modo genérico à «lei federal» a meu ver manifestamente não exclui de sua abrangência o decreto-lei.

Cabe aqui recordar a oportuna observação de Victor Nunes Leal: «Continua verdadeira a asserção de que a lei é a norma editada pelo Poder Legislativo, mas Poder Legislativo não significa, neste caso, um órgão específico, mas uma competência constitucional» («Problemas de Direito Público», Forense, 1ª ed., 1960, pág. 68).

A propósito, trago à colação a lição do saudoso Professor Fábio Fanucchi:

«O decreto-lei possui o mesmo efeito da lei de tributação. A diferença entre esta e aquele reside na ordem da apreciação que sofrem por parte do Poder Legislativo. A lei, enquanto projeto, é apreciada pelo Legislativo que aprova a redação e a submete ao Executivo para sanção. Se este aceita o seu texto como conveniente, sanciona a deliberação do Legislativo e surge a lei, se não conchorda com a deliberação, o Executivo veta o texto ou não se manifesta tempestivamente sobre ele, podendo o Legislativo substituí-lo na providência, erigindo o texto em lei, através da promulgação. O decreto-lei, por sua vez, surge no mundo jurídico por deliberação inicial do Executivo, que só posteriormente submete o seu texto à apreciação do Legislativo, que pode aprová-lo ou negar-lhe aprovação, sem quaisquer emendas.

Então, **a priori**, a diferença fundamental entre a lei e o decreto-lei reside no detalhe da apreciação prévia ou posterior, respectivamente, que sofrem seus textos por parte do Poder Legislativo». («Curso de Direito Tributário Brasileiro», 3ª ed., Editora Resenha Tributária, 1975, pág. 135).

Sobre o tema discorre Alberto Xavier, no seu excelente «Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação»:

«Sem dúvida que a «lei» por excelência é a lei ordinária dimanada do Poder Legislativo, de tal sorte que a ela compete basicamente a criação dos tributos (Const., art. 43, I). Deve, porém, notar-se que ao contrário do que noutras Constituições sucede, a Constituição brasileira não reserva expressamente a matéria tributária à competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 44), o que desde logo enseja a dúvida de saber se também os decretos-leis poderão instituir ou majorar tributos» (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, pág. 22).

E, após focar a corrente doutrinária que defende o caráter limitado do decreto-lei (Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Ferreira Filho, G. W. Rothmann, Cezar Vieira de Rezende e Paulo de Barros Carvalho), isto é, que «normas tributárias suscetíveis de ser objeto de decreto-lei são todas aquelas que se não traduzem em «instituir ou aumentar tributo», acrescenta:

«Pela nossa parte — acompanhados por Antonio Roberto Sampaio Dória, Fábio Fanucchi, Hamilton Dias de Souza, W. E. Streicher, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — não nos convencemos com esta tese, inobstante a autoridade dos que a defendem. Com efeito, o ordenamento constitucional brasileiro conferiu ao decreto-lei força de lei, introduzindo assim uma exceção ao princípio da rigorosa separação de poderes, nos termos do qual o Poder Legislativo é exercido apenas pelo Congresso Nacional. A função legislativa pode, pois, ser exercida pelo Poder Executivo dentro dos limites e condições que a esse exercício traça a Constituição no seu art. 55, fazendo-o depender de urgência ou de interesse público relevante e submetendo-o à aprovação **a posteriori** do Congresso.

Ora, que esse exercício da função legislativa pelo Poder Executivo abrange matéria tributária está a revelá-lo bem claramente o próprio n.º II do art. 55 cuja nova redação não se limita a mencionar «finanças públicas», antes acrescenta expressamente «inclusive normas tributárias». Tal acrescentamento não faria sentido se dessas normas tributárias estivessem precisamente excetuadas as que visam à instituição e majoração dos tributos, e isto por várias razões distintas. Uma, a de que as normas situadas para além do círculo dos elementos essenciais do tributo são, em bom rigor, de «direito administrativo» ou de «direito financeiro» e não de «direito tributário» propriamente dito. Outra, a de que as razões de urgência ou interesse público que condicionam a sua emissão far-se-ão sentir em matéria de criação ou de majoração dos tributos, não se compreendendo facilmente que estejam presentes na regulação dos aspectos acessórios ou instrumentais. Enfim, pode ainda observar-se que a lei constitucional não teria utilizado a expressão genérica «inclusive normas tributárias» se pretendesse restringi-la, excetuando do seu âmbito as normas tributárias por excelência, que são precisamente as que criam tributos ou regem o seu núcleo essencial.

Não concordamos com G. W. Rothmann quando este afirma que, sendo esta a interpretação proposta, «a nada, pelo menos quase nada, se reduz a garantia individual da legalidade da tributação, quando ao Poder Executivo, encarregado da cobrança dos tributos, se permite ao mesmo tempo legislar sobre a matéria». Por um lado, há que ter presente que tal faculdade é estritamente excepcional, estando sempre dependendo da verificação efetiva das cláusulas de urgência e interesse público relevante, que o próprio Poder Executivo deve interpretar criteriosa e restritivamente, enquanto pressuposto do exercício de uma sua competência de exceção. Por outro lado — e este ponto é fundamental — a função de garantia individual decorrente da participação do órgão representativo é desempenhada pela necessária intervenção a posteriori do Congresso, o qual poderá aprovar ou rejeitar o decreto-lei». (Obr. cit. fls. 23/27).

Esse entendimento de que o decreto-lei equipara-se à lei ordinária na criação ou instituição de tributo vem sendo acolhido pela jurisprudência tanto desta Corte como do Supremo Tribunal Federal. Tem-se decidido, reiteradamente, que a aferição dos pressupostos de «urgência» ou de «interesse público relevante», por assumir caráter político, está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso» (RE n.º 62.739-SP-Pleno — Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 44/54; RE 62.731-GB-Pleno — Rel. Min. Aliomar Baleeiro — RTJ 45/559; — RE 74.096-SP-1.ª Turma — Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. RTJ — 62/819).

Recentemente, no julgamento, a 8 de abril do corrente ano, do RE 99.696-6/RJ, assentou a Suprema Corte à unanimidade que a instituição de tributo por via de decreto-lei não fere o princípio da reserva da lei. O Acórdão está assim ementado:

«Decreto-lei e princípio da legalidade em matéria tributária (§ 29, do art. 153, da Constituição da República). Na espécie, não houve ofensa ao art. 97 do CTN. Falta de prequestionamento da matéria relativa ao art. 98 do CTN. Precedentes. Recurso extraordinário não conhecido.»

Por oportuno, transcrevo o voto do Relator, o eminente Ministro Djaci Falcão:

«O que se discute nos presentes autos não é a cobrança do (IOF) Imposto sobre Operações Financeiras, instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.783/80 e exigido no mesmo exercício da sua criação, desatendendo, assim, o princípio da anualidade do tributo, mas a impossibilidade da criação ou aumento de tributo por meio de decreto-lei.

O v. Acórdão, ao entender legítima a instituição ou majoração do tributo através do Decreto-Lei n.º 1.783/80, orientou-se no mesmo sentido da decisão

que veio a ser proferida por esta Turma, no RE nº 99.698, em 22-3-83, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, em aresto assim ementado:

«O decreto-lei e o princípio constitucional da legalidade em matéria tributária (§ 29, do artigo 153, da Constituição).

Em nosso sistema constitucional vigente, observados os requisitos estabelecidos pelo artigo 55 da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos.

Inexistência de ofensa ao artigo 97 do CTN.

Falta de prequestionamento (Súmulas 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido».

Dentro dessa mesma diretriz os RREE nºs 99.705 e 99.715, também relatados pelo Ministro Moreira Alves.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.»

Com essas breves considerações, denego a segurança, **data venia** das doudas manifestações em contrário.

É o voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, meu voto é em adesão ao voto do eminente Ministro Moacir Catunda, **data venia** do eminente Ministro Miguel Ferrante.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Senhor Presidente, há três pontos salientes que interessam à solução da controvérsia: (I) a questão de criação de tributo mediante decreto-lei; (II) a discussão sobre a natureza jurídica da exação de que se cuida e (III) a intervenção no domínio econômico através de decreto-lei.

À parte, o meu entendimento pessoal merece salientar-se, no que concerne ao primeiro ponto, a tendência da jurisprudência brasileira, assim registrada pelo Ministro José Néri:

«É assente, no STF, que, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos. Ainda na vigência da Constituição de 1967 — diz S. Excelência — redação original, assim decidiu «A Corte, no RE 74.096, Relator o ilustre Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 62/819). Explicitamente, no art. 55, II, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tal se prevê. Recentemente, nessa linha, reafirmou-se o entendimento, em se versando matéria idêntica à presente, dentre outros, no RE 99.698 (Segunda Turma) e nos RREE 99.702 e 99.714 (Primeira Turma)». (Despacho no Ag. 92.423-0-RJ, datado de 16 de maio de 1983, publicado no *DJ* de 26-5-83).

Assim, dispensamos outras considerações para afastar a eiva de inconstitucionalidade sob esse prisma alegada.

II

Filho-me à corrente doutrinária do Prof. Geraldo Ataliba (cf. «Hipótese de Incidência Tributária»), no que diz respeito ao critério de classificação dos tributos. Aquela doutrina — estou convencido — é a que apresenta maior segurança. Devo dizer, entretanto, que, a nível do direito positivo brasileiro delineado pelo texto constitucional, tal doutrina sofre exceção.

Vejam que, a aplicar-se mencionada doutrina, sem restrições, no direito brasileiro, teríamos de declarar inconstitucionais vários decretos-leis que, ao longo dos anos, têm redimensionado a exigência das contribuições devidas à Previdência Social.

Sem ilusão, não há afastar, postas à margem as dissensões ideológicas, que o legislador constituinte tudo pode; bastante o seu Querer para derrogar toda uma biblioteca.

III

Defendo que, no direito brasileiro, além das (autênticas) contribuições, existem as contribuições especiais contempladas nominalmente na Constituição.

A distinção das várias espécies tributárias reveste-se de importância, em face da rigidez que marca o nosso sistema tributário.

O texto constitucional traça faculdades e limitações ao poder de tributar, de aplicação geral ou restrita à determinada espécie tributária. Assim, válida é a lição do Prof. Geraldo Ataliba, no sentido de que «os institutos jurídicos são instrumentais e não podem desservir às finalidades para as quais foram criadas» (ob. cit., 2.^a ed., 3.^a tiragem, pág. 176).

A Constituição prevê a figura da contribuição (artigo 20, § 2.^o, I; 43, X; 163, parágrafo único; 165, XVI; 166, § 1.^o; e 178). É bem verdade que sob o crivo da classificação seguida pelo Prof. Ataliba, tais contribuições são imposto ou taxa, conforme a referibilidade da estrutura da sua hipótese de incidência.

A positividade da regra jurídica constitucional, no sentido de que a sua existência exprime um poder jurídico efetivo que vincula a todos os destinatários — tal como colocado por Otto Bachof com apoio em Hippel («Normas Constitucionais Inconstitucionais?», versão portuguesa, pág. 42) — excepciona o modelo doutrinário.

Por isso que, no meu sentir, estamos diante, no caso vertente, de uma contribuição especial instituída para custeio de serviços e encargos decorrentes de intervenção no domínio econômico.

IV

A intervenção na ordem econômica e social pode ser entendida como a participação do Estado previdenciário ou social no veio do processo econômico, nas suas diferentes etapas: produção e distribuição de riquezas (desenvolvimento e justiça social).

Em consideração à parte, merece ponderar que um tribunal não pode converter-se num foro político de aprovação ou homologação dos atos do governo. Conquanto o ingrediente político (no bom sentido) possa, em dada situação, permear a convicção do julgador, tal elemento pode atuar — não há negar — porém subsidiariamente, predominando sempre os critérios jurídicos, isto é, os marcos legais ou instrumentais, úteis à solução dos litígios submetidos a julgamento.

V

Dir-se-ia que a intervenção no domínio econômico só se dá mediante lei federal. Concordo. A expressão «lei federal», entretanto, há de ser entendida em oposição à lei estadual ou municipal. Quero dizer que é possível dar-se a intervenção no domínio econômico mediante decreto-lei do Presidente da República, desde que observados os requisitos do art. 55 da CF e observada a competência exclusiva do Congresso Nacional no trato de matéria específica.

A intervenção no domínio econômico autorizada pelo Decreto-Lei n.^o 1.940/82 consiste:

— na criação e cobrança de uma espécie tributária, com vinculação do produto da arrecadação a um «Fundo de Investimento»; e

— em «investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor» (arts. 1º e 3º).

Quem recusaria ao Presidente da República tal poder jurídico, em face da jurisprudência da Suprema Corte inicialmente registrada?

É bem verdade que a Constituição veda a vinculação de qualquer tributo a determinado fundo, ressalvadas as exceções constitucionais e as estabelecidas em lei complementar (art. 62, § 2º), como também «Nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual, de investimento...» (art. 62, § 3º). Essas regras, porém, não são suficientes a desautorizar a exigência tributária, isto é, não têm força de inibir o poder tributário do Presidente da República, na quantidade sustentada pela Suprema Corte em face do comando normativo do art. 55 da Carta Política.

No caso em apreço, pois, o contribuinte não pode opor à norma do § 2º do art. 62 da CF para eximir-se da obrigação tributária. As normas de direito financeiro do mencionado art. 62 dizem respeito ao bom uso da receita pública, cuja inobservância material somente pode resultar em crime de responsabilidade.

Assim, ressalvado o meu ponto de vista manifestado na assentada do julgamento da Arg. de Inconstitucionalidade na AMS nº 91.322 — *DJ* de 18-2-82, julgo válida a instituição da contribuição do FINSOCIAL.

VI

Referida contribuição, contudo, não escapa ao princípio da anterioridade, posto que a exceção prevista no art. 21, § 2º, I, da CF, não se estende à sua instituição.

A esse respeito, diz o Ministro Carlos Velloso:

«as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.»

Pelo exposto, julgo inconstitucional a cobrança da contribuição do FINSOCIAL no exercício em que foi instituída, 1982, em face do que defiro, em parte, o «writ».

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: A esta altura da votação, nadá tenho a acrescentar aos douts e eruditos votos, até aqui proferidos, que sob enfoques diversos, procuraram, com sabedoria, dar enquadramento constitucional à denominada contribuição para o FINSOCIAL. Cumpre-me apenas, no ensejo, optar pelas alternativas sugeridas.

No curso dos debates, três correntes afloraram sobre o assunto. A primeira, capitaneada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, sustenta a inconstitucionalidade da questionada contribuição, ao argumento de que, destinada a atender a intervenção da União no domínio econômico (Constituição, art. 21, § 2º, I; e art. 163, parágrafo único), só poderia ter sido instituída após a edição de lei interventiva, aprovada pelo Congresso Nacional, como exigido pelo artigo 163, *caput*, da Carta Magna. A outra posição doutrinária está apoiada no voto do insigne Ministro Moacir Catunda. Argumenta que a contribuição para o FINSOCIAL consubstancia imposto e, como tal, está

sujeita ao princípio da anterioridade, só podendo, por isso, ser exigida no exercício seguinte ao da promulgação da lei que a instituir (Constituição, art. 153, § 29). Finalmente, terceira corrente, chefiada pelo ilustre Ministro Washington Bolívar de Brito, concluiu pela constitucionalidade daquela contribuição.

Ao primeiro exame da matéria, afigurou-se-me que, dentre as hipóteses previstas no § 2º do art. 21 da Constituição, mencionado no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, só poderia incluir-se a contribuição para o FINSOCIAL dentre aquelas destinadas a custear a intervenção da União no domínio econômico. Com efeito, é óbvio, que não se destina a atender a interesses de categorias profissionais (contribuições sindicais), nem à parte da União no custeio da Previdência Social. A partir de tal raciocínio, por exclusão, a contribuição, em exame, teria de correlacionar-se com a intervenção no domínio econômico. E, com base nessa premissa, seria inconstitucional, à falta de lei interventiva, aprovada pelo Poder Legislativo, como o exige o art. 163 da Constituição.

Contudo, aprofundando o estudo do tema, especialmente à vista dos excelentes subsídios trazidos pelos votos, até aqui proferidos, consegui solucionar importante indagação com que me deparei: será que a contribuição para o FINSOCIAL destina-se a atender ao custeio da intervenção da União no domínio econômico?

Penso que não. E convincente resposta a essa pergunta, foi-me dada hoje, no douto voto do emérito Professor de Direito Tributário, Ministro Sebastião Reis, que, após trazer importantes elementos doutrinários sobre o assunto, disse, cotejando o art. 1º e parágrafos do Decreto-Lei nº 1.940/82 com o art. 163 da Constituição:

«Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recursos para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesas públicas — vão atuar não são reservados à iniciativa privada, tais como saúde, educação, amparo, sobretudo numa perspectiva meramente assistencial».

Esclarecido esse ponto crucial da controvérsia, o que resta fazer é desprezar a roupagem formal da norma e deter-se na sua substância, em face do fato-tipo nela descrito, segundo assinalou o Ministro Sebastião Reis.

E, assim procedendo, cheguei, também, à conclusão, baseado no excelente estudo feito sobre a matéria pelo Dr. Hamilton Dias de Souza, de que a contribuição para o FINSOCIAL consubstancia dois impostos, um novo, abrangido pela competência residual da União (Constituição, arts. 18, § 5º e 21, § 1º), incidente sobre a receita bruta, e outro, enquadrável como adicional ao imposto de renda (Direito Tributário Atual, vol. 1, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1982, págs. 109/112).

Diante de tal entendimento, resulta que, em face do princípio da anterioridade da lei tributária, não podiam aqueles impostos ser cobrados no exercício de 1982.

Decorre, ainda, dessa orientação, que vedando à Constituição «a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa» (art. 62, § 2º), o art. 4º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.940/82, não encontra respaldo constitucional. Tal questão, contudo, não interfere, diretamente, na apreciação desta segurança.

Com essas breves considerações e com a vênia devida aos que pensam de modo diverso, incluo-me na linha de raciocínio sustentada pelo eminente Ministro Moacir Cautunda e aprofundada, com valiosos argumentos, pelos ilustrados Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis. Nessas condições, concedo, em parte, a segurança para livrar as

impetrantes do pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, no tocante aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1982.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Senhor Presidente, o julgamento que prossegue nesta assentada teve início na sessão plenária de 11-11-82, com voto do decano da Corte, o eminente Ministro Armando Rollemberg, concedendo o **mandamus**.

Seguiram-se diversos pedidos de vista, a partir do eminente Ministro Moacir Cantunda, que veio a concluir tratar-se o chamado FINSOCIAL de genuíno imposto, concedendo, em parte o «writ», a fim de anular a cobrança durante o exercício de 1982.

Apresento escusas aos outros não menos eminentes Colegas, que, em eruditos votos, seqüenciaram o julgamento, de não nomeá-los e nem sinalar o que concluíram, pois acabam de ser rememorados pelos eminentes Ministros Sebastião Reis e Pádua Ribeiro.

Vejo no fato, ainda uma vez, o cuidado, o zelo, o senso de responsabilidade com que se portam os Ministros desta Casa que, crescendo em número de seus pares, não se arredou de suas altas finalidades, mantendo-se fiel à sua gloriosa tradição.

Peço vênia para concluir com os eminentes Ministros Washington Bolívar e Miguel Ferrante, denegando a segurança ao entender que no caso, não se trata de tributo, porém de contribuição que se destina ao custeio de programas vitais para a população brasileira, mormente os assalariados, hoje tão atormentados com o que comer, o vestir, o habitar, o transporte e a saúde.

O «Jornal do Brasil», que circulou hoje, registra:

«Para pouco mais da metade dos brasileiros (51%) o salário, ou ganhos mensais, acaba antes do final do mês, ou seja, não é suficiente para cobrir todas as despesas. Para um quarto da população, o dinheiro chega exato até o final do mês, sem sobrar nada, o que ocorre apenas com os 25% restantes. Os percentuais levam à conclusão de que três em cada quatro brasileiros (75%) não têm condições de poupar».

Daí, porque entendo tratar-se de contribuição de finalidade de assistência social, dever do Estado e contribuição da comunidade nacional para o bem comum.

A propósito, lembro lições encontradas em Mozart Victor Russomano (Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social — 2ª ed. — RT, págs. 18/19 e 20):

«O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não é exato que, no mundo atual, tenhamos direito, apenas, ao que nos pertence. Há necessidades profundas, que precisam ser satisfeitas em nome da dignidade do homem, em função das quais a comunidade e o nosso próximo podem ser compelidos a abrir mão de seus privilégios e, até mesmo, de seus próprios bens.

Se organizássemos o Estado moderno segundo os modelos e as formas da legislação de Justiniano, ele existiria em proveito das minorias, que retêm as vantagens tradicionais e o poder, e não, como ocorre nos Estados substancialmente democráticos, em função das grandes majorias, que formam os tecidos mais importantes da sociedade contemporânea.

A organização justa da comunidade, cada vez mais, parece depender do desenvolvimento econômico, cultural e moral, ou seja, de um desenvolvimento globalista que serve ao homem, como homem e como trabalhador, através de critérios eqüânimes de melhor distribuição das riquezas nacionais, de oportunidades idênticas para todos, e de participação geral nos deslumbramentos e no conforto da civilização.

Não pode haver comunidade justa enquanto perdurarem a miséria popular e o subdesenvolvimento, sem que as necessidades mínimas do povo e do homem possam ser satisfeitas. Mas, quando puderem ser satisfeitas tais necessidades e não o forem, a sociedade não será justa e será imoral.

A sociedade justa — escreveu Mário de La Cueva — é, em última análise, aquela que incorpora em si, em níveis honrosos e honrados, a larga parcela dos trabalhadores que a compõem (*Derecho Mexicano del Trabajo*, 1º vol., pág. 12, 1943).

Em nome desses princípios e desses sentimentos, sobretudo com o advento da economia industrial, procurou-se criar um sistema nacional de assistência aos necessitados.

Em princípio, todos somos necessitados. Carecemos — através dos anos — de assistência física, econômica, moral e educativa.

Mas, em determinadas situações especialíssimas, por motivos eventuais ou insuficiências de natureza pessoal, essa assistência se torna agudamente indispensável para livrar o homem de seus males físicos, para adaptá-lo ao exercício útil da profissão e, inclusive, para ajudar o desempregado a obter novo emprego.

.....

O liberalismo político, ao contrário do liberalismo econômico, nunca esqueceu os direitos inalienáveis do povo e, inclusive, o dever do Estado de defender esses direitos populares. O art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem, por isso mesmo, definiu como dívida sagrada do Estado os socorros públicos em geral, afirmando que a sociedade deve ao cidadão apto para o trabalho a garantia do emprego e, bem assim, deve a subsistência àquele que não esteja em condições de exercer nenhum ofício.

Da idéia de assistência passou-se à idéia de previdência social. A distinção foi traçada, entre nós, dizendo-se que, na primeira, tem-se como preocupação imediata a pessoa do trabalhador, enquanto a previdência social cuida do futuro de quem vive à custa da profissão e procura, inclusive, proteger a sua família (Alonso Caldas Brandão — *op. cit.*, págs. 5 e 6; Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira — *Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho*, pág. 7, 1937).

A tendência atual da doutrina não é, precisamente, a exposta pelos autores brasileiros. A Assistência Social — devida, indiscriminadamente, a qualquer pessoa necessitada — pressupõe o fato da necessidade insatisfeita e, sem qualquer consideração quanto à situação profissional da pessoa, procura dar-lhe amparo e recursos para sobreviver».

O momento difícil que atravessa o país envolve de modo muito mais forte, sem dúvida, aqueles irmãos nossos que menos ganham ou nada ganham. A contribuição FINSOCIAL foi instituída como forma de intervenção no domínio econômico precisamente visando a custear serviços e encargos de assistência e de previdência social. Portanto, de evidente natureza extrafiscal, pelo que se extrai do disposto no art. 43, X, c/c 21, § 2º, I, da Constituição.

Com essas breves considerações, denego a ordem, rendendo minhas homenagens aos ilustres Colegas que entendem diversamente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): Não posso compreender como possível aceitar discussão sobre o FINSOCIAL em processo de Mandado de Segurança, quando é certo que aqui não existe sequer ato coator concreto da autoridade impetrada, mas mero ato administrativo de natureza normativa.

O que a impetrante na verdade pretende, é provocar declaração judicial por vias transversoas, o que é inadmissível.

Recordo que há dias atrás, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar pedido de segurança relativo a reajuste salarial, dele não conheceu por atacar lei em tese.

Como Presidente, por força de disposição regimental, só posso votar sobre matéria constitucional.

Se há tanto não fosse impedido, julgaria a impetrante carecedora da ação.

Passo a examinar o mérito do pedido.

Com o alegado objetivo de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, foi baixado o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que instituiu contribuição social incidente sobre a receita bruta das empresas que realizem vendas de mercadorias ou de serviços.

Para o fisco, esse gravame denominado Fundo de Investimento Social ou simplesmente FINSOCIAL, é contribuição social.

A impetrante sustenta que aqui se trata de um novo imposto.

Está no artigo 4º do CTN que a «natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-lo: «I — a denominação e demais características adotadas pela lei; II — a destinação legal do produto da sua arrecadação.»

Sabido que tributos são os impostos, as taxas e as contribuições, procuremos definir estas últimas.

No ensinamento de Rubens Gomes de Souza, elas são os tributos que não são especificamente impostos ou taxas.

Nesse sentido é também o ensinamento de Alfredo Augusto Becker («Teoria Geral do Direito Tributário», página 346), para quem «no plano jurídico, todo e qualquer tributo pertencerá a uma destas duas categorias: imposto ou taxa».

A propósito, cita Berliri quando sustenta que «ainda que o tributo especial tenha uma disciplina jurídica diversa daquela dos outros impostos, isto não quer dizer que se deva contrapô-lo com um *tertium genus* diante da taxa e do imposto».

O FINSOCIAL não é contribuição. E se o fosse, nem por isto teria deixado de ser tributo ao qual é ausente inclusive a definição do respectivo fato gerador, requisito indispensável, pena de não poder haver a sua cobrança, na advertência de Amilcar de Araújo Falcão em sua obra clássica «Fato Gerador da Obrigação Tributária.»

Sob tal enfoque, o Decreto-Lei nº 1.940, agride o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal.

Alega-se que o FINSOCIAL constitui um tipo especial de tributo cuja instituição estaria dentro da competência residual prevista no artigo 21, § 1º, da Constituição.

Leio o texto:

«A União poderá instituir outros impostos além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos previstos nos arts. 21 e 24».

No caso presente o simples enunciado de sua incidência deixa claro que a base de cálculo do FINSOCIAL é coincidente com o ICM e com o imposto sobre serviços.

Tem mais.

A receita do FINSOCIAL está vinculada ao custeio da alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Tal destinação não é admitida pelo artigo 62, § 2º da Constituição.

Segundo o texto, **verbis**,

«é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa».

O decreto-lei que criou o FINSOCIAL não respeitou o princípio da anterioridade, visto como sua exigência foi determinada para o mesmo exercício financeiro em que foi instituído.

Isto contraria o artigo 153, § 29, da Constituição.

Nem se diga que a contribuição em causa tem finalidade extrafiscal.

Para fulminar o argumento, trago à colação o sempre lembrado Aliomar Baleeiro ao asseverar que doutrinária e tecnicamente, a contribuição parafiscal «é imposto com aplicação especial...» e como tal não escapa aos princípios da legalidade e da anualidade.

Pelas razões expostas, tenho como inconstitucional a cobrança do FINSOCIAL, inclusive no exercício de 1982

EXTRATO DA MINUTA

MS 97.775 — DF — Reg. nº 3.396.525 — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Relator p/o Acórdão: O Sr. Min. Moacir Catunda. Reqtes.: Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras. Reqdo: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advs: Drs. Marcos Jorge Caldas Pereira e outros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu em parte o Mandado de Segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos em parte os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Bueno de Souza e Jarbas Nobre, que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, vencidos, integralmente, os Srs. Ministros Washington Bolívar, Miguel Ferrante, Costa Lima e Leitão Krieger que indeferiam o Mandado de Segurança. (Em 9-6-83 — T. Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Moacir Catunda os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, William Patterson, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro e Wilson Gonçalves. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Lauro Leitão, Flaquer Scartezzini, Geraldó Sobral, Hélio Pinheiro, Adhemar Raymundo e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.552 — DF
(Registro nº 3.443.302)

Relator: O Sr. *Ministro Carlos Madeira*

Requerente: *Perdigão S.A. — Comércio e Indústria e outros*

Requerido: Exmo. Sr. *Ministro de Estado da Fazenda*

Advogados: Drs. *José Carlos Pereira e outros*

EMENTA: Contribuição para o FINSOCIAL. Criação por decreto-lei. Respeito ao princípio da anterioridade.

Pacífico é o entendimento jurisprudencial no sentido de que observados os requisitos estabelecidos no art. 55, II, da Constituição, pode ser criado ou majorado tributo por decreto-lei.

É inconstitucional a cobrança da contribuição para o FINSOCIAL no mesmo ano em que entrou em vigor o decreto-lei que o criou.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, conceder em parte o mandado de segurança, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício de sua instituição, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Carlos Velloso, Bueno de Souza, Armando Rollemberg e Jarbas Nobre que deferiam o Mandado de Segurança na forma do pedido, declarando inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, integralmente, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Costa Lima que indeferiam 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, 16 de junho de 1983.

O presente Acórdão deixa de ser assinado por motivo de licença do Sr. Ministro Presidente.

JARBAS NOBRE, Presidente — CARLOS MADEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA (Relator): Perdigão S.A. Comércio e Indústria e mais sete empresas do mesmo grupo econômico, sediadas em Santa Catarina, impetraram Mandado de Segurança preventivo contra o Gerente-Geral da Caixa Econômica Federal no Estado, visando à suspensão da cobrança da contribuição ao

FINSOCIAL, cujo valor mensal será depositado na própria Caixa até decisão judicial definitiva.

O Juiz Federal denegou a medida liminar requerida e autorizou o depósito, requisitando informações. Ouvido o Procurador da República, declarou-se, por sentença, incompetente para conhecer do pedido, por isso que as impetrantes requereram a notificação do Ministro da Fazenda como litisconsorte passivo, em virtude de haver S. Exa. regulamentado a contribuição através da Portaria MF 119/82.

O processo foi remetido a este Tribunal, sendo requisitadas informações ao Ministro de Estado.

II

Argüem as impetrantes de inconstitucional e ilegal a cobrança da contribuição, que é verdadeiro tributo.

Inconstitucional porque afronta o princípio da anualidade. E ilegal porque só por lei ordinária podia ser instituído, não se compreendendo na competência do Presidente da República para expedir decretos-leis sobre normas tributárias, a de criar tributos.

Por tais razões, há justo receio de violação de direito, que justifica a concessão do *mandamus*.

III

O Gerente-Geral da Caixa Econômica Federal em Santa Catarina esclareceu, em suas informações, que apenas indicou o local e o modo de recolhimento da contribuição das empresas privadas, o que não malferia qualquer direito, não ensejando o Mandado de Segurança. No mérito reportou-se ao parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que juntou e que é de ampla divulgação neste Tribunal.

IV

O Ministro da Fazenda encaminhou, como informações, parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, argüindo a ilegitimidade passiva das autoridades impetradas, pois a Caixa Econômica Federal é mero órgão receptor da contribuição, não lhe cabendo exigir o seu pagamento, e o Ministro da Fazenda apenas expediu a Portaria nº 119/82, que é ato normativo.

Inexistindo ameaça que fundamente o justo receio, descabe o Mandado de Segurança, por falta do pressuposto de sua admissibilidade.

No mérito, sustenta a eminente autoridade informante que a contribuição do FINSOCIAL não infringe o princípio da legalidade, visto que há previsão constitucional para a sua criação por decreto-lei. Nem está sujeita ao princípio da anterioridade, pois não constitui tributo ainda que de tributo se tratasse, a contribuição estaria excepcionada a esse princípio.

V

A Subprocuradoria-Geral da República, reconhecendo a competência originária desta Corte, opinou pela denegação do «writ».

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA (Relator): O item III da Portaria nº 119, de 22 de junho de 1982, do Senhor Ministro da Fazenda, estabeleceu que o re-

colhimento das contribuições sociais de que trata o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, será feito no Banco do Brasil, quando devidas pelas entidades que integram a administração pública, e na Caixa Econômica Federal, quando devidas pelas demais empresas contribuintes.

Em no item IX, a Portaria atribuiu ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal competência para baixar instruções necessárias ao seu cumprimento.

Baixar instruções, na técnica administrativa, significa ordenar a forma de execução de serviços para a obtenção de determinados resultados. E é essa a atribuição conferida à Caixa Econômica Federal, visando a ordenar o recolhimento da contribuição ao FINSOCIAL pelas empresas privadas.

Há, assim, um conteúdo executório na competência da Caixa Econômica Federal, para regular o procedimento de arrecadação da contribuição, que lhe dá legitimidade passiva nos Mandados de Segurança impetrados pelos contribuintes.

No pertinente à legitimidade passiva do Ministro da Fazenda, em virtude da expedição da Portaria nº 119, este Tribunal já a reconheceu implicitamente, ao decidir pelo conhecimento da impetração do Mandado de Segurança nº 97.775.

No mérito, bastam a rejeição do argumento de ilegalidade da contribuição ao FINSOCIAL, as reiteradas decisões do e. Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a liceidade da criação ou majoração de tributos por decreto-lei. Entre os mais recentes, vale citar os Acórdãos nos RE 99.702, 99.714, 99.853, Relator o Ministro Soares Muñoz (*DJ* de 29-4-83) e 99.709, Relator o Ministro Djaci Falcão (*DJ* de 6-5-83). É a seguinte a ementa dos três primeiros Acórdãos citados:

«IOF. Criação por decreto-lei.

Em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, II, da Carta Magna, decreto-lei pode criar ou majorar tributos. Recurso extraordinário de que não se conhece».

Com respeito à inconstitucionalidade da cobrança, reproduzo a conclusão do voto que proferi no julgamento do MS 97.775, em 2 de dezembro de 1982:

«Tenho, assim, que a contribuição para um fundo criado por lei, a ser administrado por um órgão designado na lei, não é inconstitucional.

O que é inconstitucional é a sua exigência no mesmo exercício em que foi instituída.

É que o princípio do § 29 do art. 153 da Constituição se aplica a toda espécie de tributo, mesmo que se trate de contribuição para fim social. A inspiração solidarista da contribuição não a exclui da rigidez do princípio, que representa uma garantia do contribuinte. E toda garantia constitucional importa limitação do exercício do poder público.»

Conforta essa conclusão o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 10 de novembro de 1982, prolatado no RE 97.749, Relator o Ministro Moreira Alves:

«IOF — (Imposto sobre Operações Financeiras).

O Decreto-Lei nº 1.783/80, que instituiu o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) no que diz respeito a operações de câmbio e relativas a títulos e valores e que alterou, aumentando, as alíquotas desse imposto sobre operações de crédito e seguro já instituído pela Lei nº 5.143/66 — está sujeito ao princípio da anualidade.

É, portanto, inconstitucional, sua cobrança, com base nesse decreto-lei, no exercício mesmo (1980) em que ele entrou em vigor.

Dissídio de jurisprudência não demonstrado.

Recursos extraordinários não conhecidos» (*DJ*, 4-2-83).

Conheço do pedido e concedo a ordem, apenas para garantir às impetrantes o direito de não recolherem a contribuição no exercício de 1982.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, na linha de coerência com meu voto proferido no MS nº 97.775, denego a segurança.

Parece-me que não foi, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, vencida ou superada a objeção constante do parecer da ilustrada Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e encampada no parecer da douta Procuradoria-Geral da República referente ao problema da incompatibilidade de conceitos, isto é, reconhecendo este Tribunal e, com ele o egrégio Supremo Tribunal Federal que tributo pode ser criado mediante decreto-lei, isto é, que é constitucional a sua instituição, mediante decreto-lei, fê-lo, certamente, tendo em conta o disposto no art. 55, *caput*, da Constituição, onde se lê:

«O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional;

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Ora, se é urgente ou relevante o interesse público que ditou a conduta presidencial, é evidente que há de ser relevante e também urgente a sua cobrança.

Por estas considerações, denego a segurança.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, nos termos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775-DF, de que foi Relator originário o Sr. Ministro Armando Rollemberg, defiro integralmente a segurança.

Farei anexar cópia do referido voto, ao qual me reporto.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

EMENTA: «Tributário. FINSOCIAL. Contribuição. CF, art. 21, § 2º, I; art. 163, parágr. único. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82.

I — As contribuições, todas elas (CF, art. 21, § 2º, I, e art. 43, X), têm natureza tributária, constituem espécie tributária, sem existência autônoma, assim sujeitas ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional.

II — A contribuição do FINSOCIAL destina-se à intervenção no domínio econômico. CF, art. 21, § 2º, I, e art. 163, parágrafo único. A intervenção no domínio econômico só se dá mediante lei federal (CF, art. 63), que não pode ser substituída por decreto-lei. Impossibilidade, por isso, de ser cobrada a contribuição do FINSOCIAL. No caso, ademais, tem-se tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo. Por isso, só por lei complementar poderia ser instituído, tendo em vista o disposto no art. 62, § 2º, da Constituição.

III — Mandado de Segurança deferido.»

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na sessão em que o julgamento se iniciou, assim relatou a espécie o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras, requereram Mandado de Segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição referida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara Portaria que tomara o número 119 estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição, nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como eles impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em Mandado de Segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como ocorrera, por via de decreto-lei, porque não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Constituição, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão finanças públicas;

b) que, também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º, da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei;

c) que o Decreto-Lei nº 1.940 não estabelecera «os critérios e prazos para o recolhimento do tributo» o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações, o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio de anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução, tornaria ineficaz o Mandado de Segurança se afinal deferido e solicitei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do Coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr. Ministro da Fazenda se circunscrevera a baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira contra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o Mandado de Segurança;

b) descabimento do pedido por ser a contribuição «receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal», e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, com que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo artigo 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões de parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No sistema Constitucional e Legal Brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do FINSOCIAL;

a contribuição do FINSOCIAL, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, insofismavelmente, uma contribuição social, na aceção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inserida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1982), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal brasileiro, não se submete ao chamado princípio da anterioridade, nem, tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas *ad argumentandum*, que a contribuição do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, uma vez que, por força da ressalva do inciso I, § 2º, artigo 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre a importação de produtos estrangeiros; ademais disso, os preceitos do art. 55, da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei, em face de seus pressupostos de urgência e relevante interesse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário, clássico, como também o princípio da anterioridade; assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito, muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do Mandado de Segurança, à abstenção do respectivo recolhimento.»

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo conhecimento do pedido por entender que com a Portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara «um ato administrativo de natureza impositiva.»

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Eg. Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os Mandados de Segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações parafiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se o seu enquadramento como tributo.

A dirimência da *vexta questio* há de ser encontrada com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal, convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do *mandamus*, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e, conseqüentemente, denegar a ordem por faltar-lhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado.»

.....
(fls. 163/166).

Superada a preliminar de conhecimento do *mandamus*, o eminente Ministro Relator votou no sentido de deferir o «*writ*» nos termos do pedido. Já o Sr. Ministro Moacir Catunda votou pelo deferimento parcial do pedido, vale dizer, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício de 1982, acompanhando-o os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite. O Sr. Ministro W. Bolívar votou pelo indeferimento do pedido. Votou, em seguida, o Sr. Ministro Torreão Braz, concedendo, em parte, a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982, na linha do voto do Sr. Ministro Catunda.

Assim o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21.

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a 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.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no artigo. 21, par. 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a Nação brasileira, investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nele se reflete.

A contribuição criada tendo em vista a intervenção do domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que estabelece o *caput* do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contrariaria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção à norma constitucional expressa.

Por assim considerar voto concedendo o Mandado de Segurança nos termos do pedido.»

O voto do Sr. Ministro Torreão Braz tem o seguinte teor:

«Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982, em torno do qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.»

O ilustre tributarista Luiz Mélega, em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária», nº 16, páginas 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º e 43 da Constituição pela Emenda nº 8/77, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força da alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. E é interessante notar que no inciso I estão mencionados os «tributos, arrecadação e distribuição de rendas»; agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar às contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de

categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Essa exegese me parece incontestável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Integram a segunda, de cunho não tributário as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

- salário-família (art. 165, II);
- integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);
- fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);
- previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165, XVI);
- aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);
- contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);
- assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);
- salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qualquer das que vêm de ser arroladas, pertençam elas à primeira ou à segunda categoria. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da previdência social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio econômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor próprio da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no prefalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed. 1981, pág. 164), — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições, pelo contrário, não basta sim-

ples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado.»

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas — não-inclusão da exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição, que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», nº 18, págs. 307 e seguintes), concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, *ex vi* dos arts. 18, § 5º e 21, § 1º, da Constituição; outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base imponible. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo.»

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2º do art. 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do imposto de renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional.»

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação aqui tem por fato imponible uma situação relativa ao contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, arts. 4º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança de «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982».

Pedi vista dos autos e os trago, hoje, com observância do prazo inscrito no art. 151 do Regimento Interno, para que seja retomado o julgamento da causa.

II

Abrindo o debate, deixo expresso que a contribuição, seja que nome tenha, constitui tributo. É que sustento, na linha do entendimento do saudoso Rubens Gomes de Sousa, que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isso em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos artigos 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, n.ºs I a V.» (Rubens Gomes de Sousa, «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305). Assim, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

É certo que alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam a contribuição ou como imposto, ou como taxa, presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário...», RDP, 19/385). No mesmo sentido, a lição de Alfredo A. Becker, para quem o tributo ou é imposto ou é taxa («Teoria Geral do Dir. Tributário», Saraiva, 2º ed., pág. 346).

A conclusão a que chegam esses eminentes doutores, com base na divisão dos tributos em vinculados e não vinculados a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba), o que se verifica mediante a análise da hipótese de incidência, está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou parafiscais, observada, todavia, a lição do preclaro Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária, ex lege em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hipótese de Incid. Trib.», cit., pág. 201).

Esse caráter tributário da contribuição é, hoje, assinalado pelos melhores doutrinadores do Dir. Constitucional Tributário. É conferir, por exemplo, além dos autores já citados: Sacha Calmon Navarro Coelho (Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 455), Aliomar Baleeiro «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 5ª ed., Forense, págs. 279 e 281), Amílcar de Araújo Falcão («Introdução ao Dir. Tributário», Ed., Rio, pág. 43), Fábio Fanucchi («Curso de Dir. Tributário Brasileiro», Ed., Res. Trib., 4ª ed., I/55), Ilves J. de Miranda Guimarães («A Situação Atual da Parafiscalidade no Dir. Tributário», J. Bushatsky Editor, pág. 89), Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, III/181).

Retomando o fio do raciocínio anteriormente expandido, quando divergíamos dos autores que reduzem os tributos a imposto e taxa, e que entendem que a contribuição ou é imposto ou é taxa, já que sustentamos a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição (v. meu «A decadência e a prescrição do crédito tributário — As contribuições previdenciárias...», in Rev. de Dir. Tributário, n.ºs 9-10, p. 181), invoco o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin, que lecionou: «Assim, critério classificatório sem dúvida jurídico, embasado na hipótese de incidência ou fato ge-

rador, conducente à dicotomia — taxa, imposto — pode ser afastado pelas normas legais, que adotem classificação outra, com preponderante influência na aplicação do direito.» (Rodrigues Alckmin, «Os Tributos e sua Classificação», co-edição Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975). No julgamento do RE n.º 75.972-SP, em que uma empresa liberada constitucionalmente do pagamento de impostos queria forrar-se ao recolhimento da chamada Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a Corte Suprema considerou esse adicional ao frete como uma contribuição decorrente da intervenção da União no domínio econômico e não como imposto, pelo que a empresa teria que pagá-la, porque somente de imposto se achava livre. Esclarece o Ministro Rodrigues Alckmin a respeito desse julgamento:

«Ponderou um dos votos — o do Ministro Baleeiro — que à primeira vista, isso esdruxulamente chamado de adicional ao frete» é imposto federal sobre transportes intermunicipais, previsto no art. 21, VII, da Emenda 1/69. Nesse caso, a União pode exigí-lo de todos, exceto dos que gozam de imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo art. 19, III, da CF. Teria razão a recorrida.

Mas, desde a CF de 1967, ficou expresso que a União pode decretar contribuições especiais ou parafiscais, princípio hoje consagrado pelos arts. 21, § 2º, I; 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1º, da Emenda 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamente diversa daquela dos RMS 18.742 e 18.224, RTJ 46/64 e 57/742, quando diferente se apresentava nosso Direito Constitucional na espécie.»

E concluiu por admitir que o tributo reclamado era de classificar-se, constitucionalmente, como contribuição, pelo que fugia, a sua exigência, à vedação constitucional» (Rodrigues Alckmin, ob. cit., ps. 50/51).

Relembre-se, todavia, para evitar dúvida, que a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição não autoriza a afirmativa no sentido de que estas últimas, sob a denominação parafiscais, teriam sistema fiscal autônomo. Não e não. As contribuições, como espécie tributária, estão sujeitas às regras tributárias inscritas na Constituição e no Código Tributário Nacional.

Neste ponto, aliás, é bom esclarecer que o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República cita, erradamente, o Ministro Sebastião Reis, dando a entender que este ilustre Magistrado e tributarista teria sustentado que a contribuição parafiscal não se sujeita ao regime tributário (parecer, fls. 155/156). Isto, *data venia*, não é correto. O eminente Ministro Sebastião Reis apenas sustenta a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, tal como também o fazemos. S. Exa. deixa claro, entretanto, que a contribuição está sujeita às regras do regime tributário. Confira-se, por exemplo, os EAC 41.126-MG, de que foi S. Exa. relator, cuja ementa do Acórdão contém lição de mestre:

«Previdenciário. Execução. Prescrição. Contribuições Previdenciárias.

Sob o império da Emenda Constitucional n.º 1/69, artigo 21, n.º I, as contribuições, os interesses, da Previdência Social, passaram a integrar o sistema tributário nacional expressamente, de outro lado, a melhor doutrina brasileira é no sentido de que, a partir do Decreto-Lei n.º 27/66 que introduziu o art. 217 ao Código Tributário Nacional, as contribuições — espécie unitária do gênero «tributo» — passaram a integrar a Lei n.º 5.172/66, incluindo-se no seu tratamento, como se vê do amplo estudo de Rubens Gomes de Souza sobre a matéria (RDP 17/306; RDA 112/43 de Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro pag. 640).

Outrossim, é doutrina hoje generalizada a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, todas subdivisíveis em subespécies, compreendidas nas últimas, ao lado de contribuições de melhoria, outras modalidades, entre as quais a contribuição previdenciária; de outra parte, a existên-

cia autônoma da parafiscalidade preconizada por Morreli é repelida, praticamente, por toda a doutrina autorizada, inserindo-se a mesma em uma das espécies tributárias comentadas.

O perfil técnico-doutrinário da contribuição previdenciária se insere no conceito unitário de «contribuições», espécie do gênero «tributo», e à luz do direito positivo brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu no Código Tributário Nacional o art. 217, a modalidade «contribuições» ali referida, em que se inclui a contribuição previdenciária, incorporou-se ao sistema do codificado, sendo irrecusável a sua subsunção no conceito técnico legal do art. 3º da Lei nº 5.172/66, princípio que veio a ser sancionado no art. 21, § 1º, nº I da Emenda Constitucional nº 1/69; saliente-se, ainda, que descabe qualificar a contribuição previdenciária como simples decorrência da intervenção do Estado na ordem econômica, no regime da Emenda aludida de um lado, pela sua inserção no capítulo do sistema tributário, de outro, porque a Previdência Social é hoje em quase todos os países um serviço público, e, no Brasil, resulta de um compromisso constitucional com trabalhadores exigível, assim, em serviço essencial do Estado.

Precedente da Egrégia Segunda Seção deste Tribunal.

Controvérsia, nesta altura, entre a ocorrência ou não da prescrição.

Prescrição reconhecida de acordo com o voto vencedor na apelação.

Rejeitaram-se os embargos.»

III

Examinemos, agora, a espécie tributária objeto do presente **mandamus**.

O Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, instituiu a contribuição objeto desse Mandado de Segurança e criou o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL). Ao editá-lo, o Chefe do Poder Executivo baseou-se no art. 55, II, da Constituição, invocando, ademais, o disposto no art. 21, § 2º, da Constituição.

Estabelecem os artigos 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e artigo 3º:

«Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministro da Fazenda.»

.....

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.»

.....

IV

Além da contribuição de melhoria (CF, art. 18, II), a Constituição admite as seguintes outras contribuições: *a*) as destinadas à intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único); *b*) as de interesse de categorias profissionais, denominadas contribuições sindicais (CF, art. 21, § 2º, I, e artigos 43, X, e 166, § 1º); *c*) para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social (CF, art. 21, § 2º, I); *d*) salário-família (CF, art. 43, X, e art. 165, II); *e*) integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, a contribuição para o PIS (CF, art. 43, X, e art. 165, v); *f*) FGTS (CF, art. 43, X, e art. 165, XIII); *g*) previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, que são as contribuições previdenciárias (CF, art. 43, X, e art. 165, XVI); *h*) aposentadoria para a mulher, aos 30 anos de trabalho, contribuição já existente, porque englobada na contribuição previdenciária (CF, art. 43, X, e art. 165, XIX); (as contribuições sindicais, art. 43, X, e art. 166, § 1º, nós já a mencionamos, sob *b*, acima); *i*) assistência à maternidade, infância e adolescência e educação de excepcionais (CF, art. 43, X, e art. 175, § 4º); *j*) salário-educação para empregados e seus filhos menores, contribuição já existente (CF, art. 43, X, e art. 178).

Não custa repetir, para bom entendimento da questão, que todas as contribuições acima mencionadas, sem exceção, são espécies tributárias, têm natureza tributária, estão, por isso mesmo, submetidas ao regime tributário da Constituição e Código Tributário Nacional.

V

A contribuição do FINSOCIAL, parece-nos evidente, não se inclui entre as mencionadas no artigo 43, X, da Constituição.

Ela se inclui, em verdade, no art. 21, § 2º, I, da Constituição. O Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que a instituiu, reporta-se, aliás, expressamente, ao artigo 21, § 2º, da Constituição.

O art. 21, § 2º, I, da Constituição, conforme já falamos, acima, prevê a instituição de três contribuições: *a*) a contribuição destinada à intervenção no domínio econômico — CF, art. 163, parágrafo único; *b*) a de interesse de categorias profissionais — a contribuição sindical, CF, art. 43, X, e art. 166, § 1º; *c*) a contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social.

A contribuição do FINSOCIAL destina-se a atender a intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único).

É, pois, a contribuição do FINSOCIAL, uma contribuição, espécie tributária.

VI

Apesar de ter eu, ponto de vista pessoal no sentido de que o princípio da legalidade tributária exige lei, em sentido formal, para a instituição de tributo, rendi-me à jurisprudência desta Casa e da Corte Suprema, que admite a criação de tributo através de decreto-lei (RE nº 99.697-RJ, relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, DJ 6-5-83).

Em linha de princípio, pois, poderia o Poder Executivo, com base no art. 55, II, da Constituição, instituir o tributo.

Acontece, entretanto, que a citada contribuição destina-se a atender a intervenção no domínio econômico. Mas a intervenção no domínio econômico só se faz mediante lei federal (CF, art. 163).

A Constituição exige, no particular, lei, lei em sentido formal, que não pode ser substituída por decreto-lei.

Quando do julgamento do MS nº 90.245-DF, de que foi relator o Sr. Ministro José Dantas, sustentei que quando a Constituição menciona que determinada matéria será definida em lei, ou será regulada em lei, exige a Constituição lei em sentido formal, vale dizer, lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, na forma estabelecida no processo legislativo (CF, art. 46 e segs.).

O decreto-lei, não obstante ter força de lei, não segue, todavia, no processo de sua elaboração, as regras do processo legislativo atinentes à lei. Por exemplo: no exame do decreto-lei, remetido ao Congresso, nos termos do § 1º, do art. 55, da CF, o Congresso poderá, apenas, aprová-lo ou rejeitá-lo, não podendo emendá-lo. Só isso, ao que penso, demonstra que o decreto-lei não substitui a lei, quando a Constituição expressamente exige lei.

A interpretação harmônica do art. 55, II, e do artigo 163, ambos da Constituição, afastaria a competência do Presidente da República para editar decreto-lei regulador da intervenção no domínio econômico.

Concordo, pois, com o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no particular, pelo que o «writ» é de ser deferido.

VII

Mas há mais.

Tem-se, no caso, tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo.

Sendo assim, ensina Ricardo Mariz de Oliveira, «o instrumento requerido não é nem a lei ordinária, mas, sim, a lei complementar, por expressa exigência do art. 62, § 2º, da CF» («Aspectos Constitucionais da «Contribuição» ao FINSOCIAL ...», in «RT Informa», 308/3).

Em verdade, só por lei complementar seria possível a instituição da contribuição em apreço, porque vinculado o produto de sua arrecadação a um determinado fundo (CF, art. 62, § 2º). Exatamente por isso é que a contribuição do PIS foi instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970.

Também por esse motivo o «writ» deve ser deferido, integralmente.

VIII

Todavia, se ficar eu vencido no deferimento integral do pedido, meu voto conduziria ao deferimento parcial, que é o voto médio, no sentido de que a cobrança do tributo não poderá ocorrer no exercício de sua instituição, 1982, assim nos termos do voto do Sr. Ministro Catunda, porque as contribuições estão sujeitas ao princípio da anterioridade (CF, artigo 153, § 29).

De feito.

É verdade que as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.

IX

Diante do exposto, defiro o «writ», nos termos do pedido, tal como o faz o Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, fico de acordo com o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso, cujas conclusões, ao declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940/82, coincidem com as de meu voto, proferido no Mandado de Segurança a que V. Exa. se reporta.

Tenho aquele pronunciamento como integrante deste voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS: Acompanho a conclusão do voto do eminente Relator, deferindo em parte a segurança, reportando-me para tanto, ao meu pronunciamento proferido no Mandado de Segurança nº 97.775, cuja cópia farei anexar.

ANEXOS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Controverte-se nos autos em torno da legitimidade constitucional do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, que objetiva instituir contribuição social e criar o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), alegando as impetrantes, em substância, a prevalência in casu do princípio da legalidade estrita, do primado da lei formal, seja porque a matéria, ali regulada, não tem sede nos domínios das finanças públicas, não se lhe aplicando o art. 55, II da Constituição Federal, seja porque exorbita do quadro do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei Maior, ao lado de estruturar defeituosamente a exação criada, bem como a inidoneidade da Portaria Ministerial baixada, para, na espécie, suprir omissões ou estabelecer penalidade, invocando, ainda, alternativamente, o cânone como da anterioridade da lei, teses contrariadas doutamente nas informações e no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, firmado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Geraldo Andrade Fonteles.

Até esta altura, três posições já se afirmaram, neste Plenário, a liderada pelo Relator, Ministro Armando Rollemberg, no sentido da inidoneidade constitucional do decreto-lei para instituir a contribuição em foco, pela circunstância particular de que aquele diploma encerra intervenção na ordem econômica, só legitimável através de lei formal, inobservância procedimental, que, por via reflexa, macula a exação instituída; já o Ministro Washington Bolívar, após admitir a adequação do decreto-lei para instituir a contribuição em apreço, sustenta que o «standar», da urgência, ocorrente na espécie, é incompatível com o princípio geral da anualidade, consagrado na primeira parte do § 29 do art. 153, da Lei Máxima, e, à luz desse raciocínio, conclui que a hipótese se inserirá na exceção compreendida na cláusula «demais casos previstos nesta Constituição», negando, por fim, in totum a segurança; a terceira corrente defere em parte a segurança, para afastar a cobrança, respectiva apenas no exercício de 1982, ano da edição do diploma em causa, aplicando ao caso o princípio da reserva da lei anterior.

Assinalo que o Ministro Carlos Velloso, ao filiar-se à tese do Ministro Rollemberg, fê-lo aditando a violação do art. 62, § 2º da Constituição Federal, por tratar-se de instituição de Fundo, só viável através de lei complementar, no que foi acompanhado pelo Ministro Bueno de Souza, e que a terceira posição, até agora, se bifurca em duas tendências, a que descaracteriza a contribuição em tela para imposto, tendo à frente o Ministro Moacir Catunda, e a que qualifica a exação instituída como contribuição social, enquadrável no campo da parafiscalidade, no círculo das finanças públicas, do Direito

Financeiro, como se vê dos votos dos Ministros José Dantas e Carlos Madeira, resguardada, no entanto, a regra da anterioridade da lei instituidora, para efeito de cobrança, considerando o princípio da universalidade do orçamento e tratar-se de «fundo» dirigido pela administração direta, aplicáveis seus recursos mediante diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República, com subvenção de dotações orçamentárias da União.

Posicionando-me no contexto da controvérsia, inicialmente, acentuo que, embora a parafiscalidade, na sua origem, se tenha apresentado como expediente técnico-político para acudir aos novos compromissos sociais e econômicos assumidos pelo Estado para com a sociedade, posto haja surgido como uma finança paralela, paraorçamentária como uma ruptura com dogmas das finanças clássicas, em particular, com o princípio da universalidade do orçamento público, sem embargo de sua vocação histórica para um regime jurídico de maior flexibilidade, o certo é que todo esse material elaborado pela ciência das finanças só vale juridicamente nos limites em que for recebido pelo direito positivo de cada país.

No direito brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66, para uns, ou da inovação trazida com o inciso II da letra *b* do art. 21 pela Emenda Constitucional nº 1/69, para outros, a doutrina e a jurisprudência passaram a revelar nítida tendência em afirmar a integração das contribuições econômicas e sociais na temática tributária, consagrada constitucionalmente e só agora com a nova redação dada àquele inciso e com a enunciação do art. 43, inciso X, veiculadas pela Emenda Constitucional nº 8/77, voltou-se a discutir acerca do acolhimento pelo direito positivo brasileiro de uma parafiscalidade, de fisionomia técnica própria, fora dos quadros da tributação, como uma categoria antes de direito financeiro que de direito tributário, uma exação não tributária, mas simplesmente financeira.

Feitas tais considerações prévias, centrando-me na Constituição Federal vigente, vê-se que o nosso Estatuto Maior ao lado das figuras tributárias tradicionais do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria, no inciso I do § 2º do seu artigo 21, no capítulo do sistema tributário, alude a contribuições, tendo em vista a 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 e no seu artigo 43, item X, no capítulo seguinte, refere-se a contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 114 itens II, V, XIII, XVI e XIX, 168 § 1º, 175 § 4º, e 178, preceito esse em que se insinua a tese da parafiscalidade.

Na espécie, pretende o legislador do Decreto-Lei nº 1.940/82 instituir «contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor» (art. 1º).

Nesse particular, mesmo que se admita a tese de que após a Emenda Constitucional nº 8/77, as contribuições sociais ali referidas, passaram a categorias estritamente financeiras ou paratributárias, o certo é que, como o demonstram os votos do Ministro Torreão Braz e Carlos Velloso, a contribuição sob exame não se identifica com qualquer das figuras ali elencadas.

Tenho que a enumeração respectiva constitui **numerus clausus**, taxativo, quer a consideremos exação tributária ou não-tributária, o certo é que representam prestações coativas, limitadoras da propriedade, e por isso, devem ser catalogadas em quadro fechado e não aberto a demasia, de outro, porque, se pretendesse dar-lhe alcance exemplificativo teria adotado o critério do Decreto-Lei nº 27/66 que, após numerar várias modalidades de contribuições, completa o rol adotando a cláusula aberta «e outras contribuições sociais criadas por lei».

A toda sorte, pretendesse o constituinte brasileiro dar ao conceito de contribuição um elástico aberto à sua inventiva e às necessidades crescentes do Tesouro, ter-se-ia, válido, autorizadamente, do ensinamento originário de Rubens Gomes de Souza, quando definiu as contribuições por exclusão, conceituando-as como a exação que não se

identifica nem com taxa, nem com imposto. Acrescente-se que mesmo tecnicamente, a doutrina dominante é no sentido de que a hipótese de incidência da contribuição particulariza-se por uma atuação estatal indireta e mediatamente referida ao obrigado (Geraldo Ataliba — Hipótese de Incidência — 2ª ed. — 1981 pág. 194); Edvaldo Brito em «Contribuições Sociais e Econômicas: Natureza Jurídica e Prescrição» — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo; Ives Gandra da Silva Martins em «As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos» — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo, sendo certo, segundo assinalou o voto do Ministro Moacir Catunda, qualquer vinculação entre o contribuinte *in casu* — por exemplo, as impetrantes — e a atuação estatal consistente em prestar assistência ao pequeno agricultor.

Demonstrado não se cuidar de uma contribuição social, poder-se-á opor que, sem embargo da referência expressa a essa conta, tratar-se-á de espécie criada com fundamento na intervenção no domínio econômico, na forma prevista no art. 163 e seu parágrafo único da Constituição Federal tendo em vista em especial a invocação expressa do seu art. 21, § 2º a não ser caso das duas outras modalidades ali previstas.

Detendo-me nessa objeção que tem por si o prestígio dos Ministros Rollemberg, Velloso e Bueno de Souza, transcrevemos o art. 163 e seu parágrafo da Constituição Federal.

«Art. 163. São facultadas a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.»

Como se extrai do texto transcrito, aqui são previstas duas formas de ingerência do Estado na esfera econômica, a interventiva, efetuada por via indireta, por regulamentação legal, e a monopolística, em que o poder público aparece como sujeito ativo da atuação empresarial.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho da melhor qualidade sobre o tema, ensina:

«Do exposto, é forçoso concluir que o art. 163 contempla, de um lado, a possibilidade do Estado intervir, isto é, disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, podendo instituir contribuições para custeio dos encargos e serviços relativos ao cumprimento da missão que lhe seja constitucionalmente irrogada.

Assim, os órgãos e entidades que crie ou serviços que ponha em ação para assegurar tal controle serão suportados por estes recursos compulsoriamente exigidos.

De outro lado, o art. 163 contempla a possibilidade do Estado monopolizar dada indústria ou atividade, se isso for requerido, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se, em regime de competição de liberdade de iniciativa». (RDA 143/45).

No mesmo sentido, Carlos Ayres Brito, (A Intervenção Estadual no Domínio Econômico *vox legis* nº 148), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Fundamentos e Limites Cons. da Intervenção do Estado no Domínio Econômico RDP vol. 47/48 pág. 270), Fábio Konder Comparato (Intervenção no Domínio Econômico, Sociedade de Economia Mista — RDA 142/170).

De outro lado, acentuemos que a primeira hipótese do comando constitucional — a intervenção indireta — tem fundamentado ampla legislação entre nós, disciplinadora de livre iniciativa, como se vê na repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº

4.137/62), a Lei Delegada nº 4/62, autorizativa do tabelamento de preços e serviços, o Decreto-Lei nº 808/69, legitimador do Conselho Interministerial de Preços (Celso Antônio Bandeira de Melo, Rev. cit. pág. 48).

Delineada, assim, a área de influência do art. 163 da Constituição Federal, afasta-se de logo, a segunda modalidade — a direta, a monopolística — centremos as atenções na primeira, a indireta, a disciplinadora da atividade econômica, com vista à realização dos objetivos e princípios referidos no artigo 160 antecedente, e, para esse efeito, confrontemos aquele comando constitucional com Decreto-Lei nº 1.940/82:

«Art. 1º. É instituído, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam vendas de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministério da Fazenda».

Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recurso para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesa pública — vão atuar não são reservados à iniciativa privada tais como, saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial.

Em face de tudo quanto já foi debatido, concluo que a exação em apreço não se identifica com as contribuições sociais arroladas exaustivamente no item X do art. 43 da Constituição Federal, nem se qualifica como contribuição, em razão da ingerência na ordem econômica, por não se encontrar vinculada à interferência indireta, regulatória da iniciativa privada, bem como não reúne os requisitos que condicionam tecnicamente essa figura tributária — a referibilidade indireta, mediata, entre a atuação estatal e o obrigado — princípio hoje sistematizado doutrinariamente, como se vê, em especial, em Geraldo Ataliba (Hipótese de Incidência — 2ª ed. págs. 164 e 195), desinflante o *nomen juris* dado pelo legislador.

Não se configurando na espécie o perfil técnico-jurídico da contribuição, cabe discutir-se, após a análise feita, se a exação em tela perde por tudo isso consistência jurídica, ou se pode subsistir, juridicamente, sob outro título enquanto prestação pecuniária compulsória, exigida mediante procedimento administrativo, em função do fato gerador respectivo, no contexto dos arts. 3º e 4º do CTN.

Nas hipóteses identificáveis com o chamado «imposto disfarçado», a jurisprudência do Alto Pretório tem-se orientado no sentido de desprezar a roupagem formal, o *nomen juris* para deter-se na consistência material da norma, no fato-tipo ali desenhado, nas suas várias dimensões, admitindo, nesse contexto, a sua sustentação jurídica, sob outra qualificação em ordem a legitimar a exação, em limites próprios, bastando, para tanto, lembrar as decisões tomadas no RE nº 53.052 e RE nº 64.040, ao propósito das denominadas Taxas de Recuperação Econômica e de Assistência Hospitalar de Minas Gerais, legitimadas como imposto adicional de competência estadual, princípios que vieram a ser estruturados nas Súmulas nºs 144 e 306.

À luz desses pressupostos, cabe examinar-se se a exação em apreço é qualificável, como imposto, e a esse propósito a minha posição coincide com a do eminente Ministro Moacir Catunda, com os desdobramentos postos pelo Ministro Torreão Braz, calçados, nessa parte, em estudo amplo e excelente análise, de Hamilton Dias de Sousa, constante da publicação «Direito Tributário Atual» — Ed. Resenha Tributária, onde concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos, um, que se não confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre receita bruta, com arrimo na competência residual da União (art. 18 § 5º e 21 § 1º da CF), outro, conceituável como Adicional ao Imposto de Renda.

A esse respeito, destaco do estudo referido:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base imponible. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo».

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviço, a qual corresponde 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2º do artigo 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do imposto de renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR) (46). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional» (fls. 111/112).

Estou de acordo com o enfoque desse autorizado jurista, visto como a identificação do tributo se define pelo fato gerador correspondente, irrelevante a denominação e a destinação do produto da arrecadação, perspectiva que reduz o fato jurígeno a uma situação relativa ao contribuinte, independente de atividade estatal específica (CTN arts. 4º e 16).

De outro lado, qualificada a exação como imposto, a sua instituição por decreto-lei tem apoio da jurisprudência deste Tribunal e do Alto Pretório, reportando-me a essa conta ao voto que proferi na matéria constitucional suscitada na AMS nº 91.331, apreciada por este Plenário, de que extraio:

«Posicionando-me diante das teses em conflito, inicialmente devo, data venia antecipar o meu entendimento de que a adição da cláusula «inclusive normas tributárias» ao art. 55 da Constituição Federal introduzida pela EC nº 1/69, quis o legislador constituinte erigir o decreto-lei em instrumento formal hábil e instituir tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo, afastando-se, assim, sob esse aspecto, do critério anterior de compreensão do princípio da legalidade, no seu perfil clássico, estrito, rígido, construído sobre uma realidade histórica e jurídica, sobre uma dinâmica econômica e social, hoje profundamente transformadas.

No particular, afigura-se-me que reduzir o alcance da cláusula referida apenas à edição de normas procedimentais de direito tributário será esocer-

se que essa área se insere nos domínios do direito administrativo formal, e, de outro lado, subtrair-lhe a outorga de competência para criar tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo será esvaziá-la de conteúdo e minimizar a inovação constitucional introduzida.

Em que pesem autorizadíssimas opiniões em contrário, a partir de mestre Baleeiro (Dir. Trib. Bras. pág. 406 — 1ª Ed. Limitações Const. ao Poder de Tributar — pág. 49, 5ª ed.) passando pelos professores Manuel Gonçalves — Curso de Dir. Const. 4ª ed., pág. 210 Gerd Rottman — RDA 109/11, Geraldo Ataliba — (O decreto-lei na Constituição Federal de 1967 e em palestra na Universidade Católica de São Paulo), o certo é que, no momento, o constitucionalismo positivo brasileiro, ultrapassou o princípio da legalidade estrita, como o reconhecem Hamilton Dias de Souza (Estrutura do Imposto de Importação no CTN, pág. 55), Américo Lacombe — (Imposto de Importação pág. 82) Fábio Fanucchi (Incentivos Fiscais às Pessoas Físicas, pág. 8), Valter Streicker (RDP 24/110), Alberto Xavier (Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação pág. 22 e segs.).

Aliás, Hamilton Dias de Souza, em excelente trabalho de direito comparado, constantes da coletânea «Comentário ao CTN», vol. I/28, cap. Sistema Tributário Nacional, desenvolvendo idéias já antecipadas na monografia antes citada, mostra amplamente o evolver do princípio da legalidade tributária da sua feição rígida para a flexível, e da prevalência dessa segunda postura, sob pena de estabelecer-se um vazio entre seu conceito doutrinário e a prática observada na realidade jurídica, adiantando que países que adotam a formulação rígida, na prática legislativo-tributária, consagram a adequação do decreto-lei ao contexto da legalidade tributária.»

Embora reconheça que o princípio da lei formal represente a nossa tradição constitucional desde o Império e, pessoalmente, me identifiquei com essa orientação, não posso fugir à realidade de que hoje o direito brasileiro oferece uma ordem tributária amplamente construída sobre decretos-leis e, nessa altura, a rejeição desse instrumento poderá acarretar verdadeiro vácuo legislativo, nesse domínio.

Interfere com tal conclusão, a postura assumida pelo Ministro Washington Bolívar, no sentido da inconciliabilidade entre o parâmetro da urgência e o princípio da reserva da lei anterior, e, a esse respeito, peço licença para ponderar que o raciocínio desenvolvido, a construção formulada, embora de relevo, entra em manifesto atrito com a orientação deste Tribunal e do Alto Pretório, em particular, nos arestos que mandaram aplicar ao IOF o mesmo princípio da reserva da anterioridade da lei tributária, quanto ao exercício de cobrança.

Por fim, reconheço que o Fundo respectivo não tendo sido previsto na Constituição, só poderia ter sido instituído por lei complementar, insuficiente para tanto o decreto-lei, como deflui do art. 62 § 2º do diploma constitucional, estando, assim, ineficaz a vinculação ali estabelecida.

No particular, no entanto, **maxima venia** devida aos que pensam em contrário, entendendo que a destinação do produto arrecadado e sua conseqüente vinculação a um fundo não influenciam a relação tributária, para interessar somente à área da despesa, estranha ao círculo do fenômeno tributário, louvando-me, para tanto, no ensinamento autorizado de Alfredo Becker, em sua consagrada obra «Tema Geral do Direito Tributário, pág. 261».

Esse é, por igual, o ensinamento do consagrado mestre Rubens Gomes de Souza:

«A afetação das receitas públicas a determinadas finalidades é evidentemente sem influência para lhes definir a natureza jurídica. Digo «evidentemente» porque aquela afetação logicamente pressupõe a prévia arrecadação da própria receita, isto é, a extinção da relação jurídica que deu origem a sua cobrança. Logo, não poderia atuar sobre aquela relação jurídica, a ponto de

integrar-se na definição do tributo, ou do preço público, ou do contrato, de qualquer modalidade de atuação do Estado, que lhe tenha dado origem. Em resumo, a destinação da receita é uma providência de tesouraria relacionada com a despesa pública e não com a própria receita, por isso mesmo enquadrada em outro ramo do direito financeiro ou orçamentário — mas não no direito tributário. Aliás, precisamente por esses fundamentos, isso é hoje, entre nós, matéria de lei: o art. 4º, II do CTN dispõe que «a destinação legal do produto da arrecadação» é irrelevante para qualificar a natureza jurídica específica do tributo de que provenha.» (RDA Vol. 112/41 — 1973).

Em face de todas as considerações postas, qualifico a exação examinada como imposto, e, como tal, sujeito ao princípio da reserva da lei anterior, estipulada no § 29 do art. 153 do nosso Estatuto Político, por tratar-se de hipótese ali não excepcionada.

Assim, defiro, em parte, a segurança, para eximir as impetrantes do recolhimento respectivo, tão-só no exercício de 1982.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, na consonância do voto proferido no Mandado de Segurança nº 97.775 — DF, que a este farei anexar, acompanho o Sr. Ministro Relator.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: A esta altura da votação, nada tenho a acrescentar aos doutos e eruditos votos, até aqui proferidos, que sob enfoques diversos, procuraram, com sabedoria, dar enquadramento constitucional à denominada contribuição para o FINSOCIAL. Cumpre-me apenas, no ensejo, optar pelas alternativas sugeridas.

No curso dos debates, três correntes afloraram sobre o assunto. A primeira, capitaneada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, sustenta a inconstitucionalidade da questionada contribuição, ao argumento de que, destinada a atender a intervenção da União no domínio econômico (Constituição, art. 21, § 2º, I; e art. 163, parágrafo único), só poderia ter sido instituída após a edição de lei interventiva, aprovada pelo Congresso Nacional, como exigido pelo artigo 163, caput da Carta Magna. A outra posição doutrinária está apoiada no voto do insigne Ministro Moacir Catunda. Argumenta que a contribuição para o FINSOCIAL consubstancia imposto e, como tal, está sujeita ao princípio da anterioridade, só podendo, por isso, ser exigida no exercício seguinte ao da promulgação da lei que a instituir (Constituição, art. 153, § 29). Finalmente, terceira corrente, chefiada pelo ilustre Ministro Washington Bolívar, concluiu pela constitucionalidade daquela contribuição.

Ao primeiro exame da matéria, afigurou-se-me que, dentre as hipóteses previstas no § 2º do art. 21 da Constituição, mencionado no preâmbulo do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, só poderia incluir-se a contribuição para o FINSOCIAL dentre aquelas destinadas a custear a intervenção da União no domínio econômico. Com efeito, é óbvio, que não se destina a atender a interesses de categorias profissionais (contribuições sindicais), nem à parte da União no custeio da Previdência Social. A partir de tal raciocínio, por exclusão, a contribuição, em exame, teria de correlacionar-se com a intervenção no domínio econômico. E, com base nessa premissa, seria inconstitucional, à falta de lei interventiva, aprovada pelo Poder Legislativo, como o exige o art. 163 da Constituição.

Contudo, aprofundando o estudo do tema, especialmente à vista dos excelentes subsídios trazidos pelos votos, até aqui proferidos, consegui solucionar importante indagativa com que me deparei: será que a contribuição para o FINSOCIAL destina-se a atender ao custeio da intervenção da União no domínio econômico?

Penso que não. E convincente resposta a essa pergunta, foi-me dada, hoje, no douto voto do emérito Professor de Direito Tributário, Ministro Sebastião Reis, que, após trazer importantes elementos doutrinários sobre o assunto, disse, cotejando o art. 1º e parágrafos do Decreto-Lei nº 1.940/82, com o art. 163 da Constituição:

«Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recursos para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para assegurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica, outrossim, os setores em que os investimentos — despesas públicas — vão atuar não são reservados à iniciativa privada, tais como saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial.»

E esclarecido esse ponto crucial da controvérsia, o que resta fazer é desprezar a roupagem formal da norma e deter-se na sua substância, em face do fato-tipo nela descrito, segundo assinalou o Ministro Sebastião Reis.

Eu, assim procedendo, cheguei, também, à conclusão, baseado no excelente estudo feito sobre a matéria pelo Dr. Hamilton Dias de Souza, de que a contribuição para o FINSOCIAL consubstancia dois impostos, um novo, abrangido pela competência residual da União (Constituição, art. 18, § 5º, e 21, § 1º), incidente sobre a receita bruta, e outro, enquadrável como adicional ao Imposto de Renda (Direito Tributário Atual, vol. I, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1982, págs. 109/112).

Diante de tal entendimento, resulta que, em face do princípio da anterioridade da lei tributária, não podiam aqueles impostos ser cobrados no exercício de 1982.

Decorre, ainda, dessa orientação que, vedando a Constituição «a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa» (art. 62, § 2º), o art. 4º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.940/82, não encontra respaldo constitucional. Tal questão, contudo, não interfere, diretamente, na apreciação desta segurança.

Com essas breves considerações e com a vênia devida aos que pensam de modo diverso, incluo-me na linha de raciocínio sustentada pelo eminente Ministro Moacir Cautunda e aprofundada, com valiosos argumentos, pelos ilustrados Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis. Nessas condições, concedo, em parte, a segurança para livrar as impetrantes do pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, no tocante aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1982.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, de acordo com o voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775 — DF, e que farei juntar, denego a segurança, por entender tratar-se de contribuição.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA nº 97.775 — DF — (3396525)

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Senhor Presidente. O julgamento que prossegue nesta assentada teve início na sessão plenária de 11-11-82, com voto do decaído da Corte, o eminente Ministro Armando Rollemberg, concedendo o **mandamus**.

Seguiram-se diversos pedidos de vista, a partir do eminente Ministro Moacir Ca-tunda, que veio a concluir tratar-se o chamado FINSOCIAL de genuíno imposto, con-cedendo, em parte, o «writ», a fim de anular a cobrança durante o exercício de 1982.

Apresento excusas aos outros não menos eminentes Colegas que, em eruditos vo-tos, seqüenciaram o julgamento, de não nomeá-los e nem sinalar o que concluíram, pois acabam de ser rememorados pelos eminentes Ministros Sebastião Reis e Pádua Ri-beiro.

Vejo no fato, ainda uma vez, o cuidado, o zelo, o senso de responsabilidade com que se portam os Ministros desta Casa que, crescendo em número de seus pares, não se arredou de suas altas finalidades, mantendo-se fiel à sua gloriosa tradição.

Peço vênia para concluir com os eminentes Ministros Washington Bolívar e Miguel Ferrante, denegando a segurança ao entender que, no caso, não se trata de tributo, po-rém de contribuição que se destina ao custeio de programas vitais para a população brasileira, mormente os assalariados, hoje tão atormentados com o que comer, o vestir, o habitar, o transporte e a saúde.

O «Jornal do Brasil», que circulou hoje, registra:

«Para pouco mais da metade dos brasileiros (51%) o salário, ou ganhos mensais, acaba antes do final do mês, ou seja, não é suficiente para cobrir to-das as despesas. Para um quarto da população, o dinheiro chega exato até o final do mês, sem sobrar nada, porque ocorre apenas com os 25% restantes. Os percentuais levam à conclusão de que três em cada quatro brasileiros (75%) não têm condições de poupar.»

Daí, porque entendo tratar-se de contribuição de finalidade de assistência social, dever do Estado e contribuição da comunidade nacional para o bem comum.

A propósito, lembro lições encontradas em Mozart Victor Russomano (Comentá-rios à Consolidação das Leis da Previdência Social — 2ª ed. — RT, págs. 18/19 e 20):

«O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não é exato que, no mundo atual, tenhamos direito, apenas, ao que nos pertence. Há necessidades profundas, que precisam ser satisfeitas em nome da dignidade do homem, em função das quais a comunidade e o nosso próxi-mo podem ser compelidos a abrir mão de seus privilégios e, até mesmo, de seus próprios bens.

Se organizássemos o Estado moderno, segundo os modelos e as formas da Legislação de Justiniano, ele existiria em proveito das minorias, que retêm as vantagens tradicionais e o poder, e, não, como ocorre nos Estados substancialmente democráticos, em função das grandes majorias, que formam os tecidos mais importantes da sociedade contemporânea.

A organização justa da comunidade, cada vez mais, parece depender do desenvolvimento econômico, cultural e moral, ou seja, de um desenvolvimento globalista que serve ao homem, como homem e como trabalhador, através de critérios equânimes de melhor distribuição das riquezas, de oportunidades idênticas para todos e de participação geral nos deslumbramentos e no confort-da civilização.

Não pode haver comunidade justa enquanto perdurarem a miséria popu-lar e o subdesenvolvimento, sem que as necessidades mínimas do povo e do homem possam ser satisfeitas. Mas, quando puderem ser satisfeitas, tais neces-sidades e não o forem, a sociedade não será justa e será imoral.

A sociedade justa — escreveu Mário de La Cueva — é, em última análise, aquela que incorpora em si, em níveis honrosos e honrados, a larga parcela dos trabalhadores que a compõem (Derecho Mexicano del Trabajo, 1º vol, pág. 12, 1943).

Em nome desses princípios e desses sentimentos, sobretudo com o advento da economia industrial, procurou-se criar um sistema nacional de assistência aos necessitados.

Em princípio, todos somos necessitados. Carecemos — através dos anos — de assistência física, econômica, moral e educativa.

Mas, em determinadas situações especialíssimas, por motivos eventuais ou insuficiências de natureza pessoal, essa assistência se torna agudamente indispensável para livrar o homem de seus males físicos, para adaptá-lo ao exercício útil da profissão e, inclusive, para ajudar o desempregado a obter novo emprego.

O liberalismo político, ao contrário do liberalismo econômico, nunca esqueceu os direitos inalienáveis do povo e, inclusive, o dever do Estado de defender esses direitos populares. O art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem, por isso mesmo, definiu como dívida sagrada do Estado os socorros públicos em geral, afirmando que a sociedade deve ao cidadão apto para o trabalho a garantia do emprego e, bem assim, deve a subsistência àquele que não esteja em condições de exercer nenhum ofício.

Da idéia de assistência passou-se à idéia de previdência social. A distinção foi traçada, entre nós, dizendo-se que, na primeira, tem-se como preocupação imediata a pessoa do trabalhador, enquanto a previdência social cuida do futuro de quem vive à custa da profissão e procura, inclusive, proteger a sua família, (Alonso Caldas Brandão — op. cit., págs. 5 e 6; Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira — Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho, pág. 7, 1937).

A tendência atual da doutrina não é, precisamente, a exposta pelos autores brasileiros. A Assistência Social — devida, indiscriminadamente, a qualquer pessoa necessitada — pressupõe o fato da necessidade insatisfeita e, sem qualquer consideração quanto à situação profissional da pessoa, procura dar-lhe amparo e recursos para sobreviver».

O momento difícil que atravessa o país envolve de modo muito mais forte, sem dúvida, aqueles irmãos nossos que menos ganham ou nada ganham. A contribuição FINSOCIAL foi instituída como forma de intervenção no domínio econômico precisamente visando a custear serviços e encargos de assistência e de previdência social. Portanto, de evidente natureza extrafiscal, pelo que se extrai do disposto no art. 45, X, c/c 21, § 2º, I, da Constituição.

Com essas breves considerações, denego a ordem, rendendo minhas homenagens aos ilustres Colegas que entendem diversamente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, com a ressalva do meu ponto de vista, esposado anteriormente na Primeira Instância, no sentido de que também se aplicaria o princípio da reserva legal.

Parece-me que seja esse o entendimento de parte dos Ministros que compõem a Segunda Seção deste Tribunal.

Acompanho o Relator, com essa ressalva.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, defiro a segurança pelos fundamentos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775-DF, cuja cópia farei juntar.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF
(Registro nº 3.396.525)

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente ao instituir a contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, que criou na mesma oportunidade, dispôs que dita contribuição corresponderia a 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e sociedades seguradoras (art. 3º, § 1º).

Acrescentou depois que para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição seria de 5% e incidiria sobre o valor do Imposto de Renda devido, ou como se devido fosse (art. 1º, § 2º).

A seguir, o diploma legal referido estabeleceu que a arrecadação da contribuição seria feita pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em Portaria do Sr. Ministro da Fazenda.

Atendendo a esta última previsão, o Sr. Ministro da Fazenda, em 22 de junho, deste ano, baixou a Portaria nº 119, na qual fixou como prazo de recolhimento da contribuição o dia 20 de cada mês subsequente à incidência respectiva, o que se deveria considerar como base impositível em cada um dos casos, bem como que, o não recolhimento no prazo, importaria em aplicação de correção monetária e pagamento de juros e multa de mora.

Ao final estatuiu:

«IX — Cabe:

a) ao Ministério da Fazenda dirimir as dúvidas pertinentes à execução do Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;

b) ao Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal baixar instruções relativas ao recolhimento de contribuição social;

c) à Secretaria da Receita Federal, ouvido o Banco Central do Brasil, no caso das instituições financeiras, e à Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, no caso das sociedades seguradoras, baixar as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

X — Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.»

Tal portaria, alegou-se na inicial, tornou concreta a incidência da contribuição social ao descrever o fato impositível, com o que, as empresas que realizam vendas de mercadorias, no caso delas impetrantes, ficaram obrigadas ao recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta mensal, sob pena de sanções também previstas no diploma legal referido.

Contrapôs-se a tal assertiva, o parecer que acompanhou as informações do Sr. Ministro da Fazenda, opinando:

«Há, no caso vertente, Mandado de Segurança contra lei em tese, o que a jurisprudência não admite.

Com efeito, a autoridade impetrada não praticou e nem praticará nenhum ato exigindo das impetrantes o pagamento da contribuição do FINSOCIAL, até porque, sua competência se circunscreve ao poder regulamentar, não lhe cumprindo proceder a lançamento ou qualquer ato que lhe seja equiparado. Enfim, não lhe cumpre a prática de atos de imposição ou de exigibilidade.

A Portaria Ministerial é mero ato regulamentar; norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento daquela contribuição. É lei em sentido material, em que pese não o ser formalmente.»

Essas afirmações, no curso das quais foi feita citação de voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso e comentário de Roberto Rosas à Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, impressionam à primeira vista, mas são afastadas por exame mais detido da questão, pois se a Portaria Ministerial estabeleceu o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição.

Essa conclusão não é afastada pelo fato de, ao final da Portaria do Sr. Ministro da Fazenda, prever-se que seriam baixadas instruções pelo Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Secretaria da Receita Federal e Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, sobre o recolhimento de contribuições, pois tais instruções não interfeririam com a obrigação já estabelecida, de forma concreta, na portaria, do recolhimento da contribuição criada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, até o dia 20 de cada mês.

Conheço, assim, do Mandado de Segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

(Registro nº 3.396.525)

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21.

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a 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.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor», arguição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, § 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a nação brasileira, investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nela se reflete.

A contribuição criada tendo em vista a intervenção no domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que, estabelece o *caput* do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940 pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção a norma constitucional expressa.

Por assim considerar o voto concedendo o Mandado de Segurança nos termos do pedido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, ressalvado meu ponto de vista sobre o não cabimento do Mandado de Segurança, acompanho a conclusão do Sr. Ministro Relator, pelos fundamentos de mérito aduzidos no voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775-DF, Relator Sr. Ministro Armando Rollemberg, voto do qual farei a juntada de cópia, oportunamente.

VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, a primeira preliminar, suscitada pela autoridade informante, também fico em rejeitar, como implicitamente a rejeitou o Sr. Ministro Relator.

Ao que se vê da inicial, o pedido ataca ato preciso na sua individualização e na sua autoria — a Portaria nº 119, de 22-6-82, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. A ser esse ato passível, ou não, de impugnação por meio do «writ», isto constitui outra questão, alheia ao problema da legitimidade de partes.

A segunda preliminar, porém, se presta a maiores reflexões, no tocante à qualificação do discriminado ato, sobre operar como lei em tese.

Deveras, a partir das peculiaridades que possuem, as normas tributárias, ou as parafiscais suas similares, incidem conforme método todo seu. Convieram os tributaristas — na penosa pesquisa da epistemologia da ciência das finanças — que o derivado ramo do Direito Tributário (ou Fiscal, na preferência de outros) ganhara autonomia à luz de institutos próprios, definidos por terminologia específica.

No campo da sua estruturação, dentre os institutos fiscais, adquiriu relevo o lançamento, como ação da autoridade para materializar o dúplice fenômeno do fato gerador e da hipótese de incidência: o primeiro destes, acontecido na forma natural das coisas; e o segundo, cogitado a tipo de incidência da norma jurídica previsora. Daí, prestar-se o lançamento à individualização da relação jurídica tributária ou parafiscal, somente com a qual há falar-se na exigibilidade do encargo, consoante o dizer dos doutos.

A esse propósito, não conheço melhor didática do que a do Prof. Américo Lacombe, ao versar Kelsen e a individualização da norma, aplicando a teoria ao Direito Tributário, nestes termos:

«4.2. A norma individual é sempre constitutiva. No caso do lançamento tributário, ela não constitui a relação jurídica de débito e crédito (*debitum*, *Shuld*), pois esta se instaura pela incidência do conseqüente da norma geral, tão logo se verifica a ocorrência do fato hipoteticamente previsto no antecedente normativo. Ela constitui a relação jurídica de exigibilidade (*obligatio*, *Haftung*). Tanto isto é certo, que se o sujeito passivo efetuar o pagamento antes da emissão da norma individual tributária (lançamento), mas após o transcurso do prazo de decadência para a referida emissão por parte do sujeito ativo (Estado), terá direito à repetição, uma vez que inexistia a *obligatio*. Não teria, no entanto, o sujeito passivo direito a repetir, caso efetuasse o pagamento após o lançamento, ainda que o Estado tivesse deixado prescrever seu direito de ação. É que nesta última hipótese já estaríamos diante da *obligatio*, plenamente constituída» — Obrigação Tributária, pág. 77, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1977.

Isto é, diga-se que

— «Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito» —,

segundo a preleção não menos clara, da lavra do Prof. Hugo Machado (in Curso de Direito Tributário, pág. 89 — Ed. Forense, 1981).

Percebe-se, assim, que antes de acionada a «norma individual», pelo lançamento, há simples abstração de incidência da «norma geral», insuficiente, contudo, para tornar exigível a obrigação.

Aplicada a lição ao caso dos autos, a meu modesto pensar, a incriminada portaria ministerial não contém nenhuma norma individualizada, senão que, a estilo regulamentar — tão propício e indispensável ao campo tributário ou parafiscal, na linha de decre-

tos, portarias e circulares —, contém simples desdobramento da norma geral instituída do encargo, sediada esta última no Decreto-Lei nº 1.940/82; e se mais contiver, certamente que o será em caráter geral.

De fato, ainda que bem pormenorizada no seu texto — a termo e modo da arrecadação daquela obrigação —, convenha-se que a indigitada portaria ateu-se a comandos instrutivos genéricos, certos ou errados no seu conteúdo, mas, desenvolvidos no plano meramente normativo, cometimento que, aliás, validamente ou não, lhe foi expressamente reservado pela lei instituidora — Decreto-Lei nº 1.940, art. 2º

Definida desse modo, com a devida vênia, não me parece que a qualificação da portaria se afete em face das obrigações formais conferidas aos contribuintes, nos moldes do chamado lançamento por homologação. Tal forma de proceder, ao que se sabe, em deixando ao nudo do contribuinte realizá-la, só por isso não implica exigibilidade do tributo; escusando-se o sujeito passivo ao autolancamento que a regra formal lhe atribua, ainda aí, não há falar-se em individualização da norma; para tanto, há que sobrevir a ação da Administração Fiscal, em procedendo lançamento de ofício, sucedâneo daquele a que se negou o devedor; assim terá de agir o fisco, ainda que seja pela simplificada forma lançadora prevista na analisada portaria. Lançamentos por homologação há, relativamente aos mais diversos gravames fiscais, sem que o método, em si mesmo, tenha força de exigibilidade da obrigação, antecipando-a à constituição do crédito.

Quem obriga a pagar, segundo a «relação débito-crédito», é a lei, no seu sentido lato, e não a autoridade; quem constitui a «relação jurídica da exigibilidade» é o lançamento — ato do contribuinte (na espécie homologação), sucedido na sua falta pelo imprescindível lançamento de ofício (aí sim, ato da autoridade).

De tudo isso, perdoem-me a delonga; concluo que a precitada portaria se oferece indene à qualificação de norma individual, ou individualizadora da norma geral, cuja natureza ora se escogita ser tributária, pura, ou simplesmente parafiscal.

Se assim é, a meu pensar, a impetração está a verberar lei em tese, à distância da exigência concreta de qualquer encargo monetário, a qual, na matéria de que se trata, jamais poderia estar na examinada portaria, cuja autoridade signatária, por sua vez, não detém atribuição para exigir objetivamente dos impetrantes a temida prestação fiscal. O seu receio, se justificável, certo o será em relação a futuros lançamentos compulsórios — procedidos pela singela forma disciplinada na indigitada portaria, mas, somente acionáveis a poder da execução deixada, exclusivamente, aos agentes fiscais ali relacionados; singela forma, porque constante dos simples demonstrativos de débitos; e exclusivamente, porque conferido, só e só aos órgãos da Secretaria da Receita Federal, o envio de tais demonstrativos para fins da dívida ativa (Portaria nº 119, item V).

Na esteira dessas considerações, em suma, tenho por incabível o pedido, tal a sua mácula de dirigir-se contra lei em tese.

Não cõheço, pois, da impetração; pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, vencido na preliminar, quanto à questão de mérito, sigo os que distinguem nuanças próprias nas

contribuições sociais, remetendo-as para o campo maior da parafiscalidade, de círculo autônomo, embora que concêntrico ao dos tributos, na mesma concentricidade que harmoniza os círculos do Direito Financeiro e do Direito Tributário; filio-me aos que definem a parafiscalidade como tendência moderna das finanças públicas, de alargar a noção clássica das entradas orçamentárias para admitir as contribuições especiais como fonte de financiamento direto da despesa, atreladas à destinação específica de certos serviços econômicos ou sociais do Estado, estes com beneficiários distintos, mas ultimados a favor do interesse geral; dos que as apontam como participantes da natureza do tributo, sem possuírem, no entanto, todos os seus caracteres.

Donde as contribuições parafiscais escaparem a princípios mais rígidos, os quais resultam como que derogados a seu respeito, a rigor da necessidade da intervenção pública no estabelecimento imediato da cotização requerida pelo empreendimento visado (cf. Louis Trotabas, «Droit Fiscal», pág. 98, Dalloz, Paris, 1977); mesmo porque, decorrentes da atividade financeira do Estado, ditas contribuições não se fundam, porém, na capacidade contributiva, mas em princípios éticos da solidariedade social (magistério de Morselli, *apud* Baleeiro — Uma Introdução à Ciência das Finanças, pág. 285).

A partir dessa perspectiva ontológica da parafiscalidade, até o seu trato específico no direito positivo brasileiro (inaugurado com a Carta de 67), tenho para mim, com a devida vênia da doutrina nacional contrariamente direcionada, que as contribuições sociais foram postas à distância dos tributos propriamente ditos, desde o texto constitucional de origem, pois que antes dele, no regime da Constituição de 46, sequer se cogitou a indagada correlação.

Na verdade, significado algum teria o art. 18 da Carta de 67 — vindo da EC 18/65 à Constituição de 1946, e reproduzido no art. 18, incisos I e II, da EC 1/69 —, significado não teria o comando em relacionar os ingressos assemelhados aos impostos, para fins de qualificação do sistema tributário, se houvesse o constituinte de também igualar àquela limitada relação dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, todas as demais exações das finanças públicas de fins sociais ou econômicos; significado não teria a letra do § 2º do art. 21 da EC 1/69, primitiva ou alterada pela EC 8/77, se, à longa distância daquela tríplice relação dos tributos, voltasse o constituinte a estabelecer como tipo tributário, indistintamente, ambos os encargos listados nos incisos I e II do dito parágrafo — encargos discriminados entre si mesmos, pois que somente em apreço ao empréstimo compulsório mandou aplicar as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário; se tributos fossem, ainda que por equiparação constitucional, lógico seria que as contribuições do primeiro inciso igualmente se recomendassem à aplicação das disposições constitucionais tributárias, da forma como recomendada expressamente o foi a figura do segundo inciso, isto é, o empréstimo compulsório.

Dizer-se insignificante esse peculiar tratamento da letra constitucional brasileira, a pretexto de que somente o empréstimo compulsório, por força conceptual, exigiria a assinalação da correlação tributária, parece-me especioso, *data maxima venia*. Deveras, repita-se, cuidadas ao largo da tipicidade tributária sediada no art. 18, certo seria que para assemelhá-las aos tributos, por necessidade sistêmica que fosse, o constituinte teria dado às prefaladas contribuições financeiras a mesmíssima recomendação expressa de sujeição às disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário.

A partir dessas desprezíveis considerações, que na verdade nada acrescentam ao erudito debate de tão palpitante tema, no entanto, no plano objetivo, desejo ajudar a compreensão do caso concreto. É que, visualizada através da Portaria nº 119/82, do

Ministro de Estado da Fazenda, a contribuição para o FINSOCIAL, na destinação assistencial a que se refere, se me afigura indene do vício de forma e incidência, irrogado pelos impetrantes sob o analisado prisma.

De fato, quanto à forma da instituição do gravame, inicie-se por ver a natureza substancial da espécie, segundo a sua indiscutível inerência com as finanças públicas, como inerentes a estas já se disse que o são as contribuições parafiscais, no seu caráter de financiamento específico dos empreendimentos da solidariedade social que as inspira; conseqüentemente, mesmo em não sendo tributo, esta natureza própria do gravame justifica, por si, a sua imposição por meio de decreto-lei, na exata previsão do art. 55, II, da Constituição, também concernente às finanças públicas. Daí que, em relação à contribuição em causa, ainda que proceda delinear-se o seu conceito somente pela nota da intervenção no domínio econômico, à qual alude o art. 163 e parágrafo da Constituição, tenho para mim, com a devida vênia do Senhor Ministro Relator, que no caso restou satisfeito o princípio da legalidade estrita, através da autorizada forma do decreto-lei.

Por sua vez, quanto à incidência da exação, no ponto malsinado pelos impetrantes, verifique-se que o respectivo comando impositivo retrata-se completo no Decreto-Lei nº 1.940, art. 1º e seus §§, ali estabelecido o quadrimônio — sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Se a indigitada portaria, como norma de caráter secundário e complementar, chegou a cometer excesso regulamentar, sem dúvida que o fez apenas no particular da multa, à qual se referiu sem que a lei a tivesse previsto como carga da mora (item V, in fine). Na verdade, estabelecendo-se a multa de mora através de uma simples portaria, violou-se às claras a garantia da reserva legal, oferecida aos contribuintes em nível de direito individual.

Desse modo, mais não caberia socorrer aos impetrantes, nas suas acusações ao impugnado ato do Ministro da Fazenda, senão que nesse único ponto da multa, taxaço evidentemente não prevista no texto-matriz, e que não se compreende implícita na dívida fiscal, como assim se compreendem os juros e a correção monetária, a teor, respectivamente, da Lei nº 4.357/64, art. 7º, e da Lei nº 5.421/68, art. 2º

Entretanto, se o exame da espécie vai além dos termos da portaria ministerial que foi indicada como ato coator — estendendo-se à exigência fiscal em si mesma, como pediram as partes e consentiu o Senhor Ministro Relator —, por esse exame mais largo, ainda tenho o que acrescentar à conclusão, pondo-a, agora, sob outro ângulo de visão.

Deveras, inobstante a distinta regularidade da imposição da analisada contribuição através de decreto-lei, vislumbro mácula na sua vigência imediata: vejo-a endereçada à formação de um fundo, somente instituído nos meados do exercício de 1982!

Daí, dever-se considerar que, por sua natureza própria, por manterem-se no círculo definido do Direito Financeiro, naquela concêntrica conotação com o Direito Tributário, não havia a Constituição de deixar ao descontrolo os investimentos dos fundos sociais mantidos pela União. Quis, pois, o legislador constituinte, à força mesmo do princípio da universalidade do orçamento — matéria financeira por excelência —, quis que os ditos fundos também ficassem vinculados à previsão orçamentária ânu.

Consulte-se o art. 62, Carta vigente, na veemência com que estabelece que o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, ex-

cluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

Relembre-se o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o dispositivo com esta invejável síntese:

«Consagra o texto em exame um dos princípios orçamentários básicos, o princípio da universalidade. Importa este na inclusão de todas as receitas e de todas as despesas na lei orçamentária (cf. Alberto Deodato, op. cit., pág. 360). Conforme se depreende do texto, do orçamento farão parte a receita estimada não só da União como de todas essas entidades, tenham elas personalidade própria ou não. Com isso, visa-se impedir seja subtraída do controle da representação popular qualquer fração do dispêndio público.

Abre, porém, o texto uma exceção. Não farão parte do orçamento a receita e a despesa de entidades públicas que não recebam subvenções ou transferências a conta do orçamento. Portanto, as entidades que não recebam qualquer auxílio ou dotação seja para sua manutenção, seja como investimento (vide Lei n.º 4.320/64, art. 12, §§ 2.º e 6.º)». — Comentários à Constituição Brasileira, 2.º volume, pág. 75 — Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977.

Dissecando a hipótese do FINSOCIAL, em face da analisada norma convenha-se que: a) de «fundo» se trata, conforme rótulo da própria norma de criação; b) dirigido pela administração indireta, ou quiçá pela própria administração direta, pois que, apesar da estrutura descentralizada do BNDES — órgão administrador —, a aplicação de seus recursos será gerida por diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República — Decreto-Lei n.º 1940, art. 6.º, e parágrafo; c) subvencionado por recursos de dotações orçamentárias da União, dá-lo o art. 4.º, II, do citado decreto-lei; donde o FINSOCIAL não se comportar na exceção constitucional acima grifada.

Nesse quadro, penso que a colacionada norma constitucional impede que o Fundo de Investimento Social tenha ação sobre qualquer de seus recursos, enquanto não arrolado ele próprio para o controle orçamentário, por via da devida previsão anual. Possível não é deixá-lo ao largo dos mecanismos da condução orçamentária, a que estão sujeitas todas as taxações compulsórias, fiscais ou extrafiscais; como impossível é deixar os fundos em geral «intocáveis à vigilância do Poder Legislativo», segundo a observação de Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, pág. 112 — Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1970); ou consentir noutra forma de fiscalização que não seja ancilar da competência do Tribunal de Contas da União, ao querer do art. 74, da Lei n.º 4.320/64, norma geral de Direito Financeiro.

Daí que, se a imposição das rendas que lhe dariam vida antecedeu a obrigatória incorporação à receita de orçamento deste exercício de 1982, não pode o fundo intitular-se legítimo exator da respectiva contribuição social — sob pena de intolerável retorno à antiqüíssima indistinção entre o erário e o chamado «bolsinho imperial» (De Plácito e Silva — Vocabulário Jurídico — Tomo II, verbete Fisco).

E não se diga que a remissão ao inciso I, parte final, do art. 21, da Constituição, o libere do regramento orçamentário; de fato, livre de maiores pelas das limitações de tributar, não quer dizer que a permitida alteração de alíquotas, deixada ao arbítrio do Executivo, alcance o próprio ato de instituição da imposição parafiscal, pois que, pela lógica mais simples, só se pode alterar aquilo que se encontra preestabelecido!

Por conseguinte, apesar de louvável a sua criação, no plano da grande mensagem de paz social contida na destinação de seus recursos — valor que não há negar-se ao FINSOCIAL, por feliz lembrança, endereçado, inclusive, ao amparo da sofrida classe do pequeno agricultor —, a meu pensar, é condição *sine qua non* de sua execução fi-

nanceira a reclamada previsão orçamentária; desta previsão não poderá esquivar-se a autoridade dirigente, sem que contrarie os mais respeitáveis interesses públicos protegidos pelo vetusto «princípio do consentimento», precursor do moderno princípio da universalidade orçamentária — o qual, no Estado de Direito democraticamente orientado, se alimenta da harmônica diluição do poder pelos seus três grandes canais condutores.

Em suma, por via de abrangência plena, vem ao caso o princípio da anualidade, óbice a que no mesmo ano da criação do FINSOCIAL, jejuno de previsão orçamentária, possa a União arrecadar-lhe e aplicar-lhe a contribuição.

A partir daí, convenha-se no direito líquido e certo oponível pelo contribuinte à exigência da precitada exação, mal posta em antecipação à obrigatória previsão orçamentária, à qual está sujeita porque constitui receita de um fundo subvencionado à conta do orçamento (parcial ou integralmente subvencionado, não o distingue a Constituição, art. 62).

Só por esse ângulo de visualização da hipótese, do qual não tenho a pretensão de convencer o Egrégio Tribunal, é que — a par da inconstitucionalidade da multa instituída pela examinada portaria ministerial (item V, *in fine*) — findo por declarar inconstitucional também a expressão «e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982», constante da parte final do art. 7º, do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82; pelo que concedo, em parte, o Mandado de Segurança, para livrar os impetrantes da exigência para-fiscal em causa, apenas neste mesmo ano de sua instituição sem previsão orçamentária.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE: Voto na linha do pronunciamento do Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Como os demais Srs. Ministros que aderiram a esse pronunciamento farei juntar o voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775 — DF.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): Não posso compreender como possível aceitar discussão sobre o FINSOCIAL em processo de Mandado de Segurança quando é certo que aqui não existe sequer ato coator concreto da autoridade impetrada, mas mero ato administrativo de natureza normativa.

O que a impetrante na verdade pretende, é provocar declaração judicial por vias transversas, o que é inadmissível.

Recordo que há dias atrás, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar pedido de segurança relativo a reajuste salarial, dele não conheceu por atacar lei em tese.

Como Presidente, por força de disposição Regimental, só posso votar sobre matéria constitucional.

Se há tanto não fosse impedido, julgaria a impetrante carecedora da ação.

Passo a examinar o mérito do pedido!

Com o alegado objetivo de custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, foi baixado o Decreto-Lei nº 1940, de 25 de maio de 1982, que instituiu contribuição social incidente sobre a receita bruta das empresas que realizem vendas de mercadorias ou de serviços.

Para o Fisco, esse gravame denominado Fundo de Investimento Social ou simplesmente FINSOCIAL, é contribuição social.

A impetrante sustenta que aqui se trata de um novo imposto.

Está no artigo 4º, do CTN que a «natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-lo: «I

— a denominação e demais características adotadas pela lei; II — a destinação legal do produto da sua arrecadação».

Sabido que tributos são os impostos, as taxas e as contribuições, procuremos definir estas últimas.

No ensinamento de Rubens Gomes de Souza, elas são os tributos que não são especificamente impostos ou taxas.

Nesse sentido é também o ensinamento de Alfredo Augusto Becker («Teoria Geral do Direito Tributário», página 346). Para quem «no plano jurídico, todo e qualquer tributo pertencerá a uma destas duas categorias: imposto ou taxa».

À propósito, cita Berliri quando sustenta que «ainda que o tributo especial tenha uma disciplina jurídica diversa daquela dos outros impostos, isto não quer dizer que se deva contrapô-lo com um *tertium genus* diante da taxa e do imposto».

O FINSOCIAL não é contribuição. E se o fosse, nem por isto teria deixado de ser tributo ao qual é ausente inclusive a definição do respectivo fato gerador, requisito indispensável, pena de não poder haver a sua cobrança, na advertência de Amílcar de Araújo Falcão em sua obra clássica «Fato Gerador da Obrigação Tributária».

Sob tal enfoque, o Decreto-Lei nº 1.940, agride o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal.

Alega-se que o FINSOCIAL constitui um tipo especial de tributo cuja instituição estaria dentro da competência residual prevista no artigo 21, § 1º, da Constituição.

Leio o texto:

«A União poderá instituir outros impostos além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos previstos nos arts. 21 e 24».

No caso presente o simples enunciado de sua incidência deixa claro que a base de cálculo do FINSOCIAL é coincidente com o ICM e com o imposto sobre serviços.

Tem mais.

A receita do FINSOCIAL está vinculada ao custeio da alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Tal destinação não é admitida pelo artigo 62, § 2º, da Constituição.

Segundo o texto, *verbis*,

«é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa».

O decreto-lei que criou o FINSOCIAL não respeitou o princípio da anterioridade, visto como sua exigência foi determinada para o mesmo exercício financeiro em que foi instituído.

Isto contraria o artigo 153, § 29, da Constituição.

Nem se diga que a contribuição em causa tem finalidade extrafiscal.

Para fulminar o argumento, trago à colação o sempre lembrado Aliomar Baleeiro ao asseverar que doutrinária e tecnicamente, a contribuição parafiscal «é imposto com aplicação especial...» e como tal não escapa aos princípios da legalidade e da anualidade.

Pelas razões expostas, tenho como inconstitucional a cobrança do FINSOCIAL, inclusive no exercício de 1982.

EXTRATO DA MINUTA

MS 99.552 — DF (Reg. nº 3.443.302) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira. Reqte.: Perdigão S.A. — Comércio e Indústria e outros. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advs.: Drs. José Carlos Pereira e outros.

Decisão: O tribunal, por maioria, concedeu em parte o Mandado de Segurança, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Carlos Velloso, Bueno de Souza, Armando Rollemberg e Jarbas Nobre que deferiam o Mandado de Segurança na forma do pedido, declarando inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, integralmente, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Costa Lima que indeferiam o pedido (Em 16-6-83 — T. Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Carlos Thibau, Moacir Catunda, José Dantas e Lauro Leitão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Leitão Krieger, Geraldo Sobral e Hêlio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO
EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.148 — RJ

(Registro nº 2.605.848)

Remetente: *Juizo Federal da 9ª Vara-RJ*

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelados: *Indústria e Comércio Quimetal Ltda. e outros*

Advogados: *José Aélío Madureira Siqueira e outros e Leo Krakowiak, Rosa Maria Motta Brochado e outros*

EMENTA: Constitucional. Tributo. Elevação da alíquota. Princípio da anterioridade legal. IOF.

Operações de crédito. Inconstitucionalidade da exigência tributária, como feita em relação ao exercício de 1980, no mesmo ano da majoração da alíquota do IOF sobre operações de crédito pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, por maioria, na forma do disposto no art. 175, § 2º, do RI, declarar a inconstitucionalidade da exigência do IOF nas operações de empréstimos, aberturas de crédito e desconto de títulos, mediante aplicação de alíquotas majoradas no mesmo ano da vigência do Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I, 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 1982.

JARBAS NOBRE, Presidente — JOSÉ FERNANDES DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de declaração de inconstitucionalidade da cobrança do IOF sobre operações de crédito, como foi feita à base de alíquota majorada no mesmo exercício da exigência do tributo — Decreto-Lei nº 1.738/80, art. 1º, inciso I.

Na forma do art. 176 do Regimento Interno, a Sexta Turma acolheu a argüição, por maioria e conforme o voto médio por mim proferido, tal como registraram as no-

tas taquigráficas de fls. 282 a 303 (acrescidas do parecer da Subprocuradoria-Geral da República), ora juntas a modo do relatório tratado no art. 175, § 1º, do mencionado diploma regimental.

Relatei.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Indústria e Comércio Quimetal Ltda., Ártico Importação, Comércio e Indústria S.A. e Redal Comercial, Importação e Exportação S.A., contra ato do Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil, da 6ª Região, no Rio de Janeiro, consubstanciado na exigência de tributo previsto no Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, que dispõe sobre valores de créditos concedidos às impetrantes pelo Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S.A.

Em Primeira Instância, a ordem foi concedida, ao fundamento de que é inconstitucional a cobrança do tributo no próprio exercício do advento do referido diploma legal, condenando o impetrado nas custas e em honorários advocatícios, arbitrados em Cr\$ 20.000,00.

Submetida a sentença ao duplo grau de jurisdição, dela apelou o Banco Central do Brasil. Em suma, argúi, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e a inidoneidade do *mandamus*, porque requerido contra a lei em tese; e, no mérito, sustenta a constitucionalidade do ato impugnado.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se de acordo com a irrisignação apelatória, levanta, também, a falta de legitimação ativa, na espécie.

Relatei

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: In casu, a legitimidade da autoridade impetrada decorre de sua qualidade de agente responsável pela representação regional do Banco Central do Brasil, que tem a incumbência do preparo dos processos administrativos fiscais para apuração de infrações aos preceitos disciplinadores da cobrança do tributo em tela, de conformidade com o regulamento aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, através da Resolução nº 619, de 29 de maio de 1980.

Também não há que falar em lei em tese, quando o ato impugnado concretiza exigência objetiva, ao amparo da legislação instituidora do tributo. Não é a lei em si de que se cuida, mas de sua aplicação concreta.

Ao cabo, sem relevo a assertiva de que carece a impetrante de legitimidade para agir. Com efeito, em sendo ela, como se enfatiza, contribuinte de fato, a suportar, portanto, a carga tributária, evidente seu interesse em se opor à exigência que reputa abusiva, em resguardo de sua própria posição diante do contribuinte *de jure*.

Com estas breves considerações, afasto as prejudiciais.

No mérito, este Tribunal, em julgamento pleno do incidente de inconstitucionalidade, suscitado na AMS 91.322-SP, ultimado na assentada de 29 de outubro do corrente ano, decidiu, por maioria, que é inconstitucional a cobrança, no exercício de 1980, das novas hipóteses de incidência instituídas pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980.

Diversa, porém, é a situação posta nos autos.

Aqui se cuida de alteração de alíquota de tributo já instituído pela Lei nº 5.143, de 1966, posteriormente modificada pelo Decreto-Lei nº 914, de 1969, não estando, portanto, a hipótese, a meu ver, abrangida pela referida decisão incidental de inconstitucionalidade.

Em assim sendo, *data venia* das opiniões em contrário, tenho como legítima a impugnada exigência, pelas razões expendidas no voto a seguir transcrito, que proferi por ocasião do julgamento plenário do mencionado incidente:

«Sobre dizer-se que o art. 65 do Código Tributário Nacional foi revogado ao advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, argüi-se a inconstitucionalidade da exigência, no exercício de 1980, do imposto sobre operações financeiras, com base no Decreto-Lei nº 1.783, daquele mesmo ano. Alega-se que a faculdade de alterar alíquotas desse tributo, insita na norma complementar, não pode prevalecer, porquanto carece de previsão expressa no texto básico, como acontece com relação aos impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados (artigo 21, itens I, II e V). O princípio ditado pela Emenda Constitucional nº 18/65 (art. 14, II, § 1º) e acolhido pela Carta de 1967 (art. 22, item VI, § 2º) teria deixado de subsistir no novo comando constitucional, com reflexo imediato na legislação secundária. Em decorrência, a cobrança do tributo, no próprio exercício em que foi editado o mencionado Decreto-Lei nº 1.783, padeceria de eiva de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da anualidade.

Essa a *quaestio juris*.

Assim, afastado de plano, *data venia* a eiva de inconstitucionalidade que, igualmente, se pretende atribuir a esse diploma legal, por haver sido expedido pelo Poder Executivo.

É que, a par de compreendido entre aqueles atos autorizados pelo art. 55, item II, da Carta Política, em sua elaboração obedeceu-se, seguramente, a sistemática do processo legislativo, no caso adotado. É, portanto, lei, no sentido constitucional. Ou para usar o lúcido escólio de Pontes de Miranda: «Não se trata, propriamente, de decreto-lei, mas de lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro de certo prazo), ou de decreto-lei com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional» («Com. à Const. de 1967», Tomo III, pág. 138).

Aliás, o Professor Geraldo Ataliba deixou claro o ponto de controvérsia, ao enfatizar, da tribuna, que seus representados em nenhum momento argüiam a inconstitucionalidade do diploma legal em tela. O que «se pede e se espera» — acrescentou — «é que o mesmo seja aplicado com a eficácia que a Constituição prevê, isto é, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte ao da sua publicação». E explicitou: «Inconstitucionais são os atos de sua exigibilidade no mesmo exercício em que veio a lume».

Balizado, assim, o tema da discussão, cumpre observar, desde logo, que o princípio da anualidade na cobrança de imposto nunca foi absoluto no nosso ordenamento jurídico.

Em regra, nenhum imposto será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o tenha instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro. Mas esse princípio sempre esteve sujeito a limitações, ditadas pelos interesses maiores da política financeira do Estado.

A Constituição em vigor dispõe, no art. 153, § 29, *in verbis*:

«§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a do transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

Assim, na gama das ressalvas o legislador constitucional teve presente a natureza do tributo e a urgência das providências governamentais na sua exigência.

Ora, sob essa prisma, não se pode excluir da ressalva constitucional o imposto sobre operações financeiras, pois que outro tratamento não requer o seu caráter excepcional, adstrito aos objetivos da política monetária. Por sua finalidade, guarda a natureza da tributação extrafiscal de que fala Becker, «de um instrumento de «intervenção» estatal no meio social e na economia privada» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», 2ª ed. pág. 536). Daí porque a Emenda Constitucional nº 18/65 permitiu ao Poder Executivo, nas condições e limites da lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo, para ajustá-lo aos objetivos dessa política. Daí porque a faculdade vem expressa no malsinado art. 65 do CTN e a convalidou o art. 22, item VI, § 2º, da Constituição de 1967.

Objeta-se, ao revés, que o texto primitivo do § 29 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, não se referia a outros impostos «especialmente indicados em lei complementar», como consta da atual redação, dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977. À falta dessa previsão no texto originário, somada ao tratamento dispensado ao tributo no seu art. 21, debita-se a revogação do preceito complementar.

Todavia, **data venia**, não vislumbro essa revogação. Nem há que falar em ripristinação, como querem outros.

Note-se que Aliomar Baleeiro, tantas vezes citado neste caso, não fala em revogação da norma complementar. Refere-se o saudoso mestre à falta de sustentação constitucional. São suas palavras: «Assim, o art. 65 do CTN, já não tem sustentáculo constitucional» («Direito Tributário Brasileiro», pág. 279, 1ª ed.). Inobstante, malgrado a admiração e respeito que devoto ao pranteado jurista, a asserção, a meu ver, informada na redação literal do texto da Lei Magna, não reflete a **mens legislatoris**.

Em realidade, não se pode aferir o alcance da norma constitucional da avaliação gramatical do seu texto. A Constituição tem de ser compreendida como um todo, um corpo harmônico, sob o enfoque dos princípios que a norteiam, e não visualizada ao exame isolado de suas regras. Afonso Arinos, ao cuidar da noção clássica da rigidez ou flexibilidade das Constituições, formulada por Lord Bryce, anota a correta observação dos juristas hodiernos de que «o caráter escrito das Constituições não limita ao texto nela contido toda a matéria constitucional» (Curso de Direito Constitucional Brasileiro», pág. 56, V. I). Aqui, revela-se a procedência dessa assertiva. O anúncio da alteração de alíquotas do tributo em comento, no capítulo da competência tributária da União, constituía demasia, pois, a previsão já era objeto de lei complementar. Ora, a lei complementar, doutrina o Professor Geraldo Ataliba, tem no seu próprio nome a expressão de sua função: «completar a Constituição» («Lei Complementar e Constituição», ed. RT, 1971, pág. 5). São aquelas leis que completam os dispositivos constitucionais, tornando-os cabalmente eficazes e desenvolvendo os princípios neles contidos. E na sua função de completar a norma constitucional, de executá-la, fazer valer e desenvolver os seus princípios, tem de ser considerada como parte integrante da Constituição.

Por outro lado, irrelevante era que o § 29 do artigo 153 da Lei Básica, na sua redação originária, deixasse de se referir, ao ditar ressalvas ao princípio da anualidade, a outros tributos «especialmente indicados em lei complementar», como o faz o texto vigente. É que, ao excepcionar daquele princípio os «casos previstos nesta Constituição», segundo as exatas expressões do mencionado texto, o legislador tinha em mente, sem dúvida, o Código Tributário Nacional

— que se integrava, lei complementar que é — ao texto básico numa simbiose harmônica, na formulação dos princípios norteadores do sistema tributário. A atual redação do § 29 apenas explicitou o que estava implícito, à evidência.

Destarte, firmado esse ponto, convém ressaltar, de outra parte, que o § 29 do art. 153 da Constituição Federal, contém normas autônomas que desautorizam uma exegese uniforme, como me parece vem ocorrendo.

Há que distinguir a anterioridade da lei e o princípio da anualidade: uma cousa é a criação do tributo, sua instituição, outra, a sua cobrança. Comentando o preceito diz Manuel Gonçalves de Oliveira: «A Constituição ergue duas garantias para a segurança tributária: uma, a legalidade tributária; outra, o princípio de que a cobrança do tributo só é possível em exercício financeiro posterior à sua fixação» («Com. à Constituição Brasileira», 3.º vol., pág. 112). E adiante: «Com efeito, com a referência a exigir tributo, o que a Constituição quer dizer é instituir e cobrar esse mesmo tributo» (ob. cit. pág. 113).

A exigência do tributo pressupõe prévia previsão legal; já sua cobrança, em regra, se faz no exercício financeiro que se segue ao da sua instituição. A cobrança, no mesmo exercício, com exceção, a meu ver, dos impostos extraordinários lançados por motivo de guerra (art. 22 da CF), diz respeito à alteração de alíquotas ou de base de cálculo daqueles tributos especialmente referidos na ressalva constitucional. Basta nesta hipótese, que a lei anterior tenha criado o imposto ou a tarifa. Vale dizer: o tributo cobrado no mesmo exercício é aquele já instituído por lei anterior, e cujas alíquotas ou base de cálculo foram alteradas, de acordo com a previsão constitucional.

Partindo dessa premissa, impõe-se «in casu», indagar se houve criação de imposto novo ou simples aumento de alíquotas, com apoio no art. 65 do Código Tributário Nacional.

Para tanto, vejamos a legislação pertinente.

A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, alterada pelo Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, instituiu o tributo em foco, incidente «nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras», cobrado com as seguintes alíquotas:

I — empréstimos sobre qualquer modalidade, as aberturas de crédito, e os descontos de títulos — 0,3%;

II — seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho — 1,0%;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados, excluídos o resseguro, o seguro de crédito e exportação e o de transporte de mercadorias em viagens internacionais — 2,0%.

Já o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, estabeleceu que o imposto «incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas» (art. 1.º):

I — empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de créditos e descontos de títulos; 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez;

II — seguro de vidas e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: 2% sobre o valor dos prêmios pagos;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados; 4% sobre o valor dos prêmios pagos;

IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;

V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação».

Cotejando os textos, temos que com a nova lei houve alteração de alíquotas do imposto já anteriormente instituído, quanto:

a) empréstimos sob qualquer modalidade, abertura de crédito e descontos de títulos: a alíquota que era de 0,3% passou a 0,5%;

b) seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: a alíquota que era de 1,0% foi alterada para 2%;

c) seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados; a alíquota de 2,0% foi aumentada para 4%.

E mais, que a lei nova abrangeu as demais hipóteses não consideradas na legislação anterior. Isto é, houve instituição de tributo novo, no que tange à incidência sobre operações de câmbio (15% sobre o valor da operação) e operações relativas a títulos e valores mobiliários (10% sobre o valor da operação).

Ora, em assim sendo, o art. 65 do Código Tributário Nacional — que considero vigente, *data venia* — só tem aplicação na espécie, em relação aqueles impostos já instituídos. A cobrança das alíquotas alteradas, sob comando desse diploma legal, se me afigura perfeitamente legítima.

O mesmo porém, não ocorre, no que concerne aos tributos incidentes sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários. Porque não instituídos anteriormente, nestas hipóteses não prevalece a ressalva constitucional do § 29 do art. 141 da Lei Básica, dirigida, como acentuamos, a permitir, com exceção do tributo de guerra, a alteração de alíquotas e base de cálculo de tributos já instituídos. E se os impostos referidos nos itens I a III da lei em comento não estavam instituídos não há que falar em alteração de alíquotas, mas de nova incidência, como novo fato gerador. Vale dizer: no particular a incidência com base em fato gerador não previsto na lei anterior implica em tributação nova, não abrangida portanto pelo artigo 65 do CTN, que apenas autoriza, por força da ressalva constitucional, alterar as alíquotas ou bases de cálculo do imposto já instituído, nas condições e limites estabelecidos em lei.

Note-se, neste passo, por oportuno, que o Código Tributário Nacional não institui o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos mobiliários. O Código não institui tributo, apenas dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e estabelece normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Bem a propósito o correto comentário do Juiz Federal, Dr. Hugo de Brito Machado, em seu «Curso de Direito Tributário», que não me furto ao prazer de citar. Diz ele:

«A Lei n.º 5.143, de 20-10-1966, que institui o Imposto Sobre Operações Financeiras, em seu art. 1.º estabeleceu que esse imposto «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I — no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro o recebimento do prêmio».

Como se vê, somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipóteses de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se, não institui tributo. Ele apenas estabe-

lece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente, ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu, sua competência tributária integralmente. Há assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que pertence à competência tributária da União mas não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do legislador ordinário federal» (Ob. cit. pág. 265/266, ed. Resenha Tributária, SP).

Na nova lei foi utilizada, integralmente a competência tributária, quanto a essa espécie de tributo, vindo a par de aumento de alíquotas de incidências já instituídas, aquelas hipóteses que a legislação anterior não contemplara.

Em consequência, desse breve esboço, extraio as seguintes conclusões:

1. Permanece vigente o art. 65 do Código Tributário Nacional e, via de consequência, se inclui, na ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição, a autorização que preconiza, de alteração das alíquotas e bases de cálculos do Imposto sobre Operações Financeiras;

2. O Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, é ato legislativo válido, conformado aos ditames da Carta Política;

3. Não há eiva de inconstitucionalidade na cobrança, no mesmo exercício em que foi editado esse diploma legal, dos impostos de que cuidam os itens I, II e III de seu art. 1º, posto que no caso ocorreu simples aumento de alíquotas de incidência anteriormente, instituídas, ao abrigo da ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição;

4. Por falta de previsão legal anterior, os impostos sobre operações de câmbio e operações relativas a valores mobiliários de que tratam os itens IV e V, do art. 1º do referido decreto-lei, não podem ser exigidos no próprio exercício financeiro em que foram instituídos. A lei, no particular, permaneceu, no ano de seu advento, «sancionada, mas ineficaz, como a Bela Adormecida no bosque», para usar a pitoresca expressão de Aliomar Baleeiro, ao cuidar do tema da legalidade e da anualidade tributária («Limitações Constitucionais do Poder de Tributar», 2ª ed. pág. 68).

Dou, pois, provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança.

VOTO (VENCIDO EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. Divirjo, **data venia**, do eminente Ministro-Relator. Considero abrangente da hipótese versada nestes autos o que ficou decidido na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 91.322 — SP. Entendo que, embora o voto prevalecente do Ministro Justino Ribeiro haja tratado especificamente de operação de câmbio, as considerações feitas por S. Exa. dão pela inconstitucionalidade das Resoluções do Banco Central, que determinaram majoração de alíquotas de todos os tipos de IOF, no mesmo exercício. De maneira que meu voto, **data venia** do Ministro Relator, é negando provimento à apelação e confirmando a sentença remetida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, permaneço no entendimento manifestado perante a Turma, na compreensão de que, **mutatis**

mutandis, todos os fundamentos aduzidos na declaração de inconstitucionalidade da exigência do IOF sobre operações de câmbio — AMS nº 91.322, Tribunal Pleno, Sessão de 29-10-81 — servem ao presente caso.

Deveras, colacionado o princípio constitucional da anualidade ou anterioridade, força é convir que tanto viola o princípio a exigência do tributo no mesmo exercício da sua instituição (hipótese daquele incidente), como o ofende a cobrança no exercício no qual foi aumentado — hipótese presente.

Daí que me reporto ao aludido voto (lê-se à fls. 294), para declarar a inconstitucionalidade da discutida cobrança do tributo, como feita no exercício de 1980, e tal como, ao propósito, foi disciplinada pelo Banco Central, por via da Resolução nº 619, de 8-5-1980.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhores Ministros, preliminarmente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, para também rejeitar as prejudiciais sustentadas na apelação.

Por outro lado, atento aos fins do art. 480 do CPC, e na forma do art. 176 do RI, começo por acompanhar S. Exa., ao entender cabível o pronunciamento da Turma sobre a matéria constitucional proposta. Na realidade, a cuidar da exigência do IOF sobre empréstimos, aberturas de crédito e desconto de títulos, mediante incidência das alíquotas elevadas pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I, convenha-se que na presente suscitação de inconstitucionalidade, embora semelhante, a matéria não é idêntica àquela que o Tribunal Pleno apreciou, **incidenter tantum**, na AMS nº 91.322.

Ali, a par da distinção do objeto — incidência do IOF sobre operações de câmbio —, diverso também era o enfoque da arguição, posta em negar legitimidade à cobrança do tributo no mesmo exercício da vigência inicial de lei que o instituiria; aqui, o objeto é a incidência do IOF sobre operações de crédito, cuja incidência preexistiu à norma atacada, pelo que a arguição se põe em negar legitimidade à cobrança de tributo no mesmo exercício da vigência inicial da lei que elevou as respectivas alíquotas.

À conta dessa distinção das espécies cotejadas, penso ser o caso de examinar-se a questão constitucional proposta, instaurando-se novo incidente, se for o caso.

A partir daqui, no mérito da questão constitucional discutida, com a devida vênia, discordo, porém, do Sr. Ministro-Relator, para ficar em que, como salientado pelo Ministro Américo Luz, é patente o vício de inconstitucionalidade da impugnada exigência tributária.

Na realidade, a defesa acionada pelo órgão impetrado, particularmente forte na sustentação de revigoração do art. 65 do CTN após a EC nº 8/77, não releva a ofensa ao princípio da anualidade, oposto à cobrança do tributo feita no mesmo exercício da majoração de suas alíquotas, tal como o Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I, elevou para 0,5% a alíquota sobre operações de crédito, antes fixada em 0,3% pela Lei nº 5.143/66.

Mutatis mutandis, reproduzo a seguir os fundamentos com que respondi a essa mesma defesa, quando se tratou do IOF sobre Operações de Câmbio — AMS nº 91.322, Tribunal Pleno, 29-10-81.

Disse, naquele ensejo, dispensar-me a maiores considerações para repelir a arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.738/80, sob o enfoque do princípio da legalidade estrita. No tema, reporto-me ao entendimento manifestado, com apoio de expressiva maioria deste Tribunal, contido na asseveração de que:

«... na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legiferante autorizada ao Presidente da República, segundo conveniência e oportunidade sublinhadas pela urgência e re-

levância do interesse público, e pela motivação a trato da segurança nacional, finanças públicas, normas tributárias e cargos públicos (art. 55). Desse enfoque, infere-se que a dita excepcionalidade formal não basta para negar ao decreto-lei os efeitos do princípio da legalidade, relativos ao conceito *stricto sensu* de lei, como não o nega o rito especial da sua elaboração, cumprido a termos formais da chancela posterior do Legislativo, e por conta dos quais o saudoso Pontes Miranda, na sua conhecida intransigência para com os princípios, rotulou o decreto-lei de «lei sob condição resolutiva».

Logo, a reclamar-se do preceito constitucional a regulamentação por lei, materialmente atendido restará o preceito se regulamentado for por decreto-lei, estando em causa as hipóteses do art. 55 da Constituição» — MS nº 90.245-DF, Tribunal Pleno, em 11-12-80.

Essas assertivas, expendidas em relação à matéria de segurança nacional, também servem ao campo tributário, igualmente tratado no indicado art. 55; aliás, nesse ponto, até servem sem maior perplexidade, ao se informar que constituições mais liberais, como a da Itália e a da França, admitem a instituição de impostos por meio de decretos-leis, segundo Antonio Berliini, apud Hamilton Dias de Souza — «Estrutura do Imposto de Importação no Código Tributário Nacional», págs. 51/52 e 55/56.

Para o caso *sub judice*, significa que, com a devida vênia, discordo dos que entendam que a Constituição não autoriza a alteração de alíquotas ou bases de cálculo do IOF, por via de decreto-lei.

Por outro lado, como aí não se esgotam os fundamentos da arguição, cumpre examinar o questionamento sob o ângulo da simples ineficácia da lei alcançada por incompatibilidade constitucional, como se diz ter acontecido ao art. 65 do CTN — à conta da inconciliação da norma com a Emenda nº 1/69, art. 21, I, e da reabilitação de eficácia advinda com a Emenda nº 8/77.

Ao que sabemos essa tese tem sido recusada, invariavelmente, pela doutrina do Supremo Tribunal Federal — segundo a qual as leis incompatibilizadas com os supervenientes ordenamentos constitucionais, desde ali, sofrem revogação. O entendimento foi reiteradamente aplicado nos anos que se seguiram à vigência da Carta de 67 principalmente no tocante às profundas alterações introduzidas no regime do funcionalismo público (v.g., a vedação de equiparação de vencimentos — RE nº 66.443, in RTJ 49/424; AI nº 58.826, in RTJ 68/71; RE nº 76.192, in RJ 68/855; RE nº 67.472, RTJ 58/58).

E por decisão mais específica, essa orientação suprema reafirmou-se nos seus assentamentos por ocasião do julgamento do RE nº 81.122 (Pleno, 15-9-76, RTJ 80/122). No caso, com a proficiência de sempre, o erudito voto do Ministro Leitão de Abreu abordou a doutrina germânica da privação de eficácia a que se acham sujeitas às leis preexistentes à Constituição, quando com esta incompatíveis; lembrou seus defensores entre nós, como a professam os mestres Geraldo Ataliba e Ruy Cirne Lima.

No entanto, fiel à tradição, a Corte Suprema menteve-se em ser a revogação o efeito da incompatibilidade da lei para com a norma superior sobrevida, insuscetível de repristinação tácita; e não apenas o efeito da suspensão de eficácia, factível de restauração. Em sucintas palavras (e por isso mais belas), o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin aludiu ao direito positivo brasileiro, para assim refutar a adoção da alienígena construção:

«Peço vênia 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 a 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 apóia em texto de direito positivo, que não restringe, a revogação, a leis de igual natureza». — RTJ 80/138.

Dai que, como enunciado daquela tradicional orientação do STF, lavrou-se o Acórdão com esta ementa:

«Imposto Sobre Serviços. Na fixação de sua alíquota, não está o município sujeito às limitações do art. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-67, revogado este quando entrou em vigor a Constituição de 1967, e não repristinado pela norma do art. 24, § 4º, da relação que deu a esta a Emenda nº 1, de 1969.

Recurso Extraordinário conhecido pela letra c, mas não provido.» RTJ 80/122.

Como reiteração mais recente dessa jurisprudência, vejam-se os Acórdãos nas Representações nºs 1.012 e 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, in RTJ 95/980 e 993.

Anote-se, por fim, que também este Tribunal registra precedente, a propósito da força ab-rogatória exercida pela norma constitucional sobre a norma inferior incompatibilizada; refiro-me à manifestação proferida em Sessão Plenária de 7-6-77, no concernente à limitação do prazo de concursos públicos, prescrita pela EC nº 8/77 — EAC nº 37.700, do qual fui Relator, com ementa deste teor:

Funcionário público — Concurso — Prazo de validade. Ab-rogada, no particular, a Lei nº 4.863/65, fonte da expectativa de direito à nomeação resultou cessada, no caso, a largueza do prazo de validade do concurso, por incompatível com o novo comando constitucional (art. 97, § 3º — redação da Emenda nº 8/77), a cuja incidência imediata não há direito adquirido a ser oposto». *DJ* de 30-5-79.

De mais a mais, ao exigir-se reforço dos argumentos de autoridade, ocorreria lembrar-se, como lembrado nos autos, o magistério de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito...* 1947, fls. 430/431); Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1934*, II/559); Victor Nunes Leal (*Leis Complementares da Constituição — in RDA 7/390*); Manuel Gonçalves Ferreira Filho (*Direito Constitucional*, I/27); corrente essa apoiada por quase a unanimidade dos publicistas nacionais.

Desse modo repellido o fenômeno da restauração de eficácia e o da repristinação implícita, convenha-se que, em matéria da examinada imposição tributária, à vigência imediata da majoração de alíquotas opõe-se a revogação do art. 65 do CTN, invocada pelo recorrente a título de norma complementar prestável à autorização agora valorizada pela Emenda Constitucional nº 8/77.

Finalmente, ao se querer extrair da ontologia do Imposto sobre Operações Financeiras — IOF, pela sua possível destinação à formação de reservas monetárias (CF, art. 21, § 4º), a compreensão de que sempre foram permitidas as alterações de suas alíquotas — porque incluído estaria o tributo dentre os demais casos previstos na Constituição como imunes ao princípio da anualidade ou anterioridade da lei de instituição ou de aumento —, d.m.v., a mim parece temerária a proposição do apelante. Na verdade, por mais que se possa visualizar, naquela ontologia, o ressalto do imediatismo dos recursos destinados a reservas monetárias, vistos segundo a premência do controle da inflação, aconselha-se prudente que a requisição de tais recursos, por vias tributárias, uma vez não ressaltada expressamente da sujeição à anualidade, seja operada em plena obediência aos parâmetros do próprio Sistema Tributário.

É que, mesmo em relação a esse fortalecimento das reservas monetárias, quando a Constituição quis que o processo tributário de sua destinação se eximisse àqueles parâmetros, o disse expressamente, na forma da primitiva redação do art. 22, § 2º, da Carta de 67, referentemente ao próprio IOF; ou a exemplo mais constante, em apreço ao Imposto de Exportação, cuja destinação à formação de reservas, decerto, se parifica à do IOF; mas, cujas alíquotas, por que alfandegárias, sempre se incluíram na expressa regra de exceção ao princípio da anualidade — art. 21, II e § 4º, da EC n.º 1/69; ou finalmente, como veio a dizê-lo a Constituição, também por cláusula expressa, sobre deixar à lei complementar a especial indicação de outros impostos executáveis (art. 153, § 29 EC n.º 8/77).

Por outro lado, lembre-se que até mesmo na vigência da Emenda n.º 18 à Constituição de 46 — pela qual o IOF ganhou enumeração constitucional —, respeitou-se, em toda a linha, o agora chamado princípio da anterioridade, conforme se colhe da devida homenagem que lhe prestou a Lei n.º 5.143, art. 18, diploma da instituição daquele imposto, sobre operações de crédito e seguro. Referida lei, apesar de datar-se de 20-10-66, fixou-se em que o novo tributo somente seria exigido a partir de 1º de janeiro de 1967. E nisso, observe-se, favor algum fizeram o Legislativo e o Executivo, Poderes da iniciativa e sanção, como da elaboração da lei. É que o princípio, se bem que momentaneamente suspenso, como fora por ordem de EC n.º 7/64, e como veio a ser drasticamente cerceado pela EC n.º 18/65 (art. 2º, II e art. 25) — a ponto da sua exclusão do rol dos direitos individuais que a Carta de 46 assegurava —, apesar dessas notas do regime revolucionário que então se implantava, o princípio nunca perdeu o porte de viga mestra, dentre as que, ainda hoje, sem esmaecimentos de maior monta, configuram as garantias individuais secularmente conquistadas a título e honra do Estado de Direito. Custa, pois, admitir-se exceção implícita aos marcos que balizam o próprio plano institucional do Estado, a trato com os indivíduos ou suas corporações.

Na esteira dessas considerações, hauridas dos excelentes escólios recolhidos aos autos, fico em declarar a inconstitucionalidade da discutida exigência tributária, como feita em relação ao exercício de 1980, e tal como, ao propósito, foi disciplinada pelo Banco Central, por via da Resolução n.º 610, de 18-4-80 e da Circular n.º 523, de 23-4-80.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: Sr. Presidente, reporto-me ao voto que proferi na arguição anterior e acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, este egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo seu Plenário, entendeu que o IOF está sujeito ao princípio da anterioridade (Arg. de Inconstitucionalidade na AMS n.ºs 91.322-SP).

É verdade que o objeto da discussão, na referida Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança n.º 91.322-SP, foi o IOF incidente sobre operações de câmbio, que foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.783, de 1980.

A questão, todavia, não muda. É que o princípio da anterioridade, na forma do disposto no artigo n.º 153, § 29, da Constituição, diz repeito não só à cobrança do imposto instituído no mesmo exercício, mas, também, ao aumento do tributo. Vale dizer, nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro, observadas as ressalvas constitucionais (CF, art. 153, § 29).

O Plenário decidiu, outrossim, que o IOF não se inclui nas ressalvas constitucionais no que tange ao princípio da anterioridade.

Quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade havida na mencionada Apelação em Mandado de Segurança nº 91.322-SP, concorri, com o meu voto, para o reconhecimento da inconstitucionalidade. Sustentei inclusive, a revogação do artigo 65 do Código Tributário Nacional. Disse eu então:

«Tributário. IOF. Operações de Câmbio. Inconstitucionalidade. Cobrança no mesmo exercício. Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 2º, II, artigo 14, I, § 1º, artigo 25; Constituição de 1967, artigo 22, VI, § 2º, 150, § 29; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, artigo 21, VI, artigo 153, § 29 — Emenda Constitucional nº 8, de 1977 Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, artigo 9º, artigos 63 a 67, artigo 104, Lei nº 5.143, de 20-10-66; Decreto-Lei nº 914, de 7-10-1969; Decreto-Lei nº 1.342 de 26-08-1974; Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980.

I — A instituição do Imposto Sobre Operações Financeiras — IOF - incidente sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários deu-se com o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, que fixou, inclusive, as alíquotas respectivas (artigo 1º, IV e V).

II — Revogação do artigo 9º, II, CTN, e artigo 65, CTN, pela Constituição de 1967, artigo 150, § 29, ou artigo 153, § 29, da EC nº 1, de 1969. É que, sobrevindo Constituição nova, quaisquer normas anteriores, que com esta sejam incompatíveis, ficam revogadas. A lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

III — Inexistência, no momento, de lei complementar que indique o IOF, como um imposto que possa ser cobrado no mesmo exercício em que for tirado a lume a lei que o institua ou aumente, EC nº 1, de 1969, artigo 153, § 29, com a redação da EC nº 8, de 1977.

IV — Inconstitucionalidade do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, quando estabelece ou autoriza a cobrança no exercício de 1980, do IOF, sobre operações de câmbio mediante a alíquota nele fixada».

A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, dispunha:

«Art. 14. Compete à União o imposto:

I — sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários;

§1º O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei alterar as alíquotas ou as bases do cálculo do imposto, nos casos do nº I deste artigo, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

A Constituição de 1967 repetiu o preceito da EC nº 18, de 1965;

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

VI — operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

§ 2º É facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se referem os nºs I, II e VI, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou de política monetária.»

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....
 VI — operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos, ou valores mobiliários;

No que tange à disposição inscrita no § 1º, do art. 14, da EC nº 18/65, que foi repetida no § 2º, do artigo 22, da Constituição de 1967, ou à faculdade conferida à União, pelos referidos dispositivos constitucionais, de, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, a EC nº 1, de 1969, a suprimiu.

II

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66, elaborado sob o pálio da EC nº 18, de 1965, dispôs a respeito do IOF, nos artigos 63 a 67. Cabe especial menção ao artigo 65, CTN, que, em consonância com o § 1º, do art. 14, da EC nº 18/65, ou § 2º, do art. 22, da Constituição de 1967, estabelecia:

«Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.»

Tendo em vista que a EC nº 1, de 1969, suprimiu essa faculdade (EC nº 18/65, art. 14, § 1º, CF de 1967, art. 22, § 2º), a primeira indagação que surge é esta: teria sido o artigo 65, CTN, revogado pela EC nº 1, de 1969?

Mais à frente daremos resposta a essa indagação.

III

A Lei nº 5.143, de 20-10-1966, instituiu o Imposto sobre Operações Financeiras — IOF, estabelecendo que o mesmo «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I — no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro, o recebimento do prêmio». O artigo 3º estabeleceu as alíquotas para cobrança do IOF e o art. 4º os contribuintes.

O Decreto-Lei nº 914, de 7-10-69, introduziu alterações na Lei nº 5.143, de 1966, dando nova redação aos seus artigos 4º, 5º, 7º e 9º. Dispôs, outrossim, sobre outras matérias, principalmente sobre isenções.

Também o Decreto-Lei nº 1.342, de 26-8-1974, alterou a Lei nº 5.143, de 20-10-66.

Certo nos parece, pelo exame da legislação infra-constitucional suso mencionada, tal como leciona, aliás, Hugo de Brito Machado, que «somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipóteses de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se não institui tributo. Ele apenas estabelece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu, sua competência tributária integralmente. Há, assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que pertence à competência tributária da União mas que não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do le-

gislador ordinário federal», («Curso de Dir. Tributário», Ed. Resenha Tributária, 1979, págs. 265/266).

O ilustre Juiz Federal Fleury Antônio Pires, na sentença que proferiu e que está sendo examinada por esta egrégia Corte, na AMS nº 90.664-SP, dissertou com proficiência a respeito do tema.

Escreveu:

«O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários veio a ser previsto no art. 14 da Constituição de 1946, introduzido pela Emenda Constitucional nº 18, de 01-12-65 e mantido na Carta Política de 1967 e na redação atual (Emenda nº 1/69, art. 21, inciso VI). Esse imposto, outrossim, vem previsto no Cód. Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66, cujo art. 63, incisos I e IV, elegeu os fatos geradores das operações).

O Código Tributário Nacional não cria tributos. Apenas dispõe sobre a criação destes na forma prevista na Constituição Federal, já que o CTN veicula normas gerais de direito tributário e regula o poder de tributar, não sendo norma instituidora de tributos. A lei complementar, caráter de que se reveste o CTN a exemplo da própria Constituição Federal, não cria tributos. Somente a lei ordinária pode fazê-lo. Nesse sentido, pacífica é doutrina (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, 1ª ed. RT, tomo II, pág. 369; Geraldo Ataliba, in Revista de Direito Público, nº 10, págs. 76/77; Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao poder de Tributar, 5ª ed., 1977, pág. 34; Eros Roberto Grau, Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário, ed. IBET — Resenha Tributária, 1975, pág. 38; Fábio Leopoldo de Oliveira, Curso Expositivo de Direito Tributário, ed. Resenha Tributária, 1976, pág. 98; Rui Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, 1980, págs. 57/58), bem como a Jurisprudência do Pretório excelso, de que exemplo o enunciado da Súmula nº 574 e os Acórdãos transcritos na Revista Trimestral de Jurisprudência nºs 65/194, 78/215 e 81/895. Em consequência, o Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários não foi, nem poderia ser instituído pelo Código Tributário Nacional, eis que somente lei ordinária federal poderia fazê-lo, embora subordinada aos preceitos e regras previamente estabelecidos na Constituição e no CTN. Bem por isso, asseverou o ilustre Ministro Rodrigues Alckmin, no julgamento pela Suprema Corte do Recurso Extraordinário nº 74.464-SP:

«As regras jurídicas contidas na Constituição são regras sobre tributação. Da mesma forma, a competência legislativa da União, para estabelecer «normas gerais de direito financeiro» se refere a edição de regras jurídicas sobre a tributação», acrescentando que «lei nacional que imponha normas gerais de direito financeiro (ainda que seja exaustiva, até a minúcias, no estabelecimento dessas «normas gerais») não é lei que institua tributo, porque tal instituição, no sistema constitucional brasileiro, não está na competência dessa lei nacional», e, concluindo para o caso em julgamento, que «parece, pois, sem procedência, a alegação de que, descrito o fato gerador na lei nacional sobre normas gerais de direito financeiro, desnecessária seja lei estadual que o menciona. A CF exige lei que institua o imposto. Essa lei deve ser a lei estadual, porque o imposto se compreende constitucionalmente na sua competência. Para instituí-lo é mister restabelecer a hipóteses de incidência, ainda que com obediência à regra da Lei Nacional. Mas esta não dispensa a lei estadual, porque é norma jurídica sobre tributação e não de tributação». (in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 65, págs. 199/200).

Dai por que não resiste a análise mais superficial a assertiva de que o Imposto Sobre Operações Financeiras foi criado pelo Código Tributário Nacional. Não é assim.

O Tributo em tela foi instituído pela Lei nº 5.143, de 20-10-1966. Esta lei, contudo, criou o imposto sobre as operações de crédito e seguro, nada dispondo quanto à tributação das operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários que, embora pudessem ser tributadas, não o foram pelo legislador ordinário federal nessa oportunidade, nem posteriormente. Por isso, as operações de câmbio ficaram à margem da incidência do imposto, à minguia de lei específica, até o advento do Decreto-Lei nº 1.783/80, de 18-4-1980, que veio instituir o imposto sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários, fixando, inclusive, as alíquotas respectivas (art. 1º, inciso IV e V).

As Resoluções do Banco Central do Brasil nºs 610 (DOU de 23-4-80) e 619/80 (DOU de 30-5-80) regulamentaram o Decreto-Lei nº 1.783/80 citado.

Não se discute mais sobre a possibilidade ou não de tributo ser instituído por decreto-lei. A despeito das respeitabilíssimas opiniões da doutrina em contrário (v.g. Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed., 1977, pág. 10), já se assentou, na jurisprudência que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, instituir e criar tributos e fixar alíquotas, face à previsão do direito positivo constitucional vigente (CF, art. 55, inciso II).

Assim, não há negar legitimidade e validade ao Decreto-Lei nº 1.783/80, em pleno vigor desde a data de sua publicação, no dia 22 de abril de 1980.

V

Em verdade, foi o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que instituiu o IOF sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários, fixando, inclusive, as alíquotas respectivas (art. 1º, IV e V).

Estabeleceu o mencionado Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80:

«Art. 1º O imposto incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas:

- I —
- II —
- III —
- IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;
- V — operações relativas a títulos e valores mobiliários; 10% sobre o valor da operação.

O artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, estabeleceu a vigência deste a partir de sua publicação. Esta deu-se em 22-4-80. A cobrança, pois, do IOF sobre operações de câmbio — que é o que se trata, no caso — dá-se no mesmo exercício financeiro em que o imposto foi instituído e no mesmo exercício financeiro em que a alíquota foi fixada. Indaga-se: diante do preceito inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, que estabelece que nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o IPI e outros especialmente indicados em lei complementar (EC nº 8, de 1977), além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos na Constituição, diante de tal preceito, indaga-se: seria inconstitucional a cobrança do IOF sobre as operações de câmbio no exercício de 1980?

Essa é a questão a ser decidida.

VI

O princípio da anualidade, ou da anterioridade foi assim tratado na EC nº 18, de 1965, art. 2º, II:

«Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II — cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda, com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

A EC nº 18, de 1965, passou a exigir a anterioridade da lei, em relação à data inicial do exercício, para a cobrança apenas de imposto sobre o patrimônio e a renda (art. 2º, II). O art. 141, § 34, da Constituição de 1946, que estabelecia que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra», foi expressamente revogado pelo art. 25 da EC nº 18, de 1965.

Assim, sob o pálio da EC nº 18, de 1965, veio a lume o CTN, Lei nº 5.172, de 25-10-66, que prescreveu, no seu artigo 9º, II;

«Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II — cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

Fiel a essa disposição — art. 9º, II — o CTN, no seu art. 104, I e II, estabeleceu:

«Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

- I — que instituem ou majoram tais impostos;
- II — que definem novas hipóteses de incidência;

III —»

Acontece, todavia, que a Constituição de 1967, ao restabelecer a prévia autorização orçamentária, art. 150, § 29, revogou o inciso II, do art. 2º, da EC nº 18/65, revogando, da mesma forma, o art. 9º, II, CTN. Ficou assim o § 29 do art. 150 da Constituição de 1967:

«Art. 150

§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra».

A EC nº 1, de 1969, por sua vez, não discrepou no particular:

«Art. 153.»

§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição».

Destarte, presentes as disposições inscritas nos artigos 150, § 29, da Constituição de 1967, e 153, § 29, da EC nº 1, de 1969, não tenho dúvida em afirmar ter sido revogado o art. 9º, II, CTN, como, da mesma forma, o inciso I, do mesmo artigo, no ponto em que ressalva, quanto à majoração, o disposto no art. 65, CTN. Porque este, o artigo 65, CTN, ficara revogado pela EC nº 1, de 1969, que suprimiu a faculdade do Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, para alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, tal como permitia a EC nº 18/65, art. 14, § 1º ou a Constituição de 1967, art. 22, § 2º.

VII

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 o 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., p. 28). A doutrina da recepção, que Kelsen explica com perfeição — a recepção pela Constituição nova, do direito anterior (H. Kelsen, «Teoria General Del Derecho Y Del Estado» Textos Universitários, México, 1969, 3ª ed., ps. 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. Porque, 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 recobriria essa legislação eficácia «a menos que a nova Constituição que faça cessar a eficácia dessa constituição revogadora, venha expressamente revigorá-lo» porque a «repristinação 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 lhe 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., 1968, 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 a 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 nº 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. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-1967, revogado desde quando entrou em vigor a Constituição de 1967, e não respristinado pela norma do art. 24, § 4º da redação que deu a esta a Emenda nº 1, de 1969, Recursos Extraordinário conhecido pela letra c mas não provido». (RTJ, 80/122).

No voto que então proferiu, disse o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmín:

«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 nº 34 pela Constituição de 1967, a eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Peço vênia 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 apóia em texto de direito positivo, que não restringe a revogação, a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional nº 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 nº 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou». (RTJ, 80/138).

VIII

Assim posta a questão, e tendo a EC nº 8, de 1977, ao introduzir alteração no § 2º, do art. 153, da Constituição, estabelecido que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar...», não há falar que essa ressalva — «e outros especialmente indicados em lei complementar» — haja ressuscitado a norma revogada. Também aqui tem aplicação a regra inscrita no § 3º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil; «Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência». A conclusão, então, que se segue é que inexistente, no momento, lei complementar que in-

dique o IOF como um imposto que possa ser cobrado no mesmo exercício em em que for tirado a lume a lei que o institua ou aumente. Conforme já falamos, foi o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, que instituiu o IOF sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários e que fixou as alíquotas respectivas (art. 1º, IV e V). Então, porque não pode ser cobrado no exercício em que o imposto foi instituído, ou aumentado, à luz do que está expresso no § 29, do art. 153, da Constituição, segue-se que é inconstitucional o art. 4º do referido Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, quando estabelece ou autoriza a cobrança do IOF sobre a operação de câmbio mediante a alíquota nele fixada, no exercício de 1980.

IX

Reconheço que a doutrina, praticamente unânime, é no sentido de que o tributo deve ser instituído por lei em sentido formal, não podendo o decreto-lei criar ou instituir tributos. Todavia, a jurisprudência não acompanhou a doutrina, no passo. Tanto este Tribunal quanto a Corte Suprema já decidiram que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, criar ou instituir tributos. Por tal razão, não acompanho o voto do eminente Ministro Relator, quando dá pela inconstitucionalidade total do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980.

Assim, em conclusão, meu voto é no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, quando estabelece ou autoriza a cobrança do IOF sobre operações de câmbio mediante a alíquota nele fixada, no exercício de 1980. A cobrança do citado tributo, portanto, no exercício de 1980, é que é inconstitucional».

Concluindo, fico de acordo com o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Senhor Presidente, *data venia* do ilustre Relator, manifesto-me, no caso, pela constitucionalidade, nos termos do voto que proferi no julgamento pleno do incidente de inconstitucionalidade, suscitado na AMS nº 91.322 — SP, cuja cópia farei anexar, oportunamente.

ANEXO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.322 — SP (Registro nº 2.312.557)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Sobre dizer-se que o art. 65 do Código Tributário Nacional foi revogado ao advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, argúi-se a inconstitucionalidade da exigência, no exercício de 1980, do Imposto sobre Operações Financeiras, com base no Decreto-Lei nº 1.783, daquele mesmo ano. Alega-se que a faculdade de alterar alíquotas desse tributo, ínsita na norma complementar, não pode prevalecer, porquanto carece de previsão expressa no texto básico, como acontece com relação aos impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados (artigo 21, itens I, II e V). O princípio ditado pela Emenda Constitucional nº 18/65 (art. 14, II, § 1º) e acolhido pela Carta de 1961 (art. 22, item VI, § 2º) teria deixado de subsistir no novo comando constitucional, com reflexo imediato na legislação secundária. Em decorrência, a cobrança do tributo, no próprio exercício em que foi editado o mencionado Decreto-Lei nº 1.783, padeceria de eiva de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da anualidade.

Essa a *quaestio juris*.

Assim, afastado de plano, *data venia*, a eiva de inconstitucionalidade que, igualmente, se pretende atribuir a esse diploma legal, por haver sido expedido pelo Poder Executivo.

É que, a par de compreendido entre aqueles atos autorizados pelo art. 55, item II, da Carta Política, em sua elaboração obedeceu-se, seguramente, a sistemática, do processo legislativo, no caso adotado. É, portanto, lei, no sentido constitucional. Ou para usar o lúcido escólio de Pontes de Miranda: «Não se trata, propriamente, de decreto-lei, mas de lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro de certo prazo), ou de decreto-lei com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional» («Com. à Const. de 1967», tomo III, pág. 138).

Aliás, o Professor Geraldo Ataliba deixou claro o ponto da controvérsia, ao enfatizar, da tribuna, que seus representados em nenhum momento argüíam a inconstitucionalidade do diploma legal em tela. O que «se pede e se espera» — acrescentou — «é que o mesmo seja aplicado com a eficácia que a Constituição prevê, isto é, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte ao da sua publicação». E explicitou: «Inconstitucionais são os atos de sua exigibilidade no mesmo exercício em que veio a lume».

Balizado, assim, o tema da discussão, cumpre observar, desde logo que o princípio da anualidade na cobrança de imposto nunca foi absoluto no nosso ordenamento jurídico.

Em regra, nenhum imposto será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o tenha instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro. Mas esse princípio sempre esteve sujeito a limitações, ditadas pelos interesses maiores da política financeira do Estado.

A Constituição em vigor dispõe, no art. 153, § 29, *in verbis*:

«§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a do transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição».

Assim, na gama das ressalvas o legislador constitucional teve presente a natureza do tributo e a urgência das providências governamentais na sua exigência.

Ora, sob esse prisma, não se pode excluir da ressalva constitucional o Imposto sobre Operações Financeiras, pois que de outro tratamento não requer o seu caráter excepcional, adstrito aos objetivos da política monetária. Por sua finalidade, guarda a natureza da tributação extrafiscal de que fala Becker; «de um instrumento de «intervenção» estatal no meio social e na economia privada» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário» 2ª ed., pág. 536). Daí porque a Emenda Constitucional nº 18/65 permitiu ao Poder Executivo, nas condições e limites da lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo, para ajustá-lo aos objetivos dessa política. Daí porque a faculdade vem expressa no malsinado art. 65 do CTN e a convalidou o art. 22, item VI, § 2º, da Constituição de 1967.

Objeta-se, ao revés, que o texto primitivo do § 29 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, não se referia a outros impostos «especialmente indicados em lei complementar», como consta da atual redação, dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977. A falta dessa previsão no texto originário, somada ao tratamento dispensado ao tributo no seu art. 21, debita-se a revogação do preceito complementar.

Todavia, *data venia*, não vislumbro essa revogação. Nem há que falar em reprimenda, como querem outros.

Note-se que Aliomar Baleeiro, tantas vezes citado neste caso, não fala em revogação da norma complementar. Refere-se o saudoso mestre à falta de sustentação constitucional. São suas palavras: «Assim, o art. 65 do CTN, já não tem sustentáculo constitucional» («Direito Tributário Brasileiro», pág. 279, 1.^a ed.). Inobstante, malgrado a admiração e respeito que devoto ao pranteado jurista, a asserção, a meu ver, informada na redação literal do texto da Lei Magna, não reflete a *mens legislatoris*.

Em realidade, não se pode aferir o alcance da norma constitucional da avaliação gramatical do seu texto. A Constituição tem de ser compreendida como um todo, um corpo harmônico, sob o enfoque dos princípios que a norteiam, e não visualizada ao exame isolado de suas regras. Afonso Arinos, ao cuidar da noção clássica da rigidez ou flexibilidade das Constituições, formulada por Lord Bryce, anota a correta observação dos juristas hodiernos de que «o caráter escrito das Constituições não limita ao texto nela contido toda a matéria constitucional» («Curso de Direito Constitucional Brasileiro», pág. 56, v. I). Aqui, revela-se a procedência dessa assertiva. O anúncio da alteração de alíquotas do tributo em comento, no capítulo da competência tributária da União, constituía demasia, pois, a previsão já era objeto de lei complementar. Ora, a lei complementar, doutrina o Professor Geraldo Ataliba, tem no seu próprio nome a expressão de sua função: «completar a Constituição» («Lei Complementar e Constituição», ed. RT, 1971, pág. 5). São aquelas leis que completam os dispositivos constitucionais, tornando-os cabalmente eficazes e desenvolvendo os princípios neles contidos. E na sua função de completar a norma constitucional, de executá-la, fazer valer e desenvolver os seus princípios, tem de ser considerada como parte integrante da Constituição.

Por outro lado, irrelevante era que o § 29 do artigo 153 da Lei Básica, na sua redação originária, deixasse de se referir, ao ditar ressalvas ao princípio da anualidade, a outros tributos «especialmente indicados em lei complementar», como o faz o texto vigente. É que, ao excepcionar daquele princípio os «casos previstos nesta Constituição», segundo as exatas expressões do mencionado texto, o legislador tinha em mente, sem dúvida, o Código Tributário Nacional — que se integrava, lei complementar que é — ao texto básico numa simbiose harmônica, na formulação dos princípios norteadores do sistema tributário. A atual redação do § 29 apenas explicitou o que estava implícito, à evidência.

Destarte, firmado esse ponto, convém ressaltar, de outra parte, que o § 29 do art. 153 da Constituição Federal contém normas autônomas que desautorizam uma exegese uniforme como me parece vem ocorrendo.

Há que distinguir a anterioridade da lei e o princípio da anualidade: uma coisa é a criação do tributo, sua instituição, outra, a sua cobrança. Comentando o preceito diz Manuel Gonçalves de Oliveira: «A Constituição ergue duas garantias para a segurança tributária: uma, a legalidade tributária, outra, o princípio de que a cobrança do tributo só é possível em exercício financeiro posterior à sua fixação» («Com. à Constituição Brasileira», 3.^o vol., pág. 112). E adiante: «com efeito, com a referência a exigir tributo, o que a Constituição quer dizer é instituir e cobrar esse mesmo tributo» (ob. cit. página 113).

A exigência do tributo pressupõe prévia previsão legal; já sua cobrança, em regra, se faz no exercício financeiro que se segue ao da sua instituição. A cobrança, no mesmo exercício, com exceção, a meu ver, dos impostos extraordinários lançados por motivo de guerra (art. 22 da CF), diz respeito à alteração de alíquotas ou de base de cálculo daqueles tributos especialmente referidos na ressalva constitucional. Basta nesta hipótese, que a lei anterior tenha criado o imposto ou a tarifa. Vale dizer: o tributo cobrado no mesmo exercício é aquele já instituído por lei anterior, e cujas alíquotas ou base de cálculo foram alteradas, de acordo com a previsão constitucional.

Partindo dessa premissa, impõe-se, *in casu*, indagar se houve criação de imposto novo ou simples aumento de alíquotas, com apoio no art. 65 do Código Tributário Nacional.

Para tanto, vejamos a legislação pertinente.

A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, alterada pelo Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, instituiu o tributo em foco, incidente «nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras», cobrado com as seguintes alíquotas:

I — empréstimos sobre qualquer modalidade, as aberturas de crédito, e os descontos de títulos — 0,3%;

II — seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho — 1,0%;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados, excluídos o resseguro, o seguro de crédito e exportação e o de transporte de mercadorias em viagens internacionais — 2,0%.

Já o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, estabeleceu que o imposto «incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas» (art. 1º):

I — empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez;

II — seguro de vidas e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: 2% sobre o valor dos prêmios pagos;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: 4% sobre o valor dos prêmios pagos;

IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;

V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação.»

Cotejando os textos, temos que com a nova lei houve alteração de alíquotas do imposto já anteriormente instituído, quanto:

a) empréstimos sob qualquer modalidade, abertura de crédito e descontos de títulos: a alíquota que era de 0,3% passou a 0,5%;

b) seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: a alíquota que era de 1,0% foi alterada para 2%;

c) seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: a alíquota de 2,0% foi aumentada para 4%.

E mais: que a lei nova abrangeu as demais hipóteses não consideradas na legislação anterior. Isto é, houve instituição de tributo novo, no que tange à incidência sobre operações de câmbio (15% sobre o valor da operação) e operações relativas a títulos e valores mobiliários (10% sobre o valor da operação).

Ora, em assim sendo, o art. 65 do Código Tributário Nacional — que considero vigente, *data venia* — só tem aplicação na espécie, em relação àqueles impostos já instituídos. A cobrança das alíquotas alteradas, sob comando desse diploma legal, se me afigura perfeitamente legítima.

O mesmo porém, não ocorre, no que concerne aos tributos incidentes sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários. Porque não instituídos anteriormente, nestas hipóteses não prevalece a ressalva constitucional do § 29 do art. 141 da Lei Básica, dirigida, como acentuamos, a permitir, com exceção do tributo de guerra, a alteração de alíquotas e base de cálculo de tributos já instituídos. E se os impostos referidos nos itens I a III da lei em comento não estavam instituídos não há que falar em alteração de alíquotas, mas de nova incidência, como novo fato gerador. Vale dizer: no particular, a incidência com base em fato gerador não previsto na lei anterior implica em tributação nova, não abrangida portanto pelo artigo 65 do

CTN, que apenas autoriza, por força da ressalva constitucional, alterar as alíquotas ou bases de cálculo do imposto já instituído, nas condições e limites estabelecidos em lei.

Note-se, neste passo, por oportuno, que o Código Tributário Nacional não instituiu o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos mobiliários. O Código não instituiu tributo, apenas dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e estabelece normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Bem a propósito o correto comentário do Juiz Federal, Dr. Hugo de Brito Machado, em seu «Curso de Direito Tributário», que não me furto ao prazer de citar. Diz ele:

«A Lei nº 5.143, de 20-10-1966, que instituiu o Imposto sobre Operações Financeiras, em seu art. 1.º estabeleceu que esse imposto «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I — no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro o recebimento do prêmio».

Como se vê, somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipóteses de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se, não instituiu tributo. Ele apenas estabelece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente, ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu, sua competência tributária integralmente. Há, assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que pertence à competência tributária da União mas não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do legislador ordinário federal» (Obra cit. pág. 265/266, ed. Resenha Tributária, SP).

Na nova lei foi utilizada, integralmente, a competência tributária, quanto a essa espécie de tributo, vindo a par de aumento de alíquotas de incidências já instituídas, aquelas hipóteses que a legislação anterior não contemplara.

Em consequência, desse breve esboço extraio as seguintes conclusões:

1. Permanece vigente o art. 65 do Código Tributário Nacional e, via de consequência, se inclui na ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição a autorização que preconiza, de alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto sobre operações financeiras;

2. o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, é ato legislativo válido, conformato aos ditames da Carta Política;

3. não há eiva de inconstitucionalidade na cobrança, no mesmo exercício em que foi editado esse diploma legal, dos impostos de que cuidam os itens I, II e III de seu art. 1.º, posto que no caso ocorreu simples aumento de alíquotas de incidências anteriormente instituídas, ao abrigo da ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição;

4. por falta de previsão legal anterior, os impostos sobre operações de câmbio e operações relativas a valores mobiliários de que tratam os itens IV e V, do art. 1.º do referido decreto-lei, não podem ser exigidos no próprio exercício financeiro em que foram instituídos. A lei, no particular, permaneceu, no ano de seu advento, «sancionada, mas ineficaz, como a Bela Adormecida no bosque», para usar a pitoresca expressão de Aliomar Baleeiro, ao cuidar do tema da legalidade e da anualidade tributária («Limitações Constitucionais do Poder de Tributar», 2.ª ed., pág. 68).

É como voto, *data venia*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. Embora, na Turma, eu haja manifestado o entendimento de que, no caso anterior, o voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro era abrangente de todos os casos de majoração de alíquotas no mesmo exercício, prevaleceu o voto médio do eminente Sr. Ministro Relator.

Na oportunidade em que a matéria é novamente submetida à apreciação do Plenário, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, no voto que proferi quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada na Apelação em Mandado de Segurança nº 91.322-SP, sustentei que o IOF não está sujeito ao princípio da anterioridade, que, como bem salientou o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, abrange não apenas os casos de instituição de tributo, mas, também, de alteração de alíquotas.

Com fundamento no voto então proferido, o qual a este farei anexar, peço vênia para manter o meu ponto de vista e, portanto, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.

ANEXO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.322 — SP

(Registro nº 2.312.557)

VOTO VISTA

I

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Versa a espécie sobre o incidente de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários, suscitado pela egrégia 5ª Turma.

Pedi vista destes autos, após os votos dos eminentes Ministros Pedro Acioli, Relator, e Américo Luz, concluindo pela inconstitucionalidade daquele decreto-lei, e do ilustrado Ministro Justino Ribeiro, que não divisou inconstitucionalidade no citado diploma legal, mas tão-somente na Resolução nº 610 e na Circular nº 523, ambas do Banco Central, atos esses que lhe deram execução.

II

Consiste, em síntese, a controvérsia, deduzida não apenas nestes autos, mas em centenas de processos em curso nesta Corte, em saber:

a) se, à vista do princípio de legalidade, é possível criar tributo através do decreto-lei;

b) se o IOF pode ser instituído ou ter as suas alíquotas alteradas no próprio exercício financeiro em que foi editado o texto legal determinador daquelas providências.

III

No tocante ao princípio da legalidade, sustentam alguns que a Constituição não admite possa o tributo ser instituído ou aumentado por decreto-lei, exigindo, para esse

fim, a edição de lei ordinária. Nesse sentido, atribuem significação restrita à palavra lei, mencionada nos arts. 19, inciso I, e 53, § 29, da Constituição.

Afigura-se-me, contudo, que a questão perdeu substância diante da expressa disposição constante do art. 55, inciso II, da Constituição, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 1/69, ao preceituar que o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias. De acentuar-se, quanto aos requisitos de urgência e interesse público relevante, que a criação ou alteração de tributos reveste-se sempre «de caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso» (RE nº 62.789, RTJ 44/53), escapando aqueles pressupostos ao controle do Poder Judiciário (RE nº 74.096-SP, RTJ nº 62/819).

O Dr. Sebastião de Oliveira Lima, em sua excelente monografia sobre «O Fato Gerador do Imposto de Importação na Legislação Brasileira» (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1981) deu-se ao trabalho de demonstrar, com inteira razão, que a doutrina e a jurisprudência dominante são no sentido de que possa o decreto-lei instituir ou aumentar tributos (págs. 31 e 32).

Tal tese, embora aceita pelo ilustre Relator, é restringida no tocante ao IOF. Argumenta S. Exa:

«É que, se bem aceito que o Poder Executivo possa criar imposto através de decreto-lei, como parece ser o entendimento da jurisprudência, não me parece constitucional possa o Senhor Presidente da República criar especialmente imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Ora, se sua Excelência, que representa o Poder Executivo, não pode alterar as alíquotas ou as bases de cálculos do prefalado imposto não pode criá-lo, pois quem não pode o menos também não pode o mais».

Com a devida vênia, tal argumento não procede. Com efeito, o que veda a Constituição é que possa o Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar, unilateralmente, as alíquotas e bases de cálculo do IOF, à semelhança do que ocorre com os impostos de exportação e de importação, ou seja, sem pronunciamento do Congresso Nacional.

Assim, o imposto de exportação, observados aqueles limites e condições legais, pode ter alteradas a sua base de cálculo ou alíquota pelo Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional (Decreto-Lei nº 1.578, de 11-10-77, arts. 2º e 3º), bem como o imposto de importação, através de resolução do Conselho de Política Aduaneira (Decreto-Lei nº 1.111, de 10-7-70, arts. 1º, 4º, 6º, 7º; Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, art. 5º; Decreto-Lei nº 730/69, art. 4º). Tal faculdade, até a edição da EC nº 1/69, era conferida ao Poder Executivo, quanto ao IOF, que, também, podia ter as alíquotas e bases de cálculo modificadas pelo Conselho Monetário Nacional (EC nº 18, art. 14, § 1º, CF/67, art. 22, § 2º; Lei nº 5.143, de 20-10-66, art. 10). Isso, porém, não significa que o Poder Executivo não possa, através de decreto-lei, submetido ao crivo do Congresso Nacional, instituir ou alterar a alíquota ou base de cálculo de qualquer tributo, em face da autorização expressa constante do art. 55, inciso II, do vigenté texto constitucional, antes referido.

IV

Afastada, pois, a inconstitucionalidade do decreto-lei, diante do princípio da legalidade do tributo, impõe-se examiná-la à vista do princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro da sua cobrança.

Nesse ponto, argumenta o ilustre Ministro Justino Ribeiro que inconstitucionais seriam a Resolução nº 610 e a Circular nº 523, que determinaram a cobrança do imposto no exercício de 1980, e não o malsinado decreto-lei. Diz Sua Excelência:

«Concluo, ante o exposto, que a cobrança estabelecida na Resolução nº 610 e na Circular nº 523, para 1980, carece de suporte constitucional. Ela não encontra base nem mesmo no Decreto-Lei nº 1.783/80, que pretendeu regulamentar, e que nada contém a respeito. Não vejo, pois, inconstitucionalidade neste decreto-lei, cuja vigência em 80 remetia a cobrança do imposto para 81, conforme claramente determina a Constituição. Inconstitucionais são aqueles atos do Banco.»

Embora revestida de argúcia, essa solução, a meu ver, não pode ser aceita. Com efeito, o Decreto-Lei nº 1.783/80 não remeteu a cobrança do imposto para o exercício seguinte, dispondo, ao contrário, expressamente no seu art. 4º:

«Este decreto-lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogados o art. 2º do Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, e as disposições em contrário.»

Publicado no *Diário Oficial* de 22-4-80, aquele diploma entrou em vigor imediatamente, por não prever qualquer período de *vacatio legis*. Daí que, a prevalecer aquele dispositivo, há de ter-se como permitida a cobrança do imposto no próprio exercício em que foi baixado aquele decreto-lei, objetivando os invocados atos do Banco tão-somente a lhe dar execução.

V

Cumpra, porém, examinar se o imposto questionado, que através daquele ato legislativo não apenas foi instituído, no tocante às operações de câmbio e a títulos e valores mobiliários, mas que, também, teve as suas alíquotas aumentadas, quanto às operações de crédito e de seguro, está, ou não, sujeito ao princípio da anterioridade da lei.

Invocando o fenômeno da recepção, tão bem desenvolvido pelo insigne Mestre de Viena, sustenta o Banco Central que a eficácia dos arts. 10 da Lei nº 5.143/66 e 65 do CTN teria sido restabelecida, com a edição da EC nº 8/77, que, ao dar nova redação ao § 29 do art. 153 da Carta Magna, permitiu que a lei complementar retirasse outros tributos, não expressamente indicados naquele texto, da sujeição ao princípio da anterioridade. Aduz, em síntese, que incompatibilidade superveniente com lei de hierarquia superior não se confunde com revogação, pois esta só se dá através de lei da mesma hierarquia. Daí concluir que não há confundir revogação com incompatibilidade: a revogação apaga a vigência da lei para o futuro, enquanto que a incompatibilidade suspende-lhe a eficácia. Por isso, desaparecida a eficácia, a norma inferior pode ressurgir.

Contudo, não dou o meu apoio a essa colocação, seja porque não se conforma com aquela corrente doutrinária, que adoto, no sentido de que a revogação da lei se dá por outra de igual ou superior hierarquia, seja porque, segundo pacífico entendimento do Excelso Pretório, a lei ordinária que entre em choque com preceito constitucional superveniente não se torna eivada de inconstitucionalidade, mas apenas tem cessada a sua vigência por revogação. Nesse sentido, é expressivo este trecho da ementa, que encima a Representação nº 1.016-SP, julgada pelo Pleno em 20-9-79, Relator o eminente Ministro Moreira Alves (RTJ nº 95/993):

«Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente não há que se cogitar — como tem entendido o STF — de inconstitucionalidade, mas sim (e se for o caso), de revogação, matéria estranha à representação de inconstitucionalidade.»

Nessa mesma linha, decidiu aquele egrégio Plenário, em 21-5-81, ao julgar a Representação nº 969-DF, segundo se depreende deste texto da ementa do Acórdão então proferido, relatado pelo Sr. Ministro Antônio Neder (*DJ* 26-6-81):

«O § 1º, do art. 75, da Lei nº 1.341, de 30-1-51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e o § 1º, do art. 27, da Lei nº 4.737, de 15-7-65 (Có-

digo Eleitoral) estão revogados pelo art. 125 da Constituição de 1946, que lhes é posterior. Portanto, não podem ser considerados inconstitucionais, nem por contrariarem a citada norma constitucional, nem por contrariar o art. 94 da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69.»

No entanto, o fato de se acharem revogados aqueles preceitos, isto é, o art. 10 da Lei nº 5.143/66 e o art. 65 do CTN, não implica, por si só, em excluir o IOF das ressalvas relativas ao princípio da anterioridade da lei. Com efeito, adstringiam-se aquelas normas, repetindo o texto constitucional, em retirar o tributo da submissão ao princípio da legalidade estrita, não dizendo respeito à regra da anterioridade da lei. Conforme disse, a alteração constitucional veio apenas afetar o princípio da legalidade no atinente ao questionado imposto: enquanto, antes das normas constitucionais vigentes, a sua alíquota ou base de cálculo podia ser alterada por meio de atos do Poder Executivo, deixando-o a salvo do princípio da legalidade estrita, isso, hoje, não mais ocorre. Agora, o imposto só pode ser alterado por ato legislativo, sujeito à apreciação do Congresso Nacional (lei, decreto-lei ou lei delegada).

VI

Com essa observação, que se me afigura fundamental, passo a examinar a questão sobre se o IOF está, ou não, submetido ao princípio da anterioridade da lei.

No regime da Constituição de 1946, sob cuja égide se criou o IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1-12-63, art. 14, inciso I, §§ 1º e 2º), prevalecia o princípio da anualidade: nenhum tributo podia ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária. As únicas ressalvas previstas diziam respeito à tarifa aduaneira e ao imposto lançado por motivo de guerra (Constituição de 1946, art. 141, § 34).

A Constituição de 1967 manteve o princípio da anualidade e aquelas duas ressalvas (art. 150, § 29).

Conforme se verifica, até então, o texto constitucional não incluía expressamente nas exceções ao princípio da anualidade o IOF. No entanto, ao que eu saiba, ninguém pôs em dúvida achar-se aquele tributo incluído naquelas ressalvas. Nestes próprios autos, tal entendimento é admitido na inicial (fl. 7) e nas razões de recurso, onde se lê (fl. 129):

«Igualmente não tem qualquer procedência a alegação da autoridade impetrada no sentido de que o princípio da anualidade se restringe apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda, como previsto no art. 9º, II, do CTN. Isto porque tal dispositivo encontrava suporte na Emenda Constitucional nº 18 de 1965, completamente alterada, no particular, pela Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Prevalece hoje a regra do § 29 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, com a redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 14-4-77.»

Se no regime anterior, o IOF não era expressamente ressalvado é de indagar-se: como, sempre, se o considerou excluído da regra da anualidade?

A meu ver, a resposta à indagativa está no art. 1º da Emenda Constitucional nº 18/65, cujo texto, incorporado ao 18 da Constituição de 1967, rezava:

«O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria e é regido pelo disposto nesta emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual e municipal.»

Por isso mesmo que, sobreindo o Código Tributário Nacional, este, segundo resulta dos seus arts. 9º, II, e 104, limitou o princípio da anualidade aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Se se pode questionar a amplitude de tal restrição, isso, contudo, jamais poderá ser com relação ao IOF. Com efeito, aquele tributo é primo-irmão

do imposto de exportação: destinam-se ambos à formação de reservas monetárias (EC nº 18/65, arts. 7º, § 2º, e 14, § 2º; da Constituição de 1967, art. 21, § 3º; EC 1/69, art. 21, § 4º). Por isso mesmo é que, conforme disse, a inclusão do IOF no regime da legalidade estrita não tem o condão de incluí-lo no princípio da anterioridade, retirando-o do elenco das suas exceções.

VII

Aliás, é de reconhecer-se que, em nossa evolução constitucional, o princípio da anterioridade vem perdendo substância, salvo no tocante aos tributos relativos ao patrimônio e a renda. Acredito que isso tem ocorrido para permitir que o Estado se utilize de tributos, revestidos de caráter predominantemente extrafiscal, no sentido de, em face de aspectos conjunturais da economia, tornar eficaz sua política de crédito, câmbio e comércio exterior. Na verdade, tal atividade estatal é exercitada de modo a atingir fundamentalmente poderosas empresas e grupos econômicos, em prol do interesse de toda a coletividade, alcançando os cidadãos, pela via reflexa, em níveis manifestamente mitigados. Tal proceder se justifica, porque, na verdade, o elenco das garantias individuais, segundo se depreende do art. 153, *caput*, da Constituição, tem, desde a sua origem, o fim primordial de proteger o cidadão, pessoa física. Assim tem ocorrido no curso da história, desde a velha Magna Carta. Com isso, não se quer dizer que aquelas garantias sejam estranhas às pessoas jurídicas. O que se pretende afirmar é que, ao graduá-las, é necessário que se tenha sempre em mente o fim social a que se destinam e, sob esse aspecto, o grau de garantia dos cidadãos, razão de ser do próprio Estado, não pode situar-se no mesmo nível dos grandes conglomerados econômicos.

Com essa pequena digressão, passo a demonstrar que o princípio da anterioridade vem perdendo substância nos sucessivos textos constitucionais.

No regime da Constituição de 1946, o princípio da anterioridade era mais abrangente: assumia a feição do princípio da anualidade. Não bastava que a lei do tributo precedesse ao exercício da sua cobrança. Era preciso mais. Tornava-se necessário a sua prévia inclusão na lei orçamentária.

Sobreveio a EC nº 7/64, que dispôs em seu artigo único:

«A vigência do parágrafo 34 do artigo 141 da Constituição Federal, na parte em que exige a prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo em cada exercício, fica suspensa até 31 de dezembro de 1964.»

A Constituição de 1967 deixou de exigir a prévia inclusão do tributo na lei orçamentária, como condição para a sua cobrança: contentou-se com a anterioridade da lei no tocante ao exercício em que o tributo viesse a ser exigido, situação essa mantida no vigente texto constitucional.

Por outro lado, as exceções, que, inicialmente, só eram expressas quanto à tarifa aduaneira e ao imposto lançado por motivo de guerra (Constituição de 1946, art. 141, § 34), achando-se nelas incluído, implicitamente, a partir da EC nº 18/65, o IOF, passaram a ser acrescidas de outros tributos: tarifa de transporte, Imposto sobre Produtos Industrializados e demais casos previstos na Constituição (EC nº 1/69, art. 153, § 2º), vindo, ainda, a EC nº 8/77 a explicitar casos «outros especialmente indicados em lei complementar».

Mas se o princípio da anterioridade da lei está a perder substância diante do poder constituinte, o mesmo tem ocorrido, no âmbito do Judiciário, na via interpretativa. Nesse sentido, mostra o saudoso Baleeiro, na nota nº 78, constante do pé das páginas 77 a 80, da sua famosa obra «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (Forense, 5ª edição, 1977), com a citação de numerosos precedentes jurisprudenciais, que o Excelso Pretório tem admitido a cobrança de certos impostos ou majoração de outros com indulgência ao princípio da anualidade do exercício em que foi decretado, levando em consideração as circunstâncias e a própria destinação do tributo, segundo lembra, com procedência, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Com essa orientação, a última Revista Trimestral de Jurisprudência, que é a de nº 97, traz, à página 648, Acórdão do Pleno do colendo Supremo Tribunal Federal, proferido no RE nº 87.705-SP, encimado por esta ementa:

«Art.153,§ 29, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Atende-se ao princípio da anualidade do tributo a lei que o majora e declara que entrará em vigor a 1º de janeiro do ano seguinte, ou seja, no início do exercício financeiro ao em que foi promulgada e publicada.

Recurso extraordinário conhecido e provido.»

O ilustre Relator, Ministro Cunha Peixoto, cita em seu voto, como precedentes, os seguintes casos idênticos: REs nºs 85.246, 85.831 e 85.894.

Embora sem aplaudir as restrições ao princípio da anualidade, assinala Baleeiro (opus cit., págs. 22 e 23):

«A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que alterou a estrutura do sistema tributário de 1946 e que vigorou apenas 14 meses, feriu profundamente o princípio da anualidade, aplicando-o apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda, no sentido de que não poderiam ser cobrados com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que correspondia, isto é, 1º de janeiro do ano em curso.

Afinal, essa inovação consagrou uma jurisprudência do STF, que dificilmente se conciliaria com a letra e o espírito do art. 141, § 34, da CF de 1946: — a de que não contrariava esse dispositivo a cobrança do imposto decretado depois da publicação do orçamento, mas antes de 1º de janeiro do ano ao qual este se destinava (Súmula nº 66).

Na exposição de motivos do projeto relativo à Emenda nº 18, justificou essa alteração o Prof. Otávio G. Bulhões, Ministro da Fazenda, com as palavras seguintes:

Há juristas que consideram como «baluarte tradicional da democracia» a inclusão do imposto no orçamento, para fins de sua cobrança. Foi o ponto de vista que prevaleceu na CF de 1946.»

«Não creio que essa exigência constitucional venha a criar embaraços ao legislador ordinário para lançar impostos de caráter monetário, desvinculando-os do orçamento, uma vez que, por natureza, são instrumentos fiscais extra-orçamentários. Todavia, não vejo muita lógica na proposição constitucional de subordinar a exigência tributária à inclusão no orçamento, embora compreenda que na recomendação do constituinte houvesse o propósito de disciplinar a conduta financeira do administrador, em benefício do País e em respeito ao sacrifício do contribuinte. Mas se a Constituição prevê a possibilidade de aumento de despesas durante a execução orçamentária, é indispensável que admita, também, o aumento da receita de impostos. Se a Constituição pretende garantir o contribuinte contra qualquer acréscimo tributário durante a vigência de um exercício financeiro, deve, igualmente, vedar qualquer possibilidade de aumento de despesas durante esse período. Entretanto, ao permitir o acréscimo de despesas, como realisticamente o fez a Constituição de 1946, e, ao mesmo tempo, adotar terminante proibição de acréscimo de receita tributária, a Constituição imprime à execução orçamentária uma tendência inflacionária, que não pode deixar de ser corrigida.»

VIII

Todos esses aspectos, colhidos na realidade brasileira, permitem afirmar, com segurança, achar-se o IOF fora do princípio da anterioridade da lei, especialmente tendo-se em conta o seu aspecto predominantemente extrafiscal, de utilização imperiosa no combate à inflação.

Por isso mesmo é que, não há negar, a Constituição, desde a EC nº 18/65, admite que a lei complementar possa regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, sendo o § 1º do art. 18 da EC nº 1/69 de clareza meridiana:

«Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar.»

Assinale-se que o texto transcrito, mais que o art. 1º, **caput**, da EC nº 18/65, e o art. 18, **caput**, da Constituição de 1967, diplomas constitucionais sob cuja égide, como acentuei, ninguém colocou em dúvida achar-se o IOF excluído da regra da anterioridade, é muito mais incisivo do que os precedentes sobre o tema. E o legislador constituinte, ao editá-lo, não desconhecia que havia lei com eficácia complementar regulando a matéria, que estava a restringir, basicamente, o princípio da anterioridade aos tributos sobre o patrimônio e a renda.

Acresce a tal argumento que aquele legislador, preocupado com as exceções ao princípio da anterioridade, não se contentou com a incisiva redação do § 1º do art. 18 da Constituição, com reflexo na legislação complementar. Foi além: no § 29 do seu art. 153 fez questão de incluir nas ressalvas àquela regra «os demais casos previstos na Constituição».

E, dentre esses demais casos, há de encontrar-se o IOF, em razão da sua própria natureza predominantemente extrafiscal, cuja finalidade precípua é a formação de reservas monetárias, providência indispensável ao combate da inflação, cuja utilização há de estar jungida a aspectos conjunturais da economia, que estejam a exigir imediata correção. Saliente-se, sob esse ponto, que tal imposto não é administrado pela Secretaria da Receita Federal, mas pelo Banco Central.

IX

Dáí ter razão o recorrente, ao assinalar:

«Se a cobrança do tributo majorado ou, mesmo, instituído, ficasse a depender do advento do exercício financeiro seguinte, esvaziar-se-ia totalmente de sentido o instituto das reservas monetárias. Essas reservas, de assento constitucional claro e definido, só têm sentido se o princípio da anterioridade não for aplicado aos impostos com os quais são formadas. Deste modo, embora não esteja expressa, existe uma ressalva implícita ao princípio da anterioridade quanto ao IOF. E a razão é evidente: seria impossível cogitar-se da função regulatória de política monetária — essencial ao IOF —, se o órgão legislativo competente, mediante lei, decreto-lei ou lei delegada, não pudesse majorar ou instituir imposto sobre operações financeiras no próprio exercício em que pretende cobrá-lo. Tivesse o formulador da política monetária de esperar o exercício financeiro seguinte para pôr em execução um aumento ou uma incidência nova na área deste imposto, e ele não serviria aos fins-para os quais se propôs: remédio para combater de pronto variações indesejáveis da economia. Em outras palavras, não haveria mais falar no IOF como instrumento de política monetária pela formação de reservas. E sendo essa sua função fundamental, perderia este imposto sua própria razão de ser.»

X

De argumentar, por último, que as leis se presumem constitucionais, tanto mais, como no caso, em que o diploma malsinado resulta da conjugação de vontade de dois poderes do Estado: o Executivo e o Legislativo.

Nessa linha de raciocínio, asinala, com percutiência, Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 8ª edição, 1965, pag. 319):

«Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o poder público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de anterioridade.»

Na espécie, segundo resulta da argumentação expendida, há razões sérias em prol da constitucionalidade do diploma legal sob exame, não se achando, pois, a eiva de inconstitucionalidade, de que se o acusa, acima de toda dúvida razoável. Mais prudente, por isso, é concluir pela sua validade.

XI

Em conclusão, afasto a inconstitucionalidade que se procura atribuir ao Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, porque:

- a) o decreto-lei pode instituir ou aumentar tributos;
- b) a EC nº 1/69, ao revogar os arts. 65 do CTN e 10 da Lei nº 5.143/66, incluiu o IOF no princípio da legalidade estrita, mas não o excluiu do princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro da sua cobrança;
- c) o IOF, desde a sua criação, sempre esteve a salvo da sujeição ao princípio da anterioridade da lei;
- d) o princípio da anterioridade da lei vem perdendo substância, seja tendo em vista a evolução do próprio sistema constitucional, seja tendo em conta respeitável corrente jurisprudencial da nossa colenda Suprema Corte;
- e) considerar o IOF abrangido nas ressalvas à regra da anterioridade é o que mais se ajusta a sua própria razão de ser, dado o seu caráter predominantemente extrafiscal, destinado que é à formação de reservas monetárias;
- f) tal orientação é a que melhor se ajusta à atual conjuntura econômica, de modo a instrumentar o *governo* (palavra esta que utilizada para significar um dos elementos que, juntamente, com o *povo* e o *território* constituem o *Estado* de remédio sério para combater a inflação, que vem atingindo, em especial, as classes menos favorecidas; e
- g) as leis presumem-se constitucionais, só se devendo acoimá-las de inconstitucionais na hipótese, não ocorrida em concreto, da configuração daquela nódoa situar-se acima de toda dúvida razoável.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 91.322, proferi voto que se coaduna inteiramente com o agora proferido pelo Sr. Ministro Relator.

Dou pela inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783, por entender que não é admissível o aumento de alíquotas do IOF no que diz respeito às operações anteriormente tributadas.

Farei juntar cópia do voto então proferido, e que está às fls. 328/334 dos autos, já mencionadas.

ANEXO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.322 — SP (ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, ao se ocupar da partilha tributária entre as pes-

soas de direito público interno, deixou consignado que à União competia o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

A Carta Política atualmente em vigor no artigo 21, é explícita ao referir-se à competência outorgada à União para instituir os impostos que menciona, entre os quais está no inciso VI, o que incide sobre operações financeiras, o IOF, que ora ocupa a atenção do Tribunal.

Do que se vê, a Emenda nº 18 não instituiu esse tributo, mas simplesmente autorizou a União a criá-lo, o que veio a se verificar com a Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966.

O seu artigo 1º é expresso quando dispõe que o imposto assim instituído, «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras».

As hipóteses de incidência eram somente estas.

O Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, ampliou o campo de incidência do imposto de modo a atingir também as operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários.

Pelas figuras então criadas, o Decreto-Lei nº 1.783 tornou devido o imposto a partir de 22 de abril de 1980, data de sua publicação, explicita-se, no mesmo exercício de sua instituição.

Discute-se aqui se, assim dispondo, terá sido desatendido o princípio da anterioridade consagrado no § 29, artigo 153, da Constituição, na redação da Emenda nº 8, de 14 de abril de 1977.

A União Federal sustenta que não, porque: 1) — o IOF se destina à formação de reservas monetárias (§ 4º, art. 21, da Constituição); 2) — lei complementar, o exclui da norma (artigos 9º, I e II, e 65 do Código Tributário Nacional); e 3) — o decreto-lei em questão integra o conjunto de medidas necessárias à reformulação das políticas monetária e fiscal do País.

Dispõe o § 4º, artigo 21, da Constituição: «a lei poderá destinar a receita dos impostos enumerados nos itens II e VI, à formação de reservas monetárias ou de capital para financiamento de programa de desenvolvimento econômico.»

O imposto do item VI mencionado no texto, recorde-se, é o IOF.

Logo, é indubitoso que ele poderá ter destinação específica, desde que nesse sentido exista lei expressa.

No que se refere ao imposto instituído para incidir sobre as operações de crédito e seguros, essa destinação é expressa, visto como a Lei nº 5.143/66 assim o indica.

Leio o contido no artigo 12:

«... a renda líquida do imposto se destinará a formação de reservas monetárias as quais serão aplicadas, pelo Banco Central da República do Brasil, na intervenção dos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional.»

O Decreto-Lei nº 1.783/80, ao estender o imposto a outras hipóteses de incidência, nada disse a respeito de sua destinação, pelo que se há de concluir que a previsão do texto constitucional («a lei poderá») não se acha atendida.

Mas, para argumentar, admita-se que a utilização tivesse sido prevista, nem por isto, entretanto, digo eu, ter-se-ia que aceitar como correta a tese defendida pela União.

É que segundo a melhor doutrina, essa circunstância, por si só, não possui qualquer influência sobre a natureza do tributo.

Leio o que a propósito escreve Alfredo Augusto Becker («Teoria Geral do Direito Tributário», página 261):

«A regra jurídica que disciplinar a destinação e utilização de tributo é regra jurídica de natureza «administrativa»

«... a invalidade da regra jurídica administrativa que disciplina a «destinação» do tributo «não acarreta a invalidade da regra jurídica tributária que disciplina a «receita» do tributo».

«Nada tem com a «decretação» do imposto a sua «destinação». A decretação do imposto pode ser acorde com a Constituição, e «não o ser a sua destinação», ou vice-versa.»

Esta última afirmação é de Pontes de Miranda, como está anotado à nota 4, ao pé da página 261 da obra.

Antônio Roberto Sampaio Dória, em livro lançado em 1964 sob o título «Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula «Due Process of law», escreve à página 62, que os impostos editados com destinação específica, nem por isso têm alterada a sua natureza, «mas revela ao contribuinte, explicitante, a aplicação prevista ao sacrificio econômico que lhe é exigido, dando-lhe, destarte, ensejo para contrastar sua validade.»

Wilhelm Gerloff sustenta que o imposto financeiro é sempre fiscal, isto é, seu objetivo primeiro é a obtenção de fundos e se se fala a respeito de uma imposição social, isto diz respeito tão-somente à estrutura do imposto «pero nunca al empleo del rendimiento tributario» («Tratado de Finanzas» El Ateneo — Vol. II, pág. 218).

Cita, a seguir, Stein, para quem a forma segundo a qual se devem utilizar os impostos em sua finalidade social não deve ser objeto da Ciência das Finanças, mas unicamente da administração interna para as quais não há limites.

Conclui a citação com estas palavras:

«... nada es más facil que formular exigências al Estado en nombre de la misión social general en sí; pero por el contrario nada es más serio y más difícil que establecer el limite infranqueable de tales exigencias, en nombre de la ciencia financeira.»

Porque a destinação específica de um imposto em nada lhe altera a natureza, segue-se que essa circunstância não possui o mérito de tornar inaplicável qualquer garantia constitucional, inclusive a da anterioridade do tributo.

O § 29, artigo 153, da Constituição, na redação da Emenda nº 8, de 14 de abril de 1977, excetua do princípio,

«a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

Por inoportuno, nada direi sobre os três primeiros indicados (tarifa aduaneira, tarifa de transporte e IPI).

Tecerei comentários em torno dos impostos especialmente indicados em lei complementar», e «os demais casos previstos na Constituição».

A União assevera que existe lei complementar que exonera o IOF do princípio da anterioridade. Ela seria o Código Tributário Nacional, artigos 9º e 65.

Lembro que o artigo 9º, item I, veda a instituição ou majoração de tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65.

Os artigos 21 e 26 dispõem que os impostos neles aludidos (de importação e de exportação), nas condições e nos limites estabelecidos em lei, podem através de ato do Executivo ter alteradas as alíquotas ou as bases de cálculo, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

A norma, é óbvio, não se aplica ao imposto sobre operações financeiras.

O artigo 65 repete a regra no atinente ao IOF, agora com o objetivo de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Ao comentar o dispositivo, Aliomar Baleeiro («Direito Tributário Brasileiro» — 10a. edição, página 278), após anotar que ele repetia o artigo 22, § 2º, da Constituição de 1967, recorda que com a Emenda nº 1, de 1969, foi ela suprimida, visto como manteve a faculdade para os impostos de importação, de exportação e o IPI.

Daí a seguinte observação que faz à página 279:

«Assim, o art. 65 do CTN, já não tem sustentáculo constitucional.»

Fábio Fanucchi («Escritura Atual do Código Tributário Nacional», pág. 57, nota 27 A) é mais explícito:

«A autorização de alterabilidade de alíquota e bases de cálculo por ato do Executivo, que expressava este dispositivo, não mais existe depois da Emenda nº 1/69».

Geraldo Ataliba em sua sustentação oral, com justeza, enfatizou esse fato e concluiu no sentido de que a disposição do Código, por ser mera repetição do texto constitucional, jamais teve força e efeito próprios.

Face ao exposto, concluo no sentido de que o IOF não foi contemplado como extuado ao princípio da anterioridade por lei complementar.

Examinemos por derradeiro, se o imposto sobre operações financeiras está incluído na fórmula «demais casos previstos nesta Constituição», última exceção arrolada no § 29, artigo 153.

Aliomar Baleeiro ao estudar o princípio da anualidade e destacar o entendimento que inspirou a Emenda nº 18, de 1965, no sentido de dispensar a exigência tributária à inclusão no Orçamento ao argumento exposto pelo então Ministro da Fazenda, Otávio Gouveia de Bulhões, de que «se a Constituição prevê a possibilidade de aumento de despesas durante a execução orçamentária, é indispensável que admita, também, o aumento da receita dos impostos» — à pág. 25 do seu clássico «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 6ª edição, ocupa-se da exceção englobada nos «demais casos», «e que são», destaca:

«o imposto de exportação (art. 21, II, *in fine*), o imposto único do art. 21 VIII, quando se tratar de importação nele referidos; as contribuições especiais ou parafiscais do art. 21, § 2º, I.»

Conclui o pensamento com estas palavras: «Não há outros casos previstos na Constituição.»

O IOF, vê-se, não compõe o elenco, pelo que dispensável se torna qualquer comentário a respeito.

O autor citado na obra indicada faz longo estudo em torno da exigibilidade da cobrança do imposto desde que autorizada no Orçamento.

À pág. 78, recorda que desde o Império até a República, o Brasil sempre respeitou esse princípio. «De Pimenta Bueno a Amaro Cavalcanti, de Roure a Dídimo, de Rui a Carlos Maximiliano, de Aurelino Leal ao Código de Contabilidade, pululam os depoimentos», é sua assertiva.

A Subprocuradoria-Geral da República, com apoio no autor em citação e em precedentes jurisprudenciais, destaca que em dezembro de 1958 foram decretadas majorações do imposto de consumo e de selo, depois do Orçamento de 1959, a fim de serem cobradas no exercício deste ano.

Isto é exato, e os Acórdãos são numerosos. Estão mencionados às págs. 79 a 82 do «Limitações».

Ao fazê-lo, entretanto, faz crítica acerba. Alude a «paradoxo muito brasileiro»; «violação... com o placet dos mais altos tribunais»; «... jurisprudência que se choca

com um século de práticas financeiras pacíficas»; «... mau exemplo (que) contaminou o âmbito federal...»; «A Nação imitou a balbúrdia de algumas prefeituras anarquizadas» (3ª edição, pág. 79).

Ao que sinto, o Decreto-Lei nº 1.783/80 ao instituir em 1980 o IOF para incidir sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores imobiliários, para ser arrecadado no mesmo exercício, feriu o princípio da anterioridade pelo que se impõe a declaração de sua inconstitucionalidade.

É o que ora faço.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inconst. AMS nº 91.148 — RJ — Reg. 2.605.848 — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Apte.: Banco Cental do Brasil. Apdos.: Indústria e Comércio Quimetal Ltda. Advs.: Drs. José Aélío Madureira Siqueira e outros e Leo Krakowiak, Rosa Maria Motta Brochado e Outros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, na forma do disposto no art. 175, § 2º, do RI, declarou a inconstitucionalidade da exigência do IOF nas operações de empréstimos, aberturas de crédito e desconto de títulos, mediante aplicação de alíquotas majoradas no mesmo ano da vigência do Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I, vencidos os Srs. Mins. Miguel Ferrante e Pádua Ribeiro, que rejeitavam a arguição. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, José Cândido, Américo Luz, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Armando Rollemberg, Moacir Cautunda, Aldir Passarinho e Jarbas Nobre. Sustentou, oralmente, O Dr. Geraldo Andrade Fontelles, Subprocurador-Geral da República. (Em 18-2-82 — T. Pleno).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Raymundo e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 91.322 — SP

(Registro nº 2.312.557)

Relator: O Sr. *Ministro Pedro Acioli*

Relator Designado: O Sr. *Ministro Justino Ribeiro*

Remte. Ex Officio: *Juízo Federal da 8ª Vara*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelada: *COBRASFER — Companhia Brasileira de Ferramentas*

Advogados: Dr. *José Reinaldo de Lima Lopes*

Dr. *Leo Krakowiak e outros*

Dr. *Geraldo Ataliba*

Dr. *José Paulo Bezerra de Souza*

Dr. *Luiz Carlos Bettiol*

EMENTA: Tributário. IOF. Operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários. Cobrança no exercício de 1980. Inconstitucionalidade. Decreto-Lei nº 1.783/80 e atos do Banco Central do Brasil.

A instituição do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), nas modalidades incidentes sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários, deu-se por força do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, com vigência nesse mesmo exercício. Conseqüentemente, a cobrança ou arrecadação desses tributos somente poderia efetivar-se no exercício de 1981 (CF, art. 153, § 29). Inconstitucionalidade da cobrança determinada para aquele mesmo exercício pela Resolução nº 610 e pela Circular nº 523/80, do Banco Central do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, prosseguindo no julgamento, por maioria absoluta de seus membros (art. 175, § 2º, do RITFR), julgar inconstitucional a cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras no exercício de 1980, vencidos, em parte, os Srs. Mins. Relator, Américo Luz e Flaquer Scartezzini, que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.783/80 e vencidos, totalmente, os Srs. Mins. Pádua Ribeiro, Washington Bolívar, Lauro Leitão e José Cândido que rejeitavam a argüição de inconstitucionalidade, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Cuŕtas como de lei.

Brasília, DF, 29 de outubro de 1981.

JARBAS NOBRE, Presidente. JUSTINO RIBEIRO, Relator designado para o Acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.783/80, que diz respeito à exigência do Imposto sobre Operações de Crédito, Seguro e Câmbio, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários.

Na egrégia 5.ª Turma, assim relatei a espécie: (lê) (fls. 175/178).

As preliminares foram, à unanimidade, rejeitadas. No mérito, decidiu a Turma submeter a matéria ao julgamento deste egrégio Plenário, considerando os princípios constitucionais da legalidade e da anualidade em discussão.

Naquela assentada, trouxe a lume o meu entendimento, concluindo que:

«Não somente reconheço que o princípio da anterioridade se aplica ao IOF como também entendo que o Decreto-Lei n.º 1.783/80 padece da eiva de inconstitucionalidade, já que a Constituição não autoriza a alteração de alíquotas ou bases de cálculo do IOF por ato do Poder Executivo» (fl. 189).

Atendendo-se à exigência regimental — RI, art. 176, § 1.º — os autos foram remetidos à douta SGR, que nada mais acrescentou ao seu longo e judicioso parecer de fls. 140/170.

É o relatório.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: COBRASFER — Cia. Brasileira de Ferramentas impetrou Mandado de Segurança preventivo, alegando receio de que o Sr. Chefe da Divisão Regional de Operações Bancárias do Banco Central do Brasil venha exigir no exercício de 1980 o IOF, de acordo com o art. 1.º, inc. IV, do Decreto-Lei n.º 1.783, de 18-4-80, ou seja, mediante aplicação da alíquota de 15% sobre o valor das operações de câmbio cobrado pelo estabelecimento bancário onde a impetrante pretenda «fechar» o câmbio relativo às importações que mencionou.

Aduziu a impetrante que a CF, com a redação dada pela EC n.º 1/69, em seu art. 153, § 29, estabelece que o tributo em geral deve obedecer aos princípios fundamentais da reserva da lei (legalidade) e da autorização anual no orçamento (anualidade). Pede, em síntese, que deseje realizar o fechamento do câmbio junto a qualquer estabelecimento bancário, sem o crivo do Decreto-Lei n.º 1.783/80, visto que a prevalência deste dar-se-á unicamente a partir de 1.º de janeiro de 1981.

Deferida a liminar. Vieram as informações.

Sustentou a autoridade requerida preliminarmente a sua ilegitimidade passiva e descabimento da segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. Argumentou, quanto ao mérito, ausência de limitação constitucional, à conta de que não se está a exigir instituição de novos tributos nem de aumento que pudesse desfigurar a competência do mesmo decreto-lei.

Após a vista do Procurador da República, foi lançada a sentença: afastou-se a alegação da ilegitimidade passiva da autoridade apontada, e, no mérito, sob o argumento de que o princípio da anualidade alcança o IOF, concedeu-se a segurança.

Apelou o Banco Central sustentando, preliminarmente: a) ilegitimidade passiva do BC, pois que não se apontou nenhum ato que justificasse o alegado justo receio e ensejasse a impetração do *mandamus*; b) que a ordem, se deferida, será inócua, por não ter a autoridade apontada coatora competência para atendê-la; c) que, mesmo na ausência dos motivos acima, não seria cabível o mandado, a teor do art. 5.º da Lei n.º 1.533/51, uma vez que, no processo administrativo para cobrança do IOF, da decisão de primeira instância, cabe recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo (Res. n.º 619, seção 9, item 29), que, dentre outras disposições, regulamenta o processo administrati-

vo fiscal. Sustentou, no mérito, a não aplicação do princípio da anterioridade ao IOF, sob o fundamento de que a natureza e a função regulatória de política monetária, inerente a esse imposto, garante-lhe, por analogia, a permissividade do art. 153, § 29, da CF, ressalvada à tarifa alfandegária e à de transporte e ao IPI, além de outros impostos indicados na Constituição ou em lei complementar. Sustentou, ainda: que o CTN é lei complementar, estando em vigor o seu art. 65; a validade do Decreto-Lei nº 1.783/80, segundo a previsão do art. 55 da CF, valendo-se de escólios de doutrinadores pátrios e estrangeiros.

A impetrante, ora recorrida, ofereceu contra-razões, aduzindo que foi delegada ao BCB, pela Lei nº 5.143, de 20-10-66, a apuração e controle do Imposto sobre Operações Financeiras, daí ser esta autarquia federal, através do Sr. Chefe de Divisão Regional de Operações Bancárias, o órgão coator para fins de integrar a relação jurídica do «writ». Indicou decisão do 2º TACSP (AC nº 22.287, de 19-11-74) — (fl). E no mérito a impetrante sinalou as mesmas alegações da inicial.

Subiram os autos; nesta instância, a douta SGR lançou um longo parecer, da lavra do Subprocurador-Geral, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, que, de início, alega a ilegitimidade *ad causam* da impetrante, à consideração de que ela (impetrante) está na categoria de contribuinte de fato, sendo a instituição financeira operadora o contribuinte *de jure*, somente esta integra a relação jurídico-tributária com o Estado. Assim, sendo a impetrante contribuinte de fato ação direta não tem contra o fisco (alinhando para isso ensinamentos de Geraldo Ataliba, Clêber Giardino, Alfredo Augusto Becker, Amílcar Falcão e Rubens Gomes de Souza), e os direitos que supõe ter e que alega violados haveriam de ser discutidos em campo próprio, compatível com a natureza estritamente privada, da relação jurídica existente entre ela (impetrante) e o contribuinte *de jure* (f.), por isso pugna pela falta de legitimidade de agir da impetrante.

Prosseguindo, o parecer acentua que a controvérsia está afeta ao julgamento do Plenário do Tribunal, alegando que para o exame da causa converge a discussão de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80. Repete, quanto ao mais, as alegações do Banco Central e, ao fim, traz a seguinte conclusão:

«Demonstrado, pois, que, atendido o princípio da legalidade, a que a edição do Decreto-Lei nº 1.783/80 satisfaz e, mais que isso,

a) estar implicitamente excluído da sujeição ao princípio da anterioridade da lei (CF, art. 153, § 29) o imposto referido no art. 21, inciso VI e § 4º, da Constituição;

1. quer por se tratar de tributo destinado à formação de reservas monetárias;

2. quer porque lei complementar especialmente o indica como insujeito àquele princípio (CTN, art. 9º, I e II);

3. quer por força do artigo 65 do CTN;

b) integrar o nominado decreto-lei um conjunto de medidas harmônicas e interdependentes, necessárias à reformulação das políticas monetária e fiscal, à vista da nova realidade imposta ao País.

patenteia-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, do que deriva serem plenamente válidas a majoração das alíquotas do IOF, nele estabelecida, e a respectiva cobrança no exercício financeiro de sua edição, pede-se e confiante espera-se a reforma da decisão apelada acolhendo-se a preliminar argüida, ou noutra hipótese, no mérito, o provimento da apelação com a cassação do «writ» por ser de direito» (f.).

É o relatório.

VOTO VENCIDO, EM PARTE

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Senhor Presidente, por ocasião do julgamento na egrégia 5ª Turma, posicionei-me, no mérito, nos seguintes termos: (lê) (fls. 184 a 189).

Naquela assentada, pois, entendi que não somente o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários está vinculado ao princípio da anterioridade como também o Decreto-Lei nº 1.783/80 sofre da eiva de inconstitucionalidade.

Reafirmo, neste Plenário, este meu entendimento.

Acrescento, com ligeira alteração da fundamentação do voto que mencionei acima, que o Decreto-Lei nº 1.783/80 alterou as alíquotas do imposto sobre as operações de crédito e seguro, operações estas já previstas na Lei nº 5.143/66, art. 1º: quanto às operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários, o decreto-lei já referido criou efetivamente imposto.

No primeiro caso — alteração de alíquotas — o Poder Executivo não podia fazê-lo, como tentei demonstrar; no segundo — criação de imposto — ao meu ver, tampouco podia fazê-lo. É que, se bem aceito que o Poder Executivo possa criar imposto através de decreto-lei, como parece ser o entendimento da jurisprudência, não me parece constitucional possa o Senhor Presidente da República criar especificamente imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Ora, se Sua Excelência, que representa o Poder Executivo, não pode alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do falado imposto também não pode criá-lo, pois quem não pode o menos tampouco pode o mais.

Não chego a dizer que o art. 65 do CTN, que interfere na questão, seja inconstitucional. Esse dispositivo é incompatível com o texto da Carta vigente, por isto trata-se de caso de revogação.

Frise-se que o art. 65 do CTN foi revogado pela EC nº 1/69, inalterado pela EC nº 8/77. Com tal entendimento da revogação, temos os escólios doutrinários de Pontes de Miranda, que ministra:

«A Constituição é rasoura que recorda o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras constitucionais» (Comentários à Constituição Brasileira de 1946, Henrique Cahen Editor, vol. IV, p. 19).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in «Direito Constitucional Comparado», ed. 1974, pag. 121, assim se expressa:

«O dispositivo de uma lei ordinária anterior a uma Constituição, que é incompatível com preceitos dessa Constituição, não recobra eficácia, não recobra validade. Dessa forma, a menos que a nova Constituição, que faça cessar a eficácia dessa Constituição revogadora, venha expressamente revigorá-la, tal dispositivo não recobra validade, não recobra vigência, não recobra eficácia. A repristinação há de ser, sempre, expressa.»

Victor Nunes Leal é, também, peremptório:

«Sempre que uma lei opera validamente até determinado momento e daí por diante deixa de operar em virtude da expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada» (in RDA 7/390).

Carlos Maximiliano, in «Hermenêutica e Aplicação do Direito», 1947, págs. 430/431, afirma que:

«As expressões de Direito podem ser ab-rogadas ou derogadas somente por outros de mesma natureza ou de autoridade superior.»

.....
 «A nova regra constitucional extingue a lei, este o decreto do Executivo, regulamento, aviso, costume.»

Fábio Fanucchi, in «Curso de Direito Tributário Brasileiro», Ed. Resenha Tributária IBET, 4ª ed., 1977, vol. II, págs. 173/174, assinala:

«Antes da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a Carta Magna autorizou a mutabilidade da base de cálculo e da alíquota do imposto por ato do Poder Executivo, vindo esta ordem com a criação do imposto, em 1965, através da Emenda nº 18. Naquela época, também, o imposto tinha a sua receita vinculada obrigatoriamente: destinava-se à formação de reservas monetárias, denotando, com isto, uma feição de extrafiscalidade, patente. Hoje, todavia, o Imposto sobre Operações Financeiras não se inclui entre os que podem ter a sua base de cálculo alterada por determinação do Executivo, dentro de limites previamente estabelecidos em lei. Portanto, a base de cálculo do tributo aqui estudado, necessária e obrigatoriamente, é fixada com rigidez pela lei ordinária, observado o que foi mencionado neste item, estando revogado o art. 65 do CTN, que consagra a alterabilidade por ato do Executivo Federal.»

Por sua vez, a Suprema Corte, no RE nº 81.122, já decidiu que inovação constitucional não pode ressuscitar dispositivos legais incompatíveis com a Constituição.

Desde que revogadas as disposições dos arts. 9º, II, e 65, do CTN, por não terem readquirido eficácia pelo advento da EC nº 8/77, o Imposto sobre Operações Financeiras de Câmbio, criado ou redefinido pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, não pode ser exigido no exercício financeiro em que foi este último editado, ante a garantia constitucional inserta na CF, art. 153, § 29, visto que esse tributo não se inclui entre as exceções do princípio da anualidade ou anterioridade da lei em relação ao exercício financeiro da cobrança, inexistindo lei complementar indicando que o IOF possa ser criado, com vigência de incidência em meio ao exercício.

Os argumentos alinhados pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu magistral parecer de fls. 140/170, quanto aos aspectos econômicos e financeiros decorrentes da imposição fiscal em referência, sua conveniência ou necessidade, face aos reclamos do Erário Público, conquanto respeitáveis, de modo até mesmo a sensibilizar o julgador, não tem o condão de ultrapassar a barreira que a Constituição impõe.

Mas, por outro lado, se se suprimisse o princípio da reserva legal que se destina à garantia do contribuinte contra o perigo de o poder tributante abusar do seu direito de tributar, o que seria de uma empresa que organiza a sua vida financeira para um exercício e é surpreendida com ato do Poder Executivo criando ou alterando alíquota de imposto, como no caso presente? Essa circunstância criaria, sem dúvida, dificuldades tamanhas à vida econômica nacional, a ponto de levar empresas organizadas até mesmo a um estado insuportável de dificuldades financeiras.

Permito-me ler ofício recebido do Ministério da Fazenda: (Lê) (fls.).

À vista dos termos do expediente que acabo de ler, devo declarar que o motivo de ordem fática, abordado pelo emissário da Fazenda, perde a sua relevância diante do poder-dever que tem o Judiciário de zelar pelo cumprimento dos cânones constitucionais.

Se, afinal, vier a Fazenda a devolver o que recolheu indevidamente, isso se dará por conta de um ato malferidor de princípio constitucional, cometido com excesso de poder. Não pode coonestar-se ato de tal natureza com base em sua consequência mesma.

Ademais, a União pode, por meios adequados, editar instrumentos legais objetivando contornar possíveis efeitos de ordem financeira se porventura vierem a acontecer. O que não é possível, ao que me parece, é sacrificar-se a ordem vigente, com o aval do Judiciário, invocando situação perfeitamente contornável.

Prefiro sacrificar aparentemente — repito aparentemente — o Erário a maltratar a Constituição.

Finalmente, vale salientar que notícias dão conta de que o Governo aumentará a carga tributária sobre os lucros dos bancos. Vê-se, portanto, que ao Governo não falta imaginação para captar recursos a fim de suprir as necessidades do Erário da União.

Embora a impetrante, nesse caso, não tenha levantado a inconstitucionalidade total do Decreto-Lei nº 1.787/80, noutros casos esse incidente foi levantado por outros impetrantes. Em todos os casos, porém, a douta Subprocuradoria-Geral da República abordou essa preliminar, como acentuei no relatório. De qualquer modo, tratando-se de um poder-dever, o próprio Juiz, nos tribunais, pode suscitar, de ofício, esse incidente.

Com este adendo, julgo inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Foram argüidas as seguintes preliminares:

- ilegitimidade passiva da autoridade requerida;
- ausência de ato a justificar o alegado justo receio, que ensejasse a impetração do **mandamus**;
- descabimento da ação mandamental, a teor do art. 5º da Lei nº 1.533/51, a conta de que no processo administrativo para cobrança do IOF, da decisão de primeira instância cabe recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo (Res. nº 619/seção 9, item 29); e, finalmente,
- ilegitimidade processual **ad causam** da impetrante, argüida pela douta SGR.

Passo a analisar as preliminares referidas.

Ilegitimidade passiva da autoridade requerida

A autoridade requerida é o Sr. Chefe da Divisão Regional de Operações do Banco Central.

O IOF foi instituído pela Lei nº 5.143/66, que atribuiu a tarefa de fiscalização ao Banco Central (art. 8º) competindo ao referido Banco cumprir as normas de interesse do Sistema Financeiro expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595/64, art. 9º), fez publicar o Regulamento do IOF (Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e Sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários), aprovada pelo referido Conselho, através da Resolução nº 619, de 29 de maio de 1980.

De acordo com esse regulamento, o preparo do processo administrativo fiscal para cobrança do imposto, no caso em que o recolhimento está à cargo dos bancos comerciais — como ocorre na presente espécie — compete ao Departamento de Fiscalização Bancária do BCB ou suas representações regionais.

Ora a autoridade requerida é o agente responsável pela representação regional do Banco Central, na Divisão de Operações, cabendo-lhe a dianteira do processo administrativo fiscal, em primeira instância administrativa, na área de atuação do mencionado Banco (seção 9 da Res. nº 619, item 4). Decorre, portanto, das normas em apreço, a ilegitimidade da autoridade apontada coatora.

O justo receio a justificar a impetração.

Reza o item 10, das disposições finais e transitórias da já mencionada resolução:

«10. Não é devido o pagamento do Imposto sobre Operações de Câmbio relativas a:

a) importação de mercadorias embarcadas no exterior anteriormente a 22-4-80.»

Ora, a contrário senso sobre as mercadorias embarcadas posteriormente àquela data (22-4-80), e ainda no curso de 1980, pode ser exigido o imposto, conforme se infere do referido dispositivo. Esse entendimento também deflui da Seção 2 da mesma Resolução, no seu conjunto.

Além disso, merece sobrelevar que a União, juntamente com a direção do Banco Nacional requereram suspensão das medidas liminares concedidas em Primeira Instância (Suspensão de Segurança nº 5.299-RJ). E o Senhor Ministro Presidente desta Corte deferiu o pedido, a fim de suspender a execução da liminar.

Se havia dúvida da caracterização do justo receio, essa dúvida ficou afastada com o pedido de suspensão de segurança.

Idoneidade da ação mandamental

O art. 5º, da Lei nº 1.533/51, reza que:

«Não se dará Mandado de Segurança quando se tratar:

I — de ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução».

No caso, não houve nem processo administrativo, porque a impetrante preferiu, de logo, ingressar com o remédio judicial. E é possível. Se não há processo, não há falar em recurso administrativo, por isso que não é aplicável a regra acima transcrita, invocada pela autoridade impetrada.

Por outro lado, se a autoridade detém o poder de exigir o recolhimento do imposto, pode também deixar de cobrá-lo, diante de uma possível decisão judicial neste sentido.

Legitimidade processual *ad causam* da impetrante

A douta SGR sagazmente levantou a preliminar, em desfavor da impetrante, da falta de legitimidade de agir. Fê-lo aos seguintes argumentos: a impetrante está na categoria de contribuinte de fato e somente o contribuinte de *jure* — no caso, a instituição financeira operadora — integra a relação jurídico-tributária contribuinte/Estado. E aduziu mais que sendo a impetrante contribuinte de fato ação direta não tem ela contra o Fisco (invocando os escólios de Geraldo Ataliba, Cléber Giardino, Alfredo Augusto Becker, Amílcar Falcão e Rubens Gomes de Souza), e os direitos que supõe ter e que alega violados haveriam de ser discutidos em campo próprio, compatível com a natureza estritamente privada da relação jurídica existente entre elas (impetrante) e o contribuinte de *jure*.

Concordo que a relação jurídico-tributária instala-se entre o contribuinte de *jure* e o Estado. É uma relação que opera no campo do direito material. Mas o direito de pretensão, de ordem pública, decorre de uma relação entre o administrado e o Estado, este como detentor do monopólio jurisdicional. A impetrante, como pessoa, tem o direito de pedir ao Estado-juiz uma prestação jurisdicional. Para o exercício desse direito basta que a suplicante demonstre interesse e legitimidade.

No caso, é inegável que existe interesse da impetrante, posto que ela, como contribuinte de fato, suporta a carga tributária e é legítimo e moral que se rebele contra uma exigência tributária que se lhe pareça injusta. Dispensio outras considerações para desacolher as preliminares.

Por todo o exposto, afasto as preliminares.

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Ultrapassadas as preliminares, cumpre-nos apreciar o mérito.

Trata-se de Apelação em Mandado de Segurança preventivo, visando a afastar, no exercício de 1980, a exigência do Imposto Sobre Operações de Câmbio, previsto no Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, sob a invocação do princípio da anterioridade.

Defende o Banco Central, secundado pela Subprocuradoria-Geral da República, que ao IOF não se aplica o princípio da anterioridade, por isso entende legítima a exigência imediata do referido imposto, isto é, a sua cobrança no mesmo exercício em que for criado ou aumentado. Defende mais a legalidade do referido Decreto-Lei nº 1.783, com base no art. 55, II, da Carta vigente, e art. 65 do CTN.

Discutem-se, portanto, dois princípios fundamentais: o da legalidade e o da anterioridade.

Do princípio da legalidade

Devo analisar o princípio da legalidade, tão-somente no aspecto respeitante à alteração, por ato do Poder Executivo, de alíquotas ou bases de cálculo do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e Sobre Operações relativas a Título e Valores Mobiliários.

A Constituição Imperial de 1824 já encerrava, no conteúdo dos artigos 171 e 172, a obediência ao princípio da legalidade, bem assim ao da anterioridade. Ambos os princípios foram mencionados pelas Constituições republicanas: de 1934, art. 17, VII; de 1946, art. 141, § 34; de 1967, art. 150, § 29; e EC nº 1/69, com a redação do art. 153, § 29, da Carta vigente. Obviamente, não me refiro ao instrumento constitucional de 1937.

Na Constituição de 1946, todos os tributos estavam sujeitos ao princípio da legalidade. Mas a Emenda nº 18/65, alterando o sistema tributário, restringiu a aplicação deste princípio. Com base nessa emenda, dispôs a Lei nº 5.172/66 (Cód. Tributário Nacional), no seu art. 9º I:

«Art. 9º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — instituir ou majorar tributo sem que a lei o estabeleça ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26, e 65;»

Na Constituição atual, o princípio está contemplado na proposição do art. 153, § 29, *verbis*

«Art. 153. (omissis)

§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

A legalidade do ato do Poder Executivo depende de competência constitucional. Vejo que, no caso, o art. 21 da Constituição não autoriza ao Presidente da República alterar as alíquotas ou bases de cálculo do IOF. Fora das exceções previstas no art. 21, incisos I, II e V, *in fine*, § 2º, I, creio que somente no caso de instituição de tributos extraordinários pode o Poder Executivo usar da faculdade acima mencionada.

Tenho entendido, com reservas, que o CTN é lei complementar. Isso, porém, não implica que o Poder Executivo pode alterar as alíquotas do IOF, especificamente falando. É certo que o art. 65, c.c. o art. 9º, I, do CTN, parece autorizar. Ocorre que a Constituição vigente, ao autorizar o Poder Executivo alterar alíquotas ou bases de cálculo, o fez especificando os casos sobre que recaía a autorização, regulando a matéria de modo diverso.

Princípio da anterioridade.

Quanto ao princípio da anterioridade, a sorte é a mesma. As exceções, conforme o art. 153, § 29 antes transcrito, dirigem-se somente a:

- tarifa alfandegária e de transportes;
- IPI;
- impostos por motivos de guerra;
- outros, previstos em lei complementar.

Também, no que diz respeito ao princípio da anterioridade, a CF tratou de modo diverso do sistema maior. A libertação desse princípio há de estar prevista na Constituição, ou, expressamente, em lei complementar. O art. 65 do CTN não trata do princípio da anterioridade e o art. 9º, I, não tem força para excluí-lo, com relação ao IOF, se não somente o imposto sobre o patrimônio e a renda estaria livre do princípio em comento.

O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, está previsto no art. 21, inciso VI, da CF. Genericamente, tratou dele os artigos 63 a 67 do CTN e foi instituído pela Lei nº 5.143/66.

O Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, dispôs sobre o referido imposto nos seguintes termos:

«Art. 1º O imposto incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas:

I — empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez;

II — seguros de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho; 2% sobre o valor dos prêmios pagos;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: 4% sobre o valor dos prêmios pagos;

IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;

V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação.»

A rigor, o mencionado decreto-lei não criou, estrito senso, o IOF. Redefiniu-lhe — digo eu — as bases de cálculo e majorou as alíquotas. Foi editado sob a invocação do art. 55, II, da CF. Ocorrê que esse dispositivo não pode ser usado abusivamente, maltratando os princípios que a Constituição adota, anulando-lhes a eficácia.

O Poder Executivo conquistou, como fenômeno de pós-guerra, uma razoável parcela da função legislativa. Isso é irrecusável. Tal fenômeno faz desaparecer a concepção estreita da doutrina da separação dos poderes, professada por Montesquieu. Não obstante, é mister pôr cobro ao exercício desmedido dessa faculdade, em obséquio a harmonia dos Poderes.

Fosse o caso de somente manter a sentença de Primeira Instância, não haveria necessidade de afetar a competência ao Plenário da Corte. Vou mais além, face o meu compromisso de Juiz, no sentido de defender a Constituição e zelar pelo seu fiel cumprimento.

Conclusões:

a) em obséquio ao princípio constitucional da legalidade (CF, art. 153, § 2º), o Poder Executivo não poderá alterar alíquotas ou bases de cálculo de tributos fora dos casos previstos na Constituição ou por ela autorizado;

b) o art. 65, porque prevê o imposto sobre operações financeiras, não tratou de excluir o princípio da anterioridade, de que cuida o art. 153, § 29, da Constituição;

c) os princípios da legalidade e da anterioridade estão inseridos no elenco dos direitos e garantias individuais, por isso as exceções, para atender a casos excepcionais, devem vir expressamente previstas.

Entendo, finalmente, que o art. 65 da Lei nº 5.172/66 (Cód. Tributário Nacional) vai além da Constituição Federal, por isso com ela é incompatível, razão por que submeto a eg. Turma a proposição de afetar ao Pleno a competência para decidir sobre o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela douta SGR e que também o faço. Não somente reconheço que o princípio da anterioridade se aplica ao IOF como também entendo que o Decreto-Lei nº 1.783/80 padece da eiva de inconstitucionalidade, já que a Constituição não autoriza a alteração de alíquotas ou bases de cálculo do IOF por ato do Poder Executivo. Sendo assim, estão em discussão os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade.

Proponho, pois, — repito — a remessa dos autos ao Plenário, na forma regimental (artigos 17, 33, X, e 176).

É o voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JUSTINO RIBEIRO: I — Preliminares

1. Uma das preliminares, a de ilegitimidade passiva *ad causam* do Banco Central (ou de seus agentes) é infundada porque, tanto a Resolução nº 610, de 18-4-80, como a Circular nº 523, de 23-4-80, nas quais está a determinação de cobrança do imposto nesse mesmo exercício (e não no Decreto-Lei nº 1.783, de 22-4-80), partiram do Banco. Ora, circular é ato ordinário.

«Circulares são ordens escritas, de caráter uniforme, expedidas a determinados funcionários ou a agentes administrativos incumbidos de certo serviço.» (Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 2ª ed., pág. 191).

Logo, as empresas incumbidas de arrecadar o imposto (as autorizadas a operar em câmbio), para as quais o Banco quer transferir a responsabilidade, são meras executoras da ordem.

Essas empresas eram, pela Lei nº 5.143/66, contribuintes dos impostos do tipo, mas pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, são agentes arrecadadores, ou contribuintes substitutos como também se diz. São agentes executivos do Banco. Não podem descumprir sua ordem, a menos que prefiram receber as severas penas da referida Lei nº 5.143. Então, elas não podem corrigir a suposta ilegalidade. E, se não podem, não são autoridades coatoras. Autoridade coatora é quem ordena o ato.

Diz o colendo Supremo Tribunal Federal:

«... autoridade coatora, para efeito de Mandado de Segurança, é a que ordena o ato considerado ilegal ou arbitrário e não o mero executor da ordem.» (MS 9.064, in *DJ* de 20-11-61, pág. 2587).

E diz a doutrina:

«Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada.» (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 568).

2. A outra preliminar, a de ilegitimidade ativa, também *ad causam*, ou carência de ação por parte das impetrantes, também não procede. Esta preliminar se apoiaria no fato de que as empresas que operam em câmbio é que seriam contribuintes, porque elas é que têm de recolher o imposto ao Banco. Já vimos que assim era pela Lei nº 5.143/66. Não o é mais. Pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, contribuintes são os compradores de moeda estrangeira (art. 2º); aquelas empresas são agentes arrecadadores (art. 3º, item III).

Mas ainda que contribuintes continuassem tais empresas, elas teriam o direito de descarregar o imposto nas impetrantes, que seriam contribuintes de fato. Então, como bem assinalou em memorial uma das impetrantes (AMS 91.322), elas se legitimariam à impetração com amparo no art. 3º da Lei nº 1.533/51, *in verbis*:

«O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idêntica, de terceiro, poderá impetrar Mandado de Segurança a favor do direito originário, se o titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.»

II — Mérito

O fundamento da impetração é que seria inconstitucional a cobrança do imposto sobre operações de câmbio em 1980, porque ele foi instituído ou criado pelo Decreto-Lei nº 1.783 desse ano e a Constituição Federal, no seu art. 153, § 29, consagra o princípio da anterioridade da lei ao exercício, princípio esse que substituiu o da prévia autorização orçamentária, o que reza, na redação da Emenda nº 8, de 1977:

«§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

3. A defesa do Banco, totalmente subscrita pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, procura estribar-se nos seguintes pontos cardiais (formando espécie de sorites):

a) o princípio constitucional ressalva da proibição o imposto especialmente previsto em lei complementar;

b) o CTN é lei complementar (segundo jurisprudência aceita);

c) esse Código, em seu art. 9º, repetindo de certo modo o princípio constitucional, veda a instituição ou majoração de tributo sem que a lei o estabeleça mas ressalva, quanto à majoração, o disposto em seus arts. 21, 26 e 65;

d) este art. 65, combinado com o art. 63, item II, do mesmo Código, em pleno vigor, já teriam instituído o imposto sobre operações de câmbio e permitido que o Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, lhe alterasse a alíquota ou base do cálculo;

e) este art. 65 estaria em vigor porque inspirado no art. 14, § 1º, da Emenda Constitucional nº 18/65, cuja orientação foi mantida pelo texto original da Constituição de 1967 (art. 22, § 2º), de tal sorte que, embora não repetida pela Emenda Constitucional nº 1/69, a regra do Código, ao invés de revogada, teria ficado apenas com a eficácia suspensa, segundo doutrina que sustenta só ser revogável uma lei por outra de igual hierarquia;

f) suspensa deste modo a eficácia do art. 65 do CTN durante o texto primitivo da Emenda Constitucional de 1969, ela teria voltado a atuar com a superveniência da Emenda Constitucional nº 8/77, inicialmente apontada, tudo de acordo com a teoria da recepção, defendida por Kelsen, teoria segundo a qual as normas antigas são recebidas pela nova Constituição sempre que não sejam com esta incompatíveis;

g) portanto, o Decreto-Lei nº 1.783/80, que trata de matéria financeira e portanto se ajusta perfeitamente à competência do Executivo para expedir-lo (art. 55 da Constituição) e foi expedido no bojo doutras medidas tendentes a uma estratégia de combate gradual da pressão inflacionária pelo arrefecimento da demanda de bens e serviços, de modo a evitar a aceleração dos preços e al-

cançar o equilíbrio da balança comercial (como o aumento da alíquota do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, a instituição do empréstimo-compulsório sobre rendimentos não tributáveis etc.), ao elevar e ampliar o campo de aplicação do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), não teria ferido ou desrespeitado os cânones constitucionais.

4. Isto posto, e desprezando desde logo todas as questões de política monetária e fiscal sobre as quais disserta longamente o Banco Central, para ficar somente no plano jurídico, a que se restringe a atividade do Judiciário pelo menos até ao nível deste egrégio Tribunal, pode-se dizer que a defesa do Banco se resume, no mérito, a três pontos básicos, a saber:

a) o CTN é lei complementar;

b) o imposto sobre operação de câmbio, contra o qual se insurgem os impetrantes, já estava instituído em seu art. 63, item II, e a permissão para alterar sua alíquota ou a base de cálculo era prevista no art. 65 desse mesmo Código, ora recebido pelo novo texto do art. 153, § 29, da Constituição;

c) portanto, nenhuma inconstitucionalidade na cobrança do citado imposto no mesmo exercício de vigência do Decreto-Lei nº 1.783/80, que apenas teria elevado ou ampliado sua alíquota ou base de cálculo.

5. Não discuto a natureza de lei complementar do CTN, conquanto não faltem elementos seguros de lógica jurídica para tanto. Não discuto para não alongar inutilmente a discussão e também porque, no momento, a receptividade psicológica para uma discussão dessas é nenhuma, desde quando as próprias impetrantes se coformam com a jurisprudência assente sobre o tema.

6. No tocante, porém, às demais premissas da sorite inteligentemente armada pela defesa do Banco, tenho-as todas por falsas, *data maxima venia*. Em primeiro lugar, o CTN não instituiu o Imposto sobre Operações de Câmbio e, logo, também não podia prever sua majoração, como exige o art. 153, § 29. É sabido, com efeito, que a instituição ou criação de um imposto pressupõe:

a) estabelecimento de seu fato gerador ou hipótese de incidência;

b) a indicação do sujeito passivo, ou contribuinte; e

c) a fixação da alíquota e da base de cálculo.

Esses parâmetros estão no próprio art. 97 do CTN (itens III e IV). Ora, o art. 63, II, do CTN traça normas gerais para a instituição do imposto sobre operações de câmbio mas não o institui, pois não aponta o contribuinte nem fixa alíquota. O Decreto-Lei nº 1.783/80 foi que definiu o contribuinte e fixou a alíquota, do mesmo modo como fez a Lei nº 5.143/66 e normas posteriores sobre os demais impostos compreendidos na chave Operações Financeiras de que trata o mesmo art. 63. Portanto, este imposto só foi criado, ou instituído, pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, que, aliás, se manteve fiel a seus limites constitucionais não mandando cobrá-lo em 1980. A Resolução nº 610 e a Circular nº 523, do Banco, foi que mandaram fazer essa cobrança, a meu ver desrespeitando o cânone constitucional. Aliás, o argumento do Banco prova em demasia, pois, se fosse somente para alterar a alíquota ou a base de cálculo de imposto existente e para se atribuir matéria o poder regulamentar e até reduziu de 15 para 10% a alíquota a partir de 1-9-80 (Resolução nº 610, item I, letra c), poderia fazê-lo.

Em segundo lugar, não aceito a vigência do art. 65, que, em todo caso, se estivesse em vigor, autorizaria, tão-só, a alteração da alíquota ou da base de cálculo de impostos já existentes, não desse que foi instituído agora. Mas, em verdade, se a esse dispositivo faltou o lastro constitucional na vigência da Emenda Constitucional de 1969, como aceita o próprio Banco, ele se tornou insubsistente por invalidação. O Banco sustenta o contrário com apoio na teoria, sustentada pelo Prof. Geraldo Ataliba, de que uma norma só se revoga por outra de igual hierarquia, de tal modo que a Constituição, por ser

de maior hierarquia, não revogaria a lei complementar. Esta permaneceria vigente, apensas com a eficácia suspensa, para depois voltar a atuar, em sobrevivendo nova Constituição com ela compatível, no caso, o novo texto do art. 153, § 29, resultante da Emenda de abril de 1977.

Ora, o próprio Prof. Geraldo Ataliba, em memorial aqui distribuído (AMS 91.322), esclarece que a teoria não é válida para a Constituição. Ao contrário, aponta autores como Pontes de Miranda, que sustentam o desaparecimento das normas de direito comum incompatíveis com a Constituição editada. O próprio Hans Kelsen, contraditoriamente citado pelo Banco, através de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito da recepção do direito anterior pela constituição nova, é pela invalidade e não apenas suspensão de eficácia das normas incompatíveis com o direito constitucional sobrevivendo. Tanto assim que o insigne Mestre das Universidades de Viena e de Colônia considerava leis novas as que a Constituição nova recebia. Eis o que ele disse, no próprio trecho contido na citação do Banco:

«As leis que, segundo a linguagem corrente, inexistem, continuam a ser válidas, são de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com as velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade ...».

Ora, se as leis compatíveis com a nova Constituição renascem, tornam-se leis novas, que acontecem com as incompatíveis? Evidentemente, e a fortiori, morrem para não mais renascerem. Este é o verdadeiro sentido da teoria do insigne mestre desaparecido na década passada. A Constituição nova recebe, fazendo-as novas, as leis anteriores com ela compatíveis, ao mesmo tempo em que varre do mundo jurídico as demais. Não há falar em simples suspensão de eficácia, deixando caminho aberto para que futura Constituição lhes venha infundir nova vida. Essa espécie de hibernação de leis, monstruosidade filosófica, *data venia*, que faria do progresso dos povos um permanente risco de volta ao passado, não poderia sair do cérebro daquele que tanto se esforçou pelo estabelecimento de uma teoria pura do direito. Portanto, leis que não encontram guarida na nova Constituição quedam invalidadas, morrem, são varridas do mundo jurídico e não mais renascem senão por nova manifestação do competente órgão legislativo.

Logo, se o art. 65 era incompatível com a Emenda nº 1, de 1969, como diz o próprio Banco invocando a autoridade de Aliomar Baleeiro, não há falar em simples suspensão de eficácia que se restabeleceria com a Emenda nº 8. Ele deixou de existir, senão por revogação — quer revogar é retirar a *voxe* (Pontes de Miranda), e, dentro do rigor lógico, só pode ser feito pelo mesmo órgão que a emitiu — certamente por invalidação ou supressão de todo o mundo jurídico varrido pela Constituição, por não ser com ela compatível. E o que foi invalidado ou supresso não existe, não é. E não pode ser recebido por outra Constituição superveniente, porque não se recebe o que não existe.

7. Reitero, porém, que, suposto vigente esse preceito do CTN, ele só autorizaria a alteração da alíquota e (ou) da base de cálculo de imposto existente, o que, como se viu, não é o caso do Imposto sobre Operações de Câmbio.

8. Concluo, ante o exposto, que a cobrança estabelecida na Resolução nº 610 e na Circular nº 523, para 1980, carece de suporte constitucional. Ela não encontra base nem mesmo no Decreto-Lei nº 1.783/80, que pretendeu regulamentar, e que nada contém a respeito. Não vejo, pois, inconstitucionalidade neste decreto-lei, cuja vigência em 80 remetia a cobrança do imposto para 81, conforme claramente determina a Constituição. Inconstitucionais são aqueles atos do Banco.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, dos aproximadamente 1.400 (mil e quatrocentos) Mandados de Segurança sobre a matéria que deram entrada

neste Tribunal, tenho a dizer que recebi, por distribuição, uma boa parte. Procedi a um estudo antecipado do problema, mormente depois de advertido sobre fato de que o eminente Ministro Relator já havia apresentado a questão à sua ilustrada Turma.

Estou certo de que o eminente Ministro Relator demonstrou, no voto proferido na oportunidade do julgamento da apelação, ora reproduzido, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80, por afrontar os princípios da legalidade e da anterioridade, consagrados nos §§ 2º e 29 do art. 153 da Constituição Federal, visto como essa última norma desautoriza a majoração de alíquotas ou bases de cálculo de tributos, em cada exercício, «sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro». Observe-se que as ressalvas feitas no respectivo texto não incluem o Imposto sobre Operações Financeiras entre aqueles tributos expressamente nele nominados.

A invocação feita nas informações prestadas pela autoridade coatora e encampadas pelo Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que, em se tratando do IOF estaria implicitamente afastada a sujeição ao princípio da anterioridade da lei, não me impressiona. Em primeiro lugar, porque o art. 21, inc. VI, e § 4º, não autoriza tal interpretação extensiva. Em segundo lugar, de vez que o CTN quer no inc. I do art. 9º, quer nos artigos 21, 26 e 65, aos quais aquela regra remete, não excetua, nem poderiam fazê-lo, a norma constitucional soberana instituidora do princípio da reserva legal. Note-se que os artigos 21 e 26 da Lei nº 5.172/66 cuidam, especificamente, dos impostos sobre o Comércio Exterior e sobre a Exportação, e o artigo 65, integrante da Seção IV do Capítulo IV, pertinente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Título e Valores Mobiliários, está revogado, pois a autorização nele contida foi omitida na Emenda Constitucional nº 1 /69. Contudo, ainda que vigorasse, inexistia na sua redação qualquer referência ao afastamento do postulado da anterioridade e, ainda que houvesse, padeceria da eiva de inconstitucionalidade.

No dizer do ilustre Advogado do Banco Central do Brasil, a norma permissiva da majoração do tributo em causa, dentro do mesmo exercício financeiro, estaria em vigor. Apenas a sua eficácia teria sido afetada.

Data venia, se a regra jurídica vigora mas não é eficaz, não poderia ser aplicada, porquanto a Emenda Constitucional nº 8 não a repristinou, nem quanto à vigência, nem quanto à eficácia.

Não concedo norma jurídica em vigor, sem eficácia. E a recíproca resultaria em resultado absurdo.

Inexiste no sistema jurídico brasileiro o instituto da repristinação, como preleciona Hélio Tornaghi, em sua clássica obra «Instituições de Direito Processual Penal». (§ 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A propósito, ressaltou o MM. Juiz Federal, Doutor Homar Cais, em sentença prolatada em Mandado de Segurança similar, datada de 2-9-1980:

«À vista de tais pressupostos a outra conclusão se não poderá chegar que a de que as disposições contidas nos artigos 9º, II, e 65, do Código Tributário Nacional, revogadas por incompatíveis com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não recobriram a vigência com o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, que deu nova redação ao art. 153, § 29, da Constituição Federal.

E se se encontram revogadas, não podem servir de suporte à edição de decreto-lei criador de tributo para vigor no próprio exercício, com expressa violação ao princípio da anualidade.

Acresça-se, por final, que ainda que se admitisse aplicável o disposto no art. 65, do CTN, bem verdade é que o que se fez não foi «alterar alíquotas ou as bases de cálculo do imposto». Altera-se para mais ou para menos, o que existe. O que se fez foi pura e simplesmente instituir tributo para ter vigência a partir da data da publicação do Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de

1980, fato ocorrido aos 22 daquele mês e ano, ou seja, no mesmo exercício, o que só seria admissível, como se viu, se preexistisse lei complementar autorizando tal proceder.»

Tenho, assim, consideradas estas ponderações, como bem solucionadas, no voto do eminente Ministro Relator, todas as questões postas ao exame deste egrégio Tribunal, quanto à rejeição das preliminares argüidas na peça informativa e nas razões expendidas pela douta Suprocuradoria-Geral da República, e, igualmente, no que concerne ao mérito do problema jurídico insito nas peças dos autos.

Devo ressaltar, finalmente, em atenção ao voto do eminente Ministro Justino Ribeiro, que o último artigo do malsinado diploma legal estabelece textualmente: «Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação».

Portanto, concluo, com S. Exa., pela inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80.

É o meu voto.

VOTO VISTA

I

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Versa a espécie sobre o incidente de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que «dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários», suscitado pela Egrégia 5ª Turma.

Pedi vista destes autos, após os votos dos eminentes Ministros Pedro Acioli, Relator, e Américo Luz, concluindo pela inconstitucionalidade daquele decreto-lei, e do ilustrado Ministro Justino Ribeiro, que não diviso inconstitucionalidade no citado diploma legal, mas tão-somente na Resolução nº 610 e na Circular nº 523, ambas do Banco Central, atos esses que lhe deram execução.

II

Consiste, em síntese, a controvérsia, deduzida não apenas nestes autos, mas em centenas de processos em curso nesta Corte, em saber:

a) se, à vista do princípio da legalidade, é possível criar tributo através de decreto-lei.

b) se o IOF pode ser instituído ou ter as suas alíquotas alteradas no próprio exercício financeiro em que foi editado o texto legal determinador daquelas providências.

III

No tocante ao princípio da legalidade, sustentam alguns que a Constituição não admite possa o tributo ser instituído ou aumentado por decreto-lei, exigindo, para esse fim, a edição de lei ordinária. Nesse sentido, atribuem significação restrita à palavra lei, mencionada no art. 19, inciso I, e 153, § 29, da Constituição.

Afigura-se-me, contudo, que a questão perdeu substância diante da expressa disposição constante do art. 55, inciso II, da Constituição, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 1/69, ao preceituar que o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias. De acentuar-se, quanto aos requisitos de urgência e interesse público relevante, que a criação ou alteração de tributos reveste-se sempre «de caráter político e está entregue

ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso» (RE 62.789, RTJ 44/53), escapando aqueles pressupostos ao controle do Poder Judiciário (RE 74.096-SP, RTJ 62/819).

O Dr. Sebastião de Oliveira Lima, em sua excelente monografia sobre o «O Fato Gerador do Imposto de Importação na Legislação Brasileira» (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1981) deu-se ao trabalho de demonstrar, com inteira razão, que a doutrina e a jurisprudência dominante são no sentido de que possa o decreto-lei instituir ou aumentar tributos (págs. 31 e 32).

Tal tese, embora aceita pelo ilustre Relator, é restringida no tocante ao IOF. Argumenta S. Exa.:

«É que, se bem aceito que o Poder Executivo possa criar imposto através de decreto-lei, como parece ser o entendimento da jurisprudência, não me parece constitucional possa o Senhor Presidente da República criar especialmente imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Ora, se sua Excelência, que representa o Poder Executivo, não pode alterar as alíquotas ou as bases de cálculos do prefalado imposto não pode criá-lo, pois quem não o menos tampouco pode o mais.»

Com a devida vênia, tal argumento não procede. Com efeito, o que veda a Constituição é que possa o Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar, unilateralmente, as alíquotas e bases de cálculo do IOF, à semelhança do que ocorre com os impostos de exportação e de importação, ou seja, sem pronunciamento do Congresso Nacional.

Assim, o imposto de exportação, observados aqueles limites e condições legais, pode ter alteradas a sua base de cálculo ou alíquota pelo Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional (Decreto-Lei nº 1.578, de 11-10-77, arts. 2º e 3º), bem como o imposto de importação, através de resolução do Conselho de Política Aduaneira (Decreto-Lei nº 1.111, de 10-7-70, arts. 1º, 4º, 6º, 7º; Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, art. 5º; Decreto-Lei nº 730/69, art. 4º). Tal faculdade, até a edição da EC nº 1/69, era conferida ao Poder Executivo, quanto ao IOF, que, também, podia ter as alíquotas e bases de cálculo modificadas pelo Conselho Monetário Nacional (EC 18, art. 14, § 1º, CF/67, art. 22, § 2º; Lei nº 5.143, de 20-10-66, art. 10). Isso, porém, não significa que o Poder Executivo não possa, através de decreto-lei, submetido ao crivo do Congresso Nacional, instituir ou alterar a alíquota ou base de cálculo de qualquer tributo, em face da autorização expressa constante do art. 55, inciso II, do vigente texto constitucional, antes referido.

IV

Afastada, pois, a inconstitucionalidade do Decreto-lei, diante do princípio da legalidade do tributo, impõe-se examiná-la à vista do princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro da sua cobrança.

Nesse ponto, argumenta o ilustre Ministro Justino Ribeiro que inconstitucionais seriam a Resolução nº 610 e a Circular nº 523, que determinaram a cobrança do imposto no exercício de 1980, e não o malsinado decreto-lei. Diz sua Excelência:

«Concluo, ante o exposto, que a cobrança estabelecida na Resolução nº 610 e na Circular nº 523, para 1980, carece de suporte constitucional. Ela não encontra base nem mesmo no Decreto-Lei nº 1.783/80, que pretendeu regulamentar, e que nada contém a respeito. Não vejo, pois, inconstitucionalidade neste decreto-lei, cuja vigência em 80 remetia a cobrança do imposto para 81, conforme claramente determina a Constituição. Inconstitucionais são aqueles atos do Banco».

Embora revestida de argúcia, essa solução, a meu ver, não pode ser aceita. Com efeito, o Decreto-Lei nº 1.783/80 não remeteu a cobrança do imposto para o exercício seguinte, dispondo, ao contrário, expressamente no seu art. 4º:

«Este decreto-lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogados art. 2º do Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, e as disposições em contrário».

Publicado no *Diário Oficial* de 22-4-80, aquele diploma entrou em vigor imediatamente, por não prever qualquer período de *vacatio legis*. Daí que, a prevalecer aquele dispositivo, há de ter-se como permitida a cobrança do imposto no próprio exercício em que foi baixado aquele decreto-lei, objetivando os invocados atos do Banco tão-somente a lhe dar execução.

V

Cumpra, porém, examinar se o imposto questionado, que, através daquele ato legislativo, não apenas foi instituído, no tocante às operações de câmbio e a títulos e valores mobiliários, mas que, também, teve as suas alíquotas aumentadas, quanto às operações de crédito e de seguro, está, ou não, sujeito ao princípio da anterioridade da lei.

Invocando o fenômeno da recepção, tão bem desenvolvido pelo insigne Mestre de Viena, sustenta o Banco Central que a eficácia dos arts. 10 da Lei nº 5.143/66 e 65 do CTN teria sido restabelecida, com a edição da EC nº 8/77, que, ao dar nova redação ao § 29 do art. 153 da Carta Magna, permitiu que a lei complementar retirasse outros tributos, não expressamente indicados naquele texto, da sujeição ao princípio da anterioridade. Aduz, em síntese, que incompatibilidade superveniente com lei de hierarquia superior não se confunde com revogação, pois esta só se dá através de lei da mesma hierarquia. Daí concluir que não há confundir revogação com incompatibilidade: a revogação apaga a vigência da lei para o futuro, enquanto que a incompatibilidade suspende-lhe a eficácia. Por isso, desaparecida a eficácia, a norma inferior pode ressurgir.

Contudo, não dou o meu apoio a essa colocação, seja porque não se conforma com aquela corrente doutrinária, que adoto, no sentido de que a revogação de lei se dá por outra de igual ou superior hierarquia, seja porque, segundo pacífico entendimento do Excelso Pretório, a lei ordinária que entra em choque com preceito constitucional superveniente não se torna eivada de inconstitucionalidade, mas apenas tem cessada a sua vigência por revogação. Nesse sentido, é expressivo este trecho da ementa, que encima a Representação nº 1.016-SP, julgada pelo Pleno em 20-9-79, Relator, o eminente Ministro Moreira Alves (RTJ 95/993):

«Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente não há que se cogitar — como tem entendido o STF — de inconstitucionalidade, mas sim (e se for o caso), de revogação, matéria estranha à representação de inconstitucionalidade.»

Nessa mesma linha, decidiu aquele egrégio Plenário, em 21-5-81, ao julgar a Representação nº 969-DF, segundo se depreende deste texto da ementa do acórdão então proferido, relatado pelo Sr. Ministro Antônio Neder (*DJ* 26-6-81);

«O § 1º, do art. 75, da Lei nº 1.341, de 30-1-51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e o § 1º, do art. 27, da Lei nº 4.737, de 15-7-65 (Código Eleitoral) estão revogados pelo art. 125 da Constituição de 1946, que lhes é posterior. Portanto, não podem ser considerados inconstitucionais, nem por contrariarem a citada norma constitucional, nem por contrariar o art. 94 da Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69».

No entanto, o fato de se acharem revogados aqueles preceitos, isto é, o art. 10 da Lei nº 5.143/66 e o art. 65 do CTN, não implica, por si só, em excluir o IOF das ressalvas relativas ao princípio da anterioridade da lei. Com efeito, adstringem-se aquelas

normas, repetindo o texto constitucional, em retirar o tributo da submissão ao princípio da legalidade estrita, não dizendo respeito à regra da anterioridade da lei. Conforme disse, a alteração constitucional veio apenas afetar o princípio da legalidade no atinente ao questionado imposto: enquanto, antes das normas constitucionais vigentes, a sua alíquota ou base de cálculo podia ser alterada por meio de atos do Poder Executivo, deixando-o a salvo do princípio da legalidade estrita, isso, hoje, não mais ocorre. Agora, o imposto só pode ser alterado por ato legislativo, sujeito à apreciação do Congresso Nacional (lei, decreto-lei ou lei delegada).

VI

Com essa observação, que se me afigura fundamental, passo a examinar a questão sobre se o IOF está, ou não, submetido ao princípio da anterioridade da lei.

No regime da Constituição de 1946, sob cuja égide se criou o IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1-12-63; art. 14, inciso I, e §§ 1º e 2º), prevalecia o princípio da anualidade: nenhum tributo podia ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária. As únicas ressalvas previstas diziam respeito à tarifa aduaneira e ao imposto lançado por motivo de guerra (Constituição de 1946, art. 141, § 34).

A Constituição do 1967 manteve o princípio da anualidade e aquelas duas ressalvas (art. 150, § 29).

Conforme se verifica, até então, o texto constitucional não incluía expressamente nas exceções ao princípio da anualidade o IOF. No entanto, ao que eu saiba, ninguém pôs em dúvida achar-se aquele tributo incluído naquelas ressalvas. Nestes próprios autos, tal entendimento é admitido na inicial (fl. 7) e nas razões de recurso, onde se lê (fl. 129):

«Igualmente não tem qualquer procedência a alegação da autoridade impretada no sentido de que o princípio da anualidade se restringe apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda, como previsto no art. 9º, II, do CTN. Isto porque tal dispositivo encontrava suporte na Emenda Constitucional nº 18 de 1965, completamente alterada, no particular, pela Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Prevalece hoje a regra do § 29 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, com a redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 14-4-77».

Se no regime anterior, o IOF não era expressamente ressalvado, é de indagar-se: como, sempre, se o considerou excluído da regra da anualidade?

A meu ver, a resposta à indagativa está no art. 1º da Emenda Constitucional nº 18/65, cujo texto, incorporado ao 18 da Constituição de 1967, rezava:

«O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual e municipal.»

Por isso mesmo que, sobrevivendo o Código Tributário Nacional, este, segundo resulta dos seus arts. 9º, II, e 104, limitou o princípio da anualidade aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Se se pode questionar a amplitude de tal restrição, isso, contudo, jamais poderá ser com relação ao IOF. Com efeito, aquele tributo é primo-irmão do imposto de exportação: destinam-se ambos à formação de reservas monetárias (EC nº 18/65, arts. 7º, § 2º, e 14, § 2º da Constituição de 1967, art. 21, § 3º; EC 1/69, art. 21, § 4º). Por isso mesmo é que, conforme disse, a inclusão do IOF no regime da legalidade estrita não tem o condão de incluí-lo no princípio da anterioridade, retirando-o do elenco das suas exceções.

VII

Aliás, é de reconhecer-se que, em nossa evolução constitucional, o princípio da anterioridade vem perdendo substância, salvo no tocante aos tributos relativos ao patri-

mônio e à renda. Acredito que isso tem ocorrido para permitir que o Estado se utilize de tributos, revestidos de caráter predominantemente extrafiscal, no sentido de, em face de aspectos conjunturais da economia, tornar eficaz a sua política de crédito, câmbio e comércio exterior. Na verdade, tal atividade estatal é exercitada de modo a atingir fundamentalmente poderosas empresas e grupos econômicos, em prol do interesse de toda a coletividade, alcançando os cidadãos, pela via reflexa, em níveis manifestamente mitigados. Tal proceder se justifica, porque, na verdade, o elenco das garantias individuais, segundo se depreende do art. 153, *caput*, da Constituição, tem, desde a sua origem, o fim primacial de proteger o cidadão, pessoa física. Assim tem ocorrido no curso da história, desde a velha Magna Carta. Com isso, não se quer dizer que aquelas garantias sejam estranhas às pessoas jurídicas. O que se pretende afirmar é que, ao graduá-las, é necessário que se tenha sempre em mente o fim social a que se destina e, sob esse aspecto, o grau de garantia dos cidadãos, razão de ser do próprio Estado, não pode situar-se no mesmo nível dos grandes conglomerados econômicos.

Com essa pequena digressão, passo a demonstrar que o princípio da anterioridade vem perdendo substância nos sucessivos textos constitucionais.

No regime da Constituição de 1946, o princípio da anterioridade era mais abrangente: assumia a feição do princípio da anualidade. Não bastava que a lei do tributo precedesse ao exercício da sua cobrança. Era preciso mais. Torna-se necessário a sua prévia inclusão na lei orçamentária.

Sobreveio a EC nº 7/64, que dispôs em seu artigo único:

«A vigência do parágrafo 34 do artigo 141 da Constituição Federal, na parte em que exige a prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo em cada exercício, fica suspensa até 31 de dezembro de 1964».

A Constituição de 1967 deixou de exigir a prévia inclusão do tributo na lei orçamentária, como condição para a sua cobrança: contentou-se com a anterioridade da lei no tocante ao exercício em que o tributo viesse a ser exigido, situação essa mantida no vigente texto constitucional.

Por outro lado, as exceções, que, inicialmente, só eram expressas quanto à tarifa aduaneira e ao imposto lançado por motivo de guerra (Constituição de 1946, art. 141, § 34), achando-se nelas incluído, implicitamente, a partir da EC 18/65, o IOF, passaram a ser acrescidas de outros tributos: tarifa de transporte, imposto sobre produtos industrializados e demais casos previstos na Constituição (EC 1/69, art. 153, § 29), vindo ainda, a EC 8/77 a explicitar casos «outros especialmente indicados em lei complementar».

Mas se o princípio da anterioridade da lei está a perder substância diante do poder constituinte, o mesmo tem ocorrido, no âmbito do judiciário, na via interpretativa. Nesse sentido, mostra o saudoso Baleeiro, na nota nº 78, constante do pé das páginas 77 a 80, da sua famosa obra «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (Forense 5ª edição, 1977), com a citação de numerosos precedentes jurisprudenciais, que o Excelso Pretório tem admitido a cobrança de certos impostos ou majoração de outros com indulgência ao princípio da anualidade do exercício em que foi decretada, levando em consideração as circunstâncias e a própria destinação do tributo, segundo lembra, com procedência, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Com essa orientação, a última Revista Trimestral de Jurisprudência, que é a de nº 97, traz, à página 648, acórdão do pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 87.705-SP, encimado por esta ementa:

«Art. 153. § 29 da Emenda Constitucional nº 1/69.

Atende-se ao princípio da anualidade do tributo a lei que o majora e declara que entrará em vigor a 1º de janeiro do ano seguinte, ou seja, no início do exercício financeiro ao em que foi promulgada e publicada.

Recurso extraordinário conhecido e provido.»

O ilustre Relator, Ministro Cunha Peixoto, cita em seu voto, como precedentes, os seguintes casos idênticos: REs 85.246, 85.831 e 85.894.

Embora sem aplaudir as restrições ao princípio da anualidade, assinala Baleeiro (opus cit., págs. 22 e 23):

«A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que alterou a estrutura do sistema tributário de 1946 e que vigorou apenas 14 meses, feriu profundamente o princípio da anualidade, aplicando-o apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda, no sentido de que não poderiam ser cobrados com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda, isto é, 1º de janeiro do ano em curso.

Afinal, essa inovação consagrou uma jurisprudência do STF., que dificilmente se conciliaria com a letra e o espírito do art. 141, parágrafo 34, da CF de 1946: — a de que não contrariava esse dispositivo a cobrança do imposto decretado depois da publicação do orçamento, mas antes de 1º de janeiro do ano ao qual este se destinava (Súmula 66).

Na Exposição de Motivos do Projeto relativo à Emenda nº 18, justificou essa alteração o Prof. Otávio G. Bulhões, ministro da Fazenda, com as palavras seguintes:

«Há juristas que consideram como «baluarte tradicional da democracia» a inclusão do imposto no Orçamento, para fins de sua cobrança. Foi o ponto de vista que prevaleceu na CF de 1946.»

«Não creio que essa exigência constitucional venha a criar embaraços ao legislador ordinário para lançar impostos de caráter monetário, desvinculando-os do Orçamento, uma vez que, por natureza, são instrumentos fiscais extra-orçamentários. Todavia, não vejo muita lógica na proposição constitucional de subordinar a exigência tributária à inclusão no Orçamento, embora compreenda que na recomendação do constituinte houvesse o propósito de disciplinar a conduta financeira do administrador, em benefício do País e em respeito ao sacrifício do contribuinte. Mas se a Constituição prevê a possibilidade de aumento de despesas durante a execução orçamentária, é indispensável que admita, também, o aumento da receita de impostos. Se a Constituição pretende garantir o contribuinte contra qualquer acréscimo tributário durante a vigência de um exercício financeiro, deve, igualmente, vedar qualquer possibilidade de aumento de despesas durante esse período. Entretanto, ao permitir o acréscimo de despesas, como realisticamente o fez a Constituição de 1946, e, ao mesmo tempo, adotar terminante proibição de acréscimo de receita tributária, a Constituição imprime à execução orçamentária uma tendência inflacionária, que não pode deixar de ser corrigida.»

VIII

Todos esses aspectos, colhidos na realidade brasileira, permitem afirmar, com segurança, achar-se o IOF fora do princípio da anterioridade da lei, especialmente tendendo em conta o seu aspecto predominantemente extrafiscal, de utilização imperiosa no combate à inflação.

Por isso mesmo é que, não há negar, a Constituição, desde a EC nº 18/65, admite que a lei complementar possa regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, sendo o § 1º do art. 18 da EC nº 1/69 de clareza meridiana:

«Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar».

Assinala-se que o texto transcrito, mais que o art. 1º, *caput*, da EC nº 18/65 e o art. 18, *caput*, da Constituição de 1967, diplomas constitucionais sob cuja égide, como acentuei, ninguém colocou em dúvida achar-se o IOF excluído da regra da anterioridade, é muito mais incisivo do que os precedentes sobre o tema. E o legislador constituinte, ao editá-lo, não desconhecia que havia lei com eficácia complementar regulando a matéria, que estava a restringir, basicamente, o princípio da anterioridade aos tributos sobre o patrimônio e a renda.

Acresce a tal argumento que aquele legislador, preocupado com as exceções ao princípio da anterioridade, não se contentou com a incisiva redação do § 1º do art. 18 da Constituição, com reflexo na legislação complementar. Foi além: no § 29 do seu art. 153 fez questão de incluir nas ressalvas àquela regra «os demais casos previstos na Constituição».

E, dentre esses demais casos, há de encontrar-se o IOF, em razão da sua própria natureza predominantemente extrafiscal, cuja finalidade precípua é a formação de reservas monetárias, providência indispensável ao combate da inflação, cuja utilização há de estar jungida a aspectos conjunturais da economia, que estejam a exigir imediata correção. Saliente-se sob esse ponto, que tal imposto não é administrado pela Secretaria na Receita Federal, mas pelo Banco Central.

IX

Daí ter razão o recorrente, ao assinalar:

«Se a cobrança do tributo majorado ou, mesmo, instituído ficasse a depender do advento do exercício financeiro seguinte, esvaziaria-se totalmente de sentido o instituto das reservas monetárias. Essas reservas, de assento constitucional claro e definido, só têm sentido se o princípio da anterioridade não for aplicado aos impostos com os quais são formadas. Deste modo, embora não esteja expressa, existe uma ressalva implícita ao princípio da anterioridade quanto ao IOF. E a razão é evidente: seria impossível cogitar-se da função regulatória da política monetária — essencial ao IOF —, se o órgão legislativo competente mediante lei, decreto-lei ou lei delegada, não pudesse majorar ou instituir imposto sobre operações financeiras no próprio exercício em que pretende cobrá-lo. Tivesse o formulador da política monetária de esperar o exercício financeiro seguinte para pôr em execução um aumento ou uma incidência nova na área deste imposto, e, ele não serviria aos fins para os quais se propôs: remédio para combater de pronto variações indesejáveis da economia. Em outras palavras, não haveria mais falar no IOF como instrumento de política monetária pela formação de reservas. E sendo essa sua função fundamental, perderia este imposto sua própria razão de ser».

X

De argumentar, por último, que as leis se presumem constitucionais, tanto mais, como no caso, em que o diploma malsinado resulta da conjugação de vontade de dois poderes do Estado: o Executivo e o Legislativo.

Nessa linha de raciocínio, assinala, com percuciência, Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 8ª edição, 1965, pág. 319):

«Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o poder público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.»

Na espécie, segundo resulta da argumentação expendida, há razões sérias em prol da constitucionalidade do diploma legal sob exame, não se achando, pois, a eiva de inconstitucionalidade, de que se o acusa, acima de toda dúvida razoável. Mais prudente, por isso, é concluir pela sua validade.

XI

Em conclusão, afasto a inconstitucionalidade que se procura atribuir ao Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, porque:

- a) O decreto-lei pode instituir ou aumentar tributos;
- b) A EC nº 1/69, ao revogar o art. 65 do CTN e 10 da Lei nº 5.143/66, incluiu o IOF no princípio da legalidade estrita, mas não o excluiu do princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro da sua cobrança;
- c) O IOF, desde a sua criação, sempre esteve a salvo da sujeição ao princípio da anterioridade da lei;
- d) O princípio da anterioridade da lei vem perdendo substância, seja tendo em vista a evolução do próprio sistema constitucional, seja tendo em conta respeitável corrente jurisprudencial da nossa Colenda Suprema Corte;
- e) Considerar o IOF abrangido nas ressalvas à regra da anterioridade é o que mais se ajusta a sua própria razão de ser, dado o seu caráter predominantemente extrafiscal, destinado que é à formação de reservas monetárias;
- f) Tal orientação é a que melhor se ajusta à atual conjuntura econômica, de modo a instrumentar o governo (palavra esta que utilizada para significar um dos elementos que, juntamente, com o povo e o território constituem o Estado) de remédio sério para combater a inflação, que vem atingindo, em especial, as classes menos favorecidas; e
- g) As leis presumem-se constitucionais, só se devendo acoimá-las de inconstitucionais na hipótese, não ocorrida em concreto, da configuração daquela nódoa situar-se acima de toda dúvida razoável.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: *Data venia* do ilustre Ministro Pádua Ribeiro, que fez um voto brilhante, entendo que há inconstitucionalidade. Entendo que, por serem conflitantes com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foram revogadas as disposições contidas nos arts. 9 e 12, de 1965, do Código Tributário Nacional. Elas não recobram a vigência com o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 1967, que deu nova radação ao § 29 do art. 153 da Constituição Federal. Somente uma nova lei, e de uma mesma ou superior hierarquia, poderia restaurar sua vigência, o que não ocorreu. O consagrado princípio, que aliás está estabelecido no § 3º, do art. 2º, do nosso Código Civil, diz:

«A lei revogada não se restaura com a ocorrência da revogação da lei revogadora, salvo disposição em contrário»

Assim, revogadas as disposições referidas, não poderiam servir de alicerce o decreto-lei que determine o início de sua vigência em pleno exercício financeiro, ferindo o princípio da anualidade, que entendo válido, consagrado pela nova lei maior.

Em outros decretos-leis, embora no preâmbulo se houvesse invocado o art. 55, item II, da Constituição Federal, que autoriza o Excelentíssimo Sr. Presidente da República, em casos de urgência e de interesse público relevantes, legislar sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias, respeitando a condição da anualidade, determinouse, pois, que o decreto-lei entrasse em vigor no primeiro dia de exercício fiscal do ano seguinte.

Exemplo: Podemos citar o Decreto-Lei nº 1.961, de 2 de agosto de 1979:

«Altera a legislação do imposto único sobre lubrificantes de combustível líquidos, gasosos, etc»

Diz o preâmbulo:

«O Presidente da República no uso de atribuições que lhe confere o art. 55, item II, da Constituição, decreta: (Ler).

A intenção do legislador foi a de valer-se, infelizmente, ilegalmente da norma do art. 65 do Código Tributário Nacional, para que o tributo em causa viesse a ser cobrado com alíquotas majoradas no próprio exercício, tanto que esse dispositivo revogado, como já disse, vem mencionado no preâmbulo do inconstitucional Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, que diz:

O Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, trata de impostos sobre operações de crédito:

«O Presidente da República, no uso de suas atribuições, tendo em vista o art. 55, item II, da Constituição, e os arts. 63 a 67, inclusive o art. 65, do Código Tributário Nacional, decreta...»

Ainda que o preâmbulo não seja parte integrante da norma, é fator de interesse na sua interpretação. A respeito, diz o renomado e saudoso jurista Carlos Maximiliano:

«O preâmbulo dá uma idéia do estado de coisas que se resolveu mudar, dos males destinados a serem remediados, das vantagens amparadas ou promovidas pela lei nova, ou das dúvidas referidas a dispositivos anteriormente em vigor e removidas pelo texto recente, em evidência as causas da iniciativa parlamentar e o fim da mesma».

Por isso, conquanto não seja parte integrante desta, merece apreço como elemento da exegese; quase sempre traduz o motivo, a orientação, o objetivo da lei em termos concisos, mas explícitos. Todavia, não restringe nem amplia o sentido decorrente das próprias regras positivas, por isso seu valor, embora maior, é inferior ao que se processa aplicado diretamente às disposições. Influi para interpretação e aplicabilidade o lugar em que o trecho está colocado.

Por esse motivo, Sr. Presidente, entendo indiscutível a ilegitimidade da cobrança do imposto sobre operações de câmbio, referente ao exercício de 1980. Face à inconstitucionalidade que assim entendo das disposições legais que as instituíram, peço vênha, portanto, ao ilustre Ministro Pádua Ribeiro e ao ilustre Ministro Justino Ribeiro, para votar, integralmente, acompanhando o ilustre Relator pela inconstitucionalidade do decreto-lei.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Reside a controvérsia afim em saber se, frente ao art. 153, § 29, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 8, de 1977, é constitucional o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, e, no caso positivo, se as alterações ali introduzidas são aplicáveis no exercício em que foi baixado, dúvida que decorre do fato de a Emenda Constitucional nº 1/69 não haver reiterado regra constante da Emenda Constitucional nº 18/65, incluída na Constituição de 1967, admitindo a alteração, pelo Poder Executivo, das alíquotas e da base de cálculo de tal tributo.

Quanto à possibilidade de legislar-se sobre tributos por via de decreto-lei, a jurisprudência se orientou no sentido positivo, o que afasta a procedência da arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80.

Já de relação à cobrança do tributo no mesmo exercício em que foi alterado, ou instituído, a situação é diversa, porque não prevista tal possibilidade na Constituição.

Contra tal entendimento alega-se:

a) que, não tendo o IOF finalidades fiscais e sim econômicas, dever-se-ia entender estar fora do alcance das restrições constitucionais relativas à política em geral;

b) que, de qualquer sorte, a autorização para as alterações contidas no decreto-lei em discussão foi reiterada pela Emenda Constitucional nº 8/77, por via da qual voltara a ter vigor o art. 69 do CTN.

Efetivamente entender-se que o par. 4º, do art. 21, da Constituição, ao prever a possibilidade da destinação da receita do imposto sobre «operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários» à formação de reservas monetárias ou de capital para financiamento do programa de desenvolvimento econômico, permitiu a criação de tributos dispensados de obediência ao princípio da anterioridade, seria ver implícita regra que somente pode ser tida como existente se fixada em norma expressa, como devem ser quaisquer restrições a direitos.

De sua vez não há como considerar-se em vigor a disposição do art. 65 do CTN, desde que a norma ali estabelecida, calçada no § 2º do art. 21 da Constituição de 1967, foi revogada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, quando não repetiu o princípio que lhe servira de suporte, sujeitando o tributo às regras gerais que disciplinam as leis tributárias, e, entre elas, ao princípio de anterioridade.

A tese de que não houvera revogação mas simples ineficácia da norma legal citada, ineficácia que teria sido afastada por disposição posterior constante da Emenda Constitucional nº 8, embora arguta, não é passível de aceitação, pois se uma lei revoga outra quando dispõe contrariamente, com muito maior razão estará revogada a disposição legal à qual contrarie norma constitucional posterior, especialmente se de natureza complementar, que não pode sobreviver sem o principal.

Acolho, assim, a arguição de inconstitucionalidade da arrecadação, em 1980, do IOF, tal como previsto no Decreto-Lei nº 1.783 do mesmo ano.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MOACIR CATUNDA: Ao ensejo da apreciação, pela 5ª Turma, deste incidente de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, por ofensa ao art. 153, § 29, da Constituição, aderi ao voto do eminente relator, sem explicitação de fundamentos, tanto no tocante às preliminares, como no atinente ao mérito.

O Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que dispõe a respeito do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro e sobre operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários, foi baixado pelo Sr. Presidente da República, tendo em vista o art. 55, item II, da Constituição, e os artigos 63 a 67 do Código Tributário Nacional, consoante vai dito no cabeçalho do mesmo — fl. 19.

As preliminares saíram fielmente resumidas pelo eminente relator, nos seguintes itens:

«— ilegitimidade passiva da autoridade requerida;

— ausência de ato a justificar o alegado justo receio, que ensejasse a impetração do **mandamus**;

— descabimento da ação mandamental, a teor do art. 5º, da Lei nº 1.533/51, à conta de que no processo administrativo para cobrança do IOF, da decisão de primeira instância, cabe recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo (Res. nº 619/Seção 9, item 29); e, finalmente;

— ilegitimidade processual *ad causam* da impetrante, argüida pela douta SGR.»

Na oportunidade da vista, tendo meditado demoradamente sobre a matéria, adoto os fundamentos do voto preliminar de S. Exa., sem qualquer restrição, tais como estão expostos nas fls. 179 usque 183 — lê.

No atinente ao mérito, a matéria restringe-se ao exame das duas proposições seguintes: — 1º) se, face ao princípio constitucional da legalidade, é válida a criação de tributo via decreto-lei; e 2º) se, considerado o princípio da anterioridade, o IOF (ou ISOF) pode ser instituído e exigido no próprio exercício financeiro em que foi criado, e, bem assim, se suas alíquotas podem ser alteradas, e exigidas, no dito exercício.

No Tribunal Pleno cindiram-se as opiniões, tendo os Ministros Relator, Américo Luz, Flaquer Scartezini, Armando Rollemberg admitido a inconstitucionalidade, e também, Justino Ribeiro, situando-a, porém, não no Decreto-Lei nº 1.783/80, e, sim, na Resolução nº 610, e na Circular nº 523, ambas do Banco Central, ao passo que o eminente Min. Pádua Ribeiro, em longo voto vista, divergindo, deu pela constitucionalidade do aludido diploma legal, sob os argumentos, em resumo, de que o IOF (melhor dizendo o ISOF), considerada sua tradição, bem como sua função extrafiscal, de instrumento de manipulação de política de crédito, é tributo não submetido ao princípio de anterioridade, improcedendo, portanto, a alegada eiva de inconstitucionalidade.

Posto que me tivesse inclinado pela solução da sentença, sem declaração de voto, quando o assunto foi agitado na Turma, resolvi, considerando sua relevância e a divergência surgida no Pleno, pedir vista dos autos, para melhor exame, concluindo pela improcedência da alegação contida na 1ª proposição, concernente ao vício da ilegalidade, isto com apoio no art. 55, item II, e 41, da Constituição, na redação das Emendas 1/69 e 8/77, pelos quais o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I — omissis; II — finanças públicas; inclusive normas tributárias.

Ora, sendo a criação de tributo matéria compreendida, indubitavelmente, na locação normas tributárias, incerteza fundada não pode existir sobre a competência do Executivo, para instituí-lo por decreto-lei, tanto mais que, consoante o § 1º, do art. 55, publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

No caso, tudo indica que o decreto-lei questionado, publicado com a cláusula de que entrará em vigor na data da sua publicação — art. 4º (*DO*, de 22-4-80), foi aprovado pelo Congresso Nacional, passando, destarte, a traduzir a vontade concordante dos dois Poderes, Executivo e Legislativo, — em ordem a adquirir predicamentos de lei, como quer a Constituição, nos arts. 19, I, e 153, § 2º, para que o tributo seja instituído em termos válidos.

Da minha parte, e com as vênias devidas ao voto do douto Min. Justino Ribeiro, ante os termos taxativos e terminantes do art. 4º, entende que foi baixado para produzir efeitos no mesmo exercício de 1980, e nunca para que o imposto fosse exigido somente no de 1981, não tendo a Resolução nº 610, assim como a Circular nº 523, ambas do Banco Central, exorbitado do seu comando, até porque foram baixadas para executá-lo, no mesmo exercício, em perfeita consonância com a urgência da arrecadação, clamada na exposição de motivos do questionado decreto-lei.

O Tribunal, ao julgar a AMS 77.267-SP — *DJU* de 9-9-77 — pág. 6.111, adotou esse entendimento, e outra não é a orientação do Supremo Tribunal Federal, documentada nos RE 74.096/SP — RTJ 62/819 e 62.789 — RTJ 44/55.

Relativamente à proposição nº 2, tocante à violação do princípio de anterioridade, pressupõe, para ser decidida o exame do art. 65 da Lei nº 5.172, de 25-10-66, Código Tributário Nacional, invocado no cabeçalho do Decreto-Lei nº 1.783/80, a saber se foi revogado pela Emenda Constitucional nº 1/69, — bem como o da alegada repristinação do mesmo, pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

O artigo em causa, inserto na Seção IV — Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários — tem a seguinte redação:

«O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.»

Dito dispositivo teve amparo no § 1º do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 18/65, *in verbis*:

«Art. 14. Compete à União o imposto:

I — sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

II —

§ 1º. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, nos casos do nº 1 deste artigo, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.»

A Constituição de 1967 acolheu, inscrevendo-o no artigo 22, § 2º, assim:

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

.....

VI — operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

.....

§ 2º. É facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se referem os nºs I, II e VI, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou de política monetária.»

A Emenda Constitucional nº 1/69, contudo, não o encampou em seu texto, sendo completamente silente a respeito.

A Emenda Constitucional nº 8/77, que deu ao § 29, do art. 153, da Constituição, nova redação, igualmente não o mencionou, como se verifica do respectivo texto, *verbis*:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

Como se apura do texto transcrito, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários, da competência privativa da União (Constituição, art. 21, item VI e CTN — art. 63), não figura na relação de exceções expressas ao princípio da anualidade, a saber: imposto de importação, tarifas de transportes, impostos sobre produtos industrializados, impostos lançados por motivos de guerra; — nem nos demais casos previstos nesta Constituição, isto é, — imposto de exportação — art. 21, II, *in fine*; — imposto único incidente sobre importação de bens — art. 21, VIII; — contribuições parafiscais — art. 21, § 2º.

De fora parte estes, a Constituição não prevê outros casos de impostos não sujeitos ao princípio da anualidade. — E porque, da data da Emenda Constitucional 8/77, a esta parte, não se editou lei complementar a propósito, sou porque o decreto-lei em causa não se ajusta ao figurino constitucional.

Hugo de Brito Machado, Professor da Universidade de Fortaleza e Juiz Federal do Ceará, no seu precioso «Curso de Direito Tributário», editado em 1979, ao examinar a alteração da redação do § 29, do art. 153, da Constituição, em conjugação com a disciplina do IOF, já perguntava:

«Segundo o CTN, o Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas e as bases de cálculo deste imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária (CTN, art. 65). Essa regra do CTN tinha fundamento no art. 14, § 1º, da Emenda nº 18 à Constituição de 1946, e depois, no art. 22, § 1º, da Constituição de 1967. Não há, todavia, na Emenda nº 1, de 1969, qualquer dispositivo em que se possa fundamentar o art. 65 do CTN.

A Emenda nº 8 de 14 de abril de 1967, alterando o § 29, do art. 153, elasteceu o campo dos chamados tributos flexíveis, ou, em outras palavras, ampliou as exceções aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente. Incluiu nas exceções, além dos impostos como tal mencionados na própria Constituição, outros especialmente indicados em lei complementar. Teria essa ampliação a virtude de convalidar o art. 65 do CTN, ou estaria ele revogado pela Emenda nº 1, de 1969?»

A resposta à indagação do ilustre autor, feita com intuítos puramente científicos, tivemos-la logo no ano seguinte, de 1980, no sentido da revogação, através de centenas de sentenças proferidas em mandados de segurança contra a aplicação do Decreto-Lei nº 1.783/80, no mesmo exercício, e outras, pouquíssimas, em sentido contrário, isto é, reconhecendo o convalidamento do citado art. 65, com apoio na doutrina da recepção, exposto pelo Prof. Kelsen, pela qual o novo ordenamento recebe, isto é, adota certas normas do velho ordenamento. Por essa doutrina, — Constituição revoga somente Constituição; — Lei Complementar revoga exclusivamente Lei Complementar; Lei Ordinária revoga ou suprime somente Lei Ordinária; decreto-lei revoga decreto-lei, e assim por diante, tudo no mesmo nível hierárquico legislativo, — de sorte que por ela o art. 65 do CTN não teria sido revogado. Sua eficácia é que teria sido comprometida pela Emenda Constitucional de 1969, — com a consequência de que ficara em estado letárgico, de onde saíra por obra da Emenda nº 8/77, que lhe restaurara o prejudicado de eficácia, tornando-o de novo operante.

A douta sentença recorrida não adotou a judiciosa teoria, e nenhum dos votos proferidos neste plenário a prestigiaram, sendo que a sentença, assim como o voto do eminente relator citam copiosos textos doutrinários no sentido de que todo o material legislativo existente considera-se revogado, no que contrariar os novos preceitos constitucionais. — A nova regra constitucional extingue a lei, extingue o decreto do Executivo, regulamento, aviso, costume, e o mais que lhe for contrário, segundo o ensinamento de Carlos Maximiliano. — A nível de lei ordinária, há o preceito do § 3º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, de que — salvo dispositivo em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Em doutrina, é pacífico o ensinamento de que a represtinação há de ser sempre expressa, e nunca presumida. E porque a Emenda Constitucional nº 8/77 não contém preceito algum validando o art. 65 do CTN, entendo que persiste a revogação operada pela Emenda Constitucional nº 1/69, dada a incompatibilidade deste ordenamento constitucional, com o anterior, isto é, com o instrumento na Constituição de 1967.

De outra parte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que leis anteriores à Constituição, e contrárias a elas, são revogadas, por força do princípio de incompatibilidade, conforme restou documentado pelo douto patrocínio da

impetrante, trazendo à colação inteiro teor do Acórdão do Tribunal Pleno, no RE nº 81.122, — fl. 31 — e também pelo voto do eminente Min. Pádua Ribeiro, quando cita as Representações nº 1.106-SP — Rel. Min. Moreira Alves — RTJ 95/993 e 969-DF — Rel. Min. Antônio Neder — DJ de 26-6-81. Fico de acordo com essa orientação.

Ora, tendo o art. 65, do CTN — lei complementar, que dizia poder o Executivo alterar, nas condições e limites estabelecidos em lei, as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, afim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária, sido revogado irremissivelmente, e, portanto, expelido do mundo jurídico, entendo que o legislador não foi bem inspirado, juridicamente falando, quando o invocou como sustentáculo do decreto-lei, até porque lei revogada não se presta a apoiar ato legislativo, decisão administrativa, judicial, ou o que seja. E o defeito se agiganta face à constatação de que sobre operações de câmbio, e de títulos e valores mobiliários, inexistia alíquota ou base de cálculo, visto que a União até a data do referido decreto-lei não utilizara sua competência, para instituir imposto, a propósito. É que a Lei nº 5.143/66, que instituiu o Imposto sobre Operações Financeiras, refere-se somente a operações de crédito e seguro, deixando inteiramente em branco a faixa ocupada pelas operações de câmbio e títulos e valores mobiliários, prevista na Constituição e no Código Tributário Nacional — Lei Complementar, — que «não institui tributo». Ela apenas estabelece regras a serem arduas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos.»

Só é possível alterar aquilo que já existe. E porque o legislador federal ordinário nunca instituiu base de cálculo ou alíquota sobre operações de câmbio, entendo que o Decreto-Lei nº 1.783/80, o que fez, realmente, foi instituir nova tributação, com base no revogado e também inadequado art. 65, do CTN, que conferia ao Executivo autoridade para alterar tributo, já existente.

No relativo ao argumento de que o IOF, por sua tradição, pode ser inserido, via construção, no elenco dos impostos não submetidos ao princípio da anterioridade, cumpre relembrar que abrange certa área já tributada pelo antigo imposto de selo, que sempre foi acorrentado ao princípio constitucional da anualidade, o que opera no sentido da debilitação do argumento em causa.

Ainda a propósito de que o tributo não deve submissão ao princípio da anterioridade, em decorrência da sua função extrafiscal, destinando-se o produto da arrecadação dele à formação de reservas monetárias, à igual do que se dá com o imposto de importação, — vale relembrar que a Emenda Constitucional nº 18/65 — art. 14, § 2º, determinava que a receita líquida do imposto destina-se à formação de reservas tributárias, tendo o CTN, no art. 67, reproduzido o princípio da obrigatoriedade da destinação do imposto, àquele fim, bem assim a Lei nº 5.143, de 20-10-66 — art. 14.

A Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 21, § 4º, no entanto, mudou o tom da linguagem, quando preceitua que a lei «poderá» destinar a receita dos impostos enunciados nos itens II e VI deste artigo, à formação de reservas monetárias, ou de capital para programas de desenvolvimento econômico, estabelecendo, desse modo, uma simples faculdade.

O que constituía obrigação do legislador ordinário, no sistema da Emenda Constitucional nº 18/65, totalmente albergado pelo da Constituição de 1967, foi convertido em faculdade, pela Emenda Constitucional nº 1/69.

O Decreto-Lei nº 1.783/80 invoca, no seu preâmbulo, a norma do art. 67, do CTN, — destinando o respectivo produto à formação de reservas monetárias, a serem administradas pelo Banco Central, e não pela Secretaria da Receita Federal, seguindo, desse modo, o mesmo roteiro da Lei nº 5.143, de 20-10-66 — art. 14, de maneira a dar consequência prática à função extrafiscal do tributo, que pertence, irrecusavelmente, sob esse enfoque, à mesma família do imposto de importação, não sujeito ao princípio da anualidade, o que não é bastante a autorizar a declaração judicial de que também o IOF lhe está jungido, mormente em se considerando os invencíveis obstáculos repre-

sentados pelo art. 153, § 2º, da Constituição, na redação da Emenda nº 8/77, e falta de lei complementar.

As razões do recorrente, assim como as do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, conjugadas aos argumentos compendiados no erudito voto do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, atendida a conjuntura, são relevantes e respeitáveis, mas, considerado o ordenamento jurídico positivo a propósito, não me sinto animado a segui-las, pelo que o meu voto é julgando inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-81, por ofensa ao § 29, do art. 153, da Constituição, em relação ao exercício de 1980.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Sr. Presidente, tenho trazido, em todas as Sessões Plenárias, o voto que também escrevi em torno do assunto em debate. Hoje, infelizmente, esqueci. Mas, tendo prestado atenção a tudo que se discutiu aqui, notadamente nos votos proferidos, inclusive o do eminente Ministro Moacir Catunda, lembro-me bastante do voto que escrevi pondo-me de acordo com o Sr. Ministro Justino Ribeiro.

Lembro-me, também, das palavras proferidas pelo eminente advogado Geraldo Ataliba, inclusive sob a invocação de Pontes de Miranda: — «a Constituição é rasoura que recorta o direito anterior». E foi o que aconteceu relativamente ao art. 65 do Código Tributário Nacional, desaparecido com o advento da Emenda Constitucional de nº 1, que o desconheceu, não havendo como admitir-se a sua suspensão e restabelecimento posterior pela Emenda Constitucional de nº 8.

Assim, não tendo como vigente o referido dispositivo, tenho como inconstitucional os atos determinadores da execução imediata, ou melhor, dentro no mesmo ano da expedição do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Acompanho, pois, repito, o voto antecipado do Ministro Justino Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Dois são os pontos primaciais a serem examinados na disceptação de natureza constitucional em debate. O primeiro, referente à constitucionalidade ou não, do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80 sob o seu aspecto formal; o segundo sob o aspecto material, ou seja, no caso, quanto à questão de anterioridade de imposição tributária.

Entende o nobre Ministro Relator, quanto ao primeiro, que a inconstitucionalidade é manifesta, partindo da premissa de que não podendo ser expedido decreto-lei para alterar alíquotas ou bases de cálculo do IOF não poderia, com maior razão, instituir tal tributo. Entretanto, não é bem assim.

Se não vejamos.

Pelo art. 14 da Emenda Constitucional nº 18 à Constituição de 1946, foi estabelecido que competia à União o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, (inc. I), dispondo o § 1º do mesmo artigo que o Poder Executivo podia, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, nos casos do número 1, «a fim de ajustá-las aos objetivos da política monetária».

A Constituição de 1967, na sua redação original, consagrou a regra suso transcrita no seu art. 22, § 2º, com maior amplitude, ao possibilitar aquelas alterações, a fim de atender aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou de política monetária.

Em decorrência do permissivo constitucional advindo da EC nº 18, a Lei nº 5.143/66, instituiu o imposto sobre crédito e seguro vindo a conferir ao Conselho Mo-

netário Nacional, pelo seu art. 10, competência para desdobrar as hipóteses de incidência, modificar ou eliminar as alíquotas e alterar as bases de cálculo do imposto nos limites ali mesmo fixados.

A EC nº 1/69, porém, já não repetiu o preceito autorizativo das modificações de alíquotas e bases de cálculo pelo Poder Executivo, embora ainda nela se encontrasse previsto o mesmo imposto (art. 21, inc. VI).

Daí o raciocínio do ilustre Relator e dos que integralmente o acompanharam sobre não ter cabida ser expedido o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que instituiu o tributo em comento sobre operações de câmbio, pelo seu art. 1º, inc. IV.

Entretanto, embora não tenha a EC nº 1/69 repetido a regra do art. 22, § 2º da nossa Carta Política de 1967, manteve-se ela, e até ampliou, o princípio inserto no art. 58, desta última, segundo o qual o Presidente da República, em matérias de finanças públicas, poderia expedir decretos com força de lei, em casos de urgência ou de interesse público relevante. É que o art. 55 da Emenda nº 1 admitiu, nas mesmas hipóteses, a edição do decreto-lei sobre finanças públicas, explicitando que nelas se compreendiam normas tributárias.

Parece não devem subsistir dúvidas ou entredúvidas sobre dizer o imposto em causa com matéria financeira, em face do que não há como increpar de formalmente inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.783/80, pois se é certo que a norma específica do art. 22, § 2º da Constituição de 1967 não mais figurou na EC nº 1/69, a regra geral do art. 55, II, desta última, o possibilitou, embora com as restrições ali fixadas (urgência, interesse público e sem aumento de despesa).

Ante a regra expressa do aludido art. 55, inciso II da Lei Fundamental, não há como ter-se podendo dizer respeito às finanças públicas o vocábulo *lei* inserto no art. 19, I e no art. 153, § 2º, tudo da mesma Constituição, pelo que aquele preceito se constitui, no particular, em exceção à regra geral de que tratam estes últimos dispositivos.

Poderia, assim, tal como ocorreu, através de Decreto-Lei nº 1.783/80 — ser instituído o imposto sobre operações de câmbio.

Cabe, a seguir, examinar-se o argumento relativo à alegada exigência constitucional da anterioridade, o que implica na perquirição do contra-argumento do Banco Central, com base no princípio da recepção, e segundo o qual, na espécie, permitindo o § 29 do art. 153 da Constituição Federal, após a alteração da EC nº 8/77, que Lei Complementar indicasse outros títulos que ficassem excluídos daquela restrição, em tal caso não se encontraria o IOF.

Vejamos. O art. 9º, II do CTN, com supedâneo no art. 2º, inc. II da EC nº 18 à Constituição de 1946, vedava à União apenas cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que correspondesse. Já desapareceria, com aquela Emenda, a obrigatoriedade da prévia inclusão orçamentária. Assim, não sendo o IOF imposto sobre o patrimônio e a renda poderia ser cobrado no mesmo exercício em que fosse instituído ou cujas alíquotas fossem majoradas.

A Constituição de 1967, na redação original, porém, pelo seu art. 153, § 29, voltou a exigir a prévia autorização orçamentária, o que implicava em maior restrição à regra da anterioridade, com ressalva, apenas, da tarifa aduaneira e do imposto lançado por motivo de guerra. A EC nº 1/69 deixou de exigir a prévia inclusão do tributo na lei orçamentária, mantendo, contudo, o princípio da anterioridade da lei ao exercício da incidência. Abriu, outrossim, novas exceções, mas entre elas não excluiu o IOF, pois apenas se referiu à tarifa alfandegária e a de transporte, ao Imposto sobre Produtos Industrializados, ao imposto lançado por motivo de regra e aos «demais casos previstos na Constituição.»

Assim, desde o advento da Constituição de 1967, deixou de prevalecer o disposto no art. 9º, II do CTN, eis que deixara de subsistir a EC nº 18, que lhe dera o indispensável suporte.

Ocorreu, porém, que a EC nº 8, alterando o § 29 do art. 153 da Lei Maior, ressaltou do princípio da anterioridade não só para aqueles já antes referidos tributos como para «outros especialmente indicados em lei complementar».

Daí entender o Banco Central que voltava a possibilidade de o imposto discutido vigor a partir do próprio exercício em que fosse instituído ou aumentadas suas alíquotas, de vez que o CTN apenas exigia a anterioridade para o imposto sobre o patrimônio e a renda. O disposto no aludido art. 9º, II, do CTN não fora declarado inconstitucional, tendo perdido apenas sua eficácia com o advento da Constituição de 1967, pelo que voltava a prevalecer por encontrar guarida, já agora, na EC nº 8.

Surge então à baila saber-se se com a Constituição de 1967 o art. 9º, II, do CTN foi revogado ou caberia tê-lo como inconstitucional, pois a admitir-se a segunda hipótese, não tendo havido declaração a respeito, na forma constitucionalmente prevista, apenas se encontraria a lei sem eficácia, em estado latente, podendo voltar, portanto ao mundo jurídico.

A questão nem sempre foi tranqüila.

Castro Nunes, ao examinar o tema, acentua:

«Tem-se dito — e é opinião generalizada — quer na exposição do nosso direito constitucional, quer na jurisprudência, que as leis preexistentes e havidas como incompatíveis com a Constituição são leis revogadas, que escapam ao tratamento da declaração de inconstitucionalidade» (Teoria e Prática do Poder Judiciário, pág. 600/601 — Forense, Ed. de 1943).

Esclarece, contudo o insigne publicista que tem divergido de tal entendimento, embora — como o reconhece — já se encontre ele assentado de longa data no STF. E acrescenta:

«Dir-se-á, por aplicação das regras comuns, que a lei anterior incompatível, ainda que implicitamente, com a posterior, é lei tacitamente revogada. Assim é. Mas entre norma de hierarquia diversa essa incompatibilidade implícita é precisamente o objeto da indagação da constitucionalidade da norma inferior. O problema é materialmente o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer se trate de lei posterior à Constituição. O exame situa-se, em ambos os casos, em verificar se pode subsistir a norma inferior em face da Constituição.»

Lúcio Bittencourt, na sua obra «Constitucionalidade das Leis» (Forense/1949), igualmente afirma que, mesmo sendo o caso de leis anteriores à Constituição, com esta conflitantes, deve ser o tratamento o mesmo que seria dado àquelas posteriores. Diz ele, com invocação de Orozimbo Nonato:

«Havendo, no caso, como fatalmente deverá haver, a declaração de inconstitucionalidade, não há porque subtrair esta situação jurídica, em que se apura a validade de uma lei anterior à Constituição, às normas e princípios que regem in genere a matéria. Esse, aliás, o entendimento do STF, limpidamente expresso pelo Ministro Orozimbo Nonato: «o tratamento de uma lei inconstitucional, «isto é, coetânea da Constituição e que se manifeste contra ela — e o de uma lei incompatível com uma nova ordem constitucional — é o mesmo problema e que por ser substancialmente idêntico reclama o mesmo remate ou desentrelcho».

Entretanto, e como aliás assinalou o Sr. Ministro Pádua Ribeiro no seu espalmado voto, o E. STF vem realmente julgando no sentido de que o que se dá é revogação quando a lei se choca com regra constitucional posterior (Representação nº 1016-SP-

Plenário, em 20-9-79, RTJ nº 95/993 e Representação nº 969-DF (*DJ* de 26-6-81), os quais se encontram citados naquele aludido voto e mais no RE nº 81.122.

De igual maneira, em Acórdão antigo de 1946, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação nº 8.677 (Rev. Forense nº 121, pág. 493), mas diversamente julgou o mesmo Tribunal na Arg. Inconst. nº 586 em 13-9-47 (Rev. Forense nº 118, pág. 144). Neste, ficou vencido, entre outros, o Desembargador Espínola Filho, que sustentava haver, no caso, revogação de lei pela Constituição. A 5ª Câmara Cível daquele mesmo Tribunal, em Acórdão de que foi Relator o ilustre Desembargador Serpa Lopes, em 17-1-1947, acolheu o entendimento hoje prevalente do Pretório Excelso, sendo então assinalado, discutindo-se sobre lei anterior à Constituição de 1946 (Arquivo Judiciário LXXXI, pág. 192):

«Mas não se pode ver aí de modo nenhum, uma questão de inconstitucionalidade de lei. Indubitável, a existência, entre esta questão e da intertemporalidade das leis, de um ponto comum: ambas contêm um conflito de lei, mas conflitos profundamente diversos entre si. Na inconstitucionalidade da lei, o conflito entre esta e a Constituição decorre do fato da lei ordinária ter nascido ou com um conteúdo em substância, à regra constitucional, ou ainda contraindo o processo constitucional de sua elaboração (forma). Na inconstitucionalidade das leis ordinárias, o problema em foco é o da hierarquia das leis, como bem o denominou Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, III, pág. 554, e. s), o da conseqüente delimitação dos Poderes Legislativo e Executivo em face da Constituição, bem como o problema do órgão competente para assegurar essa intangibilidade constitucional através da exceção de inconstitucionalidade (M. Haurion, *Precis de Droit Constitutionnel*, pág. 302). A inconstitucionalidade das leis, como ainda nos explica o clássico João Barbalho (*Comentários*, pág. 223), consiste no conhecimento da legalidade da lei, isto é, se o ato legislativo está dentro nos limites do poder que o decretou se não lhe excede as raias da competência, se não há nele um *defectus postetatis*. Por conseguinte, há um problema de inconstitucionalidade de lei, quando a Constituição procede e rege a lei ordinária infratora; há um conflito intertemporal de lei, quando a Constituição é posterior à lei ordinária, regida por outra carta constitucional. Não há como confundir os dois problemas: o primeiro, de alta magnitude, envolve a hierarquia das leis, os limites constitucionais dos Poderes Públicos: o segundo resolve-se em perquirir até que ponto a lei posterior revoga a anterior, os limites de sua eficácia intertemporal; o primeiro, é a sua nulidade da própria lei; o segundo é o seu término, pela revogação.»

Já em 1959 decidiu o Plenário daquele mesmo Tribunal, como se vê dos EAC nº 24.566 (RDA nº 65, pág. 67).

Assim entendo, tal como o entendeu o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, que, no caso em exame, não há de falar-se em inconstitucionalidade do art. 9º, II do CTN e, por igual, do seu art. 10 da Lei nº 5.143/66, mas sim de revogação ante o disciplinamento constitucional posterior (art. 150, § 29 da Constituição de 1967) que ampliaria a exigência da anterioridade, não a limitando apenas aos impostos sobre o patrimônio e a renda (art. 9º, II, do CTN), mas a todos eles, e deixando de facultar, ao Poder Executivo, aumentar alíquotas e bases de cálculos — (como previam o art. 10 da Lei nº 5.143/66 e art. 65 do CTN) — para atender aos objetivos da política monetária.

E, em se tratando de revogação, não resurgiriam no mundo jurídico as normas incompatíveis com a Constituição posterior quando esta veio a possibilitá-las, pois não ficaram elas apenas sem eficácia, mas sim revogadas.

Incabível, deste modo, a invocação do Decreto-Lei nº 1.783/80, bem como seu suporte, o art. 65 do CTN.

A meu ver são judiciosas as ponderações no sentido de que o IOF, pela sua natureza, tem objetivos específicos com vistas à política de crédito, câmbio, e comércio ex-

terior, e deveria, por isso mesmo, ter efeitos mais prontos e não aplicar-se somente no exercício seguinte — talvez com distância longa no tempo — a alteração das alíquotas ou bases de cálculo.

Certo, ainda, como assinalado no voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, que o princípio da anterioridade vem perdendo substância. E eu diria que vem também sofrendo recuos e avanços, como se verifica da legislação e das normas constitucionais antes referidas. Maior elasticidade veio a ter com a EC nº 8, eis que possibilitou à Lei Complementar igualmente incluir impostos outros não expressamente previstos no elenco daqueles excluídos da regra da anterioridade. É compreensível a extensão à lei complementar da possibilidade de inclusão de outros impostos pela necessidade de maior flexibilidade na política fiscal, fugindo aos parâmetros rígidos do enquadramento constitucional, e pelo princípio fixado no § 1º do art. 18 da Lei Maior, segundo o qual «Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do Poder de Tributar.»

Entretanto, após a EC nº 8, a Constituição de 1967, não houve norma de lei complementar que devolvesse à legislação tributária a faculdade, antes existente, de poder ser exigido aumento de tributos, além dos ali previstos, sem obediência ao princípio da anterioridade.

O elenco fixado no § 29 do art. 153 da Constituição é especificativo, exaustivo, e não exemplificativo, e os impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativos a títulos e valores mobiliários são indicados individualizadamente, quer no CTN, na sua Seção IV do Cap. IV (art. 63), como na Constituição Federal, conforme seu art. 21, VI).

Não há, pois, para fins de excluir tal tributo da exigência da anterioridade — que se insere no elenco de direitos e garantias individuais e, portanto, entre aqueles considerados princípios fundamentais — como entendê-lo abrangido nas exceções previstas no aludido dispositivo da Lei Maior (art. 153, § 29), em atenção aos objetivos a que visa. Não há como buscar-se em princípio analógico, a solução almejada pelo Banco Central por não ocorrer ausência de disposição expressa (art. 108 do CTN), pois que ela existe ao definir exaustivamente as hipóteses de exceção ao princípio da anterioridade, como já vimos.

Assim, embora bem compreenda que o IOF possa encontrar-se jungido a aspectos conjunturais da economia, e não seja imune às preocupações, que a todos assaltam, quanto às dificuldades que atravessamos no combate à inflação, não vejo como excluir o IOF do princípio da anterioridade, sob pena de malferir a Constituição, a qual, a nós Juízes, cabe preservar.

Não há como, por outro lado, pretender-se encontrarem-se incompatíveis com a Constituição todos os princípios insertos no Código Tributário Nacional referentes ao imposto em discussão, pois só o princípio da anterioridade é que deixou de subsistir, pelo que de tal eiva não sofre o art. 63 daquele mesmo Código, em face do que nada há de obietar-se ao art. 1º do Decreto-Lei nº 1.783/80, que a ele faz remissão. A regra a adotar-se é a mesma lembrada por Pinto Ferreira ao dizer que somente é cabível a declaração de inconstitucionalidade «quando esta se revela acima de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), segundo ensinam os melhores doutrinadores americanos» (Curso de Direito Constitucional), pág. 385 — 2ª ed., o que fora destacado pelo *Justice Washington*, no caso *Ogden V. Saunders*, e por *Marshall* no julgamento do caso *Fletcher V. Peck*, como anotado por *Lúcio Bittencourt* (Ob. cit. pág. 92/93).

Pelo exposto, não encontro vício de inconstitucionalidade, quer formal quer substancial, na exigência tributária do Decreto-Lei nº 1.783/80, mas apenas entendo incabível a exigência de ser ele cobrado no exercício de 1980. Tal exigência, creio, emana

do próprio decreto-lei, pois lhe dando vigência imediata não ressalvou que sua aplicação só se faria a partir do exercício seguinte.

Pelo exposto, meu voto é dando pela inconstitucionalidade da cobrança imediata. É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, em primeiro lugar, não conheço das preliminares aventadas na apelação, como sobre elas, a certa altura do julgamento, foram colhidos alguns votos. Assim entendo porque, a uma, a Turma já as rejeitou, não cabendo ao Tribunal Pleno rever a decisão; e a outra, porque, ainda que tais prejudiciais remanescessem, seu exame não se comportaria na especialidade do presente incidente, o qual se prende, com exclusividade, à pura matéria constitucional suscitada a julgamento.

Peço destaque.

No mérito da matéria incidental, começo por dispensar-me a maiores considerações para repelir a arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80, sob o enfoque do princípio da legalidade escrita. No tema, reporto-me ao entendimento que manifestei, com apoio de expressiva maioria neste tribunal, contido na asseveração de que:

«... na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legiferante autorizada ao Presidente da República, segundo conveniência e oportunidade sublinhadas pela urgência e relevância do interesse público, e pela motivação a trato da segurança nacional, finanças públicas, normas tributárias e cargos públicos (art. 55). Desse enfoque, infere-se que a dita excepcionalidade formal não basta para negar ao decreto-lei os efeitos do princípio da legalidade, relativos ao conceito *stricto sensu* de lei, como não o nega o rito especial da sua elaboração, cumprido a termos formais da chancela posterior do Legislativo, e por conta dos quais o saudoso Pontes de Miranda, na sua conhecida intransigência para com os princípios, rotulou o decreto-lei de «lei sob condição resolutiva».

Logo, a reclamar-se do preceito constitucional a regulamentação por lei, materialmente atendido restará o preceito se regulamentado for por decreto-lei, estando em causa as hipóteses do art. 55 da Constituição». — MS nº 90.245-DF, Tribunal Pleno, em 11-12-80.

Essas assertivas, expendidas em relação à matéria de segurança nacional, também servem ao campo tributário, igualmente tratado no indicado art. 55; aliás, nesse ponto, até servem sem maior perplexidade, ao se informar que constituições mais liberais, como a da Itália e a da França, admitem a instituição de impostos por meio de decretos-leis, segundo Antonio Berliini, *apud* Hamilton Dias de Souza — «Estrutura do Imposto de Importação no Código Tributário Nacional», págs. 51/52 e 55/56.

Para o caso *sub judice*, significa que, com a devida vênia, discordo do eminente Relator, na sua proclamada conclusão de que a Constituição não autoriza a alteração de alíquotas ou bases de cálculo do IOF, por via de decreto-lei (fl. 189).

Por outro lado, como aí não se esgotam os fundamentos da arguição, cumpre examinar se a referência feita pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, aos termos do artigo 63 do Código Tributário Nacional, presta-se à compreensão de que o diploma não estivera a instituir um novo tributo sobre operações de câmbio, se não que, apanhando-o já instituído naqueles termos, apenas estivera a alterar-lhe as alíquotas.

Melhor, talvez, se haveria essa compreensão, a merecer mais detido exame, se fosse o caso, por exemplo, do IOF sobre operações de crédito. Essa espécie tributária,

sim, efetivamente preexistiu ao dito decreto-lei, da forma como fora estabelecida pela Lei nº 5.143/66, art. 1º, I, e pelo que o novo diploma apenas alterou de 0,3% para 0,5% a alíquota aplicável.

Assim, porém, não aconteceu às operações de câmbio, incidência jamais estabelecida pela Lei nº 5.143, ou por qualquer outra, se bem que prevista pelo indicado artigo codificado. Mas, essa previsão — estabelecida a nível de norma geral de direito tributário, como cumpria ao CTN, ou mesmo revestida da categoria institucional a que se prende o art. 21, VI, da Constituição — não supre a exigência do princípio da legalidade, pois que, uma ou outra dessas normas enumerativas não decretou imposto algum, na linha como a instituição dos tributos deve modelar-se pela definição do fato gerador, fixação da alíquota e da sua base de cálculo — CTN, art. 97, III e IV.

Donde valer a conclusão de que, no atinente às operações de câmbio, somente se definira por lei o fato gerador, e se fixaram a alíquota e sua base de cálculo, com o advento do examinado decreto-lei, visto que de tais elementos integrativos carece o invocado art. 63 do CTN.

Trata-se, pois, da instituição do imposto, como da regra de sua instituição faz parte necessária a figuração do fato gerador ou a «hipótese de incidência», no dizer dos mestres (Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*).

Sendo esse o caso (e não o de simples majoração), nada parece salvar da inconstitucionalidade irrogada a exigência do IOF sobre operações de câmbio, acionada no mesmo exercício da sua instituição.

Deveras, flagrada a simultaneidade da imposição e da exigibilidade do tributo, a vulto de plena ofensa ao princípio da anualidade ou anterioridade legal (CF, art. 19, I, e § 29 do art. 153), até se dispensa a exame a heróica tentativa de remover-se o questionamento para o campo da eficácia da lei alcançada por incompatibilidade constitucional, e que seria passível de revitalização. Se isso acontecera ao art. 65 do CTN, como o sustenta o impetrado (à conta da incompatibilidade da norma com a Emenda 1/69, art. 21, I, e da reabilitação de eficácia advinda com a Emenda nº 8/77), na verdade, a sustentação não importa ao caso; viu-se que, carente de imposição legal pretérita, para a nova hipótese de incidência não há falar-se em simples alteração de alíquotas, via de majoração autorizada em ressalva à regra geral da anualidade, como à simples majoração de alíquotas se prendia, restritivamente, o art. 65 do CTN, o qual se deseja revitalizar.

Entretanto, se por amor ao debate houvesse de responder a tal questionamento, certamente que o faria com a doutrina do Supremo Tribunal Federal — segundo a qual as leis incompatibilizadas com os supervenientes ordenamentos constitucionais, desde ali, sofrem revogação. Essa doutrina foi reiteradamente aplicada nos anos que se seguiram à vigência da Carta de 67, principalmente no tocante às profundas alterações introduzidas no regime do funcionalismo público (v.g., a vedação de equiparação de vencimentos — RE nº 66.443, in RTJ nº 49/424; AI 58.826, in RTJ nº 68/71; RE nº 76.192, in RTJ nº 68/855; RE 67.472, RTJ 58/58).

E por decisão mais específica, essa orientação suprema reafirmou-se nos seus assentamentos por ocasião do julgamento do RE 81.122 (Pleno, 15-9-76, RTJ 80/122). No caso, com a proficiência de sempre, o erudito voto do Ministro Leitão de Abreu abordou a doutrina germânica da privação de eficácia a que se acham sujeitas às leis preexistentes à Constituição, quando com esta incompatíveis; lembrou seus defensores entre nós, como a professam os mestres Geraldo Ataliba e Ruy Cirne Lima.

No entanto, fiel à tradição, a Corte Suprema manteve-se em ser a revogação o efeito da incompatibilidade da lei para com a norma superior sobrevinda, insuscetível de repristinação tácita; e não apenas o efeito da suspensão de eficácia, factível de restauração. Em sucintas palavras (e por isso mais belas), o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin aludiu ao direito positivo brasileiro, para assim refutar a adoção da alienígena construção:

«Peço vênia 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 a 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 apóia em texto de direito positivo, que não restringe, a revogação, a leis de igual natureza». — RTJ nº 80/138.

Dai que, como enunciado daquela tradicional orientação do STF, lavrou-se o Acórdão com esta ementa:

«Imposto sobre serviços. Na fixação de sua alíquota, não está o município sujeito às limitações do art. 9º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-67, revogado este quando entrou em vigor a Constituição de 1967, e não repristinado pela norma do art. 24, § 4º da redação que deu a esta a Emenda nº 1, de 1969.

Recurso extraordinário conhecido pela letra c, mas não provido». RTJ 80/122.

Como reiteração mais recente dessa jurisprudência, vejam-se os Acórdãos nas Representações nºs 1.012 e 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, in RTJ 95/980 e 993.

Anote-se, por fim, que também este Tribunal registra precedente, a propósito da força ab-rogatória exercida pela norma constitucional sobre a norma inferior incompatibilizada; refiro-me à manifestação proferida em Sessão Plenária de 7-6-77, no concernente à limitação do prazo de concursos públicos, prescrita pela EC 8/77 — EAC 37.700, do qual fui Relator, com ementa deste teor:

«Funcionário Público. Concurso. Prazo de validade. Ab-rogada, no particular, a Lei nº 4.863/65, fonte da expectativa de direito à nomeação, resultou cessada, no caso, a largueza do prazo de validade do concurso, por incompatível com o novo comando constitucional (art. 97, § 3º — redação da Emenda nº 8/77) a cuja incidência imediata não há direito adquirido a ser oposto». — DJ de 30-5-79.

De mais a mais, ao exigir-se reforço dos argumentos de autoridade, ocorreria lembrar-se, como lembrado nos autos, o magistério de Carlos Maximiliano, (Hermenêutica e Aplicação do Direito... 1947, fls. 430/431); Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1934, II/559); Victor Nunes Leal (Leis Complementares da Constituição — in RDA 7/390); Manuel Gonçalves Ferreira Filho (Direito Constitucional, I/27); corrente essa apoiada por quase a unanimidade dos publicistas nacionais.

Desse modo, a repelir-se o fenômeno da restauração de eficácia e o da repristinação implícita, convenha-se que ainda quando viesse ao caso dar à examinada imposição tributária o simples caráter de uma alteração de alíquotas, opor-se-ia à vigência imediata da nova lei a revogação do art. 65 do CTN, invocada pelo recorrente a título de norma complementar prestável à autorização agora valorizada pela Emenda Constitucional nº 8/77.

Finalmente, ao se querer extrair da ontologia do Imposto sobre Operações Financeiras — IOF, pela sua possível destinação à formação de reservas monetárias (CF, art. 21, § 4º), a compreensão de que sempre foram permitidas as alterações de suas alíquotas — porque incluído estaria o tributo dentre os demais casos previstos na Constituição como imunes ao princípio da anualidade ou anterioridade da lei de instituição ou

de aumento —, d.m.v., a mim parece temerária a proposição do apelante. Na verdade, por mais que se possa visualizar, naquela ontologia, o ressaltado do imediatismo dos recursos destinados a reservas monetárias, vistos segundo a premência do controle da inflação, aconselha-se prudente que a requisição de tais recursos, por vias tributárias, uma vez não ressaltada expressamente da sujeição à anualidade, seja operada em plena obediência aos parâmetros do próprio Sistema Tributário.

É que, mesmo em relação a esse fortalecimento das reservas monetárias, quando a Constituição quis que o processo tributário de sua destinação se eximisse àqueles parâmetros, o disse expressamente, na forma da primitiva redação do art. 22, § 2º, da Carta de 67, referentemente ao próprio IOF; ou a exemplo mais constante, em apreço ao Imposto de Exportação, cuja destinação à formação de reservas, decerto, se parifica à do IOF, mas, cujas alíquotas, porque alfandegárias, sempre se incluíram na expressa regra de exceção ao princípio da anualidade — art. 21, II e § 4º, da EC nº 1/69; ou finalmente, como veio a dizê-lo a Constituição, também por cláusula expressa, sobre deixar à lei complementar a especial indicação de outros impostos excetuáveis (art. 153, § 29 — EC 8/77).

Por outro lado, lembre-se que até mesmo na vigência da Emenda 18 à Constituição de 46 — pela qual o IOF ganhou enumeração constitucional —, respeitou-se, em toda a linha, o agora chamado princípio da anterioridade, conforme se colhe da devida homenagem que lhe prestou a Lei nº 5.143, art. 18, diploma da instituição daquele imposto, sobre operações de crédito e de seguro. Referida lei, apesar de datar-se de 20-10-66, fixou-se em que o novo tributo somente seria exigido a partir de 1º de janeiro de 1967. E nisso, observe-se, favor algum fizeram o Legislativo e o Executivo, Poderes da iniciativa e sanção, como da elaboração da lei. É que o princípio, se bem que momentaneamente suspenso, como fora por ordem da EC 7/64, e como veio a ser drasticamente cerceado pela EC 18/65 (art. 2º, II e art. 25) — a ponto da sua exclusão do rol dos direitos individuais que a carta de 46 assegurava —, apesar dessas notas do regime revolucionário que então se implantava, o princípio nunca perdeu o porte de viga mestra, dentre as que, ainda hoje, sem esmaecimentos de maior monta, configuram as garantias individuais secularmente conquistadas a título e honra do Estado de Direito. Custa, pois, admitir-se exceção implícita aos marcos que balizam o próprio plano institucional do Estado, a trato com os indivíduos ou suas corporações.

Na esteira dessas considerações, hauridas dos excelentes escólios recolhidos aos autos, fico em declarar a inconstitucionalidade da discutida exigência tributária, como feita em relação ao exercício de 1980, e tal como, ao propósito, foi disciplinada pelo Banco Central, por via da Resolução nº 610, de 18-4-80 e da Circular 523, de 23-4-80.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: O art. 150, § 29 da Constituição de 1967, à semelhança do parágrafo 34 do art. 141, da Constituição de 1946, consagrou os princípios de legalidade e anualidade tributária, nestes termos:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra».

Mas, no § 2º do seu art. 22, a mesma Constituição previa a exceção ao princípio de anualidade, quanto aos impostos de importação, exportação e sobre operações de crédito, câmbio seguros, ou relativos a títulos ou valores imobiliários, facultando ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculos dos mencionados tributos, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou da política monetária.

Essa norma se inspirou no item II do art. 2º da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que restringiu o princípio de anualidade aos impostos sobre o patrimônio e a renda.

O art. 65 da Lei nº 5.172, de 1966, (Código Tributário Nacional), deu aplicação a esse princípio, relativamente ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e operações relativas a títulos e valores imobiliários.

O art. 10 da Lei nº 5.143, de outubro de 1965, que instituiu o imposto sobre operações financeiras, já dava concreção à exceção prevista na lei complementar, ao estabelecer que o Conselho Monetário Nacional poderia desdobrar as hipóteses de incidência, modificar ou eliminar as alíquotas e alterar as bases de cálculo do tributo.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, suprimiu o § 2º do art. 22 da Constituição de 1967 e, quanto aos princípios de legalidade e anualidade, assim prescreveu, no § 29 do seu art. 153:

«§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição».

É evidente que com a supressão do § 2º do art. 22 da Carta de 1967 e menor extensão dada a exceção ao princípio da anualidade, no § 29 do art. 153, revogado ficou o art. 65 do CTN. Esse o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, sintetizado nesta passagem das ementas dos Acórdãos prolatados nas Representações nºs 1.012 e 1.016, julgadas em setembro de 1979, Relator o Ministro Moreira Alves:

«Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente, não há que se cogitar — como tem entendido o STF — de inconstitucionalidade, mas, sim, (e se for o caso) de revogação, matéria estranha à representação de inconstitucionalidade», (RTJ 95/980 e 993).

Essa decisão se harmoniza com o princípio doutrinário de que as leis inconstitucionais são **ipso jure** nulas. Esse princípio é deduzido dos postulados da unidade da ordem jurídica e da ausência de contradições no plano normativo, que dá ensejo à interpretação da regra segundo a sua legitimidade. Em caso de inarredável incompatibilidade da lei com a norma constitucional, há a considerar ainda o fim político de proteção à Constituição: se a lei não mais se contém nos limites formais e substanciais da norma fundamental, há que declarar-se a nulidade absoluta, segundo a fórmula de Marshall: «an act of legislature repugnant to the Constitution is void».

Mas há, ainda, a reforçar a revogação pela nulidade **ipso jure**, a necessidade da proteção à Constituição, que José Joaquim Gomes Canotilho, na 2ª edição do seu curso de Direito Constitucional, assim resume, fundado em obra de Bökenförde:

«Hoje, a crença da garantia da constituição através da legislação alterou-se. E alterou-se pela já assinalada convergência da tendência das leis para assumirem a natureza de medidas, com o progressivo reconhecimento de faculdades legislativas ao Executivo. Politicamente considerada, a constituição pode vir a estar sujeita a uma relativa insegurança, ante as oscilações das maiorias parlamentares e correspondentes governos, e até perante violações provocadas por atos legislativos de governos unitários por não lhes corresponder uma efetiva maioria parlamentar. No seu conjunto, estas considerações justificaram a sanção drástica da nulidade **ipso jure**: leis inconstitucionais são leis intrinsecamente ineficazes e, portanto, nulas de pleno direito». (Direito Constitucional, Coimbra, 1980, págs. 455/456).

Suprimido o dispositivo constitucional que dava legitimidade ao art. 65 do CTN, excluído ficou o tributo da exceção ao princípio da anualidade.

A Emenda Constitucional nº 8, todavia, deu nova amplitude à exceção a esse princípio, ao ressaltar, no § 29 do art. 153 da Constituição, além das tarifas alfandegárias e de transporte, do imposto sobre produtos industrializados e do lançado por motivo de guerra e demais casos previstos na Constituição, também outros especialmente indicados em lei complementar.

A alusão à lei complementar no dispositivo tem a maior relevância, em virtude de sua hierarquia na teoria constitucional brasileira. É que a lei complementar contém norma sobre a produção jurídica, traçando os limites ao legislador na criação e alteração dos tributos, por exemplo. Ela é, portanto, subordinante, segundo a classificação traçada por Norberto Bobbio e lembrada pela Dra. Yone Dolacio de Oliveira, no seu trabalho sobre Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro (Saraiva, 1980, pág. 95). Este caráter subordinante da lei complementar é fixado no § 1º do art. 18 da Constituição, ao estabelecer:

«§ 1º Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar».

Dá-se se pode concluir que a lei complementar prevista no dispositivo constitucional resultante da Emenda nº 8 de 1977, deve vir restabelecer as restrições contidas no art. 65 do CTN, revogado com a edição da Emenda Constitucional nº 1.

Nem poderia deixar de ser assim. Se lermos a exposição de motivos que precedeu a Emenda nº 8, assinada pelos Ministros da Previdência Social e da Fazenda, veremos que a alteração sugerida visava a reservar «o princípio de anterioridade da lei ao exercício financeiro da cobrança dos tributos exclusivamente para os impostos sobre o patrimônio e a renda». E isto porque «o fundamento da garantia constitucional está em resguardar o contribuinte de um desequilíbrio nas previsões financeiras dos seus negócios e de suas atividades, que inevitavelmente decorreria da cobrança imediata de tributos novos ou majorados. Ora, são justamente os impostos sobre o patrimônio e a renda — porque ligados a uma situação patrimonial ou financeira permanente ou durável — os que requerem a proteção do princípio da anterioridade. Os demais tributos, em geral trasladáveis, não se refletem diretamente nas atividades do contribuinte a ponto de frustrar suas previsões financeiras, razão pela qual prescindem dessa tutela. As Constituições de 1946 e de 1967, como a Emenda nº 1/69, admitiram exceções ao princípio que, agora, se pretenda restringir aos termos constantes da Emenda Constitucional nº 18 de 1965».

A Emenda, evidentemente, não foi tão longe, ao acolher a sugestão do Ministro de Estado. O que fez foi condicionar à lei complementar a excepcionalidade relativa a cada tributo não nomeado expressamente no dispositivo emendado.

Inexistindo a lei complementar prevista na Constituição, e não sendo acolhível a tese da ripristinação de regra legal revogada, tem-se que o Decreto-Lei nº 1.783, de abril de 1980, embora contenha a cláusula de vigência na data de sua publicação, só poderia ser aplicada no exercício financeiro seguinte, desde que a exceção ao princípio de anualidade, que se quis atribuir aos tributos nele previstos, não foi restaurado em lei complementar.

Assim, conclui-se porque o que foi revogado no CTN foi apenas o art. 65 e não toda a Seção relativa aos tributos sobre operações financeiras e outras hipóteses de incidência. A remissão ao art. 63, pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.783, é absolutamente correta, não havendo inconstitucionalidade na especificação legal dos tributos, mas apenas na sua cobrança em 1980. No caso, ocorreu apenas a superveniente incompatibilidade da regra do art. 65 do CTN com a Constituição, em virtude da supressão do § 2º do art. 22 da Carta de 1967. E, como diz Salvatore Foderaro, «il vizio, in legiferando porta solo l'invalidità della disposizione singola contraria alla Costituzione» (Manuale di Diritto Pubblico, Padova, 1973, pág. 142).

Não reconhecendo o alegado vício de ilegalidade do Decreto-Lei nº 1.783, peço vênia ao Ministro Relator, para acompanhar o voto do Ministro Justino Ribeiro, que dá pela inconstitucionalidade apenas da cobrança do tributo no exercício de 1980.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: As preliminares, tão bem dissecadas no voto do eminente Ministro Justino Ribeiro, já foram decididas na Turma, conforme constatação provocada pelo Ministro José Fernandes Dantas, no seu não menos escorreito pronunciamento.

Sobre a validade da criação do tributo por decreto-lei, em face do princípio constitucional da legalidade, também ficou decidida, tendo em vista o art. 55, item II, da CF.

O Poder Executivo, obedecido o art. 153, § 29, 1ª parte, da CF, aumentou o imposto sobre operações de câmbio com o Decreto-Lei nº 1.783/80, aumento que passou a ser exigido no mesmo exercício financeiro, o que deu lugar à reação dos contribuintes ou responsáveis pela arrecadação, fundados fulcralmente no desrespeito à anterioridade da lei, assim ao arrepio do mesmo texto, que veda a cobrança do tributo em cada exercício, sem que a lei instituidora ou aumentativa esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, atendidas as ressalvas com a redação da Emenda Constitucional nº 8/77.

Entre essas ressalvas do texto constitucional encontra-se aquela relativa ao imposto sobre operações de câmbio, previsto no art. 63-II, do CTN (Lei nº 5.172/66), aliás como é mesmo do sistema tributário (CF, arts. 18 c/c art. 21, VI).

O mesmo acontecia, entre outros, com os impostos sobre o Comércio Exterior — de importação e exportação — onde se previa a possibilidade excepcional da majoração pelo Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, mediante alteração de alíquotas ou das bases de cálculo (CTN, art. 9º-I c/c arts. 21, 26 e 65).

Acontece, porém, que essas ressalvas foram mantidas no tocante aos arts. 21 e 26 do CTN, isto é, quanto aos impostos sobre o Comércio Exterior, pois nos textos respectivos está preservada a competência do Poder Executivo, expressamente autorizada no art. 21, incisos I, II e V, da CF. Assim não ocorreu, todavia, no tocante ao art. 65 do CTN, porque refugado no art. 21, inciso VI, da Lei Maior, com a redação recebida da Emenda nº 1/69, onde não se faz referência à alteração de alíquotas, ou bases de cálculo do imposto em apreciação.

Após ouvir os numerosos e brilhantes pronunciamentos dos ilustres colegas, em que se discutem nuances técnicas de matéria de tanta relevância, achei por bem, mesmo assim, fazer alguma pesquisa despretensiosa sobre o caso e não encontrei elementos para discrepar da maioria, no sentido de que o Poder Executivo não poderia exigir ou cobrar o imposto no mesmo ano da expedição do Decreto-Lei nº 1.783/80, pois o art. 65 do CTN, repito, havia sido revogado, encontrando-se em evidente conflito com a CF arts. 21-VI e 153, § 29, e também intratextualmente, isto é, dentro do próprio CTN, com o art. 9º, onde a vedação constitucional foi reproduzida.

Filho-me, entretanto, à corrente dos que preservam a existência do Decreto-Lei nº 1.783/80, mas com a sua vigência a partir do ano seguinte à sua edição, pois se o conflito com a Lei Maior restringe-se à vigência da norma menor, basta que se faça a terapêutica dessa norma onde está enferma, por simples aplicação da «lei de prevalência do sistema». A Resolução nº 610 e a Circular nº 523, do Banco Central, apenas deram execução à lei autorizativa, embora também se ressintam da contaminação.

Daí porque o meu voto é pela inconstitucionalidade do art. 4º, do Decreto-Lei nº 1.783/80, pois me parece indubitado haver permitido a cobrança majorada no mesmo exercício de sua expressa vigência. Sem ele, o Banco Central não teria baixado as normas também inquinadas

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO:

«Tributário. IOF. Operações de Câmbio. Inconstitucionalidade. Cobrança no mesmo exercício. Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 2º, II, artigo 14, I, § 1º, artigo 25; Constituição de 1967, artigo 22, VI, § 2º, 150, § 29; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, artigo 21, VI, artigo 153, § 29 — Emenda Constitucional nº 8, de 1977 — Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, artigo 9º, artigos 63 a 67, artigo 104 — Lei nº 5.143, de 20-10-66; Decreto-Lei nº 914, de 7-10-1969; Decreto-Lei nº 1.342, de 26-8-1974; Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980.

I — A instituição do Imposto Sobre Operações Financeiras — IOF — incidente sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários deu-se com o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, que fixou, inclusive, as alíquotas respectivas (artigo 1º, IV e V).

II — Revogação do art. 9º, II, CTN, e artigo 65, CTN, pela Constituição de 1967, artigo 150, § 29, ou artigo 153, § 29, da EC nº 1, de 1969. É que, sobrevindo Constituição nova, quaisquer normas anteriores, que com esta sejam incompatíveis, ficam revogadas. A lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

III — Inexistência, no momento, de lei complementar que indique o IOF, como um imposto que possa ser cobrado no mesmo exercício em que for tirado a lume a lei que o institua ou aumente. EC nº 1, de 1969, artigo 153, § 29, com a redação da EC nº 8, de 1977.

IV — Inconstitucionalidade do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, quando estabelece ou autoriza a cobrança no exercício de 1980, do IOF sobre operações de câmbio mediante a alíquota nele fixada».

A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, dispunha:

«Art. 14. Compete à União o imposto:

I — sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários;

§ 1º O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases do cálculo do imposto, nos casos do nº I deste artigo, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária».

A Constituição de 1967 repetiu o preceito da EC nº 18, de 1965:

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

VI — operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

§ 2º É facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo dos impostos a que se referem os nºs I, II e VI, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou de política monetária».

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

VI — operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

.....»
 No que tange à disposição inscrita no § 1º, do art. 14, da EC nº 18/65, que foi repetida no § 2º, do artigo 22, da Constituição de 1967, ou a faculdade conferida à União, pelos referidos dispositivos constitucionais de, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, a EC nº 1, de 1969, a suprimiu.

II

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66, elaborado sob o pálio da EC nº 18, de 1965, dispôs a respeito do IOF, nos artigos 63 a 67. Cabe especial menção ao artigo 65, CTN, que, em consonância com o § 1º, do art. 14, da EC nº 18/65, ou § 2º, do art. 22, da Constituição de 1967, estabelecia:

«Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.»

Tendo em vista que a EC nº 1, de 1969, suprimiu essa faculdade (EC nº 18/65, art. 14, § 1º; CF de 1967, art. 22, § 2º), a primeira indagação que surge é esta: teria sido o artigo 65, CTN, revogado pela EC nº 1, de 1969?

Mais a frente daremos resposta a essa indagação.

III

A Lei nº 5.143, de 20-10-1966, instituiu o Imposto sobre Operações Financeiras — IOF, estabelecendo que o mesmo «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I — no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro, o recebimento do prêmio». O artigo 3º estabeleceu as alíquotas para cobrança do IOF e o art. 4º os contribuintes.

O Decreto-Lei nº 914, de 7-10-69, introduziu alterações na Lei nº 5.143, de 1966, dando nova redação aos seus artigos 4º, 5º, 7º e 9º. Dispôs, outrossim, sobre outras matérias, principalmente sobre isenções.

Também o Decreto-Lei nº 1.342, de 26-8-1974, alterou a Lei nº 5.143, de 20-10-66.

IV

Certo nos parece, pela exame da legislação infra-constitucional suso mencionada, tal como leciona, aliás, Hugo de Brito Machado, que «somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipóteses de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se, não institui tributo. Ele apenas estabelece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente, ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu, sua competência tributária integralmente. Há, assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que pertence à competência tributária da União mas que não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do legislador ordinário federal». («Curso de Dir. Tributário», Ed. Resenha Tributária, 1979, págs. 265/266).

O ilustre Juiz Federal Fleury Antônio Pires, na sentença que proferiu e que está sendo examinada por esta egrégia Corte, na AMS nº 90.664-SP, dissertou com proficiência a respeito do tema.

Escreveu:

«O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários veio a ser previsto no art. 14 da Constituição de 1946, introduzido pela Emenda Constitucional nº 18, de 1-12-65 e mantido na Carta Política de 1967 e na redação atual (Emenda nº 1/69, art. 21, inciso VI). Esse imposto, outrossim, vem previsto no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66, cujo art. 63, incisos I e IV, elegeram os fatos geradores das operações.

O Código Tributário Nacional não cria tributos. Apenas dispõe sobre a criação destes na forma prevista na Constituição Federal, já que o CTN veicula normas gerais de direito tributário e regula o poder de tributar, não sendo norma instituidora de tributos. A lei complementar, caráter de que se reveste o CTN, a exemplo da própria Constituição Federal, não cria tributos. Somente a lei ordinária pode fazê-lo. Nesse sentido, pacífica é doutrina (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, 1ª ed., RT, Tomo II, pág. 369; Geraldo Ataliba, in Revista de Direito Público, nº 10, págs. 76/77; Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao poder de Tributar, 5ª ed., 1977, pág. 34; Eros Roberto Grau, Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário, Ed. IBET — Resenha Tributária, 1975, pág. 38; Fabio Leopoldo de Oliveira, Curso Expositivo de Direito Tributário, Ed. Resenha Tributária, 1976, pág. 98; Rui Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 1980, págs. 57/58), bem como a Jurisprudência do Pretório Excelso de que é exemplo o enunciado da Súmula nº 574 e os Acórdãos transcritos na Revista Trimestral de Jurisprudência nºs 65/194, 78/215 e 81/895. Em consequência, o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e operações relativas a títulos e valores mobiliários não foi, nem poderia ser instituído pelo Código Tributário Nacional, eis que somente lei ordinária federal poderia fazê-lo, embora subordinada aos preceitos e regras previamente estabelecidos na Constituição e no CTN. Bem por isso, asseverou o ilustre Ministro Rodrigues Alckmin, no julgamento pela Suprema Corte do Recurso Extraordinário nº 74.464-SP:

«As regras jurídicas contidas na Constituição são regras sobre tributação. Da mesma forma, a competência legislativa da União, para estabelecer «normas gerais de direito financeiro» se refere a edição de regras jurídicas sobre a tributação», acrescentando que lei nacional que imponha normas gerais de direito financeiro (ainda que seja exaustiva, até a minúcias, no estabelecimento dessas «normas gerais») não é lei que institua tributo, porque tal instituição, no sistema constitucional brasileiro, não está na competência dessa lei nacional» e, concluindo para o caso em julgamento, que «Parece, pois, sem procedência, a alegação de que, descrito o fato gerador na lei nacional sobre normas gerais de direito financeiro, desnecessária seja lei estadual que o menciona. A CF exige lei que institua o imposto. Essa lei deve ser a lei estadual, porque o imposto se compreende constitucionalmente na sua competência. Para instituí-lo é mister restabelecer a hipótese de incidência, ainda que com obediência à regra da lei nacional. Mas esta não dispensa a lei estadual, porque é norma jurídica sobre tributação e não de tributação». (In Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 65, págs. 199/200).

Daí porque não resiste a análise mais superficial a assertiva de que o imposto sobre operações financeiras foi criado pelo Código Tributário Nacional. Não é assim.

O tributo em tela foi instituído pela Lei nº 5.143, de 20-10-1966. Esta lei, contudo, criou o imposto sobre as operações de crédito e seguro, nada dispondo quanto à tributação das operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários que, embora pudessem ser tributadas não o foram pelo legisla-

dor ordinário federal nessa oportunidade, nem posteriormente. Por isto, as operações de câmbio ficaram à margem da incidência do imposto, à míngua de lei específica, até o advento do Decreto-Lei nº 1.783/80, de 18-4-1980, que veio instituir o imposto sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários, fixando, inclusive, as alíquotas respectivas (art. 1º, incisos IV e V).

As Resoluções do Banco Central do Brasil nºs 610 (DOU de 23-4-80) e 619/80 (DOU de 30-5-80) regulamentaram o Decreto-Lei nº 1.783/80 citado.

Não se discute mais sobre a possibilidade ou não de tributo ser instituído por decreto-lei. A respeito das respeitabilíssimas opiniões da doutrina em contrário (v.g. Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed., 1977, pág. 10), já se assentou, na jurisprudência, que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, instituir e criar tributos e fixar alíquotas, face à previsão do direito positivo constitucional vigente (CF, art. 55, inciso II).

Assim, não há negar legitimidade e validade ao Decreto-Lei nº 1.783/80, em pleno vigor desde a data de sua publicação, no dia 22 de abril de 1980».

V

Em verdade, foi o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, que instituiu o IOF sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários, fixando, inclusive, as alíquotas respectivas (art. 1º, IV e V).

Estabeleceu o mencionado Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80:

«Art. 1º O imposto incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas:

- I —
- II —
- III —
- IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;
- V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação.

O artigo 4º do Decreto-lei nº 1.783, de 18-4-80, estabeleceu a vigência deste a partir de sua publicação. Esta deu-se em 22-4-80. A cobrança, pois, o IOF sobre operações de câmbio — que é o que se trata, no caso — dá-se no mesmo exercício financeiro em que o imposto foi instituído e no mesmo exercício financeiro em que a alíquota foi fixada. Indaga-se: diante do preceito inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, que estabelece que nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o IPI e outros especialmente indicados em lei complementar (EC nº 8, de 1977), além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos na Constituição, diante de tal preceito, indaga-se: seria inconstitucional a cobrança do IOF sobre as operações de câmbio no exercício de 1980?

Essa é a questão a ser decidida.

VI

O princípio da anualidade ou da anterioridade, foi assim tratado na EC nº 18, de 1965, art. 2º, II:

«Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II — cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda, com base na lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

A EC nº 18, de 1965, passou a exigir a anterioridade da lei, em relação à data inicial do exercício, para a cobrança apenas de Imposto sobre o Patrimônio e a Renda (art. 2º, II). O art. 141, § 34, da Constituição de 1946, que estabelecia que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra», foi expressamente revogado pelo art. 25 da EC nº 18, de 1965.

Assim, sob o pálio da EC nº 18, de 1965, veio a lume o CTN, Lei nº 5.172, de 25-10-66, que prescreveu, no seu artigo 9º, II:

«Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II — cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;

Fiel a essa disposição — art. 9º, II — o CTN, no seu art. 104, I e II, estabeleceu:

«Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I — que instituem ou majoram tais impostos;

II — que definem novas hipóteses de incidência;

III —

Acontece, todavia, que a Constituição de 1967, ao restabelecer a prévia autorização orçamentária, art. 150, § 29, revogou o inciso II, do art. 2º, da EC nº 18/65, revogando, da mesma forma, o art. 9º, II, CTN. Ficou assim o § 29 do art. 150 da Constituição de 1967:

«Art. 150.

§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.»

A EC nº 1, de 1969, por sua vez, não discrepou, no particular:

«Art. 153.

§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

Destarte, presentes as disposições inscritas nos artigos 150, § 29, da Constituição de 1967, e 153, § 29, da EC nº 1, de 1969, não tenho dúvida em afirmar ter sido revogado o artigo 9º, II, CTN, como, da mesma forma, o inciso I, do mesmo artigo, no

ponto em que ressalva, quanto à majoração, o disposto no art. 65, CTN. Porque este, o artigo 65, CTN, ficara revogado pela EC n.º 1, de 1969, que suprimiu a faculdade do Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, para alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, tal como permitia a EC n.º 18/65, art. 14, § 1.º, ou a Constituição de 1967, art. 22, § 2.º

VII

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. 2.º, § 1.º), o que dizer-se quando a incompatibilidade dá-se com a Constituição que sobreviveu 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, 3.ª ed., pág. 28). A doutrina da recepção, que Kelsen explica com perfeição — a recepção, pela Constituição nova, do direito anterior (H. Kelsen, «Teoria General Del Derecho Y Del Estado», Textos Universitários, México, 1969, 3.ª 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. Porque, 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-la», porque a «repristinção 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. («Controle Jurisdicional da Const. das Leis», Forense, 2.ª ed., 1968, 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. 9º, do Ato Complementar nº 34, de 30-1-1967, revogado desde quando entrou em vigor a Constituição de 1967, e não repriminado pela norma do art. 24, § 4º, da redação que deu a esta a Emenda nº 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 nº 34, pela Constituição de 1967, a eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 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 menor hierarquia dispõe diferentemente de norma anterior, excluindo, salvo cláusula expressa, a repriminação.

E a revogação da lei anterior pela ulterior, ainda que esta seja de maior hierarquia, não é simples construção jurídica, mas se apóia em texto de direito positivo, que não restringe a revogação a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional nº 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 nº 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou» (RTJ, 80/138).

VIII

Assim posta a questão, e tendo a EC nº 8, de 1977, ao introduzir alteração no § 29, do art. 153, da Constituição, estabelecido que «nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar...», não há falar que essa ressalva — «e outros especialmente indicados em lei complementar» — haja ressuscitado a norma revogada. Também aqui tem aplicação a regra inscrita no § 3º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil: «Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência». A conclusão, então, que se segue, é que inexistente, no momento, lei complementar que indique o IOF como um imposto que possa ser cobrado no mesmo exercício em que for tirado a lume a lei que o institua ou aumente. Conforme já falamos, foi o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, que instituiu o IOF sobre as operações de câmbio e as relativas a títulos e valores mobiliários, e que fixou as alíquotas respectivas (art. 1º, IV e V). Então, porque não pode ser cobrado no exercício em que o imposto foi instituído, ou aumentado, à luz do que está expresso no § 29, do art. 153, da Constituição, segue-se que é inconstitucional o art. 4º, do referido Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, quando estabelece ou autoriza a cobrança do IOF sobre a operação de câmbio mediante a alíquota nele fixada, no exercício de 1980.

IX

Reconheço que a doutrina, praticamente unânime, é no sentido de que o tributo deve ser instituído por lei em sentido formal, não podendo o decreto-lei criar ou instituir tributos. Todavia, a jurisprudência não acompanhou a doutrina, no passo. Tanto este Tribunal quanto a Corte Suprema já decidiram que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, criar ou instituir tributos. Por tal razão, não acompanho o voto do eminente Ministro Relator, quando dá pela inconstitucionalidade total do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980.

Assim, em conclusão, meu voto é no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980, quando estabelece ou autoriza a cobrança do IOF sobre operações de câmbio mediante a alíquota nele fixada, no exercício de 1980. A cobrança do citado tributo, portanto, no exercício de 1980, é que é inconstitucional.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, realmente, não tinha assistido o relatório e nem o debate, mas, nos termos do Regimento e com os sucessivos pedidos de vista, achei que devia inteirar-me do assunto, e assim o fiz.

Como os eminentes Ministros desta Casa, que me precederam, já esgotaram praticamente o tema, do ponto de vista doutrinário, pareceu-me, justamente por isso, que deveria pesquisar através dos seus votos, para firmar e formar o meu convencimento. Sinteticamente, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, a cujo voto rendo as homenagens do meu apreço e grande admiração, bem como ao do eminente Ministro Justino Ribeiro — sempre tão ponderado e que, parece, vai obtendo as graças da maioria desta Casa — dou o meu apoio ao voto, muito brilhante e, a meu ver, altamente esclarecedor, do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que assim o concluiu (lê).

Adotando suas conclusões e a brilhante fundamentação, que a embasou, dou pela constitucionalidade, quer do decreto-lei quer da própria cobrança.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente, a ressalva constante do § 29, do art. 153, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a EC nº 8, de 1977, cuida, tão-somente, da «tarifa alfandegária» e a de «transporte», do «imposto sobre produtos industrializados» e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos na Constituição.

No caso dos autos, segundo apreendi, o tributo instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, não teve o apoio de lei complementar que o autorizasse, como bem demonstrou a sentença recorrida, contrariando, desta sorte, o princípio da anualidade ou anterioridade, resguardado pelo mencionado art. 153, § 29, da Lei Maior.

Com estas breves considerações, tenho como inconstitucional a cobrança, no exercício de 1980, do Imposto sobre Operações de Crédito, câmbio e seguro, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783 do mesmo ano e autorizada pela Resolução nº 610 e Circular nº 523, do Banco Central.

Acompanho, desta sorte, o voto do eminente Ministro Justino Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Na oportunidade do julgamento da arguição de inconstitucionalidade pertinente à AC nº 65.537-SP, declarei em meu voto (vista), *verbis*:

«O controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos está vinculado, segundo entendo, ao confronto direto do texto ou princípio jurídico da Lei Fundamental com a regra que se concebe eivada do vício. A doutrina e a jurisprudência não discrepam no tocante à necessidade de comprovada incompatibilização das normas aferidas, para que se proclame a inconsistência do preceito ordinário no mundo jurídico. Não bastam simples insinuações ou mesmo aparentes conflitos. O postulado da inconstitucionalidade, pelas consequências próprias do sistema, exige que a oposição da regra comum ao dispositivo da Lei Maior seja flagrante, de sorte a não se poder conciliar a sua aplicação».

A contrário senso, quando a Constituição estabelece exceção a princípio que lhe é inerente, como ocorre com o da anterioridade, ou o faz expressamente, a exemplo das tarifas alfandegárias, de transporte e IPI, ou outorga essa tarefa ao legislador, Jamais se pode conceber autorização implícita.

Na espécie, o § 29, do art. 153, da Lei Fundamental, delegou a atribuição à Lei Complementar.

Argumenta-se que o CTN, em seu art. 65, prevê a hipótese. Não me parece que tal dispositivo atenda à previsão fundamental, principalmente ao acréscimo feito pela Emenda nº 8, de 1977, substanciando na expressão «e outros especialmente indicados em lei complementar».

Significa dizer que o legislador constituinte não delegou ao procedimento ordinário a atribuição de indicar tributos a serem alcançados pela exceção. Seu propósito ficou expresso quando ordenou que à lei complementar competia, especialmente, essa tarefa.

Ora, se assim é, forçoso é reconhecer que o art. 65, do Código Tributário Nacional, não se presta a tal empreendimento, visto como não identifica a espécie, como seria de desejar, por força do mandamento constitucional.

Advirta-se, por oportuno, que este caso é diametralmente oposto àquele em que se discutia a constitucionalidade da regra contida no § 3º, do art. 85, do CTN, relativamente à parcela para custeio do lançamento e arrecadação do ITR. A autorização da Lei Maior foi observada no ordenamento próprio, ou seja, a lei complementar.

No particular, somente seria viável contornar o princípio da anterioridade se o CTN, como lei complementar que é, especificasse o tributo, de sorte a propiciar mais uma exceção, nos moldes permitidos pelo citado § 29, do art. 153, da Emenda de 1969. Tal colocação afasta debates doutrinários sobre revogação ou recepção.

Por último, devo assinalar que a inconstitucionalidade não afeta o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, mas, tão-somente, os atos que impuseram a cobrança do imposto, naquele exercício. Com efeito, a vigência deveria, mesmo, anteceder ao ano de imposição do tributo, conforme se deflui do texto constitucional. O que se proíbe é a concomitância dos momentos, vale dizer, da instituição e da imposição tributária.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de declarar inconstitucionais os atos que determinaram a cobrança do IOF, no ano de 1980 (Resolução nº 610 e Circular nº 523).

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Suscitou o impetrante nos autos a ineficácia constitucional, no exercício de 1980, da exigência do imposto sobre operações

financeiras, no tocante a câmbio, cogitada no Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, invocando o princípio da anterioridade da lei ao exercício de cobrança, consubstanciado no § 29, do art. 153, da Constituição Federal vigente, debate ampliado pelo eminente Ministro Pedro Aciofi, quando entendeu, ao levantar o presente incidente, ocorrer in casu quebra do princípio da legalidade estrita, já que a Lei Maior não autoriza a alteração de alíquotas ou bases de cálculo do IOF, ou sua ampliação de campo de incidência através de ato do Executivo.

Posicionando-me diante das teses em conflito, inicialmente devo, *data venia*, antecipar o meu entendimento de que com a edição da cláusula «inclusive normas tributárias» ao art. 55, da Constituição Federal introduzida pela EC nº 1/69, quis o legislador constituinte erigir o decreto-lei em instrumento formal hábil a instituir tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo, afastando-se, assim, sob esse aspecto, do critério anterior de compreensão do princípio da legalidade, no seu perfil clássico, estrito, rígido, construído sobre uma realidade histórica e jurídica, sobre uma dinâmica econômica e social, hoje profundamente transformadas.

No particular, afigura-se-me que reduzir o alcance da cláusula referida apenas à edição de normas procedimentais de direito tributário será esquecer-se que essa área se insere nos domínios do direito administrativo formal, e, de outro lado, subtrair-lhe a outorga de competência para criar tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo será esvaziá-la de conteúdo e minimizar a inovação constitucional introduzida.

Em que pesem autorizadíssimas opiniões em contrário, a partir de mestre Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, pág. 460 — 1ª ed., Limitações Const. ao Poder de Tributar — pág. 49, 5ª ed.) passando pelos professores Manuel Gonçalves — Curso de Direito Cons. 4ª ed., pág. 210, Gerd Rottman — RDA 109/11, Geraldo Ataliba — O decreto-lei na Constituição Federal de 1967, e em palestra na Universidade Católica de São Paulo), o certo é que, no momento, o constitucionalismo positivo brasileiro, ultrapassou o princípio da legalidade estrita, como o reconhecem Hamilton Dias de Sousa (Estrutura do Imposto de Importação no CTN, pág. 55), Américo Lacombe — (Imposto de Importação, pág. 82) Fábio Fanucchi (Incentivos Fiscais às Pessoas Físicas, pág. 8), Valter Streicker (RDP 24/110), Alberto Xavier (Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, pág. 22 e segs.).

Aliás, Hamilton Dias de Sousa, em excelente trabalho de direito comparado, constante da coletânea «Comentário ao CTN», vol. 1/28, cap. Sistema Tributário Nacional, desenvolvendo idéias já antecipadas na monografia antes citada, mostra amplamente o evoluir do princípio da legalidade tributária da sua feição rígida para a flexível, e da prevalência dessa segunda postura, sob pena de estabelecer-se um vazio entre seu conceito doutrinário e a prática observada na realidade jurídica, adiantando que países que adotam a formulação rígida, na prática legislativo-tributária, consagram a adequação do decreto-lei ao contexto da legalidade tributária.

À luz dessas premissas, dou o Decreto-Lei nº 1.783/80 como instrumento hábil a instituir o IOF sobre operações de câmbio.

Resta agora examinar a tese da *vacatio* constitucional invocada pela impetrante.

Sob esse enfoque, em primeiro lugar, acentuo que os arts. 9º, e II, e 65, do Código Tributário Nacional se restringiram a repetir a EC nº 18/66, sob cuja égide foi editada a Lei nº 5.172/66, e, assim, nada inovaram ou acrescentaram ao ordenamento jurídico positivo brasileiro; de outro lado, tais preceitos se tornaram incompatíveis com o § 29, do art. 153, da Constituição emendada em 1969, em a nova redação dada, quando ali incluiu sob o rigor da anterioridade da lei ao exercício de cobrança outros tributos que não somente os da renda e patrimônio, e excluiu da ressalva o IOF, anteriormente nela compreendido; outrossim, a nova cláusula «outros especialmente indicados em lei complementar» não tem a força repristinatória de restaurar aqueles preceitos do Código Tributário Nacional, de uma parte, porque, evidentemente, a norma se dirige ao legislador complementar futuro, de outra, porque, como já frisado, tais precei-

tos não têm conteúdo próprio, porquanto meramente repetitivos dos dispositivos, correspondentes da EC n.º 18/66, nada agregaram à ordem jurídica, nada regularam, e, assim, tiveram a sorte dessa Emenda, incompatível, nesse pormenor, com ordenamento constitucional posterior.

Não se argumente *data venia* com a teoria da recepção, pois, sob essa perspectiva, o que a Constituição nova recebe é a lei ordinária preexistente com ela compatível e portadora de vigência, e não a norma já revogada anteriormente; frise-se que da tese de Kelsen invocada, não se pode inferir *concessa venia* que ele tenha admitido a força re-*pristinatória* da nova Constituição, independentemente de texto expresso nela estatuído, mas, ao revés, só comunicaria sobrevivência à lei anteriormente em vigor, não revogada.

Acrescente-se que o Pretório Excelso já teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema, como se vê do RE n.º 81.122, (RTJ 80/122) havendo repellido a construção em torno do efeito meramente suspensivo da força de lei anterior, incompatível com a nova ordem constitucional, afastando a tese da restauração da sua eficácia quando vier a compatibilizar-se com ordenamento futuro, sem embargo de notável voto vencido do ministro Leitão de Abreu.

As considerações tecidas com fulcro na extrafiscalidade, tendentes a excepcionar o IOF do cânone da anterioridade da lei ao exercício financeiro de cobrança, embora respeitáveis, são endereçáveis ao legislador constituinte ou complementar futuro, sendo certo que a Constituição atual as desestimou, e o legislador complementar, até o momento, se manteve silente a esse respeito.

Assinale-se que a extrafiscalidade, como salienta Alfredo Becker (Tema Geral do Direito Tributário, pág. 260) é antes uma categoria de finanças públicas, de política financeira e que só vale no campo do Direito na medida em que é por ele recebido.

É certo que o constitucionalismo brasileiro vem revelando inclinação no sentido de reduzir o campo de abrangência do princípio ora comentado, mas não é menos certo que estamos diante de uma garantia constitucional que não pode ser mutilada por construção, ou assemelhação, sem apoio em texto positivo, e que as exceções admitidas devem ser interpretadas *nemerus clausus*.

Admitidas as premissas de adequação do decreto-lei que o princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro de cobrança, pela sua sede constitucional, só pode transigir com as exceções expressas em texto qualificado e, ainda, que o IOF não foi contemplado pelo legislador constituinte entre as hipóteses excepcionadas, cabe, por fim, assentar-se se o imposto em causa pode ser validamente cobrado no exercício financeiro de 1980, ou se a eficácia do diploma legal em foco se compreende no contexto do cânone da anualidade comentado.

A esse propósito, de início, é de anotar-se que o fato de o diploma legal em apreço haver proclamado que o mesmo entraria em vigor na data da sua publicação não prejudica o deferimento eficaz da cobrança, consoante o ensinamento de mestre Baleeiro, *verbis*:

«Pouco importa que a lei, ao criar ou majorar tributo determine a sua vigência a começar da data da sua publicação; é dispositivo cuja execução ficará diferida até o começo do exercício financeiro seguinte à data de sua publicação» (Dir. Trib. Bras., pág. 82).

Esse, aliás, o entendimento adotado no RE 85.373, pelo Alto Pretório, Rel. o eminente Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 83/501), como se vê, em especial, do voto do Min. Moreira Alves.

Por igual, o Plenário deste Tribunal sancionou a mesma tese, no relativo ao Decreto-Lei n.º 94/66, no incidente de inconstitucionalidade suscitado na REO 79.033, de que foi Relator o eminente Ministro Pedro Acioli, em decisão unânime (RTFR 72/1).

Ressalte-se que o próprio § 29 fala em «lei em vigor antes do exercício financeiro», mostrando que, em sua linguagem a vigência não se confunde com a eficácia, isto é, com a disponibilidade da lei para produzir efeitos jurídicos típicos, distinção perfeitamente válida no campo da chamada «pragmática jurídica».

Pelo exposto e com a devida vênia aos doutos votos em contrário, o meu voto é no sentido de dar pela constitucionalidade do decreto-lei cogitado, mas confiro-lhe eficácia para cobrança só a partir de 1-1-81, nos termos do art. 153, § 29 da C. Federal vigente, carecendo de suporte constitucional para 1980 os atos impugnados do Banco Central.

Não conheço das preliminares, por não constituir matéria constitucional.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Sobre dizer-se que o art. 65 do Código Tributário Nacional foi revogado ao advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, argüi-se a inconstitucionalidade da exigência, no exercício de 1980, do imposto sobre operações financeiras, com base no Decreto-Lei nº 1.783, daquele mesmo ano. Alega-se que a facultade de alterar alíquotas desse tributo, ínsita na norma complementar, não pode prevalecer, porquanto carece de previsão expressa no texto básico, como acontece com relação aos impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados (artigo 21, itens I, II e V). O princípio ditado pela Emenda Constitucional nº 18/65 (art. 14, II, § 1º) e acolhido pela Carta de 1967 (art. 22, item VI, § 2º) teria deixado de subsistir no novo comando constitucional, com reflexo imediato na legislação secundária. Em decorrência, a cobrança do tributo, no próprio exercício em que foi editado o mencionado Decreto-Lei nº 1.783, padeceria de eiva de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da anualidade.

Essa a **questio juris**.

Assim, afasto de plano, **data venia**, a eiva de inconstitucionalidade que, igualmente, se pretende atribuir a esse diploma legal, por haver sido expedido pelo Poder Executivo.

É que, a par de compreendido entre aqueles atos autorizados pelo art. 55, item II, da Carta Política, em sua elaboração obedeceu-se, seguramente, a sistemática do processo legislativo, no caso adotado. É, portanto, lei, no sentido constitucional. Ou para usar o lúcido escólio de Pontes de Miranda: «Não se trata, propriamente, de decreto-lei, mas de lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro de certo prazo), ou de decreto-lei com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional» («Com. à Const. de 1967», Tomo III, pág. 138).

Aliás, o Professor Geraldo Ataliba deixou claro o ponto da controvérsia, ao enfatizar, da tribuna, que seus representantes em nenhum momento argüiam a inconstitucionalidade do diploma legal em tela. O que «se pede e se espera» — acrescentou — «é que o mesmo seja aplicado com a eficácia que a Constituição prevê, isto é, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte ao da sua publicação». E explicitou: «Inconstitucionais são os atos de sua exigibilidade no mesmo exercício em que veio a lume».

Balizado, assim, o tema da discussão, cumpre observar, desde logo, que o princípio da anualidade na cobrança de imposto nunca foi absoluto no nosso ordenamento jurídico.

Em regra, nenhum imposto será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o tenha instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro. Mas esse princípio sempre esteve sujeito a limitações, ditadas pelos interesses maiores da política financeira do Estado.

A Constituição em vigor dispõe, no art. 153, § 29, *in verbis*:

«§ 29. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a do transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.»

Assim, na gama das ressalvas, o legislador constitucional teve presente a natureza do tributo e a urgência das providências governamentais na sua exigência.

Ora, sob esse prisma, não se pode excluir da ressalva constitucional o imposto sobre operações financeiras, pois que outro tratamento não requer o seu caráter excepcional, adstrito aos objetivos da política monetária. Por sua finalidade, guarda a natureza da tributação extrafiscal de que fala Becker, «de um instrumento de «intervenção» estatal no meio social e na economia privada» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário» 2ª ed. pág. 536). Daí porque a Emenda Constitucional nº 18/65 permitiu ao Poder Executivo, nas condições e limites da lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo, para ajustá-lo aos objetivos dessa política. Daí porque a faculdade vem expressa no malsinado art. 65 do CTN, e a convalidou o art. 22, item VI, § 2º, da Constituição de 1967.

Objeta-se, ao revés, que o texto primitivo do § 29 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, não se referia a outros impostos «especialmente indicados em lei complementar», como consta da atual redação, dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977. À falta dessa previsão no texto originário, somada ao tratamento dispensado ao tributo no seu art. 21, debita-se a revogação do preceito complementar.

Todavia, *data venia*, não vislumbro essa revogação. Nem há que falar em repristinação, como querem outros.

Note-se que Aliomar Baleeiro, tantas vezes citado neste caso, não fala em revogação da norma complementar. Refere-se o saudoso mestre à falta de sustentação constitucional. São suas palavras: «Assim, o art. 65 do CTN, já não tem sustentáculo constitucional» (Direito Tributário Brasileiro», pág. 279, 1ª ed.). Inobstante, malgrado a admiração e respeito que devoto ao pranteado jurista, a asserção, a meu ver, informada na redação literal do texto da Lei Magna, não reflete a *mens legislatoris*.

Em realidade, não se pode aferir o alcance da norma constitucional da avaliação gramatical do seu texto. A Constituição tem de ser compreendida como um todo, um corpo harmônico, sob o enfoque dos princípios que a norteiam, e não visualizada ao exame isolado de suas regras. Afonso Arinos, ao cuidar da noção clássica da rigidez ou flexibilidade das Constituições, formulada por Lord Bryce, anota a correta observação dos juristas hodiernos de que «o caráter escrito das Constituições não limita ao texto nela contido toda a matéria constitucional» («Curso de Direito Constitucional Brasileiro», pág. 56, V, I). Aqui, revela-se a procedência dessa assertiva. O anúncio da alteração de alíquotas do tributo em comento, no capítulo da competência tributária da União, constituía demasia, pois, a previsão já era objeto de lei complementar. Ora, a lei complementar, doutrina o Professor Geraldo Ataliba, tem no seu próprio nome a expressão de sua função: «completar a Constituição» («Lei Complementar e Constituição», Ed. RT, 1971, pág. 5). São aquelas leis que completam os dispositivos constitucionais, tornando-os cabalmente eficazes e desenvolvendo os princípios neles contidos. E na sua função de completar a norma constitucional, de executá-la, fazer valer e desenvolver os seus princípios, tem de ser considerada como parte integrante da Constituição.

Por outro lado, irrelevante era que o § 29 do artigo 153 da Lei Básica, na sua redação originária, deixasse de se referir, ao ditar ressalvas ao princípio da anualidade, a outros tributos «especialmente indicados em lei complementar», como o faz o texto vigente. É que, ao excepcionar daquele princípio os «casos previstos nesta Constituição»,

segundo as exatas expressões do mencionado texto, o legislador tinha em mente, sem dúvida, o Código Tributário Nacional — que se integrava, lei complementar que é — ao texto básico numa simbiose harmônica, na formulação dos princípios norteadores do sistema tributário. A atual redação do § 29, apenas explicitou o que estava implícito, à evidência.

Destarte, firmado esse ponto, convém ressaltar, de outra parte, que o § 29 do art. 153 da Constituição Federal, contém normas autônomas que desautorizam uma exegese uniforme, como me parece vem ocorrendo.

Há que distinguir a anterioridade da lei e o princípio da anualidade: uma cousa é a criação do tributo, sua instituição, outra, a sua cobrança. Comentando o preceito diz Manuel Gonçalves de Oliveira: «A Constituição ergue duas garantias para a segurança tributária: uma, a legalidade tributária; outra, o princípio de que a cobrança do tributo só é possível em exercício financeiro posterior à sua fixação» («Com. à Constituição Brasileira», 3º vol., pág. 112). E adiante: «Com efeito, com a referência a exigir tributo, o que a Constituição quer dizer é instituir e cobrar esse mesmo tributo» (ob. cit. página 113).

A exigência do tributo pressupõe prévia previsão legal; já sua cobrança, em regra, se faz no exercício financeiro que se segue ao da sua instituição. A cobrança, no mesmo exercício, com exceção, a meu ver, dos impostos extraordinários lançados por motivo de guerra (art. 22 da CF), diz respeito à alteração de alíquotas ou de base de cálculo daqueles tributos especialmente referidos na ressalva constitucional. Basta nesta hipótese, que a lei anterior tenha criado o imposto ou a tarifa. Vale dizer: o tributo cobrado no mesmo exercício é aquele já instituído por lei anterior, e cujas alíquotas ou base de cálculo foram alteradas, de acordo com a previsão constitucional.

Partindo dessa premissa, impõe-se, **in casu**, indagar se houve criação de imposto novo ou simples aumento de alíquotas, com apoio no art. 65 do Código Tributário Nacional.

Para tanto, vejamos a legislação pertinente.

A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, alterada pelo Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, instituiu o tributo em foco, incidente «nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras», cobrado com as seguintes alíquotas:

I — empréstimos sobre qualquer modalidade, as aberturas de crédito, e os descontos de títulos — 0,3%;

II — seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho — 1,0%;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados, excluídos o resseguro, o seguro de crédito e exportação e o de transporte de mercadorias em viagens internacionais — 2,0%.

Já o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, estabeleceu que o imposto «incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas» (art. 1º):

I — empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez;

II — seguro de vidas e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: 2% sobre o valor dos prêmios pagos;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: 4% sobre o valor dos prêmios pagos;

IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;

V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação.

Cotejando os textos, temos que com a nova lei houve alteração de alíquotas do imposto já anteriormente instituído, quanto:

a) empréstimos sob qualquer modalidade, abertura de crédito e descontos de títulos: a alíquota que era de 0,3% passou a 0,5%;

b) seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: a alíquota que era de 1,0% foi alterada para 2%;

c) seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados; a alíquota de 2,0% foi aumentada para 4%.

E mais: que a lei nova abrangue as demais hipóteses não consideradas na legislação anterior. Isto é, houve instituição de tributo novo, no que tange à incidência sobre operações de câmbio (15% sobre o valor da operação) e operações relativas a títulos e valores mobiliários (10% sobre o valor da operação).

Ora, em assim sendo, o art. 65 do Código Tributário Nacional — que considero vigente, *data venia* — só tem aplicação na espécie, em relação àqueles impostos já instituídos. A cobrança das alíquotas alteradas, sob comando desse diploma legal, se me afigura perfeitamente legítima.

O mesmo porém, não ocorre, no que concerne aos tributos incidentes sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários. Porque não instituídos anteriormente, nestas hipóteses não prevalece a ressalva constitucional do § 29 do art. 141 da Lei Básica, dirigida, como acentuamos, a permitir, com exceção do tributo de guerra, a alteração de alíquotas e base de cálculo de tributos já instituídos. E se os impostos referidos nos itens I a III da lei em comento não estavam instituídos, não há que falar em alteração de alíquotas, mas de nova incidência, como novo fato gerador. Vale dizer: no particular, a incidência com base em fato gerador não previsto na lei anterior implica em tributação nova, não abrangida portanto pelo artigo 65 do CTN, que apenas autoriza, por força da ressalva constitucional, alterar as alíquotas ou bases de cálculo do imposto já instituído, nas condições e limites estabelecidos em lei.

Note-se, neste passo, por oportuno, que o Código Tributário Nacional não instituiu o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos mobiliários. O Código não instituiu tributo, apenas dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e estabelece normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Bem a propósito, o correto comentário do Juiz Federal, Dr. Hugo de Brito Machado, em seu «Curso de Direito Tributário», que não me furto ao prazer de citar. Diz ele:

«A Lei n.º 5.143, de 20-10-1966, que instituiu o imposto sobre operações financeiras, em seu art. 1.º, estabeleceu que esse imposto «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I — no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro o recebimento do prêmio.»

Como se vê, somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipóteses de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se, não instituiu tributo. Ele apenas estabelece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente, ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu sua competência tributária integralmente. Há, assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que

pertence à competência tributária da União mas não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do legislador ordinário federal» (Obra cit., págs. 265/266, ed. Resenha Tributária, SP)

Na nova lei foi utilizada, integralmente, a competência tributária, quanto a essa espécie de tributo, vindo a par de aumento de alíquotas de incidências já instituídas, aquelas hipóteses que a legislação anterior não contemplara.

Em consequência, desse breve esboço, extraio as seguintes conclusões:

1. Permanece vigente o art. 65, do Código Tributário Nacional, e via de consequência, se inclui na ressalva do § 29, do art. 141, da Constituição, a autorização que preconiza, de alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto sobre operações financeiras;

2. O Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, é ato legislativo válido, conformado aos ditames da Carta Política;

3. Não há eiva de inconstitucionalidade na cobrança, no mesmo exercício em que foi editado esse diploma legal, dos impostos de que cuidam os itens I, II e III, de seu art. 1º, posto que no caso ocorreu simples aumento de alíquotas de incidência anteriormente instituídas, ao abrigo da ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição;

4. Por falta de previsão legal anterior, os impostos sobre operações de câmbio e operações relativas a valores mobiliários de que tratam os itens IV e V, do art. 1º, do referido decreto-lei, não podem ser exigidos no próprio exercício financeiro em que foram instituídos. A lei, no particular, permaneceu, no ano de seu advento, «sancionada, mas ineficaz, como a Bela Adormecida no bosque», para usar a pitoresca expressão de Aliomar Baleeiro, ao cuidar do tema da legalidade e da anualidade tributária («Limitações Constitucionais do Poder de Tributar», 2ª ed., pág. 68).

É como voto, **data venia**.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, ao se ocupar da partilha tributária entre as pessoas de direito público interno, deixou consignado que à União competia o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

A Carta Política atualmente em vigor no artigo 21, é explícita ao referir-se à competência outorgada à União para instituir os impostos que menciona, entre os quais, está no inciso VI, o que incide sobre operações financeiras, o IOF, que ora ocupa a atenção do Tribunal.

Do que se vê, a Emenda nº 18 não instituiu esse tributo, mas simplesmente autorizou a União a criá-lo, o que veio a se verificar com a Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966.

O seu artigo 1º é expresso quando dispõe que o imposto assim instituído, «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras».

As hipóteses de incidência eram somente estas.

O Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, ampliou o campo de incidência do imposto de modo a atingir também as operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários.

Pelas figuras então criadas, o Decreto-Lei nº 1.783 tornou devido o imposto a partir de 22 de abril de 1980, data de sua publicação, explicita-se, no mesmo exercício de sua instituição.

Discute-se aqui se assim dispondo, terá sido desatendido o princípio da anterioridade consagrado no § 29, artigo 153, da Constituição, na redação da Emenda nº 8, de 14 de abril de 1977.

A União Federal sustenta que não, porque: 1º) o IOF se destina à formação de reservas monetárias (§ 4º, art. 21, da Constituição); 2º) lei complementar o exclui da norma (artigos 9º, I e II, e 65 do Código Tributário Nacional); e 3º) o decreto-lei em questão integra o conjunto de medidas necessárias à reformulação das políticas monetária e fiscal do País.

Dispõe o § 4º, artigo 21, da Constituição: «a lei poderá destinar a receita dos impostos enumerados nos itens II e VI à formação de reservas monetárias ou de capital para financiamento de programa de desenvolvimento econômico».

O imposto do item VI mencionado no texto, recorde-se, é o IOF.

Logo, é indubitoso que ele poderá ter destinação específica, desde que nesse sentido exista lei expressa.

No que se refere ao imposto instituído para incidir sobre as operações de crédito e seguros, essa destinação é expressa, visto como a Lei nº 5.143/66 assim o indica.

Leio o contido no artigo 12:

«... a renda líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias as quais serão aplicadas, pelo Banco Central da República do Brasil, na intervenção dos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional».

O Decreto-Lei nº 1.783/80, ao estender o imposto a outras hipóteses de incidência, nada disse a respeito de sua destinação, pelo que se há de concluir que a previsão do texto constitucional («a lei poderá») não se acha atendida.

Mas, para argumentar, admita-se que a utilização tivesse sido prevista, nem por isto, entretanto, digo eu, ter-se-ia que aceitar como correta a tese defendida pela União.

É que segundo a melhor doutrina, essa circunstância, por si só, não possui qualquer influência sobre a natureza do tributo.

Leio o que a propósito escreve Alfredo Augusto Becker («Teoria Geral do Direito Tributário», pág. 261):

«A regra jurídica que disciplinar a destinação e utilização de tributo é regra jurídica de natureza «administrativa.»

«... a invalidade da regra jurídica administrativa que disciplina a «destinação» do tributo «não acarreta a invalidade da regra jurídica tributária que disciplina a «receita» do tributo.»

«Nada tem com a «decretação» do imposto a sua «destinação». A decretação do imposto pode ser acorde com a Constituição, e «não o ser a sua destinação», ou vice-versa.»

Esta última afirmação é de Pontes de Miranda, como está anotado à nota 4, ao pé da página 261 da obra.

Antônio Roberto Sampaio Dória em livro lançado em 1964 sob o título «Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula «Due Process of Law», escreve à página 62, que os impostos editados com destinação específica, nem por isto têm alterada a sua natureza, «mas revela ao contribuinte, explicitante, a aplicação prevista ao sacrifício econômico que lhe é exigido, dando-lhe, destarte, ensejo para contrastar sua validade».

Wilhelm Gerloff sustenta que o imposto financeiro é sempre fiscal, isto é, seu objetivo primeiro é a obtenção de fundos e se se fala a respeito de uma imposição social,

isto diz respeito tão-somente à estrutura do imposto «pero nunca al empleo del rendimiento tributário» (Tratado de Finanzas — El Ateneo — Vol. II, pág. 218).

Cita, a seguir, Stein, para quem a forma segundo a qual se devem utilizar os impostos em sua finalidade social não deve ser objeto da Ciência das Finanças, mas unicamente da administração interna para as quais não há limites.

Conclui a citação com estas palavras:

«... nada es más fácil que formular exigências al Estado en nombre de la misión social general en sí; pero por el contrario nada es más serio y más difícil que establecer el limite infranqueable de tales exigencias, en nombre de la ciencia financeira».

Porque a destinação específica de um imposto em nada lhe altera a natureza, segue-se que essa circunstância não possui o mérito de tornar inaplicável qualquer garantia constitucional, inclusive a da anterioridade do tributo.

O § 29, artigo 153, da Constituição, na redação da Emenda nº 8, de 14 de abril de 1977, excetua do princípio,

«a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição».

Por inoportuno, nada direi sobre os três primeiros indicados (tarifa aduaneira, tarifa de transporte e IPI).

Tecerei comentários em torno dos impostos especialmente indicados em lei complementar», e «os demais casos previstos na Constituição».

A União assevera que existe lei complementar que exonera o IOF do princípio da anterioridade. Ela seria o Código Tributário Nacional, artigos 9º e 65.

Lembro que o artigo 9º, item I, veda a instituição ou majoração de tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvado quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65.

Os artigos 21 e 26 dispõem que os impostos neles aludidos (de importação e de exportação), nas condições e nos limites estabelecidos em lei, podem através de ato do Executivo ter alteradas as alíquotas ou as bases de cálculo, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

A norma, é óbvio, não se aplica ao imposto sobre operações financeiras.

O artigo 65 repete a regra no atinente ao IOF, agora com o objetivo de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Ao comentar o dispositivo, Aliomar Baleeiro («Direito Tributário Brasileiro» — 10ª edição, página 278), após anotar que ele repetia o artigo 22, § 2º, da Constituição de 1967, recorda que com a Emenda nº 1, de 1969, foi ela suprimida, visto como manteve a faculdade para os impostos de importação, de exportação e o IPI.

Daí a seguinte observação que faz à página 279:

«Assim, o art. 65, do CTN, já não tem sustentáculo Constitucional».

Fábio Fanucchi («Escritura Atual do Código Tributário Nacional», pág. 57, nota 27 A), é mais explícito:

«A autorização de alterabilidade de alíquota e bases de cálculo por ato do Executivo, que expressava este dispositivo não mais existe depois da Emenda nº 1/69.»

Geraldo Ataliba em sua sustentação oral com justeza, enfatizou esse fato e concluiu no sentido de que a disposição do Código por ser mera repetição do texto constitucional, jamais teve força e efeito próprios.

Face ao exposto, concluo no sentido de que o IOF não foi contemplado como executado ao princípio da anterioridade por lei complementar.

Examinemos por derradeiro, se o imposto sobre operações financeiras está incluído na fórmula «demais casos previstos nesta Constituição», última exceção arrolada no § 29, artigo 153.

Aliomar Baleeiro ao estudar o princípio da anualidade e destacar o entendimento que inspirou a Emenda nº 18, de 1965, no sentido de dispensar a exigência tributária à inclusão no Orçamento ao argumento exposto pelo então Ministro da Fazenda, Otávio Gouveia de Bulhões, de que «se a Constituição prevê a possibilidade de aumento de despesas durante a execução orçamentária, é indispensável que admita, também, o aumento da receita dos impostos» — à página 25 do seu clássico «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 6ª edição, ocupa-se da exceção englobada nos «demais casos», «e que são», destaca:

«o imposto de exportação (art. 21, II, *in fine*) o imposto único, do art. 21, VIII, quando se tratar de importação nele referidos; as contribuições especiais ou parafiscais do art. 21, § 2º, I.»

Conclui o pensamento com estas palavras: «Não há outros casos previstos na Constituição».

O IOF, vê-se, não compõe o elenco, pelo que dispensável se torna qualquer comentário a respeito.

O autor citado na obra indicada, faz longo estudo em torno da exigibilidade da cobrança do imposto desde que autorizada no Orçamento.

À página 78, recorda que desde o Império até a República, o Brasil sempre respeitou esse princípio. «De Pimenta Bueno a Amaro Cavalcanti, de Roure a Dídimo, de Rui a Carlos Maximiliano, de Aurelino Leal ao Código de Contabilidade, pululam os depoimentos», é sua assertiva.

A Subprocuradoria-Geral da República com apoio no autor em citação e em precedentes jurisprudenciais, destaca que em dezembro de 1958, foram decretadas majorações do imposto de consumo e de selo, depois do Orçamento de 1959, a fim de serem cobradas no exercício deste ano.

Isto é exato, e os Acórdãos são numerosos. Estão mencionados às páginas 79 a 82 do «Limitações».

Ao fazê-lo, entretanto, faz crítica acerba. Alude a «paradoxo muito brasileiro»; «violação... com o «placet» dos mais altos tribunais»; «... jurisprudência que se choca com um século de práticas financeiras pacíficas»; «... mau exemplo (que) contaminou o âmbito federal...»; «a Nação imitou a balbúrdia de algumas prefeituras anarquizadas» (3ª edição, pág. 79).

Ao que sinto, o Decreto-Lei nº 1.783/80, ao instituir em 1980 o IOF para incidir sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores imobiliários, para ser arrecadado no mesmo exercício, feriu o princípio da anterioridade pelo que se impõe a declaração de sua inconstitucionalidade.

É o que ora faço.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inconst. na AMS nº 91.322 — SP — Reg. nº 3.312.557 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte. ex officio: Juízo Federal da 8ª Vara. Apte.: Banco Central do Brasil. Apda.: COBRASFER — Cia. Brasileira de Ferramentas. Advs.: José Reinaldo de Lima Lopes, Leo Krakowiak e outros, Geraldo Ataliba, José Paulo Bezerra de Souza e Luiz Carlos Bettiol.

Decisão: O Tribunal, prosseguindo no julgamento, por maioria absoluta de seus membros (art. 175, § 2º, do RITFR), julgou inconstitucional a cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras no exercício de 1980, vencidos, em parte, os Srs. Mins. Relator, Américo Luz e Flaquer Scartezzini, que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.783/80 e, vencidos totalmente os Srs. Mins. Pádua Ribeiro, Washington Bolívar, Lauro Leitão e José Cândido que rejeitavam a arguição de inconstitucionalidade. (Em 29-11-81 — T. Pleno).

Votaram de acordo com a conclusão do voto do Sr. Ministro Justino Ribeiro, os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante e Jarbas Nobre. Não participou do julgamento o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Lavrará o Acórdão o Sr. Min. Justino Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.313-SP
(Registro nº 2.297.515)

Arguição de Inconstitucionalidade

Relator: O Sr. *Ministro Pádua Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara — SP*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelada: *Equipamentos Clark Ltda.*

Advogados: Dr. *Álvaro Celso Galvão Bueno (apte.)*, *Sônia Castro Valsechi e outros (apda.)*

EMENTA Tributário. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Operações de seguro. Arguição de inconstitucionalidade da sua cobrança no exercício em que teve as suas alíquotas aumentadas (Decreto-Lei nº 1.783/80, artigo 1º, incisos II e III).

I — O princípio da anterioridade abrange não apenas os casos de instituição do tributo, mas, também, os de majoração de alíquota, segundo se depreende do julgamento plenário proferido na arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS 91.322-SP e depois renovado na AMS 91.148-RJ.

II — Arguição julgada prejudicada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgar prejudicada a arguição de inconstitucionalidade, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de outubro de 1982.

JOSÉ DANTAS, Presidente — PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), que, no tocante a seguros, teve as suas alíquotas majoradas no mesmo exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.783/80 (art. 1º, incisos II e III).

A 4ª Turma, por maioria, em face do art. 176 do Regimento Interno, remeteu o feito ao julgamento deste egrégio Plenário, oportunidade em que fiz o seguinte relatório da controvérsia (fl. 211):

«Equipamento Clark Ltda. impetrou segurança contra ato do Sr. Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, alegando, em síntese, ser inconstitucional, à vista do artigo 153, § 29, da Carta Magna, a exigência das novas alíquotas sobre operações de seguro, no próprio exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, que as elevou de 1% para 2%, no caso de seguro de vida, e de 2% para 4%, na hipótese de seguro de bens, valores, coisas e outros não especificados, acrescidos esses consignados nas Notas de Seguros recebidas pela impetrante.

Contra a sentença (fls. 86/89), integrada pela decisão proferida nos embargos declaratórios, então manifestados (fls. 96/98), que concedeu a segurança e remeteu os autos a esta Corte, apelou o Banco Central do Brasil (fls. 99/118), sustentando, no mérito, a legitimidade do aumento da alíquota questionada no próprio exercício, em que foi editado o citado decreto-lei, que não padece do vício de inconstitucionalidade.

Em suas contra-razões (fls. 120/150), pede a apelada o desentranhamento das razões de apelação (fls. 100 e segs.), desde que referentes a processo diverso, e espera, no mérito, a confirmação da sentença.

Subindo os autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer (fls. 177/207), após arguir preliminar de ilegitimidade **ad causam** do impetrante pelo provimento da apelação, com a cassação do «writ».

Naquele ensejo, após repelir as preliminares suscitadas, assim votei no que interessa a este julgamento (fl. 213):

«No mérito, já me manifestei sobre o tema do voto-vencido, anexo; que proferi no incidente de inconstitucionalidade suscitado na AMS nº 91.322-SP, ocasião em que o Pleno deste Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança do IOF, no tocante às operações de câmbio, no exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.783/80.

Contudo, como o citado precedente versou sobre a incidência do IOF, quanto às operações de câmbio e não com relação às operações de seguro, tal qual na espécie, afigura-se conveniente levar a questão ao exame daquele egrégio Plenário, tendo em conta que as declarações de inconstitucionalidade se fazem, no caso, **incidenter tantum**

É o meu voto preliminar, observando-se o § 1º do art. 176 do Regimento Interno desta Corte.»

Ficou vencido, o Sr. Ministro Carlos Velloso, que proferiu este voto (fls. 230/231):

«O egrégio Tribunal Pleno decidiu, na Arguição de Inconstitucionalidade havida na AMS nº 91.322-SP, que o IOF não está sujeito às ressalvas constitucionais, no que tange ao princípio da anterioridade. Decidiu o Plenário, por isso mesmo, ser inconstitucional a cobrança do IOF, incidente nas operações de câmbio e valores mobiliários, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, art. 1º, IV e V, no exercício de 1980, vale dizer, no exercício da instituição do tributo, tendo em vista o disposto no artigo 153, § 29, da Constituição Federal.

Mas o eg. Tribunal Pleno não ficou só nisso.

Realmente, o IOF sobre operações de câmbio valores mobiliários foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, artigo 1º, IV e V.

O Tribunal Pleno, na Arg. de Inconst. na AMS nº 91.322-SP, decidiu que é inconstitucional a cobrança do referido IOF, no exercício de sua instituição.

Dir-se-á: O Tribunal Pleno teria decidido, nesse caso, a respeito apenas da inconstitucionalidade da cobrança, no mesmo exercício, do IOF instituído ou criado (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, IV e V).

Mas, repito, o egrégio Tribunal Pleno não ficou só nisso.

Na Arguição de Inconstitucionalidade havida na AMS nº 91.148-SP, Relator o Sr. Ministro José Dantas, o Plenário decidiu que é inconstitucional a cobrança do IOF incidente sobre operações de crédito (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, I), no exercício de 1980, pela alíquota aumentada em razão do Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, I. Em tal caso, pois, tem-se aumento de alíquota apenas.

Verifica-se, então, que o Tribunal Pleno já decidiu ser inconstitucional a cobrança do IOF no exercício de sua instituição ou no exercício em que a sua alíquota foi aumentada (neste último caso, inconstitucional é a cobrança pela alíquota aumentada no exercício).

Na hipótese, temos IOF incidente sobre seguros, em que houve, ao que estou informado, apenas elevação da alíquota. Quer-se cobrar o IOF pela alíquota elevada pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, no mesmo exercício em que houve a elevação, 1980.

A questão, é fácil verificar, já está decidida pelo Tribunal Pleno, no sentido da inconstitucionalidade de tal cobrança.

Pelo exposto, com a vênia devida ao Sr. Ministro Relator, entendo desnecessária a remessa do feito ao Tribunal Pleno, tendo em vista o disposto no art. 176 do Regimento Interno. É que conforme acima falamos, a matéria já está decidida pelo egrégio Tribunal Pleno.»

Oficiando nos autos, assim se pronunciou a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 232/236):

«1. Em atenção ao r. Despacho de fl. 232 verso, objetivando o cumprimento do § 1º do art. 176 do Regimento Interno, e a um tempo a v. decisão de fl. 210, que, por maioria, decidiu a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Pleno, para apreciar a inconstitucionalidade argüida, em torno da majoração de alíquotas sobre operações de seguro, no próprio exercício em que for editado o Decreto-Lei nº 1.783/80, cumpre, ratificando o Parecer de fls. 177/207, constante dos autos, aditar o seguinte:

2. Nos pronunciamentos tanto do Banco Central do Brasil como da União Federal, o assunto da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80, foi tratado globalmente quanto ao alcance da anterioridade da lei que os instituiu ou majorou.

3. Pelo que consta da inicial e do voto do eminente Relator, enfoca-se a discussão dos autos, apenas no que concerne no pagamento do imposto, relativamente a sua incidência particularizada aos valores dos prêmios de Apólices de Seguro.

4. A esse respeito, e sem embargo ao prejuízo da tese defendida, englobando todos os tipos de previsão da mencionada lei, vale por oportuno destacar o entendimento do voto do eminente Ministro Jerônimo Ferrante, no ensejo da decisão do AMS nº 91.322, prolatada no Plenário, **verbis**:

«Para tanto, vejamos a legislação pertinente.

A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, alterada pelo Decreto-Lei nº 914, de 7 de outubro de 1969, instituiu o tributo em foco, incidente «nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras», cobrado com as seguintes alíquotas:

I — empréstimos sobre qualquer modalidade, as aberturas de crédito, e os descontos de títulos — 0,3%;

II — seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho — 1,0%;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados, excluídos o resseguro, o seguro de crédito e exportação e o de transporte de mercadorias em viagens internacionais — 2,0%.

Já o Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, estabeleceu que o imposto «incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas» (art. 1º):

I — empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez:

II — seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: 2% sobre o valor dos prêmios pagos;

III — seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados; 4% sobre o valor dos prêmios pagos;

IV — operações de câmbio: 15% sobre o valor da operação;

V — operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação.»

Cotejando os textos, temos que com a nova lei houve alteração de alíquotas do imposto já anteriormente instituído, quanto:

a) empréstimos sob qualquer modalidade, abertura de crédito e descontos de títulos: a alíquota que era de 0,3% passou a 0,5;

b) seguro de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: a alíquota que era de 1,0% foi alterada para 2%;

c) seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: a alíquota de 2,0% foi aumentada para 4%.

«E mais: que a lei nova abrangeu as demais hipóteses não consideradas na legislação anterior. Isto é, houve instituição de tributo novo no que tange à incidência sobre operações de câmbio (15% sobre o valor da operação) e operações relativas a títulos e valores, mobiliários (10% sobre o valor da operação).

Ora, em assim sendo, o art. 65 do Código Tributário Nacional — que considero vigente, *data venia*, só tem aplicação na espécie em relação àqueles impostos já instituídos. A cobrança das alíquotas alteradas, sob comando desse diploma legal, só me afigura perfeitamente legítima.

O mesmo, porém, não ocorre, no que concerne aos tributos incidentes sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários. Porque não instituídos anteriormente, nestas hipóteses não prevalece a ressalva constitucional do § 29 do art. 141 da Lei Básica, dirigida, como acentuamos, a permitir, com exceção do tributo de guerra, a alteração de alíquotas e base de cálculo de tributos já instituídos. E se os impostos referidos nos itens I a III da lei em comento não estavam instituídos não há que falar em alteração de alíquotas, mas de nova incidência, como novo fato gerador. Vale dizer: no particular a incidência com base em fato gerador não previsto na lei anterior implica em tributação nova, não abrangida portanto pelo art. 65 do CTN, que apenas autoriza, por força da ressalva constitucional, alterar as alíquo-

tas ou bases de cálculo do imposto já instituído, nas condições e limites estabelecidos em lei.

Note-se, neste passo, por oportuno, que o Código Tributário Nacional não institui o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos mobiliários. O Código não institui tributo, apenas dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e estabelece normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Bem a propósito o correto comentário do Juiz Federal, Dr. Hugo de Brito Machado, em seu «Curso de Direito Tributário», que não me furto ao prazer de citar. Diz ele:

«A Lei n.º 5.143, de 20-10-1966, que institui o Imposto sobre Operações Financeiras, em seu art. 1.º, estabeleceu que esse imposto «incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador:

I — no caso de operações de crédito a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II — no caso de operações de seguro o recebimento do prêmio».

Como se vê, somente foram definidas como hipóteses de incidência do tributo as operações de crédito e as operações de seguro. As operações de câmbio, assim como as operações relativas a títulos e valores mobiliários não constituem, portanto, hipótese de incidência do imposto em causa. O CTN, repita-se, não institui tributo. Ele apenas estabelece regras a serem seguidas pelo legislador ordinário na instituição dos tributos. O legislador não poderia, legitimamente, ampliar a área de incidência do imposto. A redução desta, todavia, é legítima. Significa que a União não utilizou, não exerceu, sua competência tributária integralmente. Há assim, uma área, compreendendo as operações de câmbio e as operações relativas a títulos e valores mobiliários, que pertence à competência tributária da União mas não foi por ela utilizada, permanecendo à disposição do legislador ordinário federal» (Ob. cit. págs. 265/266, ed. Resenha Tributária, SP).

Na nova lei foi utilizada, integralmente, a competência tributária, quanto a essa espécie de tributo, vindo a par de aumento de alíquotas de incidências já instituídas, aquelas hipóteses que a legislação anterior não contemplara.

Em conseqüência, desse breve esboço, extraio as seguintes conclusões:

1. Permanece vigente o art. 65 do Código Tributário Nacional e, via de conseqüência, se inclui, na ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição, a autorização sobre preconiza, de alteração das alíquotas e bases de cálculo do Imposto sobre Operações Financeiras;
2. O Decreto-Lei n.º 1.783, de 1980, é ato legislativo válido, conformando aos ditames da Carta Política;
3. Não há eiva de inconstitucionalidade na cobrança, no mesmo exercício em que foi editado esse diploma legal, dos impostos de que cuidam os itens I, II e III de seu art. 1.º, posto que no caso ocorreu simples aumento de alíquotas de incidências anteriormente instituídas, ao abrigo da ressalva do § 29 do art. 141 da Constituição;
4. Por falta de previsão legal anterior, os impostos sobre operações de câmbio e operações relativas a valores mobiliários de que tratam os itens IV e V, do art. 1.º, do referido decreto-lei, não podem ser exigidos no próprio exercício financeiro em que foram instituídos. A lei, no

particular, permaneceu, no ano de seu advento, «sancionadas», mas ineficaz, como a Bela Adormecida no bosque», para usar a pitoresca expressão de Iliomar Baleeiro, ao cuidar do tema da legislação e da anuidade tributária («Limitações Constitucionais do Poder de Tributar», 2ª ed. pág. 68).

Dou, pois, provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança».

5. Na esteira desse entendimento, pedimos a cassação da segurança com o provimento da Apelação do Banco Central do Brasil, declarando-se, no Pleno, a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.783/80».

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Este egrégio Plenário, ao julgar a arguição suscitada na AMS nº 92.313-SP, declarou a inconstitucionalidade da exigência do IOF, quanto às operações de câmbio, no mesmo exercício em que foi instituído (Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, art. 1º, inciso IV).

Posteriormente, o mesmo Pleno, por entender que as declarações de inconstitucionalidade se fazem **incidenter tantum**, ao julgar a arguição suscitada na AMS nº 91.148-RJ, declarou a inconstitucionalidade da exigência do IOF, no tocante às operações de crédito, no mesmo exercício em que teve a sua alíquota majorada (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, inciso I).

Diante desse contexto, afigurou-se-me conveniente trazer, também, ao exame deste órgão plenário, a questão da cobrança do IOF, com atinência às operações de seguro, no mesmo exercício em que tiveram as suas alíquotas aumentadas (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, incisos II e III).

Todavia, consoante se depreende do texto constitucional, o princípio da anterioridade abrange não apenas os casos de instituição de tributo, mas, também, os de majoração de alíquota (Constituição, art. 153, § 29).

Com essa linha de raciocínio, proferi longo voto na AMS nº 91.322-SP, em que sustentei o IOF não está sujeito ao princípio da anterioridade (fls. 214/229), tendo, porém, ficado vencido.

Ao assim entender, parece-me que o primeiro julgamento plenário compreende todos os casos de IOF, abrangidos pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, seja aqueles que implicaram na instituição do tributo (operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários), seja aqueles que acarretaram, apenas, como no caso, o aumento das alíquotas (empréstimos, abertura de crédito e descontos de títulos; seguros de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho; seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados).

Com tais esclarecimentos, penso desnecessário que se traga, um a um, ao exame deste Plenário, os feitos que versem sobre casos de instituição ou aumento do IOF, ainda não apreciados.

Por isso, julgo prejudicada esta arguição.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, entendo ser indispensável que o Tribunal se manifeste sobre a inconstitucionalidade dessa exigência fiscal, baseada em dispositivo próprio e distinto, a respeito do qual ainda não se pronunciou em matéria de inconstitucionalidade; fê-lo, cer-

tamente, quanto a outras hipóteses de incidência do IOF, mas, não, a propósito da operação de seguros.

Daí que, ainda que seja para simplesmente reportar-se às razões da inconstitucionalidade daquelas hipóteses, referentemente ao mesmo ano de vigência da lei, deve o Tribunal pronunciar-se sobre a espécie, já que os pronunciamentos anteriores, de natureza **incidenter tantum**, não podem ser estendidos a todas as exigências tributárias distintamente estabelecidas pelo Decreto-Lei nº 1.783/80.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Conheço do incidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, este egrégio Tribunal Pleno já decidiu que é inconstitucional a cobrança do IOF incidente sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários no exercício de 1980, vale dizer, no exercício em que o tributo foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783/80 (Arg. de Inconst. na AMS nº 91.322-SP). Este Tribunal decidiu, outrossim, quanto ao IOF/crédito, que é inconstitucional a sua cobrança no exercício de 1980, através de sua alíquota majorada, por isso que essa majoração deu-se em 1980 (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, I). esse julgamento ocorreu na Arg. de Inconst. na AMS nº 91.148-RJ, Relator Ministro José Dantas. Então, o que este egrégio Tribunal decidiu foi que é inconstitucional a cobrança do IOF no exercício em que foi instituído ou no exercício em que teve a sua alíquota majorada, presente o princípio da anterioridade (CF, art. 153, § 29).

No caso, tem-se a cobrança do IOF/seguro no exercício de 1980, exercício em que este teve a sua alíquota majorada (Decreto-Lei nº 1.783/80, art. 1º, II e III). Essa cobrança, em 1980, é inconstitucional e o Tribunal isso já declarou. Por tal razão, acho que o entendimento do Sr. Ministro-Relator, ora manifestado, é correto. Com a devida vênia, acompanho-o.

EXTRATO DA MINUTA

Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 92.313-SP — Reg. nº 2.297.515 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. Apelante: Banco Central do Brasil. Apelada: Equipamentos Clark Ltda. Advogados: Dr. Álvaro Celso Galvão Bueno (apte.) e Dra. Sônia Castro Valsechi e outros (apda.).

Decisão: O Pleno, por maioria, julgou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade. (Em 7-10-82- Pleno).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Moacir Catunda, Gueiros Leite, Carlos Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli e Américo Luz. Vencidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Washington Bolívar, Torreão Braz, Bueno de Souza e José Dantas, que conheciam da arguição. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira e William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS, Vice-Presidente.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.009 — SP
(Registro nº 0.701.181)

Relator: O Sr. *Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Riachuelo Othon S/A Comércio Importação*

Advogados: *Drs. Carlos Miguel Castex Aidar e outros*

EMENTA: «Tributário. Imposto sobre Serviços de Transporte. ISTR. É inconstitucional, porque ofensivo ao preceito do art. 21, inciso VII, da Carta Magna, o art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.438/75, ao conceituar como contribuinte do ISTR a pessoa física ou jurídica que transporte em veículo próprio mercadorias ou bens de sua propriedade destinados a comercialização. Conflita, também, o mesmo dispositivo legal, com as normas dos artigos 69 e 70 do CTN, nos quais se estabeleceu que a base de cálculo do tributo em questão é o preço do serviço e se definiu como contribuinte o prestador do mesmo serviço. Inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Pleno».

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, julgar prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77 em face da decisão tomada na AMS 89.825-RS e determinar a devolução dos autos à Turma para julgamento da matéria residual, 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 dezembro de 1982.

JARBAS NOBRE, Presidente — ARMANDO ROLLEMBERG, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: No dia 16-9-81, levei à apreciação da 4ª Turma a AMS nº 84.009, de São Paulo, e, então, fiz o relatório seguinte:

«A espécie foi assim relatada pela sentença recorrida; «Riachuelo Othon S/A Comércio, Importação estabelecida nesta Capital, por seu advogado, impetra o presente «writ», contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, para o fim de que possa a impetrante, no exercício das atividades

a que se dedica, efetuar todo o transporte das suas mercadorias em veículos próprios, sem o cumprimento de qualquer obrigação principal ou dever instrumental que se relacione com o Imposto sobre Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual de Passageiros e Cargas (ISTR).

Alega a impetrante que tem justo receio de que lhe seja exigido dito imposto pela autoridade impetrada, baseada no item III do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75 regulamento pelo Decreto nº 77.789, de 9-6-76, arts. 8º e 12.

Cita doutrinadores nacionais, para argüir a inconstitucionalidade da exigência.

Acostou à inicial os documentos de fls. 12 **usque** 23.

Negada a liminar e requisitadas as informações, prestou-as a autoridade impetrada (fls. 27/32), sustentando a validade da exigência. Transcrevêo a síntese das informações: «Serviços de transporte no sentido econômico compreendem não só os decorrentes de convenções bilaterais, mas o próprio exercício da atividade, para o qual está voltado o dispositivo constitucional de regência. A este se ajusta o comando contido no art. 3º do Decreto nº 77.789/76. Trata-se de interpretação autêntica inserida no Regulamento do Tributo em pauta, que alija qualquer especulação ou entendimento em sentido contrário à incidência do ISTR».

A douta Procuradoria da República, em seu parecer de fls. 33/36, depois de examinar os argumentos da impetrante, sob o prisma constitucional e legal, opina pela denegação da segurança».

Decidiu a seguir o MM. Juiz:

«O imposto de que se trata é da competência da União, consoante norma constitucional (inciso VII, do art. 21 da Constituição Federal).

O fato gerador do imposto é a prestação de serviço de transporte (item I, do art. 68 do CTN).

O contribuinte do imposto é o «prestador de serviço» (Lei citada, art. 70); e a base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

A norma constitucional e a lei complementar delimitaram o campo de incidência do imposto.

O campo de incidência é vasto, mas, há um requisito que merece consideração: o fato gerador pressupõe a prestação de serviço de transporte a terceiros, como negócio ou profissão, isto é, como atividade remunerada.

Assim, não ocorre o fato gerador quando o transporte é feito pela pessoa física ou jurídica, para seu uso exclusivo e conveniência própria.

Dessa forma, o § 3º, do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438 de 26-12-75, ultrapassou os limites do Código Tributário Nacional e violou a norma constitucional pertinente.

Proclamo, pois, a inconstitucionalidade da referida disposição legal e, em consequência, concedo a segurança impetrada.

Custas, **ex lege**. Fica a presente sujeita ao duplo grau de jurisdição».

A União apelou da sentença alegando que o impetrante não provara que procede à entrega de mercadorias que vende em veículos próprios, que nenhum ato fora praticado pela autoridade indicada como coatora capaz de justificar a impetração, constituindo-se o pedido, por isso, em ataque à lei em tese e, quanto ao mérito, que mesmo o transporte feito pelo contribuinte em veículo seu é remunerado pois o preço respectivo é cobrado do comprador da mercadoria.

Foram oferecidas contra-razões, os autos vieram a esta instância e a Subprocuradoria ofereceu parecer pela reforma da sentença.

É o relatório.

Proferi depois voto assim formulado:

«A Constituição, no art. 21, inciso VII, atribuiu à União competência para instituir imposto sobre «serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal».

Comentando tal disposição escreveu Pontes de Miranda:

«Os serviços de transporte são quaisquer serviços com que se desloca, em serviço qualquer objeto (sólido, líquido ou gasoso ou simplesmente de conteúdo de energia) ou pessoas. Supõe-se que se trate de serviço, e não de ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se é do próprio motorista, ou dono do veículo, que não o vai incluir em bens de venda ou de outro negócio jurídico. Aí, não se serve, de modo que não há serviço. O transporte de pessoa passa a ser serviço desde que seja para outrem, com ou sem contraprestação (transporte de serviço para sociedade de caridade). O transporte de uma, duas ou mais pessoas, gratuito, e ocasional não é serviço de transporte».

(Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1979 — pág. 484).

Realmente não parece possível ter-se como serviço senão o transporte feito para outrem.

Ora, o Decreto-Lei nº 1.438/75, no parágrafo 3º do art. 3º, estabeleceu que o imposto que vimos examinando «é devido pela pessoa física ou jurídica que transporte em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens destinados à comercialização posterior, ou que representem insumos ou componentes de produto final», e, conseqüentemente, por quem não presta serviço, conflitando, assim, com a regra constitucional antes referida.

Conflita também dita disposição legal com o art. 70 do CTN que define como contribuinte do imposto de que vimos tratando o prestador de serviço, norma assim comentada por Aliomar Baleeiro, no Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, pág. 285:

«Contribuinte **de jure** é quem presta serviço de transporte e comunicações como negócio, profissão ou atividade remunerada. O texto repele a tributação de quem transporta sua família, amigos ou suas próprias coisas ou concede esporadicamente transporte gratuito a terceiro. Não nos parece admissível o imposto sobre o transporte ou sobre as comunicações privativas da empresa para seu uso exclusivo e própria conveniência».

Ante tais considerações proponho que se submeta ao Tribunal Pleno o exame da constitucionalidade da norma do art. 3º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 1.438/75.

Ouvida, a Subprocuradoria ofereceu o parecer seguinte:

«Discute-se a inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75.

Tendo em vista que a questão de direito tratada no presente processo é igual a da AMS nº 89.825 pedimos permissão para nos reportar ao Parecer ali elaborado o qual apresentamos por cópia como peça integrante da nossa manifestação.

Ademais, permita-nos ainda insistir em dois pontos já esclarecidos pela manifestação de fls. 59/64 e que diz respeito a possibilidade de execução de

serviço para si próprio e a natureza jurídica da lei ordinária do art. 70 do CTN.

Na execução de serviço para si próprio como o do transporte de carga existe uma operação econômica cujo lucro é apurado no ato final de comercialização da mercadoria.

Como o sistema tributário tem por base o fator econômico, não há o que estranhar a tributação sobre tal serviço.

Por outro lado, no tocante à força de lei ordinária do art. 70 do CTN, é de se atentar, que o referido artigo não trata de nenhuma das hipóteses previstas no § 1º do art. 18 da Constituição como próprias de lei complementar, pelo que, se não é possível compatibilizar a lei nova com o texto da lei velha, entende-se como revogada esta de acordo com o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quanto mais, acreditamos que o Parecer anexo juntado por cópia dirime toda a controvérsia, pelo que opinamos no sentido do não acolhimento da inconstitucionalidade argüida».

Junto, por cópia, o parecer apresentado pela Subprocuradoria na Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825.

Encaminhe-se os autos ao Sr. Ministro Presidente para designar sessão de julgamento (art. 175 do RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A Constituição, no art. 21, inciso VII, atribuiu à União competência para instituir imposto sobre «serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal».

Comentando tal disposição escreveu Pontes de Miranda:

«Os serviços de transporte são quaisquer serviços com que se desloca, em serviço qualquer objeto (sólido, líquido ou gasoso ou simplesmente de conteúdo de energia) ou pessoas. Supõe-se que se trate de serviço, e não de ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se é do próprio motorista, ou do dono do veículo, que não o vai incluir em bens de venda ou de outro negócio jurídico. Ai, não se serve, de modo que não há serviço. O transporte de pessoa passa a ser serviço desde que seja para outrem, com ou sem contraprestação (Transporte de serviço para sociedade de caridade). O transporte de uma, duas ou mais pessoas, gratuito, e ocasional não é serviço de transporte». (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1979 — pág. 484).

Realmente não parece possível ter-se como serviço senão o transporte feito para outrem.

Ora, o Decreto-lei nº 1.438/75, no parágrafo 3º do art. 3º, estabeleceu que o imposto que vimos examinando «é devido pela pessoa física ou jurídica que transporte em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens destinados a comercialização posterior, ou que representem insumos ou componentes de produto final» e, conseqüentemente, por quem não presta serviço, conflitando, assim, com a regra constitucional antes referida.

Conflita também dita disposição legal com o art. 70 do CNT que define como contribuinte do imposto de que vimos tratando o prestador de serviço, norma assim comentada por Aliomar Baleeiro, no Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, pág. 285:

«Contribuinte de jure é quem presta serviços de transporte e comunicações como negócio, profissão ou atividade remunerada. O texto repele a tributação de quem transporta sua família, amigos ou suas próprias coisas ou concede esporadicamente transporte gratuito a terceiro. Não nos parece admissível o imposto sobre o transporte ou sobre as comunicações privativas da empresa para seu uso exclusivo e própria conveniência».

E em outra oportunidade:

«Pelo art. 71 do Cód. Trib. (Lei nº 5.172, de 1966), o fato gerador é a prestação efetiva, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço que não configure, por si só, fato gerador de imposto de competência da União ou dos Estados. Considera-se serviço: I — o fornecimento de trabalho, com ou sem utilização de máquinas, ferramentas ou veículos, a usuários ou consumidores finais; II — a locação de bens imóveis; III — locação de espaço em bens imóveis, a título de hospedagem ou para guarda de bens de qualquer natureza (Cód. Trib., art. 71, § 1º). Quando essas atividades forem acompanhadas do fornecimento de mercadorias, serão consideradas de caráter misto, para efeito da aplicação do imposto de circulação, salvo se a prestação do serviço constituir o objeto essencial e contribuir com mais de 75% da receita média mensal da atividade (art. 71, § 2º).

Amaro Cavalcanti, já notava, no fim do século passado, que o imposto de indústrias e profissões tinha os caracteres de imposto rudimentar sobre a renda bruta, efetiva ou presumidamente ganha.

Deve presumir-se que o exercício de atividade profissional ou industrial é remunerado, incumbindo ao contribuinte a prova de que ele se faz desinteressadamente, como nos casos de gestão de instituições de caridade, assistência social, etc.». («Uma Introdução à Ciência das Finanças», Aliomar Baleeiro — pág. 394).

Se acrescentar-se que a base do cálculo do tributo é o preço do serviço, como dispôs o art. 69 do CTN, ter-se-á que concluir pela impossibilidade da tributação de transporte de bens seus pelo contribuinte.

Voto para que se reconheça a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 3º da Lei nº 1.438/78.

ANEXO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.825 — RS

Apelante: *Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda.*

Apelado: *DNER*

Relator: O Sr. *Ministro Carlos Velloso.*

Discute-se a inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77, sob alegação de incompatibilidade com o art. 21, VII, da Constituição Federal.

Diz o art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades:

I —

II —

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior».

Por sua vez, diz o art. 21, VII, da Constituição Federal:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;».

A egrégia 4ª Turma, através do voto do Senhor Relator Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso, reconheceu a inconstitucionalidade, tomando por base a definição de «serviços» do direito privado utilizada pela Constituição.

Admitindo o v. julgado que quem define «serviços» é o Direito Civil e o fez no art. 1.216 do Código Civil, sendo a mesma definição utilizada pela Constituição no seu art. 21, VII, não poderia a lei ordinária alterar tal definição, sem violar o art. 110 da Lei Complementar nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional.

Realmente o art. 110 do CTN, estabelecendo tal proibição, diz expressamente:

«Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias».

Todavia, com todo o respeito ao entendimento do Nobre e Culto Senhor Ministro Carlos Mário, não se vislumbra no art. 1.216 do Código Civil uma definição do que vem a ser «serviços», como se verifica do seu próprio texto, *verbis*

«Art. 1.216. Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição».

O que o art. 1.216 diz é que todo serviço pode ser contratado, mas não define o que é «serviço» e não impede que haja «serviço» não contratado o que quer dizer, não impede que haja «serviço» sem a existência de duas ou mais partes.

Atente-se bem que a regulamentação do art. 1.216 do Código Civil está dirigida ao Contrato de Locação de Serviços onde «serviços» aí é uma qualificação do contrato, enquanto que na Constituição ele é «o serviço» como substantivo.

Dito isto, podemos afirmar que o art. 1.216 do Código Civil, não só não define o que é «serviço», como também não se presta a qualquer interpretação para defini-lo, vez que, tal definição é de natureza econômica e não jurídica.

É verdade que tem reflexos na ordem jurídica, porém o fato é econômico e como tal, não é no direito privado a sede natural de sua definição e sim nos diversos dicionários que cuidam da língua portuguesa, como veremos apenas para ilustrar:

a) «Serviço — Ato ou ação útil aos interesses de alguém». — Novo Dicionário Brasileiro Melhoramento. 5ª edição.

b) «Serviço — Desempenho de qualquer trabalho, emprego ou comissão». — Novo Dicionário Aurélio, 1ª edição.

c) «Serviço — Exercício de uma atividade material ou intelectual predefinida e objetiva. Execução de um trabalho com fim produtivo ou lucrativo. — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Náfue, 2.^a edição.

d) «Serviço — Conceito econômico — Produto da atividade humana destinado à satisfação de uma necessidade nas que não se apresenta sob a forma de bem material. Enciclopédia Delta Larousse pág. 622§ V. 14».

Como vimos, todos os dicionaristas citados definem «serviço» com a mesma tônica, que é a atividade produtiva que pode ser para outrem ou para o próprio servidor.

Dentro deste diapasão, o art. 3.^o, III do Decreto-Lei n.^o 1.438/75 é perfeitamente compatível com o art. 21, VII da Constituição, pois esta norma constitucional não se utiliza da definição de «serviço» do direito privado, e assim sendo o referido decreto-lei não afronta a norma contida no art. 110 do CTN.

Ademais, é de se destacar o aspecto econômico da operação de transporte de carga própria em veículo próprio destinada a comercialização ou industrialização posterior.

Com o advento das grandes empresas ou dos aglomerados de grupos econômicos, surgiu um fato novo que é a prestação de serviços pelas grandes empresas para si próprio, com divisões departamentais com custos operacionais próprios, mas cuja finalidade é a maior lucratividade no produto final.

Desta forma, apesar de virem desempenhando um serviço de transporte com lucratividade apurada na operação final da mercadoria, não havia a contribuição para o Erário Público até que com o advento do Decreto-Lei n.^o 1.438/75 tal fato se tornou impositivo.

O decreto-lei, cuja inconstitucionalidade se pretende ver declarada veio sanar a injustiça contra as pequenas empresas que, não dispoendo de capital suficiente para formar grandes frotas, transportam suas cargas em veículos de terceiros arcando com todos os custos fiscais desta operação.

Assim é que o referido decreto-lei veio dar um tratamento fiscal mais igualitário para aqueles que se utilizam da operação econômica dos serviços de transporte de carga, quer sejam realizados em veículo próprio ou de terceiro.

Outrossim, nunca é demais se esclarecer que os artigos 68, 69 e 70 do Código Tributário Nacional não regulam matéria com força de lei complementar, de acordo com o § 1.^o do art. 18 da Constituição.

Compete à lei complementar, tão-somente, estabelecer normas gerais, dispor sobre os conflitos de competência e regular as limitações constitucionais do poder de tributar.

Como limitação ao poder de tributar, podemos enumerar a da legalidade do tributo, da anualidade, da capacidade contributiva, da imunidade recíproca e dos templos, papel, tráfego, assim como a uniformidade dos tributos etc...

Não constitui regularização da limitação constitucional do poder de tributar a definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte, pois tal definição é função da lei ordinária e não da lei complementar.

Diante de todo o exposto verifica-se que, apesar do CTN ter regulado sobre o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte, não têm tais dispositivos força de norma complementar e sim de lei ordinária, podendo, destarte, ser modificados pela legislação ordinária.

É o que sucedeu.

A Lei posterior, representada pelo Decreto-Lei n.^o 1.438/75, regulando o ISTR deu nova definição ao fato gerador, à base de cálculo e ao contribuinte em perfeita consonância com o art. 21, inciso VII da Constituição.

Por fim, é de se atentar para o princípio geral de que não se declara inconstitucionalidade de lei, quando é possível compatibilizá-la com o sistema constitucional como é o caso presente.

Do exposto é de se concluir pela perfeita consonância do referido Decreto-Lei nº 1.438/75 com a Constituição Federal, pelo que opinamos no sentido do não acolhimento da arguição propugnada.

Brasília, 6 de abril de 1982 — RONALDO BOMFIM SANTOS, Procurador da República.

Aprovo: JOSÉ ARNALDO GONÇALVES DE OLIVEIRA, Subprocurador-Geral da República.

Nº 819-BS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.009 — SP

Remetente *Ex officio*: Juiz Federal da 9ª Vara

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Riachuelo Othon S/A Comércio Importação*

Relator: O Sr. *Ministro Armando Rollemberg*

Exmo. Sr. Ministro Relator.

Discute-se a inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75.

Tendo em vista que a questão de direito tratada no presente processo é igual a da AMS nº 89.825 pedimos permissão para nos reportar ao Parecer ali elaborado o qual apresentamos por cópia como peça integrante da nossa manifestação.

Ademais, permita-nos ainda insistir em dois pontos já esclarecidos pela manifestação de fls. 59/64 e que diz respeito a possibilidade de execução de serviço para si próprio e a natureza jurídica de lei ordinária do art. 70 do CTN.

Na execução de serviço para si próprio como o do transporte de carga existe uma operação econômica cujo lucro é apurado no ato final de comercialização da mercadoria.

Como o sistema tributário tem por base o fator econômico, não há o que estranhar a tributação sobre tal serviço.

Por outro lado, no tocante à força de lei ordinária do art. 70 do CTN, é de se atentar, que o referido artigo não trata de nenhuma das hipóteses previstas no § 1º do art. 18 da Constituição como próprias de lei complementar, pelo que, se não é possível compatibilizar a lei nova com o texto da lei velha, entende-se como revogada esta de acordo com o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quanto mais, acreditamos que o Parecer anexo juntado por cópia dirime toda a controvérsia, pelo que opinamos no sentido do não acolhimento da inconstitucionalidade argüida.

Brasília, 6 de abril de 1982 — RONALDO BOMFIM SANTOS, Procurador da República.

Aprovo: JOÃO BOABAID DE OLIVEIRA ITAPARY, Subprocurador-Geral da República.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 84.009 — SP — Reg. nº 0.701.181 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 9ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Riachuelo Othon S/A Comércio Importação. Advs.: Drs. Carlos Miguel Castex Aidar e outros.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do

Decreto-Lei nº 1.582/77 em face da decisão tomada na AMS nº 89.825-RS e determinou a devolução dos autos à Turma para julgamento da matéria residual. (Em 9-12-82 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, Ademar Raymundo, Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini e Costa Lima votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves, William Patterson, Sebastião Reis, Américo Luz e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

ARG. DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 89.825 — RS

(Registro nº 3.215.938)

Relator: O Sr. *Ministro Carlos Velloso*

Apelante: *Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda.*

Apelado: *Departamento Nacional de Estradas de Rodagem*

Advogados: Drs. *Vera Maria Wachter Gonçalves (apte.) e Enedy Till (apdo.)*

EMENTA: Constitucional e Tributário. Imposto sobre Serviços de Transporte. ISTR. Constituição Federal, artigo 21, VII; Código Tributário Nacional, artigos 68, 69 e 70. Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977. I. É inconstitucional a norma inscrita no art. 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 art. 21, VII, da Constituição, dispositivo constitucional que o CTN, desenvolveu, com fidelidade, nos seus artigos 68, 69 e 70. II. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Tribunal Pleno.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, prosseguindo no julgamento, por maioria qualificada de votos dos seus membros, julgar inconstitucional o art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, vencidos os Srs. Ministros Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Costa Lima e Lauro Leitão, que julgavam ineficaz o dispositivo argüido de inconstitucional e os Srs. Ministros Aldir Passarinho e Gueiros Leite que rejeitavam a argüição, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1982.

JARBAS NOBRE, Presidente — CARLOS VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na Turma, fiz o relatório seguinte:

«A sentença recorrida, a fls. 130/134, lavrada pelo Juiz Federal Ari Pargendler, assim sumariou a espécie:

«Nos dizeres da inicial, a Impetrante tem seu estabelecimento principal na cidade de Ijuí, neste Estado, através do qual abastece suas inúmeras filiais, sempre valendo-se de veículos de transporte próprios. No dia 25 de novembro de 1979, agentes do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem notificaram-na a recolher aos cofres federais a quantia de Cr\$ 2.042,00 (dois mil e quarenta e dois cruzeiros), relativa ao ISTR incidente sobre a transferência de mercadorias saídas de Ijuí, tendo por destino a cidade de Maracaju, no Mato Grosso do Sul. A autuação fiscal foi motivada pelo art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, que é manifestamente contrário ao art. 68 do Código Tributário Nacional. Por força do Código Tributário Nacional, o ISTR incide apenas sobre «a prestação do serviço de transporte», hipótese ampliada pelo Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, para abranger também a «execução dos serviços de transporte». Tal abrangência, no magistério de Aliomar Baleeiro não se compadece com o sistema do Código Tributário Nacional, no qual o fato gerador do ISTR «pressupõe prestação de serviços a terceiros como negócio ou profissão». Ensinamento corroborado por Fábio Fanucchi, para quem, no transporte realizado por veículo próprio, «não há prestação de serviço, porque ninguém presta-se serviços»; «Não há contribuinte, porque inexistente prestador de serviço» — «Não há preço do serviço, pois ninguém se cobra a si próprio». Nesse sentido têm sido as decisões dos nossos pretórios, todas fulminando o indigitado art. 3º § 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975. Por isso o presente mandado de segurança, impetrado contra o Chefe do 10º Distrito Rodoviário Federal e contra o Delegado da Receita Federal em Santo Ângelo, com o pedido de que, liminarmente, se impeça os efeitos do lançamento fiscal, bem assim a lavratura de novas notificações, concedendo-se, a final, a segurança para desconstituir o débito e tolher a atividade fiscal em transportes futuros de mesma natureza (fls. 02/12).

O Chefe do 10º Distrito Rodoviário Federal sustentou que os vocábulos «execução» e «prestação» têm uma só conotação semântica. Por isso o Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, ao dispor que o fato gerador do ISTR é «a prestação ou execução dos serviços de transporte», não contrariou o Código Tributário Nacional. Apenas estão excluídos do regime do ISTR os serviços de transporte em que não há o objetivo de lucro. Diversamente ocorre na espécie, em que a impetrante usa veículo próprio para transportar mercadorias destinadas à comercialização. Daí a sem razão do pedido (fls. 100/114).

O Delegado da Receita Federal em Santo Ângelo que, no mérito, repetiu basicamente as alegações do Chefe do 10º Distrito Rodoviário Federal — enfatizou a inidoneidade do remédio utilizado. A uma, porque o Mandado de Segurança, instituído para amparar o direito líquido e certo, não se presta para o desate de questões complexas. A dois, porque não cabe o Mandado de Segurança contra ato de que caiba recurso administrativo, no caso existente (fls.121/128).

O Agente do Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fl. 129)».

A sentença considerou o Delegado da Receita Federal em Santo Ângelo parte ilegítima. Após rejeitar as preliminares argüidas, enfrentou o mérito e denegou a segurança.

Argumentou:

«Porém isso pouco aproveita à impetrante, à vista de que o indigitado conflito entre o Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, e o Código Tributário

rio Nacional é apenas aparente, inobstante as abalizadas opiniões em contrário, como a de Hugo Machado, a cujo teor «dito decreto-lei pretendeu ampliar a área de incidência do imposto, referindo-se não apenas à prestação, mas também à execução do serviço de transporte (art. 2º), e considerando devido o imposto «pela pessoa física ou jurídica que transporte, em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens destinados à comercialização posterior, ou que representem insumos ou componentes de produto final» ampliação que «além de ser de difícil praticabilidade, por razões evidentes, mostra-se flagrantemente contrária ao art. 68 do Código Tributário Nacional» (in Curso de Direito Trib., Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1979, pág. 274). Com a devida licença, o conflito é aparente porque não se pode contrapor o Código Tributário Nacional, editado em 1966, com o Decreto-Lei nº 1.438, publicado em 1975, a vista de que entre ambos os diplomas medeia a Emenda Constitucional nº 1/69, a qual, no art. 21, VII, atribuiu à União competência para instituir imposto «sobre serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal». «Sobre serviços de transporte» — diz o texto básico — expressão mais abrangente que «sobre a prestação do serviço de transporte» contida no Código Tributário Nacional, que, nessa parte, há que se ter como revogado. Assim, o ISTR sobre o transporte realizado com veículo próprio só seria inexistente se inconstitucional, e disso não se trata. Esse tipo de transporte, no prelecionamento de Pontes de Miranda, só está a salvo do imposto se «for ato exclusivamente do interesse do próprio transportador» (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, Tomo II, pág. 484) — não, se o motorista ou o dono do veículo «o vai incluir em bens de venda ou de outro negócio jurídico» (ibid, pág. 484). Nessa última hipótese se compreende o transporte que resultou na notificação de fl. 62. Por conseguinte, o pedido não pode prosperar».

.....

Apelou a vencida (fls. 139/147 — lê).

Resposta às fls. 152/165.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 170/175, opinando no sentido do desprovimento do recurso».

Votei, em seguida, pela inconstitucionalidade da norma inscrita no art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, ou seja, 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 art. 21, VII, da Constituição, dispositivo constitucional que o CTN desenvolveu, com fidelidade, nos seus artigos 68, 69 e 70, pelo que, na forma do disposto no artigo 176, do Regimento Interno, propus que a questão fosse submetida ao julgamento do Plenário (voto, fls. 184/195).

Assim votou, em seguida, após ter vista dos autos, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro:

«Examinei os autos e cheguei à mesma conclusão de eminente Relator, ou seja; de eivar-se de inconstitucionalidade o art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, porque incompatível com o art. 21, VII, da Constituição de 1967, com a redação da EC nº 1/69. Acompanho S. Exa.. Determino, também, a remessa do feito, à vista do art. 176 do Regimento Interno, ao julgamento do egrégio Tribunal Pleno». (fl. 197).

Da mesma forma votou o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

A Egrégia Turma, então, acolheu a argüição de inconstitucionalidade, determinando que a questão fosse levada ao julgamento do Colendo Tribunal Pleno (Regimento Interno, artigo 176).

Na forma do estabelecido no art. 176, § 1º, do Regimento Interno, foi ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, que oficiou às fls. 199/206, em parecer da lavra do Dr. Ronaldo Bonfim Santos, aprovado pelo Subprocurador-Geral José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, da seguinte forma:

«Discute-se a inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77, sob a alegação de incompatibilidade com o art. 21, VII, da Constituição Federal.

Diz o art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades:

I —

II —

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior».

Por sua vez, diz o art. 21, VII, da Constituição Federal:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I —

II —

III —

IV —

V —

VI —

VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;»

A egrégia 4ª Turma, através do Voto do Senhor Relator eminente Ministro Carlos Velloso, reconheceu a inconstitucionalidade, tomando por base a definição de «serviços» do direito privado utilizada pela Constituição.

Admitindo o v. Julgado que quem define «serviços» é o Direito Civil e o fez no art. 1.216 do Código Civil, sendo a mesma definição utilizada pela Constituição no seu art. 21, VII, não poderia a lei ordinária alterar tal definição sem violar o art. 110 da Lei Complementar nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional.

Realmente o art. 110 do CTN, estabelecendo tal proibição, diz expressamente:

«Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias».

Todavia, com todo o respeito ao entendimento do nobre e culto Senhor Ministro Carlos Mário, não se vislumbra no art. 1.216 do Código Civil uma

definição do que vem a ser «serviços» como se verifica do seu próprio texto, verbis:

«Art. 1.216. Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição».

O que o art. 1.216 diz é que todo serviço pode ser contratado, mas não define o que é «serviço» e não impede que haja «serviço» não contratado o que quer dizer, não impede que haja «serviço» sem a existência de duas ou mais partes.

Atente-se bem que a regulamentação do art. 1.216 do Código Civil está dirigida ao Contrato de Locação de Serviços onde «serviços» aí é uma qualificação do contrato, enquanto que na Constituição ele é «o serviço» como substantivo.

Dito isto, podemos afirmar que o art. 1.216 do Código Civil não só não define o que é «serviço» como também não se presta a qualquer interpretação para defini-lo, vez que, tal definição é de natureza econômica e não jurídica.

É verdade que tem reflexos na ordem jurídica, porém o fato é econômico e, como tal, não é no direito privado a sede natural de sua definição e sim nos diversos dicionários que cuidam da língua portuguesa, como veremos apenas para ilustrar:

a) «Serviço — Ato ou ação útil aos interesses de alguém» — Novo Dicionário Brasileiro Melhoramento. 5ª Edição.

b) «Serviço — Desempenho de qualquer trabalho, emprego ou comissão» — Novo Dicionário Aurélio, 1ª Edição.

c) «Serviço — Exercício de uma atividade material ou intelectual predeterminada objetiva. Execução de um trabalho com fim produtivo ou lucrativo» — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro. José Náufec, 2ª Edição.

d) «Serviço — Conceito econômico — Produto da atividade humana destinado à satisfação de uma necessidade mas que não se apresenta sob a forma de bem material» — Enciclopédia Delta Larouse pág. 6228 V. 14.

Como vimos, todos os dicionaristas citados definem «serviço» com a mesma tônica, que é a atividade produtiva que pode ser para outrem ou para o próprio servidor.

Dentro deste diapasão, o art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 é perfeitamente compatível com o art. 21, VII, da Constituição, pois esta norma constitucional não se utiliza da definição de «serviço» do direito privado, e assim sendo o referido Decreto-Lei não afronta a norma contida no art. 110 do CTN.

Ademais, é de se destacar o aspecto econômico da operação de transporte de carga própria em veículo próprio destinada a comercialização ou industrialização posterior.

Com o advento das grandes empresas ou dos aglomerados de grupos econômicos, surgiu um fato novo que é a prestação de serviços pelas grandes empresas para si próprio, com divisões departamentais com custos operacionais próprios, mas cuja finalidade é a maior lucratividade no produto final.

Desta forma, apesar de virem desempenhando um serviço de transporte com lucratividade apurada na operação final da mercadoria, não havia a contribuição para o erário público até que, com o advento do Decreto-Lei nº 1.438/75, tal fato se tornou imponível.

O decreto-lei, cuja inconstitucionalidade se pretende ver declarada, veio sanar uma injustiça contra as pequenas empresas que, não dispondó de capital suficiente para formar grandes frotas, transportam suas cargas em veículos de terceiros, arcando com todos os custos fiscais desta operação.

Assim é que o referido decreto-lei veio dar um tratamento fiscal mais igualitário para aqueles que se utilizam da operação econômica dos serviços de transporte de carga, quer sejam realizados em veículos próprios ou de terceiro.

Outrossim, nunca é demais se esclarecer que os artigos 68, 69 e 70 do Código Tributário Nacional não regulam matéria com força de lei complementar, de acordo com o § 1º do art. 18 da Constituição.

Compete à lei complementar tão-somente estabelecer normas gerais, dispor sobre os conflitos de competência e regular as limitações constitucionais do poder de tributar.

Como limitação ao poder de tributar, podemos enumerar a da legalidade do tributo, da anualidade, da capacidade contributiva, da imunidade recíproca e dos templos, papel, tráfego, assim como a uniformidade dos tributos etc...

Não constitui regularização da limitação constitucional do poder de tributar a definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte, pois tal definição é função da lei ordinária e não da lei complementar.

Diante de todo o exposto verifica-se que, apesar do CTN ter regulado sobre o fato gerador, na base de cálculo e o contribuinte, não têm tais dispositivos força de norma complementar e sim de lei ordinária, podendo, destarte, ser modificados pela legislação ordinária.

É o que sucedeu.

A lei posterior, representada pelo Decreto-Lei nº 1.438/75, regulando o ISTR, deu nova definição ao fato gerador, à base de cálculo e ao contribuinte, em perfeita consonância com o art. 21, inciso VII, da Constituição.

Por fim, é de se atentar para o princípio geral de que não se declara inconstitucionalidade de lei, quando é possível compatibilizá-la com o sistema constitucional como é o caso presente.

Do exposto é de se concluir pela perfeita consonância do referido Decreto-Lei nº 1.438/75 com a Constituição Federal, pelo que opinamos no sentido do não acolhimento da arguição propugnada».

É o relatório, devendo a Secretaria extrair cópias deste e as distribuir entre os Excelentíssimos Senhores Ministros (Regimento Interno, art. 175, § 1º, ex vi do disposto no § 2º do art. 176).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, na Turma, quando propus que a questão fosse trazida ao julgamento deste Egrégio Tribunal Pleno, proferi o seguinte voto (fls. 184/195):

«A apelante, que tem sede em Ijuí, RS, e filiais nos Estados do Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul, opera no ramo de recepção, beneficiamento, industrialização e comercialização de cereais, além de operar com estabelecimentos mercantis de compra e venda de insumos para a lavoura.

Com frota própria, realiza o transporte entre suas filiais, faz transferência de mercadorias para a sua rede de supermercados, etc.

Entende ela, então, que não estaria obrigada a pagar o ISTR, por isso que transporta carga própria.

Os argumentos da impetrante estão por ela mesmo resumidos, da seguinte forma:

«2. Alegou fundamentalmente a apelante, a flagrante ilegalidade do Decreto-Lei nº 1.438/75 que, ao estender a incidência do imposto também ao transporte de carga própria (§ 3º do artigo 3º), culminou por tributar a execução do serviço de transporte que esta faz ao transferir mercadorias para suas filiais, ou, ao conduzir os produtos que foram objeto de venda, até seus compradores, e que não deve ser confundida jamais com a prestação do serviço de transporte que as empresas ou pessoas físicas realizam como atividade econômica de transportar bens com objetivo de lucro.

3. Alegou, ainda, uma segunda ilegalidade, referente ao Decreto-Lei nº 1.438/75, qual seja a de redisciplinar o estabelecido no Art. 68, I, do CTN, ao estender o imposto também à execução do serviço de transporte, criando assim um novo imposto; o Imposto sobre a Execução de Serviço de Transporte Rodoviário de Carga em Veículo Próprio — o que não é permitido a um decreto-lei por vedação constitucional, artigo 153, § 29, CF.

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça.»

.....
(fls. 140/141).

II

A Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que introduziu na Constituição de 1946 o Imposto Sobre Serviço de Transportes e Comunicações, assim dispôs, no seu art. 14, II:

«Art. 14. Compete à União o imposto:

.....
II — sobre serviços de transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal);

A Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, dispôs, a seu turno, da seguinte forma:

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

.....
VII — serviços de transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal);

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu, finalmente:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....
VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal);»

Ao que se verifica, pois, o ISTR foi tratado, a partir da EC nº 18, de 1965, tanto por esta, como pela Constituição de 1967 e pela EC nº 1, de 1969, de maneira uniforme. Compete à União, estabelece a Constituição, instituir imposto sobre serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal.

É conferir.

EC nº 18, de 1965	Constituição de 1967	EC nº 1, de 1969
Art. 14, II: Compete à União o imposto: sobre serviços de transportes e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal.	Art. 22, VII: Compete à União decretar impostos sobre: serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal.	Art. 21, VII: Compete à União instituir imposto sobre: serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal.

III

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66, com vigência a partir de 1-1-67, assim dispôs a respeito do Imposto Sobre Serviços de Transportes e Comunicações:

«Art. 68. O imposto, de competência da União, sobre serviços de transportes e comunicações tem como fato gerador:

I — a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, salvo quando o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo Município;

II —

«Art. 69. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço».

«Art. 70. Contribuinte do imposto é o prestador do serviço.»

IV

A instituição do referido imposto, por parte do ente político competente, a União Federal, deu-se com a edição do Decreto-Lei nº 284, de 28-2-67, regulamentado pelo Decreto nº 64.064, de 1969.

O Decreto-Lei nº 284, de 1967, foi alterado pelo Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-1975. O Decreto nº 77.789, de 9-6-76, regulamentou o referido Decreto-Lei nº 1.438, de 1975.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 1.582, de 17-11-77, deu nova redação aos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, e 7º, do Decreto-Lei nº 1.438/75, bem assim acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 9º, deste. Sobreveio, em seguida, o Decreto nº 80.760, de 17-11-77, que alterou o Decreto nº 77.789, de 1976.

Assim as disposições inscritas nos artigos 1º, 2º, 3º e 7º, do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 17-11-77:

«Art. 1º O imposto de que trata o Decreto-Lei nº 284, de 28 de fevereiro de 1967, rege-se-á pelo presente decreto-lei, estendida a sua incidência ao transporte rodoviário e de cargas sob a denominação de Imposto sobre os Serviços de Transportes Rodoviários Intermunicipal e Interestadual de Pessoas e Cargas — ISTR.»

«Art. 2º Fato gerador do ISTR é a prestação ou execução dos serviços de transporte rodoviário de pessoas, bens, mercadorias ou valores entre Municípios, Estados, Territórios e Distrito Federal, mediante a utilização de veículos automotores.»

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exercam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades:

I — de transporte rodoviário de bens, mercadorias ou valores;

II — de transporte rodoviário de pessoas, como tal entendido tanto o serviço prestado mediante preço, percurso e/ou horário prefixados, quanto o prestado sob qualquer outra forma contratual por empresas de turismo e demais transportadores;

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior;

Parágrafo único. Não perde a condição de contribuinte a empresa que subcontratar o serviço de transporte rodoviário com outro transportador;

.....
 «Art. 7º A base de cálculo do ISTR é o preço do serviço, que será declarado no documento que instrumentalizar a operação, observadas as normas regulamentares.

«§ 1º Se a contraprestação do serviço for ajustada em bens, a base de cálculo será o preço de custo, para o usuário, dos bens dados em pagamento.

§ 2º Quando se tratar de transporte de carga própria, em veículo próprio ou operado em regime de locação ou forma similar, o valor tributável do ISTR será estabelecido pelo Ministro da Fazenda com observância das tarifas básicas oficialmente autorizadas para o transporte de cargas de terceiros.

§ 3º Incluem-se na base de cálculo o preço do serviço de coleta e entrega de cargas, bem como os ônus decorrentes de financiamento, quando forem objeto do mesmo contrato de transporte.

§ 4º Excluem-se da base de cálculo do imposto as despesas de seguro e pedágio, bem como as taxas de administração cobradas pelas estações ou outros terminais rodoviários, desde que lançados em parcelas destacadas no documento fiscal respectivo.»

.....
 V

A Constituição, conforme vimos de ver (EC nº 18, de 1965, art. 14, II; CF de 1967, sem a EC nº 1/69, art. 22, VII; EC nº 1, de 1969, art. 21, VII), autorizou a União a instituir *Imposto sobre Serviços de Transporte*, salvo os de natureza estritamente municipal.

A Constituição refere-se a imposto sobre um serviço (o de transporte). É preciso, pois, buscar o conceito de serviço, no direito privado, por isso que, na forma do que dispõe o artigo 110, CTN, a lei tributária, a lei tributária em geral não pode alterar conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, por norma de hierarquia superior, para definir ou limitar competências tributárias, convindo esclarecer que a norma do art. 110, CTN, que é um desdobramento do que está posto no art. 109, constitui, em verdade, norma geral de direito tributário, assim lei complementar (CF art. 18, § 1º).

Ensina o saudoso Baleeiro, que, se a Constituição «instituiu um tributo, elegendo para fato gerador dele um contrato, ato ou negócio jurídico, o legis-

lador não pode restringir, por via complementar, o campo de alcance de tal ato ou negócio nem dilatá-lo a outras situações. A menção constitucional fixa rígidos limites. Ato de transmissão de propriedade imóvel, por exemplo, são os do direito privado. Todos eles. Nenhum outro senão eles». («Direito Tributário Brasileiro», Forense, 10^a ed., 1981, pág. 444).

Admito que os preceitos de direito privado prevalecem, em toda a sua extensão, a menos que norma expressa de direito tributário não dispuser em sentido contrário, (CTN, art. 109); essa disposição, em sentido contrário, não poderá ocorrer, todavia, no caso de norma de hierarquia superior houver se utilizado, expressa ou implicitamente, dos conceitos de direito privado, para definir ou limitar competência tributárias. Ensina, a propósito, Hugo de Brito Machado, na linha, aliás, da lição de Baleeiro: «Se a Constituição referiu-se a um instituto, conceito ou forma de direito privado para definir ou limitar competências tributárias, obviamente esse elemento não pode ser alterado pela lei. Se a Constituição fala de *mercadoria* ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICM, o conceito de mercadoria há de ser existente no Direito Comercial. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal, modificando as competências tributárias ali definidas». («Curso de Direito Tributário», Ed., Res. Tributária, São Paulo, 1979, págs. 53/54).

VI

É o caso dos autos.

A Constituição, definindo, no particular, a competência tributária da União, estabeleceu que poderia esta instituir imposto sobre *serviço* de transporte. O conceito de *serviço*, então, há de ser o existente no direito privado, mais exatamente no Direito Civil, artigo 1.216, que estabelece:

«Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição».

Destarte, em tal contrato, que seria de locação de serviços, há de ter um locatário, um locador do serviço e uma retribuição.

Sem se desviar do estabelecido na Constituição, o CTN, ao definir o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte, fiel, está-se a ver, ao estabelecido no seu artigo 110, estabeleceu que o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte seria a *prestação do serviço* de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores (CTN, art. 68, I), e que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço e contribuinte o prestador do serviço (CTN, artigos 69 e 70).

A propósito, escreve Hugo de Brito Machado que «não há o fato gerador desse imposto se não houver prestação de serviços, a terceiros, como atividade remunerada, como se conclui do art. 69 do CTN». (Ob. cit., pág. 272). Disso, aliás, não discrepa Baleeiro: «Mas o fato gerador pressupõe prestação de serviços a terceiros como negócio ou profissão, enfim atividade remunerada, pois isso se deduz do art. 73». (Ob. cit., pág. 282).

Perfeito o raciocínio.

É que, conforme já falamos, a Constituição, ao definir a competência da União para instituir o imposto em causa, falou em serviços de transporte. Buscando, no Código Civil, artigo 1.216, o conceito de *serviço*, haveremos de convir que o mesmo pressupõe um contrato entre duas pessoas, o locatário e o locador e, ainda, uma retribuição.

O CTN, então, ao disciplinar a questão, não poderia fugir desse conceito. E o CTN, fiel à Constituição e fiel, também, a si próprio (artigo 110), estabeleceu as coordenadas que foram apontadas tanto por Baleeiro como por Hugo de Brito Machado, conforme acima transcrito.

VII

Mas a legislação infraconstitucional, Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, sem e com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, foi além, pretendendo ampliar a área de incidência do imposto, referindo-se não apenas à prestação, mas também à execução do serviço de transporte (art. 2º), e considerando contribuinte do ISTR não só o prestador do serviço (art. 3º), mas também, a pessoa física ou jurídica, que transporte, em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior (art. 3º, III).

Estou em que essa legislação, ao considerar contribuinte do ISTR a pessoa física ou jurídica que transportar, em veículos próprios, mercadorias ou bens, destinados ao comércio ou à indústria (Decreto-Lei nº 1.438/75, art. 3º, III, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77), é inconstitucional, porque estabelece conceito de serviço diferente daquele que é vigente no Direito Civil. E conforme vimos de ver, o conceito do Dir. Civil é o que deve ser adotado, em caso como este, *ex vi* do estabelecido no art. 110, CTN, lei complementar, no particular, porque contenedora de norma geral de direito tributário (CF, art. 18, § 1º).

O saudoso Fábio Fannucchi, em artigo doutrinário publicado no «Estado de São Paulo» de 14-11-76, «Aspectos do Imposto sobre Transportes», por cópia à fls. 78, dos autos, escreveu:

«10. Quanto ao segundo aspecto, de que, no caso, não se tem uma prestação de serviço, por inexistência das pessoas que esse tipo de contrato exige, ou seja, um locatário (o usuário) e um locador (o fretador), também parece que não haja dúvida.

II —

II.1. Não há prestação de serviço, que não se admite que seja possível a si mesmo, no sentido de que ninguém «presta-se serviço»;

II.2. Não há preço do serviço, pois ninguém se cobra, a si próprio;

II.3. Não há contribuinte, porque não há «prestador» de serviço.

12. Afinal, por tudo e em tudo, essa incidência do ISTR sobre transporte próprio de carga é inconstitucional, não podendo, por isso, prevalecer. Afinal, o legislador não pode tudo, ilimitadamente, mesmo que não há texto constitucional que o proíba de forma expressa, a adotar certas condutas».

VIII

Na AMS nº 82.820-SP, Relator o Sr. Ministro Otto Rocha, a Egrégia 1ª Turma, na sua composição antiga, decidiu:

«Tributário. Transporte de Carga (ISTR). Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75.

A prestação de serviço de transporte constitui o fato gerador do ISTR (art. 68, inciso I, do CTN) e a base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

No transporte rodoviário de carga própria, realizado em veículo próprio, para simples entrega, não ocorre fato gerador, por inexistir a prestação de serviço de transporte a terceiros, como negócio ou profissão, isto é, como atividade remunerada.

Preliminar da impetração contra lei em tese repelida. Apelo improvido».

IX

Diante do exposto, tenho como inconstitucional a norma inscrita no art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977, porque incompatível com o art. 21, VII, da Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, dispositivo constitucional que o CTN desenvolveu, com fidelidade, nos arts. 68, 69 e 70.

Na forma do que dispõe o art. 176, do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao julgamento do Plenário, dispensando-se a lavratura de acórdão deste julgamento, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas (RI, art. 176, § 1º)» (fls. 184/195).

Reporto-me, Senhor Presidente, ao voto que acabo de ler.

Tenho, em consequência, como 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, porque incompatível com o artigo 21, VII, da Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, dispositivo constitucional que o Código Tributário Nacional desenvolveu, com fidelidade, nos artigos 68, 69 e 70.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inc. AMS 89.825 — RS — Reg. nº 3.215.938 — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Cooperativa Regional Tritícola Serrana Ltda. Apdo.: Departamento de Estradas de Rodagem. Advs.: Drs. Vera Maria Wachter Gonçalves (apte.) e Eneidy Till (apdo).

Decisão: Após os votos do Srs. Ministros Relator, Justino Ribeiro e Wilson Gonçalves concluindo pela inconstitucionalidade da norma inscrita no art. 3º, item III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, pediu vista dos autos o Sr. Ministro William Patterson. Aguardam os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza, José Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Armando Rollemberg, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Alberto Madeira, Gueiros Leite e Washington Bolívar. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Otto Rocha, Torreão Braz e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE. 13-5-83 — Pleno.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Discute-se, nestes autos, a inconstitucionalidade da regra contida no art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975,

com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977, ao erigir como contribuinte do Imposto Sobre Serviço de Transporte Rodoviário a pessoa física ou jurídica que transportar, em veículo próprio, mercadoria ou bens, também de sua propriedade, destinados ao comércio ou à indústria.

O eminente Relator, Ministro Carlos Mário Velloso, em brilhante e substancioso voto, concluiu que o dispositivo referenciado é incompatível com o art. 21, VII, da Constituição Federal, com o desenvolvimento que a matéria recebeu do Código Tributário Nacional, através de seus arts. 68, 69 e 70. Em sua fundamentação, busca no direito civil o conceito de «serviço», para estabelecer os limites da disposição da Lei Fundamental. É o que se lê do seguinte lance:

«A Constituição refere-se a imposto sobre um serviço (o de transporte). É preciso, pois, buscar o conceito de serviço, no direito privado, por isso que, na forma do que dispõe o art. 110, CTN, a lei tributária em geral não pode alterar conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, por norma de hierarquia superior, para definir ou limitar competências tributárias, convindo esclarecer que a norma do art. 110, CTN, que é um desdobramento do que está posto no art. 109, constitui, em verdade, norma geral de direito tributário, assim lei complementar (CF, art. 18, § 1º)».

E, mais adiante, arremata:

«A Constituição, definindo, no particular, a competência tributária da União, estabeleceu que poderia esta instituir imposto sobre *serviço* de transporte. O conceito de serviço, então, há de ser o existente no direito privado, mais exatamente no Direito Civil, art. 1.216, que estabelece:

«Art. 1.216. Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição».

Destarte, em tal contrato, que seria de locação de serviços, há de ter um locatário, um locador do serviço e uma retribuição.

Sem se desviar do estabelecido na Constituição, o CTN, ao definir o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte, fiel, está-se a ver, ao estabelecido no seu art. 110, estabeleceu que o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte seria a *prestação do serviço* de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores (CTN, art. 68, I), e que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço e contribuinte o prestador do serviço (CTN, arts. 69 e 70).

A propósito, escreve Hugo de Brito Machado que «não há o fato gerador desse imposto se não houver prestação de serviços, a terceiros, como atividade remunerada, como se conclui do art. 69, do CTN» (Ob. cit., p. 272). Disso, aliás, não discrepa Baleeiro: «Mas o fato gerador pressupõe prestação de serviços a terceiros como negócio ou profissão, enfim atividade remunerada, pois isso se deduz do art. 73» (Ob. cit., p. 282).

Perfeito o raciocínio.

É que, conforme já falamos, a Constituição, ao definir a competência da União para instituir o imposto em causa, falou em serviços de transporte. Buscando, no Código Civil, art. 1.216, o conceito de serviço, haveremos de convir que o mesmo pressupõe um contrato entre duas pessoas, o locatário e o locador e, ainda, uma retribuição.

O CTN, então, ao disciplinar a questão, não poderia fugir desse conceito. E o CTN, fiel à Constituição e fiel, também, a si próprio (art. 110), estabeleceu as coordenadas que foram apontadas tanto por Baleeiro como por Hugo de Brito Machado, conforme acima transcrito».

O censurado preceito (art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 17-11-77) dispõe:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades:

I —

II —

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior»;

A seu turno, o art. 22, da Carta Magna, conferiu à União a competência para decretar, entre outros impostos, aquele sobre serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal (item VII).

Ao regular a espécie, o CTN definiu o fato gerador do imposto (art. 68, I), a base de cálculo (art. 69) e o contribuinte (art. 70), firmando uma sistemática conceitual que conduz à exigência de elementos outros que não apenas o deslocamento da mercadoria, para a configuração do fato gerador do tributo. Ora, se a base do cálculo do imposto é o preço do serviço e o contribuinte é o seu prestador, descartada parece estar a possibilidade inscrita no inciso III, do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975.

Aliomar Baleeiro é incisivo a esse respeito, quando diz que «o fato gerador pressupõe prestação de serviços a terceiros como negócio ou profissão, enfim atividade remunerada» (Direito Tributário Nacional Brasileiro, 9ª Edição, pág. 258).

A dúvida que poderia surgir diz com a singularidade do texto constitucional tomado como modelo, pois não explicitado neste a natureza dos serviços de transporte, de sorte a afastar, de pronto, o conflito entre o mesmo e a legislação ordinária.

Tal indagação encontra resposta na lucidez dos comentários do mestre Pontes de Miranda sobre a norma constitucional, *verbis*:

«8) Serviços de Transporte e Comunicações — Os serviços de transporte são quaisquer serviços com que se desloca, em serviço, qualquer objeto (sólido, líquido ou gasoso ou simplesmente de conteúdo de energia) ou pessoas. *Supõe-se que se trate de serviço, e não de ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se é do próprio motorista, ou do dono do veículo, que não o vai incluir em bens de venda ou de outro negócio jurídico.* Ai, não se serve, de modo que não há serviço».

Em trabalho publicado na Revista de Direito Tributário, nº 1 (julho a setembro de 1977), pág. 181/183, o Professor A. Albino de Oliveira analisa o Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, no que tange ao aspecto posto em destaque, para concluir que a norma legal afronta a Constituição. Vale, por oportuno, transcrever o seguinte lanço do citado pronunciamento:

«O ISTR, por força do art. 21, nº VII, da Constituição, é de competência da União. O Código Tributário Nacional (CTN), no art. 68, nº I, lei complementar que é da Constituição, delimita tal competência, estabelecendo que o ISTR deverá ter como hipótese de incidência «a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, salvo quando o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo município».

3. A União, entretanto, ao ampliar o já existente imposto sobre transporte rodoviário de passageiros (criado desde o Decreto-Lei nº 284, de 28-6-67), foi além de sua competência, tal como outorgada pela Constituição e delimitada pelo CTN. Isso porque estabeleceu no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, que:

«O imposto é, ..., devido pela pessoa... que transporta em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens...»

4. Ora, a competência é para criar imposto sobre «prestação de serviço de transporte, o que não é o caso, quando se trate de entrega de mercadoria, pelo vendedor, em veículo próprio, ao comprador, por força de uma avença nesse sentido no contrato de compra e venda mercantil. Trata-se do cumprimento de uma das cláusulas do próprio contrato de compra e venda e não na prestação de um serviço individualizado e sujeito a normas contratuais diversas da do próprio negócio entre comprador e vendedor.

5. A inconstitucionalidade parece-nos manifesta já que a competência, tal como outorgada pela Constituição, jamais pode ser entendida ou interpretada como facultando a criação de um imposto sobre o transporte, mas sim sobre o serviço de transporte, que é realidade jurídica totalmente diversa. De resto, a própria parte final do dispositivo constitucional, ou seja, a expressão «... salvo os de natureza estritamente municipal» (art. 21, nº VII), já nos leva à conclusão de que materialmente os serviços de transporte guardam identidade com os do art. 24, nº II, da Constituição, que constituem o conteúdo da outorga de competência do imposto sobre serviços para os municípios. Se assim é, há que se recorrer ao conceito de serviço para a fixação dos limites da competência da União no art. 21, nº VII, e jamais ao sentido do que seja transporte».

O princípio jurídico inserto na Lei Maior (art. 21, VII), não autoriza a extensão que lhe atribuiu a legislação ordinária, principalmente levando-se em consideração os conceitos pertinentes da Lei Complementar que aprovou o Código Tributário Nacional (arts. 68, I, 69 e 70).

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, acolhendo a argüição, para declarar inconstitucional o art. 3º, item III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, não tenho dúvida alguma quanto ao fato de que o dispositivo averbado de inconstitucional efetivamente não encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro: trata-se de decreto-lei que ocupa desabusadamente a área reservada pela Constituição a norma legal de natureza complementar da Constituição.

Não houvesse norma jurídica de natureza complementar, não hesitaria em afirmar a inconstitucionalidade do preceito alvejado pela presente argüição.

Certo é, coniuado, que ao Código Tributário Nacional se inculcou a qualificação de norma complementar da Constituição; a jurisprudência, com grande esforço de interpretação e com boa dose de generosidade, assim também vem entendendo.

O Código Tributário ocupou, portanto, o território reservado pela lei maior para a fixação dos rumos a serem observados pelas normas tributárias em sentido estrito (leis ordinárias e decretos-leis).

Assim, o que ocorre, a meu ver, em termos mais precisos, é a colisão do dispositivo do decreto-lei com o da lei chamada complementar: conflito, como se vê, entre normas de hierarquia infraconstitucional.

Eis porque tenho a norma do decreto-lei como incompatível com o Código Tributário (este, lei complementar, na conformidade da jurisprudência predominante); e, assim, tenho-a como insubsistente, por vício de ilegalidade em sentido amplo (isto é, no confronto com o Código Tributário).

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Ouvi, Senhor Ministro Velloso, e com o maior apreço, o oportuno pronunciamento de V. Exa. Muito me sensibiliza o critério amplo sugerido no enfoque do tema, ao amparo das valiosas achegas mencionadas pelo Senhor Ministro Madeira, com muita propriedade, como sempre.

Parece-me, no entanto, Senhor Ministro Velloso, que este alargamento do enfoque do tema não presta serviço adequado ao rigor técnico do julgamento, máxime no contexto da jurisprudência brasileira, tão ciosa do princípio segundo o qual a inconstitucionalidade de lei somente se declara quando isto seja rigorosamente imperioso e absolutamente indispensável (critério do qual, diga-se logo, não comungo).

Ora, parece-me que os conceitos a que V. Exa. se reporta sustentam critério demasiadamente elástico (quase, diria, de teoria geral da inconstitucionalidade). À luz da orientação propugnada, até mesmo a sentença do juiz absolutamente incompetente seria, afinal de contas, inconstitucional... (e, afinal, não deixa de ser, em tão amplos termos).

O que nos importa, parece-me, é o aspecto técnico que a jurisprudência brasileira vem enaltecendo ao longo das décadas, como V. Exa. também muitas vezes acentuou (e que nos parece revestir demasiado rigor formal) de somente declarar a inconstitucionalidade em casos absolutamente extremos.

Ora, se persistirmos nesse entendimento, não seria necessário afimar a inconstitucionalidade, desde que o art. 68 do Código Tributário (que a mesma jurisprudência brasileira vem insistindo em qualificar como lei complementar) já ocupou o terreno disputado pelo decreto-lei; e assim, o mesmo espaço não pode ser legitimamente disputado pelo decreto-lei.

A lei complementar, art. 68, exerceu a atribuição que a Constituição lhe designou.

Estou pronto a afimar esta inconstitucionalidade, se o E. Plenário a tanto se inclinar; contentar-me-ia, no entanto, em afirmar a insubsistência do decreto-lei em face de lei complementar.

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Senhor Presidente, pela ordem.

No voto do Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, a meu ver, houve uma omissão em relação ao problema da inconstitucionalidade, levando em conta as disposições da Lei Complementar e não a Carta Magna. Todavia, no meu voto, há um esclarecimento a respeito.

Cito o trabalho brilhante do Professor Albino de Oliveira, especialista na matéria, onde ele diz: «a inconstitucionalidade parece-nos manifesta, já que a competência, tal como outorgada pela Constituição, jamais pode ser entendida ou interpretada como facultando a criação de um imposto sobre o transporte, mas sim sobre o serviço de transporte, que é realidade jurídica totalmente diversa. De resto, a própria parte final do dispositivo constitucional, ou seja, a expressão «salvo de natureza estritamente municipal» (art. 21, n.º VII), já nos leva à conclusão de que materialmente os serviços de transporte guardam identidade com os do artigo 24, n.º II, da Constituição, que constituem o conteúdo da outorga de competência do imposto sobre serviços para os municípios. Se assim é, há que se recorrer ao conceito de serviço para a fixação dos limites da competência da União do art. 21, n.º VII, e jamais ao sentido do que seja transporte.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Concluindo, esta última ponderação do Senhor Ministro William Patterson também, a meu ver, esbarra (visualizo o assunto sob o aspecto formal) no fato de que o próprio decreto-lei se refere expressamente ao preço do serviço.

Portanto, bem ou mal, criou imposto sobre serviço, embora tenha, ao assim dispor, abalroado o sistema normativo vigente.

Preliminarmente, e por entender que não está em causa verdadeira questão prejudicial de inconstitucionalidade, em sentido próprio, tenho como simplesmente ineficaz o citado dispositivo do decreto-lei.

Não me negarei, todavia (nada me impede antecipá-lo), de aderir ao reconhecimento da inconstitucionalidade, se a tanto se inclinar a D. maioria, pois o que não sofre dúvida é que a norma não pode subsistir.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS: Tive oportunidade de examinar a espécie na AMS 88.989, e a minha conclusão coincide com a tese do eminente Ministro Bueno de Sousa, conforme voto cuja cópia ofereço, e ali, em síntese, acabei por manifestar-me nesses termos:

«Colocada a controvérsia nos termos expostos, estou em que o conflito normativo suscitado deve ficar confinado ao confronto entre a Lei n.º 5.172/66 e o Decreto-Lei n.º 1.478/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 1.582/77, sem elevá-lo ao altiplano constitucional, e, nesse contexto, a prevalência, «ratione materiae» cabe ao Código Tributário Nacional, e, assim, o item III do art. 3.º daquele decreto-lei é ineficaz, porque sem força normativa para alterar o CTN, à vista de tratar-se de matéria, sob reserva de lei complementar».

De outro lado, e reportando-me aos subsídios trazidos pelo Ministro Bueno de Sousa, embora, em princípio, todo conflito entre leis de hierarquia normativa diferente encerre uma infração ou ilegitimidade constitucional, o certo é que, no direito positivo brasileiro, «concessa venia» só há falar-se em controvérsia constitucional, quando a colisão da Lei menor com Lei Magna se instaura direta e imediatamente, interpretação restritiva que se impõe, principalmente quando se considera nas cautelas constitucionais em torno da decretação do vício máximo e a tradição da nossa jurisprudência e doutrina ao sentido de evitar-se o confronto com a Constituição, quando a discrepância pode ser dirimida num cotejo de normas infra-constitucionais.

Antecipo, no entanto, que, se vencido no particular, adiro à tese da inconstitucionalidade sustentada pelo eminente Relator.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, peço licença para reiterar o meu entendimento no sentido de que devemos exercitar, no caso, o controle de constitucionalidade. Alinho, em prol desse entendimento, duas palavras.

Ninguém ignora que há corrente doutrinária que sustenta que a tarefa de fixar fatos geradores de tributos não é própria da lei complementar do art. 18, § 1.º, da Constituição. É que, conforme acentuam os doutores, não cabe à lei complementar criar tributos. Ao legislador ordinário, sim, é que compete essa tarefa. Permitir que o legislador complementar defina hipóteses de incidência, seria cercear a competência do legislador ordinário, que ficaria impedido de exercer, plenamente, o poder tributário que a Constituição lhe concedeu. De outro lado, a fixação de hipóteses de incidência tributária não se incluiria no conceito de norma geral de direito tributário. Sei que há doutrinadores de prestígio que sustentam que a lei complementar, ao dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária, não poderia deixar de definir fatos geradores ou hipóteses de incidência tributária. Divirjo, *data venia*, dessa colocação. É que o legislador ordinário, ao criar tributos e, assim, fixar hipóteses de incidência, não poderia ir além da Constituição, porque não poderia modificar os conceitos utilizados por esta, tendo em vista o disposto nos artigos 109 e 110 do CTN.

Por todo o exposto, então, força é concluir: a lei complementar, quando cria hipóteses de incidência de tributos estaduais e municipais, é inconstitucional; e quando o faz, relativamente a tributos federais, vale, tão-só, como lei ordinária, revogável por lei ordinária.

Mas o que deve ficar bem esclarecido é o seguinte: no caso, o CTN, artigos 68, 69 e 70, simplesmente regulou, com fidelidade, o que a Constituição estabeleceu. É que a Constituição utilizara-se de um conceito de direito privado — o único existente no momento em que a Constituição foi editada — e o CTN acompanhou os passos do constituinte. Deve ser trazido ao debate, outrossim, uma outra questão. As leis complementares, segundo o magistério de Souto Maior («Lei Complementar Tributária», RT, 1975, pág. 83), são de duas espécies: «1.º) leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos (Leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); 2.º) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos.» As do primeiro grupo põem-se em nível hierárquico superior às leis ordinárias. Essa colocação, para José Afonso da Silva («Aplicabilidade das Normas Constitucionais», RT, 2.ª ed., 1982, pág. 232 e segs.), facilita o entendimento de que a lei ordinária que ofender a lei complementar é inconstitucional e não ilegal. José Afonso da Silva sustenta, em verdade, que uma lei ordinária, que ofenda uma lei complementar, estará vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina sejam regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflitos de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica que é a que ficou ofendida — a Constituição. «Por isso, conclui o festejado autor: «Pronunciamo-nos, destarde, pelo controle de constitucionalidade das leis, com todas as suas consequências, quando uma regra jurídica ordinária conflite com uma complementar». (Ob. cit., pág. 233/234).

No caso, ao que penso, estaria sendo vulnerada, pela norma ordinária, disposição de lei complementar que fundamenta a validade de outras normas — artigos 109 e 110 do CTN — assim vulnerada a própria Constituição, convindo acentuar que o CTN, quando dispõe a respeito do tema, nos artigos 68, 69 e 70, simplesmente foi fiel a ele mesmo (artigos 109 e 110), assim fiel à Constituição.

Em caso tal, vale o magistério de José Afonso da Silva, que cunhou para a hipótese «a expressão ilegitimidade constitucional, já usada na Itália preferentemente ao termo inconstitucionalidade». (Ob. cit., pág. 233).

Com estas breves considerações, peço vênha para reiterar o entendimento no sentido de que estamos diante de uma inconstitucionalidade, ou de uma *ilegitimidade constitucional*, pelo que se torna necessário o controle de constitucionalidade.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MIGUEL JERÔNIMO FERRANTE: Compete à União Federal instituir imposto sobre serviço de transporte, salvo o de natureza estritamente municipal (art. 21, VII, da Constituição Federal).

O Código Tributário Nacional estabelece que esse imposto tem como fato gerador «a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoa, bens, mercadorias ou valores, salvo quando o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo Município» (artigo 69, I); sua base de cálculo é o preço do serviço (artigo 69) e o contribuinte, o prestador do serviço (art. 70).

Dele tratou o Decreto-Lei nº 284, de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, que estendeu sua incidência ao transporte rodoviário de cargas. O Decreto-Lei nº 1.582, de 17 de novembro de 1977, por seu turno, ao alterar este último diploma legal, dispôs:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades:

.....
 «III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados à comercialização ou industrialização posterior».

Vê-se nessa alteração çiva de inconstitucionalidade.

A regra, abrangendo não apenas a «prestação de serviço de transporte», mas, também, a sua execução, estaria em descompasso com o Código Tributário Nacional que, por sua natureza de lei complementar, íntegra, numa simbiose harmônica, o texto constitucional, na formulação do sistema tributário.

Realmente, o confronto entre as duas normas, — o da lei complementar (art. 68, item I) e a do citado Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a^a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582, de 1977 (item III do art. 3º) —, revela que esta última extrapola os limites da imposição tributária. A ampliação do campo de incidência, com a redação defeituosa do texto, para alcançar «o transporte de mercadorias e bens próprios», destinados à «comercialização ou industrialização posterior», briga, sem dúvida, com o comando da lei complementar, condicionado, de modo amplo, à previsão, de um contrato formal ou tácito de locação de serviço. Sem que se configure essa prestação de serviço — o que não ocorre quando os bens e mercadorias ainda não foram comercializados — não se pode cogitar de preço do serviço, pressuposto da base de cálculo do imposto.

Vale, contudo, observar que a questão não se esgota ao simples reconhecimento desse conflito.

Creio oportuno ressaltar a situação da empresa mantenedora de serviço de transporte próprio, para entrega, em larga escala, de seus produtos já comercializados. No caso, tirante a entrega das vendas a varejo, taxativamente excluídas da incidência, penso cabível, a tributação, sem ofensa à lei maior. É que aí emergem os contornos de um tácito contrato de transporte, na prestação de um serviço que, obviamente, não é operado por mera liberalidade. Na realidade, o que se tem presente é uma atividade paralela da empresa, nascida por imposição do vulto de seus negócios, que se mantém e gera lucros, é óbvio, através do frete, direta ou indiretamente incluído no custo das vendas. Pensar de outro modo, seria, a meu ver, admitir que a lei fundamental estaria a dispensar tratamento discriminatório, excluindo da incidência a grande empresa, para somente onerar a pequena, que sem recursos bastantes é obrigada a socorrer-se, na hipótese, de uma transportadora. Tal exegese por odiosa, não se me afigura consentânea com os princípios da justiça fiscal.

Daí porque, ao invés de fulminar de inconstitucionalidade o preceito legal, parece-me mais razoável considerá-lo ineficaz, no tópico em que, inovando, sobeja, sem força normativa, o texto complementar.

É o voto

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, voto de acordo com o Sr. Ministro Relator, dando pela inconstitucionalidade do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, na redação do Decreto-Lei nº 1.582/77.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inc. AMS 89.825 — RS — Reg. nº 3.215.938 — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda. Apdo.: Departamento

Nacional de Estradas de Rodagem. Adv.: Drs. Vera Maria Wachter Gonçalves (apte.) Eneidy Till (apdo.).

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli e Jesus Costa Lima, julgando ineficaz o dispositivo argüido de inconstitucional e os votos dos Srs. Ministros Américo Luz e Flaquer Scartezini pondo-se de acordo com o Relator para julgar inconstitucional o art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho. Aguardam os Srs. Ministros José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Torreão Braz, Otto Rocha, Adhemar Raymundo e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JARBAS NOBRE. 3-6-82 — Plenário.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ALDIR G. PASSARINHO: Discute-se na presente argüição de inconstitucionalidade, se a norma contida no art. 3º, inc. III, do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977 é ou não incompatível com o disposto no art. 21, inc. VII, da Constituição Federal.

O Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, em desenvolvido pronunciamento, na Turma, entendendo haver inconstitucionalidade, suscitou o debate a repetido, o qual veio, então, por concordância dos demais integrantes da assentada, a ser trazido ao Plenário, desta Corte, com base no art. 176, § 1º do novo Regimento Interno.

O Senhor Ministro Romildo Bueno de Souza, embora concordando em ser incompatível a norma legal referida com o preceito constitucional que dispõe sobre o imposto sobre serviço de Transporte e Comunicação, entende que não é o caso de declaração de inconstitucionalidade daquela norma legal, posto que ela já esbarra com o que a respeito dispõe nos seus artigos 68, 69 e 70 o Código Tributário Nacional, que por ser diploma legal erigido à condição de lei complementar, prevalece sobre o que diferentemente estabelece o Decreto-Lei nº 1.438/75, com a alteração do Decreto-Lei nº 1.582/77, no seu inc. III, do art. 3º.

O Senhor Ministro Miguel Ferrante manifesta-se pela ineficácia da norma, em parte, compreendendo que apenas viola o preceito constitucional parte do inc. III do mencionado art. 3º, ou seja somente aquela em que também faz incidir a tributação sobre o transporte quando efetuado ele pela própria empresa proprietária, dos bens, para industrialização posterior, considerando quando cabível, porém, a tributação quando se destinem as mercadorias ou bens à comercialização de seus próprios produtos.

Ponhamos aquela citada regra do Decreto-Lei nº 1.438/75 em confronto com o inc. VIII art. 21, de 1969 da EC nº 1, que repete o disposto no art. 22, VII, do texto original da Constituição de 1969, e na EC nº 18, de 1965, à Constituição de 1946.

Diz a norma constitucional que compete à União instituir imposto sobre:

«VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal».

A sua vez, o discutido inc. III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75, na sua atual redação dispõe:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar as atividades:

I —

II —

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior».

O Sr. Ministro Relator entende que o vocábulo «serviço», e que é o de transporte, inserido no texto constitucional como aquele sobre o qual deve ser cobrado o ISTR, há de ter o seu conceito encontrado no direito privado, por isso que, como adianta: «na forma do que dispõe o art. 110 do CTN, a lei tributária em geral não pode alterar conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, por norma de hierarquia superior, para definir ou limitar competência tributária, convido esclarecer que a norma do art. 110 do CTN, que é um desdobramento do que está posto no art. 109, constitui, norma geral de direito tributário, assim lei complementar (C.E. art. 18, § 1º).»

É princípio consagrado de hermenêutica que se deve sempre procurar a compatibilidade das leis entre si ou delas com a Constituição. É a aplicação do velho brocardo segundo o qual «onis interpretatio si fieri potest, ita facienda est ut omnes contrarietates amoveantur», ou seja, toda interpretação, se se puder fazer, deve-se fazer de tal modo que se removam todas as contrariedades».

Assim, e por uma questão de hierarquia de leis, cabe fazer-se o exame do art. 22, inc. VII, da Constituição, primeiramente em confronto com os dispositivos do Código Tributário Nacional no que pertinem ao imposto em comento.

Dizem os arts. 68, I, 69 e 70 do CTN:

«Art. 68. O imposto, de competência da União, sobre serviços de transportes e comunicações tem como fato gerador:

I — a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoa, bens, mercadorias ou valores, salvo quando o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo Município.»

«Art. 69. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.»

«Art. 70. Contribuinte do imposto é o prestador do serviço.»

Entendo que o vocábulo «serviço», inserto no texto da Constituição só por si não impediria a cobrança do imposto tal como se encontra no inc. III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75, porquanto tenho que possa ali ter sido considerado o conceito econômico do termo «serviço» e não, aquele apenas deduzido do art. 1.216 do Código Civil, somente porque neste último se diz que «toda a espécie de serviço em trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante retribuição».

Pontes de Miranda ao examinar o preceito constitucional em foco ressalta:

«Supõe-se que se trate de *serviço*, e não de ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se é do próprio motorista, ou do dono do veículo, que não o vai incluir em bens de venda ou de outro negócio jurídico. Aí não se serve, de modo que não há *serviço*.» (Comentários à Constituição de 1967, Tomo II, pag. 468).»

Ora, com a sua sensibilidade, bem entremostrou o ilustre constitucionalista que não deveria considerar-se como serviço aquele prestado no interesse do próprio transportador, mas desde que não fosse seu custo incluindo em bens de venda ou de outro negócio jurídico.

Entendo, deste modo, que nesse sentido é que deve, para fins tributários, dentro da regra constitucional, ser considerado o vocábulo «serviço». É natural que assim seja. O ônus despendido com o transporte se constitui em valor econômico que, inclusive, onera o produto. Faz parte do complexo de operações comerciais ou industriais para a venda do bem ou para a realização do produto final e, portanto pelo princípio mesmo da igualdade tributária não deveriam ficar empresas exoneradas do ônus e ou-

tras não, conforme dispusessem, ou não, de sistemas próprios de transporte para suas próprias mercadorias.

Não vejo, desta sorte, inconstitucionalidade no discutido inc. III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438-75.

Entretanto, não me parece possam subsistir dúvidas que o disposto no inc. I do art. 68 impõe limitações quanto à incidência do imposto, no referente ao serviço de transporte quando este é executado na movimentação de bens com o objetivo de sua industrialização. O valor do transporte se incorpora e dilui obviamente no próprio custo do produto, diretamente, não se podendo dizer, então, que houve aí uma prestação de serviço para fins tributários. Mas, incluindo-se no próprio produto serve obviamente para a formação de seu preço, sofrendo, em consequência, segundo penso, a incidência dos impostos que incidem sobre o valor do produto.

Fico, entretanto, com o Sr. Ministro Ferrante quando observa que deve haver a incidência do imposto quando a empresa mantém serviço de transporte próprio para entrega, em larga escala, de seus produtos já comercializados, ou seja, quando vendidos para comercialização.

Aí, de fato, temos uma atividade autônoma da empresa, que direta ou indiretamente transfere, a rigor, o ônus tributário para o adquirente da mercadoria ou para aquela que a irá comercializar.

Tem-se aí, na interpretação do dispositivo legal, de considerar incabível interpretação literal ao disposto no art. 68, I do Código Tributário Nacional.

Assim, entendendo que o inc. III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438, com sua redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77 não é inconstitucional. Apenas no que tange ao transporte para comercialização deve sobre ele incidir o ônus fiscal, por contrariar no particular, segundo entendo, não a Constituição, mas sim o disposto no art. 68, I, do CTN.

É o meu voto.

VOTO ADITAMENTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: Senhor Presidente, numa das últimas Sessões, quando votou o Sr. Ministro Miguel Ferrante, permaneci em silêncio. Todavia, agora, diante do voto do Sr. Ministro Aldir Passarinho, permito-me, **data venia**, rememorar alguns dados da questão posta por mim no meu voto, para concluir pela inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77.

O Senhor Ministro Aldir Passarinho quer sustentar, ao que me parece, que não haveria inconstitucionalidade, por isso que as empresas que têm veículos próprios para transporte de carga própria gozariam de uma situação mais benéfica, o que afrontaria o princípio da igualdade fiscal.

Data venia, a questão não pode ser posta assim.

Em primeiro lugar, porque as empresas fizeram investimentos de monta, adquiriram caminhões. Elas não estão, pois, em situação igual àquelas que não procederam dessa forma. Segundo Aristóteles, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Em segundo, porque a literatura fiscal, nacional e estrangeira, distingue a evasão fiscal, ilegítima, da elisão fiscal, a **tax avoidance** (evasão) e a **tax evasion** (fraude), do direito anglo-saxônica, ou a **steuerhinterziehung** (fraude) e a **steuerumgehung** (evasão), do direito alemão, ou la **elisión y la evasión** tributária, do direito espanhol. Ver, a propósito, a excelente monografia de Antônio Roberto Sampaio Dória, «Elisão e Evasão Fiscal», IBET, São Paulo. A distinção entre elisão e evasão fiscal, segundo Rubens Gomes de Souza, invocado por Alberto Xavier («Direito Tributário Empresarial», Fo-

rense, 1982, págs. 33 e 34), pode ser assim explicada: «a fraude fiscal — uma das infrações tributárias simples, por oposição aos crimes e contravenções em matéria tributária — podia ser definida como toda ação ou omissão destinada a evitar ou retardar o pagamento de um tributo devido, ou a pagar tributo menor que o devido. Em face desta noção desenhava-se bem simples a distinção entre a fraude fiscal e a evasão de imposto. Ambas seriam ações ou omissões destinadas a evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo, mas enquanto a fraude fiscal pressupõe a ocorrência do fato gerador, isto é, uma obrigação tributária já existente, constituindo uma infração, a evasão coloca-se em momento anterior ao da ocorrência do fato gerador, antes pois do nascimento da obrigação do imposto, pelo que não caberia no caso falar-se em ato ilícito (cf. Compêndio cit., ed. póstuma, págs. 137 e segs., e Pareceres 3 — Imposto de Renda, São Paulo, 1976, págs. 211-212).»

Isto quer dizer que o contribuinte pode escolher uma forma lícita que evite a ocorrência do fato gerador. Dá-se, em caso assim, a elisão fiscal.

Busquemos o exemplo na hipótese aqui discutida.

Uma empresa que, comumente, faz contratos com terceiros, de transportes de suas mercadorias, tem que pagar o imposto sobre o transporte. Ela, entretanto, poderá evitar a ocorrência do fato gerador desse imposto, desde que adquira caminhões e transporte, ela mesma, a sua carga. Assim procedendo, deixa ela de firmar contrato de transporte com terceiro, pelo que não ocorrerá, nessa hipótese, o fato gerador do tributo. Isto é elisão fiscal, ou evasão fiscal legítima, que o direito admite.

Concordaria com o eminente Ministro Ferrante, se existisse, na hipótese sob julgamento, um contrato de transporte, expresso ou tácito. Mas nós não estamos apreciando hipótese em que há contrato de transporte. Ao contrário, estamos a apreciar uma hipótese em que não há esse contrato.

De outro lado, ao que pude perceber do brilhante voto do Sr. Ministro Passarinho, S. Exa., *data venia*, estaria admitindo como possível, no caso, não a interpretação analógica, que o CTN admite, desde que não resulte na exigência de tributo não previsto em lei (CTN, art. 108, I, § 1º), mas a interpretação extensiva, que não é admissível no direito tributário. Naquela, partindo-se de um texto de lei, incluem-se as situações análogas, embora não expressamente referidas no texto, sem que se crie direito novo, por isso que está-se apenas completando o alcance do direito existente, assim nos termos da recomendação do direito romano: *ubi eadem le gis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida). Na interpretação extensiva, ao contrário, partindo-se de um texto de lei, cria-se uma norma jurídica nova para aplicação a uma situação diferente da prevista na lei. Confira-se, a propósito, Rubens Gomes de Sousa, «Compêndio de Leg. Trib.», 1975, pág. 81.

Por todo o exposto, mantenho o meu voto, *data venia* dos eminentes Ministros que não pensam desta forma.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, em matéria de ajustamento dos tributos aos comandos maiores, no dever de conformá-los às *limitações constitucionais do poder de tributar*, observe-se que o *imposto sobre serviços de transporte* tem sido pouco afortunado.

De começo, acentue-se a sua sina, marcada por instituí-lo e alargá-lo sempre por via de decretos-leis; sorte pouco invejável para o trato de matéria tributária que almeje estabilidade normativa, já que essa forma legiferante vem-se demonstrando apressada, sem tempo de maiores reflexões sobre as notáveis nuances das limitações do poder tributante, as quais tanto interessam ao contribuinte conferir minudentemente. Via de re-

gra, talvez que por uma espécie de atavismo político originário, dita legislação mostrasse rebelde às lindes que a Constituição impôs ao legislador ordinário, sobretudo no concernente às situações tributárias definíveis por lei.

A par desse toque político, por sinal que influente à força da própria natureza do chamado sistema do *Executivo forte e preponderante*, também a rigor técnico o decreto-lei tem deixado a desejar como instrumento legislativo, padecendo carências, à mingua, certamente, das luzes de um maior debate, como o que se trava no campo do Congresso Nacional, leito ordinário do nascimento das leis; também pudera: não cabe confronto entre a excelência da elaboração legislativa coletiva, aberta à diversidade de opiniões e conhecimentos, e o aviamento fechado do decreto-lei, cujo agente, a mais se socorrer, socorre-se dos conhecimentos da técnico-burocracia que o cerca, a qual, posicionada na crista do processo decisório das políticas da administração, funciona, ao mesmo tempo, como fonte inspiradora e como destinatário-aplicador do texto proposto à decretação.

Exemplo de tanta carência do analisado estilo de legiferar ressei dos vários decretos-leis que se vêm sucedendo a propósito do Imposto sobre Serviços de Transporte Rodoviário — ISTR.

Com efeito, previsto pela Emenda 18/65 à Constituição de 1946, o imposto sobre serviços de transporte intermunicipal e interestadual, excludente do imposto sobre serviços de qualquer natureza (como passou a se chamar o antigo imposto municipal de indústrias e profissões), somente com o Decreto-Lei nº 284, de 28-2-67, animou-se a reger os *transportes rodoviários*, cingindo-se à condução de passageiros.

Mesmo aí, antes de estender-se ao transporte de cargas pela redação do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, a tributação já se controvertera, a terna de pretender alcançar o transporte de pessoas, ainda quando inexistisse o bilhete de passagem individual, valor então indicado como base de incidência. Da controvérsia trataram diversos precedentes deste Tribunal, com recusa do abusivo procedimento fiscal, a exemplo do que noticiam os Acórdãos que relatei, com as seguintes ementas:

«Imposto sobre Transporte Rodoviário.

— É tranqüila a jurisprudência do TFR no sentido da legitimidade das empresas para impetração de Mandado de Segurança sobre o tema, e da inexigibilidade do imposto no caso de viagens de turismo sem emissão de bilhetes de passagem» — AMS 78.523, 3ª T., in DJ de 18-5-78.

«Imposto sobre Transporte Rodoviário.

— É tranqüila a jurisprudência do TFR no sentido da legitimidade das empresas para impetração de Mandado de Segurança sobre o tema, e da inexigibilidade do imposto no caso de viagens de turismo sem emissão de bilhetes de passagem (caso anterior ao advento do Decreto-Lei nº 1.438/75, nova disciplina legal da matéria)» — AMS 80.706, 4ª T., in DJ de 8-3-79.

Todavia, à mão a competência tributária imediata, apressou-se a administração pública normativa em consertar o vazio daquele diploma, relativamente ao transporte prestado sem emissão de bilhetes de passagem, como acontecia às empresas de turismo; improvisou-se, pois, o Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, através do qual, tanto foi sanada a lacunosa base de cálculo inerente ao agora compreendido transporte de pessoas (art. 3º, § 4º, e art. 7º), como foi estendido o imposto aos serviços de transporte de cargas (art. 1º).

Quanto ao primeiro cometimento, na verdade, o texto novo foi bem sucedido, consoante a interpretação que a seguir o Tribunal lhe dispensou, a nível de asseverações desta ordem:

«Imposto sobre Transporte Rodoviário.

— A partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.438/75 (arts. 1º, 2º, 3º, e 7º), desapareceu a distinção entre transporte de *passageiros* e de *pessoas*, na

qual se fundava a orientação de que o tributo não alcançava a operação contratada sem emissão de bilhete de passagem» — AMS 81.702, Rel. Min. José Dantas, 3ª Turma, in DJ 26-10-78».

Igualmente pacífica pensava-se que viesse a ser a exegese do Decreto-Lei nº 1.438, no ponto que ampliara o ISTR ao transporte de cargas — porque muito clara a sua letra primitiva, pelo *caput* do art. 3º, ao indicar como *contribuinte a pessoa física ou jurídica que exerça, regularmente, as atividades do transporte rodoviário de passageiros ou cargas, com objetivo de lucro ou remuneração*, e mais clara ainda ao estabelecer como base de cálculo, no particular, o *preço do frete* (artigo 7º).

Contudo, o regulamento baixado pelo Decreto nº 77.789, de 9-6-76, (arts. 2º, IV), — a para de excetuar do «fato gerador» o *transporte de mercadorias ou produtos acabados, realizado sem objetivo de lucro ou remuneração, em veículo próprio, entre estabelecimentos da mesma empresa, se situados em dois municípios adjacentes ou em municípios integrantes de uma mesma Região Metropolitana* —, a par disso, pretextou respaldo no § 3º do citado art. 3º, e cuidou de estabelecer, para o transporte próprio não compreendido nessa ressalva, uma base de cálculo distinta do *preço do frete* a que aludia a lei regulamentanda; isto é, o regulamento inovou o dispositivo legal, erigindo como base de cálculo os *componentes tarifários do frete* (sic), em função dos quais, no caso de carga própria, não poderia dita base ser *inferior a 80% das tarifas rodoviárias constantes das tabelas estabelecidas e aprovadas pelos órgãos federais competentes* (arts. 11 e 12).

A partir daí, vislumbrou-se novo questionamento. Indagou-se se o regulamento possuía autoridade para dispor sobre a base de cálculo silenciada na lei, relativamente à duvidosa tributabilidade do transporte de carga própria.

A indagação obteve resposta negativa do Tribunal, no estilo do pronunciamento da antiga 1ª Turma, em acórdão da lavra do Ministro Otto Rocha, assim ementado:

«EMENTA: Tributário. Transporte de carga (ISTR). Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75.

A prestação do serviço de transporte constitui o fato gerador do ISTR (art. 68, inciso I, do CTN) e a base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

No transporte rodoviário de carga própria, realizado em veículo próprio, para simples entrega, não ocorre fato gerador, por inexistir a prestação de serviço de transporte a terceiros, como negócio ou profissão, isto é, como atividade remunerada.

Preliminar de impetração contra lei em tese repelida.

Apelo improvido». — AMS 82.820, in DJ de 12-12-79.

Inobstante, a contenda sobreviveu. Para alimentá-la, recorreu-se a um terceiro decreto-lei, aproveitando-se da facilidade com que dele dispõem as assessorias político-fiscais do Governo. Desta vez, alterou-se o diploma matriz, como que a propiciar a legalização das explicitações daquele regulamento que se adiantara à lei; viabilizou-se literalmente a taxação tributária da *atividade de transporte de mercadorias ou bens próprios destinados à comercialização ou industrialização posterior*, e preencheu-se a lacuna da base de cálculo, especificada, na hipótese, pelo *valor tributável estabelecido pelo Ministro da Fazenda com observância das tarifas básicas oficialmente autorizadas para o transporte de cargas de terceiros*, tudo na conformidade da redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582, de 17-11-77, ao Decreto-Lei nº 1.438, art. 3º, inciso III, e art. 7º, § 2º.

Nesse pé, armou-se a questão constitucional *sub judice*. Para seu deslinde, certamente, pouco contribuirá, de imediato, o escorso histórico ora traçado; contribuirá,

porém, assim o espero, para a compreensão das surpreendentes alterações padecidas pelo hoje denominado Imposto sobre os Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual de passageiros e cargas — ISTR; contribuirá o histórico, acabado à luz da deontologia aplicado a tributo tão instável — constantemente alargado a novas hipóteses de incidência, de molde a lembrar a exclamação em voga a certo tempo e contexto, sobre *ser o Estado um ente aético*.

Seguido desse Juízo deontológico, mais se haverá de dizer do apressado alargamento tributário, quando do Juízo de inerência a embasar-se na procura do traço de ligação, distendido entre a previsão constitucional do *imposto sobre serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal*, e a tributação desavisadamente lançada sobre o *serviço de transporte de bens e mercadorias próprias*; mais se haverá de dizer, quando pesquisada a ontologia do tributo, necessariamente associada à semântica econômico-financeira da prestação de serviços, atividade modernamente teorizada como produção e venda de bens imateriais; mais se haverá de dizer a propósito da malfadada indicação do sujeito passivo, identificado em função do autofornecimento de trabalho, função cuja consistência, obviamente, desfigura a *obrigação de fazer* indagada como elemento contratual imprescindível à concepção sobre *serviços*, quando tomado o termo como fato tributariamente relevante; em suma, mais se haverá de dizer sobre a má feição constitucional do impugnado fato imponible, estimado a peso da sua plena e total incompatibilidade substancial para com o comando do art. 21, VII, da Constituição, e por isso que violador do princípio da legalidade, agasalhado no art. 153, § 28.

Entretanto, sob pena de repetição, mais não se haverá de dizer, do que já o disse sob esse prisma o Relator, Ministro Carlos Mário de Inocêncio, na erudita fundamentação de seu voto de acolhimento da presente arguição de inconstitucionalidade. Sua Excelência fez correta apreciação da espécie à luz das normas complementares estatuidas pelo Código Tributário Nacional, e chegou à perfeita conclusão da incompatibilidade do examinado art. 3º, inciso III, para com o art. 21, VII, da Constituição, comando este fielmente desenvolvido pelos arts. 68, 69 e 70 do CTN; fê-la muito bem S. Exa., nos moldes como o STF também a fez, recentemente, a propósito de determinada regra tributária da Prefeitura Municipal de São Paulo, diretamente afrontosa ao CTN e, de conseqüência, atritada com a disciplina constitucional do poder de tributar.

Na verdade, sob esse preciso enfoque a lei paulista foi declarada *inconstitucional*, e não apenas *ineficaz*. Veja-se a elucidativa ementa do aludido aresto-supremo:

«EMENTA: Acréscimo de 200% ao imposto imobiliário sobre imóveis onde haja construções irregulares. — Acréscimo que configura sanção a ilícito administrativo. — O art. 3º do CTN não admite que se tenha como tributo prestação pecuniária compulsória que constitua sanção de ato ilícito. O que implica dizer que não é permitido, em nosso sistema tributário, que se utilize de um tributo com a finalidade extrafiscal de penalizar a ilicitude. Tributo não é multa, nem pode ser usado como se fosse. — Se o município quer agravar a punição de quem constrói irregularmente, cometendo ilícito administrativo, que crie ou agrave multas com essa finalidade. O que não pode — por ser contrário ao artigo 3º do CTN, e, conseqüentemente, por não se incluir no poder de tributar que a Constituição Federal lhe confere — é criar adicional de tributo para fazer as vezes de sanção pecuniária de ato ilícito. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarada a inconstitucionalidade da redação dada pela Lei nº 7.785, de 20 de setembro de 1972, ao inciso I do artigo 15 da Lei nº 6.989, já alterada pela Lei nº 7.572, de 29 de dezembro de 1970, todas do município de São Paulo. — RE 94.001 — Rel.: Min. Moreira Alves, TP, em 11-3-82 — DJ de 11-6-82.

A partir de asserções tão enfáticas, parece não caber distinguir, para efeito do controle constitucional, o conflito direto da lei contextual postulado da Constituição, ou que o seja transversalmente pelo choque com a concernente regra complementar — no caso, as indicadas normas do CTN.

Sem embargo, porém, dessa inteireza do posicionamento da matéria pelas linhas do voto do Relator, suficientes por si mesmas, permito-me acrescentar outro ângulo de visão da examinada violação constitucional; isto é, o de que, ainda quando o analisado tributo não se bastasse irrogável pela imperfeição relativa àquele terceiro contribuinte — o transportador de mercadorias próprias (art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438, redação do Decreto-Lei nº 1.582/77) —, vislumbra-se uma igual déficit da lei para com mais um dos componentes da tríglia restante — *fato, base e alíquota*. Verificar-se-ia, por exemplo, que o novo art. 7º, § 2º, do Diploma deixou ao arbítrio da Administração o estabelecimento da *base de cálculo* do tributo, no caso do serviço de transporte de carga própria.

De fato, no seu *caput*, o prefalado artigo fixou como ordinária base de cálculo do imposto o *preço do frete*, elemento fundamental do conceito legal de *serviços*; entretanto no pormenor da contestada hipótese de transporte próprio, o legislador singular tangenciou a perplexidade da ausência de tal «preço», e a supriu a modo de uma sucedânea base de incidência, evidentemente aleatória e *desvinculada*. Inadvertiu-se de que o princípio constitucional da *legalidade estrita* não pode ser ignorada nem pela própria lei geratriz do tributo — isto é, a salvo exceções constitucionais que não vêm ao caso, o princípio se impõe de forma a vincular por lei, indissociavelmente, o quadrinômio *sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquota*; e mais ao cabo da regulamentação complementar das «limitações constitucionais do poder de tributar» (C., art. 18, § 1º), é consabido que não escapa ao princípio da legalidade estrita nem mesmo a *modificação da base de cálculo do tributo, que importe em torná-lo mais oneroso* — CTN, art. 97, § 1º.

Daí que causa espécie a discricionária base de cálculo remetida ao Ministro da Fazenda estabelecer, sem outra observância além dos componentes tarifários, a cujo respeito lembre-se à crítica a sua alusão pelo primitivo regulamento do ISTR, antecipada ao texto legal ora vigente.

A meu ver, essa simplória indicação da *base a ser estabelecida* fugiu à vinculabilidade legal da obrigação tributária, por permitir à Administração uma intolerável intromissão na esfera restrita da lei, na qual gravita, qualitativamente, a fixação da base de cálculo — elemento necessária do tributo projetado *ex lege* como objeto da relação jurídica entre o Estado e o contribuinte. Na verdade, a termo da exigida legalidade estrita, não parece bastar que a lei simplesmente aluda à base de cálculo, mas, sim, que a defina com elementos inalteráveis ao nuto do administrador; que a fixe por componentes sólidos, irremovíveis senão que por lei.

Repita-se, portanto, que não condiz com esses predicados uma base de cálculo figurada literalmente pelo *valor tributável* que, verbis:

«será estabelecido pelo Ministro da Fazenda com observância das tarifas básicas oficialmente autorizadas para o transporte de cargas de terceiros» — art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.438, redação do Decreto-Lei nº 1.582.

Desse modo, convenha-se em que, fatalmente ausente o *preço do frete* — pois que, no atinente à mercadoria própria, a execução do serviço de transporte resulta em *despesa de custeio* e não em *preço* —, outra base que lhe pudesse suceder deveria, rigorosamente, comportar-se a título próprio, que não o da competência da Administração para estabelecê-la com a eufêmica designação de «valor tributável».

Em conclusão, face a tão flagrantes transgressões àquelas limitações constitucionais, demonstráveis tanto a confronto do sujeito passivo, quanto da base de cálculo da malsinada hipótese de incidência do ISTR, voto por também acolher a arguição de inconstitucionalidade de que se trata.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: O imposto sobre serviços de transportes e comunicações foi incluído na competência da União pelo art. 14 da Emenda Constitucional nº 18, de 1965. A Lei nº 5.172, de 1966, que dispôs sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, especificou tal tributo.

Essa Lei, que o Ato Complementar nº 36 determinou se denominasse Código Tributário Nacional, definiu no seu art. 68 o fato gerador do imposto como a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, salvo quando o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo município. No art. 69 fixou como base de cálculo o preço do serviço, designando no art. 70, como contribuinte do imposto, o prestador de serviço.

A lei deu à expressão «prestação de serviço» a significação econômica de realizar, praticar, efetuar serviços para outrem, mediante ajuste. É uma atividade econômica, da qual o prestador extrai vantagens dos bens materiais que possui, ou da sua qualificação profissional, por via da obrigação de meios.

O tributo recai, portanto, sobre o preço do serviço prestado. Por isso mesmo, doutrinariamente, o imposto sobre serviços é considerado um imposto indireto. Rubens Gomes de Souza, em trabalho publicado em 1947, no nº 10 da Revista de Direito Administrativo, assinalava que «os últimos tributos» propriamente de consumo a aparcerem, «em razão da sua própria natureza, são os que gravam o consumo, não de coisas ou bens, mas de serviços. Dizemos pela sua própria natureza, porquanto os principais serviços tributados são os de transportes, sobretudo por estrada de ferro, que constituem parcela importante dos orçamentos na Alemanha e na Itália» (pág. 69). Nesse mesmo trabalho, lecionava o saudoso jurista que a classificação dos impostos de consumo como tributos sobre a circulação de riquezas coaduna-se também com a sua natureza de impostos indiretos, que são aqueles em que, por definição, há sempre dois contribuintes, «o legal ou de direito, que é aquele que a lei torna responsável pelo pagamento do imposto, e o final ou de fato, que é aquele que suportará em definitivo o imposto que lhe seja transferido pelo contribuinte de direito, quer através de um acréscimo no preço dos bens ou dos serviços quer através de uma dedução nos pagamentos ou por outra forma qualquer» (pág. 59).

Apesar das críticas dos autores modernos, não há negar que a importância do conceito econômico dos impostos indiretos, em face do fenômeno da repercussão, referido na passagem acima citada. No imposto de serviços, há necessariamente essa repercussão; para que se caracterize como imposto de consumo.

O § 3º do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, entretanto incluiu na definição do fato gerador o transporte, por pessoa física ou jurídica, em veículo próprio ou afretado, de mercadorias ou bens destinados à comercialização posterior, ou que representem insumos ou componentes integrantes de produto final, em cujo valor deverá estar destacado e computado o preço do transporte.

O Decreto nº 77.789, de 9 de junho de 1976, que regulamentou o Decreto-Lei nº 1.438, alude, no art. 1º, à *prestação ou execução* de serviços de transporte, alargando, desse modo, o fato gerador. Esse elástico consta, aliás, da nova redação dada ao art. 2º do Decreto-Lei nº 1.438 pelo Decreto-Lei nº 1.582, de 1977.

O Decreto nº 77.789 estabeleceu, ainda, no seu art. 3º, III, que a incidência do imposto independe do resultado obtido pela prestação ou execução do serviço. E nos artigos 8º e 12, refere-se ao transportador de carga própria, em transporte próprio, como contribuinte do imposto.

Vê-se, assim, que a lei tributária e seu regulamento distanciaram-se dos limites postos nas normas gerais tributárias ao fato gerador e à responsabilidade pertinentes ao imposto sobre serviços de transporte.

Tecnicamente, não é possível conceber-se a ocorrência da repercussão, peculiar ao imposto sobre serviços, se o contribuinte é o próprio dono da carga e do veículo. Seria figurar o contribuinte de direito e o contribuinte de fato numa só pessoa.

A ampliação dada ao fato gerador do imposto, com a introdução do vocábulo execução, que significa não mais uma relação com terceiro, mas a realização do serviço para si próprio, denota a dificuldade encontrada para transformar um imposto sobre serviços em imposto direto.

Mas essa ampliação fere as normas gerais de direito tributário.

Nem cabe, por outro lado, considerar o transporte de carga própria em veículo próprio um privilégio de empresas economicamente mais fortes. O que se verifica, no caso, é o exercício do direito do contribuinte ordenar seus negócios, sua fortuna, seu gênero de vida, de maneira a pagar menos impostos. Jêse chamou ao exercício desse direito de evasão legítima em seu «Cours de Finances Publiques», em 1932, e foi seguido entre nós desde Bilac Pinto nos seus Estudos de Direito Público, de 1953, Adelar Ferreira, (Direito Fiscal, 1961), Miguel Lins e Celso Loureiro (Teoria e Prática de Direito Tributário, 1961), até o excelente trabalho de Antônio Roberto Sampaio Dória sobre Elisão e Evasão Fiscal, de 1977. Os alemães designam esse exercício de direito, como «economia fiscal», que o Supremo Tribunal Administrativo da Prússia, em 1960, assim definiu: «Ninguém é obrigado a administrar sua fortuna e suas rendas de forma a propiciar ao Estado o máximo de tributos (cfr. Amílcar de Araújo Falcão, Fato Gerador da Obrigação Tributária, 1964, pág. 75).

É com esse fundamento que se tem como abusiva a inclusão, na lei, do transporte de carga própria em veículo próprio, como fato gerador do imposto sobre serviços. Abusiva e contrária à lei complementar tributária e violadora da Constituição.

Discute-se, porém, se o Código Tributário Nacional tem hierarquia de lei constitucional, de modo a se considerar a afronta às suas normas uma violação da Constituição.

A partir do disposto no item XV, letra *d*, do art. 5º da Constituição de 1946, que, adotando emenda do então Deputado Aliomar Baleeiro, atribuiu competência à União para legislar sobre normas gerais de direito financeiro, vários juristas discutiram sobre a natureza das normas gerais de direito financeiro e a necessidade de uma lei orgânica para contê-las. Carvalho Pinto defendia, então, a elaboração de uma Lei Orgânica das Finanças Públicas, contendo as normas gerais e superiores, caracterizadas pela «indiscriminada extensão a entes públicos ou a situações jurídicas da mesma condição e espécie». De igual modo, reconheceram a necessidade de uma lei orgânica, os deputados Sá Filho e Aliomar Baleeiro, e o jurista Gilberto de Uchoa Couto, preconizando este que na lei orgânica se consolidassem e esclarecessem princípios de tributação esparsos no texto da Constituição. Aduziu ainda esse eminente tributarista que a lei orgânica poderia dar definições básicas de imposto, taxa e contribuição, e enunciar princípios gerais ditados pela doutrina sobre métodos de interpretação, de formação e extinção do crédito tributário e outros de maior relevo no âmbito do direito tributário. (Cfr. Normas Gerais de Direito Financeiro, Edições Financeiras, s/d, págs. 95/104).

Essas idéias estão na base do projeto de Rubens Gomes de Sousa, e o Ministro Oswaldo Aranha teve oportunidade de assinalar, ao apresentá-lo ao Presidente da República, que «no caso do Brasil, entretanto, desde a primeira Constituição republicana, o caráter rígido e nominalista da discriminação de rendas veio acrescentar mais um dado ao problema: a necessidade de disposições complementares que, através de uma fixação normativa e uniforme dos princípios gerais do direito tributário, pudessem assegurar o funcionamento orgânico do sistema».

Adiante, disse o Ministro:

«Uma peculiaridade do Código Tributário Brasileiro, que o distinguirá de todos os demais da mesma natureza, é justamente o caráter nacional decorrente de sua aplicabilidade simultânea aos três níveis de governo integrantes da Federação. Essa característi-

ca é fundamental, portanto a sua influência não se restringe aos aspectos imediatamente decorrentes da implantação constitucional no que se refere à competência legislativa, mas evidentemente se estende a toda a sistemática do direito tributário substantivo regulado no Código.

«Por outras palavras, a Comissão teve presente que o Código, embora atribuído à competência federal por uma razão óbvia de hierarquia legislativa, não será lei «federal» mas «nacional»; «e, ainda, que as suas disposições constituirão outras regras informativas endereçadas ao legislador tributário, afetando o contribuinte na maioria dos casos, apenas indiretamente, através de sua aplicação por parte daquele». (Codificação do Direito Tributário, 1955, págs. 315 e 316).

Foi em harmonia com essas idéias, que a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, fez referência à lei complementar no seu art. 4º, a propósito da instituição de empréstimos compulsórios; no parágrafo único do art. 15, a propósito da distinção sobre serviços de qualquer natureza e as atividades realizadas por comerciantes, industriais e produtores; no parágrafo único do art. 23, no atinente à distribuição da receita de impostos únicos, e no § 1º do art. 26, a respeito da vigência das alterações e substituições tributárias introduzidas pela Emenda.

A referência à lei complementar não era uma inovação: a Emenda Constitucional nº 04, de 1961 — chamada de Ato Adicional —, já previa, em seu art. 22, a lei complementar, votada pela maioria absoluta das duas Casas do Congresso, para a perfeita organização do sistema parlamentar de Governo.

Pontes de Miranda asseverou, na época, que as leis complementares não estavam sujeitas à sanção do Presidente da República. E adiantava que «nenhum princípio a priori pré-exclui que, na hierarquia das leis, haja outros graus que o resultante das duas classes: regras jurídicas constitucionais e regras jurídicas ordinárias. As regras jurídicas das leis complementares, a que se reportam os artigos 22, parágrafo único e 25 do Ato Adicional são regras jurídicas de *direito* constitucional, apenas regras jurídicas complementarizantes, isto é, sem força para modificação da Constituição de 1946 e do próprio Ato Adicional». (Comentários à Constituição de 1946, Tomo VIII, Rio, 1962, pág. 184).

As leis complementares são integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada, como entende José Afonso da Silva.

A lei complementar tributária, entre nós, é aquela para a qual a Constituição reserva matéria específica, de organização do sistema jurídico tributário. Com efeito, as normas constitucionais tributárias são também normas de organização do sistema tributário, fornecendo os critérios a serem desenvolvidos pela lei complementar. Daí porque, não só em razão de posição hierárquica desta entre as leis, mas em virtude de sua função instrumentadora de preceitos constitucionais específicos, a lei complementar pode ser considerada, como queria Miguel Reale, como lei paraconstitucional. Nela se contém normas sobre a produção e reconhecimento da validade das leis ordinárias. Daí dizer Yvone Dolacio de Oliveira que «os tipos criados pelas leis ordinárias são tipos legais estruturais, como figuras de sentido referidas à realidade, que conservam as notas abstratas inerentes a todos os tipos; embora mais próximos da realidade, são vinculados os conceitos definidos nas leis complementares. (A Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro, edição Saraiva, 1980, pág. 114).

Verdade é que nem todas as leis complementares contêm normas sobre produção de normas, mesmo no âmbito do direito tributário, como, *verbi gratia*, nos arts. 19, § 2º, 23, II e §§ 4º e 6º, 24, II, e outros. Mas o que se contém no Código Tributário Nacional, relativamente às normas gerais de direito tributário, são daquela natureza.

A Lei nº 5.172, de 1966, diz que seu art. 1º que nela é regulado, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e se estabelecem, com fundamento no art. 5º, inciso XV, alínea *b* da Constituição Federal, as normas gerais do Direito Tributário, aplicáveis à União, aos Estados,

ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar. Consubstancia-se nela, portanto, o que se previu como matéria de lei orgânica, de lei complementar, nos projetos que a originaram. É o que histórica e doutrinariamente se assenta, a respeito da hierarquia normativa do Código Tributário Nacional.

Se assim é, pode ocorrer a invalidade da lei tributária que desborda dos limites traçados pelo Código à instituição de cada tributo.

Geraldo Ataliba aventou que em virtude da superioridade formal da lei complementar, não pode a lei ordinária alterá-la ou revogá-la. «Nula é, pois, a parte desta que contravenha disposição daquela». (Lei Complementar na Constituição, pág. 29). E José Afonso da Silva, na 2.^a edição da sua obra sobre aplicabilidade das normas constitucionais refere que uma lei federal ordinária pode também ser inválida por ferir lei complementar, sugerindo a expressão ilegitimidade constitucional para o caso de ofensa dessa lei por disposição de lei ordinária. Caberia, assim, controle de constitucionalidade das leis, quando a regra jurídica ordinária conflita com lei complementar. (Cfr. págs. 233/234).

Inclino-me por esta solução, em face da evolução doutrinária sobre as leis complementares, que as considera normas sobre produção de normas, e sobre o reconhecimento de sua validade, de posição hierárquica eminente, no nosso sistema jurídico.

Acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inc. AMS 89.825 — RS — Reg. n.º 3.215.938 — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda. Apdo.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Advs.: Drs. Vera Maria Wachter Gonçalves (apte.) Eneidy Till (apdo.).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros José Dantas e Carlos Madeira acompanhando o Sr. Ministro Relator no sentido de julgar inconstitucional o art. 3.º, inciso III do Decreto-Lei n.º 1.438/75 com a redação do Decreto-Lei n.º 1.582/77 e do Sr. Ministro Lauro Leitão pondo-se de acordo com o Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante para julgar ineficaz o dispositivo argüido de inconstitucionalidade e, finalmente, do Sr. Ministro Aldir Passarinho rejeitando a argüição de inconstitucionalidade, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Gueiros Leite. Aguardam os Srs. Ministros Washington Bolívar e Jarbas Nobre. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Torreão Braz, Otto Rocha, Adhemar Raymundo e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JARBAS NOBRE. 12-8-82 — Pleno.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO EVANDRO GUEIROS LEITE: Sigo a orientação dos que não encontram no art. 3.º, III, do Decreto-Lei n.º 1.438/75 (com a redação do Decreto-Lei n.º 1.582/77) qualquer eiva de inconstitucionalidade. De fato, esse texto, ao estender a incidência do Imposto Sobre os Serviços de Transporte Rodoviário de Passageiros, previsto no Decreto-Lei n.º 284/67, ao transporte rodoviário de cargas, como nova modalidade tributária sob a sigla ISTR, não entrou em choque com o art. 21, VII, da Constituição Federal, ou com os arts. 68, 69 e 70, do Código Tributário Nacional.

Reputo por demais *rigorosa*, embora não menos respeitável por isso, a posição dos que se opõem à compreensão do significado da palavra Serviços no art. 3.º — III, da norma **sub censura**, porque teria extrapolado dos arts. 21-VII, da Constituição Federal, e do art. 68, do Código Tributário Nacional, ao criar, além da prestação, a execução do serviço de transporte.

Argumenta-se que o significado da palavra serviço, tal como consignado nos textos maiores, vincular-se-ia a conceito de direito privado, que a lei tributária não poderia alterar, para definir ou limitar competências tributárias. Essa vedação está no art. 110, do CTN, valendo como regra de interpretação da legislação tributária.

Um dos textos invocados é o art. 1.216, do Código Civil, ao qual poder-se-ia acrescentar, ainda, o art. 3º, *caput*, da CLT. A idéia é a de que o ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se é do motorista ou do dono da frota, para o seu uso, não daria lugar à idéia de servir, prestar serviço, de modo que não haveria serviço. O transporte de pessoas ou cargas passaria a ser serviço desde que fosse para outrem, com ou sem contraprestação, como, *exempli gratia*, no transporte de serviço para u'a sociedade de caridade, ou aquele que seja gratuito por ocasional ou episdico.

Essas noções nós aurimos em Pontes de Miranda (*Comentários*, T. II, 1967, RT, pág. 468), mas não com o radicalismo de alguns. Ele mesmo propõe, na dita passagem de sua obra, que se supõe, no texto, tratar-se dessa espécie de serviço. Não identificou, no significado da palavra, tão-somente aquele de um serviço que se presta a outrem. Na verdade, o mestre abre a exceção esperada, na alternativa de que também poder-se-á constituir em serviço o ato exclusivamente do interesse do próprio transportador, como se for do próprio motorista, ou do dono do veículo, desde que não o vá incluir «em bens de venda ou de outro negócio jurídico» (obr. cit., *idem*, *ibidem*).

Ora, o art. 3º — III, serve exatamente a essa posição. Diz lá que são contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios «destinados à comercialização ou industrialização posterior».

É dentro dessa extensão, pois, que se tem o serviço como prestação a terceiros ou como execução para si próprio, pessoa física ou jurídica. Há exemplos conhecidos de conglomerados que diversificam as suas atividades através da variedade de suas empresas, como é o caso da PETROBRAS com a FRONAPE. O excesso de zelo semântico poderia deixar, pois, fora da impositibilidade desse imposto tais tipos de empresas.

Daí porque será possível concluir-se que o art. 3º — III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 (com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77), não se encontra, tampouco, em textilhas com os arts. 68, 69 e 70, do CTN:

a) porque o fato gerador do imposto sobre o serviço de transportes está previsto no art. 68-1, mas de forma *limitada* à efetiva prestação do serviço, quando há outra modalidade que o Decreto-Lei nº 1.438/75 criou, sem ferir o art. 21-VII, da Constituição Federal;

b) porque a base de cálculo do imposto, prevista no art. 69, tanto pode ser o preço como o custo do serviço tanto mais porque as atividades tributadas seriam diversas;

c) porque o contribuinte do imposto, que será o prestador quando houver prestação de serviço, poderá ser o próprio usuário, se o fato gerador for a execução do serviço.

Afinal, é como temos decidido e bem realçou o parecer da ilustre Subprocuradoria-Geral da República. É preciso atentar para o princípio geral, de que não se declara a inconstitucionalidade de lei quando é possível compatibilizá-la com o sistema, como na hipótese.

Por isso desacolho a arguição de inconstitucionalidade do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 1.582, de 1977.

Antes de terminar, chamo a atenção do intérprete para a lição de Moreira Alves, às págs. 5/15, da publicação denominada Fundação Centro de Formação do Serviço Público, Ano 39, v. 110, nº 1, janeiro/março de 1982.

Esse ilustre cultor das letras jurídicas tem enveredado, nestes últimos tempos, pelos meandros do Direito Tributário e acaba de examinar o art. 110, do CTN, em tema de «transmissão de propriedade ou transmissão de direitos reais limitados sobre imóveis», tomando como exemplo o *usucapião*.

Referindo-se aos governos locais, quanto à competência tributária na transmissão de imóveis, sustenta que não poderão eles, quer normativamente quer pela via da aplicação, exercer interpretação em matéria tributária que, embora seja legítima dentro daquele esquema da chamada *Wirtschaftlich Betrachtungsweise*, venha acarretar uma deslocação da implantação constitucional do tributo, tal como rigidamente fixava o texto constitucional.

Assim, para saber-se se no *usucapião*, há ou não, *transmissão*, a qualquer título, de imóvel ou de direitos reais sobre imóvel, mister se faz verificar se o que significa, no *direito privado*, o conceito de *transmissão* de direito de propriedade ou de direito real limitado, a fim de determinar-se o seu alcance.

Como se vê, da exposição e da conclusão a que chega o ilustre comentarista, não será possível compararem-se as *situações* jurídicas naquele caso com este que aqui no Tribunal examinamos. Não acho seja possível, em face do mero significado da palavra serviço, contida no art. 1.216, do Código Civil, pretender-se a aplicação do art. 110, do CTN, por alegada afronta do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 (com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77), ao art. 21-VII, da Constituição Federal.

São situações diferentes. E me parece muito *rigorosa* a posição dos nossos ilustres e modernos iconoclastas. Observe-se, sempre, nestes casos, a lição do Juiz Marshall: somente se deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando sobre o caso não paire razoável dúvida («beyond any reasonable doubt»).

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE: Em matéria constitucional, tenho voto. E, ao votar, acompanho a corrente majoritária liderada pelo Sr. Ministro-Relator, Carlos Mário Velloso, dando pela inconstitucionalidade do art. 3º III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, na redação do Decreto-Lei nº 1.582/77.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inc. na AMS 89.825 — RS — Reg. nº 3.215.938 — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda. Apdo.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Advs.: Drs. Vera Maria Wachter Gonçalves (apte.) Eneidy Till (apdo.).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria qualificada de votos dos seus membros, julgou inconstitucional o art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, vencidos os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Costa Lima, Lauro Leitão que julgavam ineficaz o dispositivo argüido de inconstitucional e os Srs. Ministros Aldir Passarinho e Gueiros Leite que rejeitavam a argüição. 9-12-82 — T. Pleno.

Votavam com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros Justino Ribeiro, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Américo Luz, Flaquer Scartezini, José Dantas, Carlos Madeira, Armando Rollemberg, Washington Bolívar e Jarbas Nobre. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Torreão Braz, Otto Rocha, Adhemar Raymundo e Antônio de Pádua Ribeiro. Devendo os autos serem devolvidos à Turma para julgamento da matéria residual. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 60.769 — MG

Relator: O Sr. *Ministro Carlos Velloso*

Apelante: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA*

Apelada: *Prefeitura Municipal de Ouro Preto*

Advogados: Drs. *Adelson Celestino de Sant'Ana e Antônio M. Cartaxo Esmeraldo e Yor Queiroz Júnior.*

EMENTA: Constitucional. Imposto Territorial Rural — ITR. Município x INCRA. Retenção de 20% do Produto da Arrecadação. Constitucionalidade. Constituição, art. 24, § 1º; Cód. Tributário Nacional, art. 85, § 3º; Decreto-Lei nº 57, de 1966, art. 4º.

I — O Tribunal Federal de Recursos, pelo seu Plenário, deu pela constitucionalidade dos artigos 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, e 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, diante do art. 24, § 1º, da Constituição.

II — Argüição de Inconstit. na AC nº 65.537-SP.

III — Argüição prejudicada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar prejudicada a argüição de inconstitucionalidade dos arts. 85, § 3º, do CTN e 4º do Decreto-Lei nº 57/66, tendo em vista a decisão do Plenário, proferida nos autos da AC 65.537 e determinar a remessa dos autos à Turma para apreciar a matéria residual, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de novembro de 1981.

JARBAS NOBRE, Presidente — CARLOS VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na Turma, a espécie foi por mim relatada da seguinte forma:

«A sentença recorrida, às fls. 87/91, lavrada pelo Juiz Federal Fernando Gonçalves, da Seção Judiciária de Minas Gerais, assim relata a espécie:

«A Prefeitura Municipal de Ouro Preto, por procurador devidamente habilitado, ajuizou a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — que no imposto territorial rural

arrecadado com supedâneo no art. 21, III, da Lei Fundamental, cujo produto pertencente aos municípios em sua totalidade, vem descontando a taxa de serviço de 20%.

Sucedee, expõe a autora, que a Constituição não autoriza mencionado desconto, determinando mesmo que o agente arrecadador, *in casu* INCRA, proceda a entrega aos Municípios da totalidade do produto do ITR, sem qualquer desconto, inaplicável, que contrário à Carta Magna, o art. 85, § 3º do CTN, consoante doutrina e Jurisprudência esposada pelo STF, ut a Súmula nº 578.

Daí a presente ação que procedente, julgara nulas as retenções feitas pelo INCRA, devolvendo-se todas aquelas já retidas com os acréscimos legais.

Com a inicial a procuração de fl. 7 e os documentos de fls. 8/33.

Oportuno tempore apresentou o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — a contestação de fls. 49/72, argüindo, em preliminar, a incompetência absoluta do Juízo face aos termos do art. 205 da Constituição Federal com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que manda sejam decididas pela autoridade administrativa e não pelo judiciário as questões entre pessoas de direito público interno e as entidades da administração indireta, bem como entre umas e outras, excepcionando apenas a possibilidade dos acionistas privados pleitearem a anulação de decisão administrativa. Em abono desta tese traz à colação diversas decisões.

Ainda em preliminar invoca sua condição de parte ilegítima. Na verdade, assinala, é mero mandatário da União, como sucessor do extinto IBRA.

Argüi ainda ser inepta a inicial vez que o pedido é juridicamente inviável por falta de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que o embasam.

No mérito assinala não mencionar o texto constitucional se o produto da arrecadação do imposto a ser transferido aos municípios é líquido ou bruto, sabido que nenhuma arrecadação pode ser feita sem despesas. E tanto isto é verdade, pretende, que a Constituição Federal de 1946 destinava aos municípios apenas 40% (quarenta por cento) do produto arrecadado. Com pequenas alterações, a disciplina da competência e participação na arrecadação do ITR era a mesma nas constituições de 1891 e 1934.

Transferindo a competência do ITR para a União, salienta o INCRA, a Emenda nº 10/64 determinou a entrega do produto da arrecadação na forma da lei, adotando idêntica solução a Constituição de 1967, reiterada pela Emenda nº 1/69, que cogitou das leis complementares ao seu próprio tempo, destinadas a traçar regras, ut o art. 18, § 1º.

E é justamente uma Lei Complementar — Código Tributário Nacional — prossegue o INCRA — que permite o desconto de 20% (vinte por cento) para o custeio do respectivo serviço de lançamento e cobrança, sem se falar no Decreto-Lei nº 57/66. São, pois, estes diplomas legais válidos e vigentes, eis que não revogados e nem declarados inconstitucionais.

Objetivo da tributação, salienta, é incentivar a política de desenvolvimento rural, com estímulo à racionalização de atividades agropecuárias, punindo através do imposto progressivo, os proprietários de áreas inexploradas ou insuficientemente exploradas. Compreende a arrecadação do imposto o serviço de cadastro, o lançamento, emissão de certificados, etc., sendo, pois, justa a retenção de 20% (vinte por cento) para custeio destas despesas.

O preceito constitucional, preleciona, deve ser entendido em seu real espírito e significado, constituindo, por outro lado, princípio assente que toda lei quando posta a vigorar está conforme com o Estatuto Político.

Expõe por fim o INCRA que na hipótese de procedência da ação deverá ter aplicação o disposto no art. 178, § 1º, inc. VI, do Código Civil».

A sentença rejeitou as preliminares argüidas e, no mérito, ao argumento de que a Constituição, art. 24, § 1º, não autoriza o desconto efetuado pelo INCRA, julgou a ação procedente, «anulando as retenções feitas por este do produto arrecadado do ITR, que deverão ser devolvidas, com juros legais contados da citação, observado o lapso prescricional do art. 178, § 10, inc. VI, do Código Civil», mais a verba honorária de 10% sobre o valor liquidado.

Argumentou assim:

«Busca a autora, conforme faz certo o pedido vestibular, a anulação das retenções feita pelo INCRA na cobrança do ITR, devolvendo-se-lhe todas as parcelas já retidas.

Para tanto, fundamenta seu pedido no § 1º do art. 24 da Lei Fundamental que preceitua pertencer aos municípios o produto da arrecadação do imposto territorial rural incidente sobre os imóveis situados em seu território.

É óbvio que a leitura do texto constitucional não autoriza o desconto efetuado pelo INCRA, inobstante as despesas a que se vê obrigado para arrecadar o tributo.

Entretanto, conforme já frisado, o texto constitucional é de meridiana clareza e não admite outra interpretação: o produto da arrecadação deve ser entregue ao município, pouco importando neste aspecto a disposição do Código Tributário Nacional que não prevalece contra a Constituição.

O Eg. STF, em caso análogo, abraçou o entendimento da não incidência do desconto, editando a Súmula nº 578, verbis:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesa, reduzir a parcela de 20 por cento do produto da arrecadação do ICM atribuída aos municípios pelo art. 23, § 8º da Constituição Federal».

Ora, onde a mesma razão a mesma disposição. Em matéria de direito público tudo que não é expressamente permitido presume-se proibido. Se a Constituição silenciou-se acerca da remuneração dos trabalhos do INCRA no que pertine à arrecadação do tributo, há que se presumir sejam eles gratuitos».

Apelou o INCRA (fls. 94/120). Reitera os seus argumentos anteriores e conclui:

«Pelo exposto,

assim demonstrados, **data venia** os desacertos da respeitável sentença apelada, confia o réu-apelante, por tais fundamentos e pelos perseverantes fundamentos da Contestação, em que essa Egrêgia Câmara dará provimento à presente apelação, para cassar a respeitável decisão, esperando: a) o acolhimento da matéria prejudicial (preliminares) e julgado extinto o processo, condenada a autora nas custas do processo e em honorários de advogado, na base de 20% (vinte por cento) do valor da causa; b) se rejeitada a matéria preliminar, julgada improcedente a ação, quanto ao mérito, condenada a autora da mesma forma, e, finalmente, c) se mantida **ad argumentandum**, a decisão de primeira instância, pede o recorrente a redução da verba honorária, tendo em vista que a parte vencida fica representada pela Fazenda Pública (art. 20, § 4º, do CPC), como é de Direito e de Justiça».

A apelada respondeu (fls. 122/128).

Nesta Eg. Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 131/137, opinando no sentido do provimento do apelo, assim ementado o parecer:

«EMENTA: Ação Ordinária julgada procedente para o fim de anular as retenções feitas pelo INCRA no montante de 20% do valor do ITR, cujo produto pertence ao Município.

Preliminar de incompetência da Justiça Federal de acordo com o art. 205 da CF, já dirimida por julgados do STF (RE 90.102 e RE 90.665).

Preliminar de ilegitimidade do INCRA o qual age como mandatário da União na cobrança do ITR e retenção da parcela destinada a custeio.

Alegação de inconstitucionalidade do art. 85, § 3º do CTN (Lei nº 5.172/66) e do art. 4º do Decreto-Lei nº 57/66.

Pela constitucionalidade do art. 85, § 3º do CTN, por se tratar de lei complementar à Constituição e do art. 4º do Decreto-Lei nº 57/66 editado com base na referida lei complementar.

Pelo provimento da apelação para reformar a r. decisão recorrida».

(fls. 142/147).

Proferi, em seguida, o seguinte voto:

«Constitucional. Tributário. Imposto Territorial Rural. CF, art. 24, § 1º; Decreto-Lei nº 57/66, artigo 4º, CTN, art. 85, § 3º.

I — Inconstitucionalidade dos artigos 4º do Decreto-Lei nº 57/66, e 85, § 3º, do CTN, porque incompatíveis com a Constituição, art. 24, § 1º. Remessa do feito ao julgamento do Plenário (RI art. 17, I, c/c o art. 176). Dispensa de acórdão (RI, art. 176, § 1º).

II — Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade pela Turma.

I

A preliminar de incompetência do Judiciário, para resolver a pendenga, não tem procedência.

Reitero, no particular, o voto que proferi na AC nº 56.047-MG, de que fui relator, e na qual decidiú a antiga 3ª Turma («Ementário», V/25):

«Constitucional. Eficácia das Normas Constitucionais. Questão entre Entidades Públicas. Art. 205 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

I — Inaplicabilidade da norma inscrita no art. 205 da Constituição, quando as partes envolvidas na demanda não são entidades públicas de uma mesma entidade política (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

II — Ademais, mesmo no seu campo de incidência, a norma inscrita no artigo 205 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, não é de eficácia plena a aplicabilidade imediata. Ela é, sim, de eficácia limitada ou reduzida. Não produz, de logo, efeito essencial, e sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida, porque dependente de normatividade ulterior.

III — Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE nº 90.102-SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 19-2-1979.

IV — Recurso Provido».

II

Também não tem procedência a preliminar de ilegitimidade passiva do INCRA, por isso que o pedido é para anulação da retenção de 20% do Imposto Territorial Rural, e, conseqüentemente, devolução da parcela, retenção praticada pelo INCRA, já que lhe cabe lançar e arrecadar esse tributo (Decreto-Lei nº 57 de 1966, artigo 4º, Decreto-Lei nº 1.110, de 1970, artigo 2º; Código Tributário Nacional, artigo 85, § 3º). O INCRA, pois, é que fez a retenção atacada, não a União Federal, certo que o INCRA é uma autarquia federal, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios (Decreto-Lei nº 200/67, artigo 5º, I).

Só o INCRA, pois, tem legitimidade passiva *ad causam*, no caso. A União Federal é mera assistente.

Mérito.

III

A Emenda Constitucional nº 10, de 1964, à Constituição de 1946, dispôs, no seu art. 2º:

«Art. 2º O art. 15 é acrescido do item e parágrafo seguintes:

«Art. 15. Compete à União decretar impostos sobre:

.....

VII — Propriedade territorial rural.

.....

§ 9º O produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural será entregue, na forma da lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida a tributação».

IV

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, publicada no *DO* de 6-12-65, estabeleceu:

«Art. 8º Compete à União:

I — O imposto sobre a propriedade territorial rural»;

.....

«Art. 20. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 8º, nº I»;

.....

No art. 25, a EC nº 18/65 revogou o art. 2º da EC nº 10, de 1964.

V

A Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 69, dispôs:

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

.....

III — propriedade territorial rural;

.....

- Art. 25.
 § 1º Pertencem aos Municípios:
 a) O produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 22, nº III, incidente sobre os imóveis situados em seu território;»

VI

A EC nº 1, de 1969, estabeleceu:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....
 III — propriedade territorial rural;

Art. 24.

§ 1º Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do artigo 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território.»

VII

Assim, pois, os textos, no que interessa ao caso.

EC 10/64 Art. 2º	EC 18/65 Art. 20, I	Const. 67, Art. 25, § 1º a	EC 1/69 Art. 24, § 1º
O produto da arrecadação do ITR será entregue, na forma da lei, pela U. aos M.	Aos M. será distribuído o produto da arrecadação do ITR	Pertence aos M. o produto da arrecadação do ITR	Pertence aos M. o produto da arrecadação do ITR

VIII

O Decreto-Lei nº 57, de 18-11-1966, art. 4º, dispôs:

«Art. 4º Do produto do ITR e seus acréscidos, cabe ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — IBRA, a parcela de 20% (vinte por cento) para custeio do lançamento e arrecadação».

IX

Já o CTN, Lei nº 5.172, de 25-10-1966, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1967, estabeleceu, no seu art. 85, § 3º:

«Art. 85. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 29;

§ 3º A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento), do imposto de que trata o inciso I seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

Conforme se verifica, o Decreto-Lei nº 57/66, art. 4º, ao destinar ao ex-IBRA, hoje INCRA, a parcela de 20% do produto do ITR e seus acrescidos, para custeio do lançamento e arrecadação, ajusta-se ao que está disposto no § 3º do art. 85, CTN. Este, todavia, pergunta-se, estaria ajustado à Constituição, art. 24, § 1º?

X

Ao que penso, o § 3º do art. 85, CTN, e, conseqüentemente, o art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 1966, aplicam maus tratos na Constituição, art. 24, § 1º.

Vejamos.

As palavras costumam ter mais de um significado. Isto não só ocorre com a língua portuguesa. É que a língua viva, a língua que é falada, está em constante evolução. Se as pessoas, num determinado momento, passam a utilizar uma certa palavra com um certo significado, diferente do significado anterior, e se persiste, durante largo espaço de tempo, tal uso, tem-se a consagração deste.

Vejam o que acontece com a palavra produto. Seus significados são vários. Caldas Aulete («Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa», 2ª ed. brasileira, Ed. Delta, 1964, IV/3274), empresta-lhe significados diversos. Mas deixa expresso, no ponto que nos interessa, que produto significa, ou quer dizer: resultado, acumulação, soma, conjunto, total.

Então, quando a Constituição estabelece que pertence ao Município o produto da arrecadação do ITR, estou em que o que a Constituição deseja, no particular, que seja destinado ao Município o total arrecadado a esse título.

Mas, argumenta-se: o produto, no caso, seria o total arrecadado, com abatimento das despesas efetuadas com a arrecadação.

Seria isto verdadeiro?

Penso que não.

Se fosse assim, por que, a partir da EC nº 18, de 1965, o Constituinte desprezou a linguagem da EC nº 10, de 1964?

Em verdade, a EC nº 10, de 1964, ao dispor que o produto da arrecadação do ITR seria entregue, na forma da lei, admitiu que o legislador ordinário pudesse efetuar descontos no produto da arrecadação, a fim de remunerar os serviços da arrecadação, ou mesmo fazer frente às despesas ocorrentes com esses serviços.

A partir da EC nº 18, de 1965, art. 20, I, a Constituição, todavia, passou a dispor de outra forma: ao Município será distribuído o produto da arrecadação do ITR.

Não mais ficou o legislador ordinário, no que se inclui o legislador da lei complementar, autorizado a dispor de outra forma que não aquela posta na Constituição.

Não mais poderia o legislador ordinário, portanto, desfalcocar o produto da arrecadação do ITR, a qualquer título, com percentuais destinados a remunerar os serviços da arrecadação.

Isto tanto é verdade, que o Constituinte, ao dispor, em seguida, a respeito da distribuição aos Municípios, do produto da arrecadação do imposto de

renda, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo, deixou expresso que essa distribuição será feita na forma que a lei estabelecer (art. 24, § 2º).

A Constituição, está-se a ver, tratou de forma distinta a distribuição do ITR (art. 24, § 1º) e do Imposto de Renda (art. 24, § 2º) aos Municípios.

XI

O saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, ao comentar o § 3º do art. 85, CTN, deixou expresso:

«Não nos parece compatível com a CF, de 1967 o § 3º do art. 85 do CTN que autoriza o legislador, naturalmente federal, a reservar 20% do imposto territorial rural para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação. A Constituição estatui que pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 21, III, incidente sobre os imóveis situados em seu território. Tudo quanto for arrecadado. Se o legislador federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, sem cláusula constitucional permissiva, poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anulando o que estabelece o art. 24, § 1º da CF de 1967». («Direito Tributário Brasileiro», Forense, 1970, pág. 338).

Também Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e escreveu:

«Imposto Territorial Rural é o que, pela Constituição da República, incide sobre a propriedade territorial rural, competindo à União a sua instituição e arrecadação (arts. 21, III, e 24, § 3º), cujo produto, entretanto, pertence aos Municípios que se situarem os imóveis rurais tributados (art. 24, § 1º). À União, sequer é permitido reter, no todo ou em parte, as importâncias arrecadadas, pois a Constituição impõe diretamente às autoridades arrecadadoras, que, independentemente de ordem superior e sob pena de demissão, façam a entrega dessas importâncias aos Municípios a que forem devidas, no prazo máximo de trinta dias a contar da data da arrecadação (art. 24, § 3º).

Dessas disposições constitucionais resulta que à União foram atribuídos apenas o poder de legislar sobre o imposto em exame, a fim de atender aos reclamos da política agrária nacional, e o encargo administrativo de arrecadá-lo, como vem ocorrendo desde a Emenda Constitucional nº 18/65 que, pela primeira vez, retirou-o da alçada das entidades estatais menores, regra dos regimes anteriores. O produto da arrecadação foi incondicionalmente e integralmente destinado aos Municípios em que se encontrem os imóveis rurais gravados (Constituição da República, art. 24, § 1º). Por essa razão, é inconstitucional o § 3º, do art. 85, do Código Tributário Nacional, que autoriza a lei federal a reservar à União até 20% do imposto arrecadado, para custeio dos serviços de lançamento e arrecadação, como inconstitucional será a lei que o fizer». («Direito Municipal Brasileiro», 1977, páginas 276/277. *Ap.* Sentença do Dr. Homar Cais, AC nº 65.537-SP).

XII

Poderia parecer estranho que a União, que tem que efetuar despesas com a arrecadação do ITR, não pudesse reservar para si um percentual do produto da arrecadação, que cobrisse, pelo menos, tais despesas.

Essa estranheza, todavia, não se justifica.

É que o ITR não pertencia à União.

Era ele estadual (Constituição de 1934, art. 8º, I, *a*; Carta Política de 1937, art. 23, I, *a*, Constituição de 1946, art. 19, I). A Emenda Constitucional nº 5, de 21-11-1961, passou-o, para o Município, dando nova redação ao art. 29, I, da Constituição de 1946.

A Emenda Constitucional nº 10, de 1964, denominada Emenda da Reforma Agrária, é que atribuiu o ITR à União. Fê-lo, entretanto, com intuito extrafiscal, com finalidade política, como instrumento de reforma social. Leciona, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

«... a Emenda Constitucional nº 10, de 1964 (art. 2º), retirou do Município a competência para instituí-lo e regulá-lo, atribuindo-o à União. Entretanto, manteve o seu produto como inteiramente destinado ao Município onde houvesse sido arrecadado. Esta solução foi confirmada pela Emenda nº 18, de 1965 (art. 8º, I, combinado com o art. 20, I), adotada pela Constituição de 1967 (art. 21, III, combinado com o art. 25, § 1º, *a*) e reiterada pela Emenda nº 1 no preceito em estudo, combinado com o art. 24, § 1º.

A passagem da competência para regular o imposto territorial rural para a alçada federal visou transformá-lo em instrumento de uma política nacional de reforma agrária. Através dele, pretende-se estimular o aproveitamento e a divisão da terra que hoje constitui latifúndio improdutivo. Para tanto, era preciso fixá-lo em bases e condições uniformes em todo o território nacional» («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, 1972, I/177).

Esse caráter extrafiscal do ITR, como instrumento de uma política de desenvolvimento e de reforma agrária, é assinalado, também, por Baleeiro (Ob. cit., pág. 337) e por Fábio Fanucchi («Curso de Direito Tributário Brasileiro», Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975, 3ª ed., II/43/45).

Ora, se quis o Constituinte que o ITR «servisse de instrumento para a redivisão e o aproveitamento das áreas rurais», (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. e loc. cit., pág. 191), conseguindo, aliás, com tal modo de proceder, «vários resultados positivos», conforme lembra Fábio Fanucchi (Ob. e loc. cit. pág. 44), mas se tal tributo constituía receita do Município, natural que se sujeitasse aos ônus dessa política social, sem desfalque às combatidas receitas municipais, mesmo porque cabe à União responsabilidade e competência na formulação da política econômica e social. A redivisão da propriedade rural, com vistas à reforma agrária, é da competência exclusiva da União (CF, art. 161 e seu § 2º).

XIII

A Corte Suprema, lembra a sentença, em caso semelhante, ao interpretar o art. 23, § 8º da Constituição, editou a Súmula nº 578:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal».

Os julgados que constituem precedentes a essa súmula, Ag. 55.989 (Ag. Rg), RTJ 64/639, RE 75.042, RTJ 73/160, Ag. 55.288 (Ag. Reg), RTJ 64/97 e mais os RREE nºs 82.102, Relator p/o Acórdão o Sr. Ministro Moreira Alves, RTJ 82/200, e 87.225, Relator o Sr. Ministro Djaci Falcão, RTJ 83/619, são bastante esclarecedores.

XIV

Diante do exposto, tenho como inconstitucionais os artigos 4º do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-1966, e 85, § 3º, do Cód. Tributário Nacional, porque incompatíveis com o art. 24, § 1º, da Constituição.

Na forma do disposto no art. 17, I, c/c o artigo 176, do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao julgamento do Plenário, dispensando-se a lavratura de Acórdão (RI, art. 176, § 1º).»

.....
(fls. 150/160).

Os Senhores Ministros Bueno de Souza e Armando Rollemberg acompanharam o meu voto. O pronunciamento do Senhor Ministro Bueno de Souza, às fls. 161/163, está vazado nos seguintes termos:

«Sr. Presidente, não fossem tão numerosos os esplêndidos votos que já nos habituamos a ouvir, trazidos aqui pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, poderia dizer que o voto verdadeiramente magistral que S. Exa. acaba de proferir constitui um voto biográfico.

Carnelutti, no pórtico do seu monumental Sistema, diz que «a necessidade que o Direito tem da História é infinita». Nesta linha de pensamento comungam os mais eminentes juristas italianos deste século, chefiados por Chiovenda e acompanhados por Calamandrei, Liebman e tantos outros, que aprimoraram o método de investigação histórica para a perfeita lapidação dos institutos jurídicos, perscrutando-lhes as causas de suas origens e as finalidades a que se propuseram para poder contribuir ao seu ajustamento às necessidades dos tempos novos.

Sabemos em que medida são relevantes as sugestões de Liebman para o aperfeiçoamento do processo de execução entre nós; como este eminente jurista pôde contribuir de modo tão significativo para a aplicação adequada do Código de Processo Civil de 1939, precisamente em razão da estreita comunhão em que este autor sempre se achou com as raízes das nossas instituições no direito continental europeu. Reivindico a primazia nesta orientação dos juristas para pesquisa tão significativa e profícua, ao nosso grande Paschoal José de Mello Freire, que a todos antecedeu com seu notável «*Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularia*», em que demonstrava, em pleno Século XVIII, o valor da pesquisa histórica no Direito.

Alfredo Buzaid tem demonstrado em quase todas as suas preciosas monografias a importância desta ordem de investigação, que precisamente este voto magistral do Sr. Ministro Carlos Velloso acabou de fazer, para trazer à nossa memória que o imposto territorial rural é genuíno imposto regional, das raízes da nossa organização nacional, como de raiz são os bens sobre os quais esta tributação incide.

Ao Poder Judiciário incumbe conferir o apreço devido a esta notável construção do preceito constitucional que, fiel à história do instituto, imprimiu-lhe utilidade que dificilmente poderia ser exagerada. O imperativo constitucional acudiu à necessidade de conferir a esta fonte de receita toda a capacidade que ela tem de contribuir para as necessidades da receita pública, transferindo, no entanto, o poder de imposição e de arrecadação das bases locais para a União, precisamente a fim de assegurar a eficiência da arrecadação, dada a possibilidade de ingerências locais perturbadoras da regular incidência desse tributo segundo critérios de justiça social e administração financeira satisfatória. Ao mesmo tempo em que a Constituição entregou à União a competência impositiva e de arrecadação, resguardou adequadamente os poderes e os recursos dos Municípios e dos Estados.

Não se segue, portanto, que a titularidade do tributo seja da União.

Impõe-se levar em conta precisamente este aspecto da construção constitucional que elabora notável colaboração das diversas unidades da federação brasileira, União, Estados e Municípios, defendidas suas autonomias, para o propósito comum: a União colocando a serviço dos Estados e dos Municípios instrumentos políticos de atuação e recursos administrativos para que o bem comum possa ser atingido, sem que estas unidades da federação tenham invadidas suas atribuições.

Desse modo, e para concluir meu pensamento, cabe indagar se, efetivamente, à luz da Constituição, seria possível que a lei complementar outorgasse atribuições ao Poder Legislativo, como ensaiou fazer o art. 85, § 3º do Código Tributário Nacional:

«A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I, seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação».

Onde se lê «lei», temos que ler também «o Poder Legislativo».

Não me parece esteja no âmbito de atribuições de conteúdo material — como de modo muito apropriado desenvolveu, da Tribuna, o douto patrono dos apelados — previstos na Constituição, que a lei complementar, possa legitimamente conceder competência ou atribuição ao Poder Legislativo. Esta não é matéria de lei complementar.

Acompanho, portanto, o douto voto do eminente Ministro Carlos Velloso, no sentido de também entender caracterizada esta inconstitucionalidade, para que o feito possa receber o pronunciamento do Egrégio Plenário.»

.....
(fls. 161/163).

Decidiu a egrégia Turma, então, por unanimidade, submeter à apreciação do egrégio Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade dos artigos 85, § 3º, do CTN (Lei nº 5.172, de 1966), e 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-66, porque incompatíveis com o artigo 24, § 1º, da Constituição (fl. 149).

Oficiou, em seguida, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 176, § 1º), em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinando no sentido de que «não existe evidente, aberto, manifesto ou inequívoco conflito entre os textos impugnados e a Constituição Federal — Representações nºs 745 e 753 do STF, razão pela qual espera-se que o Colendo Tribunal assim conclua, no sentido da compatibilidade das normas para com o Sistema Jurídico».

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, este egrégio Plenário, na Arguição de Inconstitucionalidade havida na AC nº 65.537-SP, contra o meu voto, deu pela constitucionalidade dos artigos 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, e 85, § 3º, do CTN, assim compatíveis com o art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

Por isso, tenho como prejudicada a presente Arguição de Inconstitucionalidade.

É como voto, retornando os autos à Turma, para julgamento do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inconst. na AC 60.769-MG — Reg. nº 3.126.145 — Rel.: Min. Carlos Velloso. Apte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA. Apda.: Pre-

feitura Municipal de Ouro Preto. Advs.: Drs. Adelson Celestino de Sant'Anna e Arnaldo M. Cartaxo Esmeraldo (apte.) e Yor Queiroz Júnior (apda.).

Decisão: O T. Pleno, por unanimidade, julgou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 85, § 3º, do CTN e 4º do Decreto-Lei nº 57/66, tendo em vista a decisão do Plenário proferida nos autos da AC 65.537 e determinou a remessa dos autos à Turma para apreciar a matéria residual. 26-11-81. — Pleno.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Justino Ribeiro, Otto Rocha, William Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Pereira de Lacerda, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Aldir Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Lauro Leitão, Washington Bolívar e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.537 — SP

(Registro nº 0.006.157)

Relator para o Acórdão: O Sr. *Ministro William Patterson*

Relator Originário: O Sr. *Ministro Carlos Velloso*

Apelante: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA*

Apelados: *Prefeitura Municipal de Adolfo e outros*

Adv. Drs.: *Eurico Montenegro Júnior, Fernando Iberê Simões Moss e outros*
Celso Antonio Bandeira de Melo, Geraldo Ataliba e outros.

EMENTA: Constitucional. Imposto Territorial Rural. Retenção de parcela do produto arrecadado. Constitucionalidade dos dispositivos.

São constitucionais o § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.172, de 1966 (CNT) e o art. 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, que autorizam a dedução da parcela correspondente a 20% do produto arrecadado do ITR, em favor do INCRA, para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.

As normas referenciadas não ofendem a texto expresso ou princípio jurídico inscrito na Lei Fundamental, mas, pelo contrário, harmonizam-se com o sistema constitucional vigorante. A exclusão, pela Emenda nº 18/65 da cláusula «na forma da lei», insita na Emenda nº 10/64 (§ 9º, do art. 15 não afetou o regime, porquanto o produto continuou a pertencer aos municípios. Demais disso referia-se a expressão ao critério de entrega, que passou a figurar de modo direto na própria Carta Magna, sem lugar, por tanto, para a ressalva.

Argüição rejeitada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria absoluta de seus membros (art. 175, § 2º, do RI) julgar constitucionais os artigos 85, 3º, do CTN, 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, vencidos os Srs. Mins. Relator, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Flaque Scartezzini, José Dantas, Peçanha Martins e Jarbas Nobre, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de novembro de 1981.

JARBAS NOBRE, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator para o Acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Na Turma, a espécie foi por mim relatada da seguinte forma:

«As Prefeituras Municipais de Adolfo, Álvares Florence, Altair, Arirânia, Bady Bassitt, Bálsamo, Cajobi, Cardoso, Catiguá, Cedral, Colina, Dolcinópolis, Estância de Ibirá, Estrela D'Oeste, Guaraci, Guarani D'Oeste, Icém, Indiaporã, Irapuã, Itajobi, José Bonifácio, Jaci, Marinópolis, Meridiano, Mira Estrela, Mirassolândia, Monções, Monte Azul Paulista, Neves Paulista, Nhandeara, Nova Aliança, Nova Granada, Nova Luzitânia, Olímpia, Onda Verde, Orindiuva, Palestina, Palmares Paulista, Palmeira D'Oeste, Paraíso, Paulo de Faria, Pindorama, Poloni, Pontes Gestal, Potirendaba, Riolandia, Sales, Santana da Ponte Pensa, Santa Adélia, Santa Clara D'Oeste, Santa Rita D'Oeste, São Francisco, São João das Duas Pontes, Sebastianópolis do Sul, Tabapuã, Tanabi, Turmalina, Uchoa, União Paulista, Urânia, Urupês, Votuporanga, Bento de Abreu, Casa Branca, Cesário Lange, Paulicéia, Salto Grande, Santa Cruz das Palmeiras, Torrinha, Monte Castelo, Arealva, Caiuá, Moji-Guaçú, Moji-Mirim, Cosmópolis e Santa Mercedes promovem contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA a presente ação ordinária sustentando, em síntese, que de conformidade com o disposto no art. 24, § 1º, da Constituição Federal, pertence-lhes o produto da arrecadação do imposto sobre propriedade territorial rural, o qual deve ser entregue aos Municípios à medida em que forem sendo arrecadados em sua totalidade, mas o réu, contrariando a determinação constitucional, via do Decreto Federal nº 56.792/65, vem retendo indevidamente 20% para custear o serviço de lançamento e arrecadação, não se harmonizando tais disposições com o cânone constitucional, razão que as leva a propor esta ação via da qual objetivam a condenação do réu a restituir-lhes a percentagem ilegalmente retida e incidente sobre o produto da arrecadação do imposto territorial desde os cinco anos anteriores à data da propositura do feito, como se apurar em execução, incluindo-se custas, juros de mora, correção monetária e honorários de advogado.

O pedido veio instruído com os instrumentos de mandatos de fls. 09/77.

Regularmente citado, contestou o réu o pedido, aduzindo preliminares de inépcia da inicial, por fundar-se o mesmo em disposições revogadas pelo Código Tributário Nacional que passou a reger a matéria no § 3º, do art. 85, bem como pelo art. 18, do Decreto-Lei nº 57/66, e porque o pedido é juridicamente inviável, porquanto, mesmo que admitida a vigência das disposições em que se embasa a inicial, não há pedido expresso das autoras para declarar-se sua inconstitucionalidade, sustentando, ainda, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação processual, pois o INCRA, na condição de sucessor do IBRA, é mandatário legal da União Federal, a qual representa, agindo em seu nome e, no mérito, sustenta a legitimidade da retenção de 20%, embasada no art. 85, § 3º, do Código Tributário Nacional e art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, pelo que pede a improcedência da ação.

Réplica das autoras às fls. 107/112.

O feito foi saneado à fl. 116.

As fls. 118/119, juntando a xerox de fl. 120, pede o réu seja julgado extinto o feito com fundamento no artigo 205 da Constituição Federal, matéria sobre a qual manifestaram-se as autoras às fls. 122/125.

Documentos vieram aos autos (fls. 129/143 e 149/160), insistindo as autoras no pedido de julgamento da lide no estado em que se encontra, por ser a matéria de direito, inexistindo provas a produzir em audiência.

Na audiência de fl. 162 foi encerrada a instrução processual e as partes reportaram-se às suas anteriores manifestações.

A sentença de fls. 164/167 foi anulada pelo Ministro Relator do feito no Colendo Supremo Tribunal Federal, que determinou a devolução dos autos a este Juízo.

À fl. 173 reiteram as autoras o pedido de julgamento do feito no estado em que se encontra, tendo em vista tratar-se de matéria de direito, inexistindo provas a serem produzidas em audiência, o que atendo à vista do disposto no artigo 330, I, do CPC» (fls. 177/179).

A sentença, rejeitou as preliminares argüidas e, no mérito, julgou procedente a ação, ao seguinte dispositivo:

«Em face do exposto, julgo procedente a presente ação e o faço para condenar o réu a restituir às autoras as importâncias que reteve com base no disposto no art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, desde cinco anos anteriores à data da distribuição do feito, a serem monetariamente corrigidas a contar das datas em que ocorreram as retenções inconstitucionais, com o acréscimo de juros moratórios contados da citação inicial e honorários de advogado, que arbitro em 8% (oito por cento) sobre o total da condenação (art. 20, § 4º, do CPC), apurando-se o montante em execução de sentença, por artigos de liquidação.

Goza o réu, autarquia federal que é, de isenção de custas.

Saliente que a presente sentença não se sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante pacífico entendimento do Egrégio Tribunal Federal de Recursos no sentido de ser inaplicada às autarquias a norma restrita do art. 475, II, do CPC» (fl. 189).

Argumentou:

.....
 «Na conformidade da disposição contida no art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, a parcela de 20% retida do produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural constitui receita sua destinada a custear o serviço de lançamento e arrecadação, razão pela qual não age o réu como «mandatário», da União condição em que atua quando da consecução dos objetivos da política agrária.

Constituindo-se, pois, a parcela de 20% receita do réu e não da União Federal, contra aquele e não esta deve ser proposta a ação.

Rejeitadas, portanto, todas as preliminares, pode-se, finalmente, ingressar no exame do mérito do pedido.

Dispõe a Constituição Federal:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....
 III — propriedade territorial rural».

De sua parte, inscreve-se no § 1º, do art. 24, da Lei Maior:

«Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III, do artigo 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território».

Vê-se, portanto, pelas normas retrotranscritas que o legislador constituinte, na esteira de seus antecessores desde a Emenda Constitucional 18/65, atribuiu à União Federal a competência para instituir o Imposto Territorial Rural, tendo em vista a adoção de uma uniforme política nacional terreno agrário, outorgando o produto de sua arrecadação aos Municípios lativamente aos imóveis situados em seu território.

Instituído o tributo, seu lançamento e arrecadação são procedidos p INCRA, que retém do produto uma parcela de 20% para ressarcir-se custeio de tais serviços. O permissivo para assim agir encontra-se no art. 85 3º do Código Tributário Nacional, assim concebido:

«A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento), do imposto de que trata o item I seja destinada ao cust do respectivo serviço de lançamento e arrecadação».

Regulando a espécie dispôs o art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66:

«Do produto do ITR e seus acrescidos, cabe ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) a parcela de 20% (vinte por cento) p custeio do respectivo serviço do lançamento e arrecadação.»

A questão que se põe é saber se tais normas harmonizam-se com os cânones constitucionais.

O legislador constituinte regulou a matéria valendo-se de expressões molde a não deixar margem a dúvidas quanto à impossibilidade de virem plomas hierarquicamente inferiores a assim dispor. Nenhuma cláusula constitucional foi adicionada às normas que pertinem à espécie que possa servir embasamento às regras dos artigos 85, § 3º do Código Tributário Nacional 4º, do Decreto-Lei nº 57/66. Não se disse, v.g., que o produto da arrecadação, deduzida parcela para custeio de despesas, na forma da lei, pertence Municípios, o que daria legitimidade à retenção contra a qual se insurgem autoras via desta ação.

Ao dizer que «pertence» aos Municípios «o produto», quis o legislador constituinte deixar claro que é a totalidade do mesmo, o resultado da arrecadação, sem qualquer dedução.

Tanto assim, que o § 3º, do art. 24, da Constituição diz:

«Independentemente de ordem superior, em prazo não maior trinta dias, a contar da data da arrecadação, e sob pena de demissão autoridades, arrecadadoras dos tributos mencionados no § 1º entrega aos Municípios as importâncias que a eles pertencerem, à medida forem sendo arrecadadas.»

O Prof. Hely Lopes Meirelles, versando o tema, ensina:

«Imposto Territorial Rural é o que, pela Constituição da República incide sobre a propriedade territorial rural, competindo à União a instituição e arrecadação (arts. 21, III e 24, 3º), cujo produto, entretanto, pertence ao Município que se situarem os imóveis rurais tributados (art. 24, § 1º). À União, sequer é permitido reter, no todo ou em parte, as importâncias arrecadadas, pois a Constituição impõe diretamente às autoridades arrecadadoras que, independentemente de ordem superior e sob pena de demissão façam a entrega dessas importâncias aos Municípios a que forem devidas, no prazo máximo de trinta dias a contar da data da arrecadação (artigo 24, § 3º).

Dessas disposições constitucionais resulta que à União foram atribuídos apenas o poder de legislar sobre o imposto em exame, a fim de atender aos reclamos da política agrária nacional, e o encargo admi-

trativo de arrecadá-lo, como vem ocorrendo desde a Emenda Constitucional nº 18/65 que, pela primeira vez, retirou-o da alçada das entidades estatais menores, regra dos regimes anteriores. O produto da arrecadação, foi incondicionalmente e integralmente destinado aos Municípios em que se encontrem os imóveis rurais gravados (Constituição da República, art. 24, § 1º). Por essa razão, é inconstitucional, o § 3º do artigo 85, do Código Tributário Nacional, que autoriza a lei federal a reservar à União até 20% do imposto arrecadado, para custeio dos serviços de lançamento e arrecadação, como inconstitucional será a lei que o fizer». (Direito Municipal Brasileiro, 1977, págs. 276/277).

Não é isolada a opinião do eminente jurista, consoante se pode ver do escólio do festejado Aliomar Baleiro:

«Não nos parece compatível com a Constituição Federal de 1969 o § 3º do art. 85, do Código Tributário Nacional que autoriza o legislador, naturalmente federal, a reservar 20% do imposto territorial rural para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação. A Constituição estatui que pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 21, III, incidente sobre os imóveis situados em seu território. Tudo quanto for arrecadado. Se o legislador federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, sem cláusula constitucional permissiva, poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anulando o que estabelece o art. 24, § 1º, da Constituição Federal de 1967. (Direito Tributário Brasileiro, 5ª edição, págs. 338/339).

Acresçam-se, ainda, as lições de Geraldo Ataliba (Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, 1968, páginas 221/222) e Geraldo Vidigal (Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. 2, pag. 98).

Nem se alegue que o réu deve ressarcir-se das despesas que tem com o custeio do lançamento e arrecadação do tributo, as quais se confiados os serviços ao Município superariam a parcela retida, pois o argumento é especioso, tendo caráter econômico e não jurídico, insuficiente para afastar a reconhecida inconstitucionalidade do § 3º, do art. 85, do Código Tributário Nacional e do art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, tanto que a redução de custo unitário, ao que parece, nunca esteve nas cogitações do legislador constituinte. O que se procurou foi a satisfação de um objetivo mais amplo, de maior interesse à coletividade, qual seja a implantação uniforme de uma política nacional de reforma agrária.

Leia-se a propósito, a lição de Fábio Fanucchi, quando ensina:

«Exercendo a imposição, a União conseguiu vários resultados positivos: o aumento da arrecadação proporcionada pelo tributo; a uniformidade racional de tratamento tributário das propriedades rurais, o auxílio do imposto no desenvolvimento de uma política agrária global, desde que os demais itens da legislação agrária já pertenciam à União; anulação das pressões regionais e locais contra as elevações do imposto, quase sempre estruturadas sobre bases eleitoreiras potentes, representadas pela influência dos grandes proprietários de terras; combate efetivo aos economicamente contráproducentes latifúndios e minifúndios; desenvolvimento de uma política de incentivos tributários integrados com outros impostos, etc.» (Curso de Direito Tributário Brasileiro, vol. II, pag. 32).

O custo havido na arrecadação do tributo, pois, constitui pequeno ônus para que a União possa alcançar tão grandes e benéficos objetivos.

Finalmente, tem perfeita adequação à espécie o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal cristalizado na Súmula nº 578, que diz:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do imposto de circulação de mercadorias atribuídas aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal».

Resultado de todo o exposto não poder o réu reter qualquer parcela do Imposto Territorial Rural arrecadado.

Em decisões anteriores neguei correção monetária na restituição das parcelas retidas pelo INCRA, sob o fundamento de que se tratava de dívida de dinheiro e não de valor.

No entanto, convenço-me de que a parcela de 20% em questão tem natureza tributária incidindo a correção monetária na repetição do indébito, a qual deve ser computada a partir das respectivas retenções, conforme remansada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 89.003-SP, *DJU* de 12-5-78, pág. 2318; RE nº 88.518-SP, *DJU* de 30-6-78, página 4843, RE nº 89.766-SP, *DJU* de 27-10-78, pág. 8455 e RE nº 89.766-SP, *DJU* de 27-10-78, pág. 8495).

Diz a ementa do último dos julgados mencionados:

«A jurisprudência do STF já se firmou no sentido de que a correção monetária deve ser computada a partir do recolhimento indevido» (fls. 182/189).

Apelou o INCRA (fls. 192/203 - lê).

Com a resposta (fls. 207/218), subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 221/227, opinando no sentido do provimento do apelo, assim ementado o parecer:

«EMENTA: Ação Ordinária julgada procedente para o fim de anular as retenções feitas pelo INCRA no montante de 20% do valor do ITR, cujo produto pertence ao Município.

Preliminar de incompetência da Justiça Federal de acordo com o art. 205, da CF já dirimida por julgados do STF (RE nº 90.102 e RE nº 90.665).

Preliminar de ilegitimidade do INCRA o qual age como mandatário da União na cobrança do ITR e retenção da parcela destinada a custeio.

Alegação de inconstitucionalidade do art. 85, § 3º do CTN (Lei nº 5.172/66) e do art. 4º do Decreto-Lei nº 57/66.

Pela constitucionalidade do art. 85 § 3º do CTN por se tratar de lei complementar.

Pelo provimento da apelação para reformar a r. decisão recorrida» (fls. 227/235).

Proferi, em seguida, o seguinte voto:

«Constitucional — Tributário — Imposto Territorial Rural — CF, art. 24, § 1º, Decreto-Lei nº 57/66, art. 4º, CTN, art. 85, § 3º.

I — Inconstitucionalidade dos artigos 4º do Decreto-Lei nº 57/66, e 85, § 3º do CTN, porque incompatíveis com a Constituição, art. 24, § 1º. Remessa do feito ao julgamento do Plenário (RI, artigo 17, I, c/c o art. 176). Dispensa de Acórdão (RI, art. 176, § 1º).

II — Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade pela Turma.

I

A preliminar de incompetência do Judiciário, para resolver a pendenga, não tem procedência.

Reitero, no particular, o voto que proferi na AC nº 56.047-MG, de que fui Relator e na qual decidiu a antiga 3ª Turma («Ementário», V/25).

«Constitucional. Eficácia das Normas Constitucionais. Questão entre entidades públicas artigo 205 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

I — Inaplicabilidade da norma inscrita no art. 205 da Constituição, quando as partes envolvidas na demanda não são entidades públicas de uma mesma entidade política (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios).

II — Ademais, mesmo no seu campo de incidência, a norma inscrita no art. 205, da Constituição, com a redação da EC nº 7, de 1977, não é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ela é, sim, de eficácia limitada ou reduzida. Não produz, de logo, efeito essencial, e sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida, porque dependente de normatividade ulterior.

III — Precedentes do STF: RE nº 90.102-SP, Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 19-2-1979).

IV — Recurso provido».

II

Também não tem procedência a preliminar de ilegitimidade passiva do INCRA, por isso que o pedido objetiva a restituição da percentagem retida pelo INCRA, referente ao ITR, retenção que foi praticada pela autarquia federal e não pela União Federal, já que ao INCRA cabe lançar e arrecadar este tributo (Decreto-Lei nº 57, de 1966, art. 4º; Decreto-Lei nº 1.110, de 1970, art. 2º; CTN, art. 85, § 3º). A autarquia federal, pois, é que fez a retenção atacada, não a União Federal, certo que o INCRA, por ser uma autarquia federal, tem personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios (Decreto-Lei nº 200/67, art. 5º, I).

Somente o INCRA, pois, tem legitimidade passiva *ad causam*, no caso. A União Federal é mera assistente.

III

As demais preliminares foram rejeitadas na sentença, com boas razões, que endosso, sem necessidade de considerações outras:

.....
 «Sustenta em preliminar o réu a inépcia da inicial, porque «todo o pedido das autoras repousa nos dois supracitados artigos 45 e 53 do Decreto Federal nº 56.792, de 26 de agosto de 1965, os quais foram revogados pelo artigo 218 do Código Tributário Nacional», passando a matéria a ser regida pelo § 3º, do art. 85, do CTN e art. 18, do Decreto-Lei nº 57/66.

A preliminar não merece prosperar, já que o pedido fundamenta-se na disposição inscrita no art. 24, § 1º, da Constituição Federal, donde decorre a inconstitucionalidade de qualquer norma que venha a contra-

riar referido comando e foi com fulcro nas disposições revogadas que o réu começou a proceder referidas retenções.

Por outra parte, certo que é o Juiz aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado (RT 504/116; RJTJESP 43.138 e 50/289), circunstância que decorre da aplicação, não excluída pelo preceito do art. 282, III, do CPC, dos aforismos **Damih factum, dabo tibi jus** e **Jura novit curia**, conforme o anota Theotonio Negrão.

Assim, rejeito a primeira das preliminares argüidas, que vem repetida à fl. 100, item a.

Rejeito, outrossim, a segunda das preliminares, no que tange à ausência de pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade dos preceitos reguladores da matéria, porquanto abriga o entendimento do réu grave equívoco, posto que o pedido inicial é claro e objetivo: querem as autoras receber do réu parcelas que entendem não poderiam ter sido descontadas do produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural, que lhes pertence por força de disposição constitucional, sendo inconstitucionais as disposições que autorizaram-no a proceder à retenção. O pedido, pois, envolve exame prévio de questão concernente à constitucionalidade daquelas leis, a ser feito pelo Juízo, obrigando a decisão apenas às partes no processo.

É Celso Ribeiro Bastos que, em síntese perfeita, nos dá os traços diferenciadores do controle da constitucionalidade pela via de defesa e pela via de ação, ao dizer:

«O traço diferencial apartador de uma ou de outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de pela via de exceção pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os Juízes e Tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciarem-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, esta pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos, no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

.....

«Em síntese, a via de ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. A via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício.

De resto, constata-se que os objetivos perseguidos por uma ou outra via são diferentes. A via de defesa é instrumento da garantia dos direitos subjetivos. A preocupação primeira, é restabelecer a ordem jurídica ofendida, liberando alguém da sua carga ilegal, consistente na iminência de ver-se obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional» (Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, págs. 58/59).

O que querem as autoras, viu-se, é subtraírem-se aos efeitos de disposições legais que reputam inconstitucionais, recebendo parcelas que foram retidas, constituindo receita do INCRA. Obviamente, se se con-

cluír nesta ação que as leis em que se embasa o réu para proceder à retenção são inconstitucionais, deixarão elas de obrigar as partes, continuando, no entanto, obrigatórias e executórias em relação a outras Municipalidades que não foram partes na lide».

Mérito.

IV

A Emenda Constitucional nº 10, de 1964, à Constituição de 1946, dispôs, no seu art. 2º:

«Art. 2º O art. 15 é acrescido do item e parágrafo seguintes:

«Art. 15. Compete à União decretar impostos sobre:

VII — Propriedade territorial rural.

§ 9º O produto da arrecadação do imposto territorial rural será entregue, na forma da lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida a tributação».

V

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, publicada no DO de 6-12-65, estabeleceu:

«Art. 8º Competem à União:

I — O imposto sobre a propriedade territorial rural»;

«Art. 20. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o artigo 8º, nº I»;

No art. 25, a EC 18/65 revogou o art. 2º da EC nº 10, de 1964.

VI

A Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, dispôs:

«Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre:

III — propriedade territorial rural;

«Art. 25.

§ 1º Pertencem aos Municípios:

a) o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 22, nº III, incidente sobre os imóveis situados em seu território»;

VII

A EC nº 1, de 1969, estabeleceu:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....
 III — propriedade territorial rural;»

«Art. 24

§ 1º Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do artigo 21, incidente sobre os imóveis situados em seu territórios;»

VIII

Assim, pois, os textos, no que interessa ao caso:

EC 10/64 Art. 2º	EC 18/65 Art. 20, I.	Const. 67 Art. 25, § 1º a	EC 1/69, Art. 24, § 1º
O produto da arrecadação do ITR será entregue, na forma da lei, pela U. aos Munic.	Aos Mun. será distribuído o produto da arrecadação do ITR.	Pertence aos Mun. o produto da arrecadação do ITR.	Pertence aos Mun. o produto da arrecadação do ITR.

IX

O Decreto-Lei nº 57, de 18-11-66, artigo 4º, dispôs:

«Art. 4º Do produto do ITR e seus acrescidos, cabe ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — IBRA, a parcela de 20% (vinte por cento) para custeio do lançamento e arrecadação.

X

Já o CTN, Lei nº 5.172, de 25-10-66, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1967, estabeleceu, no seu art. 85, § 3º:

«Art. 85. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 29:

.....
 § 3º A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento), do imposto de que trata o inciso I seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

Conforme se verifica, o Decreto-Lei nº 57/66, artigo 4º, ao destinar ao ex-IBRA, hoje INCRA, a parcela de 20% do produto do ITR e seus acréscimos, para custeio do lançamento e arrecadação, ajusta-se ao que está disposto no § 3º do art. 85, CTN. Este, todavia, pergunta-se, estaria ajustado à Constituição, art. 24, § 1º?

XI

Ao que penso, o § 3º do art. 85, CTN, e, conseqüentemente, o art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 1966, aplicam maus-tratos na Constituição, artigo 24, § 1º.

Vejam os.

As palavras costumam ter mais de um significado. Isto não só ocorre com a língua portuguesa. É que a língua viva, a língua que é falada, está em constante evolução. Se as pessoas, num determinado momento, passam a utilizar uma certa palavra com um certo significado, diferente do significado anterior, e se persiste, durante largo espaço de tempo, tal uso, tem-se a consagração deste.

Vejam o que acontece com a palavra produto. Seus significados são vários. Caldas Aulete («Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa», 2ª ed. brasileira, Ed. Delta, 1964, IV/3274), empresta-lhe significados diversos. Mas deixa expresso, no ponto que nos interessa, que produto significa, ou quer dizer: resultado, acumulação, soma, conjunto, total.

Então, quando a Constituição estabelece que pertence ao Município o produto da arrecadação do ITR, estou em que o que a Constituição deseja, no particular, que seja destinado ao Município o total arrecadado a esse título.

Mas, argumenta-se: o produto, no caso, seria o total arrecadado, com abatimento das despesas efetuadas com a arrecadação.

Seria isto verdadeiro?

Penso que não.

Se fosse assim, por que, a partir da EC nº 18, de 1965, o constituinte despezou a linguagem da EC nº 10, de 1964?

Em verdade, a EC nº 10, de 1964, ao dispor que o produto da arrecadação do ITR seria entregue, na forma da lei, admitiu que o legislador ordinário pudesse efetuar descontos no produto da arrecadação, a fim de remunerar os serviços da arrecadação, ou mesmo fazer frente às despesas ocorrentes com esses serviços.

A partir da EC nº 18, de 1965, art. 20, I, a Constituição, todavia, passou a dispor de outra forma: ao Município será distribuído o produto da arrecadação do ITR.

Não mais ficou o legislador ordinário, no que se inclui o legislador da lei complementar, autorizado a dispor de outra forma que não aquela posta na Constituição.

Não mais poderia o legislador ordinário, portanto, desfalcocar o produto da arrecadação do ITR, a qualquer título, com percentuais destinados a remunerar os serviços da arrecadação.

Isto tanto é verdade, que o Constituinte, ao dispor, em seguida, a respeito da distribuição aos Municípios, do produto da arrecadação do imposto de renda, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo, deixou expresso que essa distribuição será feita na forma que a lei estabelecer (art. 24, § 2º).

A Constituição, está-se a ver, tratou de forma distinta a distribuição do ITR (art. 24, § 1º) e do Imposto de Renda (art. 24, § 2º) aos Municípios.

XII

O saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, ao comentar o § 3º do art. 85, CTN, deixou expresso:

«Não nos parece compatível com a CF de 1967 o § 3º do art. 85 do CTN, que autoriza o legislador, naturalmente federal, a reservar 20% do Imposto Territorial Rural para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação. A Constituição estatui que pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 21, III, incidente sobre os imóveis situados em seu território. Tudo quanto for arrecadado. Se o legislador federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, sem cláusula constitucional permissiva, poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anulando o que estabelece o art. 24, § 1º, da CF de 1967». («Direito Tributário Brasileiro», Forense, 1970, pág. 338).

Também Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e escreveu:

«Imposto Territorial Rural é o que, pela Constituição da República, incide sobre a propriedade territorial rural, competindo à União a sua instituição e arrecadação (arts. 21, III, e 24, § 3º), cujo produto, entretanto, pertence aos Municípios que se situarem os imóveis rurais tributados (artigo 24, § 1º). À União, sequer é permitido reter, no todo ou em parte, as importâncias arrecadadas, pois a Constituição impõe diretamente às autoridades arrecadoras que, independentemente de ordem superior e sob pena de demissão, façam a entrega dessas importâncias aos Municípios a que forem devidas, no prazo máximo de trinta dias a contar da data da arrecadação (artigo 24, § 3º).

Dessas disposições constitucionais resulta que à União foram atribuídos apenas o poder de legislar sobre o imposto em exame, a fim de atender aos reclamos da política agrária nacional, e o encargo administrativo de arrecadá-lo, como vem ocorrendo desde a Emenda Constitucional nº 18/65, que, pela primeira vez, retirou-o da alçada das entidades estaduais menores, regra dos regimes anteriores. O produto da arrecadação foi incondicionalmente e integralmente destinado aos Municípios em que se encontrem os imóveis rurais gravados (Constituição da República, art. 24, § 1º). Por essa razão, é inconstitucional o § 3º, do art. 85, do Código Tributário Nacional, que autoriza a lei federal a reservar à União até 20% do imposto arrecadado, para custeio dos serviços de lançamento e arrecadação, como inconstitucional será a lei que o fizer». («Direito Municipal Brasileiro», 1977, páginas 276/277). *Ap. sentença do Dr. Homar Cais.*

XIII

Poderia parecer estranho que a União, que tem que efetuar despesas com a arrecadação do ITR, não pudesse reservar para si um percentual do produto da arrecadação, que cobrisse, pelo menos, tais despesas.

Essa estranheza, todavia, não se justifica.

É que o ITR não pertencia à União.

Era ele estadual (Constituição de 1934, art. 8º I, a, Carta Política de 1937, art. 23, I, a, Constituição de 1946, art. 19, I). A Emenda Constitucional

nº 5, de 21-11-1961, passou-o para o Município, dando nova redação ao art. 29, I, da Constituição de 1946.

A Emenda Constitucional nº 10, de 1964, denominada Emenda da Reforma Agrária, é que atribuiu o ITR à União. Fê-lo, entretanto, com intuito extrafiscal, com finalidade política, como instrumento de reforma social. Leciona, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

«... a Emenda Constitucional nº 10, de 1964 (art. 2º), retirou do Município a competência para instituí-lo e regulá-lo, atribuindo-o à União. Entretanto, manteve o seu produto como inteiramente destinado ao Município onde houvesse sido arrecadado. Esta solução foi confirmada pela Emenda nº 18, de 1965 (art. 8º I, combinada com o art. 20, I), adotada pela Constituição de 1967 (art. 21, III, combinado com o art. 25, § 1º, a) e reiterada pela Emenda nº 1 no preceito em estudo, combinado com o artigo 24, § 1º.

A passagem da competência para regular o Imposto Territorial Rural para a alçada federal visou transformá-lo em instrumento de uma política nacional de reforma agrária. Através dele, pretende-se estimular o aproveitamento e a divisão da terra que hoje constitui latifúndio improdutivo. Para tanto, era preciso fixá-lo em bases e condições uniformes em todo o território nacional». («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, 1972, I/177).

Esse caráter extrafiscal do ITR, como instrumento de uma política de desenvolvimento e de reforma agrária, é assinalado, também, por Baleeiro (Ob. cit., pág. 337) e por Fábio Fanucchi («Curso de Dir. Tributário Brasileiro», Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975, 3ª ed., II/43-45).

Ora, se quis o constituinte que o ITR «servisse de instrumento para a redivisão e o aproveitamento das áreas rurais» (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. e loc. cit., pág. 191), conseguindo, aliás, com tal modo de proceder, «vários resultados positivos», conforme lembra Fábio Fanucchi (Ob. e loc. cit., pág. 44), mas se tal tributo constituía receita do Município, natural que se sujeitasse aos ônus dessa política social, sem desfalque às combatidas receitas municipais, mesmo porque cabe à União responsabilidade e competência na formulação da política econômica e social. A redivisão da propriedade rural, com vistas à reforma agrária, é da competência exclusiva da União (CF, art. 161 e seu § 2º).

XIV

A Corte Suprema, lembra a sentença, em caso semelhante, ao interpretar o art. 23, § 8º da Constituição, editou a Súmula nº 578:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto de arrecadação do ICM, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal».

Os julgados que constituem precedentes a essa súmula, Ag. nº 55.989 (AgRg), RTJ 64/639, RE 75.042, RTJ 73/160, Ag. 55.288 (AgRg), RTJ 64/97, e mais os RREE nºs 82.102, Relator p/o Acórdão o Sr. Ministro Moreira Alves, RTJ 82/200, e 87.225, Relator o Sr. Ministro Djaci Falcão, RTJ 83/619, são bastante esclarecedores.

XV

Diante do exposto, tenho como inconstitucionais os artigos 4º do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-66, e 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, porque incompatíveis com o art. 24, § 1º, da Constituição.

Na forma do disposto no art. 17, I, c.c. o artigo 176, do Regimento Interno, proponho a remessa do feito ao julgamento do Plenário, dispensando-se a lavratura de Acórdão (RI, art. 176, § 1º)» (fls. 240/252).

Os eminentes Ministros Bueno de Souza e Armando Rollemberg acompanharam o meu voto. O pronunciamento do Sr. Ministro Bueno de Souza, às fls. 253/255, está vazado nos seguintes termos:

«Sr. Presidente, não fossem tão numerosos os esplêndidos votos que já nos habituamos a ouvir, trazidos aqui pelo eminente Ministro Carlos Velloso, poderia dizer que o voto verdadeiramente magistral que S. Exa. acaba de proferir constitui um voto biográfico.

Carnelutti, no pórtico do seu monumental Sistema, diz que «a necessidade que o Direito tem da História é infinita». Nesta linha de pensamento comungam os mais eminentes juristas italianos deste século, chefiados por Chiovenda e acompanhados por Calamandrei, Liebman e tantos outros, que aprimoraram o método de investigação histórica para a perfeita lapidação dos institutos jurídicos, perscrutando-lhes as causas de suas origens e as finalidades a que se propuseram para poder contribuir ao seu ajustamento às necessidades dos tempos novos.

Sabemos em que medida são relevantes as sugestões de Liebman para o aperfeiçoamento do processo de execução entre nós; como este eminente jurista pôde contribuir de modo tão significativo para a aplicação adequada do Código de Processo Civil de 1939, precisamente em razão da estreita comunhão em que este autor sempre se achou com as raízes das nossas instituições no direito continental europeu. Reivindico a primazia nesta orientação dos juristas para pesquisa tão significativa e profícua, ao nosso grande Paschoal José de Mello Freire, que a todos antecedeu com o seu notável «Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis», em que demonstrava, em pleno Século XVIII, o valor da pesquisa histórica no Direito.

Alfredo Buzaid tem demonstrado em quase todas as suas preciosas monografias a importância desta ordem de investigação, que precisamente este voto magistral do Sr. Min. Carlos Velloso acabou de fazer, para trazer à nossa memória que o Imposto Territorial Rural é genuíno imposto regional, das raízes da nossa organização nacional, como de raiz são os bens sobre os quais esta tributação incide.

Ao Poder Judiciário incumbe conferir o apreço devido a esta notável construção do preceito constitucional que, fiel à história do instituto, imprimiu-lhe utilidade que dificilmente poderia ser exagerada. O imperativo constitucional acudiu à necessidade de conferir a esta fonte de receita toda a capacidade que ela tem de contribuir para as necessidades da receita pública, transferindo, no entanto, o poder de imposição e de arrecadação das bases locais para a União, precisamente a fim de assegurar a eficiência da arrecadação, dada a possibilidade de ingerências locais perturbadoras da regular incidência desse tributo segundo critérios de justiça social e administração financeira satisfatória. Ao mesmo tempo em que a Constituição entregou à União a competência impositiva e de arrecadação, resguardou adequadamente os poderes e os recursos dos Municípios e dos Estados.

Não se negue, portanto, que a titularidade do tributo seja da União.

Impõe-se levar em conta precisamente este aspecto da construção constitucional que elabora notável colaboração das diversas unidades da federação brasileira, União, Estados e Municípios, defendidas suas autonomias, para o propósito comum. A União colocando a serviço dos Estados e Municípios instrumentos políticos de atuação e recursos administrativos para que o bem co-

mun possa ser atingido, sem que estas unidades da federação tenham invadidas suas atribuições.

Desse modo, e para concluir meu pensamento, cabe indagar se, efetivamente, à luz da Constituição, seria possível que a lei complementar outorgasse atribuições ao Poder Legislativo, como ensaiou fazer o art. 85, § 3º do Código Tributário Nacional:

«A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I, seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação».

Onde se lê «lei», temos que ler também «o Poder Legislativo».

Não me parece esteja no âmbito de atribuições de conteúdo material — como de modo muito apropriado desenvolveu, da Tribuna, o douto patrono dos apelados — previstos na Constituição, que a lei complementar possa legitimamente conceder competência ou atribuição ao Poder Legislativo. Esta não é matéria de lei complementar.

Acompanho, portanto, o douto voto do eminente Ministro Carlos Velloso, no sentido de também entender caracterizada esta inconstitucionalidade, para que o feito possa receber o pronunciamento do Egrégio Plenário.

A Eg. 4ª Turma decidiu, então, por unanimidade, submeter à apreciação do Eg. Tribunal Pleno a argüição de inconstitucionalidade dos artigos 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-1966, e 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, porque incompatíveis com o artigo 24, § 1º, da Constituição.

Oficiou, em seguida, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, art. 176, § 1º), em parecer da lavra do Subprocurador-Geral José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinando no sentido de que «não existe evidente, aberto, manifesto ou inequívoco conflito entre os textos impugnados e a Constituição Federal — Representações nºs 745 e 753 do STF, razão pela qual espera-se que o Colendo Tribunal assim conclua, no sentido da compatibilidade das normas para com o Sistema Jurídico», (fls. 258/270).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Senhor Presidente, não me sensibilizaram os argumentos postos no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República. Parece-me flagrante a inconstitucionalidade dos artigos 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, e 85, § 3º, do CTN. frente ao art. 24, § 1º, da Constituição.

Reitero, por isso, o voto que proferi na Turma, transcrito no relatório e que foi lido, nesta assentada.

Tenho como inconstitucionais os citados dispositivos legais, artigo 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, e art. 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, porque incompatíveis com o art. 24, § 1º da Constituição.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. de Inconst. na AC nº 65.537 — SP — (Reg. nº 0006.157) — Rel.: O Sr. Min.: Carlos Velloso. Apte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, Apdas.: Prefeitura Municipal de Adolfo e outras. Advs.: Drs. Eurico Montenegro Júnior, Fernando Iberê Simões Moss e outros (apte.); Drs. Celso Antonio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba e outros (apdo.).

Decisão: Após os votos dos Srs. Mins. Relator Justino Ribeiro e Otto Rocha acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do art. 85, § 3º, da Lei nº 5.172/66 e do

art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, pediu vista dos autos o Sr. Min. William Patterson. (Em 25-6-81 — T. Pleno).

Aguardam os Srs. Min. Bueno de Sousa, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Flaquer Scartezzini, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Néri da Silveira, Aldir Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Washington Bolívar. Impedidos os Srs. Mins. Torreão Braz e Padua Ribeiro. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Peçanha Martins, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Ao relatar, perante este egrégio Plenário, em sessão de 20-3-80, a arguição de inconstitucionalidade, objeto da AMS nº 73.753 — RJ, sustentei que o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos está vinculado, segundo entendo, ao confronto direto do texto ou princípio jurídico da Lei Fundamental com a regra que se concebe eivada do vício. A doutrina e a jurisprudência não discrepam no tocante à necessidade de comprovada incompatibilização das normas aferidas, para que se proclame a inconsistência do preceito ordinário no mundo jurídico. Não bastam simples insinuações ou mesmo aparentes conflitos. O postulado da inconstitucionalidade, pelas conseqüências próprias do sistema, exige que a oposição da regra comum ao dispositivo da Lei Maior seja flagrante, de sorte a não se poder conciliar a sua aplicação.

Carlos Medeiros Silva, em trabalho publicado na Rev. For. nº 140, pág. 78/86, transmite a exata noção deste aspecto, ao asserir, em lances, a saber:

«A lei tem por si a presunção de constitucionalidade, que somente deve ser afastada quando o vício for manifesto e fora de qualquer dúvida razoável. Assim sempre se entendeu, de acordo com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, repetida pelos nacionais de maior conceito.»

E, mais adiante, arremata:

«A tendência doutrinária e legal é, pois, no sentido de preservar a validade dos textos; coerente com ela, as nossas últimas Constituições criaram obstáculos à declaração de inconstitucionalidade. Outro não é o objetivo visado pelo art. 200 da Constituição vigente, repetido nos textos legais e regimentais, quando torna a declaração privativa do tribunal pleno e exige que o seu pronunciamento se dê por maioria absoluta de seus membros».

Restaria indagar se a norma ora impugnada afeta o dispositivo constitucional.

Com a devida vênia, não encontro motivos que justifiquem a medida. O § 1º, do art. 24, da Carta Magna estabelece o princípio segundo o qual, pertence ao Município o produto da arrecadação do imposto de que trata o item III do art. 21 (Imposto Territorial Rural). Significa dizer que aos demais membros da organização política do Estado descabe usufruir de parcela daquele tributo. Não determinou, porém, a proibição de destaque para atender às despesas com o mecanismo da arrecadação.

O sistema tributário ocupa espaço no Capítulo V do Título I, da Constituição, onde está expresso que lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar (§ 1º, do art. 18), vale dizer atribui àquela lei prerrogativas constitucionais, a que estariam sujeitos os Estados, Municípios e o Distrito Federal.

A dúvida que poderia surgir acerca da natureza da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), promulgada antes do sistema constitucional que previu o modelo

específico, resultou dissipada pela consagrada orientação doutrinária no sentido de se lhe reconhecer o caráter de «lei complementar», consoante dá notícia Luciano da Silva Amaro («Comentários ao Código Tributário Nacional», vol. 3, pág. 285), citando, a respeito, o entendimento de Ruy Barbosa Nogueira («Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário», pág. 48); Aliomar Baleeiro («Direito Tributário Brasileiro», pág. 59); Manoel Lourenço dos Santos («Direito Tributário», pág. 35); Fábio Fanucchi («Curso de Direito Tributário Brasileiro», vol. I, pág. 68); Hamilton Dias de Souza («Comentários ao Código Tributário Nacional», vol. I, pág. 22).

O CTN, definido como lei complementar, está, assim, amoldado ao espírito da normatividade constitucional do § 1º, do art. 18, da Lei Maior, de sorte a merecer um tratamento especial na ordem hierárquica.

É verdade que as suas disposições não podem fugir ao impacto da sujeição e obediência ao texto fundamental. Todavia, não se pode compreender o Código Tributário Nacional como uma simples lei de disciplinamento de determinada matéria, autônoma no mundo do direito, sem preocupações mais amplas. A sua importância no contexto jurídico assume proporções mais extensas, de forma a compeli-lo a interpretar a prestígiada, sempre que não se apresente indubitosa a inconstitucionalidade de qualquer de suas regras.

Analisando essa posição, assim se expressou Ruy Barbosa Nogueira (ob. cit. pág. 48):

«A idéia que inspirou a criação da lei complementar no campo tributário foi exatamente a de obter um ato representativo, não apenas dos interesses da União como fisco federal, mas do interesse de toda a nação para poder resolver conflitos tributários entre os vários fiscos que há muito vêm ocorrendo na tributação brasileira. Nesse sentido, o § 1º, do art. 19, da Constituição estabeleceu que «lei complementar estabelecerá normas gerais de Direito Tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do Poder Tributário» confirmando essa natureza do Código Tributário Nacional».

Tudo isso foi necessário para se demonstrar que o dispositivo, cuja constitucionalidade ora se discute, não pode ser maculado sem argumentos que comprovem a sua contrariedade à Lei Fundamantel, pois se cuida de norma do Código Tributário Nacional (art. 85, § 3º), com prerrogativas decorrentes de um sistema que a própria Carta Magna deseja prestigiar.

Os que sustentam a irremediável inconstitucionalidade do referido § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN) e, por consequência, do art. 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, apoiam-se na circunstância, segundo a qual a referência contida na Fazenda Constitucional nº 10, de 1964 (art. 2º, § 9º), relativamente à expressão «na forma da lei»; deixou de figurar na norma, a partir da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, levando à conclusão de que o preceito do CTN não poderia regular a espécie, considerando, ainda, que a omissão persistiu na Constituição de 1967 (art. 25, § 1º, letra a) e Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 24, § 1º).

Em primeiro lugar, advirta-se que o Código Tributário foi elaborado já na vigência da Emenda nº 18/65. Portanto, não poderia desconhecer o legislador a alteração invocada, permitindo que o dispositivo codificado viesse a afrontar o texto superior. Se permitiu que o § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.172/66 estabelecesse a faculdade de retenção de uma parcela, não superior a 20%, do Imposto Territorial Rural, para custeio do serviço de lançamento e arrecadação, e porque aquela cláusula não tinha o objetivo que se pretende.

Bernardo Ribeiro de Moraes, em trabalho sobre o Sistema Tributário da Constituição de 1969 (in «Curso de Direito Tributário», vol. I), analisa, com profundidade, o Imposto Territorial Rural, desde suas origens, com a discussão na proposta orçamentária

ria de 1833. Demonstrou que o tratamento, nesse longo período de preceituação constitucional, teve como evolução de maior relevância a passagem para a área federal de seu controle, em termos de competência para legislar, como instrumento para «estimular coordenadamente o melhor aproveitamento da terra e a penalizar as propriedades improdutivas». Diz, ao ensejo:

«Antes mesmo de ser adotada a nova discriminação constitucional de rendas, a Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, transferiu o Imposto Territorial Rural da órbita municipal para a competência da União, muito embora o produto da respectiva arrecadação continuasse a ser das comunas (art. 2.º) onde estejam localizados os imóveis tributados. A finalidade de tal Emenda Constitucional, sem dúvida, foi a de permitir que o aludido imposto servisse de instrumento de reforma agrária, somente concebível em bases nacionais.»

.....

A Emenda Constitucional nº 18, de 1.º de dezembro de 1965, ao fazer nova discriminação de rendas tributárias, manteve a atribuição do imposto ao Governo central (art. 8.º, nº I), possibilitando, assim, seu aproveitamento extrafiscal, na adoção de proveitosa e firme política agrária, de marcante objetivo social. A Constituição do Brasil de 1967 (art. 22, nº III) e a Constituição da República de 1969 (art. 21, nº III) conservaram a competência tributária da União».

Como visto, as alterações resultaram de objetivos nacionais, visando à sistematização de uma política da terra. O produto da arrecadação desse tributo sempre teve a mesma destinação. A parcela retirada, para os fins de custeio dos serviços de lançamento e arrecadação jamais foi contestada, mesmo porque não constituía redistribuição do total arrecadado.

Passando-se ao exame técnico do confronto dos textos constitucionais, à mesma conclusão chegaremos. Com efeito, o § 9.º, do art. 15, da Emenda nº 10/64, ao se referir «na forma da lei» tinha em vista o sistema de entrega do produto da arrecadação, por isso que não se discutia que o total do produto da arrecadação cabia aos municípios. A exclusão da cláusula, pela Emenda nº 18/65, não poderia afetar o regime, porquanto o produto permanecia à disposição daquelas entidades. Indagar-se-á, então, por que, a partir daquela Emenda, a expressão não mais figurou nos dispositivos constitucionais subsequentes. A resposta é simples. Com a Emenda nº 18, o critério de entrega do produto da arrecadação do imposto passou a ficar expresso no próprio texto da Carta Magna (parágrafo único, do art. 20, da Emenda nº 18/65, § 2.º, do art. 25, da Constituição de 1967 e § 3.º, do art. 24, da Emenda Constitucional de 1969). Não havia necessidade de delegar-se ao legislador ordinário a providência, porquanto os meios de repasse do produto da arrecadação do imposto já vinham explicitados no diploma. A retirada da expressão não afetou o princípio segundo o qual o produto pertence aos municípios, porque a ele não se referia, mas, tão-só, quanto à forma de sua entrega.

A parcela para custeio, de que cuida o Código Tributário Nacional não interfere na regra constitucional. O produto integral continua pertencendo às comunas. O que se proíbe é a distribuição, por meio de legislação ordinária, sem autorização da Lei Magna, porquanto a discriminação das rendas e o sistema de distribuição do seu produto constituem matéria de ordem constitucional, só cabendo à legislação de outra natureza, quando permitido pelo estatuto fundamental. Daí porque toda vez que se quer disciplinar a repartição do produto do imposto arrecadado, entre as diversas categorias de entes públicos, faz-se, diretamente, na Constituição ou por permissão delegada. É o que se extrai dos comandos insitos nos arts. 23, § 1.º, 23, § 8.º; 25 e 26, todos da vigente Constituição Federal. Ora, se o Imposto Territorial Rural não é dividido, mas entregue, em sua totalidade ao município respectivo, não há porque se reclamar a cláusula como

agasalho da legitimidade do percentual para as despesas de custeio, pois, como é óbvio, isto não significa «distribuição do produto».

Finalmente, tenha-se em consideração que os elementos históricos que compuseram o projeto que se transformou na discutida Emenda nº 18/65 confirmam a posição inflexível de permanência da aludida parcela, no quadro jurídico, conforme se deduz da exposição de motivos do Ministro da Fazenda que o encaminhou, *verbis*:

«A receita do Imposto Territorial Rural é atribuída aos Municípios com pequena parcela retida pela União para atender a despesas do lançamento e arrecadação do tributo....»

O Congresso Nacional não reagiu à medida, posto que manteve a formulação em todos os seus termos, sem acréscimos ou exclusões, inobstante reduzidas tentativas de emendas ao projeto, frustradas, porém, na votação definitiva.

Por último, ainda que se compreendesse a violação textual debatida, ad **argumentandum**, seria jurídico declarar-se a inconstitucionalidade das regras? Não se apresenta tranqüila a doutrina, no particular, quando o preceito da Constituição já encontra a norma legislativa, como acontece na espécie. A corrente predominante é aquela que defende a tese de ineficácia da lei e não caso de declaração de inconstitucionalidade. O eminente Professor Geraldo Ataliba, estudando os «Problemas decorrentes do regime especial das Leis Complementares» (in «Lei Complementar na Constituição») faz lúcida abordagem do assunto, acolhendo a teoria desenvolvida pelo ilustre Ministro Victor Nunes Leal (RDA, vol. III, pág. 389), ao assinalar o seguinte trecho:

«Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto-de-vista hierárquico. A razão parece clara. O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e a sua nulidade resulta da incompetência do órgão, que o legislador ordinário não tem poder para emendar a Constituição. Mas, se a norma constitucional, com a qual a norma legal é incompatível, for posterior a esta, então não era incompetente o órgão que promulgou a norma legal, porque ao tempo de sua promulgação o legislador ordinário não exorbitou de sua competência: como a norma questionada não era incompatível com a Constituição vigente à época, não pertencia ela à competência do legislador constituinte, mas justamente à do legislador ordinário que a decretou.

«Nessas condições, como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento e, conseqüentemente, deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Mas tal não acontece. As relações jurídicas que se constituíram ao amparo da norma em questão, até o momento de ser promulgado o novo texto constitucional com ela incompatível, são plenamente válidas e subsistentes. Desse momento em diante é que a lei deixa de operar, mas não por motivo de nulidade. E sempre que uma lei opere validamente até determinado momento, e daí por diante deixe de operar em virtude da expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada. O mesmo fenômeno se passa quando uma lei é incompatível com uma norma regulamentar anterior, expedida legitimamente nos limites do poder regulamentar. A norma do regulamento, no caso, não se tornou ilegal em virtude da norma legal nova, mas simplesmente foi revogada» (RDA, cit., págs. 390 e 391).

E, logo a seguir, arremata com as seguintes considerações:

«O pensamento comum, de maneira geral acolheu a opinião desse inclito mestre, sustentando que a lei anterior à Constituição, e com esta incompatível,

é por ela revogada. Concordamos em que não é o caso de nulidade por inconstitucionalidade, como o demonstra a lição de Victor Nunes.

Não nos parece entretanto, que *in casu* ocorra revogação. Entendemos que a lei válida que vem a se tornar incompatível com a nova Constituição, é meramente tornada ineficaz. O que a norma nova superior acarreta é a perda da eficácia da norma inferior e anterior.

A nova ordem constitucional destitui de eficácia todas as normas com ela compatíveis. A nova Constituição só revoga a Constituição anterior. As leis que vierem a ser editadas na conformidade da nova Constituição é que vão revogando as leis antigas, algumas das quais já ineficazes *ex ope* de sua incompatibilidade com princípios, normas ou mesmo com o espírito do novo sistema constitucional.

Esta convicção nos advém da consideração de que as normas jurídicas só revogam normas de igual natureza. Relativamente às normas inferiores, elas limitam-se a paralizar-lhes a eficácia.

Esta concepção técnica é compartilhada pelo insuperável Ruy Cirne Lima, que a expressou recentemente em parecer (publicado na RDP, vol. 10, pág. 269).

Em conseqüência, professamos entender persistirem vigendo, embora sem eficácia, as leis anteriores à nova ordem constitucional, que com ela se tornaram incompatíveis.

Serão revogadas por novas normas de igual natureza, quando oportunamente editadas. As leis que tratam de matéria de lei complementar, se seu conteúdo for incompatível com a nova Constituição, continuam em vigor, sem eficácia, porém, e somente serão revogadas por lei complementar expedida de acordo com o art. 50 do texto constitucional» (ob. cit. págs. 54/55).

Como visto, ainda que se entendesse clara a violação do preceito maior, o que não me parece ter ocorrido, outra dificuldade de ordem processual, surgiria, ou seja, o cabimento da declaração de inconstitucionalidade, a teor da respeitável orientação posta em destaque. Todavia, prefiro fixar-me no convencimento pessoal de inexistir, *in casu*, a propalada incompatibilidade, face às razões apresentadas.

Ante o exposto, rejeito a argüição de inconstitucionalidade, *data venia* dos que pensam em contrário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Sr. Presidente, como, no caso, houve pedido de vista, o Regimento (art. 151) permite a antecipação de voto. De forma que peço licença a V. Exa. para, em poucas palavras, proferi-lo, eis que terei de retirá-lo dentro em pouco, para atender a compromisso deste Tribunal, que me foi atribuído.

Meu voto, Sr. Presidente, é acompanhando o eminente Ministro William Patterson. Entendo que os dispositivos acoimados de inconstitucionais, quais sejam o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 57, parágrafo único, e o art. 85, § 3.º do Código Tributário Nacional, não possuem tal eiva, nem se encontram revogados. O que diz a Constituição conforme seu art. 24, § 1.º, é que pertence aos municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do art. 21, isto é, aquele sobre a propriedade territorial rural dos imóveis situados nos respectivos territórios. Os dispositivos dados como inconstitucionais dispõem que pela prestação do serviço de arrecadação de tal tributo pela União, esta reterá 20%. Não vejo, em face disso, a pretendida incompatibilidade entre os dispositivos legais antes referidos e os preceitos constitucionais pertinentes. Não se pode

exigir que a União preste serviços gratuitamente. Serviços, em qualquer âmbito, prestados por uma unidade da Federação a outra, ou pela União a qualquer das unidades federativas poderão ser cobrados. Não se pode pretender que a União não receba a contraprestação correspondente.

A própria Lei Maior estabeleceu que o produto da arrecadação daquele imposto — que, aliás, é instituído pela União (art. 21, III) — cabe aos municípios. Ora, *produto* segundo os léxicos, é *rendimento, lucro, proveito, benefício*. Não há, na nossa Carta Política referência a *produto total* ou *total do imposto* ou *expressões* outras que possam levar a que se conclua ser a arrecadação bruta destinada aos municípios. Se a Constituição apenas declara que o produto do imposto se destina aos municípios, e se é certo que não se declara haver inconstitucionalidade em que o serviço de arrecadação fique afeto à União, há de compreender-se que o produto a que alude o § 1.º do art. 24 do Estatuto Fundamental é o produto líquido, o rendimento líquido apurado, ou seja, o total arrecadado menos o despendido com o lançamento e arrecadação.

Não é possível discutir-se — pois a via do «writ» é inadequada para fazê-lo — se o percentual fixado de 20% pelos serviços de cobrança é exagerado ou não. O que é certo é que vem sendo admitido nos próprios votos que se têm manifestado pela ilegalidade do art. 4.º do Decreto-Lei nº 57 e do art. 85, § 3.º, do Código Tributário Nacional que é cabível a lei atribuir à União Federal tal encargo. Se assim é, apenas se dá o ressarcimento pelas despesas por ela efetuadas. Impedir isso implicaria em enriquecimento sem causa por parte dos Municípios, que aufeririam o total do produto da arrecadação sem ônus para eles, e em prejuízo da União.

Assim, Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro William Patterson, achando que não há inconstitucionalidade nos dispositivos em exame, nem tampouco se encontram eles revogados por qualquer lei posterior.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO: Dou pela inconstitucionalidade, *data venia* dos Srs. Ministros William Patterson e Aldir Guimarães Passarinho.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, no seio da 4ª Turma tive ocasião de me expressar em termos que considero rigorosamente justos, relativamente ao douto voto que ali então ouvimos, proferido pelo Senhor Ministro Carlos Velloso, para salientar a importância daquele pronunciamento que efetuou o resumo histórico da evolução e da função do imposto territorial na economia e nas finanças nacionais.

Depois de salientar a importância do método de que o Sr. Ministro Relator se serviu (que é o da interpretação histórico-social das diferentes disposições que definiram a feição do instituto ao longo de nossas vicissitudes constitucionais), pronunciei-me do seguinte modo (fls. 253/55):

«Senhor Presidente, não fossem tão numerosos os esplêndidos votos que já nos habituamos a ouvir, proferidos pelo eminente Ministro Carlos Velloso, poderia dizer que o voto magistral que S. Exa. acaba de pronunciar constitui voto biográfico.

Carnelutti, no pórtico do seu monumental Sistema, diz que a necessidade que o Direito tem da História é infinita. Nesta linha de pensamento comungam os mais eminentes juristas italianos deste século, desde Chiovenda, Calamandrei, Liebman e tantos outros, que aprimoraram o método de investigação histórica para a perfeita lapidação dos institutos jurídicos de modo a obter,

em suas origens e finalidades, critérios de ajustamento deles às necessidades dos tempos novos».

Naquela oportunidade, reivindiquei a primazia desta disposição dos juristas para pesquisa tão significativa e profícua para o nosso Paschoal José de Mello Freire dos Reis, que a todos antecedeu com sua notável *Historiae Juris Civilis Lusitani*, em que demonstrava, em pleno Século XVIII, o valor da pesquisa histórica no Direito.

São conhecidas, em nosso tempo, as valiosas contribuições de Alfredo Buzaid, neste mesmo propósito, reveladas em suas preciosas monografias.

É precisamente o que este voto magistral do Sr. Ministro Carlos Velloso acaba de fazer, ao trazer à nossa memória que o imposto territorial rural é genuíno imposto regional, das raízes da nossa organização nacional como de raiz são os bens sobre os quais esta tributação incide.

Ao Poder Judiciário (penso) incumbe conferir o apreço devido a esta importante construção do Instituto, que lhe imprimiu ductilidade dificilmente exagerada.

O imperativo constitucional, em verdade, acudiu à necessidade de conferir a esta fonte de receita toda a capacidade que ela tem de contribuir para as necessidades da receita pública, ao transferir o poder de imposição e de arrecadação das bases locais para a União, precisamente a fim de assegurar a eficiência deste (dada a possibilidade de ingerências locais perturbadoras da regular incidência desse tributo segundo critérios de justiça social e administração financeira satisfatória); ao mesmo tempo em que entregou à União a competência impositiva e de arrecadação, resguardando adequadamente os poderes e os recursos dos Municípios e dos Estados.

Não se segue, portanto, que a titularidade do tributo seja da União.

Impõe-se levar em conta precisamente este aspecto da construção constitucional que ensejou notável colaboração das diversas unidades da federação brasileira (União, Estados e Municípios, defendidas suas autonomias) para o propósito comum: a União, colocando a serviço dos Estados e dos Municípios instrumentos políticos de atuação e recursos administrativos para que o bem comum possa ser atingido, sem que estas unidades da federação tivessem invadidas suas atribuições.

Deste modo (e para concluir meu pensamento), cabe indagar se, efetivamente, à luz da Constituição, seria possível que a lei complementar outorgasse atribuições ao Poder Legislativo, como ensaiou fazer o art. 85, § 3º do Código Tributário Nacional:

«A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I, seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação».

Onde se lê «lei», tem-se que ler também «o Poder Legislativo».

Não me parece esteja no âmbito de atribuições de conteúdo material — como de modo muito apropriado desenvolveu, da Tribuna, o douto patrono dos apelados — previstos na Constituição, que a lei complementar possa legitimamente conceder competência ou atribuição ao Poder Legislativo. Esta não é matéria de lei complementar.

Com estes argumentos, acompanhava o voto do Sr. Ministro Velloso no sentido de também entender caracterizada a inconstitucionalidade, para submeter a respectiva arguição ao Eg. Plenário.

Depois dos votos que acabamos de ouvir nesta assentada, valho-me do ensejo para acrescentar, que, realmente, não me parecem compatíveis com as responsabilidades do Poder Judiciário as minuciosas ressalvas com que ainda se insiste, entre nós, em esmaecer o papel da jurisprudência na interpretação e na vivificação dos cânones constitucionais.

A Constituição, na verdade, deve ser implementada pela jurisprudência na concretização daquilo que ela projeta para o futuro (e não somente no sentido de afirmar

diante dela a presunção de legitimidade das leis que são sob sua égide promulgadas, mas que muitas vezes não se compatibilizam com os propósitos ou com o espírito da lei maior): a letra mata, o espírito vivifica.

Não sou, portanto, favorável à tendência interpretativa predominantemente formal e acadêmica que, por excessivo apego à presunção de constitucionalidade da lei, se arrisca a diminuir o relevo da função constituinte e a amesquinhar a atividade jurisdicional.

A propósito, vale recordar que não foi a constituição norte-americana que ali investiu a Suprema Corte do poder de paralisar os atos do governo, bem como os do Congresso, por inconstitucionais: este poder foi a Suprema Corte que o construiu nos claros da Constituição, de cuja seiva recolheu o traço mais marcante e vigoroso de sua missão.

No Brasil, a despeito de a Constituição ser enfática, é a jurisprudência que persiste em restringir severamente o desempenho desta importantíssima função de interpretar o sentido atual das normas constitucionais.

A esta ponderação, acrescento que a fixação de percentual (até o limite de 20%) traduz de modo eloqüente a liberdade com que se sentiu o Poder Legislativo, ao invadir os limites de suas atribuições fixadas pela Carta Maior: onde encontrou o Poder Legislativo Brasileiro esta autorização (para dizer, dogmática e apoditicamente, que a lei poderia fixar até 20%)?

Como e por que estipular percentual; por que de até 20%?

Para ressarcimento de despesas com pessoal, material e atividade administrativa da função arrecadadora?

E se estas despesas, devidamente contabilizadas, não passarem de 7%, ou de 3%, ou de 0.5%? E se excederem 20%?

Como, portanto, manter que este percentual arbitrariamente, dogmaticamente estipulado no teto de 20% seja destinado a ressarcimento de despesas com a arrecadação de tributo?

Não: disso não se trata.

Penso que a licença de que se investiu o legislador mal disfarça a introdução, pela lei, de uma partilha disfarçada do tributo que a Constituição não autorizou; que, em verdade, excluiu.

Ainda é tempo de recordar as vacilações e hesitações com que Baleeiro pejejou para classificar, no ordenamento constitucional brasileiro, Código Tributário Nacional como lei complementar; proposição que não logrou pacificar os espíritos, como se sabe.

Seja, embora, lei complementar (que, a meu ver, não é), de todo modo a Constituição não lhe confere poder de efetuar partilha de tributos; tal não se lê na Constituição; o Poder Legislativo Brasileiro não tem, portanto, esta atribuição.

O Senhor Ministro William Patterson: Não tem partilha.

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Efetuou partilha, Senhor Ministro William Patterson, *data maxima venia*. Indenização de custos «até 20%», porventura não é partilha?

Mas a partilha eficaz só poderia emanar do texto constitucional.

Trata-se, portanto, não somente de partilha, mas o que é pior, de partilha disfarçada, pois se estabelece uma quota até cujo montante a União fica legitimada (pelo Congresso, à revelia da Constituição) a fim de reduzir o valor do tributo que a lei maior destinou aos Municípios.

Com estas ponderações (que enuncio com o maior respeito para com o cuidadoso voto que acabamos de ouvir, do Senhor Ministro William Patterson) e dos demais pro-

nunciamentos postos no mesmo rumo, reafirmo meu voto na Turma, no sentido de afirmar a inconstitucionalidade aqui argüida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEREIRA DE PAIVA: Senhor Presidente, Senhores Ministros, a matéria foi longamente debatida por eminentes oradores, como o Professor Ataliba Lago e o Dr. Procurador Fontelles, na Sessão passada. Foi muito mais amplamente debatida pelo eminente Ministro Carlos Velloso, como Relator e, posteriormente, pelos demais Senhores Ministros que votaram logo em seguida: Justino Ribeiro, Otto Rocha e William Patterson e, agora, pelo eminente Ministro Bueno de Souza. Não tenho a pretensão de trazer argumentos para convencer os eminentes colegas, nem tenho a vaidade de exaltar, aqui, argumentos que expendi, quando julguei os 42 processos desta natureza. Apenas e tão-somente vou ler trechos da sentença que dei sobre a matéria e, exclusivamente, para que a mesma continue com a paternidade do signatário e não fique órfã. Seria muito cômodo ou conveniente que eu apenas ficasse com o Relator ou com o eminente Ministro William Patterson. Todavia, acho que quarenta e duas sentenças, em grau de Recurso, neste Tribunal, proferidas por mim, com os argumentos que expendi dentro da pobreza do meu gabinete e de livros, quando na primeira instância, devam ser ressaltados nesta oportunidade.

Dou pela constitucionalidade dos artigos da lei objeto da argüição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: **Data venia** dos doutos votos em contrário, a partir do substancioso pronunciamento do eminente Ministro William Patterson, inclino-me pela incompatibilidade do artigo 4º do Decreto-Lei nº 57/66 e § 3º do artigo 83 do Código Tributário Nacional, em face dos artigos 20, I, da Emenda Constitucional 18/65 e 24, § 1º da Constituição Federal vigente, e o faço, basicamente, sob as considerações de que os preceitos de maior eficácia vinculatória dispõem incondicionadamente, sem reservas, distanciando claramente da redação correlata da Emenda Constitucional nº 10/64, fixando, assim, em linguagem positiva o direito ao produto do tributo, à totalidade do produto da arrecadação.

De outro lado, em face da Constituição vigente, aqui, o argumento de que a inconstitucionalidade da lei não se presume, perde sua substância como se vê, entre outros, de Castro Nunes (Soluções de Direito Aplicado, pág. 75), quando enfatiza que somente a lei posterior é portadora de tal pressuposto.

Lembre-se, também, a lição de Carlos Maximiliano de que a nova Constituição, quando mantém a mesma linguagem da antiga, induz que não pretendeu modificar a legislação correspondente, e, aqui, **a contrario sensu**, volto a insistir no procedimento do constituinte novo, ao deixar de estabelecer, quanto à matéria em debate, a reserva da lei, fixada anteriormente na Emenda Constitucional nº 10/64 (art. 2º), que falava «em entrega, ao Município, na forma da lei».

À luz dessas premissas, entendo, **concessa venia** que os preceitos referidos de maior hierarquia normativa consagram o direito do Município à totalidade do produto da arrecadação respectiva, desautorizando a participação da União ou de entidade federal indireta, a qualquer título.

Com essas breves considerações, acolho a argüição de inconstitucionalidade, em face da Emenda Constitucional 18/65, e dou como ineficazes, perante a Constituição Federal vigente, os preceitos infraconstitucionais confrontados.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Para tomada de posição, diante dos brilhantes votos que definem duas distintas correntes de opiniões, peço vênias para expor, ainda que de modo sucinto, os fundamentos de meu convencimento.

A *questio juris*, posta em debate, cinge-se à prevalência do § 3º do art. 85 do Código Tributário Nacional e do art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 1966, em face do art. 21 e § 1º do art. 24 da Constituição Federal. Rezam as disposições citadas, *in verbis*:

«Código Tributário Nacional

Art. 85.

§ 1º A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento), do imposto de que trata o item I, seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

Decreto-Lei nº 57, de 1966:

Art. 4º Do produto do ITR e seus acréscidos, cabe ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) a parcela de 20% (vinte por cento) para custeio do respectivo serviço de arrecadação.

Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União Federal instituir imposto sobre:

.....

III — propriedade territorial rural.

Art. 24.

§ 1º. Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do art. 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território.»

Com base no permissivo do art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 1966, que se embasa no § 1º do art. 85 do CTN, o INCRA, que sucedeu ao IBRA (art. 2º do Decreto-Lei nº 1.110/70), retém 20% do ITR, a título de custeio do respectivo lançamento e arrecadação.

Argumenta-se que o texto constitucional, em nenhum passo, favorece a possibilidade dessa dedução, mas, ao invés, de tal modo se coloca a disposição, que inadmissível se torna o elastério da legislação secundária. A norma — sustenta-se — deve ser interpretada, restritamente, à luz dos fins que persegue e de seu conteúdo objetivo: aos Municípios pertence o produto da arrecadação do referido imposto (§ 1º, do art. 24). A expressão «produto» no caso, estaria a significar o resultado da arrecadação do imposto, a totalidade da quantia apurada a esse título, pois, de outro modo, se alguma parcela dele o legislador constitucional quisesse fosse deduzida para cobrir despesas com lançamento e arrecadação, o teria dito expressamente, ou, pelo menos, usado a locução «produto líquido». Daí, concluem, à vista do texto constitucional, sem respaldo a retenção autorizada na lei de hierarquia inferior.

A doutrina, igualmente, tem entendido existir descompasso do mencionado § 1º, do art. 85, do CTN com a Constituição. Nesse sentido destacam-se os magistérios de Hely Lopes Meirelles («Direito Tributário Brasileiro», 1977, págs. 276/277) e Aliomar Baleeiro («Direito Tributário Brasileiro», 6ª ed., págs. 338/339).

Invoca-se também, em abono da tese, a Súmula 578 do Supremo Tribunal Federal, que veda retenção de qualquer parcela da quota do ICM reservada aos Municípios, a título de ressarcimento pela atividade arrecadadora desse tributo.

Esses argumentos, entretanto, inobstante sua indiscutível autoridade, não me convenceram de todo, face à circunstância de a dedução vir autorizada em lei complementar. Ao repensar a matéria, pergunto-me se não é lícito através de norma complementar dispor sobre o mecanismo da arrecadação do tributo, sem eiva de inconstitucionalidade.

Ora, a lei complementar, doutrina o Prof. Geraldo Ataliba, tem no seu próprio nome a expressão de sua função: «completar a Constituição» («lei complementar e Constituição», ed. RT, 1971, pág. 5). São aquelas leis que completam os dispositivos

constitucionais, tornando-os cabalmente eficazes e desenvolvendo os princípios neles contidos. É evidente que a lei complementar não se identifica com a lei constitucional. Aquela, no sentido estrito, completa a norma constitucional que não é auto-executável, esta última se confunde com a própria Lei Maior. Mas, na sua função de completar a norma constitucional, de executá-la e fazer valer e desenvolver os seus princípios, tem de ser visualizada como parte integrante da Constituição, na explicitação de pormenores de que não se espera cuide o legislador constitucional.

Daí porque a mim me parece que só aparente é o conflito entre o § 1º do art. 85 do CTN e a Lei Fundamental.

Na verdade, sem a previsão da regra complementar, não haveria como alcançar, plenamente, a determinação constitucional. A parte que se destaca da arrecadação do tributo não pertence ao INCRA. Não é isso que a lei diz. Tem por finalidade promover o mecanismo da arrecadação, sem o qual a mesma não seria efetivada. E, para tanto, foi montada toda uma infra-estrutura para resolver os complexos problemas cadastrais da propriedade, lançar e arrecadar o tributo, um aparelhamento dispendioso cujos custos envolvem, indiscutivelmente, um problema político. Como pondera, com propriedade, o INCRA, «se a receita pertence ao Município, a este cabe arcar com os custos de sua arrecadação, desde o momento que a entidade arrecadadora não participe do produto arrecadado e não pode estabelecer previsão orçamentária, sem indicar a respectiva receita em seu orçamento».

Por outro lado, afigura-se sem relevo o argumento de que, se o legislador constitucional pretendesse autorizar a retenção de percentual destinado ao custeio do lançamento e arrecadação do tributo, teria empregado, pelo menos, a locução «produto líquido». Realmente, não vejo como se aferir a *mens legislatoris* do uso do substantivo «produto», sem o qualificativo «líquido». Poder-se-ia argumentar, ao contrário, de que a vedação estaria a demandar o emprego do adjetivo «bruto». Mas, o que me parece certo é que, usando simplesmente a palavra «produto», fê-lo o legislador de modo genérico, preocupado apenas em apontar a destinação do imposto, sem qualquer restrição à dedução das despesas decorrentes com o seu lançamento e arrecadação.

Ao cabo, parece-me razoável o entendimento do INCRA de que a Súmula 587 do Pretório Excelso não tem adequação à espécie. Transcrevo, a propósito, as alegações que expende no memorial que distribuiu, adotando-as por inteiro:

«No imposto sobre a circulação de mercadorias — ICM, o imposto é de competência estadual e em seu favor reverte uma parcela da arrecadação, participando o Município da outra. No orçamento estadual os custos estão vinculados à receita proveniente de sua arrecadação. É, inclusive, discutível se a participação de 20% assegurada aos Municípios é sobre o bruto ou líquido da arrecadação do ICM, pois a lei é omissa. No RE nº 82.102-SP, a Suprema Corte não permitiu que o Estado se ressarcisse das despesas na arrecadação do ICM, considerando-as compensadas pela diferença, em seu favor, do percentual sobre o produto da arrecadação (80% para o Estado e 20% para o Município) (RTJ 82, pág. 205) (Min. Moreira Alves).

No que concerne ao Imposto Territorial Rural — ITR, inexistente participação do INCRA na arrecadação do tributo, o que existe é o ressarcimento dos serviços que o poder público federal executa em benefício do Município e que deve ser suportado por aquele que vai beneficiar-se do recurso, sob pena de locupletar-se, ilicitamente, do trabalho de outrem, com o conseqüente enriquecimento sem causa. As circunstâncias de fato demonstram, de forma inequívoca, a grande diferença de direito.»

Com essas breves e singelas considerações, *permissa maxima venia* do ilustre Relator e demais eminentes pares que o acompanharam, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Não vejo qualquer incompatibilidade entre o art. 24, § 1º, da Constituição Federal, e os arts. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, e 85, § 3º, do Código Tributário Nacional. O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural foi instituído pela União (art. 21, inc. III, da Constituição Federal), sendo, portanto, tributo de sua competência, distribuído aos Municípios onde se localizam os imóveis.

Há de se compreender o caráter financeiro dessa arrecadação, constituída em favor da receita municipal, mas com o objetivo de ajudar o Governo Central, na realização de uma política da terra. Se não fosse essa intenção do legislador, razão não haveria para que o próprio Município deixasse de arrecadar, como acontecia tempos atrás, o imposto decorrente da utilização das propriedades rurais existentes em suas áreas territoriais. Não está, portanto, em causa o valor do imposto, mas o controle de sua arrecadação.

Procurando materializar esse objetivo, a Lei nº 5.172/66, de natureza complementar, pelo seu art. 85, determinou que a distribuição do tributo fosse feita aos Municípios, com uma dedução de 20% do seu valor, para cobrir o custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação. Nesse trecho da lei complementar não há conflito com a disposição constitucional. Primeiro, porque esse tipo de legislação preenche o texto constitucional, «tornando-o apto à realização do fim previsto pelo legislador constituinte, tornando, assim, possível o aperfeiçoamento da função estatal» (Inconstitucionalidade das Leis — Vivente Sabino Jr., Sugs. Lits., 1976 — pág. 247). Com essa significação jurídica a lei complementar é um seguimento, que se ajusta como norma de aplicação do texto constitucional. Em segundo lugar, a Lei Maior é carta definidora de princípio. E a União ao instituir o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, na esfera de suas atribuições, fá-lo com o pensamento voltado para o problema da terra, e com o objetivo de eliminar os conflitos criados pelo mau uso da propriedade rural.

Desse critério resulta a necessidade de uma definição sobre a conveniência ou oportunidade da lei. Esta é uma regra a ser acatada pelo Poder Judiciário. Lúcio Bitencourt afirmava: («O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis» — Forense, 1968, pág. 124): «Na apreciação da inconstitucionalidade, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso». «O Poder Judiciário diz da legalidade dos atos expedidos pelos dois outros poderes, mas lhe falece competência para examinar-lhes o acerto, vantagem ou propriedade. É que suas funções se circunscrevem ao terreno jurídico — dizer ao direito aplicável — e não podem invadir a esfera política, própria dos outros dois poderes, aos quais incumbe, no exercício de suas funções constitucionais, examinar a oportunidade e conveniência das medidas que adotam». E, a seguir, o saudoso jurista transcreve a opinião do Chief Justice Chase, sobre o tema perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: «Esta Corte não possui poderes legislativos. Não pode emendar ou modificar os atos do Congresso. Não pode examinar questões de oportunidade ou de política. Considerações desta sorte cabem à legislatura, cujo pronunciamento a respeito há de ser considerado conclusivo» (idem, pág. 124). Esta lição se aplica, perfeitamente, à hipótese em julgamento.

O que aqui se pretende é, pura e simplesmente, a entrega do produto da arrecadação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural do Município, sem o desconto dos 20%, destinados à cobertura do serviço de lançamento e arrecadação. O Poder Judiciário não pode dizer da conveniência ou da oportunidade de tal cobrança. O que interessa é que ela procede de ato legal, e só o exame sob esse aspecto pode determinar a intervenção do Judiciário. Essa fração destina-se a um fim específico, indicado por lei complementar que se harmoniza com o espírito da Constituição. O seu objetivo central é possibilitar ao INCRA uma política nacional de utilização da propriedade territorial

rural. A simples retirada dessa quota implicaria em criar despesas para a autarquia, sem a designação dos suprimentos necessários, o que importaria em prejuízo do seu orçamento. O INCRA, no seu Memorial, esclarece que para a arrecadação desse imposto criou um departamento, «montando a infra-estrutura necessária ao seu funcionamento para solver os problemas cadastrais da propriedade no Brasil e arrecadar o mencionado imposto» (Memorial, pág. 25). E isso não se faz sem a despesa que se pretende transferir direta ou indiretamente à União Federal.

Ora, se o Congresso instituiu o percentual, como medida de política financeira, admitindo que nesta oportunidade era de sua conveniência, só ele pode deliberar sobre a conveniência ou oportunidade desse sistema de arrecadação. É uma função de caráter legislativo que não pode ser deferida ao Poder Judiciário. A questão envolve política de ordem financeira — restrita à União e aos Municípios. E, neste particular, cabe trazer ao debate a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos, com a adoção de um dos princípios por ela consagrado, que é o seguinte. «La Corte no deve entender de cuestiones que sean consideradas como de naturaleza puramente política Y no judicial» (La Suprema Corte de los Estados Unidos — Charles — Evans Huges — México, 1971, pág. 56).

Tenho que a inconstitucionalidade de uma lei, como se tem tantas vezes definido, decorre de sua incompatibilidade ou inconciliabilidade com a Constituição. Isto não acontece com a hipótese em julgamento.

Sendo assim, voto pela compatibilidade entre os dispositivos em destaque e a Constituição Federal.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sou de dissentir *data venia*, do voto que acaba de proferir o insigne Min. William Patterson, para filiar-me à tese esposada pelo eminente Min. Carlos Velloso, que proclama a inconstitucionalidade do desconto de 20%, a título de taxa de serviços sobre o valor total do ITR, que deve ser entregue ao Município, ante o disposto no art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

E assim o faço sob a invocação do art. 24, § 1º, da Constituição vigente *verbis*:

«Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do art. 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território».

O mencionado item III do art. 21 contempla o Imposto incidente sobre Propriedade Territorial Rural.

Verifica-se, pois, pelo art. 24 citado, pertencer aos Municípios o produto da arrecadação do imposto sobre os imóveis situados em território municipal.

A Constituição vigente não outorga ao INCRA a faculdade de reter 20% do produto de arrecadação do ITR, e nem mesmo previu que referido desconto pudesse ser outorgado por lei complementar. É claro que referida autorização teria que vir expressa na Constituição. Na Constituição de 46, art. 19 e 21, a situação era o inverso. O Estado decretava o Imposto sobre Propriedade Territorial Rural e entregava 20% dele à União e 40% aos Municípios.

Quando o legislador constitucional pretendeu outorgar a retenção da parte do ITR, seja pela União, seja pelos Estados, ele o fez expressamente como vimos na Constituição de 46. Qualquer lei no sentido de outorgar a retenção dos 20% do produto da arrecadação do ITR, anterior ou posterior à Emenda Constitucional nº 1, de 1969, será incompatível com o sistema vigente, porque a Constituição não deixa margem a nenhuma dúvida. Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do aludido imposto. No caso, produto significa totalidade. Não se pode dar o significado defendido pelo INCRA

à palavra produto, porque a norma Constitucional não outorga a cobrança de nenhuma taxa para pagamento de despesas do ITR. Nesse sentido é o entendimento do Preterório Excelso em relação ao ICM, consubstanciada na Súmula 578 verbis:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, aduzir as parcelas de 20% do produto da arrecadação do ICM atribuído aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal».

O mesmo raciocínio adequa-se ao ITR. Não pode o INCRA reter 20% do ITR «a título de despesas» porque a totalidade dele pertence aos Municípios. Com a cobrança de contribuições parafiscais e taxas de cadastro o INCRA fica ressarcido das despesas. Caso assim não fosse teria ele que pleitear uma Emenda Constitucional que lhe autorizasse a retenção de parcela suficiente para tal fim.»

A invocação análoga é de todo pertinente, pois *ubi cadem ratro, ibi cadem legis dispositio*. Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito — (Hermenêutica e Aplicação do Direito — Carlos Maximiliano, Forense, 9ª edição, pág. 245).

No AI nº 55.989-SP, entendeu a eg. 1ª Turma do Colendo STF que nenhuma lei, federal ou estadual, outorgava imposição de taxa para critério de serviço de lançamento e arrecadação (RTJ nº 64/639), no caso do ICM.

Sobreleve-se que as contribuições parafiscais e taxas de cadastro cobrados pelo INCRA já o remuneraram pelos serviços de lançamento e arrecadação.

Pela redação do art. 24, § 1º, da Constituição Federal vigente, pertence ao Município a totalidade da arrecadação do ITR. Acentuei, em certa oportunidade, que:

«Como dá conta João Barreto (em «Leituras de Administração Financeira — IBAM, Rio, 1971), a confusa e contraditória destinação do ITR vem de pouco mais de uma década atrás.

O sistema tributário anterior autorizava a retenção de parcela para custeio de serviço de lançamento e cadastro e foi alvo de acirradas críticas. Até que a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, visando a alteração do sistema primitivo, declarou no seu relatório:

«Este foi, como era de esperar-se o terreno em que a crítica se mostrou mais acirrada. Mas (...) a maioria dos críticos reclamou maiores participações (...)

(...) restaurou-se a devolução integral do produto do Imposto Territorial Rural aos Municípios, como hoje dispõe a Emenda Constitucional nº 10, e de que o texto original reservara à União: o cálculo das participações sobre o produto líquido dos impostos prejudica o automatismo das redistribuições; a fixação à «forfait» do custo de arrecadação, como fizera o texto original, poderia revelar-se excessiva em alguns casos e insuficientes em outros.» (ob. cit. — pág. 154)

Portanto, como se viu, o Sistema anterior autorizava a retenção de parcela para os fins em apreço. Atualmente não é possível, pois quando o legislador constitucional autorizou, fê-lo expressamente.

Assim, não pode o INCRA, a título de ressarcimento de despesas, reduzir o produto da arrecadação do ITR atribuído aos Municípios pelo art. 23, § 1º, da Constituição Federal.

Não se pode defender que à União é permitido, *sponte sua*, fazer retenção de qualquer parcela, sem legítima autorização.

Assente-se, ainda, que ao advento da Constituição Federal de 1967, o § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.178, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que autoriza retenção de parcela «destinada ao custeio do respõti-

vo serviço de lançamento e arrecadação» não tem mais aplicabilidade, por isso que perdeu a sua eficácia.»

Nessa linha de consideração, conclui-se que a regra inscrita no § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.172, de 23 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e do art. 5º Decreto-Lei nº 57/66, é incompatível com a Constituição Federal, (art. 24, § 1º). E assim me expresseo com respaldo em Aliomar Baleeiro que asinala:

«Se o legislador Federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, *sem cláusula constitucional permissiva*, poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anuianuo o que estabelece o art. 24, § 1º, da C.F. de 1967, in Direito Tributário Brasileiro — Forense, 9ª Edição, pág. 347» (o grifo é nosso).

É o voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Após os brilhantes votos aqui proferidos, creio que desnecessário seriam novos argumentos, aliás, difíceis seriam depois de todos esses amplamente emitidos. Dessa forma com a devida vênia dos que entendem constitucional o disposto no artigo 85, parágrafo 3º da Lei Complementar nº 5.172, e no artigo 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 1966, por entender incompatíveis com o artigo 24, parágrafo 1º, da Constituição, acompanho o voto do eminente Ministro Carlos Velloso — Revisor.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Constituição, no art. 24, dispõe sobre os impostos cujo produto pertence aos Municípios, mas enquanto nos incisos I e II lhes atribui a instituição respectiva, e, implicitamente, a arrecadação, no parágrafo 1º estabelece que, quanto ao Imposto sobre Propriedade Territorial Rural, caber-lhe-á o produto da arrecadação apenas, do que resulta não lhe competir quer a instituição, que o art. 21 atribui à União, quer a arrecadação.

Ora, se à União compete instituir o tributo e se ao Município se reserva apenas o recebimento do produto dele, há de se concluir que a disciplina da arrecadação do imposto ficou reservada a quem tem competência para instituí-lo, que, ao fazê-lo, poderia, como ocorreu, cometê-la a determinado órgão, no caso o INCRA, e fixar um percentual para cobrir as despesas correspondentes.

Em favor dessa interpretação, ao contrário do que sustentou o ilustre advogado dos apelados, Prof. Geraldo Ataliba e foi reiterado por vários colegas nesta assentada de julgamento, é a redação do parágrafo 3º do mesmo art. 24, pois se não pudessem ser deduzidas as despesas com a arrecadação, o constituinte teria determinado, ali, a entrega, aos Municípios, do produto do imposto, e não, como fez, das importâncias que lhes pertencerem.

Rejeito a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 35, parágrafo 3º do CTN, e 4º do Decreto-lei nº 157/66.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. de Inconst. na AC nº 65.537 — SP — Reg. nº 0.006.157 — Rel.: O Senhor Min. Carlos Velloso. Apte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, Apdas.: Prefeitura Municipal de Adolfo e outras. Advs.: Drs. Eurico Montenegro Júnior, Fernando Iberê Simões Moss e outros (apte.); Drs. Celso Antonio Bandeira de Melo, Geraldo Ataliba e outros (apdo.).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Mins. William Patterson, Aldir G. Passarinho, Pereira de Paiva, Miguel Ferrante, Jose Cândido, Américo Luz, Armando Rollemberg e Moacir Catunda, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade e dos Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli e Flaquer Scartezzini, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do art. 85, § 3º, do CTN e art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66, pediu vista dos autos o Sr. Min. Néri da Silveira. (Em 6-8-81 — T. Pleno).

Aguardam os Srs. Mins. José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Washington Bolívar. Não participaram do julgamento, os Srs. Mins. Peçanha Martins e Wilson Gonçalves. Impedidos os Srs. Mins. Pádua Ribeiro e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA: Submeteu-se ao julgamento do Plenário deste Tribunal arguição de inconstitucionalidade do art. 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, e do art. 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-1966, em face do art. 24, § 1º, da Constituição ao estabelecer que pertence aos Municípios o produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural, incidente sobre os imóveis situados em seu território.

As disposições inquinadas de inconstitucionais, assim, rezam:

«Código Tributário Nacional

Art. 85. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 29.

§ 3º. A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I (territorial rural), seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

«Decreto-Lei nº 57/1966

Art. 4º. Do produto do ITR e seus acréscidos, cabe ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) a parcela de 20% (vinte por cento) para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

Afirma-se que as normas ordinárias em referência estão em conflito com a regra maior do art. 24, § 1º, da Constituição, que assegura aos Municípios o produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural, não sendo possível dispor a União de qualquer parcela proveniente desse tributo, para custear serviços seus de lançamento e arrecadação.

O eminente Ministro Carlos Mário Velloso, em longo e brilhante voto, sustentou a inviabilidade das normas mencionadas, invocando as lições de Aliomar Baleeiro, in «Direito Tributário Brasileiro» Forense, 1970, pág. 338; de Hely Lopes Meirelles, «Direito Municipal Brasileiro», 1977, págs. 276/277, e de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1, pág. 177, após minucioso exame das normas, a tal propósito, contidas nas Emendas Constitucionais nºs 10, de 1964, e 18, de 1965, à Constituição de 1946, e do disposto na Constituição de 24 de janeiro de 1967, arts. 22, III, e 25, § 1º, alínea a, bem assim no art. 24, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, à Carta de 1967. Referiu, ainda, a jurisprudência do alto Tribunal, acerca do art. 23, § 8º, da Constituição, consubstanciada em sua Súmula nº 578, verbis:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.»

Também os ilustres Ministros Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli e Flaquer Scartezini perfilham idêntico entendimento.

De outra parte, recusam a arguição de inconstitucionalidade em exame os Srs. Ministros William Patterson, Aldir Passarinho, Pereira de Paiva, Miguel Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Armando Rollemberg e Moacir Catunda.

Liderando a corrente que não reconhece conflito das normas ordinárias com o preceito constitucional indicados, o ilustre Ministro William Patterson, em certo passo de seu douto voto, quanto à regra constitucional do art. 24, § 1º, observa: «Significa dizer que aos demais membros da organização política do Estado descabe usufruir de parcela daquele tributo. Não determinou, porém, a proibição de destaque para atender às despesas com o mecanismo da arrecadação». Discorrendo, noutro lance de seu pronunciamento, sobre a significação do Código Tributário Nacional, definido como lei complementar e, assim, amoldado ao espírito da normatividade constitucional do § 1º do art. 18, da Lei Maior, de sorte a merecer um tratamento especial, na ordem hierárquica, anota: «É verdade que as suas disposições não podem fugir ao impacto da sujeição e obediência ao texto fundamental. Todavia, não se pode compreender o Código Tributário Nacional como uma simples lei de disciplinamento de determinada matéria, autônoma no mundo do direito, sem preocupações mais amplas. A sua importância no contexto jurídico assume proporções mais extensas, de forma a compelir o intérprete a prestigiá-la, sempre que não se apresente indubitosa a inconstitucionalidade de qualquer de suas regras». Sustentando, de outra parte, a improcedência da objeção maior, decorrente da omissão, no art. 24, § 1º, da Constituição, da cláusula «na forma da lei», inserta no § 9º, do art. 15, da Emenda nº 10, de 1964, à Constituição de 1946, observa o ilustre Ministro William Patterson:

«A exclusão da cláusula, pela Emenda nº 18/65, não poderia afetar o regime, porquanto o produto permanecia à disposição daquelas entidades. Indagar-se-á, então, por que, a partir daquela Emenda, a expressão não mais figurou nos dispositivos constitucionais subsequentes. A resposta é simples. Com a Emenda nº 18, o critério de entrega do produto da arrecadação do imposto passou a ficar expresso no próprio texto da Carta Magna (parágrafo único do art. 20, da Emenda nº 18/65; § 2º, do art. 25 da Constituição de 1967 e § 3º, do art. 24 da Emenda Constitucional de 1969). Não havia necessidade de delegar-se ao legislador ordinário a providência, porquanto os meios de repasse do produto da arrecadação do imposto já vinham explicitados no diploma. A retirada da expressão não afetou o princípio segundo o qual o produto pertence aos municípios, porque a ele não se referia, mas, tão-só, quanto à forma de sua entrega.

A parcela para custeio, de que cuida o Código Tributário Nacional, não interfere na regra constitucional. O produto integral continua pertencendo às comunas. O que se proíbe é a distribuição, por meio de legislação ordinária, sem autorização da Lei Magna, porquanto a discriminação das rendas e o sistema de distribuição do seu produto constituem matéria de ordem constitucional, só cabendo à legislação de outra natureza, quando permitido pelo estatuto fundamental. Daí porque toda vez que se quer disciplinar a repartição do produto do imposto arrecadado, entre as diversas categorias de entes públicos, faz-se, diretamente, na Constituição ou por permissão delegada. É o que se extrai dos comandos insitos nos arts. 23, § 1º, 23, § 8º, 25 e 26, todos da vigente Constituição Federal. Ora, se o Imposto Territorial Rural não é dividido, mas entregue, em sua totalidade, ao município respectivo, não há por que se reclamar a cláusula como agasalho da legitimidade do percentual para as despesas de custeio, pois, como é óbvio, isto não significa «distribuição do produto».

2. Na visualização da ordem jurídica como um sistema integrado de normas hierarquicamente dispostas, não é possível ao exegeta do ordenamento, dispensar, para a

compreensão precisa das disposições normativas, interesse à cognição de apenas os comandos contidos nas regras maiores, quando estas em exame, sem vê-las, integrativamente, ligadas a outras que lhe inteiram, de ordinário, o aparelhamento de incidência, fazendo compor, em realidade, os enunciados normativos um todo incindível. Como observa Luiz Fernando Coelho. «a consideração do contexto normativo, com vistas às atribuições de sentido jurídico à lei, pode ter por base considerações outras que não de índole exclusivamente lógica, por exemplo, histórica». Noutro passo, aduz: «A interpretação histórica não se restringe por conseguinte ao exame dos documentos históricos que evidenciam a *mens legislatoris*, mas atribui importância também às circunstâncias histórico-sociais que ensejam a elaboração da norma interpretanda» (apud «Lógica Jurídica e Interpretação das Leis», págs. 80/81).

Ora, o imposto sobre a terra no Brasil, já antes da Independência, se cogitava de instituí-lo como tributo nacional, no dizer de Aliomar Baleeiro. Alguns projetos, na quadra imperial, não lograram sucesso no particular. Com a República conferiu-se competência exclusiva aos Estados para decretar impostos «sobre imóveis rurais e urbanos» (art. 9º, § 2º, da Constituição de 1891). Segundo Aurelino Leal, «está incluído aí o imposto territorial, propriamente dito, que muitos aconselham» (...). Foram, então, Minas Gerais e Rio Grande do Sul os dois primeiros Estados, cerca de dez anos após, que disciplinaram o imposto, sendo o primeiro por leis de setembro de 1899 e de 1900, enquanto o último pela Lei nº 42, de 25-11-1902. Assim prosseguiu com as Constituições de 1934 (art. 8º, I, alínea a); 1937 (art. 23, I, alínea a); 1946 (art. 19, I).

Como anota Carlos F. Mignone, «a atribuição do ITR aos Estados quase nada representou na receita dos mesmos, principalmente porque não existia o cadastro dos imóveis rurais e, também, por aceitar-se o valor histórico da propriedade como do cálculo do imposto (embora as informações do cadastro bancário fossem mais reais), além da já esperada influência de fatores políticos na elaboração e arrecadação do tributo» in «A Tributação da Terra e a Reforma Agrária», apud Arquivos do Ministério da Justiça, nº 140, 1976, pág. 111).

Foi com o advento da Emenda nº 5, de 21-11-1961, à Carta de 1946, ao estatuir nova discriminação de rendas em favor do Municípios, que o produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural passou dos Estados aos Municípios. Como anota Carlos F. Mignone, continuou, «não obstante, a ausência de infra-estrutura técnica para seu lançamento e arrecadação e, naturalmente, o suporte político para sua manutenção e aperfeiçoamento». (Op. cit., pág. 111).

A Emenda Constitucional nº 10, de 9-11-1964, que acrescentou, ao art. 15, da Constituição de 1946, quanto a competência para decretar impostos, o item VII, referente à propriedade territorial rural, estipulando, outrossim, no § 9º desse artigo, *verbis*:

«§ 9º O produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural será entregue, na forma da lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incida a tributação.»

Na Mensagem de 26-10-1964, do Presidente Castello Branco ao Congresso Nacional, onde tomou nº 33, de 1964, era proposta a competência dos Estados para decretar e coletar o Imposto Territorial Rural, «reservando-se à União a expedição de normas gerais, critérios, limites de incidência e condições de isenção e cobrança. Previa-se, aí, que os Estados baixariam normas necessárias para a execução desse encargo, asseguradas as normas gerais e diretrizes da lei federal. Do produto da arrecadação, reservarão os Estados para si 20%, entregando aos Municípios 80% da arrecadação relativa aos imóveis neles situados». Definindo-se, aí, outrossim, o objetivo do ITR, como instrumento fiscal, consta da Mensagem: «Concentra, assim, o projeto o Imposto Territorial Rural como um instrumento para a implantação da reforma agrária, mas deixa nas mãos do Estado o dever de arrecadá-lo, beneficiando-se com parcela da arrecadação e transferindo para os municípios a maior parte desta, numa justa partilha de rendas.

Serve assim o tributo a uma dupla função: constituir-se em instrumento de uma política econômica de interesse nacional, solidarizando os Estados com sua execução; e fornecer a estes e aos Municípios recursos de natureza fiscal».

O texto original do projeto foi, todavia, alterado, «passando a competência para a decretação e arrecadação para a União, por intermédio do extinto IBRA — Instituto Brasileiro de Reforma Agrária.»

Sinalou, nesse sentido, Aliomar Baleeiro, que «o objetivo dessa Emenda consistiu em armar a União de potente instrumento de política fiscal para a reforma agrária e combate aos latifúndios improdutivos».(in *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, pág. 146).

Poucos dias após o advento da Emenda Constitucional nº 10, de 9-11-1964, sobre-veio a Lei nº 4.504, de 30-11-1964 (O Estatuto da Terra) que em seus arts. 48/52, estabeleceu os critérios e bases para a arrecadação do Imposto Territorial Rural, sendo a matéria, outrossim, regulamentada pelo Decreto nº 56.792, de 26-8-65, que, em seu art. 45, dispôs:

«Art. 45. O IBRA cobrar-se-á dos serviços de emissão dos avisos de lançamento e de cobrança normal do ITR, descontando, do produto arrecadado, uma taxa de serviços, fixada no convênio celebrado com cada Município, em função dos serviços que a este couberem, com base em convênio, nunca superior a vinte por cento da referida arrecadação.

Na integração desse sistema de normas ganha especial relevo a edição da Emenda Constitucional nº 18, de 1º-12-1965, que, em seu art. 1º, estabeleceu, *verbis*:

«Art. 1º. O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em lei federal, estadual ou municipal.»

De outra parte, em seu art. 25, revogou esse novo instrumento constitucional, de explícito, dentre outros, os arts. 15 e seus parágrafos, 16, 17, 19 e seus parágrafos, da Constituição de 1946, bem assim a Emenda Constitucional nº 5 e os arts. 2º e 3º, da Emenda Constitucional nº 10, de 9-11-64.

Firmou-se, nesse documento constitucional, assim, disciplina inteira da matéria em exame, estabelecendo-se, em seu art. 8º, competir à União o imposto sobre a propriedade territorial rural e, no Capítulo V, acerca «das distribuições de receitas tributárias», inserindo-se o art. 20, I, *verbis*:

«Art. 20. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o artigo 8º, número I), preceituando, outrossim, o parágrafo único dessa norma maior que «as autoridades arrecadadoras dos tributos a que se refere este artigo farão entrega aos Estados e Municípios das importâncias recebidas correspondentes a estes impostos, à medida em que forem sendo arrecadados, independentemente de ordem das autoridades superiores, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data do recolhimento dos mesmos tributos, sob pena de demissão».

Como está em Ruy Barbosa Nogueira, «*Direito Tributário Aplicado*», pág. 361: «A Reforma Constitucional Tributária do Brasil, iniciada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1º-12-65, teve em vista instituir, como instituiu, um «sistema tributário nacional». Basta a leitura dos relatórios oficiais, que adiante apontaremos, para se ver que a organização de um «sistema tributário» implica antes de tudo uma harmonização entre as estruturas jurídicas *tributária* e *econômica*, sem o que jamais o Estado poderia executar, sua política fiscal.»

Ora, como observa Gunter Schmolders, em obra de 1958, citado por Ruy Barbosa Nogueira, *op. cit.*, págs. 361/362, «No conceito de sistema tributário está insita a *coordenação dos diversos impostos entre si com o sistema econômico vigente e com as-*

finalidades, fiscais e extrafiscais, da tributação». Essa coordenação pode ser feita pelo legislador ou ser fruto da evolução histórica. No primeiro caso, o sistema tributário se denomina «racional», político ou teórico e no segundo «histórico».

Entre nós, não é possível deixar, precisamente, de admitir que as normas constitucionais brasileiras, a partir da Emenda nº 18 à Constituição de 1946, e a sua legislação complementar (CTN e alterações) estruturaram um «sistema tributário nacional» em harmonia com o sistema econômico vigente.

Nesse particular, para a compreensão da matéria, não é cabível desconsiderar o que disse Rubens Gomes de Sousa, em conferência pronunciada, ainda em 1961, no Ministério da Fazenda, em Brasília, onde o saudoso mestre procurou sugerir o que ele próprio denominou «a idéia da nacionalização do sistema tributário como um processo evolutivo capaz de devolver-lhe a sua adequação ao substrato econômico que lhe serve de apoio, e à realidade social e política a que lhe cabe servir de instrumento». Reagindo, outrossim, contra o nominalismo rígido da discriminação constitucional das receitas tributárias, a partir de 1891, anotou: «O princípio da unidade econômica do país repousa sobre uma verdade elementar, a de que a capacidade contributiva individual é uma só para atender aos reclamos de três poderes tributantes e para sofrer o impacto, simultâneo ou sucessivo, porém sempre complexo, dos tributos próprios de cada um deles». E, noutro passo, asseverou: «Mas todos esses defeitos são de mecanismo ou de aplicação: a idéia de um sistema tributário nacional é, em sua essência, perfeita, tem seu germe na própria Constituição, enraíza-se no elemento histórico, e, portanto, não é, como a um exame apressado poderia parecer, incompatível com o federalismo tal como ele existe no Brasil.» (Revista de Direito Administrativo, vol. 72, págs. 18/20).

Nesse sentido, na crítica do sistema então vigorante, feita no primeiro Relatório da Comissão de Reforma, afirmou-se que a Comissão estava convicta de que a causa principal dos defeitos da discriminação das rendas, à época, era o fato de o assunto ser tratado como problema jurídico e não econômico, destacando-se, outrossim, nesse documento, que a primeira premissa da Reforma era a consolidação dos impostos de idênticas naturezas em figuras unitárias, definidas por via de referência às suas bases econômicas, constituindo a segunda premissa «a concepção do sistema tributário como integrado no plano econômico e jurídico nacional».

Não é possível, dessarte, ao exegeta das disposições vigentes em matéria tributária perder de vista essas idéias que marcaram o advento do Código Tributário Nacional, denominação conferida pelo Ato Complementar nº 36/1967, art. 7º, à Lei nº 5.172, de 25-10-1966, cujos arts. 1º e 2º, rezam:

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

«Art. 2º O sistema tributário é regido pelo disposto na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis federais, nas Constituições e leis estaduais e em leis municipais.»

Pois bem, o Código Tributário Nacional, dispondo sobre a «Distribuição de Receitas Tributárias», no que concerne ao Imposto Territorial Rural, estipulou, no art. 85, I, e § 3º, verbis:

«Art. 85. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 29.

.....

«§ 3º. A lei poderá dispor que uma parcela, não superior a 20% (vinte por cento) do imposto de que trata o inciso I, seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação.»

É de notar, pois, que a Lei nº 5.172/1966, que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados e Municípios, foi editada na vigência da Emenda Constitucional nº 18, para regular o sistema tributário nacional, com fundamento na dita Emenda, consoante é explícito em seu art. 1º. À época estavam em vigor o Estatuto da Terra e seu Regimento.

No item 10 da Exposição de Motivos nº 910, do Sr. Ministro Octávio Gouvêa de Bulhões, anexa à Mensagem nº 21, de 4-11-65, com que o Senhor Presidente da República encaminhou o projeto de que resultou a Emenda Constitucional nº 18, estava expresso:

«A receita do Imposto Territorial Rural é atribuída aos Municípios com pequena parcela retirada pela União para atender a despesas de lançamento e arrecadação do tributo...»

O texto do projeto, todavia, em seu art. 20, I, estabelecia:

«Art. 20. Serão distribuídos pela União:

I — aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 8º, número I.»

Aprovada essa redação, sobreveio a Lei nº 5.172/1966, dispondo precisamente sobre o sistema tributário nacional, vale dizer, integrando o complexo das normas da Emenda Constitucional nº 18, a cuja época, já havia disposição sobre a retirada de parcela do ITR, pelo IBRA, para atender às despesas de sua arrecadação. Todo o debate legislativo, outrossim, na tramitação da Emenda Constitucional nº 18, não leva à compreensão de que efetivamente a omissão no texto constitucional de 1965 representasse proibição a retirar a União parcela do produto bruto, com vistas a cobrir despesas de sua arrecadação. A própria Constituição, no particular, não pretende que os serviços de competência de uma entidade se faça sem contraprestação da outra.

A seguir, idêntica omissão se dá no texto do art. 25, a, da Constituição do Brasil de 1967, e no art. 24, § 1º, da Emenda nº 1 à Constituição de 1967, mantendo-se, todavia, em vigor o art. 85, § 3º, do Código Tributário Nacional, editado, como referido, já na vigência da Emenda Constitucional nº 18.

Ora, em matéria tributária, cumpre, também, ter presente que «a lei vive da sua finalidade imanente («telos»), como observou Henrich Beisse, Magistrado da Corte Fiscal da República Federal da Alemanha, acrescentando: «Conseqüentemente, a teoria objetiva da interpretação é orientada pela finalidade, isto é, teleológica. O sentido da lei também é cunhado pelos juízos de valor da sociedade. Especialmente no Direito Tributário predomina a teoria objetiva». E adiante sinala: «Também o preceito da interpretação em conformidade com a Constituição aponta a mesma direção, bem como a tarefa da integração, atribuída à jurisprudência dos tribunais supremos. Na jurisprudência, os elementos das teorias objetiva e subjetiva se interpenetram. Segundo ela, é relevante para a interpretação, a «vontade objetiva do legislador» expressa na lei. O histórico da lei somente tem importância secundária para a interpretação». (apud Estudos Tributários, direção de Ruy Barbosa Nogueira, págs. 36/37). No caso, o histórico das disposições em confronto vem precisamente evidenciar que a vontade do legislador não foi em momento algum inviabilizar a retirada de parcela que se destine a atender às despesas de arrecadação do ITR, pela União, ou seu delegado, o IBRA, hoje, o INCRA.

De outra parte, certo está que para obter a exata exegese de preceito constitucional do art. 24, § 1º, em foco, não se há de utilizar, como preferencial, a interpretação literal, cumprindo, entretanto, proceder, para a exata compreensão da matéria, a uma visualização do sistema integrado das normas que compõem o ordenamento do Imposto

Territorial Rural e sua arrecadação, sempre, na perspectiva de que à União Federal sobre todos esses aspectos é que compete legislar.

Se não tenho, portanto, o art. 85, § 3º, do CTN, como em conflito manifesto com a Constituição, art. 24, § 1º, consequência disso é não caber afirmar a invalidade do art. 4º, do Decreto-Lei nº 57, de 18-11-1966, que, com base na norma maior complementar, estabeleceu a possibilidade de o IBRA, hoje, INCRA, retirar a parcela de 20% para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação, procedimento esse, de resto, que remonta a disciplina anterior à própria Emenda Constitucional nº 18, de 1965.

Mesmo, entretanto, que se houvesse de encamar a literalidade do art. 24, § 1º, da Constituição, ainda aí não parece existir norma proibitiva expressa à retirada de certo percentual, pela União, que a tudo pode disciplinar nesta matéria, com vistas a custear os serviços de lançamento e arrecadação. De fato, abre margem a inequívocas dúvidas a compreensão da cláusula constitucional — «produto da arrecadação». Neste Tribunal, em bem lançado voto, deu-lhe exegese compatível com a validade das normas impugnadas o ilustre Ministro Pereira de Paiva, que se ateu na análise do sentido da fórmula constitucional em apreço. Não estando, aí, expresso que pertence aos Municípios o produto bruto da arrecadação, cabe admitir-se que a expressão «produto de arrecadação» pode agasalhar o entendimento de constituir o montante arrecadado menos o quantum indispensável a promover o lançamento e a arrecadação?

É bem de ver, a este propósito, *data venia*, que diversa é a extensão da *quaestio juris* examinada pelo STF, no que concerne ao art. 23, § 8º, da Constituição.

Com efeito, no caso do art. 23, § 8º, da Constituição, esta definiu um sistema de partilha, sendo de apenas 20% do produto da arrecadação do ICM o que se destina aos Municípios, restando aos Estados 80% do produto arrecadado. Ora, definida, assim, a partilha do produto arrecadado, certo é que os Estados não poderão reduzi-la, a título de despesas de arrecadação. E no caso, os Estados como maiores beneficiários do ICM têm compensadas as despesas em referência pelo significativo percentual maior de sua participação no produto da arrecadação (80%). Nessa hipótese, com procedência, não seria possível admitir a retirada de parcela concernente ao percentual de 20% dos Municípios para ressarcir as despesas do Estado, com o aparelhamento de arrecadação, instalado em seu proveito maior de 80% do produto da arrecadação. No caso do ITR, o INCRA mantém um sistema administrativo, no País inteiro, oneroso e complexo, para o lançamento e arrecadação do Imposto Territorial Rural, que à União não pertence, nem esta compartilha da arrecadação. O que a lei assim estabelece é mera compensação de despesas para as operações em foco.

Dir-se-á que a parcela de 20%, a esse título, *ut* art. 4º, do Decreto-Lei nº 57, é demasiada. Cumprirá ao legislador, então, reduzi-la, após os estudos, a esse propósito, conduzirem à conclusão de que tal sucede. Nem seria isso, aqui, viável fazer. Certo é que parcela pode ser retirada, não como participação na arrecadação do tributo, mas apenas para compensar despesas pelos serviços prestados.

Releva, no particular, conotar que a exegese, antes mencionada, da cláusula «produto de arrecadação», não é contraditada pelo § 3º do mesmo art. 24, da Constituição, que preceitua:

«§ 3º Independentemente de ordem superior, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data da arrecadação, e sob pena de demissão, as autoridades arrecadoras dos tributos mencionados no § 1º entregarão aos Municípios as importâncias que a eles pertencerem, à medida que forem sendo arrecadadas.»

Não se afirma, aí, a entrega do produto, no mesmo sentido literal do § 1º do art. 24, mas, sim, a entrega das importâncias que a eles pertencerem, o que torna admissível entender, efetivamente, que a Constituição, no particular, já prevê a existência

de quantias da arrecadação, que aos Municípios não pertençam. Do contrário estaria dito que entregarão o produto da arrecadação, à medida em que se efetivar.

De qualquer sorte, pelos fundamentos sucintamente suso deduzidos, não dou pela inconstitucionalidade do art. 85, § 3º, do CTN, nem, em conseqüência, do art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/1966, no primeiro apoiado. Se convém reduzir, ou não, o percentual de 20%, a título de custeio de despesas do lançamento e arrecadação do ITR, é matéria estranha à presente indagação, cumprindo ao legislador ordinário fazê-lo, nos melhores de direito.

Rejeito, dessarte, a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, o Tribunal está a ver o temor (para não dizer a temeridade) com que ousou alinhar alguns argumentos a respeito da matéria *sub judice*.

Pesa-me a responsabilidade de fazê-lo sob o impacto de tamanha erudição, sob a impressão de tanta cultura e, porque não dizer, sob a impressão da saudade que nos deixará a ida do eminente Ministro José Néri da Silveira, mercidamente escolhido para a Suprema Corte; responsabilidade que mais pesa, porque, ao se despedir deste Plenário, S. Exa. o fez com um pronunciamento sobremaneira honroso para os foros da cultura jurídica desta Corte.

Portanto, o Tribunal está a ver a falta que lhe farão os juízos de S. Exa., emitidos sempre com o maior saber, com a maior proficiência, com o aconselhamento mais prudente, em ordem a enriquecerem os seus anais, como a nível desse enriquecimento S. Exa. acabou de proferir voto sobre tão relevante matéria constitucional.

Mas, Senhor Presidente, o «dever de ofício» anima-me a também me pronunciar sobre o tema; pelo que o faço com as notas que lerei, resultado do estudo que fiz a seu respeito, convencendo-me do acerto da conclusão a que cheguei, da forma abaixo.

Senhor Presidente, a trato do Imposto Territorial Rural, dispõe à Constituição, art. 21, III, que é da competência da União instituir o tributo.

Inobstante, o § 1º do art. 24 estabelece que *pertence aos Municípios o produto da arrecadação do mencionado imposto, incidente sobre os imóveis situados em seus respectivos territórios*.

Indaga-se, pois, se com essa colocação constitucional condiz a norma tributária codificada (art. 85, I, § 3º, do CTN), segundo a qual *a lei poderá dispor que uma parcela do imposto, não superior a 20% (vinte por cento), seja destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação*, previsão prontamente atendida pelo Decreto-Lei nº 57/66, art. 4º, ao destinar aquele percentual ao ex-IBRA, hoje INCRA — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Ao que vejo do relatório lavrado no presente incidente, o excelente voto proferido pelo Ministro Carlos Mário perante a 4ª Turma, e já reproduzido perante este egrégio Tribunal Pleno, esgota o exame da matéria, com indicação dos parâmetros constitucionais que desautorizam a retenção do discutido percentual de 20%.

Na verdade, ao pertencer inteiramente ao Município em cujo território se situem os imóveis sobre os quais incida, não parece que o dito imposto possa sofrer desfalque do produto, a qualquer título, se para tanto não há previsão do próprio texto constitucional.

Recorde-se que, até mesmo no caso de co-participação tributária efetiva, como a que se dá com o produto do ICM (distribuído entre o Estado e os Municípios), o Supremo Tribunal Federal recusou legitimidade constitucional a semelhante paga do custeio fiscal — Decreto-Lei nº 1.216/72, art. 10; Súmula nº 578. Assentou-se, então (com

recusa da mesma tese da distinção entre *produto bruto e produto líquido*), que apesar de partilhado o ICM entre os citados destinatários, a quota dos Municípios havia de ser paga integralmente, sem ressarcimento das naturais despesas da atividade fiscal desenvolvida a expensas do Estado — RE 87.225, Relator Ministro Djaci Falcão, in RTJ 83/619. Dita inteireza da quota, concebida a rigor da letra constitucional, não admitiria exceção, sequer para as obrigações acessórias mais diretamente dependentes dos trabalhos da fiscalização estadual, como é a *multa moratória*, somada ao imposto *stricto sensu* — RE 82.102, Relator Ministro Moreira Alves, in RTJ 82/200.

Ora, a dizer-se dessa forma quanto à hipótese de co-participação no produto de determinado tributo, com maior razão, *q.m.v.*, deverá dizer-se relativamente ao imposto constitutivo de receita exclusiva, como exclusivamente aos Municípios pertence o ITR — CF, art. 24, § 1º. Com maior razão... também porque o hibridismo acontecido ao ITR, a partir da Emenda nº 10 à Constituição de 1946, que transferiu para a União a competência *impositiva* e fiscal, mas manteve a destinação do tributo para os Municípios (seus destinatários, em detrimento dos Estados, que até a Emenda nº 5, de 1961, instituíam e arrecadavam o ITR como renda própria — art. 19, I) esse hibridismo teve causas extrafiscais.

Consabidamente, tão sensível alteração do *sistema tributário*, no particular, arrimou-se nas razões políticas ligadas ao problema fundiário nacional. Como bem acentuam todos os nossos publicistas, antes de atender a imposições de caráter tributário, a *sui generis* concepção de confiar à União a competência para instituir o ITR (pre-determinadamente pertencente aos Municípios) antes atendeu a prementes necessidades de ordem sócio-política. Teleologicamente coincidentes, a analisada alteração do sistema tributário, tal como hoje subsiste, foi formulada a par dos primeiros marcos constitucionais de um mais agressivo programa de reforma agrária, da maneira como resultaram aviados pela mesmíssima Emenda à Constituição de 1946 — EC nº 10/64.

Por seu turno, observe-se que, a louvar-se a informação dos tratadistas, conotações extrafiscais sempre influíram, entre nós, para o estabelecimento da *tributação da propriedade rural*; a exemplo, desde priscas eras já se recorria à *progressividade das aliquotas*, como à *regressividade dos coeficientes de favorecimento fiscal*, com base no valor fundiário, tudo a níveis penalizadores do latifúndio deletério (J. Motta Maia — «Comentário ao Código Tributário Nacional», pág. 71; Bernardino Ribeiro Morais — «Sistema Tributário da Constituição de 1969», vol. I/293; José Gomes da Silva — «A Reforma Agrária no Brasil», 1971, pág. 118; e Antônio de Oliveira Leite — «Imposto no Brasil», pág. 97).

Dá porque, confiada privativamente à União a estratégia da reforma agrária, não vem ao caso estranhar-se a diretriz constitucional que também lhe confiou a *privatividade da instituição do imposto sobre a propriedade territorial rural*, se bem que o tributo pertença ao Município. Como anota o Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição Brasileira», 1972 I/177, trecho transcrito no relatório), essa diretriz bem se informou no pressuposto do controle singular da União sobre a política nacional de reforma agrária, à qual necessariamente adere, até que por conveniência, o imperativo da taxação uniforme, oposta ao tumultuado campo da *multiforme atividade fiscal dos municípios*.

Por tudo isso, convenha-se que o imposto de que se trata, na sua ontologia própria, distanciou-se das regras daquele verdadeiro «condomínio tributário», de que são bons exemplos as quotas dos chamados *impostos únicos*, cuja forma de distribuição foi deixada estabelecer-se por lei federal — CF, art. 26, § 1º, donde comportarem, nos termos da lei prevista, deduções e ressarcimentos do custeio fiscal, vindo ao rateio apenas o produto líquido, segundo ocorre, *v.g.*, ao Imposto Único sobre Minerais (dedução de 0,5%) — Decreto-Lei nº 1.038/69, art. 13; e ao Imposto Único sobre Energia Elétrica — (dedução de 0,5%) — Decreto nº 68.419/71, art. 8º; sem se falar da singularíssima partilha do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos,

cumprida a modo de um fundo comum — o Fundo Rodoviário Nacional (Decreto-Lei nº 343/68, art. 2º).

Em suma, tem-se que, apesar da sua heterodoxia, o examinado processo de lançamento e arrecadação, quando subtraído aos cuidados dos verdadeiros destinatários do ITR (os Municípios), não foi, porém, confiado ao IBRA como encargo de natureza fiscal — estranho, evidentemente, às primordiais atribuições do órgão delegado; foi, sim, confiado como encargo instrumental da reforma agrária, para cuja execução criou-se o próprio órgão, com dispêndios e custos que, apesar da relevância do cometimento nacional a que se aplicam, não podem ser debitados aos Municípios, ainda que mínima seja a parcela comprometidora de suas rendas tributárias, como a de que ora se trata.

Dessa forma, Senhor Presidente, com a devida vênia, volto às minhas palavras iniciais, para dizer que ousou discordar do Ministro José Néri da Silveira. É que dessa modesta análise, com ligeiros acenos à interpretação histórica, à interpretação lógica e com procura da compreensão sistemática, chego a conclusão diferente; mesmo porque, o *nominalismo* constitucional do Sistema Tributário Nacional, referido por S. Exa. com a nota da censura feita pelo Professor Rui Barbosa Nogueira, tal *nominalismo* continua de pé, intocável no plano das disposições constitucionais. A nota de que o eminente Professor defendeu sistema diverso não significa que a Constituição tenha perdido a sua tônica, pela qual *nominalmente* disciplina a distribuição dos impostos do Brasil, com a mais precisa nomeação dos respectivos destinatários, e sem vez para desvios da ordem pretendida pela norma menor ora submetida a exame.

Pelo exposto acolho a arguição de inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados (CTN, § 3º do art. 85, e Decreto-Lei nº 57/66, art. 4º), fazendo meus os brilhantes argumentos do Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, ontem à noite tive a notícia de que deveria comparecer a esta Sessão exatamente para votar matéria constitucional, de que fiquei inteirado pela leitura de memorial recebido e através do substancial voto proferido, faz pouco, pelo eminente Ministro José Néri da Silveira.

Vou proferir o meu voto frente ao texto constitucional, que estabelece. «Pertence ao Município o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do art. 21, incidente sobre imóveis situados em seu território.»

Tenho, assim, que o legislador ordinário não podia distribuir ao INCRA, a qualquer título, uma parte do imposto territorial. O legislador constituinte não usou de expressão duvidosa, ou sujeita a entendimentos diferentes, ao contrário, foi incisivo no dizer: — pertence aos Municípios o produto da arrecadação.

O memorial que recebi transcreve os entendimentos de Aliomar Baleeiro e Ely Lopes Meirelles, ambos concluindo pela inconstitucionalidade argüida. Ambos foram por mim conferidos, bem anotados e me conduziram a votar no sentido de acompanhar o eminente Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JARBAS NOBRE (Presidente): Por se tratar de matéria constitucional, a Presidência do Tribunal também tem voto.

Uma vez que o tema já está mais do que debatido e compreendido, filiando-me à corrente liderada pelo Senhor Ministro Relator, julgo inconstitucional o art. 85, § 3º do CTN e art. 4º do Decreto-Lei nº 57/66.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: A norma do art. 24, § 1º da Constituição é, em sua origem, uma norma de legislação, segundo a classificação sugerida por José Afonso da Silva no seu livro sobre Aplicabilidade de Normas Constitucionais (pág. 27), necessitando, para ter eficácia plena, de disposição legal específica.

É o que se lê no § 9º do art. 15 da Constituição de 1946, na redação da Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, in verbis:

«§ 9º O produto da arrecadação do Imposto Territorial Rural será entregue, na forma da Lei, pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incide a tributação.»

A normatividade ulterior a esse preceito foi inicialmente dada pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), no Capítulo que trata da tributação da terra, arts. 47 a 52, regulamentado pelo Decreto nº 56.792, de 26 de agosto de 1965, em cujo art. 50 se estabeleceu que o então IBRA cobrar-se-ia dos serviços de lançamento e arrecadação do ITR.

O Código Tributário Nacional, promulgado em 25 de outubro de 1966, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1967, voltou a traçar norma sobre a arrecadação do ITR, no seu art. 85, § 3º. E o Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, reeditou a regra que destinava a parcela de 20% do produto do ITR ao custeio do serviço de seu lançamento e arrecadação.

É necessário realçar que o Código Tributário Nacional tem fonte e razão na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965. Constitui ele a normatividade ulterior da Emenda, sendo lícito entender-se que, apesar desta não haver remetido à lei a regulamentação da transferência do produto do ITR aos Municípios, o legislador quis manter no Código a continuidade da legislação originada na Emenda nº 10.

Essa elaboração legislativa, essa congruência entre o Código e a Emenda nº 18, é que tem relevo para a compreensão da regra legal ora impugnada, em face das disposições da Constituição nº 1, de 1969. É nessa elaboração coordenada de normas constitucionais e de regras legais sobre a mesma matéria que se pode desfazer a aparente desarmonia entre ambas, mediante o que Emilio Betti designava como «un adeguamento e un adattamento delle norme antiche alle nuove, una messa in accordo per via d'interpretazione». (Interpretazione della leggi e degli atti giuridici, Milano, 1971, pág. 120).

Mas é diante da nova redação da Constituição, que não remete à lei a forma de transferência do ITR ao Município, que se argúi a inconstitucionalidade da regra do art. 85, § 3º do Código Tributário Nacional. E se argumenta que na Carta, já não se alude mais à entrega ou distribuição do produto do tributo, pois o que diz a norma é que o produto da arrecadação pertence aos Municípios.

Não cabe indagar, porém, se a lei, que era fiel ao texto constitucional na época em que foi promulgada, tornou-se inconstitucional com a nova Carta, em virtude de mera alteração do enunciado do dispositivo. O que se deve examinar, segundo o princípio de continuidade da legislação, é se a lei é legítima ou ilegítima, frente à letra e ao histórico do preceito do § 1º do art. 24 da Constituição.

Bircaretti di Rufia alude à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Itália, no sentido de que o contraste de uma lei anterior com a Constituição resulta, antes que numa ab-rogação, numa ilegitimidade constitucional, impedindo a sua aplicação. (Derecho Constitucional, edição espanhola, 1965, pág. 268, Diritto Costituzionale Comparato, Milano, 1974, pág. 489). A ilegitimidade constitucional é mais abrangente que a ab-rogação, pois não só permite confrontar-se a norma constitucional — inclusive a programática — com a lei, como também enseja a apreciação histórica da legislação preexistente, que consubstancia o ordenamento jurídico, em face do novo estatuto político.

Adotando esse critério metodológico, é de indagar-se se a norma legal que estabelece a destinação da parcela do ITR ao custeio do seu lançamento e arrecadação é ilegítima, frente à Constituição de 1967.

Tenho que não é, *data venia*.

No depoimento insuspeito de Paulo Sarasate, «o novo sistema tributário nacional — a que, racionalmente, foi conferida a distinção de integrar um capítulo próprio da Constituição de 1967 (o capítulo V do Título I) — resultou, especialmente, da Emenda Constitucional nº 18, de 1.º de dezembro de 1965, e da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ambas votadas pelo Congresso, por iniciativa do Poder Executivo. Salvo alterações de menor vulto, o que figura na Constituição é o que constava da Emenda e se continha no diploma legal referido». (A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos, p. ...).

E a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, submetendo o texto do anteprojeto da Constituição de 1967 ao Presidente da República dizia, em dezembro de 1966: «O sistema tributário inscrito no anteprojeto (Capítulo V) é o que ficou estruturado na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, aprovada pelo Congresso Nacional, após exaustivos estudos e debates e cuja execução já se iniciou mediante leis e decretos-leis de recente vigência». (Diário do Congresso, de 13-12-66).

Vê-se assim, que a Constituição não se afastou do sistema tributário instituído pela Emenda Constitucional nº 18 e da legislação que dela se originou.

Ora, na Exposição de Motivos com que o Ministro da Fazenda encaminhou o projeto de reforma constitucional sobre Sistema Tributário Nacional, do qual resultou a Emenda Constitucional nº 18, referindo-se ao Imposto Territorial Rural, assim asseverou:

«11. O imposto territorial é um complemento do Imposto de Renda. O Imposto de Renda e o imposto territorial devem ser lançados e arrecadados um em relação ao outro. Uma extensão bem aproveitada, de elevada rentabilidade, deve estar mais sujeita ao Imposto de Renda do que ao imposto territorial.

Se, contrariamente, a propriedade é inaproveitada ou mal utilizada, deve preponderar o imposto territorial sobre o da renda.

A receita do Imposto Territorial Rural é atribuída aos Municípios com pequena parcela retida pela União para atender às despesas do lançamento e arrecadação do tributo, já que o Imposto de Renda é cedido, em parte, aos Municípios, automaticamente e no curso do exercício fiscal.» (apud Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», 10.ª edição, pág. 49).

E ao prestar esclarecimento quando da tramitação do projeto no Congresso, voltou a afirmar que «com a implantação do Imposto Territorial Rural, por intermédio do Governo da União, esse tributo poderá trazer aos Municípios receita bem superior ao atual, ainda que com taxas significativas módicas, e esse resultado poderá ser associado (ou esse imposto poderá ser associado) ao Imposto de Renda, do qual os Municípios também podem participar, não mais nos termos do art. 21, mas nos termos do art. 22 do projeto». (apud Clóvis de Andrade Veiga, «O Sistema Tributário na Constituição de 1967, pág. 223).

Como se vê, a apropriação pela União, do Imposto Territorial Rural, a forma de sua arrecadação e a distribuição de seu produto, integram um sistema, formado antes da elaboração da nova Constituição, com a promulgação da Emenda nº 18 e das leis que lhe dão aplicação, as quais prevêem a comunhão de receitas e compensação de encargos, de modo a afastar qualquer contraste entre o que está na lei e o que consta do texto constitucional posterior. Nem seria de admitir-se que, por dizer a Constituição que pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto, não contribuam eles para as finalidades extrafiscais que justificaram a sua apropriação pela União, que

é a promoção da reforma agrária, para a qual é relevante o cadastramento rural, obtido por via da administração fundiária e fiscal.

Não há, portanto, ilegitimidade constitucional no disposto no § 3º do art. 85 do Código Tributário Nacional, que reproduz a regra do art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 1966.

Rejeito a arguição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Sr. Presidente, pelo que vimos das exposições dos eminentes Ministros que recusam a arguição de inconstitucionalidade, não existe conflito evidente entre as normas indicadas: Constitucionais, ordinárias e complementares. De modo que sendo aparente e não verdadeiro o conflito, não há inconstitucionalidade a declarar.

Os votos que me antecederam realçam que a previsão constitucional não encontra detrimento nas normas sob exame e que há fontes, não só históricas, como dogmáticas, que possibilitam a sobrevivência dessas mesmas normas. Sendo assim, filio-me à orientação do Tribunal e dou ênfase ao voto do eminente Ministro William Patterson, ao qual adiro.

Não quero terminar sem mencionar trecho do voto do eminente Ministro Lauro Leitão, em que reproduz uma verdade conhecida, mas que vale a pena ressaltar. É que, se o Tribunal se divide acerca da constitucionalidade ou não das normas e não existe certeza, nem de um lado nem de outro, não sendo indúvidosa a antinomia, melhor será fazer prevalecer os textos acoimados.

Sendo assim, e com a devida vênia dos que votaram de modo contrário, recuso a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, a essa altura dos debates, a matéria está suficientemente esclarecida pelos doutos e brilhantes votos que me antecederam, em ambos os sentidos.

Ouvi, em sessões anteriores, os votos já proferidos, como os de hoje, nessa assentada. No interregno, procurei formar minha própria convicção, não só através da leitura daqueles votos que pude obter, como também de pesquisa própria, inclusive — e porque não dizê-lo — de sentenças de Juizes, hoje integrando esta Corte, como o eminente Ministro José Pereira de Paiva, que, aliás, reproduziu, em seu voto, parte desse entendimento, do Juiz Dario Viotti e outros que também se detiveram sobre a matéria, e cheguei a conclusão minha, pessoal, de que efetivamente não há antinomia, não há ilegitimidade, no dizer do eminente Ministro Carlos Madeira.

Por essas considerações, e pedindo vênia ao eminente Ministro Carlos Mário Velloso, a quem tanto admiro por seu posicionamento, cultura e competência nesta Corte, também rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. de Inconst. na AC nº 65.537 — SP — (Reg. nº 6.157) — Rel.: Min. Carlos Velloso. Apte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Apdas.: Prefeitura Municipal de Adolfo e outras. Advs.: Drs. Eurico Montenegro Júnior, Fernando Iberê Simões Moss e outros (apte.) Drs. Celso Antonio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba e outros (apdo.).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, com o **quorum** previsto no art. 175, § 2º, do RI e na conformidade desse dispositivo, o Tribunal não alcançou a maioria absoluta dos seus membros pela manifestação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos arts. 85, § 3º do CTN e 4º do Decreto-Lei n.º 57/66, pois do **quorum** previsto para o julgamento, onze (11) dos membros do Tribunal se pronunciaram pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, os Srs. Ministros Relator, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Flaquer Scartezzini, José Dantas, Peçanha Martins e Jarbas Nobre e, treze (13) dos membros do Tribunal se pronunciaram pela constitucionalidade, os Ministros William Patterson, Aldir Passarinho, Pereira de Paiva, Miguel Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Néri da Silveira, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Washington Bolívar, portanto, num ou noutro sentido, não foi ainda alcançado o **quorum** qualificado de maioria absoluta para que o Tribunal proclamasse a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do dispositivo a que alude. Suspende-se o julgamento para a tomada do voto do Sr. Min. Wilson Gonçalves para efeito de **quorum**, ausente por motivo de saúde. (Em 27-8-81 — T. Pleno).

Impedidos os Srs. Ministros Torreão Braz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JARBAS NOBRE.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILSON GONÇALVES: Sr. Presidente. Constitui truísmo dizer-se que a missão do Juiz é árdua e difícil. Essa tarefa, a meu ver atingiu o seu apogeu no presente caso, quando se é chamado a decidir matéria relevante e acentadamente controvertida, em que este egrégio Tribunal, como órgão pleno, se dividiu radicalmente, na interpretação de texto constitucional, em duas ponderáveis e altivas correntes de pensamento, apoiadas em brilhante argumentação jurídica, que honra, enaltece e projeta a nossa Corte.

É lógico e compreensível que, após o pronunciamento, em votos bem fundamentados, de 24 Senhores Ministros, não se me exija que aborde novos aspectos essenciais, eis que o tema, ao chegar-me às mãos, parece inteiramente esgotado em suas múltiplas facetas.

No entanto, depois de realizar, como me cumpria, metuculoso e meditado exame dos autos, dos doutos votos proferidos e dos eruditos memoriais oferecidos pelas partes e pela Subprocuradoria-Geral da República, passo a externar, com humildade e respeito, a minha visão e o meu modesto entendimento sobre a magna questão.

Dada a oportunidade da minha participação no julgamento, afigura-se-me dispensável relembrar, agora, em minudências, todos os pontos ressaltados no longo e pormenorizado relatório, elaborado com fidelidade e precisão admiráveis pelo eminente Ministro Carlos Velloso.

Tratando-se de estudo interpretativo, não pude furtar-me ao prazer de consultar o inesquecível mestre Carlos Maximiliano. Abre ele o capítulo «Interpretação e Construção» com as seguintes ponderações:

«Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à interpretação propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam construção. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com o seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o direito positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese;

enquanto a construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico; uma estuda propriamente a lei, a outra conserva como princípio objetivo descobrir e revelar o direito; aquela presta atenção maior às palavras e ao sentido respectivo, esta ao alcance do texto; a primeira decompõe, a segunda recompõe, compreende, constrói.

Não é raro fazerem os mais esclarecidos juristas obra de obstinados demolidores apenas, embora exerçam o papel de construtores de algum ramo do direito. Quando adotam o processo exegético, isto é, seguindo a ordem das matérias estabelecidas pelos artigos de um repositório, limitam-se, às vezes, a criticar e condenar um dispositivo, ao invés de explicar a origem do mesmo, o objetivo colimado e a aplicação prática; de sorte que o estudioso fica habilitado a promover a reforma do texto, porém não a compreendê-lo e observá-lo.» (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª edição, 1979, Forense, pág. 40).

Não creio que o caso em tela exija rigorosamente uma construção nos moldes da doutrina americana, pois não há sequer omissão de regra legal, nem tampouco considero demolidores do direito escrito os insignes pares de quem possa vir a discordar. Mas entendo que os ensinamentos contidos nos tópicos suso transcritos encerram excelente orientação para a verdadeira interpretação da norma legal, procurando apreciá-la no conjunto do sistema a que pertence e, destarte, alcançar o seu objetivo e a sua utilidade prática para o interesse social.

O preclaro jurisconsulto, cuja autoridade todos nos acostumamos a reconhecer, em sua mencionada obra, no capítulo dedicado ao «Direito Constitucional», em síntese admirável, preleciona:

«O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza a inocuidade» (pág. 306).

O § 1º do art. 24 da Constituição Federal reza:

«Pertence aos Municípios o produto da arrecadação do imposto mencionado no item III do artigo 21, incidente sobre os imóveis situados em seu território.»

Este dispositivo acha-se diretamente vinculado ao preceito constitucional do art. 21, III, da mesma Carta, que atribui exclusivamente à União instituir imposto sobre a propriedade territorial rural.

As normas legais acoimadas de inconstitucionais (art. 85, I, § 3º, do Código Tributário Nacional e o art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966) autorizam que uma parcela de 20% do Imposto Territorial Rural se destine ao custeio de lançamento e arrecadação do tributo.

Para conclusão da inconstitucionalidade argüida, são arrolados, dentre outros, os seguintes argumentos:

- a) a literalidade do cit. § 1º do art. 24, que não admite exceção;
- b) a significação do vocábulo «produto», empregado no aludido parágrafo;
- c) a evolução legislativa das emendas constitucionais atinentes à espécie, as quais, a partir da Emenda nº 18/65, eliminaram a expressão — «na forma da lei», constante da Emenda nº 10/64;

d) a respeito da distribuição aos Municípios do produto da arrecadação do imposto de renda, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando foram obrigados a reter o tributo, o constituinte deixou expresso que essa distribuição será feita na forma que a lei estabelecer (art. 24, § 2º);

e) o ITR não pertencia à União;

f) se o constituinte quis que o ITR «servisse de instrumento para redivisão e o aproveitamento das áreas rurais», conseguindo «vários resultados positivos», mas se tal tributo constituía receita do Município, natural que se sujeitasse aos ônus dessa política social, sem desfalque às combatidas receitas municipais, mesmo porque a redivisão da propriedade rural é da competência exclusiva da União (CF, art. 161 e s/§ 2º; e

g) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal expressa na Súmula nº 578, quanto ao ICM.

A exegese isolada do § 1º do art. 24, sem relacioná-la com outras normas constitucionais relativas à matéria, dando ênfase quase exclusiva à sua literalidade, não se apresenta, na fase atual do Direito, *data venia*, a melhor maneira de alcançar o verdadeiro sentido do texto.

Com efeito, todos reconhecem e ressaltam que o preceito constitucional, contido no art. 24, §§ 1º e 3º, em conjugação com o art. 21, item III, — base de um sistema de cunho nacional —, encerra dois objetivos fundamentais: um, de caráter fiscal, que é o de assegurar aos Municípios os recursos financeiros provenientes da incidência do Imposto Territorial Rural; e o outro, de conotação extrafiscal, para dotar a União de instrumento adequado a impulsionar o desenvolvimento econômico e social na área rural, através da reforma agrária e do aumento de produtividade das terras destinadas à atividade agropecuária.

Ora, a legítima interpretação do postulado constitucional deve abranger harmoniosamente os dois mencionados objetivos, entrelaçados que se encontram, e nunca de modo a levar em conta apenas um deles isoladamente, para fortalecê-lo, em visível detrimento do outro, que teria, deste modo, reduzido os meios para que venha a cumprir, também, a sua missão administrativa. Ambos se equivalem em importância e se completam no fim a que foram destinados pela Lei Maior.

É desnecessário afirmar que, no processo lógico de interpretação moderna, o elemento teleológico, supera o filológico ou gramatical. A respeito, o ensinamento de Carlos Maximiliano:

«Considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida» (obr. cit., págs. 151 e 152).

Embora empregando outra terminologia, Gustav Radbruch não discrepa, quando assevera:

«Só conseguimos aprender bem a natureza íntima do que é interpretação jurídica, se a comparamos com a da interpretação filológica. Boeckh caracterizou perfeitamente a interpretação filológica, quando lhe chamou o «conhecimento do já conhecido»... um voltar a pensar aquilo que já uma vez foi pensado. Na realidade, a interpretação filológica visa à fixação dum fato, ou seja, a determinação do sentido subjetivamente pensado, do pensamento verdadeiramente vivido de determinados homens reais — sentido e pensamento que devem residir aprisionados no texto ou na obra que se quer interpretar. E se este é o objeto da interpretação filológica, é evidente que o seu método não pode deixar de ser um método puramente empírico. A interpretação jurídica é, porém, algo muito diferente disto. Visa a fixar, não um fato, mas o sentido objetivamente válido dum preceito ou disposição jurídica» (Filosofia do Di-

reito, tradução do Prof. L. Cabral de Moncada, da Universidade de Coimbra, 5ª edição revista, Coimbra, 1974, págs. 229 e 230).

No caso em foco, todavia, quer se recorra à *mens legislatoris*, quer se busque, como predominante modernamente, a *ratio legis*, o fim da norma, o resultado será o mesmo: o entendimento que corresponde adequadamente à dupla finalidade do postulado constitucional: a fiscal e a extrafiscal.

De sua parte, o emprego da palavra «produto» não altera o alcance do texto em exame. Como se reconhece, o vocábulo tem várias acepções, segundo evidenciam os dicionaristas. Como está empregado, não tem compreensão definida, precisa, exata, de contorno certo e limitado, tanto que, na linguagem financeira, aplicável à hipótese, quando se deseja qualificá-lo para estabelecer sua extensão ou conteúdo certo, usa-se comumente: produto bruto ou produto líquido (de Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. III, 6ª edição, Forense, 1980, pag. 1234).

A demonstração mais evidente de que o termo não foi utilizado, no dispositivo, com um conteúdo determinado, está em que, no § 3º, que completa a providência regulada, não se repete o vocábulo e se faz referência, também imprecisamente, às importâncias que a eles (Municípios) pertencerem, à medida que forem arrecadadas».

Sendo assim, nada impedirá logicamente o procedimento autorizado pela legislação complementar e ordinária.

O elemento histórico, que foi considerado como valioso na tese da inconstitucionalidade, com destaque para a supressão — «na forma da lei», não na fortalece, *concessa venia*, consoante se verá.

Em primeiro lugar, dou o merecido relevo ao lúcido argumento inserido no voto do eminente Ministro William Patterson, quanto à eliminação da expressão — «na forma da lei»:

«Indagar-se-á, então, por que, a partir daquela Emenda (nº 18/65), a expressão não mais figurou nos dispositivos constitucionais subsequentes. A resposta é simples. Com a Emenda nº 18, o critério de entrega do produto da arrecadação do imposto passou a ficar expresso no próprio texto da Carta Magna (parágrafo único do art. 20, da Emenda nº 18/65, § 2º, do art. 25, da Constituição de 1967 e § 3º da Emenda Constitucional de 1969). Não havia necessidade de delegar-se ao legislador ordinário a providência, porquanto os meios de repasse do produto da arrecadação do imposto já vinham explicitados no diploma. A retirada da expressão não afetou o princípio segundo o qual o produto pertence aos Municípios, porque a ele não se referia, mas tão-só, quanto à forma de sua entrega».

O Memorial apresentado pelos Municípios salienta que a «forma» no caso significa apenas a «maneira pela qual», os «meios a serem utilizados» (fl. 3), o que desautoriza, doutrinariamente, a argumentação extraída da referida supressão.

A interpretação resultante da investigação histórica do preceito em causa, conduz, ao contrário, a uma conclusão que não justifica supor a presunção de que o constituinte quis impedir a dedução da parcela atribuída ao órgão arrecadador.

Essa dedução vem sendo feita desde a época da existência do IBRA, nos termos do Decreto-Lei nº 57, de 18, XI, 1966, sob o império da Emenda nº 10/64 à Constituição de 1946, e permanece até hoje, na vigência sucessiva da Emenda nº 18/65, da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969.

Tratando-se de um procedimento que perdura por tantos anos, é evidente e lógico que, se houvesse povoado o espírito dos constituintes posteriores à Emenda nº 10/64 a intenção de erradicar a aludida parcela destinada ao custeio das despesas de lançamento e arrecadação do tributo, por certo teria sido incluído um dispositivo proibindo-a ou vedando-a terminantemente, de modo a estancar o longo procedimento anterior.

A presunção da vontade do constituinte, habilmente inferida, não resiste à evidência dos fatos ligados à elaboração legislativa dessas alterações constitucionais, sendo de acentuar que a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (atual Código Tributário Nacional) foi discutida e votada na vigência da Emenda nº 18/65), em que não se contém a cláusula «na forma da lei».

Há ainda um aspecto que merece ser apreciado.

Na distribuição de rendas pelas três esferas da administração pública, nenhum tributo, assegurado pela Lei Fundamental, reverte na sua totalidade em favor da entidade a que é atribuído. Todos os tributos estão sujeitos a reduções implícitas e necessárias decorrentes dos encargos e ônus de lançamento e arrecadação, os quais diminuem, inevitavelmente, o valor do produto bruto arrecadado. Não se explica, portanto, que só os Municípios gozassem desse privilégio em apenas uma das receitas de sua competência, sem norma expressa e específica que o assegurasse.

O preclaro Ministro José Néri da Silveira, no seu douto voto, fez uma análise percuente e completa da evolução das idéias que precederam e influenciaram a feita do Código Tributário Nacional, com o propósito da organização de um «sistema tributário», que implicasse «antes de tudo uma harmonização entre as estruturas jurídicas tributária e econômica, sem o que jamais o Estado poderia executar sua política fiscal». Daí a organização de um harmônico sistema jurídico tributário nacional, que se integra, em sua unidade, de preceitos constitucionais, de leis complementares e ordinárias e de resoluções do Senado Federal. A matéria assumiu tamanha importância que, a partir de 1967, constitui capítulo da nossa Constituição.

Assinala, com muita propriedade, o honrado Ministro Néri da Silveira:

«De outra parte, certo está que para obter a exata exegese do preceito constitucional do art. 24, § 1º, em foco, não se há de utilizar, como preferencial, a interpretação literal, cumprindo, entretanto, proceder, para a exata compreensão da matéria, a uma visualização do sistema integrado das normas que compõem o ordenamento do Imposto Territorial Rural e sua arrecadação, sempre, na perspectiva de que à União Federal sobre todos os aspectos é que compete legislar».

O exemplo do imposto de renda, previsto no art. 24, § 2º, da Carta Magna, não encontra similar com o Imposto Territorial Rural, pois aquele pertence à União, que destina apenas uma pequena parte aos Municípios, descontada na fonte. Mesmo assim, na nova redação dada ao dispositivo pela Emenda Constitucional nº 17, de 1980, não mais se encontra a expressão — na forma que a lei estabelecer.

Se é verdade que o ITR não pertencia à União, também é certo que tradicionalmente pertenceu aos Estados, antes de passar aos Municípios. Mas, ao ser atribuído à União no que toca à sua instituição, não acarretou nenhuma transferência de receita.

Não me parece válido, por outro lado, o argumento de que se o ITR transformouse em instrumento da reforma agrária e de melhor aproveitamento da zona rural, as despesas de sua arrecadação deveriam ser suportadas pela União, a quem compete aquela tarefa por força de disposição constitucional (art. 161 e seu § 2º).

Neste passo, cabe salientar que a parcela de 20%, deduzida atualmente pelo INCRA, não se destina a custear a política econômica e social, nem a redivisão da propriedade rural de responsabilidade da União, mas a cobrir as despesas relativas ao lançamento e à arrecadação do ITR. Se o INCRA está autorizado a promover a política prevista no art. 161 e seu § 2º, retirar de suas rendas próprias as quantias gastas com o lançamento e arrecadação do ITR, estar-se-ia diminuindo as suas disponibilidades financeiras, o que refletiria negativamente no cumprimento da recomendação constitucional.

As receitas municipais realmente estão combatidas como conseqüência da injusta distribuição das rendas públicas, mas não como resultado da arrecadação do ITR, que

tinha, de certo modo, pequena contribuição no cômputo geral da receita ao tempo em que o tributo era arrecadado diretamente pelas Comunas, que sofriam inevitável e direta influência do meio.

Se a parcela de 20% parecer ou for excessiva, o problema não é da alçada do Judiciário, mas, precisamente, de política legislativa, por meio de nova lei que altere a legislação vigorante.

Quanto à Súmula nº 578 da Corte Suprema, considero-a, *data venia* inaplicável ao caso, pois que trata de ICM pertencente aos Estados, a quem compete diretamente o encargo de arrecadação, por ser a parte mais beneficiada, além da circunstância de que, aí, aos Municípios é atribuída uma percentagem fixa e determinada.

Feitas estas despretenhosas considerações, que se alongaram mais do que pretendia, por apreço e homenagem aos insignes colegas, de quem, no ensejo, ousou dissentir, chego à conclusão de que não vislumbro conflito manifesto entre o texto constitucional invocado e as disposições do Código Tributário Nacional (art. 85, § 3º) e do Decreto-Lei nº 57/66 (art. 4º).

A decretação da inconstitucionalidade de uma lei é matéria de alta relevância, que exige do magistrado a plena convicção de sua ocorrência e a adoção das cautelas que os doutrinadores recomendam.

Lúcio Bittencourt, na sua monografia «O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis», consigna:

«É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso Nacional a presunção de constitucionalidade. É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto Constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.

Esse poder de interpretar o texto — pondera Castro Nunes — «é, aliás, inerente à aplicação de toda lei; porque a aplicação pressupõe a exegese, como operação preparatória do desenvolvimento da regra legal ou da expedição do ato. Quer o Poder Legislativo, com as luzes de suas comissões técnicas, que o Executivo, esclarecido pelos precedentes judiciais e por outros subsídios de informação jurídica, fixam para as necessidades do desempenho de suas funções respectivas o entendimento das cláusulas constitucionais. Daí resulta que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda que emanados do Executivo, são, quando argüidos de inconstitucionais, presumidamente válidos».

Continua Lúcio Bittencourt:

«Os legisladores, — insiste Black, — do mesmo modo que os Juizes, estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição, e deve-se entender que eles medem e pesam, convenientemente, a validade constitucional dos atos que elaboram. Em consequência, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e não contra ela — «every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it». E os tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca — «clear, complete and unmistakable».

E acentua:

«Uma vez que o conflito entre a lei e a Constituição não deve ser presumido — adianta Cooley — segue-se, necessariamente, que as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz — «the court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect» (edição Forense de 1949, págs. 91, 92 e 93).

Embora discorde da fundamentação que leva a essa presunção, o insigne juriconsulto afirma que a boa doutrina só faculta ao Juízes ou tribunais deixar de aplicar às leis «manifestamente inconstitucionais» (obr. cit., pág. 96).

Não posso finalizar sem trazer, como fecho, o magistério cristalino de Carlos Maximiliano:

«Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade, «Operet ut res plus valeat quam pereat.»

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsulto de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de toda desarrazoada.

Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina» (obr. cit. págs. 307 a 309).

No particular, é judiciosa e autorizado o magistério de João Barbalho, o notável constitucionalista da Primeira República:

«No exercício de tão relevante poder cumpre aos tribunais observar a máxima circunspeção; os comentadores, na ausência de prescrições legais, aconselham e os Juízes observam certos preceitos de muito bom aviso a este respeito. — A lei traz sempre a presunção de validade. Somente dando-se razões peremptórias, e em vista de texto preciso com o qual se contradiga a lei, é que poder-se-lhe-á negar execução» (Constituição Federal Brasileira — Comentários, 2ª edição, de F. Briguiet e Cia., Rio de Janeiro, 1924, pág. 298).

Na verdade, quando foi solicitado o meu voto, à falta de **quorum** qualificado, uma situação estava definida e caracterizada: a profunda divergência entre as duas ponderosas correntes de opinião existentes no Tribunal. Na melhor das hipóteses para os autores da demanda, haveria, no mínimo, uma séria dúvida quanto à pretendida inconstitucionalidade. Ainda assim, no ensinamento dos doutos, amparado pela jurisprudência, não seria legítimo nem aconselhável proclamar inconstitucional a lei. Do confronto dos votos emitidos, não se pode dizer, com segurança, que existe, na espécie, violação clara, completa e inequívoca da norma constitucional.

Com a máxima vênia, não reconheço inconstitucionalidade no art. 85, § 3º, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-1966), nem no art. 4º do Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966.

Em consequência, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. de Inconst. na AC nº 65.537 — SP (Reg. nº 0.006.157). — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Apdas.: Prefeitura Municipal de Adolfo e outras. Advs.: Drs. Eurico Montenegro Júnior, Fernando Iberê Simões Moss e outros (apte). Drs. Celso Antonio Bandeiro de Mello, Geraldo Ataliba e outros (apdo.).

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por maioria absoluta de seus membros (art. 175, § 2º, do RI) julgou constitucionais os arts. 85, § 3º, do CTNe 4º do Decreto-Lei nº 57/66, vencidos os Srs. Mins. Relator, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Flaquer Scartezzini, José Dantas, Peçanha Martins e Jarbas Nobre. Impedidos os Srs. Mins. Torreão Braz e Pádua Ribeiro. (Em 12-11-81 — T. Pleno).

Votaram com o Sr. Min. William Patterson, os Srs. Mins. Aldir G. Passarinho, Pereira de Paiva, Miguel Jeronymo Ferrante, José Cândido, Américo Luz, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Néri da Silveira, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e Wilson Gonçalves. Lavrará o acórdão o Sr. Min. William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JARBAS NOBRE.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO
CÍVEL Nº 64.318 — MG
(Registro nº 3.167.330)

Relator: O Sr. *Ministro Miguel Ferrante*
Suscitante do Incidente: *Eg. 6.ª Turma do TFR*
Remetente *Ex Officio*: *Juízo Federal da 3.ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *Municípios de Passos e outros*
Advogado: *Dr. Yor Queiroz Júnior*

EMENTA: Ação ordinária. Imposto único sobre energia elétrica. Inconstitucionalidade do artigo 8º, **caput** do Decreto nº 68.419 de 1971.

Inconstitucionalidade do artigo 8º, **caput**, do Decreto nº 68.419 de 1971, que autoriza a dedução de 0,5% da arrecadação do imposto, a título de «despesas ou arrecadação e fiscalização», a cargo da União.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, à unanimidade, conhecer do incidente e declarar a inconstitucionalidade do artigo 8º do Decreto nº 68.419, de 1971, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1985.

LAURO LEITÃO, Presidente — MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A espécie vem assim exposta na sentença de fls. 45/49:

«Os Municípios mineiros de Passos, Carmo do Rio Claro, Conceição da Aparecida, Juruaia, Monte Santo de Minas, Guaranésia e Bom Jesus da Penha, por seu advogado, ajuizaram a presente ação de procedimento ordinário contra a União Federal, alegando que a Constituição Federal determina a distribuição de 60% do produto do imposto sobre energia elétrica aos Estados e Municípios, sendo 5/6 para os primeiros e 1/6 para os últimos, nos termos do Decreto nº 68.419/71.

Entendem os autores ser inconstitucional o **caput** do artigo 8º do Decreto nº 68.419, que autoriza a ré a dedução de 0,5% do imposto, para as despesas de arrecadação, porque apenas 59,5% do imposto é distribuído aos Estados e Municípios, embora a Constituição não autorize à União a retenção de qualquer importância do aludido imposto.

Pediram a procedência da ação para serem declaradas nulas as retenções feitas pela ré e incidentes sobre a parte do imposto devida aos municípios, com a devolução delas aos autores, com juros e honorários de advogado.

Em sua contestação de fls. 21/26, a União Federal argüiu, preliminarmente, a irregularidade da representação processual, porque, sendo os autores Municípios do Estado de Minas Gerais, as firmas de seus representantes foram reconhecidas em São Paulo e os instrumentos de mandato não estão todos em papéis timbrados dos Municípios.

Quanto ao mérito, acentuou autorizar a Constituição a lei federal dispor sobre a forma de distribuição do imposto e não vedou a retenção de uma parte para as despesas de arrecadação, não ficando assegurada uma participação mínima dos Estados e Municípios.

Entende a ré não existir conflito entre o Decreto nº 68.419 e a Constituição.

Falaram os autores sobre a contestação (fls. 28/31).

Apresentaram as partes seus memoriais (fls. 36/41).

Vieram os autos conclusos para a sentença no dia 15-10-79 (fl. 44).»

A ação foi julgada procedente, condenada a ré em honorários advocatícios de 10% sobre o total a ser devolvido às autoras.

A par do duplo grau de jurisdição, apelou a União Federal com as razões de fls. 51/53 (lê:).

Contra-razões às fls. 56/58.

À fl. 61, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do apelo.

Pauta sem revisão (art. 33, item IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A Constituição Federal dispõe:

«Art. 26. A União destinará aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:

.....
 II — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica mencionado no item VIII do artigo 21; e

.....
 § 1º A distribuição será feita nos termos da lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:

a) nos casos dos itens I e II, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao item II, quota compensatória da área mencionada pelos reservatórios.»

Por seu turno, o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 68.419, de 25 de março de 1971, estabelece no seu art. 8º:

«Art. 8º Deduzidas 0,5% (cinco décimo por cento) para as despesas de arrecadação a cargo do Ministério da Fazenda, o Banco do Brasil S.A., escriturará a receita líquida do imposto único, como depósito, a crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico.

A sede da controvérsia posta nestes autos é esse art. 8º, transcrito, que permite se deduza 0,5% de percentagem do imposto único sobre energia elétrica, a título de ressarcimento de despesas de sua arrecadação e fiscalização.

Em suma, de uma parte, as autoras-apeladas alegam a inconstitucionalidade desse dispositivo, por atentar contra a recomendação do art. 26, item II, da Lei Maior, posto em assegurar aos Estados, Distrito Federal e Municípios, sessenta por cento do produto da arrecadação do referido tributo. Com o desconto efetuado — argumentam — frustra-se a participação preconizada no texto constitucional que deixa de ser ingratul, de 60%, para reduzir-se a 59,5%.

Por seu turno, a apelante sustenta:

«Ora do cotejo entre o texto constitucional de 1946 e o de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69, salta claro a intenção do constituinte em excluir a garantia de uma participação mínima aos Estados e Municípios na ordem de 60%, incondicionalmente, para estabelecer uma participação de 60% na forma que a lei dispuser.

Realmente, seguindo a melhor técnica elaborativa, texto constitucional em vigor deixou para a lei de regulamentação como proceder à distribuição e não vedou expressamente a retenção de parcela a título de despesas, o que não seria matéria tratada pela Constituição, pois não assegurou participação mínima aos Estados e Municípios, como pretendem os autores, na arrecadação bruta do imposto.

Assim, quando o texto constitucional autoriza, no seu art. 26, II, que «sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica» serão distribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem dizer expressamente que se trata do produto total, deixa claro que há de se entender que prevalecerá o que dispuser a lei federal, uma vez que, em se tratando de verba para atender a despesas de arrecadação, não seria matéria de incluir-se no texto constitucional, mas na lei de regulamentação do mesmo.»

A esse enfoque, emerge de plano que o Supremo Tribunal Federal tem inadmitido na partilha de tributos de que cuida a Constituição Federal, a retenção de parcela a título de ressarcimento de despesas com a fiscalização e arrecadação.

Assim, quanto ao ICM (art. 23, § 8º, CF), sua jurisprudência acabou por consolidar-se na Súmula 578, *verbis*:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuído aos Municípios pelo art. 23, § 8º da Constituição Federal.»

Na aplicação dessa Súmula anoto as seguintes decisões plenárias daquela Alta Corte de Justiça:

«Recurso Extraordinário nº 82.102-SP (Tribunal Pleno).

ICM. Multa moratória. Interpretação do art. 23, § 8º, da Emenda Constitucional nº 1/1969.

A Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 23, § 8º, visou a estabelecer, apenas um sistema de partilha, cujo objeto abrange não só o valor do imposto *stricto sensu*, mas também de todas as parcelas que se lhe agregam como acessórias, e a que teriam direito Estados ou Municípios se fizessem a arrecadação exclusivamente para si. O valor considerado por esse dispositivo é

o valor total do crédito tributário (imposto e acessórios), ou seja, todo o valor que é recebido pelo Estado com o imposto e em virtude dele. Nada pode ser retirado, a título de ressarcimento de despesas com a atividade arrecadadora, que inclui, em sua complexidade, a fiscalização» (Relator, para o Acórdão, Ministro Moreira Alves, in RTJ 82/200).

Recurso Extraordinário nº 87.225-SP (Tribunal Pleno).

ICM «Não guarda legitimidade em face da Constituição Federal a dedução de qualquer parcela da quota de 20% do ICM, reservado aos Municípios pelo § 8º, do art. 23, do mencionado diploma. Trata-se de parcela que configura receita do Município, não sujeita a desconto, a título de ressarcimento das despesas de arrecadação, pelo Estado-membro. Súmula 578.

Inconstitucionalidade do art. 10, do Decreto-Lei Federal nº 1.216, de 9 de maio de 1972, e, por igual, do § 2º, do art. 98, da Lei Estadual nº 440, de 24-9-1974. (Relator Ministro Djaci Falcão, in RTJ nº 83/619).

Também considerou inconstitucional os dispositivos legais que autorizam a dedução, pelo IBRA, da parcela de 20% do imposto territorial rural, por custeio do respectivo serviço de arrecadação (Pleno, RREE nºs 93.318-8, 97.386-9, 97.387-7, 97.392-2, 97.416-4 e 97.525-0).

A hipótese vertente guarda analogia com o caso do ICM.

No julgamento do RE 82.102-SP, cuja ementa transcrevi, o ilustre Ministro Moreira Alves aduziu:

«Desde o momento em que a Constituição Federal, para evitar os inconvenientes da cobrança cumulativa do ICM pelos Estados e Municípios (era o sistema da Emenda nº 18, de 1965), atribuiu aos Estados o ônus da arrecadação desse tributo, e lhes determinou a entrega, aos Municípios, de 20% do produto dessa arrecadação, sem permitir-lhes sequer a dedução das despesas decorrentes desse ônus e nesse sentido já se manifestou esta Corte —, não tem procedência argumento que visa a retirar do crédito tributário, uma parcela dele integrante pelo fato de que ela provém de atividade exclusiva dos agentes do Estado, a quem cabe o ônus integral dessa mesma arrecadação».

E mais:

«A Constituição Federal, em seu art. 23, § 8º, estabeleceu, somente, um sistema de partilha entre os Estados e os Municípios de tudo o que fosse arrecadado em virtude do ICM. Atribuiu àqueles percentual acentuadamente superior ao conferido a estes, mas não fez, entre eles, outra distinção quanto à percepção de sua quota percentual sobre o produto da arrecadação do tributo. Não permitiu que o Estado se ressarcisse das despesas por essa arrecadação, considerando-as, evidentemente, compensadas pela diferença, em seu favor, do percentual sobre o produto da arrecadação. Se nem sequer essa distinção foi feita, como pretender-se fazer esta outra, para a qual nenhum motivo existe além daquele que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não pode ser levado em conta: a atividade de arrecadar? O princípio de que onde a lei não distinguiu ao intérprete, não cabe distinguir, tem aplicação justamente no caso em que não haja razão para distinguir. E, neste, ela inexistente».

Para concluir:

«Por tudo isso, entendo que a Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 23, § 8º, visou a estabelecer, apenas, um sistema de partilha, cujo objeto abrange não só o valor do imposto *stricto sensu*, mas de todas as parcelas que se lhe agregam como acessórios, e a que teriam direito Estados ou Municípios se fizessem a arrecadação exclusivamente para si. O valor considerado por esse dispositivo é o valor total do crédito tributário (imposto e acessórios), ou seja, todo o valor que é recebido pelo Estado com o imposto e em virtude dele. Na-

da pode ser retirado, a título de ressarcimento de despesas com a atividade arrecadadora, que inclui, na sua complexidade, a fiscalização».

As premissas e conclusões desses julgamentos se adequam a meu ver à questão ventilada nos autos.

Também aqui se cuida de partilha do produto da arrecadação do imposto único sobre energia elétrica, e na linha da jurisprudência citada estará a afrontar a Lei Maior qualquer desconto para prover despesas com o mecanismo dessa arrecadação porquanto, como salientado no voto do Relator do prefalado RE 87.225-SP (Ministro Djaci Falcão) «não cabe ao legislador, federal ou estadual, dispor de modo diverso do que ficou expresso no texto constitucional.»

Assim tenho que o referenciado art. 8º, do Decreto nº 68.419, de 1971, é inconstitucional, imerecedor censura, via de conseqüência, a sentença monocrática, posta na esteira desse entendimento.

Daí por que a confirmo, por seus próprios fundamentos, negando provimento à apelação.

Reconhecida a arguição de inconstitucionalidade, proponho a remessa do feito a julgamento do egregio Plenário, juntadas as notas taquigráficas, com dispensa da lavratura de Acórdão, tudo na forma do art. 176, e § 1º, do Regimento Interno desta Corte.

É o voto

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Os Municípios de Passos, Carmo do Rio Claro, Conceição da Aparecida, Juruaia, Monte Santo de Minas, Guaraniésia e Bom Jesus da Penha, de Minas Gerais, ajuizaram, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Ação Ordinária contra a União Federal, objetivando fossem declaradas nulas as retenções feitas pela ré de parcelas do Imposto Único sobre Energia Elétrica, e a conseqüente devolução das mesmas aos autores, com juros e honorários de advogado, uma vez que inconstitucional o **caput** do artigo 8º, do Decreto nº 68.419, de 1971, que autoriza a dedução de 0,5% da arrecadação do imposto a título de «despesas de arrecadação e fiscalização» a cargo da União Federal, face ao disposto no artigo 26, II, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

A ação foi julgada procedente e, a par do duplo grau de jurisdição, apelou a União Federal, em suma argüindo a legalidade do questionado preceito legal.

Nesta instância, a egrégia 6ª Turma, por unanimidade, decidiu remeter o feito ao Plenário para o julgamento da matéria constitucional, nos termos do artigo 176, do Regimento Interno desta Corte.

Às fls. 73/82, manifesta-se a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República no sentido de que o decreto federal em tela seja aliado do sistema jurídico, uma vez incompetente o Poder Executivo para reger a matéria.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Sobre o tema em debate, assim me manifestei na Turma:

«A Constituição Federal dispõe:

«Art. 26. A União destinará aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:

.....

II — sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica mencionado no item VIII, do artigo 21; e

.....
 §1º A distribuição será feita nos termos da lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:

a) nos casos dos itens I e II, proporcional à superfície, população, produção e consumo, adicionando-se, quando couber, no tocante ao item II, quota compensatória da área mencionada pelos reservatórios».

Por seu turno, o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 68.419, de 25 de março de 1971, estabelece no seu art. 8º:

«Art. 8º Deduzidas 0,5% (cinco décimo por cento) para as despesas de arrecadação a cargo do Ministério da Fazenda, o Banco do Brasil S/A escriturará a receita líquida do imposto único, como depósito, a crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE)».

A sede da controvérsia posta nestes autos é esse art. 8º, transcrito, que permite se deduza 0,5% da percentagem do imposto único sobre energia elétrica, a título de ressarcimento de despesas de sua arrecadação e fiscalização.

Em suma, de uma parte, as autoras-apeladas alegam a inconstitucionalidade desse dispositivo, por atentar contra a recomendação do art. 26, item II, da Lei Maior, posto em assegurar aos Estados, Distrito Federal e Municípios, sessenta por cento do produto da arrecadação do referido tributo. Com o desconto efetuado — argumentam — frustra-se a participação preconizada no texto constitucional que deixa de ser integral, de 60%, para reduzir-se a 59,5%.

Por seu turno, a apelante sustenta:

«Ora do cotejo entre o texto constitucional de 1946 e o de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/69, salta claro a intenção do constituinte em excluir a garantia de uma participação mínima aos Estados e Municípios na ordem de 60%, incondicionalmente, para estabelecer uma participação de 60% na forma que a lei dispuser.

Realmente, seguindo a melhor técnica elaborativa, o texto constitucional em vigor deixou para a lei de regulamentação como proceder à distribuição e não vedou expressamente a retenção de parcela a título de despesas, o que não seria matéria tratada pela Constituição, pois não assegurou participação mínima aos Estados e Municípios, como pretendem os autores, na arrecadação bruta do imposto.

Assim, quando o texto constitucional autoriza, no seu art. 26, II, que «sessenta por cento do produto da arrecadação do imposto sobre energia elétrica» serão distribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem dizer expressamente que se trata do produto total, deixa claro que há de se entender que prevalecerá o que dispuser a lei federal, uma vez que, em se tratando de verba para atender a despesas de arrecadação, não seria matéria de incluir-se no texto constitucional, mas na lei de regulamentação do mesmo».

A esse enfoque, emerge de plano que o Supremo Tribunal Federal tem inadmitido na partilha de tributos de que cuida a Constituição Federal a retenção de parcela a título de ressarcimento de despesas com a fiscalização e arrecadação.

Assim, quanto ao ICM (art. 23, § 8º, CF), sua jurisprudência acabou por consolidar-se na Súmula 578, *verbis*:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, re-
duzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuído
aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal».

Na aplicação dessa Súmula anoto as seguintes decisões plenárias daquela
Alta Corte de Justiça:

«Recurso Extraordinário nº 82.102-SP — (Tribunal Pleno).

ICM. Multa moratória. Interpretação do art. 23, § 8º, da Emenda
Constitucional nº 1/1969.

A Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 23, § 8º, visou a
estabelecer, apenas um sistema de partilha, cujo objeto abrange não só
o valor do imposto *stricto sensu*, mas também de todas as parcelas que
se lhe agregaram como acessórias, e a que teriam direito Estados ou Mu-
nicípios se fizessem a arrecadação exclusivamente para si. O valor consi-
derado por esse dispositivo é o valor total do crédito tributário (imposto
e acessórios), ou seja, todo o valor que é recebido pelo Estado com o
imposto e em virtude dele. Nada pode ser retirado, a título de ressarci-
mento de despesas com a atividade arrecadadora, que inclui, em sua
complexidade, a fiscalização» (Relator para o Acórdão, Ministro Morei-
ra Alves, in RTJ 82/200).

«Recurso Extraordinário nº 87.225-SP — (Tribunal Pleno).

ICM. «Não guarda legitimidade em face da Constituição Federal a
dedução de qualquer parcela da quota de 20% do ICM, reservado aos
Municípios pelo § 8º, do art. 23, do mencionado diploma. Trata-se de
parcela que configura receita do Município, não sujeita a desconto, a
título de ressarcimento das despesas de arrecadação, pelo estado-
membro. Súmula 578.

Inconstitucionalidade do art. 10, do Decreto-Lei Federal nº 1.216,
de 9 de maio de 1972, e, por igual, do § 2º do art. 98, da Lei Estadual
nº 440, de 24-9-1974. (Relator Ministro Djaci Falcão, in RTJ nº
83/619).

Também considerou inconstitucional os dispositivos legais que autorizam
a dedução, pelo IBRA, da parcela de 20% do Imposto Territorial Rural, por
custeio do respectivo serviço de arrecadação (Pleno, RREE nºs 93.318-8,
97.386-9, 97.387-7, 97.392-2, 97.416-4 e 97.525-0).

A hipótese vertente guarda analogia com o caso do ICM.

No julgamento do RE nº 82.102-SP, cuja ementa transcrevi, o ilustre Mi-
nistro Moreira Alves aduziu:

«Desde o momento em que a Constituição Federal, para evitar os
inconvenientes da cobrança cumulativa do ICM pelos Estados e Mu-
nicípios (era o sistema da Emenda nº 18, de 1965), atribuiu aos Estados
o ônus da arrecadação desse tributo, e lhes determinou a entrega, aos
Municípios, de 20% do produto dessa arrecadação, sem permitir-lhes se-
quer a dedução das despesas decorrentes desse ônus — e nesse sentido já
se manifestou esta Corte —, não tem procedência argumento que visa a
retirar do crédito tributário, uma parcela dele integrante pelo fato de
que ela provém de atividade exclusiva dos agentes do Estado, a quem
cabe o ônus integral dessa mesma arrecadação».

E mais:

«A Constituição Federal, em seu artigo 23, § 8º, estabeleceu, so-
mente, um sistema de partilha entre os Estados e os Municípios de tudo
o que fosse arrecadado em virtude do ICM. Atribuiu àqueles, percentual
acentuadamente superior ao conferido a estes, mas não fez, entre eles,

outra distinção quanto à percepção de sua quota percentual sobre o produto da arrecadação do tributo. Não permitiu que o Estado se ressarcisse das despesas por essa arrecadação, considerando-as, evidentemente, compensadas pela diferença, em seu favor, do percentual sobre o produto da arrecadação. Se nem sequer essa distinção foi feita, como pretender-se fazer esta outra, para a qual nenhum motivo existe além daquele que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não pode ser levado em conta: a atividade de arrecadar? o princípio de que onde a lei não distinguiu ao intérprete, não cabe distinguir, tem aplicação justamente no caso em que não haja razão para distinguir. E, neste, ela existe.»

Para concluir:

«Por tudo isso, entendo que a Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 23, 8º, visou a estabelecer, apenas, um sistema de partilha cujo objeto abrange não só o valor do imposto *stricto sensu*, mas de todas as parcelas que se lhe agregam como acessórias, e a que teriam direito Estados ou Municípios se fizessem a arrecadação exclusivamente para si. O valor considerado por esse dispositivo é o valor total do crédito tributário (imposto e acessórios), ou seja, todo o valor que é recebido pelo Estado com o imposto e em virtude dele. Nada pode ser retirado, a título de ressarcimento de despesas com a atividade arrecadadora que inclui, na sua complexidade, a fiscalização.»

As premissas e conclusões desses julgamentos se adequam, a meu ver, à questão ventilada nos autos.

Também aqui se cuida de partilha do produto da arrecadação do imposto único sobre energia elétrica, e na linha da jurisprudência citada estará a afrontar a Lei Maior qualquer desconto para prover despesas com o mecanismo dessa arrecadação, porquanto, como salientado no voto do relator do prefallado RE nº 87.225-SP (Ministro Djaci Falcão) «não cabe ao legislador, federal ou estadual, dispor de modo diverso do que ficou expresso no texto constitucional.»

A essas razões, acrescenta-se a conclusão do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do eminente Subprocurador-Geral, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira:

«Desenganadamente, a Constituição trasportou para o legislador ordinário a regulamentação da distribuição do produto da arrecadação do IUEE.

No presente caso, porém, não há lei federal, existe decreto federal do executivo regulando a matéria.

Parece-nos evidente não ter o executivo poder de regulamentar, substituindo o legislativo.

A regência da matéria está, pois, reservada ao Poder Legislativo, Legislador por excelência e por princípio, único a que a Carta Magna poderia outorgar a regulamentação.»

Por derradeiro, registre-se que este Tribunal, no julgamento pleno da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada na AC nº 65.794-MG, relatada pelo Ministro Pádua Ribeiro, deu pela inconstitucionalidade do artigo 13, *caput*, do Decreto-lei nº 1.038, de 1969, que, igualmente, destinava 0,5% da renda bruta do imposto único sobre minerais para custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação do tributo, hipótese que em tudo se adequa ao caso presente.

De quanto foi exposto, portanto, concluo pela inconstitucionalidade do referenciado artigo 8º do Decreto nº 68.419, de 25 de março de 1971.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, também estou convencido da inconstitucionalidade do caput do art. 8º do Decreto nº 68.419, de 1971. Por isso, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. Inconst. AC nº 64.318 — MG — Reg. nº 3.167.330 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Suscitante do Incidente: Eg. 6ª Turma do TFR. Remte.: Ex Officio: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apdos.: Municípios de Passos e outros. Adv.: Dr. Yor Queiroz Júnior.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, conheceu do incidente e declarou a inconstitucionalidade do artigo 8º do Decreto nº 68.419, de 1971.

Os autos retornarão à Turma, para julgamento do mérito. (Em 12-9-85 — Pleno).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Costa Leite, Eduardo Ribeiro, Armando Rollemberg, Jarbas Nobre, José Dantas, Washington Bolivar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Sebastião Reis e Lauro Leitão.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Bueno de Souza, Américo Luz, Leitão Krieger e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.588 — DF
(Registro nº 3.417.719)

Relator: O Sr. *Ministro José Cândido*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara-DF*

Apelante: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do DF*

Apelado: *Flávio de Pilla*

Advogados: *Drs. José de Almeida Coelho, Luiz C. Bettiol e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Magistrado aposentado.

Inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215/63, que estabeleceu requisito de tempo para o exercício pleno da profissão, por parte de titulares de funções ou cargos públicos. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Representação nº 1.054-DF). 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, para confirmar a sentença; prejudicada a 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, 28 de setembro de 1984.

GUEIROS LEITE, Presidente — JOSÉ CANDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Flávio de Pilla, magistrado aposentado, impetrou Mandado de Segurança contra ato da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Distrito Federal, que lhe indeferiu o pedido de inscrição, por não haver decorrido o interstício de dois anos de sua inativação, previsto no art. 86 da Lei nº 4.215/63.

Em resumo, alegou não poder subsistir o ato impugnado, vez que tal dispositivo configura lesão ao direito, bem como, frontal ofensa às garantias constitucionais. Embasa seu pedido no art. 153, § 23, da Constituição Federal.

A autoridade impetrada prestou as informações de fls. 22/28, esclarecendo que, de fato, a inscrição do impetrante foi indeferida com base no art. 86 da Lei nº 4.215/63, porquanto foi ele aposentado voluntariamente. Prossegue, afirmando que o ato da

OAB não configura lesão, porque o Conselho Seccional da entidade, tem poder de deliberar sobre a incompatibilidade e não ofende a liberdade de profissão, aplicando tão-somente normas relativas ao seu exercício. Junta documento às fls. 29/115.

A medida liminar foi concedida à fl. 117.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara — I, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, sentenciando às fls. 121/125, concedeu a segurança, submetendo sua decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apelou a OAB-Seção do Distrito Federal, com as razões de fls. 130/133, renovando os argumentos das informações.

Contra-razões às fls. 139/142.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 149/150, opina pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de Segurança. Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Magistrado aposentado.

Inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215/63, que estabeleceu requisito de tempo para o exercício pleno da profissão, por parte de ex-titulares de funções ou cargos públicos.

Precedente do Supremo Tribunal Federal (Representação nº 1.054-DF).

Sentença confirmada.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A matéria não oferece mais controvérsia. Foi julgada, recentemente, perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, a Representação nº 1.054-6-DF, dando pela inconstitucionalidade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, assim ementada:

«EMENTA: Arguição de inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.

O mencionado dispositivo legal viola o disposto no art. 153, §§ 1º e 23, da Constituição Federal.

Representação que se julga procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.» (Julgado em 4-4-84, DJ 29-6-84, pág. 10.739).

Advirta-se, por oportuno, que a pretensão do autor, ajuizada em novembro de 1981, hoje nenhum efeito produziria, razão do decurso do tempo.

Isto posto, nego provimento à apelação para confirmar a sentença. Prejudicada a remessa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.588 — DF — (Registro nº 3.417.719) — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — DF. Apte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do DF. Apdo.: Flávio de Pilla. Advs.: Drs. José de Almeida Coelho, Luiz C. Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença; prejudicada a remessa de ofício. (Em 28-9-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.973 — DF
(Registro nº 3.359.450)

Relator: O Sr. *Ministro Sebastião Reis*

Requerente: *Benedito Felipe Rauen*

Requerido: *Ministro de Estado da Justiça*

Advogado: Dr. *Maurício de Campos Bastos*

EMENTA: Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Mandado de Segurança. Legitimação ativa. Art. 95 §1º da Constituição Federal. Art. 14 da Lei nº 6.788/80. Delegação de competência para nomear — Subprocurador-Geral da Justiça Militar. Provimento em comissão. Requisitos.

Tem legitimidade para impetrar Mandado de Segurança quem apóia o pedido em direito de concorrer à escolha, para efeito de nomeação para o cargo. Precedentes do Alto Pretório.

Conciliabilidade da Lei nº 6.788/80 com o § 1º do art. 95 da Constituição Federal, já que o requisito da estruturação em carreira pode ser satisfeito com sua limitação às duas categorias atualmente existentes.

Constitucionalidade do art. 14 referido, no ponto em que erige o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar em cargo em comissão ou em confiança.

Validade da delegação de competência ao Ministro da Justiça, para promover a nomeação respectiva (art. 81, VIII da Constituição Federal; Decreto nº 83.840, de 14-8-79, letra a, art. 1º).

Os pressupostos de escolha reclamados pelo impetrante foram previstos em lei que estabelecia o provimento em caráter efetivo para o cargo em foco (art. 4º do Decreto-Lei nº 267/67 e art. 2º da Lei nº 1.341/51, sendo que hoje o provimento o é em comissão, dispondo o último diploma legal, no particular, apenas que o exercício de cargo é privativo dos Procuradores Militares, sem outras exigências (Lei nº 6.786).

O cargo em comissão, no direito brasileiro, sempre se qualificou pelas notas de livre nomeação e exoneração, a teor de função gratificada, sendo assim, ontologicamente incompatível com mecanismos de seleção rígidos e múltiplos, próprios à investidura efetiva.

Segurança indeferida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos em Sessão Plenária, à unanimidade, indeferir o Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1983.

JOSÉ DANTAS, Presidente — SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: O Dr. Benedito Felipe Rauen, Procurador da Primeira Categoria da Justiça Militar, impetra perante o Plenário deste Tribunal Mandado de Segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Justiça, consubstanciado na portaria 660, de 29-12-81, que nomeou para o cargo em comissão de Subprocurador-Geral da Justiça Militar o Procurador Militar de Primeira Categoria, Dr. Antônio Brandão Trindade, nomeação baixada com fulcro na competência delegada na alínea a do art. 1º do Decreto nº 83.840, de 14-8-79, e assento no artigo 14 da Lei nº 6.788, de 20-5-80.

Consoante o aduzido e deduzido na inicial, o ato impugnado padece de vícios essenciais que o inquinam de nulidade absoluta, seja porque editado por autoridade incompetente, seja porque, na sua emissão, não foram observadas as formalidades próprias, e, ainda, porque a forma de provimento em comissão para o cargo viola o art. 95 § 1º da Constituição Federal vigente.

Desdobrando as teses suscitadas, sustenta a inicial que a nomeação em apreço é da competência do Exmo. Sr. Presidente da República, como está expresso no art. 9º da Lei nº 6.788, de 20-5-80, não se lhe aplicando a alínea a do art. 1º do decreto nº 83.840, de 14-8-79, cuja incidência só atinge os cargos de menor hierarquia, como resai da prática administrativa até agora adotada na administração federal, em ordem a reservar à Presidência da República os cargos e postos de mais alto «status» funcional, hierarquia que não pode ser negada ao de Subprocurador da República, sendo, assim, aqui, caso de provimento indelegável.

De outro lado, o art. 95, § 1º, da Lei Maior estabelece que os cargos do Ministério Público da União se integrarão em carreira, ao mesmo tempo em que o art. 2º da Lei nº 1.341/51 fixa que os cargos respectivos, salvo o de Procurador-Geral, serão providos, em caráter efetivo e constituem carreira, nos termos dessa lei, o que importa em afirmar que o cargo de Subprocurador-Geral integra o final de carreira do Ministério Público, e, dessarte, deve ser provido em caráter efetivo.

Ademais, o art. 4º do Decreto-Lei nº 267/67 é explícito em afirmar que o «cargo de Subprocurador-Geral será provido em caráter efetivo por escolha do Presidente da República, dentre os Procuradores que hajam ingressado na carreira e nela contem mais de 10 anos de serviços», situação que não foi alterada, a não ser no tocante à forma de provimento do cargo, pela Lei nº 5.843, de 6-12-72, permanecido o critério de parágrafo único do art. 2º da Lei Orgânica do Ministério Público, no sentido de que «o cargo de Subprocurador-Geral da República será provido por merecimento, dentre os procuradores colocados nos dois primeiros terços da categoria, imediatamente anterior, por ordem de antiguidade, sendo certo, ainda, que o art. 14 da Lei nº 6.788/80, em que se arrima o ato atacado, apenas dispõe sobre a forma de provimento em comissão, mas não afasta a vinculação da escolha aos requisitos de categoria e antiguidade de enunciados.

O critério ora sustentado foi observado em a nomeação do Procurador Humberto Ramos, com assento na Lei nº 1.341/51, Decreto-Lei nº 1.267/67 e Lei nº 5.843/72, em que a forma de provimento mudou mas não se alterou o procedimento de escolha, e só, posteriormente, com a nomeação dos Drs. Paulo Duarte Pontes, e, agora, com o

Dr. Antônio Brandão Andrade, passou a Secretaria do Estado de Justiça e despreza a observância dos requisitos prévios aludidos.

Saliento que vem sendo vítima de campanha solerte e que a questão comporta uma apreciação ampla, em termos de direito intertemporal e ao plano da Constituição Federal, não havendo falar-se em iliquidez do direito pleiteado nem ilegitimação do impetrante.

Como ocorresse a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, determinei promovesse o impetrante a citação respectiva (fl. 86), o que foi requerido à fl. 87, pedido que deferi.

A ilustre autoridade ministerial prestou as informações de fl. 93, onde, inicialmente, sustenta a sua competência para prover, em comissão, o cargo em causa, sob invocação do Decreto nº 83.844, no qual o Presidente da República autoriza aos Ministros de Estado baixar atos de provimento de cargos em comissão integrantes do Grupo Direção e Assessoramento Superiores até o ponto 4, cujo vencimento corresponde, atualmente, a Cr\$ 161.578,00 (cento e sessenta e um mil, quinhentos e setenta e oito cruzeiros), superior ao vencimento do cargo de Subprocuradoria-Geral; fixado em Cr\$ 120.705,00 (cento e vinte mil, setecentos e cinco cruzeiros), lembrando, ainda, que o art. 13 da Lei nº 6.788/80 se absteve de mencionar a autoridade competente para tal, e que a delegação em apreço consoa ao disposto no Decreto-Lei nº 200/67; de outro lado, acentua que a matéria em exame é similar à apreciada por este Tribunal no Mandado de Segurança nº 90.247, pedido indeferido em sessão de 4-12-80, cuja ementa e fundamentação transcreve; a seguir, procura mostrar que os requisitos e pressupostos legais para o provimento respectivo foram devidamente observados, de vez que o caráter efetivo de que se revestia o cargo passou a inexistir com a vigência do último diploma que o transformou em comissão e no concernente ao art. 4º do Decreto-Lei nº 267/67, o mesmo foi revogado pelo art. 8º da Lei nº 5.843/72, passando daí em diante o provimento a efetivar-se por livre nomeação; no relativo ao parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 1.341/51, bastaria esclarecer que os cargos de Subprocuradoria-Geral da República que nada têm a ver com os da Justiça Militar, por igual, são providos em comissão, por livre escolha, entre os Procuradores da República; nessa ordem de considerações, o impetrante não reúne o pressuposto de titularidade de liquidez e certeza do direito pleiteado, de um lado, porque os princípios de escolha, invocados na inicial, estão superados em face da legislação superveniente, bastando, hoje, para o preenchimento do cargo, ser Procurador da Justiça Militar, apresentando-se o requerente portador de simples expectativa de direito à nomeação, certo, ainda que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei (art. 6º do CPC), de outro, porque o ato impugnado se reveste de plena legitimidade, de acordo com os artigos 13 e 14 da Lei nº 6.788/80.

O litisconsorte passivo necessário, Dr. Antônio Brandão Trindade, à fl. 104, sustentou a legitimidade constitucional do art. 14 da Lei nº 6.788/80, e depois de frisar que a Constituição Federal outorgou à norma ordinária a criação da carreira e dos cargos do Ministério Público da União, a ela compete, respeitada a hierarquia, revogar, total ou parcialmente, através de modificações, todo o referente ao seu âmbito; outrossim, opôs a regularidade da delegação em apreço.

A pedido do impetrante, requisitei da autoridade impetrada a lista dos concorrentes, diligência objeto de fls. 124 e 134/43.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 148/9, em parecer da lavra do Procurador Paulo Solberg que se manifestou doutamente pela denegação de segurança.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Extrai-se da inicial *in fine* (fl. 7) que a presente ordem de segurança é requerida

«para invalidar os efeitos da recente portaria 660, de 29 de dezembro de 1981, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e, repostas às coisas nos termos constitucionais, se proceda à nomeação, segundo os preceitos legais vigentes.»

Ao fazê-lo, sustenta basicamente o impetrante que o ato impugnado padece de vícios essenciais que o enfermam de nulidade absoluta, seja porque, na sua emissão não foi observado o critério de escolha estabelecido no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.341/51, seja porque editado por autoridade incompetente, e, acima de tudo, a forma de provimento em comissão aceita para a investidura viola o art. 95, § 1º, da Constituição Federal vigente.

Inicialmente, examinemos a ilegitimidade máxima levantada, constante da inconstitucionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, na parte em que prescreve serem de provimento em comissão os cargos de Subprocurador-Geral, ponto, a seu ver, conflitante com o art. 95 e seu parágrafo único e art. 151, § 3º, da Constituição Federal vigente.

Transcrevamos os textos referidos:

«art. 95. O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 1º Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removido a não ser mediante representação do Procurador Geral, com fundamento em conveniência do serviço».

Ainda, o art. 151, § 3º, da Lei Maior dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido.

No particular, argumenta o impetrante que o § 1º do art. 95, ao dispor que o Ministério Público da União se organizará em carreira, com as garantias que menciona e prescreve a escolha pelo Presidente da República do Procurador-Geral entre brasileiros qualificados, deixa claro que só esse último cargo é de provimento em comissão, e, assim, os de Subprocurador-Geral se integram na carreira como de provimento efetivo, e, admitida a inconstitucionalidade ora posta, o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar continua sujeito ao regime de provimento efetivo, observado o processo de escolha estabelecido no Decreto-Lei nº 267/67 (art. 4º) e parágrafo único da Lei Orgânica do Ministério Público de 1951.

Sob tal enfoque, inicialmente, é de assentar-se que *in casu* não se argúi a inconstitucionalidade da lei, em tese só veiculável via representação, mas de referibilidade a caso concreto; assim, resta discutir-se a legitimação ativa *ad causam* do impetrante, e, no particular, o pedido não se assenta no direito, em si mesmo, à promoção, sobre o que existe mera expectativa, mas na pretensão de que a escolha se faça entre os Procuradores da Justiça Militar que contem na carreira mais de 10 anos de serviço (art. 4º do Decreto-Lei nº 267/67) requisito por ele ostentado.

Barbosa Moreira, em «Temas de Direito Processual, pg. 200, leciona que o exame da legitimidade, como de qualquer das condições da ação, tem de ser feito com abstração das possibilidades que no juízo do mérito vão deparar-se ao julgador; a de proclamar existente ou a declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *in iudicio deducta*, vale dizer, o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, à vista do afirmado, cabendo ao magistrado raciocinar como admitindo, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade

da narrativa, deixando para o juízo de mérito a apuração respectiva, ante os elementos de convicção que a etapa instrutória ofereça (voto do Min. Soares Muñoz no MS 20.209-RTJ 92/579).

Nesse sentido decidiu o Alto Pretório no MS acima referido, Rel. o Min. Rodolfo Meyer, de cuja ementa se destaca:

«Tem legitimidade para impetrar Mandado de Segurança quem suporta o pedido em direito de concorrer à escolha para efeito de nomeação para o cargo».

Por igual, já assim entendera a Corte Maior no RE nº 89.472 (DJ 28-12-78), embora seja certo que anteriormente decidira diversamente (MS nº 4.798, de 30-4-58; MS nº 1.768 — RDA 43/308, MS nº 19.302-RTJ 47/542, esses já superados).

No caso concreto, o postulante não pretende diretamente a sua nomeação ou promoção, mas, como consta do relatório e da inicial *in fine*, requer, «respostas às coisas nos termos constitucionais, se proceda à nomeação, segundo os preceitos legais vigentes» invalidando-se a portaria atacada, isto é, processe-se a escolha entre os dez procuradores da justiça militar mais antigos, entre os quais se encontra.

Posto o pedido nesses termos, entendendo ser o impetrante parte legítima ativa **ad causam** na presente segurança, tendo interesse processual legítimo em que se lhe decrete a inconstitucionalidade levantada em ordem a assegurar-lhe o direito a concorrer à escolha respectiva.

Fixadas tais premissas, resta examinar-se se configura o vício máximo apontado.

Aqui, como se vê das transcrições atrás feitas, o art. 95 da Constituição Federal, no seu *caput* deixa claro que o cargo de Procurador-Geral da República será de livre escolha do Presidente da República, respeitadas as qualificações morais e técnicas reclamadas, e no seu par. 1º, estatui que os demais membros do Ministério Público da União ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso, asseguradas as garantias de estabilidade que menciona.

Controverte-se nos autos se a Lei Maior ao dispor, de um lado, que a chefia do Ministério Público Federal seria provida em confiança, e, de outro, que os cargos de instituição se estruturariam em carreira, com garantia de estabilidade, impede o provimento em comissão dos cargos de Subprocurador-Geral, tese afirmada na impetração e negada nas informações e contestação.

Atualmente, de acordo com a Lei nº 6.788/80, o Ministério Público da União se estrutura em cargos de Procuradores de 1º e 2º categorias, todos de provimento efetivo e Subprocuradores-Gerais, providos em comissão, havendo na Justiça Militar ainda o de Procurador-Geral, também comissionada, tudo sob a chefia do Procurador-Geral da República.

Meditei muito sobre a hipótese dos autos, sobre os reflexos prejudiciais do comissionamento na independência do Ministério Público, mas a conclusão a que cheguei é a de que o requisito da estruturação em carreira pode ser satisfeito com sua limitação às duas categorias atualmente existentes, considerando-se principalmente que as Subprocuradorias-Gerais decorreram de simples desdobramento da Procuradoria-Geral, em face dos novos Tribunais Superiores surgidos.

Embora não me sinta, em princípio, preso a conceito apriorístico em matéria de declaração de inconstitucionalidade da lei, o fato é que como já ponderara Marshall, tal tarefa é sempre missão muito delicada — «it is all time a question of much delicacy» — e a incompatibilidade entre a Constituição e a Lei ordinária deve resultar de uma clara e forte convicção — «a clear and strong conviction» ou, na linguagem de Black, a violação deve apresentar-se clara, completa e inequívoca — «clear, complete and unmistakable».

Na espécie, como já dito, o art. 14 da Lei nº 6.788/80, no ponto em que erige o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar em cargo em comissão ou em confian-

ça, não se soa inconciliável com o art. 95 e seu § 1º do Código Fundamental, no seu espírito ou na sua letra.

Sublinhe-se que espécie semelhante foi levantada por membro do Ministério Público da União perante a douta Procuradoria Geral da República, conforme protocolo 22.600, de 19-6-75, em que se arguiu a inconstitucionalidade do art. 103 da Constituição do Estado do Ceará, que estabeleceu serem os Subprocuradores-Gerais de livre nomeação do Governador, representação mandada arquivar pelos então Procuradores-Gerais Henrique Fonseca e Firmino Paz, ao fundamento de ausência de suporte para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Por tais fundamentos, rejeito a arguição da inconstitucionalidade ora oposta.

VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Sr. Presidente, a circunstância ora levantada, de que a transformação do cargo anteriormente de provimento efetivo em comissão não estaria demonstrada nos autos e que seria um aspecto fático que impediria assim o conhecimento da impetração, *data venia*, não me parece influente no caso, de um lado, porque não foi sustentada obviamente não poderia tê-lo sido pelo impetrante e, de outro, também, não foi argüida nas informações. De forma que, *data venia*, rejeito a objeção.

VOTO 2ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): No relativo à segunda ressalva — incompetência do Ministro da Justiça para praticar o ato impugnado — a Constituição Federal vigente, após incluir na competência privativa do Presidente da República a atribuição de prover os cargos públicos federais (art. 81, VIII), faculta à autoridade presidencial delegar a atribuição em causa (parágrafo único).

A esse propósito foi baixado o Decreto nº 83.840, de 14-8-79 que dispõe:

«art. 1º É delegada competência aos Ministros de Estado, para, observadas as disposições legais e regulamentares, praticar, relativamente, aos servidores civis da União, atos de:

- a) provimento de cargo ou emprego
- b) nomeação por acesso
- c) promoção
- d) aproveitamento no âmbito do Ministério;
- e) exoneração ou dispensa a pedido
- f) aposentadoria.

A Portaria arcada (fl. 9) louva-se precisamente na alínea *a*, acima transcrita — delegação para prover cargos e empregos — invocando, ainda, o art. 14 da Lei nº 6.788/80 que prevê o provimento do cargo enfocado em comissão, mediante escolha entre os Procuradores Militares.

Como se vê da alínea *a* invocada, a delegação de competência respectiva atinge o provimento de cargos dos servidores públicos civis da União, compreendidos sob a hierarquia ministerial atinente, assegurada a observância das disposições legais e regulamentares.

Paralelamente, dispõe o Decreto-Lei nº 200/67, ao cogitar da delegação de competência:

«art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, e, em geral, às autoridades da Administração Federal, delegar competên-

cia para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante e as atribuições objeto de delegação»

«art. 173. Os atos de provimento de cargos públicos ou que determinem sua vacância, assim como os referentes a pensões, aposentadorias e reformas, serão assinados pelo Presidente da República ou mediante delegação deste, pelos Ministros de Estado, conforme se dispuser em regulamento.»

Correlatamente, o seu art. 39 estabelece que o Ministério Público se insere no Ministério da Justiça; outrossim o Decreto nº 76.387, de 2-10-75, ao dispor sobre a estrutura básica do Ministério da Justiça em seu art. 20, VI, é explícito em incluir o Ministério Público da União entre seus órgãos componentes.

Lembre-se que a legislação anterior sobre a matéria, constante do Decreto nº 73.987, de 24-4-74, era expresso em referir-se apenas a cargos de provimento efetivo, estabelecendo, paralelamente, várias exceções, entre essas os cargos integrantes dos Grupos «Outras Atividades de nível Superior» «Serviço Jurídico da União», o que não ocorre no regime atual.

Por fim, o fato de o art. 9º da Lei nº 6.788/80 aludir a nomeação pelo Presidente da República não exclui a delegação de competência aludida, mesmo porque a lei só podia referir-se à competência originária.

Embora entenda que o cargo de Subprocurador-Geral da República, pela sua elevada qualificação técnico-funcional, mereça todas as distinções do legislador, o fato é que o Ministério Público Federal, entre nós, se insere na área do Ministério da Justiça, estando seus integrantes compreendidos sob a hierarquia do titular respectivo e a legislação atual sobre delegação de competência, diferentemente da anterior, não distingue, para aquele efeito, entre cargos de provimento efetivo, e em comissão e não excepcional, no particular do seu âmbito de incidência.

Por todos esses aspectos enfocados, rejeito a ressalva oposta.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): No concernente à última restrição oposta, no sentido de que o provimento em comissão não altera o procedimento de escolha a processar-se entre os Procuradores colocados nos dois primeiros terços da categoria imediatamente anterior, por ordem de antiguidade (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.341/51), que contem mais de 10 anos de Serviços (art. 4º do Decreto-lei nº 267/67), vê-se que a Lei Orgânica do Ministério da União, de 1951, previu, em seu artigo 51, como órgãos do Ministério Público Militar, o Procurador-geral da Justiça Militar, nomeado em comissão, e os Promotores Militares, só cogitando de Subprocurador-Geral junto ao Tribunal Federal de Recursos (art. 33); posteriormente, o Decreto-Lei nº 267/67, ao introduzir alterações no Ministério Público da União, junto à Justiça Militar, passou a denominar os Promotores de Procuradores Militares, classificados em categorias (art. 1º), criando, no seu artigo 2º, o cargo de Subprocurador-Geral, dispondo, no particular, no seu art. 4º, verbis:

«O cargo de Subprocurador-Geral será provido em caráter efetivo, por escolha do Presidente da República, dentre os Procuradores que hajam ingressado na carreira e nela contem mais de 10 anos de serviço.»

Mais tarde, a Lei nº 5.843/72 modificou a forma de investidura do cargo de Subprocurador-Geral em causa, estabelecendo:

«art. 8º É criado 1 (um) cargo em comissão de Subprocurador-Geral junto à Justiça Militar, cujo provimento é condicionado à vacância do atual cargo efetivo, de igual denominação, que se extinguirá, quando vagar.»

Por fim, a Lei nº 6.786/80 criou mais um cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar, também, de provimento em comissão, estatuinto, paralelamente, no seu art. 14, que os cargos de Subprocurador-Geral da República, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho são de provimento em comissão, sendo seu exercício deferido exclusivamente a Procuradores da República, Procuradores Militares e Procuradores do Trabalho, no âmbito da respectiva instituição.

Do quadro legal esboçado colhe-se que o provimento do cargo em apreço, embora originariamente o fosse em caráter efetivo, posteriormente, como agora, o é em comissão.

No particular, a tese central da impetração é a da convivência do provimento em comissão estabelecido na lei posterior com os mecanismos de escolha da legislação anterior, porque compatíveis os dispositivos legais pertinentes, na linha do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, vale dizer, sem embargo da forma de provimento em comissão, a investidura no cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar continua sujeita às condicionantes do art. 4º do Decreto-Lei 267/67, escolha pelo Presidente da República entre os Procuradores Militares que contem mais de 10 anos de serviço na carreira — e, ainda, às exigências da Lei Orgânica de 1951, escolhe entre os Procuradores colocados nos dois primeiros terços da categoria imediatamente anterior, por ordem de antiguidade — requisitos que o litisconsorte passivo não ostenta e que o impetrante oferece.

O Egrégio Plenário desta Corte já teve oportunidade de examinar a tese ora posta pelo impetrante, havendo-a repellido, em aresto unânime, de que fui Relator, proferido no MS nº 90.247, sob a seguinte ementa:

«Administrativo. Cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar. Provimento em Comissão. Requisitos.

Os pressupostos de escolha reclamados pelo impetrante foram previstos em lei que estabelecia o provimento em caráter efetivo para o cargo em foco (art. 4º do Decreto-Lei nº 267/67 e art. 2º da Lei nº 1.341/51, sendo que hoje o provimento o é em comissão, dispondo o último diploma legal, no particular, apenas, que o exercício de cargo é privativo dos Procuradores Militares, sem outras exigências (Lei nº 6.786).

O cargo em comissão, no direito brasileiro, sempre se qualificou pelas notas de livre nomeação e exoneração, e teor de função gratificada, sendo assim, ontologicamente incompatível com mecanismos de seleção rígidos e múltiplos, próprios à investidura efetiva.

Segurança indeferida.» (DJ: 12-2-82).

À luz de tudo quanto foi exposto, alegado e debatido, sem embargo do respeito que dedico ao ilustre impetrante e da simpatia que nutro para a sua tese básica, principalmente considerando a sua posição de mais antigo na categoria, com a desistência de Marly Gueiros Leite, apesar disso, não vejo na pretensão ajuizada direito líquido e certo.

Indefiro a segurança.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente. Entendo que o ingresso na carreira do Ministério Público se dá por concurso, e a carreira, nos estritos termos da Lei Orgânica, bifurca-se, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 5.843/82 e 6.788/80 em categorias «1ª» e «2ª», não se cogitando de promoção dos ocupantes do último posto ao exercício das funções de «Subprocurador-Geral da República». Digo, funções, e não cargos. Portanto, para estas podia o legislador ordinário, sem ferir a Constituição Federal, estabelecer provimento em comissão, como desdobramento da Procuradoria-Geral da República.

Data venia, acompanho o voto do Ministro Relator.

VOTO PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, no caso concreto, afigura-se que o impetrante realmente tem legitimidade *ad causam* no tocante à arguição de inconstitucionalidade, porque só a solução dessa questão poderá ensejar o exame da controvérsia principal, qual seja, acerca do direito daquele concorrer ao cargo que postula, isto é, de Subprocurador-Geral. Se se entender que o cargo é em comissão, tal postulação, a meu ver, resultará prejudicada, desde que os cargos em comissão são de livre escolha. Mas, se o preceito for declarado inconstitucional, isto é, se se entender que o referido cargo é de carreira, então será possível, à vista dos vários textos legais invocados, examinar se o impetrante tem o direito de ser nele provido através de promoção.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

VOTO PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, sempre me preocupei com o provimento em comissão dos cargos do Ministério Público, cuja carreira já tive a honra de integrar.

Tal provimento em comissão — segundo se depreende — limita o exercício da função dos membros de tão importante instituição do Estado. No entanto, está a generalizar-se a criação de cargos em comissão nos órgãos do Ministério Público. Assim é que, no âmbito do Ministério Público Federal, hoje, além do cargo de Subprocurador-Geral da República, são providos em comissão os cargos de Procurador-Chefe nos Estados. A meu ver, tal proceder implica num manifesto desvirtuamento das importantes funções institucionais do Ministério Público. Na hipótese de oferecimento de denúncia, por exemplo, o Procurador nomeado em comissão (desde que se trate de um caso político) poderá, até mesmo, sofrer pressões e, desde que não as supere, ver-se na possibilidade de ser destituído do seu cargo.

No caso, porém, do cargo de Subprocurador-Geral, penso que não se pode, na verdade, interpretar o art. 95 de forma restritiva, porque, numa primeira leitura desse texto constitucional, somos levados a admitir que ele apenas prevê, Ministério Público, cargos de carreira e o de chefia, provido em comissão.

Acontece que a realidade da vida tem demonstrado que os tribunais estão a desdobrar-se, como se deu, por exemplo, com o Tribunal Federal de Recursos — que se dividiu em Seções e Turmas. Diante de tal circunstância, o Procurador-Geral da República não teria condição material de representar os interesses da União nesses vários órgãos jurisdicionais que têm sido criados. Daí que, realmente, outra solução não vejo, senão a proposta pelo eminente Relator, no sentido de admitir a conciliação do dispositivo legal, qual seja, do art. 14 da Lei nº 6.788/80, com o texto constitucional, porquanto as funções inerentes aos Subprocuradores-Gerais são da mesma natureza das exercitadas pelo Procurador-Geral (Ver Decreto-Lei nº 267/67, art. 80; e Lei nº 6.672/79, arts. 3º e 4º; e Lei nº 6.788/80, art. 9º, parágrafo único).

A meu ver, o que a norma constitucional veda é que os cargos do Ministério Público, ressalvado o de Procurador-Geral, sejam ocupados por pessoas estranhas à carreira do Ministério Público. Contudo, isso não ocorre na espécie. Com efeito, o art. 14 da referida Lei nº 6.788/80 diz, expressamente, que o exercício dos cargos de Subprocurador-Geral da República, Subprocurador-Geral da Justiça Militar e Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho «é deferido exclusivamente a Procuradores da República, Procuradores Militares e Procuradores do Trabalho, no âmbito da respectiva instituição».

Considero, pois, constitucional o provimento em comissão dos cargos de Subprocurador-Geral; ressalvo, contudo, que se, em ocasiões outras, a questão surgir

com relação a outros cargos do Ministério Público, possa então, em concreto, voltar ao exame do tema.

Acompanho o emérito Ministro Relator, com essa ressalva.

VOTO PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, a meu ver, não procede a preliminar, porque o que visa, na realidade, a impetrante é que se declare a inconstitucionalidade da expressão «provimento em comissão», constante do art. 14 que é acoimado de inconstitucionalidade. Ora, se se declarar a inconstitucionalidade dessa expressão, obviamente que o cargo provido passará a ser de provimento efetivo. Por isso, o seu provimento em comissão, que ocorreu através de ato do Sr. Ministro da Justiça, ficará invalidado, porque contaminado de inconstitucionalidade. Nesse caso, o seu preenchimento terá de ocorrer seguindo as regras gerais de promoção previstas nos textos legais em vigor.

Então, à vista desse entendimento, acompanho o Sr. Ministro Relator, com a devida vênua ao Sr. Ministro Costa Lima.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, na sessão de 18-11-82, solicitei vista destes autos para um melhor estudo da questão preliminar de inconstitucionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, posta em destaque e sobre a qual já se pronunciaram, rejeitando-a, os Srs. Ministros Sebastião Reis (Relator), Miguel Ferrante, José Cândido e Pádua Ribeiro.

2. Examinando o processo, deparei com outra questão preliminar, que me parece prejudicial em relação à que está sendo debatida, porquanto, se acolhida, afastaria o próprio conhecimento do pedido em seu todo.

3. Entendo, após examinar com atenção a inicial e o memorial distribuído pelo impetrante, que o pedido não está em condições de ser examinado pela via do mandado de segurança porque, além de certa desarmonia ou incongruência com as questões apresentadas pelo impetrante, careceria de esclarecimento de questão de fato.

4. Com efeito, no referente à matéria de fato, a inicial faz alusão a um cargo efetivo de Subprocurador-Geral, de preenchimento por escolha do Presidente da República dentre os Procuradores com mais de dez anos de serviços. Segundo a inicial, essa era a situação definida pelo Decreto-Lei nº 267/67 mas, com a sobrevinda da Lei nº 5.843/72, criou-se um cargo em comissão, cujo preenchimento ficou condicionado à vacância e conseqüente extinção do anterior. Entretanto, os autos não esclarecem se, de fato, chegou a vagar-se e extinguir-se tal cargo.

5. Quanto à desarmonia do pedido com as questões apresentadas, noto que o impetrante se insurge contra a forma de provimento dos cargos em comissão que vieram de ser criados mas, pelo que deparei, aceita sua existência, tanto que pleiteia a observância, no preenchimento deles, do critério de promoção por merecimento estabelecido na Lei Orgânica (Lei nº 1.341/51). Teríamos, assim, que esses cargos seriam providos em comissão, porém observado o critério de merecimento, como se pertencessem à carreira.

Ora, *data venia*, cargos em comissão jamais podem pertencer a nenhuma carreira. Nem o seu provimento pode ser condicionado por critérios objetivos de apuração de merecimento, pois é de sua natureza o elemento subjetivo da confiança. Além do mais, de nada adiantaria a rigidez da escolha se pelo poder de livre demissão, inerente a esses cargos, pudesse o escolhido ser em seguida exonerado.

6. Assim, penso que, na verdade, a pretensão do impetrante seria no sentido de considerar inconstitucionais as leis que substituíram por cargo em comissão o cargo efetivo anteriormente existente, de modo que este fosse considerado mantido e sujeito a preenchimento regular.

7. Pelo exposto, entendo que o pedido não satisfaz os pressupostos da ação mandamental, devendo o impetrante ser remetido às vias ordinárias, onde melhor poderá expor e demonstrar seu alegado direito e fazer as provas indispensáveis.

É a questão prejudicial que gostaria que V. Exa. submetesse ao Eg. Plenário, com o devido destaque, antes de se prosseguir no exame da matéria constitucional.

Meu voto, desde já, é pelo não conhecimento do pedido, ressalvando-se ao impetrante o ingresso nas vias ordinárias.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Preliminar de inconstitucionalidade.

I — Parte preambular

Sr. Presidente, o Relator da presente ação de Mandado de Segurança, eminente Ministro Sebastião Reis, ao examinar a questão preliminar de inconstitucionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, recordou a sempre invocada advertência de Marshall, sobre a cautela a se tomar no exame da inconstitucionalidade de uma lei ordinária, a qual «deve resultar de uma clara e forte convicção». E, enfrentando o caso concreto, chegou à conclusão de que a referida lei, no estabelecer o comissionamento dos cargos de Subprocurador-Geral da República, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, não conflita com a Lei Magna. Afirmou S. Exa.:

«Meditei muito sobre a hipótese dos autos, sobre os reflexos prejudiciais do comissionamento na independência do Ministério Público, mas a conclusão a que cheguei é a de que o requisito da estruturação em carreira pode ser satisfeito com sua limitação às duas categorias atualmente existentes, considerando-se principalmente que as Subprocuradorias-Gerais decorreram de simples desdobramentos da Procuradoria-Geral, em face dos novos Tribunais Superiores surgidos».

2. Sem embargo do respeito e admiração que consagro ao eminente colega, respeito e admiração que igualmente se estendem aos demais ilustres componentes deste Eg. Tribunal, alguns dos quais já secundando o respeitável voto de S. Exa., tenho, *data venia*, opinião oposta, que procurarei fundamentar a seguir, embora, de antemão, reconhecendo a fraqueza de minhas forças ante a magnitude da tarefa.

Quero, porém, em primeiro lugar, pedir, licença para observar que a advertência de Marshall, sem dúvida de inegável valor (tanto que sempre lembrada e cultuada pelos que mais entendem da matéria), melhor se ajusta às constituições elásticas como a dos Estados Unidos da América, seguida em suas linhas gerais pela nossa de 1891. Em verdade, tão amplas e genéricas são as disposições da Constituição americana que, sem grande risco de erro, se diria estar ela contida nas próprias interpretações que dela extrai a Corte Suprema. O mesmo se pode afirmar relativamente ao tema em debate, de nossa Carta Magna de 1891, que nem chegava a aludir ao Ministério Público como instituição permanente que é dos povos cultos, mas apenas tratava da nomeação do Procurador-Geral da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º).

É bem de ver que, nesse tipo de constituição, a obra do intérprete sobe de responsabilidade à medida que se espria em construções ou se enrigesse em limitações, procurando dar forma e existência concreta aos interesses maiores da coletividade, eternos e sobrepostos aos das individualidades passageiras.

A respeito, para não alongar em demasia este preâmbulo, basta lembrar o labor gigantesco, enobrecedor e imperecível do colendo Supremo Tribunal Federal, no início deste século.

3. De lá para cá, entretanto, os nossos constituintes tomaram conhecimento da evolução das estruturas sociais e jurídicas dos povos de que mais nos aproximamos por

laços culturais e históricos; tomaram conhecimento de abusos de toda ordem na aplicação prática das leis e da própria Constituição, sem que nada pudesse fazer o Judiciário na sua natural posição estática e exclusivamente receptiva, por isto que a ele só vinham os próprios conspurcadores do direito, quando atingidos em seus interesses.

É possível até que, para nova postura do constituinte, que bem viu não sermos bons imitadores dos saxões, haja contribuído a repercussão que teve a demissão, por Eptácio Pessoa, do Procurador Seccional da República no Rio Grande do Sul, Arnaldo Ferreira. Sobre esse episódio, aliás, o próprio demitido escreveu «Em Defesa», Livraria do Globo — 1922 —, que precisava ser lido por todos os que se interessem pela vida dessa instituição em nosso País.

O certo é que, de 1934 para cá, com o curto hiato da ditadura de 37, o constituinte passou a tratar do Ministério Público como instituição permanente do Estado e a conferir garantias a seus membros, dispondo a Constituição de 1934, em seu art. 95, § 3º, que:

«Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhe será assegurada ampla defesa».

E tal norma se repetiu, com alterações no sentido de melhorar o estímulo e as garantias dos exercentes do cargo (como o estabelecimento de carreira e a inamovibilidade relativa), nas Constituições de 1946 e 1967 e respectivas emendas.

4. Como se vê, mais rígidas se tornaram nossas Cartas Magnas, delimitando a ação do intérprete mas, ao mesmo tempo, dando-lhe maior segurança no entender os fatos jurídicos e surpreender os desvios gerados pela afoiteza bem-intencionada dos leigos ou pela má-fé dos que, esquecendo a lição de Carlos Maximiliano, põem o interesse público a reboque de suas conveniências.

Nosso quadro rígido traçado pelas Cartas mais recentes, pouco vale a advertência de Marshall, porque o caminho do intérprete e aplicador da lei básica já vem traçado e iluminado pela mesma.

5. Outro ponto, para o qual peço atenção, é quando o eminente Relator afirma serem as Subprocuradorias-Gerais meros desdobramentos da Procuradoria-Geral da República, imposto pelo surgimento de novos Tribunais Superiores. Creio que há um ligeiro equívoco na afirmativa. Em primeiro lugar, a função do Procurador-Geral da República, de chefia da instituição, não se poderia desdobrar, salvo se se tornasse colegiada, e mesmo assim só por emenda à própria Constituição. Em segundo lugar, o que desde a Lei nº 5.010/66 tem ensejado a elevação do número de Subprocuradores é o aumento do volume de serviço nos próprios Tribunais em que atuam, notadamente aqui neste Tribunal Federal de Recursos. Novos Tribunais só têm sido criados na Justiça do Trabalho, por força de sua divisão regional, mas é sabido que junto a eles não atuam Subprocuradores-Gerais.

Aliás, para se perceber que o fato nada tem que ver com a criação de Tribunais, basta atentar-se para a existência dos Subprocuradores-Gerais do Ministério Público da União junto à Justiça do Distrito Federal, existentes desde a Lei Orgânica, que é de 1951. E — note-se — ali eles seguem sendo de provimento efetivo, como últimos postos da carreira.

II — A questão constitucional propriamente dita

6. Feitas essas considerações preambulares, sem outro propósito que não o de colaborar para o melhor entendimento da questão a ser debatida, passo a examinar o problema no seu âmago.

7. Diz a Constituição Federal vigente, numa reprodução quase fiel das de 1934 e 1946, que o Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco

anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira mediante concurso público de provas e títulos, não podendo ser demitidos, após dois anos de exercício, senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, etc. (art. 95, caput e § 1º). E no § 2º traça normas gerais para organização desse importante órgão auxiliar do Judiciário nos Estados, observando o sistema de carreira e garantias do § 1º.

Sobre isto, assevera Marcelo Caetano:

«Tendo o seu estatuto na lei (Constituição, art. 94), e organizado em carreira onde os agentes ingressem mediante concurso de provas públicas e títulos e de que só podem ser demitidos por sentença judicial ou em virtude de processo administrativo com ampla defesa assegurada (art. 95, § 1º), o Ministério Público goza da independência funcional exigida pela dignidade da magistratura ...» («Direito Constitucional Brasileiro» — Forense — 1978, vol II, p. 345).

Está aí, sem possibilidade de ampliação ou restrição qualitativa, a estrutura da instituição: a) um chefe nomeado pelo Presidente da República (ou — entenda-se — pelo Governador); b) membros nomeados para cargos estruturados em carreira e, logicamente, de provimento efetivo, pois ninguém que tenha noções comezinhas de administração pode pensar em formação de carreira para cargos de provimento em comissão. O legislador constituído não pode alterar essa qualidade da estrutura. Pode alterar a quantidade, isto é, aumentar ou diminuir o número de cargos da carreira. Não criar cargos fora da carreira. E, muito menos, alterar-lhes o critério de provimento, que há de ser em caráter efetivo e, para as classes que não a inicial, mediante promoção ou acesso dos ocupantes das classes inferiores.

«Cargo de carreira é o que se escalaria em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional», comenta Hely Lopes Meirelles (Dir. Adm. Brasileiro, p. 356 — 2ª ed.), o que, por si só, repele a inclusão do cargo em comissão, que admite exclusivamente provimento em caráter provisório.

8. Pontes de Miranda, nos seus comentários à Constituição de 1967, texto primitivo, portanto ainda antes de se eliminar a escolha do Procurador-Geral pelo Senado, já lamentava sua transformação em agente político do governo (Comentários à Constituição de 1967) — Tomo IV, pág. 327). E indagava:

«Como se há de esperar que denuncie altas autoridades da administração financeira e da polícia quem, com tal atitude, se exporia à demissão?»

É que, no seu entender, o Procurador-Geral devia ser eleito, pois só assim teria a independência necessária para desempenhar suas altas funções.

9. Impotente e desanimado ante essa involução de nossa Carta Magna, pois que na de 1891 o Procurador-Geral era um membro do próprio Supremo Tribunal, regozijava-se, porém, o insigne mestre, com as garantias asseguradas aos demais membros do Ministério Público. E acentuava a natureza permanente da instituição e a natureza inconfundível e inalterável de suas funções:

«Trata-se de ofício particularmente ativo, a que se não pode emprestar, sem grave deformação semântica, o significado de órgão coordenador de atividades governamentais. Só coopera. Que é que o Ministério Público coordenaria? Ele não ordena, nem, tampouco, coordena. Ele promove, postula, pede, impetra, litiga. Nenhum ato dele é de ordenação, ou de coordenação. É de promoção».

E mais adiante:

«Não há, portanto, possibilidade de se introduzir na estrutura e no regime de tal ofício o princípio de oportunidade, de que tratam, a outros respeito, a processualística e a política. O exercício das funções não pode depender

de considerações de oportunidade. Existe Ministério Público, assim na União como nos Estados-membros, e as funções têm de ser exercidas. O Governador não pode, como o Presidente da República também não poderia, ordenar que, em certo caso, ou em certas espécies, o Ministério Público não promova» (Pontes de Miranda, obra e tomo citados, pág. 323/4).

9. E, agora, pergunto eu: como conciliar essa natureza institucional e funcional do Ministério Público com a existência, nele, de cargos de provimento em comissão, cuja precariedade de investidura e dependência constante e permanente de seu titular para com a autoridade nomeante e todos aqueles que desfrutam de prestígio junto a ela, é de notoriedade conhecida até dos analfabetos? Não creio que se possa dar resposta afirmativa. Muito ao contrário, o que a pergunta sugere é meditação nas seguintes observações de Pimenta Bueno:

«O Ministério Público é uma grande e útil instituição, é o braço direito da sociedade e do governo, é a sua vigilância e intervenção perante os tribunais de justiça. É por meio dele que a sociedade e o governo são ali representados e tomam parte legítima nos processos e discussão das decisões judiciais que se fazem ouvir em benefício da lei, da ordem pública, dos interesses do Estado e também em benefício dos direitos de seus membros e súditos que reclamam sua proteção especial» (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império» — ed. de 1958, pág. 372).

10. O ilustre Dr. Paulo Sollberger, cuja autoridade e independência em matéria de pessoal civil é conhecida e acatada neste Tribunal, mesmo quando opina em questões como esta, afirma à fl. 149, procurando contornar o problema:

«Quanto à inconstitucionalidade do art. 14 da Lei nº 6.788/80, trata-se de alegação de improcedência manifesta, pois o fato de o Ministério Público da União se organizar em carreira não afasta a possibilidade da existência, no órgão, de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação, destinados a atender aos encargos de supervisão, direção ou chefia. Os cargos efetivos é que deverão se organizar em carreira, segundo a regra do art. 95, § 1º, da Constituição».

11. Vê-se, em primeiro lugar e com a devida vênia, a petição de princípio consistente em dizer que os cargos efetivos é que se devem organizar em carreira, quando o que se discute é se a carreira, por definição constituída de cargos efetivos, pode ser desrespeitada, introduzindo-se na instituição cargos de outra natureza (isto é, isolados, ainda que efetivos). Como se sabe — e o ilustre parecerista é «expert» no assunto — os cargos ou são isolados ou colocados em carreira. Aqueles podem ser de provimento efetivo, vitalício (como o de Juiz) ou em comissão; os de carreira, só podem ser de provimento efetivo ou vitalício (juizes nos Estados). Então, se a Carta Magna manda estruturar os cargos dos membros do Ministério Público em carreira, segue-se que só podem ser efetivos ou vitalícios. Ela os quer efetivos. Logo, não há por onde entrar, aí, o cargo em comissão.

12. Mas, o ilustre Subprocurador-Geral está, substancialmente, de acordo com isto. Tanto que S. Exa. vê a possibilidade de cargos em comissão no órgão, isto é, na repartição onde o Ministério Público tem a base de seus serviços, com os serviços auxiliares e de apoio, como este Tribunal tem seu prédio e sua Secretaria, sem que um e outra se confundam com a instituição da Justiça a que pertencem os membros do Tribunal. Nesse sentido é que se deve entender a afirmativa do ilustre Subprocurador-Geral, sobretudo quando S. Exa. diz que os cargos em comissão se destinariam a atender a encargos de supervisão, direção e chefia, que são característicos da atividade empresarial muito enfatizada hoje no serviço público. Precisamente porque nas funções do Ministério Público, como vimos de ver nos comentários de Pontes de Miranda, não há atividade de coordenação, na qual se compreendem as de supervisão e direção. Tais atividades, como bem explicou o mestre, são inseparáveis do critério de conveniência e oportunidade.

13. Ora, conveniência e oportunidade são incompatíveis com a função ativa e impreterível do Ministério Público, que tem de promover, requerer, intervir, enfim agir como órgão da lei que é, onde quer que esta reclame aplicação em nome da sociedade. Logo, o parecer da Subprocuradoria-Geral admite a existência de cargo em comissão para essas atividades dos órgãos auxiliares e de apoio do Ministério Público, tal como nas Secretarias deste Tribunal e da Justiça em geral.

14. Mas, isto não está sendo contestado. O que está sendo contestada é existência de cargo dessa natureza com as funções institucionais do Ministério Público, como promover a ação penal e dar parecer em mandado de segurança.

E isto, *data maxima venia*, não se compatibiliza com a natureza da instituição, nem com aquela sua estrutura constitucional. Uma coisa é a supervisão, coordenação ou chefia de setores administrativos; outra é a atuação que, como representante do Ministério Público, tem o Subprocurador-Geral junto aos Tribunais, onde nada supervisiona nem coordena nem chefia.

15. Dir-se-á — e já o ouvi alhures — que o Judiciário não pode interferir na atividade do legislador ou do Executivo, para lhes ditar a estrutura de serviços. Certo, porque isto lhe é imposto pela própria natureza estática e exclusivamente receptiva de suas funções. Porém, quando estas questões lhe são trazidas por quem de direito, através de ação popular ou em ação individual como questão incidente por violação de direito subjetivo, como o alegado nestes autos, cabe-lhe dizer o direito e retirar eficácia ao ato incompatível com a Constituição.

16. Meu voto, Sr. Presidente, é pela inconstitucionalidade do citado dispositivo, que deturpa a estrutura do Ministério Público no que ela tem de constitucionalmente intangível, isto é, o princípio da efetividade, garantia de independência funcional e possibilidade de acesso de seus membros, pela disposição dos cargos em carreira, pela impossibilidade de demissão a não ser mediante sentença judiciária ou inquérito administrativo com ampla defesa e direito de não ser removido senão em face de representação fundamentada do Procurador-Geral (art. 95, § 1º, da Constituição).

É o voto.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Voto, na forma do art. 163, I, do Regimento Interno.

Não tenho o que acrescentar ao excelente voto do Sr. Ministro Relator, inobstante os não menos excelentes fundamentos doutrinários invocados pelos Srs. Ministros que provêm a arguição de inconstitucionalidade.

Anoto, ademais, que o acolhimento dessa arguição, a meu ver, em nada beneficiaria o impetrante, porque declarar inconstitucional a lei que criou determinado cargo é extingui-lo, é cassá-lo, é eliminá-lo, e nesse caso, nada ampararia ao impetrante no seu justo desejo de promoção ao cargo de Subprocurador, cuja criação incrimina de viciosa inconstitucionalidade.

Com este adendo, acompanho o Sr. Ministro Relator, para rejeitar o incidente de inconstitucionalidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA: Sr. Presidente, esta Lei nº 6.788/80 é, *data venia*, muito mal redigida. Diz ela em seu art. 9º:

«Ficam criados três cargos, em comissão, de Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho, a serem providos por decreto do Presidente da República,

com funções na Procuradoria-Geral e remuneração igual à fixada para o cargo da mesma denominação na Procuradoria-Geral da Justiça Militar».

E só no art. 13 é que ela cria um cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar. Antes de criar o cargo, já o utiliza como padrão para outro.

Mas, na realidade, Sr. Presidente, o que se depreende do texto é que o cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar, como os cargos de Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho não são cargos de carreira.

Nós temos, na experiência deste Tribunal, exemplo disso. Há um antigo Procurador da República que foi Subprocurador por muitos anos. Muito operoso, eminente, hoje não é mais Subprocurador e continua sendo Procurador da República, porque o cargo de carreira dele é de Procurador da República.

A Subprocuradoria é um cargo criado com função na Procuradoria-Geral, não um cargo, digamos, postulatório, como se pode dizer do Ministério Público comum, mas um cargo de direção. Não quero com isso comparar a instituição do Ministério Público com o funcionalismo comum, mas os grupos de direção, assessoramento superiores e de funções intermediárias não têm cargos de carreira. Qualquer funcionário pode ocupar, assim como aqui qualquer Procurador pode ser Subprocurador-Geral, porque ele não está ocupando um cargo de carreira, e sim um cargo em comissão, fora do quadro comum da carreira de Procurador da República.

De modo, Sr. Presidente, que não dou pela inconstitucionalidade argüida, embora lamentamente a redação defeituosa da lei.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, o eminente Ministro Carlos Velloso trouxe a conhecimento um argumento que me parece ponderável, não fosse uma circunstância que mais à frente enunciarei.

Diz ele que a nobreza da função do Ministério Público não admite que um cargo dessa natureza seja exercido por pessoa de livre escolha e demissível *ad nutum*. Estaria de inteiro acordo com S. Exa. se ocorresse o fato durante o período em que o cargo em comissão de Subprocurador era provido mediante o critério de livre escolha do Presidente da República, sem a limitação da legislação atual. Nesse ponto S. Exa. tem razão. Designar representante do Ministério Público, neste Tribunal, pessoa desvinculada da carreira, sem que a Constituição assim o permita, como faz em relação ao Procurador-Geral, não seria possível diante da Lei Fundamentál. Mas a lei vigente estabelece uma vinculação, isto é, somente pode ocupar o cargo em comissão de Subprocurador-Geral membro da carreira.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Essa vinculação, que a lei estabelece, demonstra que o cargo de Subprocurador-Geral é de carreira; caso contrário, seriam recrutados elementos estranhos. Essa é a primeira conclusão a que chego. Ademais, eminente Ministro, a finalidade do dispositivo constitucional, *data venia*, não é a preconizada por V. Exa. O que a Constituição deseja é evitar que o membro do Ministério Público, podendo ser demitido a qualquer momento, não proceda como lhe cabe proceder. E V. Exa. sabe que muitos, porque podem ser demitidos *ad nutum*, não vão agir com a altanaria que deveriam agir.

Afinal de contas, estamos tratando com humanos e temos que raciocinar em termos humanos. V. Exa. fique certo de uma coisa: os Estados-Membros já não nomeiam seus subprocuradores-gerais ou seus procuradores da Justiça desta forma. No meu Estado, Minas Gerais, os procuradores da Justiça, que equivalem aos subprocuradores-gerais, no âmbito federal, têm todas as garantias, e é assim na maioria dos Estados-Membros que levam a sério a função do Ministério Público.

De sorte que V. Exa. me perdoe, mas a finalidade da Constituição não seria alcançada com o argumento posto por V. Exa.

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, ouvi atentamente e me impressionou a argumentação do Sr. Ministro Carlos Velloso, baseada nesse princípio da nobreza no cargo de Procurador da República, integrante da carreira do Ministério Público. Mas persisto no meu entendimento de que isso só seria possível prevalecer se a nomeação fosse desvinculada da carreira. V. Exa., Ministro Velloso, acena com as garantias asseguradas pela própria Constituição. Essas garantias são respeitadas no exercício pleno do cargo efetivo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: V. Exa. me permite? O Subprocurador-Geral é membro ou não é membro do Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Subprocurador é membro por força da vinculação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: É membro. Então, a ele se aplica o dispositivo constitucional inscrito no § 1º, do art. 95.

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Lembro a V. Exa. que há Subprocuradores com atribuições administrativas. O cargo foi criado por força de preceito legislativo, de caráter autônomo, sem qualquer sujeição à Norma Superior.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Ministro Patterson, estou de acordo com o que V. Exa. acaba de afirmar. Os cargos de Subprocurador-Geral são da mesma natureza do de Procurador-Geral. Isto decorre do texto legal. Veja V. Exa., no tocante ao Ministério Público Federal, o que diz o art. 3º, da Lei nº 6.672, de 25 de julho de 1979: (lê)

«Os Subprocuradores-Gerais da República officiarão mediante designação do Procurador-Geral da República.»

Mais ainda: no tocante ao Ministério Público Militar, o Decreto-Lei nº 267, de 1967, estatui semelhantemente, no seu art. 8º, que ao Subprocurador-Geral Militar «compete substituir o Procurador-Geral, inclusive nos processos em que ele delegar suas atribuições». Portanto, no tocante a sua natureza, à vista de textos legais expressos, a função do Subprocurador-Geral é da mesma natureza da exercida pelo Procurador-Geral. O art. 14 da Lei nº 6.788, ao estabelecer que o cargo de Subprocurador-Geral tem de ser ocupado por integrante da carreira, harmoniza-se com o texto constitucional. Inconstitucionalidade ocorreria se aquele preceito permitisse o provimento do cargo por elemento estranho aos quadros do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Agradeço a intervenção de V. Exa. para concluir, Sr. Presidente, também não vejo qualquer inconstitucionalidade no dispositivo impugnado.

Por isso, com a devida vênua, acompanho o eminente Relator.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Senhor Presidente, dispõe a Constituição Federal, no § 1º do art. 95: a) que os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; b) após dois anos de exercício, os membros do Ministério Público não poderão ser demitidos, senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; c) nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

Da leitura do texto acima mencionado — § 1º do art. 95 — verifica-se que a Constituição conferiu ao membro do Ministério Público a garantia da estabilidade, observado o conceito desse instituto, que se extrai do art. 105, II, da Lei Maior, e uma quase inamovibilidade.

O Subprocurador-Geral da República é membro do Ministério Público, e, se não o fosse, não poderia participar dos julgamentos deste Tribunal, e do Supremo Tribunal Federal, como não poderia participar das sessões do Superior Tribunal Militar o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, nem das sessões do Tribunal Superior Eleitoral o Subprocurador-Geral Eleitoral, ou, do Tribunal Superior do Trabalho, o Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho.

E tanto é ele membro do Ministério Público, que oferece parecer, oficia nos autos, aprova pareceres formulados por Procuradores, assim procedendo como agente do Ministério Público.

Ora, se o Subprocurador-Geral é membro do Ministério Público, como de fato o é, não pode ele ser demitido *ad nutum* da Administração, não pode ele ser demitido da sua importantíssima função pela só vontade ou arbítrio das autoridades do Poder Executivo.

Em consequência, a Constituição não admite que um membro do Ministério Público possa ocupar cargo em comissão.

Quando a Constituição quis que um membro do Ministério Público fosse nomeado em comissão, foi expressa (CF, art. 95, *caput*).

Este — o Procurador-Geral, o chefe do Ministério Público — pode ser nomeado em comissão. Não deixa de ser uma anomalia. Mas, em termos de *lege lata*, temos que aceitar. O Procurador-Geral da República, o chefe do Ministério Público Federal pode ser demitido pela só vontade ou arbítrio do Executivo. Essa excrescência, que diminui a instituição do Ministério Público, lembro-me, levou o saudoso Ministro Adauto Lúcio Cardoso a dizer, em conferência pronunciada em Belo Horizonte, que a crise por que passa o Judiciário é muito menos deste e muito mais do Ministério Público. Noutras palavras, repetia isso o eminente Ministro Paulo Távara, neste Tribunal, quando dizia que o erro do juiz o Tribunal corrige, mas o erro do Ministério Público, quem corrigirá? Há pouco, mencionou-se o nome de ilustre Subprocurador-Geral que, sem mais nem menos, foi demitido do cargo.

Retorno ao duto voto do eminente Ministro Sebastião Reis, cujas opiniões tenho o costume de respeitar.

Dirijo, *data venia*, de S. Exa., quando S. Exa. afirma, com base em constitucionalistas americanos, que a inconstitucionalidade de uma lei só deve ser declarada quando ela se apresenta de forma escancarada, ou quando não padece de dúvida.

Assim, em verdade, é a doutrina americana.

E porque a nossa Constituição se assemelha à Constituição americana, porque a Constituição brasileira teve como figurino a Constituição dos Estados Unidos, é ela rígida, como rígida é a Constituição americana, talvez por tudo isso seria aplicável ao constitucionalismo brasileiro, em termos de controle de constitucionalidade, a doutrina americana.

Assim, todavia, não deve ser entendido, de forma radical.

É que, tendo o controle jurisdicional de constitucionalidade sido instituído nos Estados Unidos, sob o pálio de uma Constituição que não autorizava, expressamente, o Poder Judiciário a declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois o controle jurisdicional de constitucionalidade foi criado por Marshall através de uma construção judicial, é natural que fosse o instituto encarado com reserva, com cautela. Mas a Constituição brasileira...

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: V. Exa. me permite?

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Com muito prazer.

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: E Marshall o criou, prevalecendo-se com grande senso de oportunidade histórica, política (no bom sentido) e jurídica, de um momento de fraqueza e vacilação do Presidente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: E com que dificuldade Marshall enunciou os fundamentos da doutrina do controle jurisdicional de constitucionalidade, numa Constituição que não o permitia, expressamente, num Tribunal então desconhecido, sem qualquer prestígio, cujo endereço, em Washington, ninguém sabia. Mas porque Marshall soube pugnar pelo controle, firmando-o, a Corte Suprema dos Estados Unidos é, inegavelmente, hoje, o Tribunal mais prestigiado do mundo e inúmeros países adotam o sistema de controle judicial da constitucionalidade.

Mas, dizia eu, a Constituição brasileira prevê, expressamente, o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos. Ora, sob uma Constituição que admite, expressamente, o controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos, a doutrina americana de que a inconstitucionalidade só deve ser declarada quando estiver acima de qualquer dúvida — «beyond all reasonable doubt» — há de ser encarada com cautela e reserva.

Assim, peço vênia para divergir do meu eminente e douto Colega, Ministro Sebastião Reis, quando S. Exa. sustenta que a inconstitucionalidade só deve ser declarada quando ela for manifesta, escancarada, flagrante.

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Inicialmente, no meu voto ressalvei perfeitamente que não sou preso a priorismos nesse campo.

Mesmo no constitucionalismo americano, apesar dessa idéia central, dessa premissa central, nós registramos inúmeros casos de decretação de inconstitucionalidade, principalmente no campo relacionado com a estruturação e relacionamento dos Poderes e com o resguardo dos direitos individuais. E, passando ao Direito Brasileiro, apesar da autorização expressa da Constituição, apenas refleti o pensamento dominante. E, como já disse, em obra atualizadíssima, o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho transcreve esses ensinamentos, isto é, admite-se que a lei tenha sido devidamente discutida na sua legitimidade pelo Legislativo.

De forma que essa reserva de cautela parece inerente à própria competência do Legislativo, e é uma homenagem do Judiciário ao Legislativo quando a observa.

Como já disse, não afirmei que, para decretar a inconstitucionalidade, é preciso que ela se mostre as escâncaras; absolutamente, não sustento essa tese; a minha idéia básica é até a de que não há apriorismos nesse campo. Agora, no caso concreto, não vi realmente suporte, porque me parece, *data venia*, que está sendo feita uma construção em torno de um texto, quando a matéria talvez comporte apenas interpretação, e não construção. Mesmo no constitucionalismo americano a construção só se dá no domínio dos altos princípios da Constituição: é no relacionamento de Poder para Poder, é no relacionamento da União com os Estados-Membros, ou, então, no resguardo aos direitos individuais, e não num campo mais confinado como esse, que é de estruturação de carreira. Quer dizer, isto está mais próximo do Direito Administrativo que do Direito Constitucional. Em outras palavras, não me parece que seja uma matéria ontologicamente, intrinsecamente constitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Veja V. Exa. que as nossas colocações não são coincidentes.

Acho que um Ministério Público bem estruturado, como quer a Constituição, é garantia dos direitos individuais, da mesma forma que um Ministério Público controlado, sem garantias de independência, pode transformar-se em instrumento de perseguição dos que divergem da situação dominante ou instrumento de realização do protecionismo prevaricador, o que não se coaduna com o Estado de Direito, com o Estado democrático, com o Estado Constitucional. A matéria, pois, é muito mais de Direito Constitucional e menos de Direito Administrativo, em sentido estrito.

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Ministro Carlos Velloso, a Constituição poderia até ter erigido o Ministério Público num 4º poder, mas não o fez.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Eminente Ministro, mas o pouco que a Constituição deu, V. Exa. não quer reconhecer...

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Não, não quero substituir...

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Veja V. Exa., a Constituição diz: «Os membros do Ministério Público, após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo, em que se lhes faculte ampla defesa».

Então, o Subprocurador-Geral não é membro do Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Mas nada impede...

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: O que caracteriza o membro do Ministério Público é a sua condição de fiscal da lei.

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Com esse argumento o Procurador-Geral da República não poderia...

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Quanto ao Procurador-Geral, a Constituição permitiu. Já disse eu que a Constituição ressalvou o Procurador-Geral, no **caput** do art. 95. Em termos de **lege ferenda**, propugno para que esta excrescência não esteja aqui; em termos de **lege lata**, todavia, ela está, respeito, mas, com relação aos demais membros, não. O que a Constituição diz é: «Os membros do Ministério Público, após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos, senão por sentença judiciária». E o Subprocurador-Geral é membro do Ministério Público e pode ser demitido, porque ocupa um cargo em comissão. A Constituição, em verdade, quer que o Ministério Público seja o guardião dos Tribunais, o guardião do Poder Judiciário, o guardião dos Juizes, o guardião das garantias dos direitos individuais. Veja V. Exa. que a posição do Ministério Público é muito importante; ela tem, realmente, eminência, e a Constituição quis preservar essa eminência, assegurando-lhe certas garantias de independência, e a principal delas é que os membros do Ministério Público exercem os seus cargos sem poderem ser demitidos ou afastados deles a não ser na forma prevista na Constituição (§ 1º do art. 95).

Senhor Presidente, devo encerrar esse voto. Tenho como inconstitucional o dispositivo de lei ordinária que estabelece forma de provimento em comissão do cargo de Subprocurador-Geral. Membro do Ministério Público não ocupa cargo em comissão, pois o único que pode ocupar cargo de confiança é o Procurador-Geral (Constituição, art. 95, **caput**). Deixo claro que não julgo inconstitucional o dispositivo de lei que cria os cargos de Subprocurador-Geral; o que tenho como inconstitucional é a forma de provimento de tais cargos, em comissão, o que não se coaduna com o preceito constitucional (§ 1º do art. 95 da Constituição).

Destarte, com a vênha devida ao eminente Sr. Ministro Sebastião Reis, adiro ao voto do não menos eminente Ministro Costa Lima.

VOTO SOBRE PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, *data venia*, rejeito a preliminar, notadamente porque, como acentuou o Senhor Ministro Relator, não se compreenderia deixassem as informações de negar peremptoriamente o fato necessariamente suposto pela impetração. No ponto em que, nestas circunstâncias, não o negou, o fato resulta fora e acima de qualquer dúvida.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, procurarei, em breves palavras, resumir algumas poucas proposições sobre tema de tal magnitude.

Ao fazê-lo, não posso dissimular certo desapontamento. Vejo-me, com efeito, constringido a divergir do Senhor Ministro Sebastião Reis, Relator de cujos primorosos votos sou sempre atento admirador.

Assim, peço vênia a S. Exa. para desde logo sugerir que, em outra ocasião, tema de tão alto relevo não permaneça enterreirado nos confins do direito administrativo, para merecer apreciação na amplitude do sistema constitucional do estado de direito contemporâneo, em cujas linhas características se inspira a República Federal Brasileira.

Recordo, a propósito, palavras de Pontes de Miranda, ao dizer que uma constituição inspirada em idéias políticas liberais há de ser lida e interpretada à luz das concepções liberais, do mesmo modo que uma constituição socialista deverá ser interpretada e aplicada segundo orientação socialista...

Ora, não há duvidar de que a constituição brasileira se inspira e baseia em idéias políticas liberais, a saber, aquelas em que repousa a concepção do estado constitucional, do estado de direito, isto é, do estado que não somente revela mas também sustenta a ordem jurídica e suporta a incidência da lei; que vive e atua em clima de legalidade; que, na sua lei maior, separa os poderes em harmonioso equilíbrio e autonomia ao mesmo tempo em que declara e garante os direitos subjetivos individuais, notadamente os direitos subjetivos públicos (que se opõem, portanto, ao próprio estado, como limites ao seu poder).

O ministério público, no estado constitucional assim concebido, é órgão que se caracteriza por atributo que o aproxima da magistratura judiciária, a saber, a independência jurídica.

Este atributo co-natural do ministério público no estado de direito (do ministério público que já não é apenas a corte das gentes do rei) é reconhecido na literatura universal dos estados contemporâneos, no mundo do ocidente a que pertencemos.

Para não me alongar, limito-me a referir Carnelutti que, chamando a atenção para a contradição apenas aparente, escreve no seu monumental Sistema que o ministério público é, no processo, parte imparcial.

Que quer dizer Carnelutti com esta aparente contradição?

Pelo que penso, a proposição supõe que é mister distinguir os interesses que levam qualquer pessoa, seja da ordem jurídica privada ou pública, a propor demanda; interesses que podem ser qualificados, ou como meramente individuais; ou interesses públicos (que dizem com o estado); interesses coletivos e interesses sociais.

A aparente contradição de Carnelutti significa, portanto, que nem sempre o interesse sustentado por um órgão do estado (por isso, público), coincide, necessariamente, com o interesse público; bem assim, que nem sempre o interesse público (aparente) coincide por inteiro com o verdadeiro interesse público, ou, ainda, que o interesse individual ao interesse social pode opor-se.

E o ministério público é, fundamentalmente, órgão de representação e defesa do interesse social.

É principalmente no discernimento, em concreto, do interesse social que se patenteia a necessária independência jurídica do ministério público, indispensável a evitar que órgão de tal relevo constitucional venha a ser reduzido a mero preposto ou a simples executor subordinado de determinações, às vezes meramente arbitrarias, de interesses momentâneos e eventuais de transitórios ocupantes dos mais importantes postos da política e da administração.

A independência jurídica, como é óbvio, não se exprime, não se realiza sem a independência funcional, entendida esta em termos amplos, compatíveis com a natureza do órgão destinatário dessa garantia.

Assim se compreende que a Constituição, ao dispor que o ministério público federal será organizado em carreira e que o provimento dos lugares de Procuradores da Re-

pública se fará mediante concurso público de provas e títulos, estabelece que, depois de dois anos de exercício, o Procurador da República não poderá ser afastado senão por sentença judiciária; assim é que diligência pela concretização da independência funcional do ministério público, condição para o desempenho da representação de interesses sociais cuja defesa lhe é confiada, às vezes conflitantes com os dos governantes.

E se a própria Constituição somente excepcionou da estrita observância desses requisitos o provimento do cargo de Procurador-Geral da República, não vejo como possa a lei, à luz destes pressupostos, escapar dos limites e imperativos constitucionais para criar os cargos de Subprocurador-Geral, providos e desprovidos sem obediência à Constituição e, portanto, segundo critérios incompatíveis com as garantias dos direitos individuais, cuja tutela pertence ao ministério público juridicamente independente e funcionalmente garantido.

Com a devida vênia, o texto constitucional é suficiente ao outorgar essa garantia, desde que estabeleceu o ministério público, inequivocamente, como carreira e fixou condições irremovíveis para admissão; outorgou, ademais, as garantias dos seus órgãos e delas somente excepcionou o Procurador-Geral, em concessão discrepante do sistema, eficaz, embora, em razão de sua sede constitucional.

Não é demais, de resto, assinalar que a exceção constitucional não enaltece, nem a instituição do Ministério Público, nem o Procurador-Geral, nem os superiores interesses da ordem jurídica democrática.

Recorde-se, aliás, que, na Primeira República o Procurador-Geral era Ministro do Supremo Tribunal...

Assim, malgrado as doutíssimas opiniões do Senhor Ministro Sebastião Reis, o texto constitucional é, a meu ver, suficientemente explícito e enfático: não podemos exigir muito dos textos constitucionais, sob pena de reclamarmos constituições com feições de regimento interno...

As constituições apontam os grandes rumos. Que dizer de uma Constituição que assim disciplina a matéria quando já havia uma lei orgânica do ministério público que já consagrava estas recomendações?

Quer isto dizer que o texto constitucional referendou o texto legal, com ele comungou e contentou-se em fazer distinção e exceção somente para o Procurador-Geral, distinção que todos esperamos não seja duradoura e possa receber os aprimoramentos que o estado de direito reclama.

Por que, então, estender esta exceção aos cargos de Subprocurador-Geral? Não é regra antiga que as exceções se interpretam restritamente?

Por que, então, dizer que, onde a Constituição excepcionou o Procurador-Geral, eis que a ele se referiu, ali igualmente excepcionou os Subprocuradores-Gerais, porque a eles não se referiu?

É no culto à Lei que a sociedade moderna haverá de encontrar os caminhos de que tanto necessita; e se o culto à lei é, sem dúvida, um dos instrumentos mais necessários para a construção de uma ordem social justa e livre, o culto à lei deve encontrar suas grandes inspirações nos pronunciamentos dos Tribunais. O tema não está contido nas esquinas do direito administrativo; na verdade, a ele sua seiva nos grandes veios do direito constitucional, porque é aqui, muitas vezes, em face dos poderes do ministério público e da sua independência jurídica e funcional que o equilíbrio dos demais poderes da República pode ser concretamente contrastado. Muitas vezes, só o ministério público pode suscitar, no Judiciário, o interesse social, que pode estar em conflito momentâneo com os interesses imediatos de certos titulares de função pública, desavisados dos limites da lei.

Pedindo escusas por me haver estendido talvez em demasia, também peço vênia, ao Sr. Ministro Sebastião Reis para, acompanhando o Senhor Ministro Costa Lima, re-

conhecer a inconstitucionalidade do dispositivo legal hostilizado (art. 14 da Lei nº 6.788/80); e, por conseguinte, conceder a segurança.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO PEREIRA DE PAIVA: Sr. Presidente, com a permissão do eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis, acompanho o voto do eminente Ministro Costa Lima.

Pelo que ouvi dos brilhantes votos aqui proferidos, tanto do Ministro Costa Lima, Ministro Carlos Mário Velloso, Ministro William Patterson e do eminente Ministro Bueno de Souza, acredito, de fato, que o legislador ordinário atirou o dardo além da marca. Acompanho o voto do eminente Ministro Costa Lima, **data venia**.

EXTRATO DE MINUTA

MS nº 95.973 — DF — Reg. nº 3.359.450 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Repte.: Benedito Filipe Rauen. Reqdo.: Sr. Ministro de Estado da Justiça. Adv.: Dr. Maurício Campos Bastos.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o Mandado de Segurança. (Em 10-2-83, Plenário).

Os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Armando Rollemberg, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson e Bueno de Souza, votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moacir Catunda, Washington Bolívar, Adhemar Raymundo, Flaquer Scartezzini, José Cândido e Geraldo Sobral não participaram do julgamento, e, quanto ao mérito, os Srs. Ministros Pereira de Paiva, Pedro Acioli e Américo Luz, por se encontrarem ausentes por motivo justificado. Impedido o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS, Vice-Presidente.

