

"GABINETE DO SR. MIN. DIRETOR DA
REVISTA"

**REVISTA
DO
TRIBUNAL
FEDERAL DE
RECURSOS**



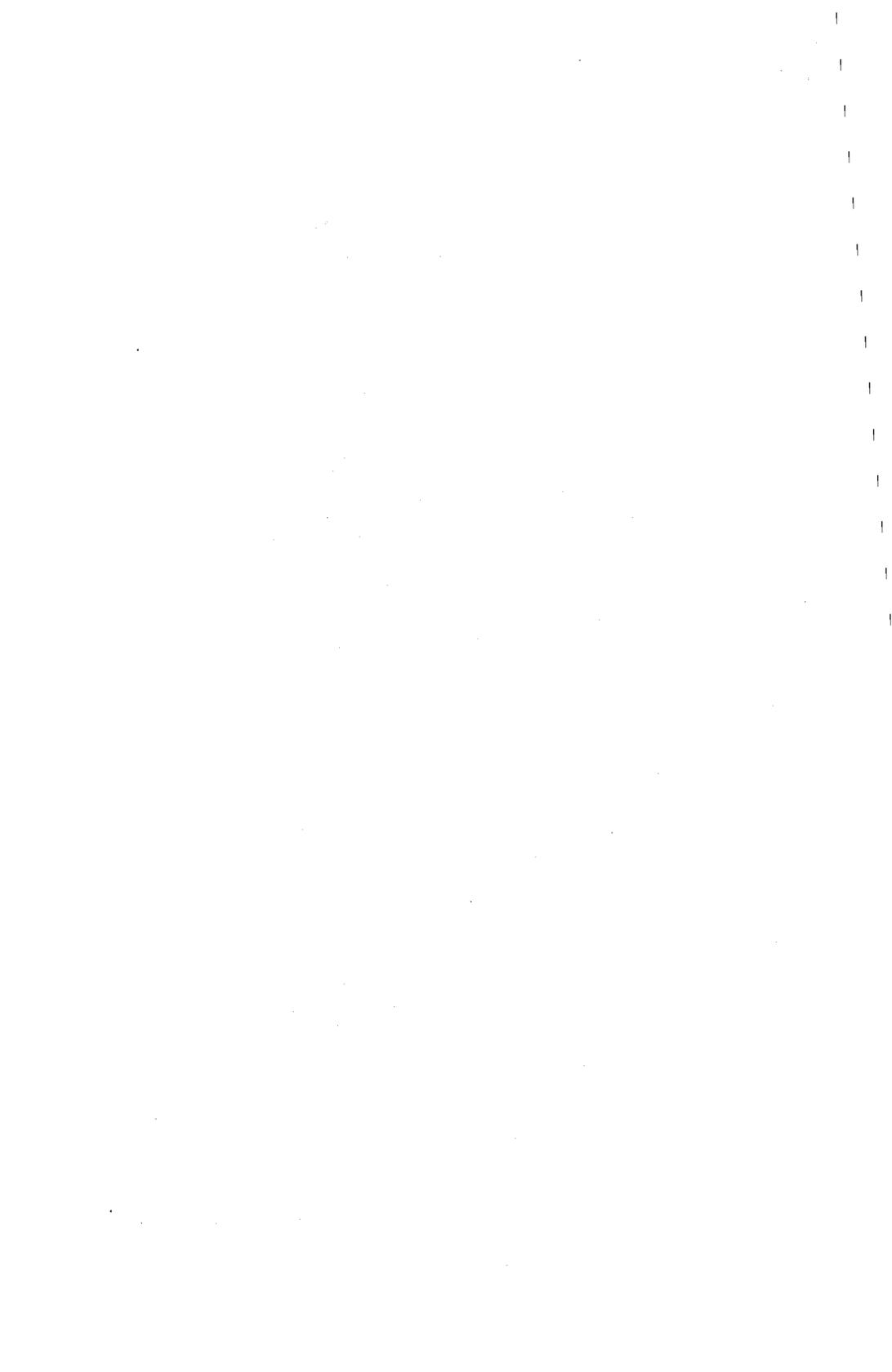
**REVISTA
DO
TRIBUNAL
FEDERAL DE
RECURSOS**

DIRETOR
MINISTRO WILLIAM ANDRADE PATTERSON

Assessor
Bacharel Roberto Wagner Monteiro

REVISTA MENSAL
N.º 82 (Fevereiro de 1982)

Administração
Tribunal Federal de Recursos
Praça dos Tribunais Superiores — CEP 70.072
BRASÍLIA — BRASIL



TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Ministro JARBAS dos Santos NOBRE — 11.12.69 — Presidente (*)

Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO — 12.9.74

— Vice-Presidente (**)

Ministro ARMANDO Leite ROLLEMBERG — 29.7.63

Ministro Inácio MOACIR CATUNDA Martins — 18.3.66

Ministro Álvaro PEÇANHA MARTINS — 4.12.69

Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS — 29.10.76

Ministro LAURO Franco LEITÃO — 19.12.77

Ministro CARLOS Alberto MADEIRA — 19.12.77

Ministro Evandro GUEIROS LEITE — 19.12.77

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR de Brito — 19.12.77

— Corregedor-Geral (**)

Ministro Antônio TORREÃO BRAZ — 19.12.77

Ministro CARLOS MÁRIO da Silva VELLOSO — 19.12.77

Ministro Joaquim JUSTINO RIBEIRO — 29.6.78

Ministro OTTO ROCHA — 26.9.78

Ministro WILSON GONÇALVES — 22.11.78

Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON — 3.8.79

Ministro ADHEMAR RAYMUNDO da Silva — 13.11.79

Ministro ROMILDO BUENO DE SOUZA — 8.4.80

Ministro José PEREIRA DE PAIVA — 23.6.80

Ministro SEBASTIÃO Alves dos REIS — 23.6.80

Ministro MIGUEL JERÔNIMO FERRANTE — 23.6.80

Ministro JOSÉ CÂNDIDO de Carvalho Filho — 23.6.80

Ministro PEDRO da Rocha ACIOLI — 23.6.80

Ministro AMÉRICO LUZ — 23.6.80

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO — 23.6.80

Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI — 7.5.81

Ministro JESUS COSTA LIMA — 9.12.81

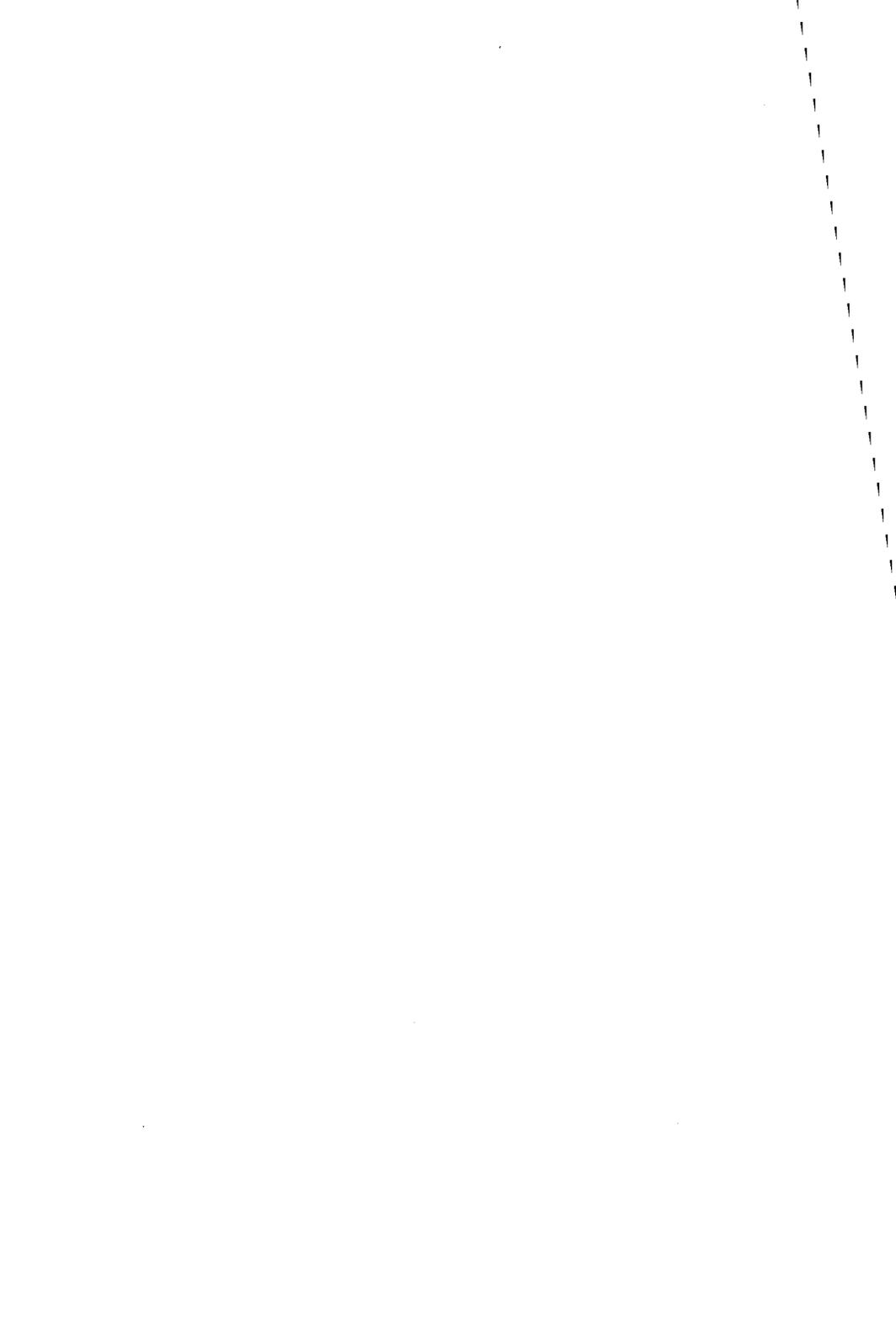
(*) Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária, onde tem, apenas, voto de qualidade (itens III e VIII, art. 21, do RI).

(**) Não integram as Turmas. Presidem as Sessões, onde têm, apenas, voto de qualidade (item I, § 1º, art. 22 e item I, art. 23, do RI).

SUMARIO

| | |
|---------------------------------|-----|
| I — Matéria Constitucional..... | 1 |
| II — Índice Sistemático | 381 |
| III — Índice Analítico..... | 385 |

MATÉRIA CONSTITUCIONAL



RECURSO CRIMINAL Nº 544 — SC

Arguição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Recorrente: Justiça Pública

Recorrida: Ella Ana Emília Heise Zentner

EMENTA

Direito Penal.

Apropriação indébita pelo não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e normas de processo sobre a instauração da ação penal.

Inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 326/67.

Arguição que se rejeita, visto o caput da referida regra legal não criou novo tipo penal, limitando-se a proibir que o contribuinte empregue o produto do imposto em fim outro que não seja o recolhimento aos cofres da União e cujo descumprimento reúne em si os elementos do crime definido no art. 168 do estatuto

Se o aplicador pode adaptar o preceito legal defeituoso ao contexto em que se insere, harmonizando-o ao sistema vigente, deve abster-se de declarar a sua inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 e seu parágrafo, do Decreto-Lei nº 326/67, vencido, no que concerne ao art. 2º, o Sr. Min. Washington Bolívar e, relativamente ao parágrafo único do mesmo artigo 2º,

vencidos os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas e Washington Bolívar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1979.
(Data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente —

Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. No julgamento do Recurso Criminal nº 544, a Egrégia 2ª Turma acolheu, por maioria, a argüição de inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre as conseqüências da utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo.

O Ministro Paulo Távora, relator, resumiu a espécie, na Turma, nestes termos (fls. 98/99):

«O Ministério Público Federal, em Santa Catarina, recorre da decisão que rejeitou denúncia contra Ella Ana Emília Heise Zentner pelo crime do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, combinado com o art. 51, § 2º do Código Penal. A indiciada não recolheu a importância de Cr\$ 19.736,48 a título de Imposto Sobre Produtos Industrializados, correção monetária e multas por mercadorias saídas de sua fábrica de brinquedos em Blumenau, no período de novembro de 1969 a dezembro de 1972.

A recusa judicial fundou-se nas distintas funções cumuladas pela Procuradoria da República. Faltou a representação prevista no parágrafo único do art. 2º, para legitimar a ação pública condicionada do Ministério Público (f. 70):

O recurso diz que a interpretação literal do texto não prevalece. A ação penal é pública e a representação não a inicia. Delitos de menor gravidade, como a sonegação fiscal, prescindem da formalidade. A apropriação indébita, mesmo contra particular, não se condiciona à representação.

Intimada, não houve resposta formal. A indiciada, que é uma

viúva de 66 anos (fl. 48), escreveu ao Juízo Federal, pedindo paciência, e prometeu pagar em prestações dentro de suas possibilidades (fl. 89).

O magistrado sustentou a decisão. A Procuradoria da República, defensora da União, não se confunde com a Procuradoria da República, Ministério Público.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento. Traz acórdão da Suprema Corte no Recurso de Habeas Corpus nº 56.600 (DJ 10-11-1978, pág. 8.948) sobre o crime de sonegação fiscal cuja ação é pública incondicionada.»

Em seguida, proferiu o seguinte voto (fls. 102/109):

«O Decreto-Lei 326, de 1967, estabelece: «Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Ao prescrever que «a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República», o legislador afastou, deliberadamente, a denúncia nesse tipo de delito. Assim como, nas contravenções, a portaria da autoridade policial constitui forma de

instaurar-se o procedimento criminal (CPP, art. 26), o Decreto-Lei 326, adotou formulação própria. A hipótese não é isolada. A Lei 4.611, de 1965, por exemplo, estabeleceu que os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa serão processados pelo rito sumário onde, igualmente, não há denúncia no sentido técnico-jurídico. Estou, assim, em tese, que o legislador pode atribuir ao Ministério Público iniciar a ação penal por outro veículo denominado, na espécie, de representação. A menção à Procuradoria da República, no texto, identifica o dominus litis que caracteriza a função do defensor do Estado-Sociedade.

O Decreto-Lei 326 foi expedido em maio de 1967, com fundamento no art. 58, item II, da Constituição de 1967, verbis:

«O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

II — Finanças públicas.»

O art. 2º do Decreto-Lei 326 legisla, porém, sobre Direito Penal ao tipificar o crime de apropriação indébita do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) e, no parágrafo único, dispor sobre a iniciativa do devido processo legal.

O Estatuto de 1967, ao definir as atribuições da União, no art. 8º, destacou no item XVII, letra b, a competência para legislar sobre Direito Penal e Processual. São ramos do direito com tratamento constitucional próprio que se vinculam às garantias do cidadão, asseguradas no art. 150. § 16 do mesmo texto. Não podem, assim, subsumir-se em outro conceito constitucional de «Finanças Públi-

cas» confundindo expressões de nomenclatura e conteúdo distintas.

Ao editar-se o Decreto-Lei nº 326, o Parlamento não estava em recesso. Embora tenha depois dado aprovação pelo Decreto Legislativo nº 28 de 1967 — a sanção, a posteriori, não tinha eficácia para convalidar a nulidade absoluta por excesso de poder. Quando o art. 58, parágrafo único, da Lei Maior, na redação então vigente, marcava prazo de sessenta dias para o Congresso Nacional decidir sobre o Decreto-Lei, pressupunha, como é óbvio, se circunscrevesse às matérias constitucionalmente autorizadas.

A jurisprudência que a Súmula nº 5 compendiou durante a Constituição de 1946 («A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo») não prevalece mais sob a nova ordem política estruturada em 1967.

Ao julgar a Representação nº 890, a Suprema Corte assentou, por unanimidade, que a transigência do Poder, originariamente competente não pode sobrepor-se às normas de ordem pública, disciplinadoras do processo legislativo (RTJ-69/625). No caso específico do Direito Penal, o art. 55, parágrafo único, item II, da Constituição de 1967 proibia ao Congresso toda delegação nessa matéria. Tratando-se de legislação sobre constrangimento ao direito de liberdade, a observância do devido processo constitucional é corolário das garantias individuais.

O Decreto-Lei nº 326 não foi, outrossim, ratificado pelo art. 181 da Emenda Constitucional nº 1. Cogitou-se aí apenas dos provimentos legislativos expedidos com apoio nos Atos Institucionais e Complementares. O diploma em causa fundou-se na competência constitucional ordinária do Presi-

dente da República, e não em atos revolucionários.

Finalmente, a legitimidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, chegou a ser apreciada em julgamento do RE nº 67.668 (RTJ 59/727). Dessa assentada participaram Ministros convocados do Tribunal Federal de Recursos para compor o quorum. Conquanto alguns votos tenham se pronunciado, especificamente, sobre a questão constitucional, a decisão menteve a concessão de *habeas corpus* contra a prisão administrativa de contribuintes do IPI por fundamentos diversos. Assim, o Sr. Ministro Antônio Nêder que reconhecia a incompetência do decreto-lei para legislar sobre Direito Penal, concluiu, sem embargo, pela validade da coerção, ao fundamento de o contribuinte do IPI tornar-se depositário do tributo, quando não lhe desse a destinação legal.

Na espécie, não se cogita de prisão administrativa, mas de ação penal. O acolhimento da representação do Ministério Público implica admitir a constitucionalidade do art. 2º e parágrafo único do Decreto-Lei nº 326 para incriminar determinado fato e regular o exercício do *jus persequendi*.

Além das razões da inconstitucionalidade formal, militam também motivos de inconstitucionalidade substancial. Não se tipifica a apropriação indébita prevista no art. 168 do Código Penal.

Em voto na Apelação Criminal nº 2.777, tive oportunidade de realçar que «a utilização do produto da cobrança do IPI», nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, presuppõe o óbvio, que o bem esteja em poder de quem vai utilizá-lo. Sem receber o dinheiro do adquirente, o alienante contribuinte do IPI, seja pessoa física ou jurídica, não tem disponibilidade do valor tributário

que, ao lado do preço, consta da nota fiscal, marcando o fato gerador da obrigação legal: a saída do produto do estabelecimento industrializador (Código Tributário, art. 46, item II).

Para recolher o IPI com a receita específica da alienação, o contribuinte deve receber o pagamento do adquirente ou à vista ou em prazo inferior ao previsto para o ingresso fiscal. Restrito a essa hipótese, cabe então perguntar: A quem pertence o dinheiro da alienação no lapso entre o pagamento do terceiro e o recolhimento pelo contribuinte? Do adquirente não é, pois o valor pago que inclui o imposto, passa, com a quitação, legitimamente, ao patrimônio do alienante. Este dispõe da receita, que é bem fungível, livremente, até a data do recolhimento ao erário. Não é também da União que possui apenas um crédito privilegiado contra o devedor-contribuinte.

O dinheiro pertence, realmente, ao alienante. O que o art. 2º do Decreto-Lei 326 instituiu foi o que na linguagem bancária chama-se de «reserva de meios de pagamento». Trata-se de negócio jurídico atípico com natureza de vínculo real. Grava o produto da cobrança ao adquirente pelo alienante em relação à parcela do IPI. O desvio da destinação legal, o recolhimento ao Tesouro, poderia equiparar-se às figuras criminais de alienação fraudulenta de coisa própria gravada de ônus ou defraudação de garantia pignoratícia sobre bem na posse do devedor (Código Penal, art. 171, § 2º, itens II e III). Jamais, entretanto, à «apropriação indébita» sob pena, *data venia*, de admitir-se este desconchavo jurídico: o contribuinte do IPI ocupar, simultaneamente, duas posições inconciliáveis: devedor do imposto e depositário do objeto da própria dívida.

A União é credora da obrigação fiscal de dar (prestação em dinheiro que o contribuinte deve transferir ao erário), e não dona do bem que se encontra ainda no patrimônio alheio.

O Código Tributário é taxativo ao considerar o alienante contribuinte «devedor do imposto» e não eventual depositário da quantia paga pelo adquirente.

Em verdade, o art. 2º do Decreto-Lei nº 326 confundiu-se em forma e substância jurídica. Pretendeu legislar sobre Processo Penal ao criar nova forma de iniciação penal pública por «representação». Depois, permitiu-se incursionar na área criminal ao tipificar modalidade de «apropriação indébita», não prevista no art. 168 do Código Penal, baralhando os conceitos de crédito e domínio,

Sem distinguir a diversa situação fiscal, copiou o art. 155, item II, da Lei Orgânica de Previdência Social que incrimina em apropriação indébita, os responsáveis da firma individual ou social que arrecadam contribuições dos segurados ou do público e não recolhem às entidades previdenciárias (art. 86). Nessa hipótese, o empregado é o devedor da contribuição e o patrão, que deve descontá-la do salário, verdadeiro depositário de bem alheio até a época do recolhimento. No caso do IPI, quem deve o imposto é o alienante produtor, e não o adquirente.

Por essas razões, argúc a inconstitucionalidade formal e a substancial do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, para submeter o julgamento da prejudicial ao Plenário.»

O Ministro Moacir Catunda divergiu da maioria, proferindo o voto que está às fls. 110/111, verbis:

«Inclino-me, por enquanto a rejeitar a argüição de inconstitucionalidade suscitada à consideração

fundamental de excesso de poder, visto que a autorização dada ao Presidente da República, pelo art. 58, II, da Constituição de 1967 para expedir decretos, com força de lei, sobre «Finanças Públicas» não poderia cobrir o art. 2º, do Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre matéria de Direito Penal. O questionado art. 2º guarda estreita vinculação com o art. 1º, III, e os parágrafos 1º e 2º. O item III deu nova redação ao dito art. 26, da Lei nº 4.502 de 30-11-1964, que dispõe sobre Imposto de Consumo, posteriormente denominado «Imposto Sobre Produtos Industrializados». Os parágrafos 1º e 2º dispõem sobre prazo do recolhimento do tributo pelos contribuintes das posições citadas nos mesmos. A matéria disciplinada nos referidos dispositivos legais, contém-se, evidentemente, no conceito de «Finanças Públicas», que compreende as atividades do Estado com vistas a conseguir recursos pecuniários destinados ao custeio das despesas públicas. O 2º é norma de natureza sancionária das previsões do art. 1º. Este, sem a sanção prevista no art. 2º, seria inócuo, inútil e sem consequências práticas, deliberou o legislador.

O art. 58, caput, da Constituição de 1967, autorizava o Presidente da República, em casos de urgência ou interesse público, a seu juízo, editar decretos, com força de lei, em matéria de finanças públicas, seguindo-se, porque compreende também a de editar o respectivo preceito sancionário, pena de inconstitucionalidade da medida legislativa, visando ao interesse público e baixado a invocação de urgência. Dá-se, por outro lado, que o Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, foi aperfeiçoado com a aprovação do Decreto Legislativo do Congresso Nacional, de 18 de junho do mesmo ano, dentro, portanto, do prazo de sessenta dias previstos

no parágrafo único do art. 58, da Constituição de 1967. A colaboração do Legislativo, dada sem restrições quanto à parte de índole penal, importando na agregação da sua vontade à do Poder Executivo, a mim me parece, num entendimento realístico, hábil a neutralizar a eiva de inconstitucionalidade do art. 2º, tanto sob o aspecto formal como sob o substancial. Por estes motivos, e com as vênias devidas ao eminente relator, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.»

O acórdão da Turma recebeu a seguinte ementa (fls. 114):

«Penal. Tributário. Apropriação indébita do IPI.

Arguição da inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, por dois fundamentos:

1º — o decreto-lei não pode legislar sobre Direito Penal e Processo Penal;

2º — o contribuinte do IPI, pessoa física ou jurídica, produtora do bem industrializado, é devedor do imposto, não podendo ser depositário do objeto da própria dívida, para configurar-se apropriação do valor correspondente à parcela fiscal que, com o preço da alienação, recebe do adquirente».

Mandei ouvir a Subprocuradoria-Geral da República que se reportou ao julgado do Supremo Tribunal Federal no HC nº 55.191, repelindo a inconstitucionalidade ora discutida (fls. 117/118).

Foram remetidas cópias do inteiro teor do acórdão aos membros do Tribunal, incluindo-se o feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão, Braz (Relator): Senhor Presidente: Reza o malsinado art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67:

«Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso de recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.»

Considerando tratar-se de diploma que não recebera o beneplácito da Emenda nº 1/69, bem assim os aspectos criminais que envolvia, filiei-me ao Ministro Paulo Távora, com vistas a um estudo mais profundo do Plenário sobre a invocada prejudicial.

Verifiquei posteriormente, entretanto, ao inteirar-me do parecer do Ministério Público, que a questão já havia passado pelo crivo do Excelso Pretório na assentada de julgamento do HC nº 55.191, citado, estampada na RTJ, vol. 86, págs. 408/427.

Realmente, ali se decidiu, contra os votos apenas dos Ministros Rodrigues Aickmin e Bilac Pinto, pela constitucionalidade da prefalada regra legal, estando o aresto, no ponto pertinente, concebida nestes termos.

«Apropriação indébita pelo não recolhimento do imposto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados.

Constitucionalidade do art. 2º, caput, do Decreto-Lei nº 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropria-

ção indébita, mas apenas estabeleceu — o que se situa dentro do âmbito do direito tributário — a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto), vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação à coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita, nos precisos termos do caput do art. 168 do Código Penal, e não em decorrência de modalidade nova desse delito.»

É verdade que o decisório em apreço, expedido *incidenter tantum*, não tem força vinculativa, com eficácia *erga omnes*. Vale, todavia, como precedente judiciário da maior relevância, em virtude da autoridade do órgão de que emanou, e não seria de boa política, nem de reta prudência, estarmos a investigar a validade de preceito jurídico que a Suprema Corte já entendeu conforme ao Estatuto Fundamental.

De qualquer forma, não há de vingar a alegada inconstitucionalidade, pois a parte da disposição impugnada que veda ao contribuinte destinar a fim diverso o produto da cobrança do imposto já reúne os elementos da definição do crime de apropriação indébita, constituindo mera excrescência ou esforço dispensável de explicitação, a remissão ao art. 168 do Código Penal.

É bem elucidativa, a propósito, a passagem, a seguir transcrita, do duto voto do Ministro Moreira Alves, relator:

«Por outro lado, e ainda partindo da premissa de que partiu o impetrante, não se pode afastar o vício da incompetência para legislar sobre direito penal por meio de decreto-lei sob o fundamento de que o diploma impugnado foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo

Decreto Legislativo 28, de 1967, havendo, assim, ocorrido a manifestação concorde dos dois Poderes — o Legislativo e o Executivo — tal como sucede as mais das vezes em se tratando de lei. Não procede tal fundamentação, porque a lei e o decreto-lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do decreto-lei, transformando-o em lei, e permitindo-lhe, portanto, extravazar do âmbito estreito em que é admitido.

Portanto, se correta estivesse para mim a premissa assentada pelo impetrante — o art. 2º, caput, do Decreto-Lei nº 326/67 criou modalidade nova de apropriação indébita — não teria dúvida em considerá-lo inconstitucional.

Sucede, porém, que não me parece exata a premissa.

Ao contrário do que aparenta sua redação, esse dispositivo não criou qualquer modalidade de apropriação indébita, mas apenas dispôs — o que está dentro do terreno exclusivamente tributário — sobre a posição jurídica do contribuinte de direito em face da cobrança do imposto feita ao contribuinte de fato. Com efeito, ao declarar que «a utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168, do Código Penal», na realidade vedou ele ao contribuinte de direito a possibilidade de usar dessa quantia, o que implica dizer que estabeleceu que a coisa fungível (dinheiro) decorrente da cobrança seria entregue ao contribuinte de direito, não para guardar (depósito irregular), mas para transmitir a seu dono — o Estado — no momento próprio do recolhimento, o qual

vem disciplinado no art. 1º desse mesmo Decreto-Lei nº 326.

Essa vedação, de que resulta que o contribuinte de direito não se torna proprietário da coisa fungível com a simples obrigação de, posteriormente, transmitir o equivalente (como sucede com o depositário em caso de depósito irregular), mas ao contrário que detém ele a coisa para recolhê-la aos cofres públicos, essa vedação, repito, se infringida, caracteriza, por si só, apropriação indébita nos precisos termos em que está definida no caput do art. 168 do Código Penal: «apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção.»

Com efeito, para que haja apropriação indébita de coisa fungível é mister, como acentua Néelson Hungria (Comentários ao Código Penal, vol. VII, 3ª ed., nº 58, pág. 134, Ed. Forense, R. de Janeiro, 1967), que elas sejam «entregues, não para guardar, mas para serem transmitidas a terceiro, ou para outro fim determinado pelo dominus, ou para uso apenas ad pompam vel ostentationem (ex.: um agricultor empresta a outro, exclusivamente para que em nome deste figurem numa exposição, os frutos colhidos na sua própria granja). Em tais casos, não há faculdade de substituição pelo tantumdem, e, quaisquer que sejam as coisas fungíveis, são susceptíveis de apropriação indébita.

Note-se, entretanto, que, ainda nesses casos, o animus de repor o tantumdem, tendo, o agente capacidade financeira para isso, exclui subjetivamente a apropriação indébita, quando ocorre a arbitrária disposição ut dominus.

Como se vê, se o artigo 2º do Decreto-Lei 326 não tivesse aludido ao «crime de apropriação indébita definido no artigo 168 do Código

Penal», mas vedado, com outras palavras, «a utilização de produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo», não haveria dúvida alguma de que ele se circunscrevera ao seu âmbito de competência (norma de direito tributário), e de que sua infringência acarretaria a configuração do crime de apropriação indébita de coisa fungível desviada do fim determinado por seu dominus, nos precisos termos do caput do artigo 168 do Código Penal» (fls. 123/124).

Verdade que o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin entendeu de modo contrário, partindo da premissa de não ser o adquirente de certos bens contribuinte do IPI, «pois somente neste caso entregaria dinheiro seu, não do vendedor, para que este o recolhesse aos cofres da União, o que, não feito, configuraria apropriação indébita.»

Não agasalho, data venia, a exegese de mestre Alckmin. Se é certo que a figura do contribuinte de fato não está contemplada no Código Tributário Nacional, deve-se ter presente, que o increpado decreto-lei deu relevância jurídica a esse fenômeno econômico — parcela do preço paga pelo adquirente de bens — proibindo o contribuinte de direito de empregá-la em fim outro que não o recolhimento aos cofres públicos. Elevou-se à condição de intermediário entre o comprador e o Tesouro Nacional e impôs-lhe o dever inscrito na primeira parte da questionada regra, cujo descumprimento independentemente do que vem estatuído em seguida, configura a apropriação indébita.

No atinente ao § único, vê-se de logo que ocorreu impropriedade de expressão, porque não existe, em nosso direito positivo, ação penal iniciada por representação do Ministério Público.

A redação do texto conduz evidentemente à perplexidade. Isto, entre-

tanto, não autoriza o aplicador a proclamar a sua inconstitucionalidade, visto que a função do intérprete consiste, antes de tudo, em procurar adaptar a regra legal defeituosa ao esquema em que ela deve inserir-se, harmonizando-a ao sistema vigente. Se tal conciliação for possível, despreza-se a alegação de sua desconformidade à Lei Magna.

É o princípio dominante nos países que admitem o controle jurisdicional, consoante adverte Lúcio Bittencourt em sua conhecida monografia («O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis», 1968, pág. 93).

E esta tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal. Sendo pública a ação no crime de apropriação indébita, vem decidindo reiteradamente, no caso de não recolhimento do IPI na época própria, que cumpre ao Ministério Público, promovê-la mediante denúncia, ajustando, deste modo, a increpada disposição à sistemática processual penal.

Considerou, portanto, o citado parágrafo do art. 2º, uma redundância, eis que a maneira de exercer a pretensão punitiva já estava prevista na legislação codificada, não havendo necessidade de cogitar da invalidade de um preceito que usou apenas vocábulo inadequado.

Diante do exposto, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos retornarem à Turma para o julgamento do recurso.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, (Relator): Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, foi editado sob o pálio da Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969.

Segundo a Constituição de 1967, art. 58, I e II, sem a EC nº 1, de 1969, o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resultas-

se aumento de despesa, poderia expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional;

II — finanças públicas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 55, fez acréscimos: no item II, acrescentou: «inclusive normas tributárias». Um novo item, o terceiro, foi incluído: «criação de cargos públicos e fixação de vencimentos».

Acontece que o Decreto-Lei nº 326, de 8 de maio de 1967, art. 8º, § 2º, contém, inegavelmente, norma de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, jamais de Finanças Públicas.

Não poderia o Presidente da República, está-se a ver, legislar, via de Decreto-Lei, sobre tal matéria — Direito Penal, ou Direito Penal Tributário.

Nem sob o pálio da EC nº 1, de 1969, poderia o Presidente da República legislar, via de decreto-lei, sobre Direito Penal Tributário. Quando muito, na vigência da EC nº 1, de 1969, poderá expedir decreto-lei a respeito de Direito Tributário Penal.

Assim, não tenho dúvida, data venia, de que o art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967, é inconstitucional, sob o ponto de vista formal.

II

O Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, art. 18, § 2º, consagrou a extinção de punibilidade pelo pagamento dos tributos.

Cuida ele, é bem de ver, de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário. Com base nele foi editada a Súmula nº 560, da Corte Suprema.

Seria o citado Dec.-Lei 157, de 1967, art. 18, § 2º, inconstitucional?

Em princípio, sim.

Acontece, todavia, que a EC nº 1, de 1969, art. 181, III, o aprovou, expressamente, tirando-lhe, pois, a mácula da inconstitucionalidade.

Isto, todavia, não ocorreu com o Dec.-Lei 326, de 1967.

Trago ao debate o Dec.-Lei 157, de 1967, por isso que, na 3ª Turma, quando se examinava a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-7 (HC nº 4.574-DF), que pretendéu fevogar a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos (Dec.-Lei 157, 1967, art. 18, § 2º), o eminente Subprocurador-Geral da República argumentou que, se se reconhece a inconstitucionalidade do Dec.-Lei 1.650, de 1978, então deveríamos reconhecer também, a inconstitucionalidade do Dec.-Lei 157/67, art. 18, § 2º. O argumento, que impressiona à primeira vista, se desmorona, entretanto, diante do que acima falamos: o Dec.-Lei 157, de 1967, foi aprovado pela EC nº 1, de 1969, art. 181, III.

Repito: isto não aconteceu com o Dec.-Lei 326, de 1967, editado em fase de normalidade constitucional com base na Constituição de 1967, art. 58.

III

Assim, não tenho dúvida de que o art. 2º, do Dec.-Lei 326, de 1967, padece de inconstitucionalidade formal, nada importando que o Congresso o tenha aprovado, já que o ato inconstitucional é nulo e irritado, segundo velha doutrina, sustentada a partir do famoso caso *Marbury V. Madison*, relatado pelo Juiz Marshall, na Corte Suprema dos Estados Unidos.

IV

Todavia, o eminente Ministro Torreão Braz, relator, lembra que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, entendeu constitucional o citado dispositivo legal (Dec.-Lei 326/67, art. 2º).

Concordo com o eminente Ministro-Relator, quando afirma que não seria de boa política judiciária decidirmos em sentido contrário do decidido pela Suprema Corte, mes-

mo porque é esta o intérprete máximo da Constituição.

Assim, com estas breves considerações, e, data vênha, com ressalva do meu ponto de vista pessoal a respeito da matéria, acompanho o douto voto do Sr. Ministro Torreão Braz, relator.

É o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO

O Senhor Ministro Justino Ribeiro
Com ressalva do meu ponto de vista pessoal, in casu, ponho-me de acordo com o fundamentado voto proferido pelo Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, meu voto é de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com ressalva do meu ponto de vista pessoal.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente: Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, com ressalva a respeito da sua apreciação sobre a representação constante do parágrafo único do art. 2º.

Em dois casos de Santa Catarina, em argumentação que me pareceu procedente do respectivo Juiz Federal, aceitei a tese da representação, baseado em dois motivos:

1º — porque considerava o crime qualificado no Decreto-Lei nº 326, como assemelhado ao crime de apropriação indébita do Código Penal; se evidentemente fosse a mesma coisa, não haveria necessidade dessa explícitação;

2º — porque entendo que a lei não pode ter palavras inócuas e a figura da representação tem uma significação tradicional no sistema processual penal do Brasil,

Reconheço a importância dos argumentos trazidos pelo nobre relator e passarei, na devida oportunidade, a reexaminar o assunto. Mas, até es-

te momento, faço esta ressalva para manter coerência com meu ponto de vista manifestado em dois votos já apresentados na Primeira Turma.

Este é o meu voto.

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente: Esclarece o eminente Ministro Torreão Braz, relator, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967. Esclarece S. Exa., outrossim, que o presente incidente de inconstitucionalidade abrange, também, o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326, de 1967.

Sendo assim, desejo manifestar-me, a respeito.

Dispõe o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326, de 1967:

.....
«Art. 2º

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa».

.....
A ação penal pública ou é integralmente pública, ou é pública condicionada. Naquela, o Ministério Público é o dominus litis, apesar de não ter disponibilidade dela, no sentido de que deve atuar, obrigatoriamente, em razão do princípio da legalidade. Nesta, todavia, dita atuação vai depender de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido. A requisição ou a representação, portanto, são condições de procedibilidade (CPP, art. 24; Código Penal, art. 102, § 1º).

A ação penal de apropriação indébita do IPI (Código Penal, art. 168, ex vi do disposto no art. 2º e seu parágrafo único do Dec.-Lei 326/67), é pública condicionada, porque dependente de representação da Procuradoria da República, na condição de representante da União e não como Ministério Público. Ou se entende assim, ou se faz tábula rasa do princípio de hermenêutica de que a lei não contém palavras inúteis. A 3ª Turma, aliás, tem decidido, iterativamente, em tal sentido. Menciono, *intepures*, RCR, nºs 534-SC, 538-SC).

A conclusão a que se chega, de conseguinte, é que o Presidente da República legislou, via de decreto-lei, a respeito de matéria processual. Como vimos de ver do voto que proferi, nesta assentada, a respeito do art. 2º, caput; do Dec.-Lei 326/67, isto não seria possível.

O Eg. Supremo Tribunal Federal, ao que apreendi da informação dada pelo Sr. Ministro-Relator, considerou constitucional o caput do art. 2º, do Dec.-Lei 326/67, ao argumento de que este artigo não criou figura nova de delito.

Isto, todavia, não ocorreu com o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326/67. Porque, todos sabemos, a ação penal do art. 168 do Código Penal (apropriação indébita) é pública integralmente. A ação penal de apropriação do IPI (Dec.-Lei 326/67, art. 2º parágrafo único), entretanto, é pública condicionada. Então, é fácil concluir, o parágrafo único do art. 2º do Dec.-Lei 326/67 criou figura nova, ou inovou, processualmente.

É inconstitucional, portanto, o citado parágrafo único, por isso que, repito, não poderia o Presidente da República legislar, via de decreto-lei, em matéria processual.

Destarte, devidamente esclarecido que a Eg. Suprema Corte não decidiu pela constitucionalidade do citado parágrafo único do art. 2º, do

Dec.-Lei 326/67, meu voto é pela sua inconstitucionalidade formal.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente: Voto de acordo com o Sr. Ministro-Relator, no que se refere ao art. 2º do Decreto-Lei nº 326, tendo em conta a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Esclareço que, mesmo a Corte Maior não se tendo manifestado sobre a norma do parágrafo único da mesma disposição, relativa à representação para a instauração da ação penal em razão do delito previsto no caput, o fato de admitir como constitucional decreto-lei que definiu como crime a aplicação indevida de importâncias relativas ao IPI, norma penal substantiva portanto, leva a concluir que igual tratamento terá a regra do citado parágrafo único, de direito penal adjetivo.

Recuso, assim, a inconstitucionalidade de ambas as normas mencionadas.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: O Supremo Tribunal Federal, pelos votos condutores do acórdão, considerou que se fosse criado um tipo penal novo, não poderia tal ocorrer mediante decreto-lei, não admitindo mesmo a convalidação do diploma legal em discussão pelo Decreto Legislativo nº 28. O que entendeu o Pretório Excelso foi que, na verdade, não havia uma nova modalidade de apropriação indébita, tendo aquele decreto-lei apenas situado a apropriação indébita no âmbito do direito tributário, pelo que o Presidente da República legislava ainda dentro de matéria de sua competência. Mas, quanto ao parágrafo único, do artigo 2º, não foi ele discutido no Supremo Tribunal Federal e, assim, acolhendo-se como válida tal interpretação do Supremo Tribunal Federal, no tocante

ao caput do art. 2º, teremos coerentemente com o próprio ponto de vista daquele alto Pretório que inadmitir como inconstitucional o aludido parágrafo único, pois aí está sendo regulada matéria do processo penal, também defesa ao poder Executivo, mesmo dentro daquela faixa de permissão que lhe concede a Constituição de 1967.

Com essas considerações, e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entendo ser constitucional o caput do artigo, mas, por outro lado, até pelas próprias considerações do Pretório Excelso externadas nos votos que ali prevaleceram, a mim parece que não pode deixar de ser considerado inconstitucional o parágrafo único do discutido art. 2º.

Acompanho o Ministro Carlos Mário Velloso.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente: Com alguma dificuldade, inclino-me, porém, para aceitar a orientação do Supremo Tribunal Federal, construída no sentido de negar à disposição do art. 2º, caput, do Dec.-Lei 326/67, a natureza de regra penal nova, para efeito de admitir a sua legitimidade constitucional como norma tributária passível de instituir-se por via de decreto-lei.

Mas se isso é possível dizer-se, tocante ao caput do artigo examinado, impossível me parece ser o seu parágrafo. Nele está inscrita, com todas as letras, uma norma de Direito Processual Penal, assim imprópria ao estabelecimento por meio de decreto-lei, apesar de suas conotações tributárias.

Desse modo, acato parcialmente a arguição de inconstitucionalidade para assim declarar o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, de acordo com o voto do Ministro Carlos Mário.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Pelo que entendo, o julgamento abrange o art. 2º, caput e § único, do Decreto-Lei nº 326, de 1967, cuja inconstitucionalidade recuso, pelos motivos predominantes no voto do Ministro-Relator e também porque assim tenho votado na 4ª Turma (Recurso Criminal nº 536, de Santa Catarina, de que fui relator).

E como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Tenho o maior respeito pelas decisões emanadas do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Se resultasse essa decisão de representação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, isto é, numa interpretação clara e formal de constitucionalidade do disposto no art. 2º e seu parágrafo único, não hesitaria, dali por diante, em seguir-lhe a interpretação, até porque, neste caso, obrigatória.

Todavia, verifico a seguinte dificuldade, como bem definiu o eminente colega José Dantas, em acompanhar os passos do Egrégio Supremo Tribunal Federal. É que o art. 2º, do Decreto-Lei nº 326, tem a seguinte redação:

«Art. 2º — A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indebita, definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância».

Quer dizer, estabeleceu uma forma equiparada ao art. 168, do Código Penal, tal como no art. 334, por exemplo, em que nós encontramos diversos casos cuja tipicidade decorre precisamente dessa equiparação.

Indubitável, portanto, que o Exmo. Sr. Presidente da República ao baixar o Decreto-Lei nº 326, de 8-5-67, legislou sobre matéria penal. Na segunda parte do mesmo artigo, ainda para demonstração disso, estabeleceu aquilo que constituiria extinção da punibilidade, que também é matéria penal, isto é, se antes da decisão administrativa de primeira instância, tiver pago o tributo espontaneamente. Não há dúvida, portanto, de que legislou sobre matéria penal. O parágrafo único tem a seguinte redação:

«Parágrafo Único — A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinados a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa».

Não só reitera que o crime o é sob a forma equiparada, no Parágrafo Único, como legislou sobre o processo. Estabelecidas estas duas premissas, busco na Constituição de 1967, ao tempo em que foi editada, se tinha o Senhor Presidente da República competência para baixá-lo com esta extensão. É certo, como disse o eminente Ministro Evandro Gueiros Leite, que no processo legislativo há inciso incluindo os decretos-leis para dar-lhes, pelo menos de modo geral, o pálio da constitucionalidade.

O art. 58, da Constituição de 1967, estava assim redigido:

«Art. 58 — O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

- I — segurança nacional.
- II — finanças públicas».

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a que se reportou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no art. 55, assim dispôs:

«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».

E seguem-se dois parágrafos, dobrando o que era o antigo parágrafo único.

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido por aprovado.

§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência».

Estabelecidas, portanto, as premissas e verificado que as condições para emissão do decreto-lei caso de urgência, interesse público relevante (esse ainda poderia estar atendido), desde que não haja aumento de despesa (também poderia estar atendido) mas limitado o Presidente aos três itens incisivos da Constituição, -segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e, terceiro, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos — não vejo como, por melhor que seja a boa vontade na interpretação, se possa dar pela constitucionalidade dessas duas disposições — o artigo 2º e seu parágrafo.

O Juiz, como todos sabem, diante da Lei tem quatro caminhos: cumpri-la fielmente, se o imperativo é claro; dar-lhe interpretação con-

sentânea com as necessidades sociais, se é dúbia; suprir-lhe a falta, se lhe descobre lacuna; negar-lhe autoridade, se contrária à Constituição.

Entendo que o art. 2º e seu parágrafo único são visceralmente contrários, tanto à Constituição de 1967, sob cuja égide foram editados, como sob a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que reafirmou esse ponto de vista e, de certa forma, o ampliou. Reafirmou porque, ao ampliar os poderes do Presidente, não incluiu tal autorização, nem poderia fazê-lo, porque só o Congresso Nacional, através de lei, em seu sentido formal, poderá legislar sobre matéria penal e matéria processual-penal.

Por essas considerações, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º e seu Parágrafo Único, do Decreto-Lei nº 326 de 1967.

EXTRATO DA ATA

RcCr nº 544-SC (Incidente de Inconstitucionalidade) — Rel.: Sr. Min. Torreão Braz. Recte.: Justiça Pública. Recda.: Ella Ana Helse Zentner.

Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo, do Decreto-Lei 326/67, vencido no que concerne ao art. 2º, o Sr. Min. Washington Bolívar e, relativamente ao parágrafo único do mesmo artigo 2º, vencidos os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas e Washington Bolívar. (Em 11-12-79 — T. Pleno).

Os Srs. Mins. Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Carlos Madeira e Evandro Gueiros Leite votaram in totum com o Relator. Impedido o Sr. Min. Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou o Sr. Min. Moacir Catunda. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Lauro Leitão e Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO HABEAS CORPUS Nº
4.648 — MG

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Impetrante: Marcelo Leonardo

Paciente: Elias do Carmo Viana

EMENTA

Direito Penal.

É inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-1978, visto como, dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos arts. 8º, inciso XVII, letra «b», e 43, do Estatuto Fundamental.

O art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-1967, que ele quis revogar, teve o seu vício de origem corrigido pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967.

Arguição acolhida.

ACÓRDÃO

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

Decidê o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Gueiros Leite, declarar inconstitucional o Decreto-Lei 1.650, de 19 de dezembro de 1978, e determinar a devolução dos autos à Turma, para se prosseguir no julgamento do Habeas Corpus, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Ao julgar o Habeas Corpus nº 4.648, a Eg. Segunda Turma acolheu,

por unanimidade, a alegação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, que dispôs não se aplicar o art. 18, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, aos crimes de contrabando ou descaminho em suas modalidades próprias ou equiparadas.

Na Turma, relatei a espécie nestes termos (fls. 36):

«O advogado Marcelo Leonardo requer ordem de **habeas corpus** em favor de Elias do Carmo Viana, qualificado na inicial, a fim de que, declarada a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, seja o paciente autorizado a recolher os tributos incidentes sobre a mercadoria apreendida, com a consequente extinção da punibilidade, ex vi do disposto no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67.

O Dr. Juiz Federal da 4ª Vara de Minas Gerais prestou as seguintes informações (fls. 27/28): (Lê).

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Haydevalda Aparecida Sampaio, aprovado pelo Dr. Valim Teixeira, Subprocurador-Geral, opinou no sentido do indeferimento do pedido, argumentando (fls. 31): (Lê).»

Em seguida, proferi o voto que está às fls. 37/40, com este teor:

«O Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, expedido pelo Senhor Presidente da República com fulcro no Ato Institucional nº 4, de 1966, dispôs no art. 18, § 2º:

«§ 2º — Extingue-se a punibilidade, quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo.»

Adveio, logo depois, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 560, firmando o entendimento de que a extinção da punibilidade aí prevista se estendia aos crimes de contrabando ou descaminho.

É fora de dúvida que a citada disposição padecia de inconstitucionalidade, por isso que o art. 9º, § 2º, do Ato Institucional nº 4/66, só dava competência ao Chefe do Poder Executivo para baixar decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira, excluído, portanto, do seu raio de incidência, o direito penal substantivo, ao qual pertence o instituto da extinção da punibilidade em suas diversificadas modalidades.

Houve, ao que parece, equívoco manifesto na formulação da regra, confundindo-se Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário. «A infração apenas tributária — escreve José Frederico Marques — constitui objeto do Direito Tributá-

rio Penal, enquanto que o ilícito tributário, tipificado como fato punível, vem a ser objeto do Direito Penal Tributário. Nenhum deles se estrutura como ciência jurídica autônoma: um, o Direito Penal Tributário, integra o Direito Penal, e o outro, o Direito Tributário Penal, é parte ou segmento do Direito Tributário («Direito Penal Tributário», Editora Resenha Tributária, 1975).

O contrabando e o descaminho são figuras típicas previstas no estatuto punitivo comum. A extinção da sua punibilidade, constituindo por igual objeto do Direito Penal, haveria de ser disciplinada necessariamente por lei em sentido formal e material, isto é, mediante norma emanada do Congresso Nacional, sob pena de inconstitucionalidade.

Acontece que o aludido diploma veio a ser convalidado pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967, nos termos da Súmula 496 do Supremo Tribunal Federal, sendo de afastar-se, em decorrência, qualquer discussão em torno do defeito antes apontado.

Invoca-se agora, neste **habeas corpus**, e pelas mesmas razões, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, cujo art. 1º prescreve:

«Art. 1º — O disposto no art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando e descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal.»

O malsinado decreto-lei assentou no art. 55, inciso II, da Constituição em vigor, que outorgou ao Presidente da República competência para expedir decretos com força

de lei em matéria de finanças públicas e normas tributárias.

É inarredável a confluência dos fundamentos que me levaram a proclamar a invalidez do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67, suprimida posteriormente pela Carta Política de 1967,

Em verdade, o dispositivo questionado incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, conforme preceituam os arts. 8º, inciso XVII, letra b e 43 da Constituição.

Despiciendo o argumento da Sub-procuradoria-Geral da República, defendendo a existência, no texto em discussão, de simples norma interpretativa. Esta encontra-se na mesma escala hierárquica das demais leis, sejam imperativas ou cogentes, sejam permissivas ou dispositivas. «O ato interpretativo — diz Carlos Maximiliano — segue o mesmo rito processual exigido para o interpretado: em se tratando da Constituição, a marcha será a prevista para a reforma do texto supremo; na hipótese de exegese de lei ordinária, haverá o pronunciamiento normal da Câmara e do Senado, e sanção, ou veto, por parte do Executivo» («Hermenêutica e Aplicação do Direito», 1925, pág. 99).

Se se exige ato formalmente legislativo para dispor sobre a extinção de punibilidade (o art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, como dito acima, teve o seu vício de origem corrigido pelo Estatuto Fundamental de 1967), o mesmo se há de exigir para a sua interpretação autêntica.

Por último, nem se replique com a circunstância de haver sido o diploma em atinência aprovado pelo Congresso Nacional. Como advertiu o eminente Ministro Moreira

Alves, em voto no HC nº 55.191, (RTJ, vol. 86/412), «não procede tal fundamentação, porque a Lei e o Decreto-Lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do decreto-lei, transformando-o em lei, e permitindo-lhe, portanto, extravazar do âmbito estreito em que é admitido.»

Em face do exposto, acolho a arguição de inconstitucionalidade do prefalado Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, submetendo a questão ao Tribunal Pleno.»

Os Ministros Moacir Catunda, Justino Ribeiro e William Patterson me acompanharam, recebendo o acórdão a ementa a seguir transcrita (fls. 43):

«EMENTA: Direito Penal.

Arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978.

O diploma questionado, dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos arts. 8º, inciso XVII, letra b, e 43 da Constituição.»

Foram remetidas cópias do inteiro teor do acórdão aos membros do Tribunal, incluindo-se o feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente: Para evitar repetições inúteis e desnecessárias, hei por bem dispensar-me de considerações outras relativas ao tema ora discutido.

Deste modo, reporto-me ao voto que proferi na Turma, cujo inteiro teor acabei de ler, para declarar a

inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, de 19 de dezembro de 1978, na conformidade das razões ali expostas, devendo os autos retornarem à Turma para o julgamento do feito.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, O Decreto-Lei nº 1.650, de 1978, que pretende excluir a causa de extinção de punibilidade inscrita no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-1967 (STF, Súmula nº 560), padece, a meu ver, do vício de inconstitucionalidade formal.

Justifico.

A Constituição Federal, art. 55, confere ao Presidente da República, em certas circunstâncias e em determinadas matérias, competência para expedir decretos-leis.

Tratando-se, todavia, de situação excepcional, por isso que o órgão que legisla, o órgão que exerce a função legislativa é o Congresso Nacional, o constituinte, tal como acima falamos, teve o cuidado de impor limitações circunstanciais e materiais à ação do Chefe do Poder Executivo.

A Constituição, então, expressamente diz que a competência do Presidente da República, para expedir decretos-leis, somente poderá ocorrer nas seguintes matérias (art. 55, I, II, III):

I — segurança nacional;

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

O Decreto-Lei nº 1.650, de 1978, foi baixado com base no artigo 55, II, da Constituição.

Todavia, não obstante o Chefe do Executivo ter declarado, expressamente, que o editava com base no citado dispositivo constitucional (art. 55, II), o certo é que a matéria nele

tratada não se inclui no dispositivo constitucional em apreço, nem em qualquer dos demais itens do art. 55, da Carta Política.

É que a matéria nele contida — extinção de punibilidade — é de Direito Penal, mais especificamente de Direito Penal Tributário. O Presidente da República, quando muito, com base no item II, do art. 55, da Constituição, pode expedir norma de Direito Tributário Penal, jamais norma de Direito Penal Tributário.

Se a norma contida no art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 1967, é de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, reservada à lei, em sentido formal, não poderia, jamais, ser revogada por decreto-lei.

Assim, padece o Dec.-Lei 1.650, de 1978, do vício de inconstitucionalidade formal que o torna ilegítimo, nulo e írrito.

II

Sustenta-se que a extinção da punibilidade, mediante o pagamento dos tritutos, estaria, também, num decreto-lei, o Dec.-Lei 157, de 1967.

Ora, se o Presidente da República não pode legislar em matéria de Direito Penal Tributário, então também seria inconstitucional o Dec.-Lei 157, art. 18, § 2º; ou, se é legítimo o Dec.-Lei 157, de 1967, art. 18, § 2º, então também seria legítimo o Dec.-Lei 1.650, de 1978.

A questão, assim posta, impressiona.

Acontece que o Dec.-Lei 157, de 10-2-67, foi baixado pelo Presidente da República «no uso das atribuições que lhe confere o artigo 9º, § 2º, do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966».

Qualquer vício de inconstitucionalidade de que poderia padecer, entretanto, foi afastado pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 181, III, que, expressamente, o aprovou.

Assim, data venia, não há contração nenhuma quando emprestamos foros de constitucionalidade formal ao Dec.-Lei 157, de 1967, e afirmamos a inconstitucionalidade formal do Dec.-Lei 1.650, de 1978, que pretende revogar matéria de Direito Penal por aquele diploma legal tratado.

A respeito da constitucionalidade formal do art. 18, § 2º, do Dec.-Lei 157, de 1967, tivemos a oportunidade de cuidar, quando do julgamento do HC nº 4.320 (Rev. do TFR, 60/173-174).

III

Há quem sustente que, tendo o Congresso Nacional aprovado o decreto-lei, sanado estaria o vício de inconstitucionalidade.

O argumento, todavia, data venia, é falho, prova demais e não é científico.

No momento em que o Presidente da República legisla, via de decreto-lei, sobre matéria não constante do rol do art. 55, I, II, III, da Constituição, pratica ato inconstitucional, nulo e irritado, incapaz, portanto, de ser reavivado pelo Congresso Nacional, se este vier, violando, também, a Lei Maior, a aprovar o ato inconstitucional.

Confira-se, no particular, a lição de Pontes de Miranda, contida nos seus «Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969»; quando esse ilustre autor, que cuida do assunto com cientificidade, comenta o art. 55.

Confira-se, no passo, também, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição de 1967»).

Em verdade, a doutrina constitucional brasileira, que se inspira no famoso *Marbury vs. Madison*, que teve como relator o Juiz Marshall, é, praticamente, unânime, no conceituar o ato inconstitucional como nulo e irritado.

O Eg. Supremo Tribunal Federal, aliás, julgou inconstitucional o Decreto-Lei nº 322, de 1967, apesar de ter sido este aprovado pelo Congresso Nacional. É que o Presidente da República, através do Dec.-Lei 322, de 1967, legislara, através desse Dec.-Lei 322, a respeito de locação, invocando o inciso I do art. 58 da Constituição de 1967 (sem a EC nº 1, de 1969). E como locação não poderia ser confundida com segurança nacional, segue-se que o Presidente laborara em área que não tinha competência (RE nº 62.739-SP, Relator o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ, 44/54).

IV

Em conclusão, por entender que o Presidente da República não tem competência, na forma do disposto no art. 55, I, II, III, da Constituição, para legislar, via de decreto-lei, em matéria de Direito Penal, ou de Direito Penal Tributário, reconheço a inconstitucionalidade formal do Decreto-Lei nº 1.650, de 1978.

Acompanho, pois, o voto do Sr. Ministro Torreão Braz, Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, quando do julgamento do Habeas corpus nº 4.574 na 3ª Turma, tive oportunidade de pronunciar voto sobre a matéria nos seguintes termos: (Lê)

Rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, reportando-me aos doutos votos expeditos, também decreto a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.650, por vício formal.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, na Turma acompanhei o eminente Ministro-Relator, convencido das razões invocadas na-

quela oportunidade. Renovo minha adesão ao voto de S. Exa.. Com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO RETIFICAÇÃO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Sr. Presidente, rejeito a proposição de inconstitucionalidade, aderindo ao voto do eminente Ministro Armando Rollemberg.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente: Lamento divergir do eminente Ministro-Relator, coerente com meu ponto de vista já manifestado anteriormente em outro julgamento sobre o decreto-lei que legisla ou dispõe sobre matéria de natureza penal ou penal-processual. Uma vez convalidada a norma pelo Poder Legislativo, torna-se lei dentro do processo legislativo.

Se a própria Constituição autoriza a convalidação, então não há como negar autenticidade ao decreto-lei que fica expungido de qualquer mácula formal. Utilizando, ainda, o magistério de Pontes de Miranda, saliento que o saudoso mestre sempre sustentou que os decretos-leis são leis sob condição resolutória que, uma vez implementada pela aprovação Legislativa, os transforma em

verdadeiras leis. Pontes de Miranda argumenta com norma de sobre-direito dentro da Constituição, isto é, norma que determina a aplicação ou interpretação de outras normas.

Manifesto o meu ponto de vista, e por isso falei em coerência, de acordo com o julgamento de outro incidente de inconstitucionalidade apreciado no Pleno, relativamente ao Decreto-Lei 326, art. 2º, § único, onde ficou assentada a constitucionalidade, mesmo sabendo-se que ali há norma de natureza processual penal, aceita pelo Tribunal na assentada do julgamento em que votou, como Relator, o eminente Ministro Torreão Braz.

Sr. Presidente, agradeço o aparte dos ilustres colegas e termino o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Mantenho a coerência já manifestada neste Tribunal, uma vez que houve referência ao incidente de inconstitucionalidade quanto ao Decreto-Lei nº 326. Naquela oportunidade, como agora, também reconheço a inconstitucionalidade do decreto-lei.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 27.598 — ES

Relator: Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Companhia Vale do Rio Doce S/A

Apelada: Prefeitura Municipal de Vila Velha

EMENTA

Argüição de inconstitucionalidade. Lei municipal.

É inconstitucional a Lei nº 1.107, de 13-3-1967, que deu nova redação a dispositivos da Lei nº 1.087, de 30-12-1966, por definir o fato gerador do Imposto de Licença para Localização de modo igual ao previsto nesse último diploma para o Imposto Predial.

Aplicação dos artigos 19, § 2º e 25 da Constituição Federal, c/c o art. 77 do CTN.

Inconstitucionalidade reconhecida.

ACORDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 1.107, de 13-3-67, que institui a taxa de renovação de licença do Município de Vila Velha-ES, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1981. (data do julgamento) — Min. Jarbas dos Santos Nobre, Presidente — Min. Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: No juízo apelatório votei, *in verbis*:

«Como se percebe matéria semelhante a que é objeto da controvérsia resultou decidida por este Egrégio Tribunal, através dos arestos trazidos à colação pela apelante.

In casu, a cobrança, pela Apela-da, diz respeito à Taxa de Renovação de Licença, no exercício de 1967, tributo esse previsto na Lei nº 1.087, de 30-12-1966, do Município de Vila Velha-ES. Ora, o Colendo Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucionais normas da Lei nº 1.666, de 20-12-1966, com a redação da Lei nº 1.726, de 1967, ambas do Município de Vitória, concernentes à mesma taxa de que cuidam os presentes autos (*ut fls.* 156/162).

Case razão à apelante, quando argumenta, *in verbis* (fls. 69, 71 e 73):

«Como ficou demonstrado na inicial, a Prefeitura de Vila Velha, criou pela Lei nº 1.087, de 30-7-1966, uma taxa que tem como

fato gerador o Poder de Polícia, calculadas sobre o valor do capital das empresas, atualizado pelo cadastro fiscal de própria Municipalidade, a título de Renovação de Licença, para localização e por mês.

Todavia, como o Código Tributário Nacional, em seu artigo 77, proíbia que a dita taxa tivesse por base de cálculos ou fato gerador iguais aos que correspondessem a impostos, a Prefeitura a fez incidir sobre o Capital das Empresas e tendo como seu fato gerador o «Poder de Polícia». Porém, o Ato Complementar nº 34, em sua alteração 10ª, vedou a incidência sobre o capital das empresas, o que deixou as municipalidades, de um modo geral, sem saber ao certo qual seria a base de cálculo da aludida Taxa. Daí que a Prefeitura Municipal de Vila Velha, pela Lei 1.107, de 13 de março de 1967, instituiu que a mencionada taxa teria incidência (artigo 4º) sobre o valor locativo do estabelecimento.

A respeitável sentença fala que a autora confunde «fato gerador e base de cálculo», quando na realidade tal não ocorre. Nunca a autora deixou de saber que a Ré, com fundamento e suporte na figura do «Poder Regular de Polícia», pretende exigir uma taxa mensal que tem por base de cálculo um dos elementos configurativos e mais do que isso, expressivo, para se apurar o valor locativo do estabelecimento.

Se não, vejamos:

Artigo 4, da Lei 1.107, de 13-3-67.

«O artigo 201, da Lei 1.087, passa a vigorar com a redação abaixo acrescido dos seguintes parágrafos:

Art. 201 — A taxa de renovação de licença para localização

incide sobre o valor locativo do estabelecimento, a razão de 10% (dez por cento) ao mês.

Parágrafo I — O valor locativo mencionado neste artigo será calculado na base de 10% (dez por cento) do valor real do estabelecimento, segundo sua finalidade e localização.

Agora vejamos o imposto predial e sua base de cálculo:

Artigo 153, da Lei nº 1.087, de 30 de dezembro de 1966.

«O imposto predial tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse, conjuntamente ou não, como os respectivos terrenos, de prédios situados nas zonas urbanas do município».

Da alíquota e base de cálculo
Artigo 158 — O imposto é anual e será cobrado na base de 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor venal da edificação ou construção.

Ora, com se vê, a base de cálculo, tanto para a taxa como para o imposto predial é a mesma. Para a taxa de Renovação de licença a base de cálculo incide sobre o valor locativo e este mesmo valor locativo, de acordo com o parágrafo primeiro, será calculado no percentual de 10% do valor real ou venal do estabelecimento e para efeito de cobrança do Imposto Predial será no percentual de 1,5 (um e meio por cento) do valor venal ou real do estabelecimento.

I — Predial Taxa R. Licença
1,5% do valor venal valor locativo.

Valor Locativo

10% do valor venal ou real.

Então, a taxa será calculada com base no valor real, ou venal do estabelecimento, o que é vedado

do pelo artigo 77 do Código Nacional Tributário e é flagrante sua inconstitucionalidade por ferir o disposto no artigo 19 § 2º da Constituição Federal de 1967 que estabelece:

«Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de impostos».

.....
«Logo, a Taxa de Renovação de Licença, se cobrada como pretende a Municipalidade de Vila Velha, desde que não foi o Município contemplado com mais essa modalidade de tributo, a sua imposição, nos precisos termos da vigente Constituição Federal há de ser considerada pura e simples inconstitucionalidade, já que pelo Art. 25, compete tão-somente aos municípios decretarem impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar».

«Com estas considerações, dou provimento à apelação, reformando a sentença recorrida, para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, por acolher arguição de inconstitucionalidade, proponho a submissão da espécie ao Egrégio Tribunal Pleno».

Votou em seguida o eminente Ministro José Dantas (fls. 169), assim:

«Ao que entendi do voto do eminente Ministro-Relator, na realidade, a analisada lei municipal padece de franca inconstitucionalidade, tal o seu propósito de fixar, como base de cálculo da taxa de licença, o mesmo valor considerado para base do Imposto Predial Urbano. Por estas considerações, também acolho a arguição de inconstitucionalidade, para os

efeitos de submetê-la ao conhecimento do Tribunal Pleno — CPC, art. 481».

Acompanhou-nos o ilustre Ministro Miguel Ferrante (fls. 170).

A Ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou (fls. 172/173):

«A apelante anexou aos autos decisão do Pretório Excelso (RE nº 72.955) e resolução do Senado Federal (D.C.N. de 21-4-72) que suspende por inconstitucionalidade, a execução dos arts. 195 e 196, inciso I da Lei nº 1.666 de 28-12-66, que se referem à taxa de renovação de licença cobrada mensalmente, com base no valor locativo do estabelecimento, no Município de Vitória.

Na presente ação o débito a ser anulado decorreu de cobrança de taxa de renovação de licença e adicionais, efetivada no Município de Vila Velha, e sobre a questão manifestou-se o Ministério Público nos seguintes termos;

«Subscrevemos, todavia, às razões de fls. 69 da autora, manifestando-se pelo provimento de sua Apelação, para o fim de reformar-se a sentença, julgando procedente a ação, em face dos argumentos formulados pela apelante.» (fls. 98).

Trata-se pois de situação similar à prevista nos autos do RE nº 72.955 anexado. Assim sendo, manifestamo-nos no sentido do reconhecimento da Arguição de Inconstitucionalidade, nos termos do voto do Ilustre Relator, Ministro Américo Luz, tendo em vista que, o art. 4º da Lei nº 1.104 de 13-3-67 que instituiu a mencionada taxa no Município de Vila Velha, apresenta os mesmos elementos caracterizadores da inconstitucionalidade reconhecida pelo Pretório Excelso na Lei nº 1.666 de 29-12-66 com a redação da Lei nº 1.726 de 1967 do Município de Vitória.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Atenho-me aos argumentos expostos nos votos proferidos no julgamento da apelação; lidos no relatório, e aos termos do Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, para reputar inconstitucional a Lei nº 1.107, de 13 de março de 1967, que deu nova redação a normas da Lei nº 1.087, de 30-12-1966, ambas do Município de Vila Velha, Estado do Espírito Santo, por definir o fato gerador da Taxa de Renovação de Licença Para Localização de modo igual do estabelecido para o Imposto Predial (artigos 153 e 158 do primeiro diploma legal supramencionado), o que atenta contra o disposto nos artigos 19, § 2º e 25 da Constituição Federal combinados com o artigo 77 do Código Tributário Nacional.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Consoante depreendi, o Município mencionado criou uma taxa de renovação de licença, tendo por base de cálculo o valor locativo calculado com apoio no valor real da propriedade imóvel. Tal base de cálculo se confunde com a base de cálculo do imposto territorial urbano, o que viola o artigo 18, § 2º, da Constituição, segundo o qual para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para incidência dos impostos.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Pedi vista dos presentes autos, por me parecer duvidosa a competência deste Tribunal para declarar a inconstitucionalidade de ato de Poder Municipal, especialmente em ação na qual são partes sociedade de economia mista e Prefeitura.

No exame que deles fiz, entretanto, verifiquei que a taxa de renovação de licença cobrada pela Prefeitura de Vila Velha sobre o valor locativo de estabelecimento já foi tida por inconstitucional pela Primeira Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 72.955, em julgamento do qual foi relator o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro (fls. 161) julgamento que se alicerçou em decisões a anteriores do Tribunal Pleno sobre taxa idêntica cobrada pelas Prefeituras de Curicica e Vitória, todas no Estado do Espírito Santo.

Acompanho, assim, o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Arg. de Inconst. na AC nº 27.598-ES — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Companhia Vale do Rio Doce S/A. Apda.: Prefeitura Municipal de Vila Velha-ES.

Decisão: O Plenário, por unanimidade de votos, acolheu a argüição de

inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 1.107, de 13-3-67, que institui a taxa de renovação de licença do Município de Vila Velha-ES. (Em 06-08-81 — Trib. Pleno).

Votaram como o Relator os Srs. Mins. Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezini, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Néri da Silveira, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, José Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido e Pedro Acioli. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Peçanha Martins, Carlos Madeira, Gueirões Leite, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo. Devido os autos serem encaminados à Turma para o julgamento da matéria residual. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Min. Jarbas Nobre.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 38.537 — MG

Relator p/acórdão: O Sr. Ministro José Néri da Silveira

Relator: O Sr. Ministro Márcio Ribeiro

Agravantes: Companhia Industrial e Agrícola Oeste de Minas e outros

Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — IN-CRA

EMENTA

Desapropriação.

Desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Decreto-Lei nº 554, de 25-4-1969.

Argüição de inconstitucionalidade dos arts. 3º, incisos II e III, e 11.

Na desapropriação, o proprietário há de receber indenização justa, pela perda do bem expropriado, inclusive em se tratando de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Não é possível adotar em lei, como critério decisivo a definir a justa indenização, o valor da proprie-

dade declarado pelo titular, para fins de pagamento do imposto territorial rural.

Inconstitucionalidade, apenas, do art. 11, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, e não de seu art. 3º, incisos II e III.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria regimental, declarar a inconstitucionalidade do Art. 11 do Decreto-Lei nº 554/69, vencidos, em parte, os Srs. Ministros José Dantas e Washington Bolivar e, integralmente, o Sr. Ministro William Patterson. Quanto à arguição de inconstitucionalidade do Art. 3º., incisos II e III, do referido diploma legal, foi a mesma rejeitada por falta de quorum regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 06 de dezembro de 1979 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: Parece-me necessária a leitura do relatório proferido na Turma, na parte relativa a alegada inconstitucionalidade dos artigos 11 e 3º, itens II e III e § 2º do Dec.-Lei nº 554/69 (ler as fls. 638 e 641, 642 e 643).

Como se vê, os agravantes entendem que a lei não poderia suprimir da desapropriação rural o ato da avaliação, a apuração do preço atual do imóvel, sem ofensa à Constituição ao passo que o agravado sustenta que o art. 161 da C.F. confiando à lei ordinária os critérios de fixação da justa indenização, impede que tais critérios pudessem ser considerados inconstitucionais.

Os critérios da lei seriam, a seu ver, sempre justos.

Entre estes critérios está a determinação do valor do imóvel pela declaração feita para efeito do pagamento do Imposto Territorial, se aceito pelo desapropriante e, se não aceito, pela avaliação unilateral deste.

O art. 11 da Lei nº 554 acentua mais a impossibilidade de se transpor o limite artificialmente traçado no art. 3º.

É o relatório.

EMENTA

Desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária. Dec.-Lei nº 554/69, arts. 3º, nºs 2 e 3, e 11 — inconstitucionalidade.

A limitação do valor da indenização não deve impedir que, em Juízo, seja a propriedade avaliada, livremente, a fim de se apurar o seu real valor.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro (Relator): No voto proferido na Turma, conclui contra a elevada opinião do incluíto Juiz que:

Se o efeito do artigo 3º, 2 e 3, do Dec.-Lei nº 554 foi o de subtrair do poder de apreciação do Juiz a justa avaliação, a inconstitucionalidade dos dois preceitos torna-se inegável. Ela mais se acentua, ao serem interpretados esses dois itens em conjunto com o art. 11.

O meu voto, proferido na ocasião, ficou em suspenso, devido à precedência que cabe a questão constitucional ora em julgamento.

Entretanto, continuo convencido da inconstitucionalidade dos três aludidos dispositivos.

O ingresso dos desapropriados em juízo não poderia ser vedado e aí qualquer limitação, a priori, do preço a ser encontrado em perícia regular, ofende claramente não só ao princípio do acesso ao judiciário (CF, art. 153, § 4º) como ao direito de propriedade (§ 22).

Nesse parágrafo, em que se assegura o direito de propriedade, a ressalva referente ao art. 161, dispensa unicamente o pagamento prévio da indenização em dinheiro, mas não que ela seja justa, pois isso importaria em revogar o direito do proprietário rural, que a Carta procurou garantir.

Aliás, o artigo 161 frisa que a desapropriação da propriedade rural deverá ser feita mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer.

A esse propósito afirmou o Juiz, e a agravada repete que o legislador constituinte optou pelo critério legal de justa indenização, que é o previsto no Dec.-Lei nº 554.

Mas não pode haver um valor real e outro legal. O próprio direito romano já reconhecia que a lei é impotente para alterar a realidade das coisas: *Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*: O que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por lei alguma (Dig. L. 50, t. 17, De reg. jur., fr. 188, § 12, *apud* Augusto Versiani Velloso, *Textos do Direito Romano Traduzidos*, Imprensa Oficial de Minas, 1923, pág. 139).

Se a constituição assegura o direito de propriedade (mesmo rural) não poderia a lei ordinária miná-lo, por meio de estimativa ou avaliação que pode não corresponder ao justo valor da propriedade desapropriada.

Para ser compatível com a Constituição, o critério legal não deve ser

limitativo do justo valor, a ser encontrado por meio de avaliação judicial, apurando-se inclusive o valor comercial do bem desapropriado.

Essa foi sempre a orientação da jurisprudência.

Apreciando disposição legal semelhante, que foi a do § único do art. 27, da atual Lei de Desapropriações (Dec.-Lei nº 3.365/41), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não obstante ligeiras discrepâncias (conf. RE. 9.007, RF, CVII, pág. 277, relator Min. Filadelfo de Azevedo), firmou sua jurisprudência no sentido de que, quando o critério estabelecido naquele parágrafo não conduzia ao cálculo de uma justa indenização, dever-se-ia recorrer a outros índices constantes do mesmo diploma legal (RE. 18.791-DF, Rev. Forense, vol. 154, pág. 161).

Nesta decisão em que se modificou Acórdão do TFR, salientou o Min. Orozimbo Nonato:

«A verdade é que o Supremo Tribunal Federal guarda princípios fundamentais, todos com a finalidade de preservar a justiça, a lógica e até o texto da Lei Maior.»

Os Tribunais de Justiça dos Estados seguiam a mesma orientação, de não tolerar a limitação taxativamente estatuída nas desapropriações por utilidade pública.

Em Acórdão relatado pelo Desembargador Erasto Correia, o E. Tribunal do Rio Grande do Sul decidiu que:

«O Juiz não está adstrito ao chamado máximo legal, na desapropriação. O preço da coisa desapropriada deve atender a todos os elementos de prova, de maneira a ser a compensação do valor real do imóvel.»

Referiu-se o Relator, em sua notável fundamentação, a outro precedente, o do art. 31, § 5º do Reg. nº

4.956 de 9 de setembro de 1903 e à opinião de Andrade Figueira que:

«apontava o erro de se comprimir a indenização dentro de intransponível barreira, com sacrifício dos interesses dos proprietários. Além dos abusos que essa orientação ensejaria».

As peculiaridades do direito agrário e da desapropriação por utilidade social, para fins de reforma agrária; a determinação de atualização do cadastro das propriedades, com a expressa alertação dos proprietários para tanto, não bastam à conclusão de que a apuração do verdadeiro valor da propriedade, pelo meio específico, que é a avaliação judicial, possa em Juízo ser dispensado ou limitado.

Aliás, para a propriedade rural, em que maior é a variação de valores e a dificuldade em identificá-los, mais nítida parece-mê a impossibilidade de se ter o «critério legal» limitativo como o critério justo que a Constituição quer ver determinado, em qualquer espécie de desapropriação.

Mesmo na desapropriação para fins sociais de imóvel rural entendo, enfim, que a «limitação legal da indenização há de ser observada somente quando se ajustar à regra de que o expropriado deve obter integral ressarcimento da propriedade perdida, a qual é simples corolário do princípio constitucional que assegura a existência da propriedade privada», como entendeu o Supremo Tribunal Federal, referindo-se à desapropriação regida pela Lei nº 3.365 (RE. 11.420, Relator Min. Ribeiro da Costa, RF. CXIV, 397).

A limitação *ex vi legis*, além de ofender o próprio art. 161 da CF, ofende ainda os §§ 1º e 4º de seu art. 153, retirando do Poder Judiciário a possibilidade de exame consciente de possível lesão de direito indivi-

dual e lançando as costas de poucos encargos que são de todos.

Nestes termos, tenho como inconstitucionais os artigos 3º (2 e 3) e 11 do Dec. Lei nº 554/69.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: No julgamento do Agravo de Instrumento nº 38.537 — MG, a colenda 1ª Turma, seguindo o voto do eminente Relator, Sr. Ministro Márcio Ribeiro, decidiu afetar ao Tribunal Pleno questão concernente à constitucionalidade do art. 3º, II e III, e art. 11, ambos do Decreto-Lei nº 554, de 25-4-1969, que dispõe sobre desapropriação por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária.

Rezam os dispositivos legais indicados, *verbis*:

«Art. 3º. Na desapropriação a que se refere o art. 1º, considera-se justa indenização da propriedade.

I — omissis;

II — Na falta de acordo, o valor da propriedade, declarado pelo seu titular para fins de pagamento do imposto territorial rural, se aceito pelo expropriante; ou

III — O valor apurado em avaliação, levado a efeito pelo expropriante, quando este não aceitar o valor declarado pelo proprietário, na forma do inciso anterior, ou quando inexistir essa declaração.»

«Art. 11. Na revisão do valor da indenização, deverá ser respeitado em qualquer caso, como limite máximo, o valor declarado pelo proprietário, para efeito de pagamento do imposto territorial rural, eventualmente reajustado nos termos do § 3º do art. 3º.»

Em seu douto voto na Turma, fls. 646, o ilustre Ministro Márcio Ribeiro anotou:

«A desapropriante entende que devido a remissão que o § 22, a

153 da C.F. fez ao art. 161, e a deste a lei ordinária, os critérios desta serão reputados justos.

A questão, porém, é saber como o Poder Judiciário poderá decidir sobre isso.

O MM. Juiz, no final de seu despacho, determinou a avaliação, observando-se a legislação pertinente (art. 3º do Dec.-Lei nº 554/69).

Como ele concluiu pela constitucionalidade do item II, aliás sem se referir ao art. 11, fica parecendo que limitou a liberdade do perito em proceder a avaliação.

A arguição da constitucionalidade da lei, ainda não resolvida neste ou no Supremo Tribunal Federal, deve ser afetada a Tribunal Pleno.

Ao primeiro exame, parece-me inconstitucional a lei quando submete a desapropriação judicial ao valor declarado pelo desapropriado para efeito de pagamento do imposto territorial rural, se aceito pelo desapropriante ou, se não aceito, ao valor resultante de avaliação levada a efeito pelo próprio desapropriante.

A fixação do limite não se coaduna com a liberdade de competência do Judiciário para apreciação das lesões de direito individual, nem com o direito de propriedade (C.F. art. 153, caput e §§ 4º e 22). A remissão desse parágrafo do art. 161 não pode ter a dignificação de prévia aprovação dos critérios legais com afastamento do controle judiciário. Proponho, pois, se leve ao Pleno a questão preliminar da constitucionalidade do artigo 3º, II e III, e do art. 11 do Dec.-Lei nº 554/69.»

Na instância originária, a *questio juris* foi examinada pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso, então Juiz Federal da 3ª Vara, da Seção Judiciária de Minas Gerais, que desacolheu a inconstitucionalidade dos

dispositivos em referência, conforme se lê do traslado de seu brilhante despacho, às fls. 122/123, verbis:

«A) — arts. 3º, II, e 11 do Dec.-Lei 554/69:

29. — O argumento dos argüentes é no sentido de que a indenização há de ser justa, não se confundindo o justo valor de um imóvel com o seu valor fiscal, não podendo a legislação ordinária limitar o valor da indenização no *quantum* dado ao imóvel para efeito de pagamento do imposto territorial rural.

30. — Abrindo o debate, ressalte-se que o Eg. STF e o Colendo TFR ainda não se manifestaram a respeito, segundo pesquisa que fizemos.

31. — O nosso entendimento, data venia, é no sentido da constitucionalidade dos dispositivos legais em apreço. É que a Constituição, no art. 153, § 22, ao cuidar de estabelecer, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, a «prévia e justa indenização em dinheiro», ressaltou, expressamente, o disposto no art. 161. Este, a seu turno, prescreve que a justa indenização, no caso, será «fixada segundo os critérios que a lei estabelecer.»

32. — Verifica-se, pois, que a Constituição deu tratamento diverso, no que toca à indenização, às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, para fins de reforma agrária, subordinando esta a regime jurídico específico.

33. — O argumento dos que argüem de inconstitucionais o art. 3º e seus itens, do Dec.-Lei nº 554/69, não seria aproveitável, por isto que a Constituição expressamente prescreveu que a justiça da indenização, no caso, seria fixada segundo critério da lei.

34. — Assim o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que escreve:

«A indenização justa prevista no art. 161, e parágrafos, do texto constitucional é a que obedece aos critérios de justo fixado em lei.» («Apontamentos sobre a desapropriação no Direito Brasileiro», Rev. de Dir. Púb., v. 23, p. 18).

35. — Também, ao que parece, o de Franco Sobrinho («Desapropriação», 1973, p. 333).

36. — Decidindo a Ação de Desapropriação nº 2.074/71-B, o eminente Juiz Sebastião Reis assim também entendeu, ao deixar expresso:

«... a desapropriação da propriedade territorial rural obedece a regime jurídico específico, seja pela aceitação obrigatória do pagamento de indenização, referente às terras, em títulos da dívida pública, seja em função dos critérios de cálculo da reparação devida, a serem fixados em lei.»

Reitera o ilustre Ministro Carlos Mário Velloso sua compreensão a tal propósito em aula proferida no Curso de Pós-Graduação da PUC, de São Paulo, a 24-11-1975, publicada na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 1976, número 49, págs. 273/275, e na Revista de Direito Público, vol. 34, Págs. 17.

Em seu recurso, os expropriados sustentam que, se o art. 161 da Constituição Federal admite «os critérios que a lei estabelecer» para a justa indenização, «isso não pode significar que a lei possa usar de descritórios ou de falta de critério, a ponto de, impondo uma indenização injusta, burlar a própria Constituição... » E é aqui que se situa o nó da controvérsia: não é qualquer lei que vale; só vale a lei que vier com critérios compatíveis com o direito constitucionalmente assegurado à indenização justa» (fls. 17). Noutro passo,

observam os desapropriados (fls. 19/21):»

«31. O art. 3º do Dec.-Lei nº 554 não é a primeira tentativa de impor o valor cadastrado como base ou índice do Justo Preço, Justo Valor ou Justa Indenização — nas desapropriações: o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, teve no seu art. 27 um § único assim redigido:

«Se a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o quantum da indenização não será inferior a 10, nem superior a 20 vezes o valor locativo, deduzida previamente a importância do imposto, lançado no ano anterior ao decreto de desapropriação.»

A oposição entre esse critério e a simples indenização que a Constituição de 1937 garantia, provocou muito cedo a lúcida e corajosa reação do Poder Judiciário que assentou solidamente que o limite acima (do § único do art. 27) não podia funcionar, que era perfeitamente permitido ultrapassá-lo, que impor o limite era contrário à Constituição.

É esclarecedor lembrar que a Constituição de 1937 só falava em «indenização prévia», sem o adjetivo *justa*, com um acréscimo juridicamente igual ao do atual art. 161:

«... o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.»

Evidentemente, a propriedade era menos garantida em 1937, tempo dos estados totalitários, do que atualmente.

E não é possível negar hoje a justa indenização que o Judiciário continuou dando, apesar do Dec.-Lei nº 3.365/1941 e da própria Constituição de 1937, onde a definição

da propriedade fora deferida à lei ordinária.

32. A jurisprudência que rejeitou como inconstitucional o limite tirado do lançamento fiscal ao valor da Indenização Simples de 1937 e 1941 — pode ser verificada na Revista Forense, vs. 111/142 e 145, 105/70, 103/475, 106/518, 107/85, 108/512, 109/155, 114/397, 105/335, 107/491, 122/133, 154/161, etc., na Direito, vs. 34/332, 37/323, 38/329, 53/250, 24/265, 63/213, 64/189, 64/290, etc.

No Supremo Tribunal Federal, a imprestabilidade do limite do § único do art. 27 do Dec.-Lei nº 3.365 à indenização expropriatória chegou a ser jurisprudência fria e unânime: cfr. Jardel Noronha, Da Desapropriação no Supremo Trib. Federal, v. 1.º, p. 26, Rec. Extr. 8.947, p. 278, Rec. Extr. 29.989, etc.

A posição da Instância Excelsa está bem clara neste aresto, entre muito:

«Trata-se de matéria pacífica, que não suscita mais qualquer dúvida: a de que o Judiciário pode ultrapassar o limite previsto no art. 27, parágrafo único do Dec.-Lei nº 3.365 — 41.» — (Jardel Noronha, ob. cit., págs. 204-206, Rec. Extr. nº 25.773).

33. Tão morto ficou esse § único, que acabou revogado pela Lei nº 2.786, de 1956, que o substituiu por §§ totalmente novos e totalmente diferentes...»

2. É possível asseverar que, no mundo ocidental, nesta quadra do tempo, todas as Constituições reconhecem a propriedade privada como um direito individual, admitindo, todavia, limitações à sua aquisição, exercício e disponibilidade, em atenção ao interesse público ou social, sendo, precisamente, no campo das restrições, maiores ou menores, que o debate sucede, «com reflexos positivos e negativos no gozo da liberda-

de individual e no funcionamento do regime democrático.» Já no curso do movimento revolucionário do último quartel do século XVIII, o instituto da Desapropriação ganhou forma positiva como se vê do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-8-1789, verbis:

«Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.»

O direito reconhecido ao Estado de decretar a perda da propriedade privada, alçado à categoria constitucional, pressupõe a necessidade ou utilidade públicas ou o interesse social, assim como hoje se prevêem, definidos os casos em lei e não pendentes apenas da discricção administrativa. As cláusulas de prévia e justa indenização, de outra parte, que já se encontram no suso transcrito art. 17 da Declaração de 1789, repetidos no art. 545 do Código Napoleão, da primeira década do século passado, tiveram no constitucionalismo pátrio, expressa consagração nas Cartas Políticas de 1934 (art. 113, inciso 17), 1946 (art. 141, § 16) e 1967 (art. 150, § 22) mantidas na revisão de 1969 (art. 153, § 22). Na Constituição Imperial de 1824, art. 179, inciso 22, e na Constituição de 1891, art. 72, § 17, e ainda na Carta de 1937, art. 122, inciso 14.º, estabeleceu-se que a desapropriação se haveria de dar com prévia indenização, omitindo-se a cláusula «justa» indenização, estipulando-se, de qualquer sorte, no primeiro Estatuto Fundamental do Brasil, que «A Lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização» (art. 179, inciso 22, última parte).

Dessa maneira, desde a Constituição social — democrática de 14 de julho de 1934, tão-só, com o hiato da Carta de 1937, é de nosso sistema

constitucional a previsão geral de a perda da propriedade individual por desapropriação dar-se apenas com prévia e justa indenização.

No regime constitucional em vigor, prevê-se, entretanto, ressalva a esses postulados, nos termos do art. 153, § 22, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, verbis:

«§ 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».

Reza, à sua vez, o art. 161, do mesmo Diploma Maior:

«Art. 161. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada, segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.»

Define-se, dessa maneira, no art. 161, da Constituição, modalidade especial de desapropriação por interesse social, referente à propriedade territorial rural, reservada à competência exclusiva da União (art. 161, § 2º) e limitada a áreas incluídas nas zonas prioritárias da reforma agrária fixadas em decreto do Poder Executivo, só se dando a indenização

em títulos, quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei.

Essa forma de desapropriação por interesse social, para fins de Reforma Agrária, já fora definida, inicialmente, na Emenda Constitucional nº 10 à Constituição de 1946, datada de 9-11-1964, que modificou, dentre outros, a redação do art. 141, § 16, introduzindo seis parágrafos ao art. 147, da Constituição de 1946, preceituando o parágrafo 1º, verbis:

«§ 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de 20 anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até 50% do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.»

Na Mensagem ao Congresso Nacional, destacou o Presidente da República:

«Nela se consignam modificações constitucionais referentes à tributação e à desapropriação por interesse social, julgadas necessárias à correta formulação dos problemas concernentes à reforma agrária e ao desenvolvimento rural. (...).

Quanto à alteração do art. 141, § 16, e complementação do art. 147, propõe o Governo, ante à impossibilidade de pagamento em dinheiro das desapropriações necessárias à reforma agrária, que a União, em se tratando de latifúndio, possa efetivar em títulos o pagamento aos expropriados.» (in Diário do Congresso Nacional, seção I, 21-10-1964).

As disposições dos parágrafos introduzidos no art. 147 da Lei Magna de 1946 foram incorporadas à nova Constituição, de 24 de janeiro de 1967, com pequenas alterações de redação, mantendo-se, aí explícito que a desapropriação se faria, «mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública.»

A norma constitucional do art. 161 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, suso transcrita, teve a origem de sua redação no Ato Institucional nº 9, de 25-4-1969, que alterou precisamente os §§ 1º e 5º, revogando o § 11º, todos do art. 157 da Carta Política de 1967, passando o § 1º do referido artigo a vigor com a seguinte redação:

«§ 1º. Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.»

Excluída a cláusula inicial, o parágrafo 1º, do art. 157, da Constituição de 1967, na redação introduzida pelo Ato Institucional nº 9, de abril de 1969, veio a constituir o vigorante art. 161, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Desde o Ato Institucional nº 9, de 1969, portanto, retirou-se do texto constitucional, no que concerne à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, a expressão «prévia» indenização, mantendo-se, porém, a fórmula «justa indenização, acrescida da cláusula

la «fixada segundo os critérios que a lei estabelecer». Aliás, desde a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, à Constituição de 1946, já se observava a incompatibilidade da Cláusula da «prévia indenização» com o pagamento em títulos especiais da dívida pública, pois «quem paga com títulos a prazo não paga previamente», como anotou Gilberto Siqueira Lopes (RDP, vol. 26, p. 57).

Cumprido entender, todavia, consoante é de nosso sistema constitucional, que, na desapropriação, o proprietário há de ter indenização justa, pela perda do bem expropriado, inclusive, em se tratando de hipótese de interesse social, para fins de reforma agrária. A autorização ao legislador, em ordem ao estabelecimento de critérios para apurar-se o justo preço, não pode significar outorga à legislatura ordinária de competência insuscetível de controle pelo Judiciário. Ao particular deve ser resguardada a garantia de indenização justa, quando o Poder Público, em invocando motivo legítimo de interesse social, lhe desapropria bem de seu patrimônio, ainda que latifúndio, para fins de reforma agrária.

Em verdade, amplo debate se travou, anteriormente à disciplina dos casos de desapropriação por interesse social, acerca da indenização devida ao proprietário, com vistas à reforma agrária, no País, conforme o anotou Carlos Medeiros Silva, em conferência pronunciada em abril de 1963, inserta na Revista Forense, vol. 204, ps. 5/12, sob o título — «Aspectos Constitucionais e Legais da Reforma Agrária.» Referindo-se ao Anteprojeto de Lei, de que, por fim, resultou a Lei nº 4.132, de 1962, esclareceu, entretanto, a tal propósito:

«23. Procurando ser fiel a estes ensinamentos, o anteprojeto de lei de desapropriação por interesse social entendeu que o proprietário de bem mantido em condições anti-sociais poderia sofrer limitações

no seu direito de receber indenização, no caso de desapropriação por «interesse social», cujo pagamento, entretanto, continuaria a ser prévio e em dinheiro.

«24. Mas a idéia não vingou no Congresso Nacional e, desde o primeiro contraste que o anteprojeto sofreu, na Comissão de Constituição da Câmara, ficou assente que a indenização, em tal caso, não deveria sofrer limitações e ser apurada pela forma peculiar às modalidades tradicionais de desapropriação por necessidade e utilidade públicas. Caso contrário seria infringido o texto constitucional.

25. Frustrados os objetivos primordiais da nova figura de desapropriação, exceto quanto à possibilidade de revenda e de locação, começou a generalizar-se a convicção de que somente emenda constitucional ensinaria uma reforma agrária de maior alcance, através da ampliação do conceito da desapropriação por interesse social, admitidas, expressamente, restrições quanto à fixação e forma de pagamento do preço de indenização» (p.7).

Embora a nova modalidade de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, da propriedade territorial rural, nas hipóteses definidas em lei, preveja forma de pagamento especial, com títulos da dívida pública, e não se garanta ao proprietário prévia indenização, certo está que o sistema constitucional lhe assegura «justa indenização.» É, assim, ainda nesta hipótese, garantia constitucional ser a indenização, pela perda de imóvel, justa, tal como nos demais casos em que, no Brasil, se pode perder a propriedade, por via expropriatória. Se a Constituição no art. 161, defere ao legislador ordinário estabelecer os critérios da justa indenização, exato é entender que as disposições de lei, com o objetivo de definir ditos crité-

rios de apuração da justa indenização, não podem atentar contra a noção de «indenização justa». O que se há de compreender, desde logo, do preceito constitucional, é poder a lei fixar critérios distintos dos que o Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, como «Lei geral das desapropriações», define em seu art. 27, quais elementos de orientação do julgador, para fixar o justo preço, verbis:

«Art. 27. O Juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais, ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário, à sua situação, estado de conservação e segurança, ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.» Não parece, todavia, possível admitir que, em face de seu art. 161, a Constituição haja retirado do Poder Judiciário a competência a dizer, caso a caso, nas expropriações da propriedade territorial rural, para reforma agrária, da justidade da indenização, devendo ficar, ao contrário, jungido a um teto aprioristicamente posto na lei, qual seja, o valor declarado pelo proprietário, para efeito do pagamento do imposto territorial rural, e eventualmente reajustado nos termos do § 3º, do art. 3º, do Decreto-Lei nº 554/69.

Com efeito, do sistema constitucional resulta que a garantia oferecida à propriedade é efetiva e não apenas nominal, cabendo, em caso de desapropriação, qualquer seja sua modalidade, ao proprietário receber indenização realmente representativa do valor do bem expropriado. Observou, neste particular, com inteira razão, Gilberto Siqueira Lopes, in «A Desapropriação e as Limitações do Direito à Propriedade Privada», verbis:

«7.2. Partindo-se da idéia de que a propriedade é especialmente garantida no texto constitucional e que a expropriação é uma exceção a essa garantia, haja vista que a Constituição de 1824 já se referia a ela como «única exceção à garantia constitucional da propriedade», tem-se que admitir que o conceito de indenização justa não pode sofrer nenhuma limitação. Há que ser amplo e generosamente entendido. Aliás, a largueza de espírito com que os nossos juizes e Tribunais têm decidido sobre a matéria não refoge a essa diretiva. A propósito, cumpre registrar que já antes da vigência da Lei da Correção monetária os nossos juizes recorriam ao expediente de ensejar a reavaliação do imóvel, sempre que as ações expropriatórias se delongavam no tempo.» apud Revista de Direito Público, vol. 26, p. 47).

À sua vez, o ilustre professor Caio Tácito, (após destacar a construção jurisprudencial que mais tarde levaria à reforma da lei, no sentido de atualizar o valor das indenizações, diante do agravamento da desvalorização da moeda, do que resultou inclusive ter-se como inconstitucional o parágrafo único do art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que, em se tratando de imóveis urbanos, limitava as indenizações a 20 vezes o valor locativo anual declarado para lançamento do imposto predial, dispositivo, por fim, revogado pela Lei nº 2.786, de 21-5-1956), a propósito da justa indenização, ponderou: «Entendemos que o princípio constitucional é de caráter econômico e não meramente ético. Tal como nos preceitos equivalentes sobre a justa remuneração nas tarifas de serviço público, ou a revisão obrigatória de proventos de inatividade, quando a perda do valor da moeda leva ao reajuste dos vencimentos na atividade, a regra da justa indenização exprime a garantia da justeza, e não apenas da justiça da reparação patrimonial.»

Noutro passo, o eminente jurista sinalou: «Não há direito individual tão forte que se possa opor a supremacia social da destinação de bens e direitos aos fins públicos qualificados em lei. Mas, não há também poder expropriante tão poderoso que possa trazer, ainda que indiretamente, prejuízo ou diminuição patrimonial aos administrados. A regra da justa indenização, compreendida a expressão em seu teor econômico, é o termo de equilíbrio entre esses dois valores. Graças a essa garantia, pode a desapropriação expandir-se, em toda a sua plenitude, como instrumento moderno de justiça social e de política econômica, sem violentar a proteção de direitos patrimoniais, como é peculiar à nossa formação constitucional.» (in Problemas Atuais da Desapropriação, Revista de Direito Público, vol. 31, 7/8 e 12).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho anotou, neste particular: «Por justa, pretende a Constituição que a indenização seja igual ao valor que tenha o bem expropriado no mercado pois é este o único critério real para a apreciação do valor de um bem. Tem-se aqui a igualdade da justiça comutativa, a igualdade aritmética.» (in Comentários à Constituição Brasileira, vol. 3, p. 105). Discorrendo sobre o art. 161 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o ilustre professor paulista reafirma a preeminência do princípio da justa indenização segundo o qual se devem orientar os critérios da lei para a fixação da indenização. Esta a lição do jurista: «O preceito em exame não exclui a garantia que a Constituição atribui à propriedade no art. 133, § 22. Apenas estabelece outra modalidade de compensação que não o pagamento do valor do imóvel expropriado em dinheiro. Assim, é bem claro que a expropriação fundada neste dispositivo há de importar em justa indenização, ou seja, em compensação da perda da propriedade pela aquisição do equivalente ao

seu valor em títulos da dívida pública, (...). É fato que a Emenda nº 1, de 1969, acrescenta que a justa indenização será «fixada segundo os critérios que a lei estabelecer». Nisto, segue ela o disposto no art. 1º do Ato Institucional nº 9, de 1969. Esta referência à fixação, segundo critérios estabelecidos em lei, inexistia na Emenda Constitucional nº 10, de 1964, na Constituição de 1946, como também no § 1º do art. 157 do texto da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967. Qualquer que tenha sido a intenção que ditou o acréscimo, não se pode esquecer que o principal está na justa indenização. Desse modo, os critérios estabelecidos pela lei não poderão, sob pena de inconstitucionalidade, levar a uma apreciação manifestamente injusta do valor do imóvel expropriado. A lei poderá, sem dúvida, estabelecer critérios e procedimentos para a apuração do justo valor da propriedade. Não poderá servir de instrumento para o esvaziamento da garantia de compensação. Esta garantia, como é óbvio, importa na retribuição da perda da propriedade pela entrega ao proprietário do bem expropriado no seu equivalente em moeda, ou no caso do artigo em exame, em título especial da dívida pública.» (Op. cit., vol. 3, ps. 150/151).

Penso, dessa maneira, que não é catível emprestar validade a norma legislativa, que, a priori, considere não poder exceder a justa indenização ao valor da propriedade, declarado pelo seu titular, para fins de pagamento do imposto territorial rural, como está previsto no art. 11 do Decreto-Lei nº 554, de 1969.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, escreveu, a propósito de indenização no procedimento expropriatório:

«Ao lado do problema de técnica legislativa, há, no direito brasileiro, o problema de direito constitu-

cional, a partir de 18 de setembro de 1946, por se haver incluído a exigência de ser justa a indenização (...).

«Os tribunais, ainda antes da Constituição de 1946, reputaram como se fosse presunção juris tantum a que se continha no art. 27, § único.

«Uma coisa é ter de atender-se ao valor dos bens para efeitos fiscais, quando se vai estimar o quanto da indenização, e outra, ater-se o Juiz a esse critério como se fora decisivo. A lei que pretendesse impor o valor para efeitos fiscais, contra o justo valor, ofenderia a Constituição de 1967, art. 153, § 22, 1ª parte. Tal valor somente pode ser uma das variáveis — por bem dizer indício...»

Ainda o mesmo festejado jurista ensinou:

«Ao Estado, em caso de discordância, cabe ir contra o declarante, se a lei o permite; não pode punir através de processo de indenização por desapropriação.» (Op. Cit., p. 491)..

Procedente, é, outrossim, a ponderação dos expropriados (fls. 22/23):

«A simples diferença entre o lançamento e o valor real pode não significar nada, seja porque o proprietário pode não estar a par do valor de venda, pode estar há muitos anos sem cogitar de alienar terras e benfeitorias, pode ignorar as flutuações da oferta e da procura, pode não ter nunca feito a medição técnica dos imóveis, etc.»

Não é possível, pois, a meu ver, adotar, como critério decisivo a definir a justa indenização, na espécie, o valor da propriedade declarado pelo titular para fins de pagamento do imposto territorial rural. A prevalecer, ademais, a priori, esse critério, como limite máximo da indenização, importaria, outrossim, a rigor, em excluir da apreciação do Poder Judi-

ciário a lesão de direito individual de que se queixasse o titular da propriedade territorial rural, expropriado com base no art. 161 da Constituição. Não tenho, nessa linha, como procedente, em matéria de expropriação, considerar-se o cadastro rural como fator definitivo de apuração e limitação do quantum indenizatório, que a Constituição ordena seja «justo». Há um princípio constitucional a ser respeitado, qual seja, o da «justa indenização,» que não cabe entender presumido num só dado registário administrativo, suscetível, inclusive, de impugnação pelo expropriante. Esse registro deve constituir apenas um dentre muitos elementos a se examinarem na apuração da justa indenização. Ao Poder Judiciário, a teor do art. 153, § 4º, da Constituição, deve restar reservado, na proteção do direito de propriedade, ut art. 153, § 22, primeira parte, da Lei Maior, fixar a justa indenização àquele que perde sua propriedade territorial rural. Releva, nesse sentido, notar que o próprio Decreto-Lei nº 554, de 1969, admite, em seu art. 9º, possa a contestação versar sobre o valor depositado pelo expropriante ou sobre vício do processo judicial à semelhança da regra do art. 20, primeira parte do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941.

Não reconhecendo, assim, no art. 3º, II e III, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, a força de definir a indenização justa que possa ser paga pelo expropriante ao titular da propriedade territorial rural, nada obsta, entretanto, o que nele se preceitua opere, apenas, como critério para o depósito a ser feito, com vistas à propositura da ação, a teor do art. 4º e seu parágrafo único, e art. 6º do referido Decreto-Lei nº 554, e para os fins previstos nós arts. 7º e 8º, do mesmo diploma legal. Contestada a ação expropriatória, quanto ao valor, seguirá o rito ordinário, ut art. 9º, do Decreto-Lei em foco, decidindo-se, afinal, sobre a justa indenização, assegurada pelo art. 161 da Constitui-

ção, tal como se dá no concernente às desapropriações por necessidade ou utilidade pública e nos demais casos em que elas se processam por interesse social (art. 153, § 22, 2ª parte, da Constituição). Nesta última parte, a inconstitucionalidade que cabe proclamar é a do art. 11 do diploma em foco, ao preceituar.

«Art. 11. Na revisão do valor da indenização, deverá ser respeitado, em qualquer caso, como limite máximo, o valor declarado pelo proprietário, para efeito de pagamento de imposto territorial rural, e eventualmente reajustado nos termos do § 3º do artigo 3º»

No máximo, em realidade, na espécie, o que se poderia admitir é mera presunção *juris tantum* de corresponder o valor declarado pelo titular da propriedade ao real valor do imóvel. A indenização há de ser justa, ou estipulada em acordo amigável, ou em Juízo federal (Constituição, art. 125, I). A regra do art. 3º, II, do Decreto-Lei nº 554, pode ser entendida, apenas, nessa perspectiva, por definir uma presunção *juris tantum* de justeza da indenização, porque decorrente de manifestação do proprietário da terra expropriada, e para os fins referidos acima. Dando-se, todavia, sua discordância com o indicado valor, contestando o feito, essa declaração do proprietário poderá servir então, apenas, como elemento na verificação da justa indenização. O art. 11, entretanto, limitando, como o faz, a indenização, quando for a matéria objeto de revisão em Juízo, atenta contra o princípio inserto no art. 153, § 4º, da Constituição, porque ao Poder Judiciário, dessa maneira, não se asseguraria fixar a reparação ampla da lesão do direito individual posta em discussão. Ao Juiz tem de ser garantido proclamar qual a justa indenização correspondente à propriedade territorial rural perdida. Logo, a lei não há de estabelecer, *a priori*, que, em

qualquer caso, no qual se dê a revisão judicial, a sentença não pode fixar, como justa indenização, valor excedente ao da declaração do proprietário, para efeito do pagamento do imposto territorial rural.

De todo o exposto, conferindo ao art. 3º, II e III, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, a exegese acima referida, qual seja, de, aí, se estipular mera presunção *juris tantum* de correspondência entre o real valor do bem expropriado e a manifestação de vontade de seu proprietário, o que autorizará, desde logo, com base em tal compreender, ter-se como justificado o depósito do valor declarado para os exclusivos fins previstos nos artigos 4º e seu parágrafo único, 6º, 7º, e 8º, todos do mesmo diploma legal, não os tenho como inconstitucionais. Reconheço, todavia, a inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 554/1969, pelos fundamentos antes invocados.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre. A Constituição, artigo 153, § 22, ao assegurar o direito de propriedade, ressalva o disposto no artigo 161 a dizer que fica garantido à União Federal, promover a desapropriação da propriedade rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo critério que a lei estabelecer, em títulos especiais, da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

No caso, a lei que estabelece critério de apuração da justa indenização, é o Decreto-Lei nº 554, de 25 de abril de 1969.

Segundo este, o valor máximo da indenização, é aquele declarado pelo proprietário para efeito de pagamento do imposto territorial rural (artigo 11).

Como salientou o Ministro Márcio Ribeiro, o legislador constituinte optou pelo critério legal da justa indenização que no caso dos autos, fere o

princípio que assegura o direito de propriedade, mesmo na desapropriação, ao impor que o justo preço seja apurado mediante avaliação judicial.

Esse critério legal contido no Decreto-Lei nº 554, de 1969, para a desapropriação por interesse social, empresta valor absoluto ao que serve de base ao cálculo do imposto territorial rural, sem levar em conta que ele nem sempre ou quase nunca, está dentro da realidade das coisas.

A propósito, trago à colação, palavras de Seabra Fagundes à página 341 do seu «Da Desapropriação no Direito Brasileiro», a alertar que o valor atribuído para fins tributários, é fictício.

Escreve:

«A fraude fiscal, quando exista, não há de encontrar a sua penalidade dentro da ação expropriatória.»

Sabido que o

«fim desta é estatuir o valor da indenização e não punir o defraudador do Fisco.»

...

«A fraude fiscal tem as suas vias próprias de repressão»

A Constituição ao estatuir que a justa indenização é aquela estabelecida na lei, em rigor não tornou texto constitucional os princípios do Decreto-Lei nº 554, de 1969, que deu ênfase ao valor para fins de tributação, e não fez tábula rasa aos ditames tradicionais do justo preço no processo de expropriação que vêm da época do Império (Decreto de 21 de maio de 1821, Constituição de 1824) e foram mantidos pela Carta Republicana de 1891, e as que se seguiram.

Seja por utilidade pública ou por interesse social, o pagamento do justo preço na desapropriação, é pressuposto constante.

E justo preço equivale a valor real, assim entendido, no dizer de J. Cretella Júnior, a «quantia em dinheiro oferecida pelo Estado como compensação equivalente ao sacrifício imposto à propriedade particular» («Comentários às Leis de Desapropriação», 2ª edição, página 31).

O critério legal de declaração de valor para fins fiscais, não corresponde ao preço real do bem pelo que o decreto-lei já mencionado que o adota, contraria os artigos 153, §§ 1º e 4º, e 161 da Constituição.

Acompanho o Ministro Márcio Ribeiro e declaro inconstitucionais os artigos 3º, II e III, e 11 do Decreto-Lei nº 554, de 1969.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente: Quando a Constituição estabelece a justa indenização, segundo os critérios da lei, não é, me parece, no sentido de que a lei estabeleça critérios conceituais para a justa indenização, mas sim como deverá ser apurada essa justa indenização. O princípio da Justa indenização é fixado tanto para desapropriação por utilidade pública, como para desapropriação por utilidade social, apenas havendo diferença básica sobre a forma de pagamento. Não fosse assim, haveria evidente contradição ao falar o art. 161 em justa indenização, e permitir que apenas houvesse pagamento de parte do bem expropriado. Assim, a outra conclusão, realmente, não se pode chegar, segundo entendo, senão a de que a lei apenas poderá fixar o modo de avaliação, os critérios para essa avaliação, mas não que ela torne essa avaliação injusta, desvirtuando, portanto, a norma expressa na própria Constituição e em harmonia com os princípios básicos do regime em que vivemos. Se é certo que a ordem econômica e social, restringe o direito de propriedade, conforme ressaltava do art. 153, § 2º,

em razão da sua função social (art. 160, inc. III), não se há de compreender, por outro lado, que possa haver espoliação, pelo Estado, dos bens particulares. Ouvi o Sr. Ministro José Néri da Silveira e as razões expostas pelo Sr. Ministro Márcio Ribeiro, e agora, por último, o voto do Sr. Ministro Jarbas Nobre. Tenho para mim que o art. 11 do Decreto nº 554, por essas considerações que formulei, é realmente inconstitucional por incompatibilidade com a norma prevista no art. 161, da Lei Maior. Dois dispositivos também foram considerados inconstitucionais pelo Sr. Ministro Márcio Ribeiro, os incisos II e III do art. 3º do Decreto-Lei nº 554, enquanto o Sr. Ministro Néri da Silveira considera haver compatibilização desses referidos incisos, com o mencionado art. 11, apesar de dar como inconstitucional tal art. 11.

Encontro, realmente, data venia do Sr. Ministro José Néri da Silveira, dificuldade em admitir a compatibilização dos incisos II e III do art. 3º do Decreto-Lei nº 554 com a norma do art. 11 daquele mesmo diploma legal.

No mencionado inciso II, é dito que, na falta de acordo, o valor da propriedade declarado pelo seu titular, para fins de pagamento do Imposto Territorial Rural, se aceito pelo expropriante, servirá para a indenização. Ora, julgando-se inconstitucional o art. 11, não vejo como dar-se por subsistente o mencionado inciso II, que fixa um valor indenizatório desarmônico com o princípio constitucional da justa indenização. O inciso III, por igual, não pode prevalecer, já que depende do aludido inciso II.

Compreendo as razões do Sr. Ministro José Néri da Silveira, mas acho que a entender-se como inconstitucionais os aludidos incisos, haverá maior harmonia com a declaração de invalidez do art. 11.

Deste modo, com a vênia devida ao Sr. Ministro José Néri da Silveira, sem embargo de reconhecer as suas judiciosas e excelentes ponderações, no sentido da compatibilização daqueles dois incisos do art. 3º com a declaração de inconstitucionalidade do art. 11, fico com o Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente: Põem-se a exame constitucional o art. 30, incisos II, III e o artigo 11, todos do Decreto-Lei 554, de 25 de abril de 1969, tal como proposto pela Eg. Primeira Turma.

Mencionado decreto-lei rege a desapropriação territorial rural, pela forma e para os fins cuidados no art. 161 da Constituição. Os enfocados dispositivos tratam da "justa indenização", cujos critérios foram expressamente autorizados ao estabelecimento por lei, conforme o citado artigo constitucional.

De início, cumpre indagar se essa autorização constitucional basta à legitimidade de quaisquer que tenham sido os critérios fixados pelo legislador.

Quando se pense inviável o controle jurisdicional da chamada inconstitucionalidade material da lei, será singela a resposta afirmativa à indagação. Desde que haja norma maior permissiva dos discutidos critérios, por si próprios estes últimos resultarão legítimos, atendido que seja o único condicionamento constitucional da justa indenização: «fixada segundo os critérios que a lei estabelecer» (art. 161 da CF).

Todavia, adentrando-se campo mais vasto, no exame da chamada inconstitucionalidade material da lei, controle a que se tem permitido o Judiciário, há de se convir que a procurada resposta não é tão sim-

ples. Na verdade, no que possa conter de abuso ou desvio, poder-se-á fulminar a lei, em homenagem devida às garantias fundamentais, porventura violadas apesar da perfeição formal e literal da norma.

Da extensão desse controle mais penetrante, raro na jurisprudência brasileira, temos boa nota registrada pelo eminente Ministro Bilac Pinto, votando, no STF, o RE 72.071. Na oportunidade, S. Exa. lembrou estudo que publicara na Rev. For. 82/561, sobre o tema da inconstitucionalidade material, e a respeito aduziu estas considerações:

«A distinção entre inconstitucionalidade formal e material, relativamente às leis fiscais, foi por nós suscitada em trabalho publicado na RF., 82/561.

A época em que elaboramos esse estudo, estávamos convencidos de que somente às leis fiscais seria aplicável o critério distintivo entre a inconstitucionalidade formal que consiste no conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição e a inconstitucionalidade material que decorre da aplicação da norma ao caso concreto, envolvendo a violação de direito assegurado na Constituição.

As características da inconstitucionalidade material são a de que ela coexiste com a constitucionalidade formal da lei e a de que reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência.

Vemos, agora, no voto do ilustre Ministro Thompson Flores, que a divisão dicotômica da inconstitucionalidade não é peculiaridade das leis tributárias, e que tal doutrina pode também ser aplicada a outras leis» — RTJ 58/699.

A esses parâmetros, sucintamente referidos por S. Exa., sabemos que se juntam os escólios doutrinários postos em que o vício de inconstitucionalidade torna a lei passível de

controle jurisdicional, na sua aplicação, ainda que apenas indiretamente contenha violação a direito ou garantia consagrados na Constituição.

Partindo-se daí, desde que ao examinado decreto-lei são atribuídas distorções que desnaturariam o conceito de «justa indenização» — nota constitucional aditada até mesmo para as desapropriações rurais, penso defrontar-se típica argüição de inconstitucionalidade material, cujo exame deve ir além da conformidade do texto à previsão maior que deixou para a lei o estabelecimento dos critérios da indenização. Assim, cumpre decidir a espécie, indo-se além da continência literal em que se houve o legislador, ponto contra o qual, aliás, nada se alega.

Inicie-se por rever o invocado direito de propriedade, na sua postura constitucional. Verifique-se que, já na fonte de sua garantia máxima, o direito em causa se apresenta onerado da definição finalística do seu objeto, segundo o requisito da «função social da propriedade finalística do seu objeto, segundo o requisito da «função social da propriedade» (art. 160, III, da Carta Vigente). A cláusula se combina com a da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, tratada no art. 153, § 22, da mesma Carta. Até aí, não resulta maior desfalque do direito de propriedade, visto que se recomenda para a desapropriação assim motivada a recomposição imediata do patrimônio afetado, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Ocorre, porém, ressalva mais gravosa, marcada por interesse social específico: aquela feita pelo próprio § 22 ao disposto no art. 161; atinente à propriedade rural.

De fato, desde a Emenda nº 10/64 à Constituição de 1946, a afetação da propriedade rural, antes cumprida da mesma forma compensadora das desapropriações em geral,

submeteu-se a tratamento diverso. Com aquela Emenda, acresceram-se parágrafos ao art. 147, consignando-se regra própria para a indenização dos imóveis rurais, quando destinados à justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, como dizia o seu caput na linguagem do constituinte de 1946. Traço mais vivo dos parágrafos acrescentados foi a adoção de pagamento em títulos especiais da dívida pública, com vistas à reforma agrária, na previsão de zonas prioritárias e da declarada intenção de combater o latifúndio, conforme a nova terminologia constitucional daqueles parágrafos acrescentados ao art. 147.

No mesmo propósito reformador, a Carta de 1967 seguiu a linha da referida Emenda nº 10, tal a letra primitiva de seu art. 157 e §§. Estes últimos dispositivos foram, porém, de logo alterados, por exigência de instrumentos hábeis para a execução da Reforma Agrária, consoante a expressa motivação do Ato Institucional nº 9, de 25 de abril de 1969, através do qual os §§ 1º e 5º, do prefalado artigo constitucional, ganharam a redação apanhada pela Emenda nº 1, de 1969 e mantida no seu atual art. 161 e §§.

Da mesma data do A.I. nº 9, é o analisado o Dec.-Lei 554, editado já em atenção ao previsto estabelecimento dos critérios da justa indenização nas desapropriações em causa.

Em suma, os novos comandos, inseridos na Carta de 46 com a Emenda nº 10 e aperfeiçoados até a Emenda nº 1 à Carta de 67, mostram que a desapropriação de áreas rurais, para fins da Reforma Agrária, perdeu relação direta com as cautelas da desapropriação comum, versada no capítulo das garantias individuais, e passou a ter nítido contorno de intervenção estatal na ordem econômica, matéria constitucional distinta. Se-

quer o qualificativo prévia foi mantido e a justeza da indenização foi deixada ao nível de critérios legais ordinários.

Conferidas as variações e a remoção da colocação constitucional da matéria, percebe-se que, aderida que era a certa regra institucional, a desapropriação em causa passou a constituir norma programática, taxativamente destinada à Reforma Agrária, cometimento este integrado ao poder de intervenção do Estado na ordem econômica, visando a realização do desenvolvimento nacional e à justiça social. Daí as regras dos §§ 2º e 3º do art. 161 (Constituição vigente) prescreverem que essa excepcional desapropriação somente recairá sobre propriedades rurais, cuja forma de exploração, principalmente a latifundiária, contrarie os princípios que norteiam a Ordem Econômica e Social, dentre os quais se inscreve o da função social da propriedade (rol do art. 160).

A motivação de tão drástica modificação do posicionamento constitucional da espécie, que foi da paridade com a desapropriação por interesse social genérico até o específico interesse da Reforma Agrária, tem causas conhecidas. Lembradas ainda são as agitações sociais que levaram o regime político implantado em 1964 a se comprometer com a programação agrária, delicada problemática que irrefutavelmente se vincula à segurança do binômio desenvolvimento nacional e justiça social (art. 160).

Examinado esse posicionamento da matéria na Constituição, fácil é chegar-se à razão do impugnado decreto-lei, simultaneamente editado com o Ato Institucional nº 9, e enredados ambos no reclamo de instrumentos hábeis para a execução da Reforma Agrária.

E dessa razão, chega-se à indagação de interesse para o exame da constitucionalidade da norma, agora

sob o aspecto de sua legitimidade material.

Do Dec.-Lei 554, o destacado art. 3º e seus incisos dão por cumprida a justa indenização, via de sucessivos critérios: I — o valor fixado por acordo; II — o valor declarado para fins de imposto territorial rural; III — o valor apurado em avaliação procedida pelo expropriante, se inexistente ou recusada a declaração.

Em suma, essas alternativas são todas dirigidas à justa indenização estimada segundo o valor fundiário, padrão que em caso algum poderá ser ultrapassado (art. 11).

Alcança-se, assim, a questão central. Perquire-se até onde esses critérios legais, estabelecidos para encontro da justa indenização, atendem materialmente à garantia constitucional do direito de propriedade. No caso, isso significa indagar se há iniquidade no estabelecimento do valor fundiário, contraposto ao real valor de mercado imobiliário.

Ao tratar-se da garantia do genuíno direito de propriedade, em verdade, se imporia resposta afirmativa. Todavia, estando em causa não aquela garantia, no rigor da prescrição constitucional, mas em causa um valor diverso, igualmente delineado pela Constituição; isto é, cuidando-se de penalizar a propriedade rural cuja exploração contrarie as regras da ordem econômica e social, e da desapropriação conceituada como meio de retorno da propriedade ao curso da sua função social (autorizada causa de intervenção do Estado na ordem privada), a resposta àquela indagação impõe-se negativa.

Na verdade compreende-se que o valor fundiário (qualquer que seja o seu ponto de aferição: declaração do proprietário ou cometimento administrativo) não constitui dado econômico aleatoriamente instituído pelo Dec.-Lei 554; não configura preço

simbólico, como fosse simples e unilateral encenação de valor. Ao contrário, esse qualificado valor tem assento legal bipolarizado, como acontece nas relações fiscais ligadas à propriedade, latifundiária ou não. Dele cuida o Código Tributário Nacional, como elemento do imposto territorial rural.

De fato, desde antes do Dec.-Lei 554/69, já o art. 30 da Lei 5.172/66 (CTN) estabeleceu que a base de cálculo do imposto sobre a propriedade rural é o valor fundiário, como antes definido pelos arts. 50, da Lei 4.504/64, e 13 do Decreto 56.792/65 (Estatuto da Terra e Regulamento de seu Cap. I, Título III).

Não há, pois, dizer-se iníquo, irreal, abstrato ou confiscatório, em termos da especialíssima penalização da propriedade desviada da sua função social, o valor que, mesmo antes de considerado para a indenização desapropriatória, já serve de base positiva à tributação da propriedade, no mesmo plano de relacionamento indivíduo-Estado.

Assim, situar-se o valor fundiário como base indenizatória, nas especialíssimas desapropriações de áreas rurais prioritárias, não consubstancia desafeição à recomendação constitucional, no quanto dito valor se prenda, exclusivamente, ao preço da terra nua, pois que, aí, a norma se afigura constitucionalmente autorizada, exurgindo perfeita sob os aspectos formal, literal e material.

Entretanto, ao extravazarem da regulação do preço da terra nua, como extravazaram aqueles critérios, ao se endereçarem ao valor do imóvel (terra nua, benfeitorias), o mesmo não se poderá dizer de sua normalidade material.

Com efeito, é forçoso particularizar que da incidência do critério estabelecido para justa indenização em casos tais, deve-se retirar o preço das

benfeitorias. Estas, sem dúvida, são indenizáveis à base de valor próprio, encontrado segundo a regra normal das indenizações desapropriatórias, isto é, conforme avaliação real. É que o art. 3º do examinado Dec.-Lei 554, ao estabelecer como justa indenização o valor da propriedade, declarado ou estimado « para fins de pagamento do Imposto Territorial Rural », necessariamente há de ser compreendido na única referência à indenização da terra nua, porque este valor é que é básico « para fins do Imposto Territorial Rural » — art. 30 do CTN, art. 50 da Lei 4.504/64 — Estatuto da Terra, e arts. 13 e 20, do Dec. 56.792/65, seu regulamento.

Consulte-se o magistério do saudoso mestre Baleeiro, na asseveração de que dita base de cálculo — o valor fundiário — corresponde « ao solo nu, não utilizado, sem edificações e outras acessões »; « o solo com suas aderências naturais, sem a ação humana ». « Deve ser entendido, pois, como o valor do solo, até porque o fato gerador é a propriedade ou posse de imóvel « por natureza » (Direito Tributário Brasileiro — 3ª edição pág. 143, ed. Forense).

Da mesma opinião comungam J. Motta Maia (« Comentário ao Cód. Trib. Nacional », pág. 71); Bernardino Ribeiro de Moraes (« Sistema Tributário da Constituição de 1969 » vol. I, pág. 293); e Antônio de Oliveira Leite (« Imposto no Brasil » pág. 97). Todos esses tratadistas ressaltam o envolvimento político-extrafiscal do imposto territorial rural, marcado desde priscas eras. Onde se colhe que a tributação da propriedade rural, amplamente regulada pelo Estatuto da Terra, e moldada em termos de progressividade ou regressividade, conforme os coeficientes legais de dimensão, de localização, de condições sociais e de rendimento econômico, também configura instrumento de primeira grandeza, voltado para a execução da reforma agrária.

É certo que, na conferência de tais coeficientes, as benfeitorias influem indiretamente, tal como integrantes do considerado valor cadastral do imóvel. Mas, influem sob forma de favorecimento do contribuinte, e não, propriamente, como o valor declarado para fins do imposto territorial rural, tributo que, no fundamental, leva em conta tão-somente o valor da terra nua.

Por essa razão, vê-se que o núcleo de toda a problemática rural, compreendida no programa de reforma agrária, funda-se na terra *in natura*, e somente a esse núcleo é que se dirige a excepcional regra constitucional do art. 161. Logo, a inclusão das benfeitorias nos dados cadastrais não se presta ao gravame tributário da terra, senão que para arrefecê-lo.

Examinem-se o Estatuto da Terra e o seu Regulamento Tributário, ver-se-á que as benfeitorias são fatores de exclusão tributária, referidas apenas para encontro dos coeficientes de regressividade. Com efeito, desde o art. 50 da Lei 4.505, ao estabelecer que o valor básico do imposto será determinado em alíquota de dois décimos por cento sobre o valor da terra nua, até o art. 20 do Decreto 56.792, ao excluí-las especificadamente, evidencia-se o peso das benfeitorias como fator absolutamente regressivo do imposto.

Seria enfadonho enumerar a exaustiva pormenorização do precitado Regulamento, no tocante às benfeitorias como dado integrante da Regressividade Tributária, o que se exemplifica «en passant», pela consideração como coeficiente de condições sociais (art. 23, VI, e, e VII, d), ou de rendimento econômico (art. 24, IV a), sem se falar no efeito benéfico remetido ao campo do imposto de renda, consoante a determinação do art. 53 e §§, do Estatuto da Terra.

Por tudo isso, retornando-se ao valor fundiário, depara-se a sua ambi-

valência, prestante para base de cálculo do imposto territorial rural, como também do justo valor indenizatório da expropriação. Contudo, nessa função de padrão indenizatório, dito valor necessariamente deve guardar a sua característica básica, qual a de retratar apenas a terra nua ou, na expressão do mestre Baileiro, «o solo com suas aderências naturais, sem a ação humana»

E por assim significar, também erigido em critério de justa indenização, o valor fundiário declarado ou estimado para fins do imposto territorial deve excluir as benfeitorias. Excluindo-as, decerto que toda a remissão que se lhe faça o Dec.-Lei 554, com carga de indiscutibilidade *ope legis* da justeza da indenização, é feita sem prejuízo de que na ação desapropriatória discuta-se outro valor a ser acrescido, em cada caso, qual seja o valor das benfeitorias. Este último, sobre ser obrigatoriamente pago em dinheiro (art. 161, § 3º da Constituição, e art. 4º, parágrafo único do Dec.-Lei 554), igualmente se distingue do fundiário para, em refugindo ao critério do art. 3º do Dec.-Lei 554, reclamar avaliação própria, porque não compreendido, objetivamente, na base de cálculo do imposto territorial rural.

Concluindo, com a devida vênia, em tese, não percebo violação constitucional nos indigitados dispositivos de lei. A meu ver, eles bem se afinam com a regra constitucional programática que lhes autoriza o conteúdo, por inspiração buscada nos imperiosos reclamos da Reforma Agrária.

Não obstante essa conclusão, haurida de considerações sobre a indenização vinculada à expressão econômica da terra nua, obviamente diversa é a conclusão relativamente à distinta indenização das benfeitorias. Nessa parte, afiguram-se inconstitucionais os impugnados dispositivos legais, desde que, às claras, preten-

dem abranger as benfeitorias com indenização regulada pelo valor cadastral.

Daí por que, em tema de inconstitucionalidade material da lei, de verificação em cada caso, como ensina o mestre Bilac Pinto, penso que a examinada argüição se recomenda ao parcial acolhimento, de modo a permitir que na ação de desapropriação se apure o real valor das benfeitorias, como parcela integrante da justa indenização reclamada pelos argüentes. Quanto a essa parcela, deveras, a desapropriação rural não deve homenagem às aludidas regras legais.

Por derradeiro, no quanto digam contra a desapropriação em si mesma, por negarem ao caso os pressupostos de aplicação do Dec.-Lei 554, para isso os interessados terão ação própria, no rumo das perdas e danos decorrentes, tal como previsto no art. 14 do mesmo diploma legal em atenção à garantia da jurisdição §4º, do art. 153, da Constituição Federal.

Isto posto, acolho parcialmente a argüição de inconstitucionalidade, a fim de afastar os impugnados dispositivos (art. 3º, II e III, e art. 11, do Dec.-Lei 554/69), no pertinente à justa indenização das benfeitorias integradas ao imóvel expropriado.

VOTOVISTA

O Sr. Ministro Carlos Madeira: A argüição dos agravantes se baseia, fundamentalmente, na contrariedade à garantia constitucional da justa indenização, na desapropriação por interesse social de imóvel rural, segundo os critérios fixados no Decreto-Lei 554/69. Nesse diploma, não se estabelece distinção entre a terra nua e as benfeitorias que constituem a propriedade, a não ser no que respeita ao depósito do valor — em títulos especiais da dívida pública para aquela, e em moeda corrente, para estas, conforme dispõe o pa-

rágrafo único do seu art. 4º, a teor do art. 161, § 3º da Constituição. Mas os parâmetros para a fixação do valor de ambos os componentes da propriedade são os mesmos previstos no art. 3º, seus itens e parágrafos, não podendo a revisão desse valor exceder o valor declarado pelo proprietário para efeito de pagamento do ITR, tal como prevê o art. 11.

O eminente Ministro José Fernandes Dantas vê apenas a inconstitucionalidade material na aplicação de tais critérios às benfeitorias, mas não a identifica quanto à fixação do preço da terra nua. E isto porque a desapropriação por interesse social seria uma punição ao latifúndio, parecendo-lhe adequado que se indenize a terra nua pelo valor declarado para efeito tributário.

Aderiria a tal entendimento, se a desapropriação atingisse apenas o latifúndio improdutivo. Mas, no Estatuto da Terra, o latifúndio tanto pode ser por extensão, como por inexploração. Por extensão é o latifúndio cuja área — não obstante tenha exploração racional e econômica exceda a 600 módulos médios de propriedade rural ou a 600 vezes a área média dos imóveis rurais da região. Latifúndio por inexploração é o que, pouco importando sua área, é mantido sem finalidade econômica ou social, ou tem exploração deficiente ou inadequada (cfr art. 46 § 1º da Lei 4.504/64).

A lei, no entanto, não distingue, para efeito de desapropriação por interesse social, o latifúndio por extensão do latifúndio improdutivo. E é evidente que, pelo menos no que toca ao primeiro, não há que se cogitar do caráter punitivo da desapropriação. Parece que o interesse social reside mais em manter uma dimensão justa da propriedade, de modo a possibilitar o acesso à terra ao maior número de pessoas. Não é, pois, de punição que se cuida, mas

de adaptação da propriedade à sua função social.

Desse modo, a propriedade latifundiária tal como a minifundiária, há de ser vista como um todo, para efeito da desapropriação. Vale dizer: o critério adotado para apuração do valor do bem expropriado há de ser um só. Se inconstitucional é o critério em relação às benfeitorias, inconstitucional deve ser em relação à terra nua.

Ora, o art. 161 da Constituição alude ao pagamento de justa indenização, segundo os critérios que a lei estabelecer. E o art. 3º do Decreto-Lei 554/69, considerou justa indenização o valor fixado por acordo, ou o valor declarado para fins tributários, ou ainda o que a expropriante apurar, se não aceitar o valor declarado.

Vê-se que tais critérios podem ser necessários e, em alguns casos, suficientes, mas não podem ser únicos, porque o conceito de justa indenização transcende a elementos colhidos no cadastramento fiscal da propriedade. Volta-se, assim, a discussão doutrinária travada em torno do parágrafo único do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, que previa o critério de fixação da indenização das propriedades sujeitas ao imposto predial. Mesmo anteriormente à Constituição de 1946 que previu a «prévia e justa indenização» e não simplesmente a «indenização prévia» como constava do § 14 do art. 122 da Carta de 1937, a jurisprudência já entendia inconstitucional a regra, por não se coadunar com o princípio da indenização pelo valor atual da propriedade, o qual, em nosso direito, é vigente pelo menos desde as disposições do art. 6º da Lei 57, de 18 de março de 1836, que fixava o valor da propriedade «não só pelo valor intrínseco da mesma, como de sua localidade, proveito que dela tirava o proprietário e danos que lhe resultaram de sua privação».

Ao prescrever que «considera-se justa a indenização da propriedade» pelo valor extraído segundo os critérios estabelecidos nos seus itens II e III, o art. 3º do Decreto-Lei 554/69 impede a adoção de qualquer outro critério de avaliação contenciosa, o que resulta em afronta à garantia constitucional da justa indenização, evidentemente mais ampla. O legislador restringiu o comando da regra do art. 161 da Carta, que é o da justa indenização ao ter como únicos os critérios que adotou, vedando, além do mais, o livre exame de tais critérios, na eventual revisão do valor da indenização, como determina o art. 11.

Com estas considerações, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: O art. 153, § 22, da CF, assegura o direito da propriedade como regra, excepcionada no texto pelos casos de desapropriação que especifica, ou seja, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.

Quanto às duas primeiras modalidades, o legislador constituinte nada inovou, mantendo-se de acordo com o sistema no respeitante à prévia e justa indenização em dinheiro, apurável de acordo com os critérios de uma legislação preexistente (Decreto-Lei 3.365/41, normas modificadas e complementares).

Na expropriação por interesse social, porém, as mudanças se revelaram nas ressalvas do art. 161, que são conhecidas e das quais se destaca a fixação da justa indenização segundo os critérios que a lei estabelecer.

Tais critérios vêm preocupando os julgadores, em face do Decreto-Lei nº 554/49, principalmente no seu art. 3º, incisos II e III, por pretendida inconstitucionalidade.

Tenho, todavia, que essa lei, à semelhança do Decreto-Lei nº 3.365/41, cuida da desapropriação em duas etapas, sendo uma administrativa, como fase preliminar do processo expropriatório, formando uma relação linear entre expropriante e expropriado. E outra contenciosa, conseqüente à ausência do êxito na primeira e que se desenrolará no cenário judicial, em processo de rito ordinário após a contestação.

Essa dicotomia não é estranha à doutrina, conforme se lê em Pontes de Miranda:

«A indenização há de ser justa e prévia, ou em acordo amigável, ou em juízo federal (art. 119, I, § 1º)». (Cf. Comentários, VI, 51/52).

De fato, a desapropriação faz-se-á por ato do Presidente da República (art. 1º) e se desenvolverá através da fixação considerada justa do valor dos imóveis, mediante acordo entre as partes, ou, na falta deste, pelo valor declarado pelo expropriado para fins de pagamento do imposto territorial rural, se aceito pelo expropriante (art. 3º, incisos I/II).

Se assim não for possível ajustar, o expropriante fará a sua própria avaliação, unilateralmente, como ocorre nos casos comuns, quando é feita a oferta inicial (art. 3º, III), sobrevivendo, então, o depósito do valor em banco oficial, sendo o correspondente à terra nua em títulos especiais da dívida pública e o das benfeitorias em dinheiro (art. 4º, parágrafo único).

Somente após o depósito sobrevirá a segunda fase do procedimento, já então judicial, com aspectos peculiares, diversos do processo do Decreto-Lei nº 3.365/41, pois os atos preparatórios têm cunho de definitividade no tocante à transferência da propriedade, a saber:

a) o comprovante do depósito, junto pelo expropriante com a inicial,

convertido em pagamento da indenização;

b) o deferimento, pelo juiz, dessa primeira providência, importando na imissão na posse do imóvel, que não será provisória mas definitiva, por força de simultânea transcrição no registro de imóveis (arts. 6º e 7º);

c) a citação do expropriado para responder aos termos da ação, ordenada pelo juiz após certificado nos autos e cumprimento dos mandados de imissão e de transcrição (art. 8º);

d) a contestação, que versará exclusivamente o valor depositado pelo expropriante, ou vício do processo judicial, tomando o feito o rito ordinário (arts. 8º, 9º e 10).

Após a citação, expropriante e expropriado encontram-se na situação de partes num processo judicial de índole contenciosa e desenvolvimentos normal, em que terá lugar a fase instrutória, pericial, necessária à revisão do valor indenizatório depositado pelo expropriante (art. 11).

Até aí não vislumbro anormalidade capaz de retirar valia ao art. 3º, nºs II e III, do Decreto-Lei nº 554/69, porquanto as suas disposições se dirigem à autoridade administrativa e não obrigam o particular, que poderá concordar ou não com os valores ofertados, ou voltar-se contra os mesmos pela via judicial, instaurada nos termos do citado art. 11.

Ocorre, porém, que seria em pura perda de impugnação do quantum depositado, se observados os critérios limitativos impostos no art. 11, pelo respeito, em qualquer caso, ao máximo do valor declarado pelo proprietário no pagamento do imposto territorial rural e eventualmente reajustado nos termos do art. 3º, § 3º.

A revisão, na espécie, limitar-se-ia, pois, à utilização dos dados fornecidos pelo legislador, retirando-se ao expropriado a possibilidade de apu-

rar o justo valor da indenização, que o art. 161 impõe como condição primordial da expropriação, aliás em consonância com o princípio do resguardo ao direito de propriedade, ressalvados, tão-só, a indenização prévia (que foi suprimida) e o pagamento em dinheiro da terra nua (que foi substituído por títulos), mas nunca em burla à justiça indenizatória.

Não é estranha aos textos constitucionais, na história do nosso Direito, a referência básica à lei com requisito de especialidade e que fixará as normas indispensáveis à expropriação, no seu conteúdo, nos seus limites e no seu exercício, mesmo nos casos de intervenção na ordem econômica, mas inofensiva a direitos e garantias individuais.

Anote-se o exemplo do Decreto-Lei nº 3.365/41, ao fixar no seu art. 27 um mínimo e um máximo à indenização, sempre que se tratasse de bem sujeito ao imposto predial. Sobre esse texto recaiu a reprovação da jurisprudência majoritária, que se inclinou pelo desprezo a tal critério, sempre que contrastante com a realidade econômica de cada caso (Cf. Seabra Fagundes, «Desapropriação», 1.949, pág. 27, nº 14-C).

A questão reabre-se após a Constituição de 1946 e fere-se no âmbito legislativo, porque a Constituição de 1967 restabeleceu, no seu art. 161, a lei que limita, considerada inconstitucional, por ser equivalente ao confisco, porquanto alheia à imperiosidade da cobertura total do desfalque, mediante compensação inferior ao dano, transformando o ato sentencial, fora da flexibilidade na fixação do quantum, em simples homologação pelo juiz.

Nada impede, vale dizer, a existência de tais leis, preconizadoras de critérios segundo os quais se deva fazer o levantamento da indenização, tal como consagrada no texto constitucional. Mas não será possível é que se perpetue a burla ao texto

maior, pela fixação de critérios limitativos rígidos, que refogem à fórmula da indenização justa como uma garantia ao direito de propriedade.

Pontes escreve:

«O art. 157, § 8º, de modo nenhum é exceção ao art. 150, § 22, da Constituição de 1967, onde se diz que o direito de propriedade é garantido, salvo no caso de desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro omissis». (Obra cit., pág 67).

Hauriou, escrevendo sobre os problemas da desapropriação, em face da extensão do direito de propriedade na França, salientou que o privilégio exclusivo desse direito se configura pelo uso indispensável da via jurisdicional, de vez que os demais direitos, inclusive as liberdades individuais, algumas vezes só são amparadas por meio de reparação posterior (Cf. Maurice Hauriou, «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 10a. edição, pág. 38).

Voto pela inconstitucionalidade apenas do art. 11, do Decreto-Lei nº 554/69, pois quanto ao mesmo acho que destrói o sentido óbvio do texto constitucional e estreita-lhe os limites verdadeiros, acima de qualquer dúvida razoável.

Quanto ao art. 3º e seus incisos, prefiro a exegese que não infirma a lei nessa parte. (Cf. Bryce, vol. I, p. 397, e Black, p. 105/118 e 334/335, apud Carlos Maximiliano, Hermanêutica, 9ª edição, p. 307, nº 366-III).

Oportet ut res plus valeat quam pereat.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Recordo-me de que, da vez passada, o eminente Sr. Ministro José Dantas

proferiu um voto que me pareceu brilhante. Pedi cópia a S. Exa., nesse interim, e me convenci do acerto da sua solução. É verdade que S. Exa. acolheu, parcialmente, a arguição de inconstitucionalidade, a fim de afastar os impugnados incisos II e III, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, no pertinente à justa indenização das benfeitorias integradas ao imóvel expropriado. Tal solução me pareceu que se harmoniza com a intenção do legislador, quer o constituinte, no art. 161, quer o ordinário, no Decreto-Lei nº 554, ora em debate.

Penso que, se o Tribunal não se sensibilizar para a realidade nacional de um País em desenvolvimento, que há anos reclama se faça a Reforma Agrária e se porventura estabilizar em conceitos evidentemente estacionários, com a devida vênia, jamais o Brasil chegará a realizar essa reforma.

Por estas considerações, adiro integralmente ao voto do Sr. Ministro José Dantas.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Acompanho o eminente Ministro José Néri da Silveira, dando pela inconstitucionalidade do art. 11, do Decreto-Lei nº 564, de 1969, data venia do Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Data venia, acompanho o voto do Ministro Márcio Ribeiro.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Na sessão anterior já tinha firmado o meu ponto de vista a respeito do assunto que passo agora a transmitir ao Tribunal. Entendo que o tratamento especial, dado pelo legislador constituinte, para desapropriação da propriedade territorial rural, prevista no art. 160, autorizando, inclusive

ao legislador ordinário, estabelecer o critério para justa indenização, descarta, sem dúvida, o vício em relação aos demais princípios lembrados neste julgamento.

Tive a honra de receber um brilhante trabalho do Ministro Carlos Mário Velloso, intitulado «Desapropriação para fins de Reforma Agrária», relativo a uma aula proferida por S. Exa. no curso de Pós-Graduação de Direito da PUC, São Paulo, em que, abordando vários aspectos do problema, no particular, diz ele o seguinte:

«O nosso entendimento, data venia, é no sentido da constitucionalidade dos dispositivos legais em apreço. É que a Constituição, no art. 153, § 22, ao cuidar de estabelecer, nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, «prévia e justa indenização em dinheiro», ressalva, expressamente, o disposto no art. 161. Este, a seu turno, prescreve que a justa indenização, no caso, será «fixada segundo os critérios que a lei estabelecer».

Verifica-se, pois, que a Constituição deu tratamento diverso, no que toca à indenização, às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, para fins de reforma agrária, subordinando esta a regime jurídico específico.

O argumento dos que arguem de inconstitucional o art. 3º e seus itens, do Dec.-Lei 554/69, não seria aproveitável, por isto que a Constituição expressamente prescreveu que a justiça da indenização, no caso, seria fixada segundo o critério da lei.

Assim o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que escreve:

«A indenização justa prevista no art. 161, e parágrafos, do texto constitucional é a que obedece

aos critérios de justo fixado em lei». (22) (ob. e loc. cit.).

Também, ao que parece, o de Franco Sobrinho. (23)

Decidindo a Ação de Desapropriação nº 2.074 B, o Juiz Federal Professor Sebastião Reis assim também entendeu, ao deixar expresso:

«... a desapropriação da propriedade territorial rural obedece a regime jurídico específico, seja pela aceitação obrigatória do pagamento da indenização, referente às terras, em títulos da dívida pública, seja em função dos critérios de cálculo da reparação devida, a serem fixados em lei». (24)

Depositada a importância da indenização, fixada na forma do art. 3º, o valor da terra nua em títulos especiais da dívida pública, e o das benfeitorias, em dinheiro o Dec.-Lei 554/69, art. 3º, e seu § único), o juiz, de imediato, ou no prazo de 48 horas, determinará a transcrição da propriedade no registro de imóveis, transcrição que deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) dias, contados da apresentação do mandado (Dec.-Lei 554/69, art. 7º e seu § único). Somente após o cumprimento dos mandados de transcrição, é que o juiz ordenará a citação de expropriado para responder aos termos da ação) Dec.-Lei 554/69, art. 8º).

Com essas considerações do eminente Ministro, Carlos Mário Velloso que, por certo, estão contidas na sentença que proferiu neste caso, e de acordo com minha convicção, rejeito a inconstitucionalidade dos dispositivos.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: A Constituição, no art. 153, § 22, dispôs que «seria 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 art. 161...»

Esse artigo, de sua vez, estabeleceu:

«A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer...» isto é, o legislador constituinte deixou à lei o estabelecimento dos critérios, subordinando-os, porém, à condição de levarem a uma indenização justa, com o que se desprezarem tal objetivo serão inconstitucionais.

Ora, o Decreto-Lei 554, no seu art. 3º, estabeleceu como critérios, admitindo-os como justos, em primeiro lugar o valor fixado por acordo entre o expropriante e o expropriado, em relação ao qual não há por que objetar. Previu depois que, na falta de acordo, o valor da propriedade para o efeito de desapropriação seria o declarado pelo seu titular para fins de pagamento de Imposto Territorial Rural, se aceito pelo expropriante. Ainda aqui, desde que efetivamente haja sido o proprietário quem tenha estabelecido o valor de sua propriedade, não há como entender-se a regra injusta.

Já o inciso 3º, entretanto, clamorosamente briga com a norma que determinou que a indenização terá que ser justa, uma vez que deixou ao inteiro arbítrio do expropriante a fixação do preço a pagar pela área desapropriada.

Dispõe o inciso referido: «O valor apurado em avaliação levada a efeito pelo expropriante, quando este não aceitar o valor declarado pelo proprietário, na forma do inciso anterior ou quando inexistir essa declaração».

Parece-me indubitável, Senhor Presidente, que essa disposição coli-

de com a norma do art. 161, quando estabeleceu que a lei a ser elaborada fixando critérios, teria que fazê-lo de forma a assegurar que a desapropriação se daria por via de justa indenização, sendo, portanto inconstitucional.

EXTRATO DA MINUTA

Ag.I.(MC)nº 38.537-MG. Relator: Sr. Ministro Márcio Ribeiro. Agtes: Companhia Industrial e Agrícola Oeste de Minas e Outros. Agdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Decisão: O Tribunal, por maioria regimental, declarou a inconstitucionalidade do art. 11 do Dec.-Lei 554/69.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade do art. 3º, incisos II e III, do referido diploma legal, foi a mesma rejeitada por falta de quorum regimental (Em 6-12-79 — T. Pleno).

Ficaram vencidos, em parte, os Srs. Ministros José Dantas e Washington Bolívar. Integralmente o Sr. Ministro William Patterson. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Moacir Catunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Washington Bolívar, Adhemar Raymundo e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro José Néri da Silveira.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 42.928 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Argüentes: Flávio Fenochio e outros

Argüida: União Federal

EMENTA

Constitucional. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação de Cargos. Lei nº 3.780, de 1960; Lei nº 1.741, de 1952. Lei nº 5.645, de 1970; Lei nº 5.843, de 1972, art. 10.

I. Constitucionalidade do artigo 10, da Lei nº 5.843, de 1952, reconhecida pelo Egrégio Plenário.

II. Votos vencidos.

III. O art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972, exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remuneratório do Grupo Direção e Assessoramento Superior.

IV. Argüição de inconstitucionalidade julgada prejudicada. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por unanimidade, prejudicada a argüição de inconstitucionalidade na AC 42.928-RJ, em face da decisão tomada na

argüição de inconstitucionalidade na AC 46.309-RJ. Em face do disposto no artigo 388 do RI, o Tribunal desde logo, entretanto, tomou conhecimento do mérito da causa, dando provimento, por unanimidade, à apelação da União Federal, para reformar a sentença e julgar a ação improcedente, condenados os autores nas

custas e honorários de advogado de 10% do valor da causa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro; Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Na Egrégia 2ª Turma, assim foi o feito relatado pelo saudoso Ministro Amarílio Benjamin:

«Flávio Fenocchio moveu ação ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, alegando que é funcionário autárquico federal, efetivo daquela autarquia, agregado como Inspetor-Geral, símbolo 2-C, lotado na Diretoria Financeira. Requereu à Administração o reajuste de seus vencimentos na base da retribuição do cargo de Inspetor-Geral, Código DAS-101.1, em decorrência da reclassificação pelo Decreto nº 72.635/73, não logrando êxito, porém, sob alegação, por parte do Instituto, de que havia disposição legal e expressa em sentido contrário. Disse mais que, admitido para os quadros funcionais do ex-IAPI, em 20-7-42, estava classificado como Contador, atual nível 22-C. Por haver permanecido mais de dez anos ininterruptos exercendo o cargo em comissão de Inspetor-Geral, símbolo 2-C, foi agregado nesse cargo, consoante o art. 1º, da Lei nº 1.741/52, o que se constituiu em situação funcional definitiva, direito esse mais tarde preservado por força do art. 109, do Decreto-Lei nº 200/67. Sem embargo do disposto na Lei nº 1.741/52, ficaram preservados os direitos já adquiridos pelos antigos agregados, de tal sorte que o status funcional se mante-

ve inalterado, mesmo depois do advento do referido Decreto-Lei nº 200/67.

Solicitou, assim, a procedência do pedido, para o fim de ser o INPS compelido a reclassificá-lo, de conformidade com o Anexo I, do Decreto nº 72.635/73, no cargo em comissão de Inspetor-Geral, código DAS-101.1, pagando-lhe, em consequência, as diferenças de vencimentos e demais vantagens a partir de 21-8-73, data da publicação do referido decreto no órgão oficial, além de ser condenado em custas, juros e honorários.

A fls. 16/19, com os documentos de fls. 20/110, foram admitidos como litisconsortes Oswaldo Iório, Lucy Diniz, Paulo Mendonça de Oliveira, Luiz Martins da Rocha, Walnir Antônio Luiz, Clóvis Zobaran Monteiro, Wenceslau Rymysza, Antônio Ferreira Portella Filho, Aracy de Oliveira, Levy Cardoso, Ivan Gonçalves Ferreira, Luiz Alves Pinto, Elvira Bento Pereira, Paulo Homero Wiechers de Mesquita, Edmundo Ramos Lima, João Lyra Madeira, Pelino Bastos de Oliveira, Affonso dos Santos Leite Júnior, Walquirio Carneiro de Campos Mello, José Augusto Alencar Vieira Machado, João Galvão Costa, Maria da Conceição Lances Couto, Zélia Amélia Cox, Advard Pinto Ribeiro, João Abraham Adbu, Aureo Gueiros Viajor Pereira de Melo, José Ferraz, João Baptista Mendes, Elesbão Cardoso e Maria de Lourdes da Silva Miranda.

A fls. 113/114, com os documentos de fls. 115/135, também requereram e obtiveram litisconsórcio: Maria Laura de Araújo, Irineu Esteves Bieites, Maria da Glória Soares da Silva, Adhemar Rodrigues de Souza, David Cavadinha e Lúcia Beatriz da Silva Miranda.

Contestando, a fls. 142/144, o Instituto Nacional de Previdência So-

cial sustentou que a lei invocada pelos autores — Lei nº 5.848/72 — não lhes aproveita; o art. 10 declara, taxativamente, não ser aplicável aos que se achem agregados ou aposentados, ou ainda reclassificados em decorrência da implantação do Grupo Direção e Assessoramento Superior.

Réplica, a fls. 146/148.

Sentenciando, a fls. 156/163, o Dr. Juiz julgou a ação procedente para assegurar aos autores os vencimentos equivalentes pleiteados, com as respectivas vantagens, acrescidos de custas, juros e honorários de 10% sobre as diferenças atrasadas que forem apuradas em execução.

Irresignado, apelou o INPS, a fls. 165/168.

Nesta superior instância, manifesta-se a douta Subprocuradoriaz-Geral, a fls. 179/181, pela reformada sentença.

É o relatório» (fls. 187-188).

Na sessão do dia 7-12-1977, S. Exa. assim votou:

«O meu voto está escrito na forma simples em que o redigi, segundo as minhas notas. Todavia, antes de lê-lo para os Eminentíssimos Colegas, acho oportuno duas ou três considerações iniciais, em atenção ao Douto Advogado dos autores que, ainda há pouco, ocupava a tribuna sustentando o que julga o direito de seus clientes.

Devo dizer que a controvérsia não tem por objetivo o aproveitamento dos requerentes.

O Dr. Subprocurador, na sua sustentação, destacou e leu a conclusão da inicial, demonstrando que o pedido teve em vista reclassificação, de acordo com o cargo tido como correspondente ao que os autores ocupavam, para o fim de percepção de vencimentos.

O Dr. Juiz, na sentença de fls. a fls., não deixa dúvida quanto ao sentido exato da pretensão. Julgando procedente o pedido, o Dr. Juiz consignou na decisão prolatada, conforme consta de fls. 163, o reame seguinte:

«Diante do exposto, e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação, para assegurar aos Autores os vencimentos equivalentes pleiteados, com as vantagens, custas, juros de mora e honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento) sobre as diferenças atrasadas que forem apuradas em execução.

Remetam-se, oportunamente, os presentes autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, ex vi do disposto no parágrafo único do artigo 475 do Código de Processo Civil».

Estavam os autos nesta 2ª Instância, quando os promoventes dirigiram-me a petição constante do apenso, acompanhada de fotocópia do Diário Oficial da República, da qual consta que os autores haviam sido aproveitados ou reclassificados, na conformidade do que entendeu regular o Serviço Público, como técnicos de administração.

Entendo, a esse respeito, que a modificação sobrevinda no curso da lide não pode ser objeto de consideração. Se por acaso os funcionários pleiteantes acham que têm direito a aproveitamento no cargo correspondente ou igual àqueles em que se deu a agregação, deverão pleitear o reconhecimento de tal situação noutra demanda, na qual, evidentemente, não poderão deixar de enfrentar o ato de reclassificação praticado pela Administração Pública.

Esclarecidos, portanto, os pontos que me pareceram dignos de men-

ção especial, passo ao voto que escrevi.

O autor e litisconsortes são funcionários agregados — (Lei nº 1.741/52) e pretendem reajuste de vencimentos de acordo com os cargos que entedem corresponder, ou ser iguais aos que exerciam, na conformidade da Dec. 72.635/73.

Todavia, opõe-se à pretensão a Lei nº 5.843 de 6-12-72, cujo art. 10 dispõe peremptoriamente:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do art. 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos». (fls. 143).

Como não existe preceito constitucional garantindo aos «agregados» adaptação permanente às condições ou transformações que passem a ter ou a sofrer os cargos a que ficaram vinculados, podia o legislador tomar a orientação estabelecida, desde que o fez de modo direto e expresso.

A 2ª Turma já examinou a matéria na APMS. nº 75.701-RJ, relator Min. Paulo Távora — D.J. de 26-8-76, e aceitou o ponto de vista da Administração, como se depreende da ementa do acórdão respectivo:

«O art. 10 da Lei nº 5.843-72 exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remunerativo do Grupo Direção e Assessoramento Superior».

Isto posto, damos provimento aos recursos e julgamos a ação improcedente, condenando os vencidos nas custas e em 20% de hono-

rários de advogado sobre o valor da causa.

O problema suscitado no apenso é matéria estranha à litiscontestatio. (fls. 191-194). I

Em seguida, na qualidade de revisor, proferi o seguinte voto:

«O autor, por ter permanecido por mais de dez anos exercendo o cargo em comissão de Inspetor-Geral, 2-C, foi agregado nesse cargo, na forma da Lei 1.741/52, art. 1º.

A Lei 5.645, de 10-12-70, estabeleceu um novo plano de classificação de cargos do serviço público federal, em substituição ao da Lei 3.780, de 12-7-60.

A Lei 5.843, de 6-12-72, fixou os valores de vencimentos dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores do Serviço Civil da União e autarquias (art. 1º).

Na órbita do INPS, o Decreto nº 72.635, de 17-8-73, que ali implantou o novo Plano de Classificação, veio estabelecer que o cargo de Inspetor-Geral 2-C ficaria classificado na nova situação de Inspetor-Geral DAS-101.1 (art. 1º anexo I).

Assim, transformado o cargo de Inspetor-Geral, 2-C, no de Inspetor-Geral, DAS-101.1, quer o autor, que se encontrava agregado, como já vimos de ver, no cargo de Inspetor-Geral 2-C, os vencimentos do novo símbolo, DAS-101.1.

A r. sentença de 1º grau atendeu ao pleiteado.

Vários litisconsortes ativos, cujos nomes estão mencionados na sentença (fl. 160), em tal situação admitidos na ação, foram beneficiados pela decisão, por isso que «a documentação trazida pelos Autores comprova a situação funcional de cada um e que é, exatamente, nas condições por eles descritas na inicial» (fl. 161), o que não é ne-

gado pelo INPS, nas razões de recurso (fls. 165/168).

O argumento da autarquia é no sentido de que o artigo 10 da Lei 5.843/72 é expresso no vedar a aplicação, aos agregados, da retribuição dos cargos do Grupo DAS.

Nesse sentido, também, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, conforme ementa do citado parecer, a fls. 179:

«Funcionários autárquicos. Aos agregados não se aplica a retribuição dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, mesmo porque expressamente prevista a vedação na Lei nº 5.843/72, art. 10».

Reza o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72 (Lei que fixa os valores de vencimento dos cargos do Grupo — Direção e Assessoramento Superiores do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências). verbis:

«Artigo 10. Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos.»

«O art. 60 da Lei 3.780, de 12-7-60, dispunha:

«Art. 60. Os funcionários que, por força da Lei nº 1.711, de 22-11-1952, tiverem assegurados vencimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à denominação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos, automati-

camente, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que são titulares».

Esse artigo, conforme se vê, ao cuidar dos agregados da Lei 1.741/52, expressamente enquadrou-os nos novos símbolos trazidos pela Lei 3.780/60, novos símbolos correspondentes à denominação dos cargos, agregando-os aos respectivos quadros, e considerou vagos, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que eram titulares. Noutras palavras, aos que deduzo dos termos do citado art. 60 da Lei 3.780/60, os agregados foram enquadrados nos novos símbolos trazidos pela Lei 3.780/60, mas foram declarados vagos os seus cargos efetivos, assegurando-lhes a lei somente os vencimentos respectivos.

E o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72, na verdade, vedou aplicação, aos agregados, dos padrões de vencimentos atribuídos ao DAS, no art. 1º da mesma lei, tanto aos que ainda estão na ativa quanto aos aposentados. Numa palavra: os vencimentos do grupo DAS não seriam aplicáveis aos agregados.

Então, a questão a ser decidida é esta: se a lei assegurou aos agregados os vencimentos dos cargos transformados em DAS, poderia persistir, ou seria válida a vedação do art. 10 da Lei 5.843/72?

A questão, assim posta, há de ser vista e examinada sob a ótica da disposição inscrita no art. 153, § 3º, da C.F. Cumpre, então, perquirir se, no caso, há direito adquirido que a lei nova devia respeitar.

Esta Eg. Turma, na AMS nº 75.701-RJ, Relator o Sr. Ministro Paulo Távora, julgando caso igual, decidiu:

«Administrativo. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação.

O artigo 10 da Lei nº 5.843/72 excui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remuneratório do Grupo Direção e Assessoramento Superior.

Data venia, manifesto respeitosa divergência com o decidido pela Eg. Turma na AMS nº 75.701-RJ, retro referida.

É incontestável que tanto a Lei nº 1.741/1952, art. 1º, quanto a Lei nº 3.780/60, asseguraram ao ocupante de cargo em comissão, quando afastado dele, depois de mais de 10 anos de exercício ininterrupto, o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo.

Tem-se, no caso, a figura da agregação do funcionário ao vencimento do cargo que ocupou, durante certo tempo, correto que agregar quer dizer reunir, associar, ajuntar, anexar.

Tal direito, pois, se origina de um fato pretérito; em razão de um serviço prestado, durante certo tempo, adquiriu o funcionário o direito de perceber o vencimento ou remuneração atribuído ao cargo que foi exercido.

O Decreto-Lei 200, de 1967, extinguiu a agregação, no seu art. 109. Foi expresso, todavia no manter os direitos daqueles que, na data do citado diploma legal, houvesse completado as condições estipuladas em lei para a agregação. Desnecessária, aliás, a ressalva. Porque, implementadas as condições legais à aquisição de um direito, incorpora-se este ao patrimônio do indivíduo, o que a lei nova tem que respeitar, em razão de determinação constitucional.

Assim, se ao funcionário foi garantida a percepção da remuneração atribuída a um cargo, em razão do implemento de certas condições, não se pode, se esse cargo passa a ter novo símbolo, com um conseqüente aumento em termos

de dinheiro, deixar de atribuir os novos vencimentos ao funcionário que adquirira, por força de lei, direito de perceber a remuneração desse cargo, assim agregada a sua situação funcional aos vencimentos desse mesmo cargo.

Não há falar que se está diante de um fato novo constituído por norma legal superveniente.

O que se tem é que, em razão de certas condições já implementadas, houve a aquisição de um direito a que a lei nova há de respeitar.

Também não há falar, no caso, na vinculação ou equiparação referidas no § único do art. 98 da C.F.

Aqui, repete-se, há uma situação constituída em virtude da implementação de condições postas em lei. O § único do art. 98 da C.F. quer proibir vinculações ou equiparações gratuitas.

A Egrégia 1ª Turma, na AC nº 41.381-RJ, Relator o Sr. Ministro Oscar Pina, decidiu matéria semelhante em favor da pretensão do funcionário agregado.

Pelo exposto, nego provimento». (fls. 195-198).

O eminente e saudoso Ministro Amarílio Benjamin, após o meu voto, fez o seguinte aditamento:

«Sou o primeiro a louvar o espírito liberal que anima o voto, muito bem deduzido, do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

Entretanto, permita-me S. Exa., em acréscimo ao meu voto, aditar algumas objeções ao seu brilhante pronunciamento.

Em primeiro lugar, na realidade, não vejo como, na hipótese, se reconheça direito adquirido em favor dos autores.

O que a Lei nº 1.741, o Estatuto ou Decreto-Lei 200 lhes garantiram foi, em verdade, as vantagens dos cargos que ocupavam e nos quais foram agregados.

As leis que asseguraram tais vantagens não podiam, de antemão, incluir dentro delas, a imutabilidade das situações deferidas ou, por outro modo de considerar a matéria, não podiam investí-los em direitos permanentes sobre transformações, reestruturações, modificações, que os cargos viessem a sofrer no futuro, vez que, se assim fosse, estar-se-ia contrariando princípio básico e inalterável do serviço público, de a Administração organizar-se ou reorganizar-se livremente.

Em segundo lugar, não podemos negar cumprimento ao preceito expresso do art. 10 da Lei nº 5.843.

Sou o primeiro a reconhecer que o plano de classificação de cargos cometeu, de fato, algumas injustiças com diversas classes de servidores.

Nas oportunidades em que examinei a nova formulação, sempre que invocado o Poder Judiciário, fui ao encontro dos que batiam a nossa porta, corrigindo o que, a meu ver, além da injustiça, situava-se, igualmente, no plano da ilegalidade.

Assim procedi, por exemplo, no caso dos funcionários da Fundação Oswaldo Cruz e, também, no rumoroso litígio a respeito da possibilidade de funcionários classificados na clientela originária poderem pleitear, em seguida, a clientela secundária ou geral de outras profissões, sem perda, porém, da situação obtida na classificação pela clientela originária.

Decidi desse modo, porque, na verdade, encontrei dentro da própria lei apoio à posição por mim fixada.

Na hipótese, por mais simpatia que tenha à reivindicação exposta, e respeito ao voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, que tanto se recomenda, no exercício da judica-

tura, à nossa consideração, não posso acolher o pedido, não posso repelir a observância da lei na sua disposição expressa porque é meu dever, como juiz ou cidadão, cumpri-la nos seus termos, salvo decretação de inconstitucionalidade.

Por essas razões, mantenho o meu voto.» (fls. 201-103).

Também aditei o meu voto, assim:

«Sr. Presidente, os votos de V. Exa. contêm, sempre, lições que acatamos com o maior prazer. Assim, é pedindo desculpas que divergimos, vez ou outra, do seu douto entendimento.

Queria fazer também um pequeno acréscimo ao meu voto. Devo concluir propondo a remessa do feito ao Egrégio Tribunal Pleno, porque, na verdade, estou admitindo a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843:

De sorte que, quando eu dizia «nego provimento», quero propor a remessa do feito ao Pleno, para exame da constitucionalidade desse dispositivo». (fl. 199).

Acompanhou-me o eminente Ministro Jarbas Nobre, com o seguinte pronunciamento:

«A mesma dúvida que assaltou ao Sr. Ministro Carlos Mário Velloso também me assalta porque, à primeira vista, quer-me parecer que o art. 10 da Lei nº 5.843/72 poderá atingir, eventualmente, um direito adquirido que é garantido pela Constituição.

Voto pelo atendimento da proposta do Sr. Ministro-Revisor.

Pela remessa dos autos ao Tribunal Pleno». (fl. 200).

Decidiu a Turma, então, por maioria, com base no meu voto, determinar a remessa dos autos ao Eg. Tribunal Pleno para apreciação da inconstitucionalidade do artigo 10 da

Lei nº 5.843, de 1972, vencido o Sr. Ministro Amarílio Benjamin, Relator, que, apreciando desde logo o mérito, dava provimento aos recursos para julgar a ação improcedente (fls. 209).

Peticionaram os interessados, a fls. 215-216, sustentando que a Lei nº 6.703, de 26-10-79, que estendeu aos funcionários aposentados da Administração Direta e das Autarquias Federais as vantagens financeiras decorrentes da aplicação do Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10-12-70, teria solucionado a questão em favor dos autores, no seu art. 5º. Ouvida, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, através do parecer de fls. 218-219, opinou em sentido contrário.

Oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seguida, às fls. 221/227, manifestando-se a respeito do incidente de inconstitucionalidade em parecer da lavra do ilustrado Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, opinando no sentido da rejeição da arguição de inconstitucionalidade.

Assim, o parecer:

«Funcionários agregados na forma do art. 60 da Lei nº 3.780/60 pleiteiam o reajustamento de seus vencimentos de acordo com os níveis dos cargos que entendem corresponder àqueles em que se agregaram e que integram, hoje, o Grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS), dentro da sistemática introduzida pelo novo Plano de Classificação de Cargos.

2. Todavia, a Lei 5.843/72, que fixou os valores de vencimentos dos cargos do referido Grupo, dispôs, em seu art. 10:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no art. 1º desta Lei não se aplicam aos funcionários que, por força do art. 60 da Lei 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com en-

quadramento em símbolo de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

3. Como se vê, o reajuste pretendido pelos suplicantes esbarra na proibição expressa do dispositivo transcrito.

4. Entende, no entanto, o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, apoiado, «em princípio», pelo Senhor Ministro Jarbas Nobre, mas contra o voto do saudoso Ministro Amarílio Benjamin, que o preceito legal padece do vício da inconstitucionalidade, por conter regra incompatível com o princípio do direito adquirido.

5. Louve-se, como bem assinalou o Ministro Amarílio Benjamin, o espírito liberal que anima o voto do Ministro Carlos Mário Velloso, mas a sua fundamentação, em que pese o costumeiro brilho, busca reviver velha questão já definitivamente resolvida, no nosso País pela doutrina e jurisprudência.

6. Com efeito, o direito administrativo só conhece dois regimes reguladores da situação dos funcionários públicos: o contratual e o estatutário.

7. No Brasil, o regime adotado é o estatutário, o que quer dizer que o funcionário público, em face da Administração, encontra-se numa situação estatutária ou legal, caracterizada pela sua modificabilidade, ou seja, pela possibilidade sempre aberta ao legislador de alterar, a qualquer momento, de acordo com o interesse público, as normas em vigor.

8. Essa a razão pela qual a doutrina tem afirmado que o regime estatutário é, a rigor, incompatível com o instituto do direito adquirido.

9. Pela investidura no cargo os funcionários ficam sujeitos às disposições do respectivo Estatuto que lhes prescrevem obrigações e lhes reconhecem direitos e vantagens. Mas daí, não decorre, que a Administração se obrigue para com os seus funcionários a manter inalteradas as normas e condições vigentes ao tempo do ingresso. A propósito escreve o acatado Hely Lopes Meirelles:

«Os poderes discricionários da Administração, para organizar o funcionalismo, são hoje incontestados pela doutrina e pela jurisprudência. Com efeito, não se pode negar ao Poder Público a faculdade de organizar livremente o seu funcionalismo e de modificar a sua estrutura, funcionamento e vencimentos quando e como julgar conveniente. Isto porque o funcionalismo é meio e não fim da Administração. O fim da Administração é o serviço público para a satisfação do interesse coletivo. O funcionalismo é apenas instrumento de realização dos fins administrativos. Por isso o interesse público há de prevalecer sempre sobre o interesse individual dos funcionários» (Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., pág. 342).

10. Na esteira de tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em decisão que data de mais de 30 anos, declarou:

«A situação dos funcionários não é contratual, é regulamentar, subordinados os seus direitos aos fins públicos de sua função. E o estatuto é o regulamento que baliza o alvedrio do governante e oferece as demarcações das garantias e proveitos dos funcionários. O que se torna insuscetível de redução é o vencimento de serviço já prestado e que deve ser pago em face da lei que marcava o estipêndio, podendo, ao propósito, falar-se em situação

jurídica definitivamente constituída. O mesmo, porém, não se passa quanto ao serviço a ser prestado e que recai no regime legal estatutário, ininvocável, aqui direito adquirido «(AC. nº 8.373, in «R.D.A.» nº 4, pág. 157).

11. Desdeentão, não mais se modificou a orientação da Suprema Corte, firme e pacífica:

«Funcionalismo. Natureza da Relação. Direito Adquirido. As relações entre os funcionários e o Estado são de natureza estatutária. Os direitos e obrigações podem ser modificados unilateralmente pelo Estado, sem que o servidor possa invocar direito adquirido. Recurso não conhecido» (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, decisão unânime, in DJ de 7-12-73, pág. 9.374).

«Funcionário público não tem direito à irredutibilidade de seu vencimentos. Logo, de direito adquirido não se pode falar, quando alguma modificação apoiada em lei se produz nesses vencimentos» (RMS. 10.929 in DJ de 24-10-63 pág. 3.644).

«O Regime Estatutário, adotado para a função pública, permite a modificação das normas em vigor, segundo o interesse público. Impossibilidade de reivindicar vantagem concedida por legislação anterior. Inexistência de direito adquirido» (RE 80.158, DJ de 6-6-73).

12. Nos princípios acima expostos inspira-se o lúcido voto do saudoso Ministro Amarílio Benjamin, reafirmando entendimento consagrado nesse Egrégio Tribunal:

«Na realidade, não vejo como, na hipótese, se reconheça direito adquirido em favor dos autores.

O que a Lei nº 1.741, o Estatuto ou Decreto-Lei 200 lhes garantiram foi, em verdade, as vantagens dos cargos que ocupavam e nos quais foram agregados.

As leis que asseguraram tais vantagens não podiam, de antemão, incluir dentro delas, a imutabilidade das situações deferidas ou, por outro modo de considerar a matéria, não podiam investi-los em direitos permanentes sobre transformações, reestruturações, modificações que os cargos viessem a sofrer no futuro, vez que, se assim fosse, estarse-ia contrariando o princípio básico e inalterável do serviço público, de a Administração organizar-se ou reorganizar-se livremente» (fls. 201/202).

13. Aliás, essa Colenda Corte, em reiteradas decisões, tem mandado aplicar o malsinado art. 10 da Lei nº 5.843/72, reconhecendo, assim, a sua constitucionalidade.

14. Vejam-se, a propósito, os seguintes arestos:

«O art. 10 da Lei nº 5.843/72 exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remunerativo do Grupo-Direção e Assessoramento Superior» (AMS 75.701. Rel.: Min. Paulo Távora, DJ de 26-8-76, pág. 7.416).

«Funcionalismo público.

Pedido de equiparação dos proventos de funcionários do IPASE calculados à base dos vencimentos do cargo em comissão de Diretor, aos vencimentos básicos do Diretor do IPASE-DAS 101.1, a partir do Dec. 72.128/73.

Improcedência de ação ordinária ajuizada contra o Instituto.

Confirmação da sentença de 1º grau pelos seus fundamentos, entre os quais o de que a Lei 5.843/72, art. 10, exclui a possibilidade de ser atendida a pretensão dos Autores» (AC. nº 54.095. Rel.: Min. Márcio Ribeiro, in DJ de 6-2-80, pág. 435).

15. Embora a questão, a rigor, dispense maiores considerações, vale transcrever as irrepreensíveis

considerações expendidas pelo Ministro Paulo Távora, Relator do primeiro dos acórdãos acima referidos:

«A Lei nº 5.843, de 6-12-72, que fixou valores de vencimentos dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS), da União e suas autarquias prescreve:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no artigo 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a estar agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

Os agregados foram, assim, expressamente, excluídos do novo tratamento remuneratório a que viessem corresponder os cargos em comissão, em cujos vencimentos se estabilizaram. A lei superveniente que instituiu outros padrões de retribuição, criando situação distinta da anterior, pode estabelecer condições próprias de incidência.

O direito adquirido é o efeito que se produz e incorpora ao acervo individual, quando a lei fecunda a matriz fática que prefigurou, ao encontrá-la realizada em relação a determinada pessoa. Não alcança os novos fatos ou vencimentos que se constituem na vigência de outra regra geral.

Inexiste, assim, direito de vincular o símbolo 2-C da agregação ao nível DAS-1, ao fundamento de que outros cargos de Diretor de Departamento tiveram essa classificação. Na reorganização do serviço público, o legislador

pode adotar diverso critério de prioridade ou correspondência no agrupamento de funções. Não fica pregado a equiparações de qualquer natureza para efeito de vencimentos conforme estipula o artigo 98, par. único da Constituição».

Assim, diante de todas essas razões, espera a União que a presente argüição não seja acolhida».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): O Egrégio Tribunal Pleno, na Argüição de Inconstitucionalidade havida na AC nº 46.309-RJ, deu pela constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972, julgamento concluído nesta sessão.

Fiquei vencido, porque votei no sentido da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Faço anexar cópia do voto que proferi para boa compreensão do meu pensamento.

Devo, todavia, curvar-me ao decidido pelo Egrégio Plenário.

Tenho, então, por prejudicada a presente argüição de inconstitucionalidade.

Destarte, face ao disposto no artigo 388 do Regimento Interno, passo ao exame da apelação.

Dou-lhe provimento, para o fim de julgar improcedente a ação, condenados os apelados nas custas e verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Constitucional. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação de Cargos. Lei nº 3.780, de 1960; Lei nº 1.741, de 1952. Lei nº 5.645, de 1970; Lei nº 5.843, de 1972.

I — Se ao funcionário foi garantida a percepção da remuneração atribuída a um cargo, em razão do

implemento de certas condições, não se pode, se esse cargo passa a ter novo símbolo, com um consequente aumento em termos de dinheiro, deixar de atribuir os novos vencimentos ao funcionário que adquirira, por força de lei, direito de perceber a remuneração desse cargo, assim agregada a sua situação funcional aos vencimentos desse mesmo cargo.

II — Inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972.

III — Recurso provido.

Reitero o voto que proferi na AC nº 42.928-RJ, assim:

«O autor, por ter permanecido por mais de dez anos exercendo o cargo em comissão de Inspetor-Geral, 2-C, foi agregado nesse cargo, na forma da Lei nº 1.741/52, art. 1º .

A Lei 5.645, de 10-12-70, estabeleceu um novo plano de classificação de cargos do serviço público federal, em substituição ao da Lei nº 3.780, de 12-7-60.

A Lei 5.843, de 6-12-72, fixou os valores de vencimentos dos cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores Civil da União e autarquias (art. 1º).

Na órbita do INPS, o Decreto nº 72.635, de 17-8-73, que ali implantou o novo Plano de Classificação, veio estabelecer que o cargo de Inspetor-Geral 2-C ficaria classificado na nova situação de Inspetor-Geral DAS-101.1 (art. 1º anexo I).

Assim, transformado o cargo de Inspetor-Geral 2-C no de Inspetor-Geral DAS-101.1, quero autor, que se encontrava agregado, como já vimos de ver, no cargo de Inspetor-Geral 2-C, os vencimentos do novo símbolo, DAS-101.1.

A. r. sentença de 1º grau atendeu ao pleiteado.

Vários litisconsortes ativos, cujos nomes estão mencionados na

sentença (fl. 160), em tal situação admitidos na ação, foram beneficiados pela decisão, por isso que «a documentação trazida pelos Autores comprova a situação funcional de cada um e que é, exatamente, nas condições por eles descritas na inicial» (fl. 161), o que não é negado pelo INPS, nas razões de recurso (fls. 165/168).

O argumento da autarquia é no sentido de que o artigo 10 da Lei nº 5.843/72 é expresso no vedar a aplicação, aos agregados, da retribuição dos cargos do Grupo DAS.

Neste sentido, também, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, conforme ementa do citado parecer, a fls. 179:

«Funcionários autárquicos. Aos agregados não se aplica a retribuição dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, mesmo porque expressamente prevista a vedação na Lei 5.843/72, art. 10».

Reza o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72 (lei que fixa os valores de vencimentos dos cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências), **verbis**:

«Art. 10. Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780 de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

O art. 60 da Lei 3.780, de 12-7-60, dispunha:

«Art. 60. Os funcionários que, por força da Lei nº 1.741, de 22-11-1952, tiverem assegurados ven-

cimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à denominação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos, automaticamente, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que são titulares».

Esse artigo, conforme se vê, ao cuidar dos agregados da Lei 1.741/52, expressamente enquadrou-os novos símbolos trazidos pela Lei nº 3.780/60, novos símbolos correspondentes à denominação dos cargos, agregando-os aos respectivos quadros, e considerou vagos, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que eram titulares. Noutras palavras, ao que deduzo dos termos do citado art. 60 da Lei 3.780/60, os agregados foram enquadrados nos novos símbolos trazidos pela Lei 3.780/60, mas foram declarados vagos os seus cargos efetivos, assegurando-lhes a lei somente os vencimentos respectivos.

E o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72, na verdade, vedou aplicação, aos agregados, dos padrões de vencimentos atribuídos ao DAS, no art. 1º da mesma lei, tanto aos que ainda estão na ativa quanto aos aposentados. Numa palavra: os vencimentos do grupo DAS não seriam aplicáveis aos agregados.

Então, a questão a ser decidida é esta: se a lei assegurou aos agregados os vencimentos dos cargos transformados em DAS, poderia persistir, ou seria válida a vedação do art. 10 da Lei 5.843/72?

A questão, assim posta, há de ser vista e examinada sob a ótica da disposição inscrita no art. 153, § 3º, da C.F. Cumpre, então, perquirir, se, no caso, há direito adquirido que a lei nova devia respeitar.

Esta Egrégia Turma, na AMS 75.701-RJ. Relator o Sr. Ministro Paulo Távora, julgando caso igual, decidiu:

«Administrativo. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação.

O artigo 10 da Lei nº 5.843/72 exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remuneratório do Grupo Direção e Assessoramento Superior».

Data venia, manifesto respeitosa divergência com o decidido pela Egrégia Turma na AMS nº 75.701-RJ, retro referida.

É incontestável que, tanto a Lei nº 1.741/52, art. 1º, quanto a Lei 3.780/60, asseguraram ao ocupante de cargo em comissão, quando afastado dele, depois de mais de 10 anos de exercício ininterrupto, o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo.

Tem-se, no caso, a figura da agregação do funcionário ao vencimento do cargo que ocupou durante certo tempo; correto que agregar quer dizer reunir, associar, ajuntar, anexar.

Tal direito, pois, se origina de um fato pretérito; em razão de um serviço prestado, durante certo tempo, adquiriu o funcionário o direito de perceber o vencimento ou remuneração atribuída ao cargo que foi exercido.

O Decreto-Lei 200, de 1967, extinguiu a agregação, no seu art. 109. Foi expresso, todavia, no manter os direitos daqueles que, na data do citado diploma legal, houvessem completado às condições estipuladas em lei para a agregação. Desnecessária, aliás, a ressalva. Porque, implementadas as condições legais à aquisição de um direito, incorpora-se este ao patrimônio do indivíduo, o que a lei nova tem que respeitar, em razão de determinação constitucional.

Assim, se ao funcionário foi garantida a percepção da remuneração atribuída a um cargo, em razão do implemento de certas condi-

ções, não se pode, se esse cargo passa a ter novo símbolo, com um conseqüente aumento em termos de dinheiro, deixar de atribuir os novos vencimentos ao funcionário que adquirira, por força de lei, direito de perceber a remuneração desse cargo, assim agregada a sua situação funcional aos vencimentos desse mesmo cargo.

Não há falar que se está diante de um fato novo constituído por norma legal superveniente.

O que se tem é que, em razão de certas condições, já implementadas, houve a aquisição de um direito a que a lei nova há de respeitar.

Também não há falar, no caso, na vinculação ou equiparação referidas no § único do art. 98 da C.F.

Aqui, repete-se, há uma situação constituída em virtude da implementação de condições postas em lei. O § único do art. 98 da CF, quer proibir vinculações ou equiparações gratuitas.

A Egrégia 1ª Turma, na AC nº 41.381-RJ. Relator o Sr. Ministro Oscar Pina, decidiu matéria semelhante, em favor da pretensão do funcionário agregado.

Pelo exposto, nego provimento».

II

A afirmativa, de forma ortodoxa, de que o funcionário público, tão-só porque mantém com o estado relação jurídica estatutária não adquire direitos, ou que o funcionário não é capaz de adquirir direitos, é data venia, destoante do preceito constitucional que consagra o respeito ao direito adquirido (C.F., art. 153, § 3º), preceito que é tradicional no direito Constitucional Brasileiro, a partir da Constituição do Império (Constituição Política do Império, art. 179, III; Constituição de 1891, art. II, § 3º; Constituição de 1934, art. 113, § 3º; Constituição de 1946, art. 141, § 3º; Constituição de 1967, art. 150, § 3º;

Constituição de 1967, com a E.C. nº 1, de 1969, art. 153, §. 3.º). Somente com a ditadura inaugurada em 1937 e na Carta Política' que adveio do golpe de Estado do mesmo ano, é que, compreensivelmente, a matéria não foi tratada em nível constitucional.

III

Assim posta a questão, é um truismo a afirmativa no sentido de que o preceito constitucional que consagra o respeito ao direito adquirido se dirige, tanto ao Juiz quanto ao legislador, o que não acontece no direito francês e italiano, pátrias do regime estatutário. É que, em França, como na Itália, o princípio da irretroatividade das leis não é tratado em nível constitucional, mas de lei ordinária. Dirige-se, pois, ao Juiz, não ao legislador. O florescimento da teoria estatutária em tais países, aliás, muito deve a isto, ou foi mesmo determinada em razão disso.

No Brasil, entretanto, não custa repetir, o princípio da irretroatividade das leis em status constitucional, é tratado em nível constitucional.

IV

O direito se origina de um fato *ex facto jussoritur* — que pode ser simples ou ser complexo. Se o fato é simples, basta a ocorrência do acontecimento, assim jurígeno, para que o direito tenha nascimento. Se é composto de diversos acontecimentos, influem todos para que o fato complexo se torne jurígeno, certo que os acontecimentos se regem na forma da lei vigente por ocasião de suas respectivas ocorrências. Vale dizer: devem ser reconhecidos os acontecimentos que se realizaram na forma da Lei vigente, então.

Noutras palavras, ocorrente, por inteiro, o fato (Gabba), ou cumprida a condição estabelecida em lei para o nascimento do direito, surge este, que é, assim, adquirido, e que o legis-

lador deve respeitar, porque o princípio da irretroatividade das leis, já falamos, é dirigido tanto ao intérprete quanto ao legislador (C.F., artigo 153, § 3º), certo que a Lei Fundamental, quando consagra a não retroatividade, não faz qualquer distinção ou ressalva, vale dizer, não ressalva que quando se tratar do regime estatutário, que teve grande brilho no direito fascista, o preceito não seria aplicável. Quer dizer: a lei nova, que estabelece ou que cria situação nova, ou obrigações novas para os funcionários, evidentemente que atinge estes, na sua generalidade; todavia, não pode ela extinguir vantagens já incorporadas no patrimônio do funcionário (Caio Mário da Silva Pereira, «Instituições de Direito Civil», Forense, 1ª ed., 1961, I/ 127-128).

A regra que, no particular, deita raízes na teoria subjetivista (Gabba, «Teoria della Retroattività delle Leggi»), e que a atual Lei de Introdução consagrou (art. 6º), também encontra respaldo na teoria objetiva, que Paul Roubier expôs («Les Conflictos de Lois dans le Temps», 2/471).

V

Diante do exposto, porque o art. 10 da Lei nº 5.843, de 6-12-72, faz tábula rasa do direito adquirido dos funcionários agregados, declaro a inconstitucionalidade do mesmo.

EXTRATO DA MINUTA

Ar Inc. na AC 42.928-RJ. Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Argte.: Flávio Fenochio e outros. Argda.: União Federal.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal julgou, por unanimidade de votos, prejudicada a arguição de inconstitucionalidade na AC 42.928-RJ, em face da decisão tomada na arguição de inconstitucionalidade na AC 46.309-RJ. Em face do disposto no art. 388 do RI, o Tribunal, desde logo, entretanto, tomou conhecimento

do mérito da causa, dando provimento, por unanimidade, à apelação da União Federal, para reformar a sentença e julgar a ação improcedente, condenados os autores nas custas e honorários de advogado de 10% do valor da causa. Em (23-10-80 — Pleno).

Os Srs. Ministros Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Hermillo Galant, Pereira de Paiva, Sebastião Alves dos Reis, Miguel

Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e Torreão Braz votaram com o relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Néri da Silveira.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CIVEL Nº 46.309 — RJ

Relator p/acórdão: O Sr. Ministro William Patterson

Relator originário: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Lycurgo Silva Braga

Apelado: Instituto Nacional de Previdência Social

EMENTA

Administrativo. Funcionário. Enquadramento. Agregado. Lei nº 5.843, de 1972, (art.10). Constitucionalidade.

É constitucional o art. 10, da Lei nº 5.843, de 1972, que exclui do reajuste salarial os funcionários que, por força do art. 60, da Lei n.3.780, de 1960, foram agregados com enquadramento em símbolo de cargo transformado ou reclassificado em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, assim como aos aposentados com as vantagens dos referidos cargos.

Inocorrência, na espécie, de motivação para resguardo do alegado direito adquirido.

Razões jurídicas impeditivas do reconhecimento da postulação.

Argüição de inconstitucionalidade rejeitada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do artigo 10, da Lei nº 5.843/72, contra os votos dos Srs. Mins. Relator, Justino

Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Américo Luz, Peçanha Martins, Jarbas Nobre e Washington Bolívar. Por se tratar de matéria constitucional, foram colhidos os votos dos Srs. Mins. Lauro Leitão, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo e Moacir Catunda que não participaram da

sessão em que se iniciou o julgamento. O Tribunal, em face do disposto no artigo 388, do RI, examinando, desde logo, o mérito da causa, negou provimento por unanimidade, à apelação na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Na Egrégia Terceira Turma, assim relatei o feito:

«O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República resume a espécie, à fl. 83:

«1 — Ação ordinária proposta contra o Instituto Nacional de Previdência Social, pela qual objetiva o autor seja procedida a revisão de seus proventos, vez que o cargo no qual foi agregado, quando da sua passagem para a inatividade, pela Lei nº 5.645/70, foi transposto para o cargo de Coordenador de Planejamento de Seguros Sociais, símbolo DAS-101.1.

Argumenta o demandante que o Decreto-Lei nº 1.256/73, posterior portanto à Lei nº 5.645/70, no art. 10, assegurou a transposição aos aposentados, revogando, assim, a regra da Lei nº 5.843/72 que excluía os agregados do benefício ora pleiteado.

2 — A ação foi julgada improcedente, recorrendo tempestivamente o autor.» (fls. 83)

A r. sentença, para julgar improcedente a ação, assim argumentou:

«6.1 — Os funcionários agregados nos termos do artigo 60 da

Lei 3.780/60, bem como os aposentados com as vantagens da agregação, estão expressamente excluídos da percepção dos vencimentos fixados na Lei 5.843/72, como estabelece o seu art. 10, disposição que não pode ser tida como revogada pelo art. 10 do Decreto-Lei 1.256/73 que regula situação diversa, sabido que o agregado é funcionário em situação *sui generis*, que não ocupa cargo efetivo, ante a extinção do seu. Os parágrafos 1º e 2º deste artigo não deixam dúvidas sobre os aposentados a que se referem. E o Decreto-Lei 1.325/74, que regula especificamente sobre a aplicação do Plano de classificação de Cargos aos inativos, confirma a intenção do legislador, ao atribuir ao aposentado o vencimento da classe inicial da Categoria Funcional para a qual tiver sido transposto o cargo que era ocupado por ele.

6.2. — Não ostenta o Autor, pois, as condições para a inclusão no Plano de Classificação de Cargos, mas ainda que tal ocorresse, a letra da lei diz prematura a provocação da demanda, por isso que, somente depois de ultimada a implantação do Plano em relação aos servidores em atividade, se cogitará da revisão dos proventos dos servidores inativos e, como é sabido, até o presente não há notícia dessa implantação na autarquia ré.» (fl. 63)

Apelou o Autor (fls. 66/72).

Resposta do INPS, recorrido, às fls. 75/76.

Nesta Egrégia Corte, a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 83/85, opina no sentido do desprovimento do apelo.» (fls. 88/89).

Proferi, em seguida, o seguinte voto:

«O autor foi agregado ao símbolo 2. C, equivalente ao cargo de Diretor de Departamento, a partir de 3 de novembro de 1964 (fls. 13/14). Pela Portaria SPL nº 1.342, de março de 1972, foi o mesmo aposentado com os proventos correspondentes ao referido símbolo (fl. 18).

Pelo Decreto nº 72.635/73, o dito símbolo 2.C passou a DAS 1 (fls. 19/20).

Argumenta o INPS, na contestação de fls. 51/54, com o art. 10 da Lei nº 5.843/72, verbis:

«artigo 10. Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

A r. sentença, vimos de ver, denegou a pretensão do autor. Argumentou no sentido de que os funcionários agregados, nos termos do art. 60 da Lei 3.780/60, bem assim os aposentados com as vantagens da agregação, estão expressamente excluídos da percepção dos vencimentos fixados na Lei 5.843/72, ex vi do disposto no seu artigo 10.

Data venia, dou provimento ao apelo.

Na AC nº 42.928-RJ, de que fui revisor, e em que se discutiu matéria semelhante, sustentei entendimento favorável à pretensão do autor.

Reporto-me aos termos do referido voto cuja cópia faço anexar e que leio.

Não desfigura o direito o fato de estar o autor, ora apelante, já aposentado, e que, por isso mesmo, ter-se-ia, na espécie, uma equiparação vedada pelo art. 98, § único, da Constituição.

O que a Constituição, no particular, proíbe, são as equiparações gratuitas, já falamos.

No caso, há um direito adquirido a ser preservado.

O autor, em razão de ter satisfeito certas condições, exigidas em lei, agregou-se ao vencimento de um determinado símbolo. Alterado este, com um conseqüente aumento em termos pecuniários, há de ser concedido ao mesmo esse mesmo aumento. O contrário seria aplicar maus tratos no princípio do direito adquirido que a constituição consagra.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para julgar procedente a ação, condenado o vencido no reembolso das custas e na verba honorária arbitrada na mesma base em que a r. sentença carregou ao ora apelante.» (fls. 94/95).

Acompanhou-me o Revisor, eminente Ministro Jarbas Nobre.

Após pedido de vista, votou o eminente Ministro Aldir Passarinho, da seguinte forma:

«O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso assim relatou a espécie: (lê).

S. Exa. reformou a r. sentença de 1º grau e julgou procedente a ação, no que foi acompanhado pelo ilustre Ministro Jarbas Nobre, Revisor, à base da seguinte fundamentação, exposta no seu douto voto (lê).

Não me sentindo habilitado para votar, na oportunidade, pedi vista dos autos e agora o meu pronunciamento.

Data venia dos Srs. Ministros Relator e Revisor, estou em que a

r. sentença do nobre Juiz singular é de ser mantida.

No caso, trata-se de funcionário que se aposentou em cargo que era agregado, cargo esse em comissão. A agregação se fez com base no Decreto-Lei 1.741/52 que permitia que os funcionários que estivessem ocupando, por mais de dez anos, cargo em comissão, continuassem a perceber os vencimentos ao mesmo correspondente, mantendo-se os proventos respectivos quando se aposentassem. O art. 60 da Lei nº 3.780/60, referindo-se a eles, determinou que ficassem agregados aos Quadros de Pessoal, considerando-se automaticamente vagos os cargos de que eram titulares, durante o decênio a que se referia a Lei nº 1.741/52, para que outros pudessem provê-los.

Aos que se tivessem aposentado na situação de agregados ou que viessem a sê-los, não foi aplicado o reajuste previsto no art. 1º da Lei nº 5.843, de 6 de dezembro de 1972, como ficou expressamente estipulado no art. 10 do mesmo diploma legal, *in verbis*.

«Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780/60, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo de Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos cargos.»

Assim, como se verifica, os que se encontravam aposentados na condição de agregados não perceberam os aumentos nas bases estipuladas na Lei nº 5.843/72.

Diz o autor, ora apelante, entretanto, que tal norma veio a ser revogada por sua incompatibilidade

com a regra fixada no art. 10 do Decreto-Lei nº 1.256, de 26 de janeiro de 1973, que assim reza, no seu caput:

«Os servidores aposentados que satisfaçam as condições estabelecidas para a transposição do decreto de estruturação do Grupo respectivo, previsto na Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, farão jus à revisão de proventos fixados no correspondente plano de retribuição.»

Entretanto, na verdade, não houve a revogação pretendida, porquanto os que se encontravam aposentados na condição de agregados em cargos em comissão não foram abrangidos pelo dispositivo aludido, como resulta do disposto no artigo 9º do mesmo diploma legal e, igualmente, do § 1º do referido art. 10, cujo caput foi transcrito.

De fato. Diz o art. 9º do Decreto-Lei nº 1.256, de 26 de janeiro de 1973:

«Os valores de vencimentos fixados pelas Leis nºs 5.843, 5.845 e 5.846 de 6 de dezembro de 1972, para os cargos integrantes dos Grupos Direção e Assessoramento Superiores (DAS-100), Serviços Auxiliares — (SA-800) e Diplomacia (D-300), respectivamente, não se alterarão em decorrência do reajustamento concedido por este Decreto-Lei».

E o § 1º do art. 10, ainda reforçando o que dispôs o transcrito art. 9º, estabeleceu:

«Para efeito do disposto neste artigo, será considerado o cargo efetivo ocupado pelo funcionário à data da aposentadoria, incidindo a revisão somente sobre a parte do provento correspondente ao vencimento básico.»

Deste modo, como é fácil de observar, os abrangidos pelo art. 10 da Lei nº 1.256/73 são apenas os

que eram ocupantes de cargos efetivos, ao se aposentarem, o que já não ocorria com o ora apelante que se encontrava na situação de «agregado», em cargo em comissão. E se pretendermos, apenas para argumentar, que ele era ocupante de cargo efetivo, então este cargo não seria o em comissão e, sim, aquele efetivo em que se encontrava ao ser agregado e, então, igualmente não poderia ter amparo sua pretensão que exatamente se alicerça em ter sido ele aposentado em cargo em comissão, como agregado.

Em face disso, cai por terra, a meu ver, a argumentação precípua em que se fundamenta o postulante, prevalecendo, portanto, o argumento do INPS no sentido de que, então, a sua situação se encontra prevista no Decreto-Lei nº 1.325/74 que estabeleceu os critérios para inclusão dos aposentados no sistema da Lei nº 5.645/70.

Aliás, observo que a douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer, menciona acórdão da C. 2ª Turma deste Tribunal, Relator o Sr. Ministro Paulo Távora, na A.M.S. nº 75.701-RJ (DJ de 26 de agosto de 1976, pág. 7.416), no mesmo sentido do ponto de vista que ora adoto, conforme se vê da respectiva ementa:

«O artigo 10 da Lei 5.843 exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remunerativo do Grupo Direção e Assessoramento Superior.»

O voto do Sr. Ministro Paulo Távora mostra, inclusive, inexistir inconstitucionalidade no mencionado art. 10 da Lei 5.843/68, ponto, aliás, não enfocado pelas partes, na presente oportunidade.

Em face do exposto, e em síntese não tendo como revogado o art. 10 da Lei nº 5.843/72, pelo Decreto-Lei nº 1.256/73, e sem necessidade mesmo de examinar outros aspectos

que a hipótese ainda poderia comportar, confirmo a r. sentença de 1º grau, com o que, em consequência, nego provimento à apelação.

É o meu voto.»

Em seguida, aditei o meu voto com a seguinte declaração:

«Sr. Presidente, tal como fiz no voto que proferi na Apelação Cível nº 42.928, retifico a conclusão do meu voto, proferido nesta Apelação Cível. Assim, onde está, «dou provimento ao apelo, para julgar procedente a ação» substitua-se por: «proponho a remessa do feito ao Tribunal Pleno, para exame da constitucionalidade do art. 10, da Lei nº 5.843»

É o que desejava aditar ao meu voto.»

Decidiu a Turma, então:

«A Turma, por maioria, e após o voto do Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho que confirmava a sentença de 1º grau, negando provimento à apelação, veio, ainda por maioria, e ante proposta do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, após aditamento do seu voto, vencido o Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho, a submeter a exame do Tribunal Pleno a constitucionalidade do art. 10, da Lei 5.843/72.»

Oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 112-116, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, da seguinte forma:

«O autor aposentou-se no cargo de Diretor do Departamento de Benefícios da Coordenação de Planejamento do antigo IAPM, símbolo 2-C, no qual fora agregado, na forma da Lei nº 3.780/60, art. 60.

2 — Alegando que o referido cargo corresponde, dentro do novo sistema de classificação de cargos, ao de Coordenador de Planejam-

to de Seguros Sociais, do Grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS-101-1), pede o autor que o reajuste de seus proventos se faça tomando-se por base o vencimento deste cargo.

3 — Todavia, a Lei 5.843/72, que fixou os valores de vencimentos dos cargos do referido grupo, dispôs, em seu art. 10:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no art. 1º desta Lei não se aplicam aos funcionários que por força do art. 60 da Lei 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolo de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

4 — Como se vê, o suplicante não pode ter seus proventos reajustados de acordo com os vencimentos fixados para o Grupo DAS, porque a tanto se opõe, claramente, o dispositivo citado.

5 — Entende, no entanto, o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, Relator do V. acórdão, que o preceito legal padece do vício da inconstitucionalidade, por conter regra incompatível com o princípio do direito adquirido.

6 — Todavia, a Constituição não assegura ao aposentado a permanente atualização de seus proventos em função dos padrões e níveis de vencimentos dos diversos cargos. O que a Lei Maior garante é a revisão dos proventos sempre que por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade» (art. 102, II, § 1º).

7 — A revisão, portanto, não implica equiparação. A Constituição,

escreve Pontes de Miranda, «não inseriu regra jurídica cogente, segundo a qual o critério teria de ser exatamente o mesmo (e que se o aumento para os funcionários públicos em atividade foi de 30%, teria de ser 30% o aumento dos inativos); impôs a revisão sem impor a equiparação» (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, pág. 498).

8 — Tem-se, assim, que o legislador não está obrigado a conceder aos inativos aumento igual ao deferido aos funcionários em atividade e, muito menos, a estender aos aposentados melhorias e vantagens decorrentes de reclassificações e reestruturações de cargos.

9 — «Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado» diz a Suprema Corte, em sua Súmula 38.»

10 — Portanto, nas reclassificações, as melhorias e vantagens somente atingem o aposentado se houver dispositivo, neste sentido e dentro dos limites em que for estabelecido (MS nº 20.030, Rel.: Ministro Djaci Falcão, in «RTJ.» 78/78).

11 — Ora, o novo Plano de Classificação de Cargos, cujas diretrizes básicas foram estabelecidas pela Lei nº 5.645/70, não se destinou aos aposentados, como é sabido.

12 — As vantagens do Plano foram estendidas aos aposentados por diplomas posteriores, os quais, no entanto, estabeleceram limitações à revisão de proventos.

13 — Podia o legislador ordinário fazê-lo, face à Constituição? Já vimos que sim. Onde, portanto, a alegada inconstitucionalidade ao art. 10 da Lei nº 5.843/72 que vedou a aplicação, aos aposentados, dos padrões de vencimentos do Grupo — DAS?

14 — Bem observou o douto Ministro Aldir Guimarães Passari-

nho, em seu voto de fl. 101, que o art. 10 do Decreto-Lei nº 1.256/73 contém regra idêntica ao dispor que para o reajuste de proventos seria considerado o cargo efetivo ocupado pelo funcionário.

15 — Quem pode o mais, pode o menos. O legislador não estava obrigado a estender as vantagens do Plano aos aposentados. Se resolveu fazê-lo com restrições, não há como tachar a providência de inconstitucional.

16 — Aliás, essa Colenda Corte, em reiteradas decisões, tem mandado aplicar o maisinado dispositivo legal, reconhecendo, assim a sua constitucionalidade.

17 — Veja-se, a propósito, os seguintes arestos:

« O art. 10 da Lei nº 5.843/72 exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remunerativo do Grupo Direção e Assessoramento Superior» (AMS. 75.701 — Rel.: Min. Paulo Távara, DJ de 26 de agosto de 1976, pág. 7.416).

«Funcionalismo público.

Pedido de equiparação dos proventos de funcionários do IPASE calculados à base dos vencimentos do cargo em comissão de Diretor, aos vencimentos básicos do Diretor do IPASE — DAS-101.1, a partir do Decreto 72.128/73.

Improcedência de ação ordinária ajuizada contra o Instituto.

Confirmação da sentença de 1º grau pelos seus fundamentos entre os quais o de que a Lei 5.843/72, art. 10, exclui a possibilidade de ser atendida a pretensão dos Autores (AC 45.095, Rel.: Min. Márcio Ribeiro, in DJ de 6 de fevereiro de 1980, pág. 435).

18 — O culto Ministro Paulo Távara, Relator do primeiro dos acórdãos referidos, situa irre-

preensivelmente a questão nestes termos:

«A Lei nº 5.843, de 6 de dezembro de 1972, que fixou valores de vencimentos dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS), da União e suas autarquias, prescreve:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no artigo 1º desta Lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo — Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

Os agregados foram, assim, expressamente, excluídos do novo tratamento remuneratório a que viessem corresponder os cargos em comissão em cujos vencimentos se estabilizaram. A lei superveniente que institui outros padrões de retribuição, criando situação distinta da anterior, pode estabelecer condições próprias de incidência.

O direito adquirido é o efeito que se produz e incorpora ao acervo individual quando a lei fecunda a matriz fática que prefigurou, ao encontrá-la realizada em relação a determinada pessoa. Não alcança os novos fatos ou vencimentos que se constituem na vigência de outra regra geral.

Inexiste, assim, direito de vincular o símbolo 2-C da agregação ao nível DAS-1, ao fundamento que outros cargos de Diretor de Departamento tiveram essa classificação. Na reorganização do serviço público, o legislador pode adotar diverso critério de priori-

dade ou correspondência no agrupamento de funções. Não fica pregado a equiparações de qualquer natureza para efeito de vencimentos, conforme estipula o artigo 98, parágrafo único da Constituição».

19 — O entendimento acima ajusta-se à orientação da Suprema Corte, traduzida em inúmeros arestos, entre os quais:

«Funcionário público não tem direito à irredutibilidade de seus vencimentos. Logo, de direito adquirido não se pode falar, quando alguma modificação apoiada em lei se produz nesses vencimentos» (RMS. 10.029, in DJ de 24 de outubro de 1963, pág. 3.644).

«O Regime Estatutário, adotado para a função pública, permite a modificação das normas em vigor segundo o interesse público. Impossibilidade de reivindicar vantagem concedida por legislação anterior. Inexistência de direito adquirido» (RE. 80.158, DJ de 06 de junho de 1975).

Assim, diante de todas essas razões, espera a União que a presente argüição não seja acolhida.» (fls. 112/116).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Constitucional. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação de Cargos — Lei nº 3.780, de 1960; Lei nº 1.741, de 1952 — Lei nº 5.645, de 1970; Lei nº 5.843, de 1972.

I. Se ao funcionário foi garantida a percepção da remuneração atribuída a um cargo, em razão do implemento de certas condições, não se pode, se esse cargo passa a ter novo símbolo, com um consequente aumento em termos de dinheiro, deixar de atribuir os novos vencimentos

ao funcionário que adquirira, por força de lei, direito de perceber a remuneração desse cargo, assim agregada a sua situação funcional aos vencimentos desse mesmo cargo.

II. Inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972.

III. Recurso provido.

Reitero o voto que proferi na AC nº 42.928-RJ, assim:

«O autor, por ter permanecido por mais de dez anos exercendo o cargo em comissão de Inspetor-Geral, 2-C, foi agregado nesse cargo, na forma da Lei nº 1.741/52, art. 1º.

A Lei 5.645, de 10-12-70, estabeleceu um novo plano de classificação de cargos do serviço público federal, em substituição ao da Lei nº 3.780, de 12-7-60.

A Lei 5.843, de 6-12-72, fixou os valores de vencimentos dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores do Serviço Civil da União e autarquias (art. 1º).

Na órbita do INPS, o Decreto nº 72.635, de 17-8-73, que ali implantou o novo Plano de Classificação, veio estabelecer que o cargo de Inspetor-Geral 2-C ficaria classificado na nova situação de Inspetor-Geral DAS-101.1 (art. 1º anexo I).

Assim, transformado o cargo de Inspetor-Geral 2-C no de Inspetor-Geral DAS-101.1, quer o autor, que se encontrava agregado, como já vimos de ver, no cargo de Inspetor-Geral 2-C, os vencimentos do novo símbolo, DAS-101.1.

A. r. sentença de 1º grau atendeu ao pleiteado.

Vários litisconsortes ativos, cujos nomes estão mencionados na sentença (fl. 160), em tal situação admitidos na ação, foram beneficiados pela decisão, por isso que «a documentação trazida pelos Au-

tores comprova a situação funcional de cada um e que é, exatamente, nas condições por eles descritas na inicial» (fl. 161), o que não é negado pelo INPS, nas razões de recurso (fls. 165/168).

O argumento da autarquia é no sentido de que o artigo 10 da Lei 5.843/72 é expresso no vedar a aplicação, aos agregados, da retribuição dos cargos do Grupo DAS.

Neste sentido, também, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, conforme ementa do citado parecer, à fls. 179:

«Funcionários autárquicos. Aos agregados não se aplica a retribuição dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, mesmo porque expressamente prevista a vedação na Lei 5.843/72, art. 10.»

Reza o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72 (lei que fixa os valores de vencimento dos cargos do Grupo — Direção e Assessoramento Superiores do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências), verbis:

«Art. 10. Os vencimentos fixados no art. 1.º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo — Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos.»

O art. 60 da Lei 3.780, de 12-7-60, dispunha:

«Art. 60. Os funcionários que, por força da Lei nº 1.741, de 22-11-1952, tiverem assegurados vencimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à deno-

minação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos, automaticamente, para efeito de provimento, os encargos efetivos de que são titulares.»

Esse artigo, conforme se vê, ao cuidar dos agregados da Lei 1.741/52, expressamente enquadrou-os nos novos símbolos trazidos pela Lei nº 3.780/60, novos símbolos correspondentes à denominação dos cargos, agregando-os aos respectivos quadros, e considerou vagos, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que eram titulares. Noutras palavras, ao que deduzo dos termos do citado art. 60 da Lei 3.780/60, os agregados foram enquadrados nos novos símbolos trazidos pela lei 3.780/60, mas foram declarados vagos os seus cargos efetivos, assegurando-lhes a lei somente os vencimentos respectivos.

E o art. 10 da Lei 5.843, de 6-12-72, na verdade, vedou aplicação, aos agregados, dos padrões de vencimentos atribuídos ao DAS, no art. 1.º da mesma lei, tanto aos que ainda estão na ativa quanto aos aposentados. Numa palavra: os vencimentos do grupo DAS não seriam aplicáveis aos agregados.

Então, a questão a ser decidida é esta: se a lei assegurou aos agregados os vencimentos dos cargos transformados em DAS, poderia persistir, ou seria válida a vedação do art. 10 da Lei 5.843/72?

A questão, assim posta, há de ser vista e examinada sob a ótica da disposição inscrita no art. 153, § 3.º, da C.F. Cumpre, então, perquirir, se, no caso, há direito adquirido que a lei nova devia respeitar.

Esta Egrégia Turma, na AMS 75.701-RJ, Relator o Sr. Ministro Paulo Távora, julgando caso igual, decidiu:

«Administrativo. Funcionário. Agregação. Plano de Classificação.

O artigo 10 da Lei nº 5.843/72, exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remuneratório do Grupo Direção e Assessoramento Superior».

Data venia, manifesto respeitosa divergência com o decidido pela Egrégia Turma na AMS nº 75.701-RJ, retro referida.

É incontestável que tanto a Lei nº 1.741/52, art. 1º, quanto a Lei 3.780/60, asseguraram ao ocupante de cargo em comissão, quando afastado dele, depois de mais de 10 anos de exercício ininterrupto, o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo.

Tem-se, no caso, a figura da agregação do funcionário ao vencimento do cargo que ocupou, durante certo tempo, correto que agregar que dizer reunir, associar, ajuntar, anexar.

Tal direito, pois, se origina de um fato pretérito; em razão de um serviço prestado, durante certo tempo, adquiriu o funcionário o direito de perceber o vencimento ou remuneração atribuída ao cargo que foi exercido.

O Decreto-Lei 200, de 1967, extinguiu a agregação, no seu art. 109. Foi expresso, todavia, no manter os direitos daqueles que, na data do citado diploma legal, houvessem completado as condições estipuladas em lei para a agregação. Desnecessária, aliás, a ressalva. Porque, implementadas as condições legais à aquisição de um direito, incorpora-se este ao patrimônio do indivíduo, o que a lei nova tem que respeitar, em razão de determinação constitucional.

Assim, se ao funcionário foi garantida a percepção da remuneração atribuída a um cargo, em razão do implemento de certas condi-

ções, não se pode, se esse cargo passa a ter novo símbolo, com um conseqüente aumento em termos de dinheiro, deixar de atribuir os novos vencimentos ao funcionário que adquirira, por força de lei, direito de perceber a remuneração desse cargo, assim agregada a sua situação funcional aos vencimentos desse mesmo cargo.

Não há que se está diante de um fato novo constituído por norma legal superveniente.

O que se tem é que em razão de certas condições, já implementadas, houve a aquisição de um direito que a lei nova há de respeitar.

Também não há falar, no caso na vinculação ou equiparação referidas no § único do art. 98 da C.F.

Aqui, repete-se, há uma situação constituída em virtude da implementação de condições postas em lei. O § único do art. 98 da CF, quer proibir vinculações ou equiparações gratuitas.

A Egrégia 1ª Turma, na AC nº 41.381-RJ, Relator o Sr. Ministro Oscar Pina, decidiu matéria semelhante, em favor da pretensão do funcionário agregado.

Pelo exposto, nego provimento».

II

A afirmativa, de forma ortodoxa, de que o funcionário público, tão-só porque mantém com o estado relação jurídica estatutária, não adquire direitos, ou que o funcionário não é capaz de adquirir direitos, é, data venia, destoante do preceito constitucional que consagra o respeito ao direito adquirido (C.F., art. 153, § 3º), preceito que é tradicional no Direito Constitucional Brasileiro, a partir da Constituição do Império (Constituição Política do Império, art. 179, III; Constituição de

1891, art. 11, § 3º; Constituição de 1934, art. 113, 3; Constituição de 1946, art. 141, § 3º; Constituição de 1967, art. 150, § 3º; Constituição de 1967, com a E.C. nº 1, de 1969, art. 153, § 3º). Somente com a ditadura inaugurada em 1937 e na Carta Política que adveio do golpe de Estado do mesmo ano, é que, compreensivelmente, a matéria não foi tratada em nível constitucional.

III

Assim posta a questão, é um truismo a afirmativa no sentido de que o preceito constitucional que consagra o respeito ao direito adquirido se dirige tanto ao Juiz quanto ao legislador, o que não acontece no direito francês e italiano, pátrias do regime estatutário. É que, em França, como na Itália, o princípio da irretroatividade das Leis não é tratado em nível constitucional, mas de lei ordinária. Dirige-se, pois, ao Juiz, não ao legislador. O florescimento da teoria estatutária em tais países, aliás, muito deve a isto, o foi mesmo determinado em razão disso.

No Brasil, entretanto, não custa repetir, o princípio da irretroatividade das leis tem status constitucional, é tratado em nível constitucional.

IV

O direito se origina de um fato — *ex facto ius oritur* — que pode ser simples ou ser complexo. Se o fato é simples, basta a ocorrência do acontecimento, assim jurígeno, para que o direito tenha nascimento. Se é composto de diversos acontecimentos, influem todos para que o fato complexo se torne jurígeno, certo que os acontecimentos se regem na forma da lei vigente por ocasião de suas respectivas ocorrências. Vale dizer: devem ser reconhecidos os acontecimentos que se realizaram na forma da Lei vigente, então.

Noutras palavras, ocorrente, por inteiro, o fato (Gabba), ou cumprida

a condição estabelecida em lei, para o nascimento do direito, surge este, que é, assim, adquirido, e que o legislador deve respeitar, porque o princípio da irretroatividade das leis, já falamos, é dirigido tanto ao intérprete quanto ao legislador (C.F., artigo 153, § 3º), certo que a Lei Fundamental, quando consagra a não retroatividade, não faz qualquer distinção ou ressalva, vale dizer, não ressalva que quando se tratar do regime estatutário, que teve grande brilho no direito fascista, o preceito não seria aplicável. Quer dizer: a lei nova que estabelece ou que cria situação nova, ou obrigações novas para os funcionários, evidentemente que atinge estes, na sua generalidade; todavia, não pode ela extinguir vantagens já incorporadas no patrimônio do funcionário (Caio Mário da Silva Pereira, «Instituições de Direito Civil», Forense, 1a. ed., 1961, I/127-128).

A regra que, no particular, deita raízes na teoria subjetivista (Gabba, «Teoria della Retroattività delle Leggi»), e que a atual Lei de Introdução consagrou (art. 6º), também encontra respaldo na teoria objetiva, que Paul Roubier expôs («Les Conflits De Lois Dans Le Temps», 2/471).

V

Diante do exposto, porque o art. 10 da Lei nº 5.843, de 6-12-72, faz tábula rasa do direito adquirido dos funcionários agregados, declaro a inconstitucionalidade do mesmo.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente: Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843/72. Em sessão passada, após o voto do Relator, eminente Ministro Carlos Mário Velloso pedi vista e agora trago meu voto.

A questão, como facilmente se depreende de trabalho distribuído pela douta Subprocuradoria-Geral da República sob o título «Subsídios», é idêntica, mutatis mutandis, a outra que se fez objeto de vários julgamentos deste egrégio Tribunal, e de que resultou a Súmula 41. A diferença está em que, então, funcionários aposentados em cargos efetivos se insurgiam contra o Decreto-Lei nº 1.325/74, que, revogando o de nº 1.256/73, impedia se lhes aplicasse o plano de classificação, ao passo que aqui os interessados são os excepcionalmente aposentados em cargo em comissão, por força da agregação deferida pela Lei nº 3.780/60 aos beneficiários da Lei nº 1.741/52.

2. Assim, inicialmente peço licença para ler a parte essencial do voto que proferi em alguns dos referidos casos (AMS 83.339-RJ, AC 57.633 e AMS 84.108-RJ), sendo que num deles fiquei vencido, nos outros logrei apoio de eminente colega, mas, afinal, veio de prevalecer a orientação condensada na referida Súmula, onde implicitamente se acolhe a constitucionalidade do decreto revogador.

Eis como então me expressei.

«Por certo não faço objeção a que o Estado, no uso desse poder soberano de que acabo de falar, modifique e aperfeiçoe, segundo os dados da ciência e da técnica, a estrutura dos serviços. E tenho na melhor conta e respeito, como também adoto, o entendimento da Súmula nº 38 da Excelsa Corte, segundo a qual não aproveita ao aposentado a reclassificação posterior do cargo.

Contudo, não posso aceitar que, sem manifesto desrespeito ou preposteração ao citado preceito constitucional, situações como as que são amparadas pela Lei nº 1.050/50, ou as posições relativas dos funcionários perante seus quadros e carreiras ao se aposen-

tarem, possam de uma hora para outra reduzir-se a uma única classe ou referência de salário, como quis o Decreto-Lei nº 1.325, de 26-4-74, agravado pela supressão, determinada pelo art. 26, § 6º, do Decreto-Lei nº 1.445/76, de gratificações parcelas de proventos (art. 184 da Lei 1.711/52) e outras diferenças de estipêndio indicativas de situações alcançadas em atividade.

Tenho que o ponto de referência, de que falei acima, e pelo qual se há de pautar a conduta do legislador, é a posição social, alcançada em atividade pelo servidor, relativamente a sua vida funcional, ou sua posição nos quadros funcionais, relativamente, a outros servidores. Não pode o comandante de navio, pelo simples fato de estar aposentado, vir a ter retribuição igual à de seu grumete, mesmo que este haja continuado em atividade.

O art. 102, § 1º, da Constituição Federal, determina a revisão dos proventos de inatividade toda vez que, em decorrência de desvalorização da moeda, forem reajustados os vencimentos dos servidores em atividade. Como nas constantes reclassificações por que vem passando o funcionalismo desde a reforma administrativa de 1936, com alteração concomitante da denominação dos cargos e do Plano de remuneração, torna-se difícil, senão mesmo impossível, determinar-se quando ocorre efetiva reclassificação (mudança de atribuições) e quando, em nome dela ou em seu bojo, se fazem simples reavaliações de cargos, matéria sem bases precisas ou parâmetros regulares na qual até mesmo involuntariamente se insinua e dissimula o reajuste por desvalorização da moeda, parece-me que a única maneira de se cumprir o preceito constitucional seria o recurso à correção monetária.

Com efeito, se de um lado não pode o juiz se louvar em simples alegações dos que batem à porta do Judiciário sem a prova de que, pelas mesmas tarefas que executavam quando em atividade e pelo mesmo tempo de serviço e nas mesmas condições, funcionários seus homólogos estão percebendo mais, e, por outro, também não pode ficar submisso a simples esquemas e organogramas formais que não explicam como e em que as coisas mudaram realmente, se o funcionário da mesa tal teve seu cargo e vencimentos alterados mas continua a fazer a mesma coisa, então, a resposta está em se aferir tudo pelo padrão monetário. Tome-se o total de estipêndio percebido pelo inativo ao se aposentar, segundo a estipulação do art. 102 da Constituição e da lei vigente à data da aposentadoria, ou da aquisição do direito a ela (Súmula 359), e aplique-se-lhe o índice da correção monetária: se o valor resultante ficar igual ou abaixo do que vem resultante ficar igual ou abaixo do que vem percebendo, sua reclamação improcede; se não, a diferença lhe é devida em respeito ao direito adquirido.

É uma alternativa perfeitamente compreendida no pedido (art. 288, parágrafo único, do CPC) e que não fere as disposições das leis e decretos reclassificatórios. É esta essa alternativa em harmonia com a parte final do brilhante voto do Sr. Ministro-Relator, pois o reajuste assim feito obedecerá à desvalorização da moeda.

Nesse sentido, dou provimento em parte ao apelo.»

3. Peço a atenção dos eminentes colegas para o fato de que só optei pela alternativa da correção monetária porque, nos casos examinados, não fora possível saber se houvera, ou não, verdadeira reclassificação.

É que, conquanto respeite como também adote a tese da Súmula nº 38 do Pretório Excelso, no sentido de a reclassificação não alcançar o aposentado, a prática tem demonstrado que, na maioria dos casos, essas frequentes «reclassificações» de cargos não passam de simples reajustamento de vencimentos. Não há efetiva mudança nas atribuições dos funcionários. Salvo uns poucos casos, ocorriam com os chamados funcionários de linha, o que se nota é a simples mudança do nome e do padrão ou código do cargo: o funcionário continua a fazer a mesmíssima coisa, qualitativa e quantitativamente.

Ora, nestes casos, entende que a lei que veda a aplicação, ao aposentado, da «reclassificação», está infringindo a Carta Magna. Isto porque, como frisei no voto que acabo de ler, o fato envolve mera dissimulação, voluntária ou não, da desigualdade de tratamento, ferindo o princípio da isonomia, de um lado, e, de outro, fraudando o preceito constitucional que assegura ao funcionário o direito de se aposentar. Direito que tem o sentido sócio-econômico de repouso definitivo sem qualquer desvantagem. O funcionário aposentado há de continuar o mesmo funcionário, apenas dispensado do trabalho. É o chamado *ocium cum dignitate*. Então, se não houve mudança na qualidade ou quantidade dos serviços, de modo a justificar verdadeira reclassificação — e a própria maneira global e freqüente com que isto se vem fazendo o denuncia —; se o funcionário em atividade continua com as mesmas atribuições daquele que se aposentou, a inconstitucionalidade se patenteia.

4. Geralmente, os que recorrem à Justiça descuram a prova disto. Prova que, em alguns casos, seria impossível, mas que me parece até bem fácil na maioria deles. Essa fal-

ta de prova geralmente deixa o Juiz em perplexidade.

5. Aqui, porém, trata-se de cargos de direção ou chefia, cujas atribuições, sabidamente, são mais ou menos estáticas. Elas não aumentam de quantidade, porque o dirigente não executa, apenas dirige. E dirigir pouco difere de proferir uma palestra munido de um amplificador de som (no caso, os auxiliares da direção): pouco importa que aumente o número de ouvintes.

6. Com essas considerações, acompanho o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, votando também pela inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843/72.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro William Patterson: Questiona-se, nestes autos, a constitucionalidade do art. 10, da Lei nº 5.843, de 1972, assim redigido:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no art. 1º desta Lei não se aplicam aos funcionários que por força do art. 60 da Lei 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em simbolo de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos.»

O eminente Ministro Carlos Mário Velloso, em lúcido e brilhante voto, concluiu pela incompatibilidade da disposição em destaque com o princípio fundamental do direito adquirido, recebendo a adesão do ilustre Ministro Justino Ribeiro, em manifestação de relevantíssimo valor jurídico.

A inteligência dos votos em apreço conduziu-me a pedir vista deste processo, para examinar a hipótese sob o enfoque trazido a este Colendo Ple-

nário, desde que em momento algum vacilei quanto à aplicabilidade do dispositivo aos casos submetidos à minha apreciação (cfr. AMS nº 77.184-SC, in DJ de 16-4-80).

Em primeiro lugar, merece consideração o aspecto doutrinário em que se respaldam as teses até aqui sustentadas. Não me oponho ao reconhecimento liberalizante de admitir-se possível, em certas circunstâncias, a garantia de direitos ao funcionalismo, à sombra do princípio da Lei Maior, ora invocada.

É verdade que predomina um consenso, na doutrina e na jurisprudência, sobre descaber o privilégio, tendo em vista o regime estatutário a que estão subordinados os funcionários públicos. Nesse sentido vale lembrar a lição do emérito administrativista argentino, Benjamim Villegas Basavilbaso, em seu clássico «Derecho Administrativo, vol. III, pág. 469, ao declarar, com apoio em Jéze, verbis:

«En el derecho público, y, por consiguiente, en el derecho administrativo, no existen de una manera absoluta derechos irrevocablemente adquiridos (supra, 41D). Las ventajas personales inherentes a una función o empleo pueden, en cualquier momento, ser modificadas o suprimidas, sin que los titulares tengan derecho a formular objeciones jurídicas».

Idêntica orientação pode ser extraída de decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no trato da espécie, inclusive quando se cuida de remuneração. No RE nº 73.644-MG, o Relator Ministro Djaci Falcão deu ênfase a tal conceito, afirmando (RTJ 67/780):

«Com efeito, não aproveita ao suplicante, a invocação do princípio da isonomia, nem tampouco ofensa a direito adquirido, eis que a lei podia estabelecer a redução de

vencimentos de determinado cargo, desde que o seu titular não goze da garantia da irredutibilidade. Ademais, a lei não estabeleceu discriminação entre titulares de um mesmo cargo. Poderá ter ocorrido injustiça, mas não se configura violação dos mencionados preceitos».

Também no RE nº 83.280-SP, o insigne Ministro Cunha Peixoto, analisando a espécie, forte na lição de Valino, assinala:

«É hoje pacífico, na doutrina e na jurisprudência, ser o regime do funcionário estatutário. Desta maneira, o funcionário não tem direito adquirido, a não ser os estabelecidos pela Constituição, e, assim, a lei posterior que modifica benefícios outorgados pela lei anterior atinge ao funcionário». (RTJ 77/977)

Ainda que se aceite, como aceite, o postulado com temperamentos, irrecusável será o descarte deste caso, por sua inadequação ao conceito de direito adquirido, quaisquer que sejam as escolas definidoras e entre elas menções devem ser feitas àquelas anotadas pelo mestre Maximiliano:

«Direitos adquiridos são aqueles que entraram em nosso domínio, do mesmo fazem parte e não nos pode mais tirar aquele de quem os tenhamos havido». (Merlin)

«Entende-se por direitos adquiridos aqueles que estavam irrevogavelmente conferidos e definitivamente granjeados antes do fato, ato ou lei que se lhes pode opor, para impedir o pleno e inteiro gozo de tais direitos». (Chabot de L'Al-lier)

«Direitos adquiridos são aqueles que uma pessoa civilmente existente possuía de modo irrevogável, quer de modo direto, quer a termo, ou sob uma condição qualquer, até

mesmo incerta, suspensiva ou resolutive» (Meyer escritor belga)

«Chamam-se adquiridos àqueles direitos que ao respectivo titular conferem uma pretensão ou prerrogativa consoante a qualquer objeto de jurídicas relações (coisa ou prestação), de tal maneira que não lhe pode ser tirado sem o seu consentimento». (Borst) (in Direito Intertemporal, pág. 42).

Não resta a menor dúvida de que o abrandamento ao rigor das teses realçadas não se prestaria ao caso dos autos, pela sua notória marginalização aos elementos básicos, integrativos do leque conceitual que se oferece.

Para que se chegue a essa conclusão, basta que se rememorem as origens e evolução legislativa do benefício. Criado com a Lei nº 1.741, de 1952, surgiu como uma espécie de compensação financeira pelo exercício ininterrupto, por mais de dez anos, de cargo em comissão, permitindo-se a continuidade da percepção do respectivo salário, a partir do afastamento do funcionário.

A Lei nº 3.780, de 1960, ao instituir o Plano de Classificação, estabeleceu um novo sentido àquela vantagem, transformando-a em situação funcional definida, dentro do próprio sistema, ao instituir a figura do agregado. Deixou de dar a conotação de «estabilidade financeira», para vincular os seus beneficiários ao regime classificatório.

As transformações e deturpações do aproveitamento levaram a Administração Pública a revogar o favor, resguardando, tão-somente, a posição daqueles que a haviam atendido os requisitos legais. Isso ocorreu com a vigência do art. 109, do Decreto-Lei nº 200, de 1967.

Nova reclassificação veio a ser instituída, embasada nas diretrizes da Lei nº 5.645, de 1970, cuja filosofia de política de pessoal apoiava-se, ba-

sicamente, no princípio de profissionalização do servidor, reconhecidos e considerados os valores daqueles que, em atividade, preenchiam requisitos que lhe permitiam alcançar posições. Os agregados não foram esquecidos. A inclusão dos mesmos no regime foi objeto de regra expressa (Decreto nº 72.493/73 — art. 5º, § 3º). Logo, não poderiam aqueles que estavam sendo abrangidos pelo enquadramento preservar uma condição salarial representada pelo símbolo de cargo em comissão. Daí o motivo pelo qual a Lei nº 5.843, de 1972, ao fixar os valores de vencimentos dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superior (DAS), excluiu essa categoria através da norma contida no art. 10, ora questionada. Como conciliar-se o aproveitamento desses servidores no Quadro reestruturado com a qualificação da simbologia resultante de outro sistema? É óbvio que o dispositivo refletiu, no particular, o contexto do regime.

Falar-se em direito adquirido, nesta hipótese, equivaleria desconhecer a história legislativa do agregado. Com a Lei nº 3.780/60 perdeu ele aquele caráter de «estabilidade financeira», oferecido pela imagem da Lei nº 1.741, de 1952. O que se haveria de assegurar, *in casu*: a recomendação do diploma originário, a posição no sistema superveniente, ou a oportunidade de classificação no recente regime? Como se vê, incorre, na espécie, a cristalização do elemento nuclear definidor do direito adquirido, qual seja a incorporação da vantagem no domínio, no patrimônio daquele que o reclama.

Atente-se, finalmente, para a circunstância primordial e definitiva em desfavor das teorias que proclamam a garantia do benefício. A Lei nº 5.843/72 equivale, em termos de retribuição, à classificação nos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superior cuja abrangência

aos aposentados é repelida pelo enunciado da Súmula nº 38-STF, e, quanto aos funcionários em atividade, esbarra no texto da própria Constituição Federal que proíbe a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração (parágrafo único, do art. 98).

Ante o exposto, com a devida vênua dos eminentes Ministros Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro, William Patterson: «Sr. Presidente: Peço a palavra para prestar certos esclarecimentos, porque até agora o meu voto é o único rejeitando o incidente.

Na oportunidade em que votei, teci algumas considerações a respeito do instituto de direito adquirido, valendo-me de conceitos de tratadistas alienígenas, não com a intenção de mostrar erudição, mas com o intuito de reforçar a tese que defendo.

Não desprezei os tratadistas pátrios, como insinuado, apenas me fizeti em definições que concebo mais próximas da perfeição. Devo dizer que a tese do direito adquirido não tem pátria. É um princípio jurídico universal, sem a conotações assinalladas nos debates.

Deixo de ler, para não enfatizar, aspectos doutrinários já tão conhecidos dos ilustres pares, para ir direto à questão que se discute.

Ouvi atentamente o voto do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, sempre brilhante, mas com alguns equívocos, não de ordem doutrinária, onde ele é mestre, mas de ordem prática do Direito Administrativo. Pousou a sua argumentação no princípio de que há direito adquirido aos proventos, embora o art. 10 da Lei nº 5.843, em sua cláusula final, faça menção aos aposentados. O

que se discute, essencialmente, é o problema do agregado. E agregado não é inativo, é servidor ativo, percebendo vencimentos. De sorte que a tese dos proventos já estaria, de pronto, relegada a segundo plano.

Argumenta S. Exa. com o caso específico dos autos, dizendo que não houve nenhuma diferença ou transformações em termos de atribuições e tarefas daquele cargo.

Vou ler um trecho do meu voto, onde demonstro que, levada a rigor a arguição de S. Exa., chegaríamos a um labirinto de não sabermos que direito adquirido¹ resguardaríamos para o cidadão que recorreu à justiça. (lê)

Este foi o meu voto, Sr. Presidente. Com a devida vênia dos ilustres Ministros que entendem em sentido contrário, mantenho meu ponto de vista. Primeiro, porque a jurisprudência predominante do Supremo ainda é muito mais rígida do que a minha concepção de direito adquirido para o funcionalismo. Relembro que neste mesmo voto, citei dois acórdãos bem mais recentes do que aquele citado pelo eminente Ministro Romildo Bueno de Souza. Um, da lavra do eminente Ministro Djaci Falcão; outro, da lavra do insigne Ministro Cunha Peixoto, que reproduzo nesta oportunidade — (lê).

É evidente que concebo a hipótese, com temperamentos, como já disse, mas, in casu, não há lugar para as reservas que possam ser feitas.

Permaneço na firme convicção de ser constitucional a norma questionada.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Está em causa a constitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972, cujo teor peço vênia para ler, a fim de facilitar a reflexão de meus eminentes pares:

«Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do art. 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

Ainda para este mesmo fim, leio também os dispositivos legais a que este, direta ou indiretamente, se reporta. Refiro-me à Lei nº 1.741, de 1952, que diz assim:

«Art. 1º Ao ocupante de cargo de caráter permanente e de provimento em comissão, quando afastado dele, depois de mais dez anos de exercício ininterrupto, é assegurado o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo, até ser aproveitado em outro equivalente».

E ainda à Lei nº 3.780, de 1960.

«Art. 60 — Os funcionários que, por força da Lei nº 1.741, de 22 de novembro de 1952, tiverem assegurados vencimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à denominação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos automaticamente, para efeito de provimento, os cargos eletivos de que são titulares».

Penso que o pronunciamento sobre a constitucionalidade está, em grande parte, em função da natureza do direito ao provento, ou seja, da resposta à questão: o direito ao provento pode ou não ser considerado direito adquirido? Se a resposta for afirmativa, virá a questão: o direito adquirido deve ou não ser considerado ofendido pelo disposto no art. 10, inicialmente transcrito, no caso em que

o cargo, a cujo símbolo ficou agregado o servidor, tenha sido simplesmente movido na organização dos quadros da administração pública, ou transposto, na forma do que estabelece o Decreto nº 70.320, de 23 de março de 1972, cujo art. 9º dispõe:

«Fixado o número de cargos, a constituição das Categorias Funcionais nos Grupos processar-se-á mediante a transformação ou transposição dos atuais cargos que irão integrá-las, segundo a correlação das respectivas atividades com as que forem inerentes a cada Grupo.

§1º — Para efeito deste Decreto considera-se:

a) Transformação de Cargos — a alteração das atribuições de um cargo existente;

b) Transposição de Cargos — o deslocamento de um cargo existente para a classe de atribuições correlatas do novo sistema».

Estas as interrogações.

De fato, muito embora entenda não ser este o ponto nodal da controvérsia, penso, entretanto, que é importante ressaltar que o autor e apelante afirmou reiteradamente, na inicial, que o cargo, a cujo símbolo seus proventos ficaram agregados, foi meramente transposto e não transformado. Convém, também, acrescentar que em nenhum momento a contestação negou esta afirmação contida na inicial.

O direito do aposentado ao provento é direito subjetivo de ordem patrimonial que a Constituição ampara e, como tal, pode, em certas circunstâncias, ser considerado direito adquirido.

Não é o que ocorre em todos os estados de direito contemporâneos. Em muitos dos estados de direito da nossa época, o direito adquirido não corresponde a uma garantia constitucional, nem mesmo o ato jurídico

perfeito aparece tutelado por imperativo constitucional, razão pela qual devemos recolher, com a maior parcimônia e extrema cautela, subsídios, por mais atraentes que possam parecer, colhidos na mais autorizada doutrina estrangeira, desde que estes escólios podem proceder de sistemas jurídicos de estruturação diversa.

Que o direito do servidor ao provento pode ou deva ser considerado direito adquirido, constitui tese, aliás, com que este Egrégio Tribunal já se comprometeu no passado.

Leio para meus nobres pares a ementa do julgado na Apelação Cível nº 2.069, DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Elmano Cruz, em que se tratou precisamente da declaração de inconstitucionalidade de ato do poder público. O julgado é de 27 de junho de 1952:

«Acumulação de proventos da inatividade com subsídio de cargo eletivo; ato administrativo proibitivo; sua inconstitucionalidade de referência aos servidores civis;»

No texto do v. julgado colhem-se afirmações como estas:

«O aposentado não mais exerce cargo, nem função pública. Não tem atividade. Adquiriu, pelo decurso e implemento do tempo e de condições especificadas em lei, o direito de perceber, sem trabalhar, os proventos da inatividade. Trata-se de um direito adquirido, que a própria Constituição Federal, no art. 141, § 3º, resguardou, quando estabeleceu os direitos e as garantias individuais. Quando surgiu a Constituição de 1946, aos 18 de setembro daquele ano, já estes cidadãos se achavam com o seu patrimônio enriquecido e engradecido por aquele direito adquirido, como já disse, dado o implemento das condições que o asseguravam, isto é, decurso de tempo de serviço capaz de lhes permitir proventos da

inatividade, ou seja, o ócio com dignidade. Se tinham adquirido antes do advento da Constituição o direito àqueles proventos não havia de ser a mesma Constituição que, no art. 141, § 3º, resguardaria o seu direito e, no art. 185, por uma interpretação casuística e extensiva do texto, lhes retiraria aquele mesmo direito».

Note-se que, nessa oportunidade, este E. Tribunal sustentou a subsistência do direito adquirido ao provento, mesmo em face do novo texto constitucional, a saber: mesmo em face das ressalvas que constavam do art. 185 da Constituição de 1946. Neste mesmo valioso precedente, este E. Tribunal sustentou que o direito ao provento, na verdade, tem natureza alimentar, no que penso que o E. Tribunal apenas explicitou doutrina há muito consagrada, uma vez que não subsistem perplexidades no tocante a constituir o vencimento, tanto quanto o provento, retribuição salarial, em sua concepção econômica, isto é, soma de recursos patrimoniais que, como tais, se integram no acervo dos direitos adquiridos e destinados a garantir o sustento da pessoa e da família do servidor, instituição com a qual a própria Constituição se compromete.

O Supremo Tribunal Federal não se faz ausente deste debate.

Nestes mesmos autos, o apelante se refere ao v. Acórdão no Recurso de Mandado de Segurança nº 16.974, do Rio de Janeiro. Trata-se de julgado de 15 de maio de 1967, de que foi Relator o Sr. Ministro Víctor Nunes. A ementa diz assim:

«Alfândega. Simples mudança de denominação de carreira, envolvendo aumento de vencimentos. Caso peculiar. Aplicação do benefício aos inativos. Precedente:».

Como ressaltei, é isto mesmo, *mutatis mutandis*, que o apelante afirma categórica e reiteradamente

na petição inicial; e é precisamente isto que a contestação em nenhum momento negou.

Não se trata de causa em que certo servidor pretenda ver reconhecido o direito à equiparação. Trata-se de causa em que certo servidor alega que sua situação de titular de um direito adquirido está sendo ofendida por lei superveniente. Estava, aliás, no ponto de trazer também à colação o art. 4º da Lei nº 3.780, I, que diz:

«Art. Para os efeitos desta lei:

I — Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União».

Reitero que o apelante insistiu em que não houve, em virtude das providências administrativas de reclassificação, nenhuma alteração do feixe de atribuições, nas expressões lapidares de Mazagão, que caracterizavam o cargo de que ele foi titular, e em cujo exercício se achava quando passou à inatividade.

O cargo, portanto, continua a ser o mesmo. Por isto é que entendo apropriado, para interpretar e aplicar a Constituição, o subsídio de Pontes de Miranda, em que o E. Jurista nos adverte para alguns equívocos em que às vezes incorre a administração, fruto de «administração pública insuficientemente constitucionalizada, senão hostil, por convicção, à constitucionalização». A respectiva inconstitucionalidade, diz Pontes de Miranda, emerge em virtude do que ele designa de fraude à lei, isto é, fraude à Constituição. É o que se lê em Pontes de Miranda, nos Comentários à Constituição de 1946, art. 191, páginas 258, 3ª edição.

A fraude à Constituição está nisto: em que o servidor adquiriu o direito de gozar dos proventos referentes ao símbolo daquele cargo, em cujo exercício passou à inatividade. No

entanto, a administração muda a denominação do cargo, embora não mude, não altere, o feixe de atribuições que o cargo compreende. Tão-só e, unicamente, se altera a denominação do cargo. Assim, atualiza-se o padrão de remuneração segundo as novas exigências do mercado de trabalho, notadamente numa época de assentuada inflação monetária. E por este modo, aquele cargo em que o servidor se aposentou, que poderia ser da maior responsabilidade e, conseqüentemente, de grande representatividade, passa (mas somente pelo nome), para o museu. Entra em cena novo título, mas do mesmo cargo. E os vencimentos são modernos, contemporâneos do futuro.

Isto é o que Pontes de Miranda chama fraude à Constituição.

Não se trata, portanto, de invocar o art. 102, § 1º da Constituição, ao preceituar que «os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo da alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em inatividade».

Não é disso que se cogita. Não se faz confronto do art. 1º, discutido, com este preceito Constitucional.

Também não se quer dizer, para afirmar a inconstitucionalidade da lei, que o servidor inativo deva ter sempre reconhecido o direito aos mesmos vencimentos do cargo em que se inativou.

O que se diz é outra coisa, a saber: que ele adquiriu direito ao provento de um cargo; e que, se a administração sente necessidade, por causa da inflação decorrente das profundas alterações econômicas e sociais por que passa o País, de rever e reestruturar o quadro do seu funcionalismo, seu provento fica vinculado àqueles padrões, na proporção que a lei fixar.

Se a administração tem necessidade de cargos muito parecidos com

aquele em que o servidor se inativou, mas que não são iguais àquele por suas atribuições, ela está livre para criar estes cargos e dar-lhes os vencimentos e vantagens apropriados, sem que devam necessariamente estender-se aos inativos.

Mas, se a lei e o administrador simplesmente mudam o nome, do cargo, ou o deslocam, para dar aos novos ocupantes situação indevidamente contrastante com a do inativo agregado, então se trata de fraude à Constituição.

Não quer dizer que tenha havido intuito de fraudar. Não. Mas não se requer o intuito.

Sendo assim, voto no sentido de afirmar a inconstitucionalidade do art. 10, dá Lei nº 5.843, de 1972.

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: Senhor Presidente: A matéria foi discutida por mim quando Juiz de Primeiro grau. Deve estar neste Tribunal para ser decidida. Na ocasião, buscando elementos nos Tribunais Superiores, no Supremo e neste Tribunal, dei pela constitucionalidade do art. 10.

Desta forma, acompanho o voto do eminente Ministro William Patterson, que é coincidente com aquilo que eu decidi. Por uma questão de coerência, não acompanho, data venia, os votos já proferidos dos eminentes Ministros Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza e Carlos Mário Velloso, todos eles festejados constitucionalistas que madrugaram no conhecimento dessa matéria.

Mas eu, data venia, quero ser coerente com aquilo que já decidi no primeiro grau.

Dou pela constitucionalidade da norma discutida.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Controverte-se nos autos em torno da legitimidade constitucional

do art. 10 da lei nº 5.843/72, vazado nesses termos:

«Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do art. 60 da lei 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolos de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens dos referidos cargos».

Ao propósito, duas correntes já se delineiam no Plenário deste Tribunal, no curso do exame do tema: a primeira, liderada pelo eminente Relator, Ministro Carlos Mário Velloso; a segunda, conduzida pelo eminente Ministro William Patterson.

A tese central do primeiro posicionamento é a de que a lei 3.780/60 ali referida assegurou ao ocupante de cargo em comissão, quando dele afastado, depois de mais de 10 anos de exercício ininterrupto, o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo, inclusive nas mutações de símbolos por que esse venha a passar, tratando-se de direito oriundo de fato pretérito, em razão de serviço prestado, durante certo tempo, adquirido pelo agregado, e, assim, sob o pálio da garantia do art. 153 § 3º da Constituição Federal; nessa ordem de idéias, o art. 10 focalizado, ao excluir dos novos valores de vencimentos fixado na lei 5.843 os agregados, afrontou o cânone do direito adquirido consagrado constitucionalmente entre nós.

Já a corrente adversa, embora, em linha de princípio, ressalve a existência de direito adquirido em favor do funcionário público, sustenta a incompatibilidade técnica entre o instituto da agregação e as motivações que informam o novo Plano e que a jurisprudência do Alto Pretório é no sentido de prevalência dos

valores organizacionais, e que, a toda sorte, in casu não ocorre ofensa a direito adquirido, pois ao agregado foi reservada a alternativa do Decreto 72.493-73, art. 5º, § 2º, fórmula suficiente a resguardar quaisquer direitos ligados à agregação, lembrando, por fim, no tocante ao funcionário ativo, a proibição constitucional de vinculações, e, no atinente ao inativo, o enunciado da Súmula 38, do Alto Pretório.

Esboçado o quadro em debate, vê-se que o método da controvérsia situa-se em fixar-se se, na espécie, ocorre o pressuposto do direito adquirido em favor do agregado, em termos da ilegitimar constitucionalmente a exclusão operada no dispositivo legal focalizado.

Equacionada, assim, a matéria, de início é de assentar-se que a garantia constitucional do direito adquirido é comum ao direito público e ao privado, e, em razão de sua fonte, dirige-se ao legislador e ao aplicador da lei, como incisivamente fixou Pontes de Miranda (Com. à Const. de 1967 pg. 92, vol. v.), embora esse mesmo consagrado constitucionalista questione a extensão dessa regra de sobre direito, nos domínios do direito público, quando posta em confronto com outras regras e princípios da mesma ordem constitucional (ob.cit.ib.pg.69); de outro lado, embora seja certa a natureza pública de relação que vincula o servidor ao Estado e estar o serviço público sujeito a um regime jurídico especial, a um processo técnico de direito público, não é menos certo inexistir incompatibilidade básica entre os valores de organização e o respeito ao direito adquirido, tanto assim que Duguit e Jèse, campeões do tema objetiva do serviço público, por mais de uma vez, proclamaram o interesse da administração em assegurar a seus servidores situações estáveis, com vista ao seu bom funcionamento (Traité de Dr. Const.

II/68; Principes Généraux de Dr. Administratif pg. 243); no sentido da conciliação desses valores conflitantes, é de reportar-se à literatura jurídica brasileira especializada, como se vê, em Hely Meireles (Dir. Adm. Bras-2ª ed. pg. 388, Osvaldo Aranha Bandeira de Melo (Princípios Gerais de Dr. Adm. II/353) Cretela Júnior (IV/323), Caio Mário da Silva Pereira (Inst. de Dr. Civ. I/108) e Carlos S. de Barros Júnior que preconiza a substituição de «relação estatutária» para «predominantemente objetiva» (Dos Dir. Adq. na Relação de Emprego Público pg. 47); também a jurisprudência acusa precedentes no particular, como se vê, entre outros, os do Pretório Excelso, RTJ 33/889, AI 66.274, e, ainda, neste Tribunal, o acórdão proferido na AC 41.361, da antiga Primeira Turma, ao propósito de hipótese semelhante à presente; assinale-se, que em homenagem ao direito adquirido, foram resguardadas as situações dos aposentados beneficiados pela lei 1.050, com base em decisões do Tribunal de Contas e deste Tribunal, e foi expedida a IN 107, de 26-7-79 do DASP.

As dificuldades de conciliação das exigências do serviço público com os direitos preexistentes do servidor público mais se adensam e se fazem agudas no plano remuneratório e, aqui, pode-se dizer que a orientação dominante no Pretório Excelso é no sentido de que só os magistrados são titulares do predicamento da irredutibilidade de vencimentos e que os demais servidores podem ter seus estípedios reduzidos, desde que não ocorra esvaziamento de garantias básicas ou tratamento discriminatório intolerável (RTJ 39/60, 38/563, 38/429, 37/65, 37/251, 43/442, 67/779, 46/290, 44/232, 42/166, 68/107; RDA 128/29, 125/29, 125/286, 121/250, 120/227, 118/65); no tocante ao inativo, prevalece o entendimento consagrado na Súmula 38.

Na espécie, colhe-se do texto legal discutido que o mesmo excluiu dos novos valores estabelecidos os já agregados ou que venham a sê-lo com enquadramento, em símbolos, de cargos a serem transformados ou classificados em decorrência da implantação do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, bem como os que se tenham inativado com as vantagens dos referidos cargos.

Na hipótese, afigura-se-me que o núcleo da discussão se centra em fixar-se se milita, em favor do agregado, direito pré-constituído afrontado pela norma legal posterior em foco, e, em caso afirmativo, a sua medida e dimensão.

Nesse particular, o meu entendimento é o de que o agregado, no direito brasileiro, é portador de predicamento da estabilidade financeira, representado pelo tratamento remuneratório do cargo em que se agregou, direito conferido pela lei 1.741/52, consolidado na Lei 3.780/60 e resguardado no Decreto-Lei 200/66, e, nesse ponto, acompanho o voto do eminente Relator, prestigiado pelos doutos pronunciamentos dos Ministros Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Sousa e Hermillo Gallant, mas peço licença a S. Exa. para questionar a sua medida, a sua extensão, como o fez o eminente Ministro William Patterson, pois, data venia, não entendo que o direito em causa opere em face do Plano originado da lei 5.645/70;

Mais precisamente: enquanto o eminente Relator sustenta que o direito do agregado ao tratamento remuneratório do cargo em que se agregou se prolonga até diante de novos critérios de organização, com a máxima vênia, entendo diferentemente, no sentido de que o agregado desfruta do direito à evolução salarial respectiva, quando se trata de reajustamento geral de vencimento mas, em se cuidando de classifica-

ção de cargos, a matéria assume dimensão essencialmente técnica e de racionalização do serviço público e, sob esse ângulo, a estrutura do Plano se insere na descrição do legislador, conforme os valores técnicos adotados, tornando-se legítima a exclusão de segmento na massa geral de cargos e funções do serviço público; assim, o princípio da estabilidade financeira não vincula o legislador do Plano, podendo esse receber o princípio, afeiçoa-lo à nova sistemática, ou desprezá-lo, sem ofensa a direito adquirido; é verdade que se poderá increpar de injusta a fórmula adotada na lei comentada, mas aqui é de ponderar-se que o Juiz não pode substituir os critérios de valorização técnica de legislador pelos seus.

Aliás, o Pretório Excelso já teve oportunidade de apreciar espécie análoga no tocante a Diretores aposentados do Egrégio Tribunal de Contas, em face de dispositivo legal simétrico ao dos autos, havendo, em sessão plenária, dado pela legitimidade constitucional do preceito ali discutido (RTJ. 82/674).

Acompanho o voto do Ministro William Patterson, data venia.

Rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

No mérito, na forma regimental (art. 388), mantendo a decisão recorrida.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A Lei nº 1.741, de 22-9-1952 de 1952, assegurou ao ocupante de cargo de caráter permanente e de provimento em comissão, quando dele afastado, depois de mais de dez anos ininterruptos de exercício, o direito de continuar a receber o vencimento desse cargo, até ser aproveitado em outro equivalente.

Inspirou essa providência, ponderável sentido social: quis o legislador sabiamente, resguardar a situação econômica e o status funcional do servidor que, por tão dilatado período, exercera cargo superior, evitando, «pelo menos em casos extremos, os desajustamentos, tanto econômicos quanto funcionais causados pelo retorno a uma atividade de nível inferior», (A. Dardeau Vieira, in «Rev. do Dir. Adm.» vol. 60/1961).

Não obstante, essa destinação foi aos poucos sendo deturpada, chegando a lei a ser aplicada até mesmo a quem exercia cargo em comissão, sem pertencer aos quadros dos servidores públicos.

A Lei nº 3.780, de 12-7-1960, que dispôs sobre a classificação de cargos, por seu turno, estabeleceu no seu art. 60:

«Os funcionários que, por força da Lei nº 1.741, de 22-11-1952, tiveram assegurados vencimentos de cargos em comissão, ficarão enquadrados nos novos símbolos correspondentes à denominação desses cargos e agregados aos respectivos quadros, considerando-se vagos, automaticamente, para efeito de provimento, os cargos efetivos de que são titulares».

Estava criada assim, uma nova instituição no direito administrativo brasileiro: a do agregado.

Os servidores amparados pela Lei nº 1.741, foram enquadrados nos novos símbolos correspondentes aos cargos em comissão, e agregados aos respectivos quadros. Para efeito de provimento, os cargos de que eram titulares foram considerados automaticamente vagos. E ficaram (pelo menos a maioria) numa espécie de disponibilidade, precisando mesmo, diz com certa dose de ironia Corsíndio Montêiro da Silva, nos seus «Diálogos com um aprendiz de funcionário», que um dispositivo especial de lei viesse obrigá-los a tra-

balhar (pág. 128). Realmente, nesse sentido dispôs o parágrafo único do art. 109 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67: «Todo agregado é obrigado a prestar serviços, sob pena de suspensão dos seus vencimentos». Essa mesma disposição legal — art. 109 do Decreto-Lei nº 200/67 revogou a legislação relativa à matéria, extinguindo a agregação, mas ressaltando, naturalmente, a situação daqueles que, à data de seu advento, «haja-m completado as condições estipuladas em lei para agregação, e não manifestaram expressamente, o desejo de retornarem aos cargos de origem».

Com a implantação do novo plano de classificação de cargos do serviço público, estabelecido pela Lei nº 5.645, de 10-12-70, em substituição a aquele preconizado pela Lei nº 3.780, de 1960, os agregados foram objeto de expressa recomendação, no art. 5º, § 3º, do Decreto nº 72.493, de 19-7-73 (dispõe sobre o Grupo — Outras Atividades de Nível Superior, a que se refere o artigo 2º, da Lei nº 5.645/70), verbis:

§ 3º — Poderão, também, concorrer, originariamente, à inclusão no Grupo — Outras atividades de Nível Superior:

a) os funcionários que tenham sido agregados, na forma do artigo 60, da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, e enquadrados em símbolos de cargo em comissão ou função gratificada de atribuições básicas correlatas com as indicadas no artigo 1º deste decreto:

b) o agregado cujo cargo efetivo ocupado imediata e anteriormente à agregação, deve ser incluído nas Categorias de que trata este decreto, desde que possua diploma do correspondente curso superior ou habilitação legal equivalente».

Por outro lado, a Lei nº 5.843, de 6-12-72; que fixa os valores de vencimentos dos cargos do Grupo Dire-

ção e Assessoramento Superiores do Serviço Público Civil da União e das autarquias federais, taxativamente excluiu-os do âmbito de sua aplicação, no seu art. 10, in verbis:

«Art. 10 — Os vencimentos fixados no art. 1º desta lei não se aplicam aos funcionários que, por força do artigo 60 da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, estejam ou venham a ser agregados com enquadramento em símbolo de cargos a serem transformados ou reclassificados em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, nem aos que se tenham aposentado com as vantagens do referido cargo».

É a constitucionalidade desse dispositivo que agora se questiona, ensejando duas correntes antagônicas, igualmente respeitáveis e alicerçadas em sólidos argumentos de convicção: de um lado, a que entende que esse malsinado preceito aparta-se da Carta Magna, fazendo tabula rasa do direito adquirido dos agregados de perceberem a remuneração dos novos cargos; de outra parte, a que sustenta inoquer o elemento nuclear do direito adquirido.

A esse enfoque, procurando orientar o meu convencimento à luz dos doutos fundamentos expendidos neste julgamento, ocorrem-me, em primeiro lugar, algumas reflexões sobre a situação jurídica do funcionário público e suas conseqüências.

Embora a natureza jurídica que caracteriza a relação existente entre o Estado e seus agentes, como nota Bielsa, «ha sido y es aún una cuestión muy debatida en la doctrina» (Derecho Administrativo, III, pág. 52), o certo é que, tanto nas letras jurídicas e na jurisprudência estrangeiras, como nas do Brasil, vem prevalecendo o ponto de vista de que essa relação é estatutária, sendo inú-

meras as decisões de nossos tribunais nesse sentido. José Cretella Junior, compartilhando com o citado Bielsa, da doutrina contratual, revela que a preferência pela teoria do Estatuto se afirma no Pretório Excelso, sendo raríssimas as opiniões divergentes (Dir. Adm. do Brasil, vol. II, pág. 217). Idêntica a posição da matéria neste Egrégio Tribunal (Rev. Dir. Adv. vol. 45, 1956, pág. 103). Enfim, segundo doutrina, judiciosamente, o mencionado José Cretella Junior, «A observação imparcial dos julgados dos Tribunais brasileiros a respeito da natureza jurídica da função pública impõe uma conclusão: há manifesta inclinação dos nossos juízes para a doutrina estatutária da função pública». (obr. cit. pág. 219, vol. II).

Pela teoria do Estatuto a relação funcional não caracteriza contrato, mandato, locação de serviço, gestão de negócios. «Le fonctionnaire — diz Gaston Jéze — est vis-a-vis de l'administration dans une situation statutaire e réglementaire» (in Rev. Dir. Adm. vol. 93, pág. 117). Seus direitos e deveres, exceto certas condições constitucionais expressas, podem ser modificadas pela vontade unilateral do Estado, no exercício do jus imperii. Dá as condições do serviço público independentemente da vontade do funcionário que tão-somente a manifesta na aceitação da relação de direito fixada pela lei e pelos regulamentos. A jurisprudência iterativa da Suprema Corte é no sentido de que assiste ao Estado, de modo geral, alterar unilateralmente a situação jurídica de seus funcionários, suas atribuições, competência, estipêndio, horário de trabalho, condições e natureza do serviço, lotação, enfim, alterar o estatuto relativo ao regime jurídico a que estão sujeitos, desde que não fira direitos adquiridos no tocante à segurança no exercício do cargo e o processo para a perda das funções. Impõem-se,

apenas, certas limitações de caráter constitucional, em se tratando de categorias especiais de funcionários, como a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, garantias de ordem excepcional, ditadas pelo interesse geral dominante no direito público moderno.

Não se deduza daí, entretanto, possa o Estado agir discricionariamente, postergando, no particular, direitos, e garantias que a Lei Maior assegure.

Afastadas as discussões doutrinárias e as posições extremadas, admite-se, inquestionavelmente, que sob a égide do direito adquirido se resguardam certas situações subjetivas, constituídas em favor do funcionário, definitivamente. É evidente que o Estado não pode reter aquilo que, ao amparo da lei, veio a integrar o patrimônio do servidor.

Contudo, se não há entraves a opor a esse entendimento que deita profundas raízes na tradição do nosso ordenamento jurídico, por outro lado, sobreleva que esse direito, considerado adquirido, cristaliza-se nos limites da lei vigente ao tempo de sua efetivação. Vale dizer: não pode servir de apoio para aquisição de outros direitos, ao arrepio da lei ou da Constituição. Ou para usar as palavras do Ministro Paulo Távora, na apreciação de casos idênticos, esse direito «Não alcança os novos fatos ou vencimentos que se constituem na vigência de outra regra geral». (V. parecer da Subprocuradoria-Geral da República, nos autos).

Ora, na hipótese, o direito adquirido é erigido em pedra de toque de inconstitucionalidade do citado art. 10, da Lei nº 5.843, de 1972. Em última análise, pretende-se, 'abroquelado' sob o pálio dessa garantia constitucional, fazer prevalecer uma vinculação remuneratória de cargos.

Não obstante, postas as cousas nos seus devidos lugares, ao exame mesmo da legislação que disciplinou o instituto da agregação, de plano se vê que o direito assegurado a essa categoria de funcionário concretizou-se com a Lei nº 3.780, de 1960. E o Estado não o nega, mas ao invés, o reconhece amplamente, e até o considerou na implantação do novo plano de classificação de cargos, como vimos.

Em verdade, o que há é uma adequação ao comando constitucional que veda equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público. A lei nova desvinculou aquela categoria funcional dos vencimentos dos cargos que institui e, como isso, nenhum direito adquirido, *data venia*, ofendeu, porque o direito que esses funcionários tinham, continuam a ter, e é aquele efetivado sob o império da lei pretérita. Se reclassificados, nos termos da legislação que lhes facultou essa possibilidade, seus vencimentos são aqueles do cargo em que foram enquadrados. Se permanecem em atividade, na situação da Lei nº 3.780, outro direito não lhes assiste senão o de terem acrescidos a seus vencimentos os aumentos normais concedidos aos funcionários em geral. E, por fim, se aposentados, resta-lhe o direito de revisão de seus proventos, nos termos e forma do art. 102, II, § 1º, da Constituição Federal, sempre que «por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade».

Na verdade, o tratamento que lhes possa ser dispensado, resguardada situação que lhes garantiu a legislação anterior, insere-se agora no poder discricionário do Estado, sobrançeiro a qualquer pretensão de direito subjetivo que inexistente.

E isto porque, de uma parte, a paridade que se persegue não resultaria, ao fim, na preservação de direi-

to próprio, como pretendido, mas na obtenção de uma situação de privilégio em relação àqueles agregados que, submetendo-se ao regime da nova lei de classificação de cargos, foram enquadrados nos termos do Decreto nº 72.493, de 1973.

De outro lado, porque o direito que se cristalizou no passado não pode servir de respaldo à aquisição de vantagens futuras, em aberta oposição ao texto constitucional que prevalece *erga omnes*. Nem sob sua simples invocação é possível alargar o campo de abrangência da lei superveniente para incluir situações expressamente excepcionadas pelo legislador. É que o princípio do direito adquirido não é absoluto, senão que prevalece condicionado aos parâmetros constitucionais e dentro dos limites da lei.

Com estas modestas considerações, também rejeito a arguição de inconstitucionalidade, *data venia* das respeitáveis opiniões em contrário.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente: Nos dizeres do eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

«O A., em razão de ter satisfeito certas condições exigidas em lei, agregou-se ao vencimento de um determinado símbolo. Alterado este, com um conseqüente aumento em termos pecuniários, há de ser concedido ao mesmo esse mesmo aumento. O contrário, seria aplicar maus tratos no princípio do direito adquirido que a constituição consagra».

A tese adversa, que não reconhece vício de inconstitucionalidade no disposto no art. 10, da Lei nº 5.843/72, tem supedâneo no consenso eleito pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que descabe o privilégio da garantia de direitos ao funcionalis-

mo, ante o regime estatutário que informa as relações entre o funcionário e a Administração Pública, ressaltados os direitos estabelecidos pela Carta Política. Admito com temperamentos.

As discussões, em tema de Direito, sempre são salutares, pois elas são fortes em auxiliar na revelação da verdade jurídica ou, quando não, dela se aproxima. É como se traduz da expressão latina *cogito, ergo sum*, reconhecendo a verdade de uma afirmação como produto de elocubrações no plano científico.

As teses já realçadas neste Plenário sobre direitos adquiridos animam-me a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, ao gosto do brilhante voto de S.Exa., o eminente Ministro William Patterson, sem, contudo, deixar de exaltar a erudição e o brio da tese do não menos preclaro Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.

Rejeito, pois, a arguição de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: Na relação estatutária entre o servidor público e a Administração, restringe-se o âmbito do direito adquirido, como reconhece a Doutrina e proclama a Jurisprudência, nas vias administrativas e judicial. Em princípio, nega-se a existência de direito adquirido do funcionário contra a Administração, mas sempre entendi, ao aplicar a lei, que um dos raros direitos que restam ao funcionário é justamente o direito, assegurado por lei contemporânea, de usufruir os seus proventos na inatividade. Vimos, há pouco, em Decretos-Leis complementares à lei do Plano de Classificação de Cargos, funcionários aposentados remetidos ao nível inicial da carreira. Isso não me parece, data venia das

opiniões em contrário, jurídico. Portanto, com estas breves considerações, acompanho o voto do Eminente Ministro Carlos Mário Velloso. Acolho a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O preceito inquinado de inconstitucional concerne a agregados em atividade e agregados inativos e há de ser examinado no contexto relativo à implantação do Plano de Classificação, no tocante àquelas duas categorias de servidores e, não, em termos isolados.

Preliminarmente, assinale-se, quanto aos aposentados, que a reclassificação posterior à aposentadoria não lhes aproveita, segundo estatuí a Súmula nº 38 do Excelso Pretório.

Decorre daí que os inativos só têm direito adquirido de ver os seus proventos calculados de acordo com a lei vigente ao tempo da inativação (Súmula nº 359 do S.T.F.) e de tê-los reajustados uma vez ocorrida a condição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição:

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

Contudo, nada obsta a que o Governo lhes conceda proventos em percentual superior ao aviltamento da moeda e até mesmo lhes estenda vantagens relativas a Plano de Classificação implantado com atinência aos funcionários em atividade. E foi o que, no caso, ocorreu: estendeu-se aos inativos o Plano de Classificação de Cargos aplicado aos servidores em exercício.

No entanto, tal extensão do sistema classificatório não constitui di-

reito adquirido do aposentado e terá de ocorrer dentro dos limites fixados em lei, respeitando-se o § 2º do art. 102 da Constituição, nestes termos:

«Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum dos proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade».

É de recordar-se que a lei, ao implantar o novo sistema remuneratório no serviço público, estabeleceu várias limitações, estatuiu expressamente que, com os novos proventos, ficariam obscuras as parcelas relativas às gratificações pelo regime de tempo integral e de dedicação exclusiva, as diárias de Brasília e respectivas absorções, além de estabelecer novo critério sobre o cálculo dos adicionais por tempo de serviço. Lembre-se, ainda, que vários servidores aposentados, por força de leis antigas, tiveram os seus proventos calculados com uma série de vantagens não mais existentes como, por exemplo, adicionais de até 65%.

Portanto, a dar ao direito adquirido, em tema estatutário, a latitude preconizada nos votos que me antecederam, chega-se ao ponto de admitir-se a inclusão de parcelas consideradas na fixação dos proventos de aposentados e que, hoje, não são mais concedidas aos servidores em atividade.

Com tais observações, passo a examinar a controvérsia no âmbito global da implantação do Plano de Classificação, seja no que pertine aos ativos, seja com relação aos inativos.

Ao elaborar o novo Plano (Lei nº 5.645, de 1970), o legislador não assegurou enquadramento automático a servidor algum, inclusive aos ocupantes de cargos efetivos. Com efeito, mesmo a clientela, cujas atribuições, por força de regulamentação profissional, não poderiam sofrer fundamentais alterações (médico,

engenheiro, etc), foi submetida a regras específicas, para a transposição ou transformação de cargos, os únicos meios legais de ingresso dos respectivos ocupantes naquele Plano, quando da sua implantação.

No caso específico dos agregados, à vista do preceito ora inquinado de inconstitucional, a Administração, através do § 3º do art. 5º do Decreto nº 72.493, de 1973, autorizou a sua inclusão no novo modelo classificatório, de acordo com as atribuições do cargo de confiança que serviu de base à agregação, respeitados os respectivos níveis de hierarquia e de retribuição, ou tomando-se por base o cargo ocupado pelo funcionário, imediatamente antes da sua agregação. Sempre, porém, assegurada a retribuição do agregado, ainda que, se necessária, através da diferença de vencimento.

A fórmula encontrada redundou, de modo geral, em vantagem para aquela categoria de servidor, pois eles, além de constituírem clientela originária ensejadora de um verdadeiro leque de alternativas de enquadramento, em qualquer das categorias funcionais em que tenham sido incluídos, resultaram acima das demais clientelas com eles concorrentes, uma vez que sua retribuição era, em regra, superior à dos simples ocupantes de cargos efetivos.

Os ocupantes de cargos administrativos não têm direito adquirido aos mesmos, pois até os cargos vitalícios podem ser extintos (Súmula nº 11 do STF), nem a um determinado quantum de vencimentos, pois estes podem até ser reduzidos.

Portanto, é inerente ao serviço público que se proceda à criação, alteração ou extinção de cargos públicos e respectivos vencimentos, tendo em vista o interesse da coletividade.

Admitir a regra de que o agregado acha-se vinculado ao cargo e vencimentos em que se deu a agregação,

equivale a estender aos funcionários efetivos a mesma vinculação a cargos e vencimentos, o que implica em reconhecer que ambos têm direito adquirido ao cargo em cujo desempenho se encontram e aos vencimentos correspondentes.

Contudo, tal concepção, sobre não harmonizar-se com o texto constitucional, conduz à impossibilidade de implantação de qualquer reestruturação do serviço público, vez que para a sua concretização é indispensável a alteração, transformação ou extinção de cargos e modificação dos respectivos vencimentos.

No tocante aos aposentados, é de ver-se que a lei deu aos agregados inativos o que concedeu aos agregados em atividade (Constituição, art. 102, § 2º), não os tendo excluído do Plano de Classificação, mas apenas da aplicação do regime relativo ao DAS. E assim procedeu com todos os servidores.

Em voto que proferi no RE 83.280 SP, assinalou o eminente Ministro Cunha Peixoto (RTJ 77/977):

«É hoje pacífico, na doutrina e na jurisprudência, ser o regime do funcionário estatutário. Desta maneira, o funcionário não tem direito adquirido, a não ser os estabelecidos pela Constituição e, assim, a lei posterior que modifica benefícios outorgados pela lei anterior atinge ao funcionário.

Ensina Valine: «Ce qui est certain, et sur quoi l'accord est général c'est que l'administration peut réduire à tout moment les avantages de carrière des fonctionnaires, ou aggraver leurs obligations; elle peut à tout moment modifier le statut des fonctionnaires, dans la mesure où celui-ci est décrit par de simple règlement» (Droit Administratif, p. 283). E logo em seguida, completa seu pensamento: «La raison de cette situation défavorable du fonctionnaire est double. Si les

fonctionnaires pouvaient prétendre avoir un droit acquis à la situation dont ils bénéficient à un moment donné, la nécessité de respecter cette situation serait un obstacle considérable à toute réforme ou réorganisation des services publics; elle empêcherait de même toute politique de compression budgétaires ou en retarderait démeurément les effets.»

E em conclusão: não diviso na espécie a configuração de qualquer ofensa a direito adquirido por parte do preceito que se acolma de inconstitucional, especialmente tendo em conta a natureza do regime estatutário a que se vinculam os agregados.

Rejeito, pois, a alegada inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 5.843, de 6-12-72.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Ao que sinto, parece que estamos a assistir a um funeral, o do instituto do direito adquirido que, recorde-se, resistiu heroicamente até aos atos institucionais e, de modo especial, ao mais rígido deles, o de número 5.

Ao que me lembro do que li em Pontes de Miranda, direito adquirido é aquele que nasceu a alguém, e decorre de fato que entrou no mundo jurídico, em certo lugar e em certo momento.

Porque adquirido, vale dizer, porque já irradiado em favor de alguém a lei nova não poderá sobre ele incidir sobretudo para prejudicar.

Segundo princípio insito na compreensão do direito adquirido, a lei que o concebeu, o fez como inatingível pela lei nova, pois aquela o teve no significado de como, se e enquanto a ordem jurídica for a mesma.

Continuo a raciocinar com Pontes de Miranda.

No caso presente, o artigo 10 da Lei nº 5.843, de 1972, ao excluir da percepção dos vencimentos 'fixados no seu artigo 1º, os funcionários agregados, os que venham a sê-lo, e os aposentados, terá ferido o princípio a que me reporto, pelo que a consequência natural e lógica, será a decretação de sua inconstitucionalidade.

É o que ora faço ao acompanhar o voto do Ministro-Relator.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas (Vogal): Senhor Presidente: Ao que se viu do debate da matéria, por sinal que muito brilhante, compreende-se tratar-se daquelas raríssimas espécies sobre as quais divergem, a fundo, a Doutrina e a Jurisprudência. Isso porque, ao que sabemos, a Doutrina Nacional é inteiramente defensora da chamada Teoria Contratual, no tocante às relações dos servidores públicos. E, de outro lado, os Tribunais são inteiramente favoráveis e proclamadores da chamada Doutrina Estatutária.

Não impressionou a Jurisprudência Nacional o argumento de que a situação estatutária, a modo do Funcionalismo Francês, não teria cabimento no Brasil, onde a Legislação dispõe e se orienta noutro sentido.

E tão grande é hoje o fosso entre a Doutrina e a Jurisprudência a esse respeito, que não há contribuição nova a se dar à matéria, senão que, em se devendo pronunciamento a respeito, a solução se contém em simples opção.

Sou, portanto, dos que se rendem à orientação pretoriana, para disciplinar a matéria no rumo de seus julgados.

Quanto ao caso dos autos, ouvi, no correr da discussão, que a Súmula 38 não tinha especificidade constitucional, a nível da que agora se exige da examinada lei.

Por isso me chamou a atenção recentíssimo acórdão publicado no D.J. de 17 deste mês, pelo qual a Suprema Corte parece ter ouvido a reclamação dos eminentes Ministros e pronunciou matéria constitucional a propósito daquela Súmula. Na verdade, julgando uma rescisória do Estado da Paraíba, afirmou o Plenário do Tribunal:

«Funcionário público estadual. Inatividade. Proventos. Não reconhecendo direitos à equiparação de proventos aos vencimentos da atividade, aumentados em consequência de reclassificação, o acórdão rescindendo não violou o § 3º do art. 153 da Constituição.» (AR 996-7-PB — Relator Min. Leitão de Abreu).

A meu vêr, essa ementa está reafirmando, com todas as letras, que não há direito adquirido a vencimentos; não há direito a situação funcional intocável pela lei nova, pois que, a termo da chamada «teoria estatutária», a situação funcional é factível de alteração legal, unilateralmente, sem razão para direito adquirido ao regime jurídico anterior,

Assim me pronunciando sobre a matéria, fico com o Supremo Tribunal Federal, a essa altura já muito bem aplaudido pela maioria dos votos aqui proclamados, pelo que, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente: Incluo-me também na corrente estatutária, em se tratando de matéria de pessoal de Serviço Público, porque já é da tradição da legislação brasileira desde o Império, quando no Brasil só se falava em Gabba. No Brasil, continua-se a ler Roubier, mas pensando-se em Gabba, em matéria de direito adquirido.

Li no voto do Ministro Paulo Távo-
ra um daqueles lampejos que o nos-
so ex-colega tinha aqui neste Tribu-
nal, dando-lhe tanto brilho, voto esse
que — acho — se adapta bem à solu-
ção do problema.

Dizia o Ministro Paulo Távora o
seguinte:

«Direito adquirido é o efeito que
se produz e se incorpora ao acervo
individual quando a lei fecunda a
matriz fática que prefigurou ao
encontrá-la realizada em relação a
determinada pessoa. Não alcança
os novos fatos ou vencimentos que
se constituem na vigência de outra
regra geral.»

Isto é o que chamo de um lampejo
do Sr. Ministro Paulo Távora, por-
que ele resumiu toda a doutrina do
Direito Adquirido Brasileiro, que é
da Constituição, mas que, dentro de-
la, continua a ser interpretada como
matéria de direito privado.

De modo que, Sr. Presidente, peço
vênia ao eminente Ministro Relator
para acompanhar o voto do Ministro
William Patterson, rejeitando a ar-
guição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros
Leite: Sr. Presidente: Também rejei-
to a inconstitucionalidade do art. 10
da lei citada, e o faço com apoio nos
votos da corrente que teve segui-
mento após o pronunciamento do
eminente Ministro William Patter-
son.

Sempre me preocupei, todavia,
com o problema do respeito ao cha-
mado *pro labore facto*, ou seja,
aquela unidade patrimonial a que se
refere Pontes de Miranda e que
acompanha os servidores em sua
transferência para a inatividade. Ve-
rifico, porém, embora reconhecendo
a existência do direito adquirido ao
pro labore facto, que na reclassifica-
ção ou na reestruturação não há pro-

priamente, um decesso patrimonial,
como na espécie em exame por esse
Tribunal, porque, embora o agregado
não consiga levar, para efeito de me-
lhorias especiais, consigo, aquela
vantagem, todavia não vem a sofrer
prejuízos de ordem patrimonial, pelo
balanço dos valores atribuídos.

Essa é a ressalva que faço a res-
peito da minha convicção sobre a
imperiosidade do respeito ao *pro la-
bore facto*, mas sempre decidi de
acordo com a corrente estatutária
em que se inclui antigo pronuncia-
mento do eminente e saudoso Minis-
tro Arthur Marinho, quando disserta-
va a respeito do assunto, pela aplica-
ção aos servidores em tais casos, da
chamada «lógica de Harpagão».

A lei nova sobre vencimentos ou
proventos tem o poder de cortar a lei
antiga, sem atingir as situações an-
teriores. Respeitam-se os proventos
do magistrado, como irredutíveis, e
o soldo dos militares.

Lembro-me da edição do Código de
Vencimentos dos Militares, em que,
mantido os respectivos soldos, foram
suprimidas muitas gratificações. Se
não me engano, em texto das dispo-
sições transitórias, esse Código fa-
cultava àqueles que se consideras-
sem patrimonialmente prejudicados,
que reclamassem administrativa-
mente a reposição dos seus even-
tuais prejuízos.

Nessa ordem de idéias, profiro o
meu voto e aproveito a oportunidade
para fazer a leitura da ementa de re-
cente julgado do Supremo Tribunal
Federal, no Recurso Extraordinário
nº 92.551, de Santa Catarina. É julga-
mento unânime da 2ª Turma. Ainda
não tem acórdão e a ementa consta
do Boletim STF 14/80, de 15-10-80,
sendo o voto condutor do Ministro
Moreira Alves.

Tem a seguinte redação:

«Aposentadoria. Gratificação Es-
pecial de Risco de Vida. Direito
adquirido. O aposentado tem direi-

to adquirido ao quantum de seus proventos, calculado com base na legislação vigente ao tempo de aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse quantum foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico. RE 92.511-SC, Rel. Min. Moreira Alves. Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime. 2ª Turma, 7-10-80.»

Acompanho, repito, o Ministro William Patterson, data venia.

Não é a primeira vez que decido tais casos. Como Juiz de primeiro grau proferi várias sentenças no mesmo sentido, destacando-se a que vai transcrita, no trecho principal:

«A atuação do órgão administrativo não pode ser considerada ilegal ou abusiva em face da lei nova, que não retroagiu para atingir o pro labore facto, como se alega, mas se aplicou desde logo, para evitar a permanência do desnível. O sistema jurídico assim o permite em matéria da fixação de vencimentos, ou de proventos. A regra, quanto ao funcionário público, é a «redutibilidade» dos vencimentos, pois não há lei que lhe garanta o contrário, nem mesmo a Constituição atual. A não ser quanto ao direito ao vencimento como retribuição justa, mediante padrão fixado na lei e dentro do regime estatutário (art. 119, Lei nº 1.711, de 1952). Não há, pois, como argumentar, no caso, contra a impossibilidade ou ilegalidade do enquadramento, se este obedeceu à lei. O Estado, que nem tudo pode fazer, não deve diminuir o vencimento do seu funcionário à vontade, o justo preço pagável pelo trabalho do servidor público. Há freios contra a maldade que leva o Poder Público a assumir atitudes ditatoriais. E um deles, a ordem constitucional, é conservar-lhe indene o princípio da igualdade perante a lei. Não se reduzem vencimentos ad libitum. É preciso atender, também,

à ordem moral que informa a necessidade de fundamentação séria da imperiosidade da redução. A atividade do Estado se entretêce, todavia, de razões múltiplas e o direito de regime adequado tem que atendê-las. Há motivos de alta monta, tais como o dever de organizar a administração sobre bases racionais e produtivas, em conjunturas intensas, extensas e insuperáveis, pelos meios ordinários ou anormais que podem ditar comportamento excepcional a respeito de problemas semelhantes. Em casos assim, o interesse dos indivíduos ou o de grupos cede ao coletivo ou geral ou ao do serviço público e, às vezes, o legislador ou o administrador são compelidos ao espinhoso dever de medidas drásticas. Tem o Supremo Tribunal Federal decidido assim, isto é, que a situação do funcionário perante o Estatuto não é contratual, de modo que, na garantia constitucional do direito adquirido, não se compreende a irreduzibilidade das vantagens que lhes são outorgadas, nem ofende direito adquirido o texto que determina a redução, a longo prazo ou não. O mesmo legislador que fixa vencimentos e confere vantagens pode reduzir os primeiros e extinguir as últimas, pois só à magistratura garantiu a lei maior a irreduzibilidade.»

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente: É da tradição do nosso direito, retratada, aliás, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o regime jurídico do funcionário público tem natureza estatutária, modificável, portanto, pela vontade unilateral do Estado.

A lei só está obrigada a respeitar os direitos fundamentais do servidor público porque, estes sim, integram o seu patrimônio, tais como o direito ao cargo, se ele é efetivo e estável, o direito à aposentadoria, se já contar

tempo de serviço suficiente, ou o direito ao devido processo legal na hipótese de demissão.

Tudo o mais, salvo proibição constitucional, é alterável através de reforma legislativa.

Data venia do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Data venia do eminente Relator, eu também dou pela constitucionalidade do art. 10, da Lei nº 5.843/72, pois tive oportunidade de enfrentar o problema, quando do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 87.007 do Rio de Janeiro, julgada pela Primeira Turma, em 14 de dezembro de 1979.

Assim, data venia do eminente Relator, acompanho o eminente Ministro William Patterson.

E o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente: A esta altura, parece-me desnecessária qualquer argumentação. A matéria foi brilhante e longamente discutida e, como bem salientou o eminente Ministro José Dantas, o *divortium aquarum* entre a Doutrina e a Jurisprudência mostra realmente que a orientação dos nossos Tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de perfilhar a doutrina estatutária. Embora pessoalmente, dada a minha formação liberal, ainda tente defender o direito adquirido, sinto que do ponto de vista prático das decisões deste Tribunal tem uma influência extraordinária a orientação do Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, e com a devida vênia do eminente Relator e daqueles que ao seu lado tão brilhantemente defenderam as suas idéias, acompanho

o eminente Ministro William Patterson.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Sr. Presidente, o art. 388 do nosso Regimento Interno estabelece o seguinte: (lê).

O Sr. Ministro José Néri da Silveira (Presidente): V. Exa., como Relator, tem a palavra para esclarecer ao Tribunal se existe matéria residual a ser examinada.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, a respeitável sentença julgou improcedente a ação, tendo em vista a disposição inscrita no art. 10 da Lei nº 5.843, de 1972.

O Egrégio Plenário, na sua alta soberania, entendeu regular a exclusão contida no citado art. 10, da Lei nº 5.843, de 1972, assim, constitucional o referido dispositivo legal.

Curvo-me ao decidido pelo Egrégio Plenário, com ressalva da minha opinião pessoal a respeito.

Por tal razão, resolvendo a apelação interposta (RI, art. 388), nega-lhe provimento, para confirmar a r. sentença.

EXTRATO DA MINUTA

Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 46.369-RJ — Relator para o acórdão: Sr. Min. William Patterson. Rel. Originário: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Lycurgo Silva Braga. Apdo.: Instituto Nacional de Previdência Social.

Decisão: O Tribunal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 10, da Lei 5.843/72, contra os votos dos Srs. Mins. Relator, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Américo Luz, Peçanha Martins, Jarbas Nobre e Washington Bolívar. Por se tratar de matéria constitucional, foram colhi-

dos os votos dos Srs. Mins. Lauro Leitão, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo e Moacir Catunda que não participaram da sessão em que se iniciou o julgamento. O Tribunal, em face do disposto no art. 388, do RI, examinando, desde logo, o mérito da causa, negou provimento por unanimidade à apelação. (Em 23-10-80 — Plenário).

Votaram com o Sr. Min. William Patterson, os Srs. Ministros Pereira

de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Adhemar Raymundo e Wilson Gonçalves. Lavrará o acórdão o Sr. Min. William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

REMESSA «EX OFFICIO» Nº 49.450 — MG

Relator: O Sr. Ministro Justino Ribeiro

Remte. «Ex Officio»: Juiz Federal da 2ª Vara

Partes: Companhia Brasileira de Alimentos — Fazenda do Município de Belo Horizonte

EMENTA

Inconstitucionalidade. Código tributário do município de Belo Horizonte.

São inconstitucionais, em face do art. 18, § 2º, da Constituição Federal, os arts. 246 e seu parágrafo, e 247 do Código Tributário do Município de Belo Horizonte, MG.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, preliminarmente, por maioria, tomar conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, vencidos os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Armando Rollemberg, e, no mérito, declarar inconstitucionais os artigos 246 e seu parágrafo único e 247, ambos do Código Tributário do Município de Belo Horizonte, datado de 31 de dezembro de 1966, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Justino Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Trata-se de questão prévia de inconstitucionalidade da Taxa de Renovação de Licença para localização, instituída no art. 246 do Código Tributário do Município de Belo Horizonte.

Pelo acórdão de fls., cuja cópia foi distribuída na forma do art. 482 do CPC, a 2ª Turma adotou o entendimento da sentença de 1º grau, proferida pelo Dr. Sebastião Alves dos Reis, do seguinte teor: (lê, fls. 34/41).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Mantenho o voto que proferi na Turma, acolhendo o entendimento da sentença.

Questão Preliminar

Sr. Ministro Justino Ribeiro (Relator): Data venia, Ministro Armando Rollemberg, conheço do incidente.

Questão Preliminar

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: De acordo com o art. 119, III, da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal cabe julgar recurso extraordinário, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de lei federal (letra b) ou julgar válida lei local contestada em face da Constituição ou de lei federal (letra c).

A apreciação conjunta das duas normas mostra, que o constituinte considerou irrecorribéis as decisões dos Tribunais de Justiça que julgarem inconstitucionais leis estaduais ou municipais, e, conseqüentemente, de alteração impossível, regra que se ajusta à estrutura federativa do País.

Ora, como esclareceu o Sr. Ministro-Relator a lei municipal cuja constitucionalidade foi posta à apreciação desta Corte já foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Minas Gerais, o que, parece-me, impede o reexame da questão por outro Tribunal.

Não conheço do incidente.

VOTO QUESTÃO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente: Acompanho o Sr. Ministro-Relator, acrescentando que este Egrégio Plenário, recentemente, apreciando um conflito de

competência, oriundo do Estado de Minas Gerais, decidiu matéria semelhante, no sentido de que a inconstitucionalidade suscitada incidentalmente há de ser julgada pelo juiz ou Tribunal competente para o julgamento da causa, seja a arguição de inconstitucionalidade de lei municipal, estadual ou federal (CC. 3.803-MG).

Com estas breves considerações, com a vênia devida ao eminente Ministro Armando Rollemberg, fico com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente: Mantenho o voto proferido na Turma; data máxima venia, continuo convencido de que nele está a melhor orientação sobre a matéria, conforme mesmo os textos legais que a regiam àquele tempo.

EXTRATO DA MINUTA

REO N° 49.450-MG — Rel.: Sr. Min. Justino Ribeiro. Remte.: ex officio: Juiz Federal da 2ª Vara. Partes: Companhia Brasileira de Alimentos e Fazenda do Município de Belo Horizonte.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por maioria, tomou conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, vencidos os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Armando Rollemberg. No mérito, declarou inconstitucionais os arts. 246 e seu parágrafo único e 247, ambos do Código Tributário do Município de Belo Horizonte, datado de 31 de dezembro de 1966. (Em 7 de agosto de 1980. T. Pleno).

Preliminarmente, votaram com o Relator os Srs. Mins. Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Hermillo Galant, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ri-

beiro, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz e Carlos Mário Velloso. No mérito, votaram com o relator os Srs. Mins. Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Hermillo Galant, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda, Peçanha

Martins, Jarbas Nobre, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz e Carlos Mário Velloso. Impedido o Sr. Ministro Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Aldir G. Passarinho e Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. José Néri da Silveira.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 50.034 — RS

Relator: O Sr. Ministro Márcio Ribeiro

Recorrente: «Ex Offició: Juízo de Dir. da 2ª V. Faz. Pública

Agravante: Conselho da Ordem dos Advog. do Brasil (Secção do R.S.)

Agravado: Adolfo Silva Machado

EMENTA

«É constitucional o Art. 86, da Lei nº 4.215, de 1964, que dispõe sobre requisito de tempo para que os magistrados aposentados exerçam a advocacia».

ACÓRDÃO

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

Acordam os Ministros que compõem o Tribunal Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, repelir a argüição de inconstitucionalidade e dar provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de dezembro de 1967 (data do julgamento). — Ministro Godoy Ilha, Presidente — Ministro J. Moreira Rabello Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: Recurso ex officio e agravo do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil contra a sentença de fls. 22 que, adotando a tese de inconstitucionalidade do art. 86 do atual Regimento da Or-

dem, Lei 4.215 de 1963, determinou sem restrições, a inscrição do impetrante que se aposentara, como juiz de Direito, a 5 de maio de 1965.

A douta Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento de recurso, cassando-se a segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: Propondo que se afete o julgamento ao Egrégio Tribunal Pleno, porque o mandado de segurança versa, unicamente, sobre a inconstitucionalidade do art. 86 da Lei nº 4.215, de 27 de outubro de 1963.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Adotou-se in casu a prática do artigo 97 do Regimento Interno. Deliberação unânime. Os Srs. Ministros Esdras Gueiros e Henoch Reis votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: O problema é o da constitucionalidade do art. 85 do atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que diz:

«Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos inclusive de autarquias e entidades paraestatais e os funcionários de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função.».

Quer dizer que, como se deduz por simples raciocínio a contrário sensu, que se criou para os aludidos magistrados, membros do Ministério Público e funcionários uma incompatibilidade ou impedimento temporário, por dois anos.

Já agora essa restrição deverá ser apreçada em confronto com o artigo 150, § 23, da constituição de 1967, verbis:

«E livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições e capacidade que a lei estabelecer.»

Exceto na melhor especificação — trabalho, ofício ou profissão — o dispositivo da Constituição atual não divergia do artigo 141, da Constituição de 1946.

Elucida-o, aliás, o disposto no artigo 8º, XVII, r, em que se fixa a competência privativa da União, vale dizer do Congresso Nacional, para estabelecer as “condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas.»

Na Turma, tinha começado a esboçar a opinião de que o dispositivo constitucional e o de estatuto se apresentam desde logo como opostos e insisto neste ponto de vista.

Um exige condições positivas de capacidade. Outro declara, sibilina-mente, uma incompatibilidade ou impedimento, por dois anos.

Seria apenas aparente essa contradição?

A meu ver, não.

Afastados os exageros dos positivistas que queriam as profissões livres, inteiramente livres, independentemente de qualquer título escolarístico, acadêmico ou outro, seja de que natureza for — na verdade os pressupostos de capacidade, que a lei, segundo a Constituição, pode determinar, se referem ao mínimo de conhecimento necessário ao desempenho de cada profissão, para resguardo de interesse coletivo.

Fora disto, a regulamentação do preceito constitucional só poderia formular novos requisitos, tendo em vista os altos interesses nacionais e segundo regras implícitas na própria Constituição, como as que reservaram aos brasileiros natos e brasileiras, determinadas funções ou atividades (vg. art. 75, nº. I, 86, 95, 113, § 1º, 118 e 161, § 1º.)

Mas, a regulamentação não pode ser discriminatória, impedindo o exercício da profissão a indivíduos que, para o seu desempenho estão em perfeita situação de igualdade com os demais.

Pontes Miranda previu a hipótese dos autos dizendo:

«O que é preciso é que as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade, por diferença de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou de qualquer dos pais dele, de classe social, de riqueza de crenças religiosas ou de idéias políticas. (Constituição de 1946, Vol. IV: pág. 195).

As condições que a Constituição admite contra o princípio da liberda-

de de profissão são de capacidade. O art. 86, do Reg. da Ordem, na verdade criou, não um requisito de capacidade, mas uma forma de impedimento ou incompatibilidade por suspeição.

Esse impedimento, ou incompatibilidade, entretanto, além de ofender a Constituição, está contra a própria realidade, pois o magistrado, ou membro do Ministério Público ou o funcionário que deixou definitivamente o exercício do cargo não poderia, individualmente, ser considerado impedido, pela razão óbvia de ter desaparecido o motivo de seu impedimento.

Se este impedimento ou incompatibilidade for fundado na presumida complacência dos funcionários ou autoridades que permaneceram em atividade, não poderia, constitucionalmente ser admitido por estranho à pessoa do interessado no exercício da profissão.

A questão pode ser apreciada por um outro aspecto. A Constituição de 1946, bem como a atual, não qualificam mais condições de capacidade técnica como o fazia a de 1934. Mas, por outro lado, não se referem a outras condições, ditadas pelo interesse público.

Daí, poder-se-ia concluir que a lei possa livremente dispor quanto a condições não técnicas...

Evidentemente, não. Os legisladores de 1946 e 1967 quiseram precisamente garantir a liberdade de profissão, sujeitando-a tão somente à apuração da capacidade técnica para o exercício de cada uma.

Quando assim não se entenda, será preciso, pelo menos, ao legislar sobre outras condições, não técnicas, observar rigorosamente, os limites ditados pelo bem público, o que equivale a dizer, os traçados na própria Constituição.

Mesmo a Carta de 1937 a isto se referia (artigo 122, nº 8). Ao bem pú-

blico e ao direito constitucional não interessa a esdrúxula forma de impedimento criado no Estatuto da Ordem dos Advogados.

Tenho, pois, como inconstitucional o artigo 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, na parte em que diz: «decorridos 2 anos do ato que os afastou da função». Assim julgo.

E, como não restaria mais nada a discutir em Turma — prevalecendo-me da permissão regimental — passo, desde logo, ao julgamento de mérito para negar, como efetivamente nego provimento aos recursos, mantendo a sentença concessiva da segurança.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator, acolhendo a arguição para negar provimento aos recursos concessivos da segurança, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Moreira Rabello, aguardando os Srs. Ministros Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henrique D'Ávila, Cunha Mello, Oscar Saraiva, Amarillo Benjamin, Armando Rollemberg e Antônio Néder. Não compareceram os Srs. Ministros Cunha Vasconcellos e Henoch Reis, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro J. J. Moreira Rabello: Pedi vista aos autos após o voto de eminente Relator pelo desejo apenas, de justificar, com mais amplitude, o ponto de vista antagônico às conclusões de S. Ex^ª. E também, por entender que magistrado que aqui chegou oriundo da nobre e alta classe dos advogados, devo ao seu colégio, mais do que a manifestação

de um simples voto em matéria que diz com a constitucionalidade de uma das mais caras prerrogativas do seu estatuto.

Passando sobre os perigos do método interpretativo, para a decretação da inconstitucionalidade de uma lei qualquer, tenho como rigorosamente afeiçoado ao cânone constitucional, o agredido art. 86, da Lei nº 4.215 de 1964.

Atendo-se ao disposto do art. 5º, nº XV, da Constituição que assegura à União, a capacidade para legislar sobre «as condições de capacidade para o exercício de profissões técnicas científicas e liberais», tendo em vista, o art. 141, § 14, quando afirma ser «livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições que a lei estabelecer,» com a restrição do art. 161, o qual adverte «que a lei regulará o exercício das profissões liberais e, a revalidação dos diplomas, expedidos por estabelecimento estrangeiro do ensino». o legislador ordinário dispôs, apenas, na lei agredida, sobre as condições de exercício da profissão de advogado. Nada mais.

Há evidente equívoco na interpretação que se fez o ilustre impetrante do direito garantido pela Constituição, quanto à escolha e a forma de exercer a profissão nela preservada. Quanto à escolha, a liberdade é absoluta; mas quanto à prática, advogados, engenheiros e quejandas atividades liberais, terão de conter-se nos limites da regra que lhes trace, a para o exercício de suas atividades o poder público, através de leis e estatutos pertinentes.

Aloísio de Carvalho, o grande professor baiano, que honra com suas luzes a representação da gloriosa província no Senado, contendo investida recente contra o incriminado dispositivo, assim justificou, seu voto, acolhido por seus pares, como Relator da Comissão de Justiça daquele Alto Poder Legislativo:

«Ainda assim, não se trata, aqui, de proibição do exercício da profissão. O que o art. 86, da Lei nº 4.215, estabelece, é um requisito de tempo para o exercício pleno da profissão, por parte de ex-titulares de funções ou cargos públicos.»

Isso no terreno constitucional e jurídico.

Porque enfrentando a realidade dos fatos, temos que proclamar que o dispositivo encerra norma de indistarcável normalidade, não havendo quem seriamente possa contestar as vantagens de trânsito fácil e até mesmo de certo temor reverencial residual que, perante colegas e serventuários do colégio judiciário donde saiu, tem o magistrado que, aposentado, passe de imediato, a exercer a advocacia. O princípio é salutar e não discriminatório.

Dei-lhe, ontem, como advogado, minha adesão.

Renovo-a, hoje. — quando da benesse resultante do acolhimento do pedido poderia ser beneficiário dentro em breve — com a mesma convicção arraigada. E o faço, para denegar o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Nêder: Estou em que a palavra «capacidade» que se contém no texto do art. 141, § 14, da Constituição de 1946, e no art. 150 § 23, do texto dessa Constituição advindo da reforma de 1967, foi empregada no seu sentido amplo, e não no sentido restrito de capacidade técnica, ou conhecimento especializado.

Assim sendo, evidente me parece que a lei ordinária pode impor outras condições de capacidade para o exercício de qualquer profissão.

Justo me parece que a lei imponha, por exemplo, a condição de capacidade física, a de exercer a profissão dentro de certos limites, etc.

Justo me parece, outrossim, que a lei expresse a incompatibilidade do exercício de certa profissão com a função pública, ou algumas funções públicas, como ocorre entre a profissão de advogado e a função de julgar.

A incompatibilidade entre o advogar e o julgar pode ser absoluta ou relativa.

Em sendo absoluta, importa ela em incapacidade.

No caso que estamos julgando, a lei permite que o magistrado aposentado exerça a profissão de advogado, mas restringe esse direito ao expressar que o exercício da advocacia só se verifique depois de decorridos dois anos do ato que o afastou da função do juiz.

Essa restrição não é contrária à norma constitucional acima citada.

Repilo, pois, a arguição de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Proseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Moreira Rabello, Moacir Catunda, Henrique D'Ávila e Antônio Néder, repelindo a arguição de inconstitucionalidade e, Cunha Mello e Oscar Saraiwa, acolhendo-a, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Henoch Reis, solicitado para compor *quorum*. Não compareceu o Sr. Ministro Cunha Vasconcellos, por se encontrar licenciado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

VOTO

O Sr. Ministro Henoch Reis Senhor Presidente:

Não estive presente no início do julgamento do presente Agravo em Mandado de Segurança.

Convocado para integrar o *quorum*, eis que se trata de matéria constitucional, para cuja apreciação se faz mister a maioria absoluta do Tribunal, segundo o mandamento do art. 200 da Constituição de 1946 e 111 do atual Estatuto Político, pedi vista dos autos, até porque já então dois votos escritos divergentes tinham sido proferidos, o do Eminentíssimo Ministro Márcio Ribeiro, como Relator, dando pela inconstitucionalidade do artigo em pauta, e o do não menos Eminentíssimo Ministro Moreira Rabello, que tinha o dispositivo em causa como escoreito, de perfeito acordo com os textos constitucionais.

Trago hoje o meu pensamento que, na realidade, não tem o realce e o brilho dos votos emitidos por esses dois consagrados cultores do Direito e abalizados julgadores que, desde minha chegada a esta Casa me têm servido, à par dos outros ilustres Colegas, de mestres na árdua tarefa de julgar.

A declaração de inconstitucionalidade de lei por via judiciária, que é o sistema adotado em nosso país, constitui missão das mais sérias, pois se cuida de invalidar, nos casos concretos, dispositivo de lei, votado por outro Poder da República, justamente aquele que, na lição de Pimenta Bueno, «é a mais alta expressão da soberania nacional» («Direito Público Brasileiro», Pág. 35).

Por isto, Senhor Presidente, no julgar casos desta natureza, devemos nós, do Poder Judiciário, agir com a maior cautela, só declarando uma lei inconstitucional, quando de seu texto ressumbre e aflore, clara, patente e isofismavelmente o seu desacordo com a Lei Maior.

De uma feita, deixou V. Exa. bem claro este entendimento, com a concisão de linguagem e precisão de estilo que caracterizam seus pronunciamentos como Juiz sereno e culto.

Dizia então V. Exa.:

«... a lei ordinária tem por si a presunção de constitucionalidade, de sua adequação aos textos constitucionais, não podendo o Judiciário decretar a inconstitucionalidade senão quando manifesta, flagrante, acima de toda a dúvida.»

Esta, a boa doutrina e a orientação dos entendidos em matéria constitucional.

A Constituição de 1946, sob cuja égide foi impetrado o presente mandado de segurança, disciplina a liberdade de profissão nos seguintes artigos:

«Art. 5º — Compete à União:

XV — legislar sobre:

p) condições de capacidade para o exercício das profissões técnico-científicas e liberais. Art. 141 — § 14 — É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições que a lei estabelecer».

Art. 161 — A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação dos diplomas expedidos por estabelecimento estrangeiro de ensino».

Não se trata, no caso do art. 86, que o ilustrado Juiz de primeiro grau houve por inconstitucional, de proibição do exercício de advocacia, mas sim de sua regulamentação.

Exato o entendimento do Ministro Moreira Rabello, quando afirma em seu voto:

«Há evidente equívoco na interpretação que fez o ilustre impetrante do direito garantido pela Constituição, a qualquer pessoa sui juris de escolher a profissão que deseje, e a forma de exercer essa profissão. Quanto à escolha, a liberdade é absoluta; mas, quanto à prática, haverá médicos, advogados, engenheiros e quejandas atividades liberais que se contiverem na regra que lhes trace, para o exercício de suas atividades, o poder público, através de leis e estatutos pertinentes.»

Para melhor escorar este meu voto, cujo mérito consiste apenas em seguir as lições dos mestres, peço vênia para lembrar dois trechos do Parecer nº 156/67, da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei do Senado, nº 3, de 1967, que modifica a redação do art. 86 da Lei nº 4.215/64, que dispõe sobre o exercício da advocacia pelos servidores aposentados ou em disponibilidade, do qual foi Relator o ilustrado Senador Aloysio de Carvalho.

Ei-los:

«Ainda assim, não se trata, aqui, de proibição de exercício de profissão. O que o art. 86 da Lei nº 4.215, estabelece é um requisito de tempo para o exercício pleno da profissão por parte de ex-titulares de funções ou cargos públicos».

De tudo exposto, conclui-se que o art. 86 do Estatuto dos Advogados, cuja reforma se pretende, não revela eiva de inconstitucionalidade, e a regra que nele se contém, sobre moderada, é conveniente, merecendo, portanto ser mantida.»

Nestas condições, Senhor Presidente e em face do que ficou exposto, data venia do Eminentíssimo Ministro Relator e dos outros Colegas que o acompanharam, dou provimento ao recurso de ofício e ao Agravo do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, para cassar a segurança.

É meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Esdras Gueiros: Sr. Presidente:

Meu voto será sucinto, mesmo porque o ilustre Ministro Henocho Reis, em seu substancioso voto escrito, já fez referência ao Parecer que eu pretendia citar, do eminentíssimo Senador Aluizio de Carvalho, proferido em torno do Projeto de lei nº 156, de 1967, pelo qual se pretende alterar o dis-

posto no art. 86 da Lei 4.215, que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Sempre entendi, e não tenho razões para modificar meu ente de razão a respeito, que é perfeitamente constitucional o dispositivo contido no art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados ora em discussão, não só desde o tempo em que vigorava o antigo Regulamento da Ordem, mas também com o advento do novo Estatuto, pois tive ensejo de assistir, embora não fazendo parte integrante da Comissão que redigiu o seu anteprojeto, às discussões havidas durante sua elaboração. Desde então me situei no ponto de vista de que não é inconstitucional o dispositivo, não me convencendo das razões em contrário, apresentadas no presente recurso de Agravo.

Acompanho, portanto, o voto do Sr. Ministro Henoch Reis, para rejeitar a argüição de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, por maioria de votos, foi repelida a argüição de inconstitucionalidade e, deu-se provimento aos recursos, vencidos os Srs. Ministros Relator, Cunha Mello e Oscar Saraiva. Os Srs. Ministros Moacir Catunda, Henrique D'Ávila, Antônio Néder, Henoch Reis, Esdras Gueiros, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg, votaram com o Sr. Ministro Moreira Rabello. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

AGRAVO DE PETIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.024 — MG

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravante: Paulo Simões de Almeida

Agravado: IPASE

EMENTA

«Exercício da profissão de advogado — Restrições — Constitucionalidade do art. 85 da Lei 2.685, de 1940.»

ACÓRDÃO

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

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, e determinar a volta do processo a Turma para conclusão do julgamento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de março de 1968 (data do julgamento). — Oscar Saraiva, Presidente — Armando Rollemberg, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Trata-se de processo que vem à apreciação do Tribunal Pleno por ter sido suscitada, quando do julgamento na Turma, a inconstitucionalidade do art. 85 da Lei nº 2.685, de 1940.

A espécie foi assim relatada então: (lê relatório de fls. 61).

Após ter sido proferido por mim como relator voto no qual confirmava a sentença, o Sr. Ministro Moreira Rabello assim se pronunciou:

«Sr. Presidente, quando advogado, defendi a inconstitucionalidade desse dispositivo, considerando que não era possível opor restrições no exercício da profissão de advogado, nem tampouco ao exercício do mandato. O que o instituto podia fazer era acercar-se de cautela na apreciação ou deferimento do pedido. Jamais impugnar o mandato regularmente deferido em tabelião que afere a identidade do mandatário.

Data venia do eminente Relator, dou provimento ao recurso».

A seguir o Sr. Ministro Cunha Vasconcellos, assim votou:«

«Sr. Ministro, creio que V.Exa. em seu voto, levanta a questão de inconstitucionalidade do dispositivo. Ultimamente, as Turmas têm-se atribuído competência para julgar questões de inconstitucionalidade, quando já decididas pelo Tribunal Pleno, o que eu, ainda assim, acho irregular, porque é possível aos Tribunais mudarem de entendimento. E a Constituição é clara a respeito do julgamento de matéria constitucional, de forma que V. Exa. levanta uma questão de inconstitucionalidade interessante, e nesta altura, proponho, antes de proferir o meu voto, que o julgamento seja suspenso e levado ao conhecimento do Tribunal Pleno para decidir.

É meu voto».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Ao proferir voto na Turma, não considerarei a questão de in-

constitucionalidade do art. 85 da Lei nº 2.685, de 1940, por inexistir fundamento para a respectiva argüição. Sem embargo do entendimento contrário dos meus nobres colegas de Turma, não alterei o meu convencimento.

A Constituição de 1946, em seu art. 141. § 14, dispõe:

«É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer».

Com tal disposição, embora assegurando direito individual, o constituinte deixou ao legislador ordinário não somente a faculdade de dispor sobre as condições de capacidade a serem preenchidas para o exercício da profissão, nas ainda, a de estabelecer os limites do exercício da própria profissão.

Ora, quanto à profissão de advogado dispôs a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963 em seu art. 71, que «a advocacia compreende, além da representação em qualquer juízo ou tribunal, mesmo administrativo, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria, e as funções de diretoria jurídica», isto é, fixou como essencial ao exercício da profissão a representação em qualquer juízo ou tribunal, mesmo administrativo, e como acidental, porque extensivo a pessoas estranhas ao quadro de advogados, o procuratório extrajudicial. A restrição a esta última atividade contida no art. 85, do Dec.-Lei nº 2.865, de 1940, não é a meu ver, incompatível com a regra do art. 71 do Estatuto da Ordem dos Advogados e, muito menos com a constituição.

Rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Thomaz da Cunha Vasconcelos Filho: Sr. Presiden-

te; Já tratei deste assunto mais de uma vez neste Tribunal.

Tenho que a restrição não só neste caso presente, como em outros que aqui têm ocorrido, isto é, suspender advogado do exercício de sua profissão por falta de pagamento da mensalidade é francamente ostensiva e aberrantemente inconstitucional. Note-se, Sr. Presidente, e não sei onde se poderia encaixar na Constituição tais providências.

A Constituição diz que é livre o exercício de qualquer profissão. E sob que condição? Observadas as condições de capacidade! É só isso. E o que é capacidade? Capacidade, a meu ver, cifra-se à apresentação de título que habilita o cidadão ao exercício da profissão. A capacidade do médico é o título-habilitador que ele apresenta; a de um advogado é o título de bacharel.

O Sr. Ministro Moreira Rabello: Creio que é ele estar inscrito na Ordem, porque, do contrário, ele não pode advogar.

O Sr. Ministro José Thomaz da Cunha Vasconcellos Filho: Perdão, a questão da Ordem não é a da capacidade. Para o exercício da profissão, capacidade é somente habilitação, condição técnica para o exercício da profissão. Isto é o que eu entendo por capacidade.

Por conseguinte, tudo que restringe, limita; tudo que impeça o exercício da profissão do advogado — e poderia se tratar de um médico, de um engenheiro — é inconstitucional, é ilegal.

Acho que não é possível negar-se ao advogado, que acompanha um processo no IPASE, o direito que seu constituinte lhe outorgou, que passou para ele por procuração. O direito de representação é um ato muito sério. Veja-se que até casamento se faz por procuração; por que o advogado não pode receber pensão do IPASE por procuração».

É um dispositivo ditatorial que infringe a constituição.

O Sr. Ministro Oscar Saraiva: Eu pediria licença a V. Exa. para prestar um pequeno esclarecimento. Sei que o Presidente não tem voto e não pode apartear. Mas peço vênha ao Egrégio Tribunal para relevar essa exceção por intervir nos debates.

Gostaria de dizer que esse dispositivo não é aberrante, nem ditatorial. Aliás, ele vem evitar apenas abusos. Há um dispositivo antigo da previdência social, que não é peculiar no IPASE, que visou, sobretudo, resguardar os beneficiário dos agiotas. Não se trata de ato que restrinja a capacidade do advogado. Porque não é privativo dos advogados receber pensões e sim requerer. Dizer que não pode requerer é diferente. É uma medida que se originou do Ministério do Trabalho, para resguardar a eficácia das pensões e resguardar os pensionistas dos agiotas, das fraudes, não em relação ao advogado, mas em relação a outros que não têm responsabilidade profissional.

Era este o esclarecimento que queria dar.

O Sr. Ministro José Thomaz da Cunha Vasconcelos Filho: Agradeço a V. Exa. o seu aparte. Entretanto, eu, como Presidente não estou fazendo qualquer restrição a V. Exa., creia na sinceridade de minhas palavras, nunca interferi nos debates para apartar sobre matéria jurídica, por vezes questão de fato. Mas aceito de boa mente a intervenção de V. Exa., porém data venia, a contesto quanto à sua validade jurídica, ou seja, para os efeitos com que V. Exa. a trouxe ao tablado do debate. Não era necessário para atender a esta finalidade, para resguardo desta finalidade. Bastava, tão-só, que a lei dissesse que só poderia receber os interessados e o seu advogado. Assim, estariam excluídos os agiotas. Para proteger os interessados, feriu-se um

princípio jurídico, uma prerrogativa, limitou-se a categoria de uma classe inteira. É o mesmo que se dizer hoje que não vale um atestado médico. Um advogado, quando exerce sua profissão, tem responsabilidade profissional, tem a responsabilidade de seu grau, tem a responsabilidade de sua investidura no exercício de sua função, tem responsabilidade legal e ainda criminal. Não é possível, data venia, fazer-se assim. Perdão, é o meu ponto de vista, não quero opô-lo a ninguém. Respeito a opinião contrária e não aceito que se suspenda um advogado da Ordem, porque, ele não pagou a sua mensalidade. O Instituto tem meios para cobrar por intermédio de uma cobrança executiva. Por que ele não pleiteia, como as outras Instituições, uma cobrança executiva de suas mensalidades devidas? Por que? Será que um advogado não tem qualquer objeto que garanta esta cobrança executiva?

Sr. Presidente, data venia, tenho o dispositivo como inconstitucional. Não é possível, a meu ver, impedir a

quem tem o benefício de confiá-lo à guarda de quem quer que seja.

VOTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello: Com o Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria de votos, rejeitou-se a arguição de inconstitucionalidade, determinando-se a volta do processo a Turma para conclusão do julgamento, vencido o Sr. Ministro Cunha Vascelos. Os Srs. Ministros Márcio Ribeiro, Moreira Rabello, Esdras Gueiros; Henoch Reis, Cunha Mello, Godoy Ilha e Amarílio Benjamin votaram com o Relator. Não compareceram os Exmos. Srs. Ministros Henrique D'Avilá, Antônio Néder e Moacir Catunda, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Oscar Saraiva.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64.879 — GB

Relator: O Ministro Moacir Catunda

Agravante: Cia. de Mineração de Ferro e Carvão

Agravados: União Federal e Banco Central do Brasil

EMENTA

Constitucionalidade de Decreto-Lei expedido com base em Ato Institucional. Admissibilidade. O disposto no art. 11, § único, do Decreto-Lei 401, de 30-12-1968, não contém eiva de inconstitucionalidade.

Ante a regra do art. 11, § único, do Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968, a exigência do imposto de renda na fonte sobre a remessa de juros de prestações de mercadorias compradas a prazo, no exterior, mostra-se perfeitamente legítima.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria de votos, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo, negar provimento ao recurso

por não existir matéria residual a ser considerada, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1970. Ministro Amâncio Benjamin, Presidente. Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente:

A espécie dos autos foi assim exposta e solucionada pela doutra sentença:

«Fls. 55: A Cia. de Mineração de Ferro e Carvão, estabelecida nesta cidade à Avenida Graça Aranha nº 26, 12º andar, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda, sob nº 33.073.320/1, impetrou o presente Mandado de Segurança contra o Delegado Regional do Imposto de Renda no Estado da Guanabara e o Presidente do Banco Central do Brasil, pelos fatos e razões seguintes:

1º — que adquiriu das firmas americanas Chicago Pneumatic Tool Co. e Le Torneau Westinghouse Trade Company, sediados em Nova York, Estado de Nova York, e Cidade de Peoria, Estado de Illinois, respectivamente, diversas máquinas destinadas à ampliação do seu parque de mineração de ferro;

2º — que na oportunidade da remessa da primeira das prestações dos respectivos financiamentos, acrescidas dos juros — 1º de outubro do ano findo — foi surpreendida por ato ilegal do primeiro impetrado, exigindo-lhe o recolhimento do imposto de renda relativamente à parcela de juros, sendo que o segundo impetrado só se dispôs a permitir a remessa do numerário, depois de pago aquele tributo, exigências que te-

ve de atender, para não ficar em mora com suas credoras;

3º — que devendo providenciar a segunda das prestações, e para evitar as mesmas exigências, impetravam o presente Mandado, pedindo o deferimento liminar, o que foi atendido pelo despacho de fls. 2, que determinou, também, fossem solicitadas as informações, na forma da lei.

Acha-se a fls. 26/29 e 32/50 aludidas informações, tendo falado a Procuradoria da República a fls. 51 verso.

Tudo visto e examinado:

II — Alterando dispositivos da legislação do imposto de renda e dando outras providências, o Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1958, estabeleceu:

«Art. 11 — Está sujeito ao desconto do imposto de renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão da compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário for o próprio vendedor.

Parágrafo único: Para os efeitos deste artigo consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente.

Cessou, assim, a razão precípua do entendimento jurisprudencial citado pela Impetrante, no sentido da não incidência do imposto de renda sobre os juros decorrentes de compras de mercadorias a prazo, efetuadas no exterior, onde tem sede o vendedor (não operando no Brasil) e onde foram fabricadas, bem como firmado o respectivo contrato.

Isto posto:

III — Revogo a liminar e nego a segurança, por não se configurar o alegado direito da Impetrante, deixando de condená-la em honorários advocatícios, por decorrer a denegação da lei superveniente».

A Impetrante, não conformada, agravou às fls. 60/64: A União Federal — fls. 66/69, e o Banco Central do Brasil fls. 71/74 — ofereceram contraminuta ao agravo.

O Dr. Juiz a quo sustentou a sentença, no despacho de encaminhamento e os autos subiram a esta Instância onde receberam parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido do desprovimento do recurso de fls. 60, com a confirmação da sentença.

É o relatório.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente:

Esclareço, outrossim, ter a impetrante argüido a inconstitucionalidade do art. 11, § único, do Dec.-Lei nº 401, na minuta do agravo, somente.

VOTO

O Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente: A sentença agravada denegou a segurança com base no art. 11 do Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968, que considera fato gerador do imposto de renda a remessa dos juros, para o exterior, e contribuinte o próprio remetente, citado pela impetrada, considerando, superada a conhecida jurisprudência construída à base do princípio de que o poder de tributar não transcende às fronteiras territoriais do país, invocada pela impetrante, pela qual se considera ilegal a incidência do imposto de renda «sobre a remessa de juros pela compra de mercadorias a prazo, se o vendedor tem sede no estrangeiro e não opera em nosso país, tendo sido o contrato firmado no exterior, onde os títulos emitidos são resgatáveis» como se lê em lúcido acórdão, da lavra do Ministro Osvaldo Trigueiro, exarado no ROMS nº 17.455.

A exigência do pagamento do tributo foi feita aí pelo dia 5 de janeiro, data do vencimento da segunda prestação do financiamento, como se lê na petição inicial, distribuída no dia 7, tudo na vigência do Decreto-Lei 401, pelo que hei por adequada a invocação do mesmo, pela impetrada, até porque o imposto de renda figura no orçamento, como é curial.

A invocação de direito adquirido a não incidência do indicado diploma legal sobre as remessas dos juros, se me afigura de todo procedente, já por se tratar de instituto de aplicação discutíssima, em direito tributário, e já porque a lei nova concerne somente aos juros e não ao contrato.

No que se prende à arguição de inconstitucionalidade, não me parece dever ser posta ao exame do Plenário do Tribunal, no caso concreto, porque a autoridade impetrada não se manifestou sobre a matéria, argüida que foi somente na minuta do agravo.

O Decreto-Lei 401 art. 11 — disciplinando o assunto de modo divergente do Regulamento do Imposto de Renda baixado com o Decreto 58.400, de 10-5-66, arts. 33 e 300, § 2º, havia que ser considerada tanto pela administração como pelo Judiciário, de modo a conduzir à declaração da ineficácia da jurisprudência tecida à base da outra legislação.

Ressalvando-me para examinar a constitucionalidade do Decreto-Lei 401, noutra oportunidade, o meu voto é negando provimento, porque o ato impugnado não se mostra elevado de ilegalidade.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins, aguardando o Sr. Ministro Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Henrique d'Ávila.

VOTO

O Sr. Ministro Alvaro Peçanha Martins: Nestes autos de agravo em mandado de segurança, requerido pela Cia. de Mineração de Ferro e Carvão contra atos da União Federal e Banco Central do Brasil, articula a impetrante a inconstitucionalidade do art. 11 e respectivo parágrafo único do Decreto-Lei de nº 401, de 30 de dezembro de 1968, dispositivos em que se escudaram os impetrados para exigir da impetrante o pagamento do imposto de renda sobre juros remetidos para o estrangeiro.

E desde logo declaro que estou impressionado com a arguição, tendo em vista o disposto no art. 21, IV, da Constituição, nestes termos:

«Compete à União instituir imposto sobre:

.....

IV — venda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei».

E que os juros não foram auferidos pela impetrante, mas por esta remetidos, a título de pagamento, para seu credor no estrangeiro.

Voto, pois, no sentido de que este processo seja submetido ao Tribunal Pleno, a quem compete decidir preliminarmente, sobre a argüida inconstitucionalidade.

DECISÃO:

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, por maioria de votos, houve a Turma por bem submeter o caso ao Tribunal Pleno, por envolver matéria de índole constitucional, publicado previamente o relatório. O Sr. Ministro Henrique d'Ávila votou de acordo com o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Henrique d'Ávila.

VOTO

O Sr. Ministro Décio Miranda: Sr. Presidente: Pedindo vênias para divergir do Sr. Ministro-Relator, conheço da arguição de inconstitucionalidade. E o faço sem necessidade de alongar considerações, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a questão, admitindo, amplamente, o exame da constitucionalidade dos decretos-leis expedidos com base em Ato Institucional. No Recurso Extraordinário nº 67.843, do Distrito Federal, em que foi Relator o Sr. Ministro Luiz Galotti, julgado em 20 de maio último, DJ de 25 de maio de 1970, decidiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto-Lei nº 246, de 28 de fevereiro de 1967. O acórdão em que a questão foi amplamente discutida, contou com os votos, no mesmo sentido, dos eminentes Juizes daquela Casa, com exceção apenas dos Srs. Ministros Amaral Santos e Eloy da Rocha, não se sabendo, porém, qual a extensão das suas restrições, o que se verá com a publicação do acórdão. Fato é que o voto do Relator, no sentido da apreciabilidade dos decretos-leis, à luz da Constituição vigente, logrou ampla e decisiva maioria.

De resto, o ilustre advogado, da tribuna, mencionou outro acórdão, que também adotou a tese, no Recurso Extraordinário nº 68.661, onde a própria constitucionalidade de Ato Complementar, em face de Ato Institucional, foi examinada e acolhida.

Pelo exposto, conheço da argüição de inconstitucionalidade.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: O Presidente da República ao promulgar Decretos-Leis, pelo recesso do Congresso Nacional, exercia funções legislativas. Ninguém poderá negar a faculdade e o poder atribuído ao chefe da Nação.

O que se indaga é se esse ato, legitimamente promulgado, pode conter matéria ou princípio que fira a Constituição e se isto pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Entendo que sim. Os Decretos-Leis não podem ser entendidos como inconstitucionais pelo fato de emanarem do Presidente da República. Podem, porém, ser inquinados de inconstitucionais porque, na matéria neles tratada, pode haver ferimento à Lei Maior.

VOTO

(Preliminar de conhecimento da argüição de inconstitucionalidade)

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Sr. Presidente: Examinando a questão de conhecimento, ou não, da argüição de inconstitucionalidade, segundo as regras do Estado de Direito vigente no Brasil, definido na Emenda Constitucional nº 01, de 1969. Meu voto ficará dentro dos termos da Constituição.

Estabelece norma de caráter geral o artigo 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 01, verbis:

«A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual».

É regra genérica, onde se define o princípio de inafastabilidade do controle judicial, estatuinto-se, aí, no dizer de Pontes de Miranda, «que a lei ordinária não pode excluir da

apreciação judicial, do «judicial control», as próprias leis, ou quaisquer outras regras jurídicas, nem a defesa dos direitos individuais que se fundem em regras jurídicas da Constituição» (in Coment. à Constituição de 1967, tomo V, p. 97).

A própria Emenda Constitucional Nº 1, em seu art. 181, exclui, porém, de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como, dentre outros, «os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I, quais sejam, «os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969».

Na compreensão da matéria, Sr. Presidente, cabe, aqui, distinguir entre ato e norma. Em realidade, quando se fala exclusivamente em ato, pensa-se em singularidade e concretude, o que é da natureza do ato administrativo. O ato administrativo é de caráter individual e concreto. São atos administrativos aqueles de cassação de mandatos eletivos e de suspensão de direitos políticos. Têm a natureza de atos também as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores previstas no art. 181, II, da Emenda Constitucional nº 1, com base nas quais foram cassados mandatos eletivos ou declarados impedidos governadores, deputados, prefeitos e vereadores. Trata-se de atos materialmente administrativos, de índole punitiva.

A par dos atos, há as normas. Estas são disposições de caráter geral, abstrato e imperativo. Os atos de natureza legislativa são materialmente normas jurídicas. Desses, trata o in-

ciso III, do art. 181 predito. Abrangem-se, nesses dispositivos, os atos de legislação, em sentido material, isto é, atos criadores de normas jurídicas.

Há, assim, dentro da compreensão do art. 181, a exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário de atos, materialmente administrativos, e de normas jurídicas (atos materialmente de legislação).

Pois bem, os atos de natureza legislativa, de que cogita o inciso III, do art. 181 em foco, estão enfeixados em atos complementares e decretos-leis, pois foi através desses instrumentos que se manifestou o Poder Legislativo, quando exercido pelo Presidente da República, pelo Comando Revolucionário, ou então, pelos Ministros Militares no exercício temporário da Presidência da República. Os decretos-leis e atos complementares que contêm disposições de caráter geral, abstrato e imperativo, são atos de natureza legislativa. Há, é certo, atos complementares que possuem a índole do ato administrativo. Tais os que determinaram, **ad exemplum**, o recesso do Congresso Nacional, de Assembléias Legislativas ou de Câmaras de Vereadores. Nestes, não se encerram atos de legislação, em acepção material, mas atos materialmente de administração.

Sr. Presidente: No que concerne aos decretos-leis editados, durante o recesso do Congresso Nacional, com base no Ato Institucional nº 5, de 1969, que criam normas jurídicas, tenho-os, assim, como enquadrados no inciso III, do art. 181, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e, portanto, excluídos da apreciação do Poder Judiciário, referentemente à sua validade. Sobre isso, a respeito deles, não se poderá pronunciar o Poder Judiciário.

Dessa sorte, dentro do sistema legislativo vigorante no Brasil, há que se distinguir entre decretos-leis e

decretos-leis, para o efeito da verificação de validade. Quando digo validade, refiro-me à questão da constitucionalidade, pois norma inconstitucional é norma inválida, irrita e nenhuma.

Ora, os decretos-leis, evidentemente suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário, são os que se editaram na vigência da Constituição de 1967, segundo o disposto no seu art. 58. Esse dispositivo previa a competência do Presidente da República para editar decretos com força de lei, em casos de urgência e interesse público, de caráter relevante, e desde que não resultasse aumento de despesa, sobre as seguintes matérias: segurança nacional e finanças públicas. Quanto a esses decretos-leis, é inequivocamente ampla a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário de sua constitucionalidade. Recentemente, debateu o Excelso Supremo Tribunal Federal a questão da constitucionalidade, ou não, do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, pertinente a imposto sobre produtos industrializados. A matéria foi examinada no Recurso Extraordinário no Habeas Corpus nº 65.668, de São Paulo. Era perfeitamente admissível a arguição de inconstitucionalidade desse Decreto-Lei que, inclusive, merecera a aprovação do Congresso Nacional. Por que era examinável? Porque era um decreto-lei editado pelo Presidente da República, segundo as regras da Constituição de 1967, não estando excluído da apreciação do Poder Judiciário, nem essa exclusão se fez, por força do art. 181, nº III, da Constituição vigente, na redação da Emenda Constitucional nº 1. Os decretos-leis que, agora, se vem editando, desde novembro de 1969, são suscetíveis de ampla revisão pelo Poder Judiciário; sua invalidade pode ser argüida perante o Poder Judiciário.

Quis, entretanto, o constituinte, que editou a Emenda Constitucional

nº 1 à Constituição vigente, preexcluir da apreciação do Poder Judiciário a matéria enumerada no dito art. 181. Essa exclusão há de se entender dentro da ciência do direito positivo, ou Jurisprudência.

O constituinte, quando estrutura o regime, tudo pode. Só não pode, como dizem os autores ingleses, fazer do homem mulher e da mulher homem, mas pode estruturar, em linha de princípio, consoante a ciência do direito positivo, o regime jurídico, como bem lhe aprouver. Então, se o constituinte, ao editar a Carta Constitucional, preexclui da apreciação do Poder Judiciário determinada matéria, dentro do Estado de Direito, aí plasmado, é que se há de examinar a questão, e não fora dele. A Constituição é que fixa ou define a competência, a atribuição dos poderes do Estado. A Constituição diz que o Poder Judiciário não se pode manifestar sobre determinada matéria, pertinente à estrutura do Estado de Direito. Se é justo, ou não, é matéria de outra natureza, que escapa à esfera do direito positivo e se há de entender como situada em órbita jurídica metapositiva.

A vista disso, como juízes, havemos de apreciar o regime político e jurídico da Nação, segundo as linhas da Constituição. Estou julgando esta matéria preliminar, concernente à arguição de inconstitucionalidade, com as mãos na Constituição, com apoio num de seus dispositivos. A preexclusão revisional pelo Poder Judiciário, ut art. 181, não defluiu de diploma transitório, senão que da própria atual Constituição da República. Não é Ato Institucional. A Emenda Constitucional é a Constituição em vigor, aquela que se editou no exercício de poder constituinte.

De outra parte, mas paralelamente, cumpre notar que essa própria Constituição foi que manteve a vigência do Ato Institucional nº 5 e demais Atos posteriormente baixados.

São eles, agora, instrumentos, onde se definem poderes políticos, guardados pela ordem constitucional do País. Na Constituição é que se diz como e quando podem ser revogados e quem possui competência para fazê-lo.

Dessa sorte, a ordem jurídica positiva vigorante no Brasil é aquela que está definida na Emenda Constitucional nº 1, através do disposto em todos os seus artigos.

Não estou examinando a questão em plano político, mas estritamente, em conformidade com a ciência do direito positivo.

Data venia, diante da regra do art. 181, da Emenda Constitucional nº 1, conhecer da presente arguição de invalidade, do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, de inteiro, compreendido pela aprovação do constituinte de 1969, e excluído de apreciação judicial (de validade), é desrespeitar os limites de competência que a ordem jurídica constitucional traçou ao Poder Judiciário.

Sr. Presidente: Essas as linhas gerais de meu entendimento, acerca da presente matéria.

Por esses motivos, acompanho o eminente Relator, não tomando conhecimento da arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, editado com base no art. 2º, § 1º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, durante o recesso do Congresso Nacional, e definitivamente aprovado e excluído da apreciação judicial, no que concerne à validade de seus dispositivos, pelo art. 181, da Constituição Federal, na redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Após os votos dos Srs. Ministros Relator e José Néri da Silveira, não conhecendo da arguição de inconstitucionalidade, e dos Srs. Ministros

Henoch Reis, Peçanha Martins, Décio Miranda, Jarbas Nobre e Godoy Ilha, conhecendo da argüição de inconstitucionalidade, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Armando Rollemberg, aguardando os Srs. Ministros Antônio Néder, Márcio Ribeiro. Não compareceu o Sr. Ministro Henrique D'Ávila, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: 1. Argüida que fora a inconstitucionalidade do art. 11 e parágrafo único do Dec.-Lei nº 401, de 30-12-68, a Egrégia 1ª Turma decidiu submeter a matéria ao Tribunal Pleno.

Na sessão de julgamento a Subprocuradoria-Geral da República, em preliminar, sustentou não ser possível a apreciação, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade argüida, face ao disposto no art. 11 do Ato Institucional nº 5.

Pedi vista no decorrer da votação da preliminar e trago agora o voto a propósito.

2. Dispôs o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968:

«Art. 1º. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar, quando convocados pelo Presidente da República.

§1º. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constitui-

ções ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos».

Analisando-se em conjunto as normas lidas, verifica-se que o Ato Institucional nº 5 manteve em vigor a Constituição de 1967, salvo no que contrariasse as suas regras, e que deferiu ao Presidente da República, no recesso do Congresso, autorização para legislar sobre todas as matérias.

Ora, se a Constituição fora mantida em vigor e, quanto à legislação ordinária, apenas se atribuíra ao Poder Executivo os poderes próprios do Congresso, há de concluir-se que não foi afastada a subordinação das normas legais às regras constitucionais, alterando-se tão-somente o poder para editar as primeiras.

De tal constatação, decorre que, ao excluïrem-se de apreciação judicial, no art. 11, os atos praticados de acordo com o Ato Institucional nº 5, o que se vedou foi o exame dos poderes conferidos ao Poder Executivo para legislar em substituição ao Congresso, e não a apreciação da conformidade da legislação baixada no exercício de tais poderes com as normas constitucionais que não haviam sofrido alteração.

Não enxergamos, assim, no art. 11 do Ato Institucional nº 5, proibição ao exame da constitucionalidade do Dec.-Lei 401, de 30-12-68.

3. Ao Ato Institucional nº 5, porém, seguiu-se a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que no art. 181 estabeleceu:

«Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I — os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II — as resoluções, fundadas em Atos Institucionais das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores, quando no exercício dos referidos cargos; e

III — Os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I».

Aprovados que foram expressamente e excluídos de apreciação judicial, por tal disposição, «os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares», surgem dúvidas se a regra, tal como acontecia com o art. 11 do Ato Institucional nº 5, vedou apenas a apreciação da autoridade para expedir os atos referidos, ou se foi mais longe, acobertando o conteúdo dos mesmos atos do confronto com as normas constitucionais então em vigor.

Sentimos, a propósito, certa perplexidade, afinal afastada pela consideração de que, se da data do A.I. 5 até a promulgação da Emenda Constitucional nº 1 os atos legislativos então expedidos deveriam ser conformes com a Constituição em todas as regras não alteradas pelo mesmo Ato Institucional, a norma da Emenda Constitucional nº 1 que os ratificou e excluiu de apreciação judicial não poderia pretender conceder-lhes situação melhor que a atribuída pela legislação de execução, dando-lhes intocabilidade superior à da Constituição em vigor, ao admitir que pudessem subrepor-se a esta.

A conclusão a que chegamos, por isso, foi a de que a norma do inciso III do art. 181 da Emenda nº 1, o que veda realmente é, tal qual o fizera o art. 11 do Ato Institucional nº 5, o exame dos poderes conferidos para a prática dos atos de natureza legislativa nas normas de exceção, e não o ajustamento dos atos referidos à Constituição nas partes em que ficara em pleno vigor.

Para admitir-se o contrário, ter-se-ia que entender prevalente no A.I. nº 5 a regra do art. 11 sobre a do art. 1º que manteve em vigor a Constituição.

4. Frente a tais considerações, voto pelo conhecimento da argüição de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, por maioria, admitiu-se a apreciação da inconstitucionalidade argüida, vencidos os Srs. Ministros Relator e Néri da Silveira. Com a palavra para proferir voto sobre os demais aspectos da divergência, o Sr. Ministro-Relator, indicou o adiamento do julgamento para outra Sessão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Amarello Benjamin.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente.

1º) — A argüição de inconstitucionalidade do art. 11, § único, do Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968, somente foi deduzida no agravo interposto da sentença denegatória do mandado de segurança impetrado contra a exigência do pagamento do imposto de renda sobre a parcela de juros relativa à prestação semestral do preço das máquinas compradas a prazo, no exterior, para a ampliação da parte de mineração de ferro da impetrante.

Sobre a matéria nada decidiu o despacho de sustença da sentença agravada e de encaminhamento do

processo à instância superior, pelo que inexistia decisão da primeira instância que ser examinada pela segunda, sobre a mencionada arguição de inconstitucionalidade.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, por sua vez, restringindo-se a alegação de não ser possível o exame de constitucionalidade de lei, em processo de mandado de segurança, também não aflorara o exame do relevante problema.

Ante a situação dos autos, absteve-me de considerar o assunto, na Turma, com a ressalva, porém, de o examinar noutra oportunidade, através de ação em que tivesse sido questionado e decidido pela primeira instância, novamente discutido pelas partes no recurso que houvessem interposto para a segunda instância. Como, no entanto, a douta maioria não entendeu assim, curvo-me à sua vontade de que a matéria, sendo de natureza constitucional, pode ser levada ao conhecimento do Tribunal Pleno, em qualquer tempo, independente da existência de decisão de primeira instância.

VOTO PRELIMINAR

2º) — O memorial da douta Subprocuradoria-Geral da República, composto após o relatório e distribuído aos demais membros do Tribunal, discute amplamente a matéria sub iudice, de sorte que removido o motivo precipuo de minha divergência, na Turma, passo logo ao exame da prejudicial de não ser o Decreto-Lei nº 401, de 30-12-1968, passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

É tranquilo o entendimento de que a revolução vitoriosa, investindo-se do Poder Constituinte, edita suas regras jurídicas sem as limitações decorrentes da normatividade anterior.

A filosofia de ser o Poder Constituinte imanente à revolução vitoriosa foi invocada pelo Comando Supremo da Revolução, na mensagem com que editou o Ato Institucional de

9 de abril de 1964, e pelos posteriores, baixados de 1965, a 1968, como verifica da leitura dos respectivos preâmbulos, de onde se segue constituírem tais editos uma categoria especial de normas, soberanas e autônomas, obrigatórias por si mesmas, sem possibilidade de confronto ou contraste, de efeito negativo, com quaisquer outras, consoante o uniforme magistério dos sabedores da matéria, dentre os quais cumpre destacar o eminente Carlos Medeiros da Silva.

O Ato Institucional nº 5, editado com o fim de assegurar a obra revolucionária de reconstrução política, social, moral, econômica e financeira do país, conforme a definição de princípios feita em seu preâmbulo, após manter «a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional» — art. 1º, dispõe assim:

«Art. 2º — O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar, quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios».

Com o propósito evidente de prevenir quaisquer embaraços à consecução dos seus revolucionários desígnios, prescreveu a seguinte regra:

«Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos».

Sucedeu, posteriormente, a promulgação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a qual, reafirmando a regra de preexclusão de exame judicial, inscrita no art. 11, do Ato Institucional nº 5, estabeleceu:

« Art. 181, Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I — Os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II — as resoluções, fundadas em Atos Institucionais das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandados eleivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III — os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais, e Complementares indicados no item I.»

Com apoio no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e que continua em vigor, é que o Presidente da República decretou vários diplomas legislativos sobre matéria financeira, dentre os quais o Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968, alterando dispositivos do Imposto de Renda e dando outras providências, cujo art. 11 reza assim:

«Art. 11 — Está sujeito ao desconto do imposto de renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão da compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário do rendimento for o próprio vendedor.

Parágrafo Único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se fato

gerador do tributo a remessa para o exterior e, contribuinte, o remetente».

O Decreto 58.400, de 10 de maio de 1966 (Regulamento do Imposto de Renda) especifica como rendimento juros resultantes da alienação de bens e direitos, quando o adquirente ficar a dever parte ou a totalidade do preço — art. 40, — g; — preceitua estar sujeito ao desconto do imposto na fonte, à razão de 25%, todos os rendimentos tributáveis, de acordo com suas normas, provenientes de fontes situadas no país, quando for percebido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliado no estrangeiro, arts. 33 — a, e 292, e estabelece competir à fonte reter o imposto, quando pagar, creditar, empregar, remeter ou entregar o rendimento — art. 309.

Invocando os citados preceitos regulamentares e dando ênfase ao princípio que orienta no sentido da taxação do rendimento pelo poder do lugar da fonte produtora, o fisco taxa sistematicamente as remessas de dinheiro ao exterior, para pagamento de juros sobre saldos devedores de compras a prazo, feitas juntamente com as respectivas parcelas do principal.

O Poder Judiciário, argumentando que os juros são meros componentes do preço dos equipamentos objeto do contrato de compra e venda firmado no exterior, onde as mercadorias foram fabricadas, o vendedor tem residência e demora a causa produtora do rendimento, decidia pela ilegitimidade da taxação, eis que o poder de tributar não transcende os limites do território nacional.

O Decreto-Lei 401, dispoendo serem tributáveis os juros sobre prestações de mercadorias, compradas a prazo, e estabelecendo ser o poder do lugar da remessa competente para exercer a tributação, prestigiou a tese do fisco, em detrimento do entendimento do Judiciário que inadmite a tri-

butação, quando a causa do rendimento fica situada no exterior.

Tratando-se de diploma legal promulgado sob a inspiração dos princípios políticos expostos à Nação no preâmbulo do Ato Institucional nº 5, com vistas à propiciar à Administração um instrumento julgado pelo poder discricionário conveniente e necessário à obra política de restauração das finanças nacionais, e que foi excluído de qualquer exame judicial, tanto pela norma sobre direito constitucional, inserta no art. 11, do Ato 5, que continua em vigor como pelas regras inscritas nos arts. 181, incisos I e III, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o meu voto preliminar é no sentido de não ser lícito ao Judiciário examinar-lhe a compatibilidade com as normas constitucionais comuns, de acordo com o memorial distribuído pela douta Subprocuradoria-Geral da República.

VOTO — MATERIA CONSTITUCIONAL

Decreto-Lei nº 401/1968 — Artigo 11 — Parágrafo Único

3º — A — Vencido, na preliminar, passo ao exame da arguição de inconstitucionalidade do art. 11, § único, do Decreto-Lei nº 401, de 30-12-1968, cujos termos rezam assim:

«Art. 11 — Está sujeito ao desconto do Imposto de Renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão da compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário do rendimento for o próprio vendedor.

Parágrafo Único: — Para os efeitos deste artigo, consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente».

O texto legal transcrito foi promulgado na vigência da Constituição de 24 de janeiro de 1967, que dizia competir à União decretar impostos sobre «rendas e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diá-

rias pagas pelos cofres públicos» — artigo 22, IV..

A Emenda Constitucional nº 1 reeditou a norma constitucional transcrita, com pequena alteração, no que tange as diárias pagas pelos cofres públicos, sem interesse para este julgamento — artigo 21, IV.

Alega o impetrante que a nova preceituação legal ordinária, definindo como fato gerador do tributo, não o lucro do credor estrangeiro, mas a própria remessa dos juros, transmutando, desse modo, pagamento de débito, em percepção de renda, estaria em colisão com a norma constitucional que prevê a decretação, pela União,¹ de imposto sobre rendas e proventos.

Na conformidade da regra do art. 11, caput, o imposto de renda na fonte incide sobre o valor dos juros produzidos pelo saldo devedor, do interesse do vendedor, «double» de financiador do negócio feito a prazo, no exterior. Ditos juros, posto que constituindo um sobrepreço das mercadorias vendidas a prazo, traduzem também remuneração do financiamento dado pelo vendedor estrangeiro, ao comprador nacional, a taxa pactuada no contrato.

A remessa, pressupondo necessariamente o transcurso do prazo convencional da fluência e a respectiva contabilização dos juros, a crédito do vendedor, indica a transferência dos mesmos, do patrimônio do devedor nacional, para o do credor estrangeiro.

Sem a existência de disponibilidade financeira, representada pelos juros, do exclusivo interesse do vendedor, não será praticável a remessa dos mesmos ao estrangeiro, pelo devedor-pagador.

Ora, se a lei declara como fato gerador do imposto de renda a remessa dos juros e o conteúdo desta representa indubitavelmente um acréscimo ao patrimônio do credor, fugir não será possível à conclusão de

que, em última análise, o tributo recai sobre renda e não sobre despesa.

Sendo certo que a remessa constitui mero argumento do ganho, derivado do financiamento, entendo que o tributo incide sobre aumento e não sobre diminuição de patrimônio. A indicação da remessa, pela lei, como fato gerador do imposto, explica-se por duas razões, a saber:

- a) seu conteúdo econômico;
- b) sua relevância jurídica.

A figura legal em causa não constitui novidade, eis que o fato gerador do imposto incidente sobre rendimento percebido por pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior, é dizer, o crédito, pagamento, entrega, ou remessa de rendimento, como orienta José Luiz Bulhões Pedreira, no seu excelente livro «Imposto de Renda» — nº 2.012 — edição de 1969.

«Compete à fonte reter o imposto de que trata o Título I, deste livro V, (alusivo à tributação dos rendimentos de residentes ou domiciliados no estrangeiro) quando pagar, creditar, empregar, remeter ou entregar rendimento, estatui o art. 309 do Decreto 58.400, de 1966 — Regulamento do Imposto de Renda. — remetendo-se aos arts. 99 e 100 do Decreto-Lei 5.844, de 29 de setembro de 1943, — diploma básico, — que dispõe sobre a cobrança e fiscalização do Imposto de Renda.

Por, aí se verifica que a remessa constitui hipótese de fato gerador do imposto, tradicional no direito tributário brasileiro.

O Decreto-Lei 401, atendendo à significação econômica e relevância jurídica do ato de remessa, apenas o destacou das outras hipóteses, certamente com vista a imprimir mais eficiência ao trabalho do fisco, na área específica a remessa de juros para o exterior.

Tenho para mim que a norma legal em exame não conceitua como

renda o que é despesa; que não transforma a natureza das coisas nem ofende a Constituição, pelo que rejeito a primeira arguição de inconstitucionalidade.

3º) — B — No que se prende a outra arguição de inconstitucionalidade, feito à invocação de direito adquirido ao não pagamento do imposto, com base na jurisprudência que reconhecia a ilegalidade da exigência, em hipótese que tal também desprocede, porque a remessa propiciadora da exigência, tendo sido feita em janeiro de 1969, o foi na vigência do Decreto-Lei 401.

Sobre as remessas realizadas sob o pálio da tranqüila orientação jurisprudencial anterior, talvez seja procedente a alegação de ofensa a direito adquirido, mas, sobre as posteriores, sua procedência será nenhuma, porque a lei nova, de natureza administrativa e financeira, tem vigência imediata.

As situações constituídas em data posterior à vigência da lei nova, de ordem pública, regem-se pelos preceitos desta.

Desprocede a alegação, máxime no caso em que se alega a ultratividade, não da lei anterior, mas da jurisprudência compendiada em torno de princípio renegado pela lei nova.

No entendimento de que o art. 11, parágrafo único, do Decreto-Lei 401, pode coexistir harmonicamente com a norma constitucional indicada como ofendida por ele, rejeito a segunda arguição de inconstitucionalidade.

E porque, na Turma, haja votado pela legitimidade da cobrança do imposto, confirmando a sentença negatória da segurança, mas, sem maior fundamentação, cumpre expor ao Egrégio Plenário as razões do meu convencimento, as quais são as seguintes.

VOTO — Legalidade da exigência do imposto de renda na fonte

sobre a remessa de juros de prestações de mercadorias compradas a prazo, no exterior.

4º) — A — Relativamente à alegação de infringência à norma do art. 45 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), — de que contribuinte do imposto é o titular das disponibilidades econômicas ou jurídica da renda ou do provento, pelo parágrafo único do art. 11 do Decreto-Lei 401; — preceituando ser o contribuinte o remetente do imposto, — também não procede, por que o próprio diploma legal apontado como violado autoriza a exceção, ao dispor:

«A lei pode atribuir à fonte pagadora dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam» — art. 45 § único».

O caso identifica a figura do contribuinte legal, frequentíssima em direito tributário, com vista a obviar dificuldade ou mesmo remover a impossibilidade de cobrar-se o imposto sobre produtos industrializados, do consumidor, ou o imposto de renda, do contribuinte econômico, domiciliado ou residente no exterior, aonde não chega a atividade arrecadadora do fisco.

«Em alguns casos o legislador, para maior eficácia da arrecadação, prefere impor a um terceiro a obrigação de coletar o imposto e recolhê-lo aos cofres públicos. É contribuinte de jure.

Mas, os casos característicos de arrecadação por terceiro, são o desconto e a retenção pela fonte pagadora», ensina o mestre Aliomar Baleeiro, na sua festejada obra «Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal» — edição de 1964.

O contribuinte legal, no caso o remetente, que se entenda com o contribuinte econômico, beneficiário da remessa com vistas à composição dos respectivos interesses.

4º) — B — Durante vários anos, de minha adesão à jurisprudência reconhecida da ilegalidade da exigência do imposto sobre juros de prestações de mercadorias compradas a prazo, no exterior, onde firmado o contrato e emitidos os títulos, para serem resgatados lá.

Ante a insuficiência dos textos legais pertinentes à matéria, sensibilizava-me o argumento de ser o juro um componente do preço das mercadorias, não podendo, por isso, ser tributado, e, bem assim, o da territorialidade da lei fiscal que instrui no sentido da impossibilidade da tributação de rendimento produzido no estrangeiro onde demora o financiamento causador do mesmo.

Sensibilizava-me, também, o alcance dos investimentos de capitais estrangeiros para um país em desenvolvimento, como o Brasil, o que me levava ao entendimento de ser a oneração dos mesmos, pelos juros, contrária aos interesses nacionais.

Meditando mais demoradamente, cheguei à conclusão da improcedência do primeiro argumento, que se inspira na norma de direito comercial de que, nas compras e vendas realizadas a crédito, entre comerciantes, a contagem do juro do preço far-se-á sempre de pleno direito, desde a celebração do contrato, porque dita norma não tem adequação ao direito tributário.

E não a tem, porque o direito tributário, disciplina autônoma, é que define as situações imponíveis, mediante o emprego de conceitos jurídicos que lhe são próprios.

É ponderável somente o contido no texto da lei tributária. Não há, portanto, que cogitar de princípios diversos, pertinentes a outros ramos do direito, no interesse de ampliar ou restringir a verba legal de direito tributário.

Haja vista o caso da Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964, que dispõe

sobre o imposto que recai sobre a renda ou provento de qualquer natureza. Pois bem. Essa lei, no seu art. 66, diz que as empresas que exploram a venda de propriedade ou direitos imobiliários a prestações ou construção de imóveis para a venda à prestações, deverão destacar, na sua escrituração, em relação às prestações recebidas em cada exercício:

- a) — os juros;
- b) — a parcela correspondente aos custos de aquisição ou construção de bens ou direitos vencidos;
- c) — a parcela do lucro na operação;
- d) — a parcela do reajustamento monetário.»

Considere-se, por outro lado, o preceito do art. 20, da indicada lei, reproduzido no art. 41 — VII do Decreto nº 58.400 (Regulamento do Imposto de Renda), no sentido de que serão classificados como juros, pelo uso ou detenção de capital alheio, os juros resultantes da alienação de bens e direitos, quando o adquirente ficar a dever parte ou a totalidade do preço, e ver-se-á que a lei fiscal destaca os juros, dá-lhes tratamento próprio, sem considerar o alegado atributo deles, de componente do preço do bem vendido a prazo, e os tributa, criando um crédito fiscal em que figura como contribuinte o vendedor beneficiário dele.

Tendo em consideração o direito tributário vigente, não encontro razão jurídica para sustentar a intributabilidade dos juros, com apoio no argumento de que constituem elementos integrantes do preço da mercadoria.

4º) — C — No que concerne ao princípio da territorialidade da lei fiscal, invocado como motivo fundamental da não tributabilidade, meditação mais demorada levou-me também à conclusão de sua inconsistência.

E concluí por sua improcedência após considerar o fato de que a trazida dos bens para o país importa, necessariamente, na trazida do financiamento propiciado pelo vendedor estrangeiro, objetivado neles.

Sendo o lucro um elemento essencial do comércio, entendo que o juro remuneratório do financiamento indica a persistência do interesse do vendedor, no negócio, ainda depois da entrega da coisa.

O dinheiro estrangeiro, exportado para o Brasil, na forma de bens de produção e consumo, passa a produzir juros aqui, eis que os títulos retidos no exterior, alusivos à compra, não são considerados pela lei fiscal.

Para a lei fiscal, o que conta é o fenômeno econômico financeiro do dinheiro. Onde este acontecer, aí estará o fisco, para o surpreender, com tributação.

Ora, se o dinheiro é remetido do Brasil, por ter sido percebido aqui, nas condições já exposta, e a lei fiscal, relegando a causa do financiamento, gerador dos juros, situada no exterior, elege a do lugar da fonte pagadora da importância, situada no território nacional, razoável não será negar-se-lhe aplicação, máxime depois da edição do Decreto-Lei 401/68, cujos termos parentórios não deixam margem a argumentos em sentido contrário.

Acontece, ainda, que a promulgação dos Decretos-Leis ... 484, de 03 de março de 1969, e 716, de 30 de julho do mesmo ano, o primeiro isentando do imposto a que se refere o art. 11 do Decreto-Lei 401, as remessas de juros devidas à, agências de Governos estrangeiros, quando houver reciprocidade de tratamento, e segundo, disciplinando a isenção do imposto de renda na fonte, sobre a remessa de juros para o exterior, em razão da compra a prazo ou financiada de bens, feitas pelas empresas nacionais concessionárias ou permissionárias de linhas regulares

de transporte aéreo, indicando a firmeza da orientação legislativa no assunto, demonstra a improficuidade de qualquer esforço no sentido de convencer da ilegalidade da exigência do mesmo imposto.

Atendendo as indicadas preceituações legais e considerando o princípio de que a fidelidade à lei constitui o dever fundamental do Juiz, cumpro-o, para, ratificando o voto proferido na Turma, no sentido da legitimidade da exigência, negar provimento ao recurso, confirmando a sentença denegatória da segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Hensch Rels: A declaração de inconstitucionalidade de lei tem como fundamento o princípio da supremacia da Constituição, que é um dos pressupostos do direito constitucional moderno.

Diz-se que uma lei é inconstitucional:

a) quando editada por órgão incompetente;

b) se, por seu objeto, viola disposição expressa ou implícita na Constituição ou em lei hierárquica superior;

c) quando, na sua formação, não se observou processo indicado na Lei Maior.

Nos dois primeiros casos, a inconstitucionalidade é material ou substancial; formal, na última hipótese.

A inconstitucionalidade pode ser ainda direta ou indireta, conforme seja a ofensa a texto da Constituição ou de lei hierarquicamente superior. Neste caso, Pontes de Miranda a denomina de ilegalidade.

Segundo uma classificação já clássica, devida a Bryce, e primorosamente exposta em vernáculo por Ruy Barbosa,

«... nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição Federal, as leis federais, as constituições dos Estados, as leis destes. A sucessão em que

acabo de enumerá-las, exprime-lhes a hierarquia legal. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subsequentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade». (Os atos inconstitucionais, pg. 64).

Na espécie dos autos, o cotejo se faz entre uma lei complementar e uma lei ordinária, ambas de âmbito federal, mas de hierarquia diferente.

A lei complementar, no processo legislativo brasileiro, vem logo após a Emenda Constitucional (art. 46, nº II); requer *quorum* especial, isto é, maioria absoluta para sua aprovação (artigo 50 da Emenda Constitucional nº 1); as matérias que disciplina têm maior importância que as reguladas por lei ordinária (artigos 8º, VI; 14, 18 § 1º, 24, II; 64 103; 121 § 1º e 151).

A Lei Complementar nº 5.172, de 1966, regula, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, o sistema tributário nacional, e estabelece, com fundamento no artigo 5º, inciso XV, alínea b da Constituição Federal (de 1946), as normas gerais de direito tributário, aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Referindo-se a essa Lei, preleciona Pontes de Miranda:

«Não se trata de lei de tributação, mas sim de lei sobre leis de tributação». (Comentários à Constituição de 1967, Vol. II, pg. 369).

Assim, dado o antagonismo entre dispositivos da Lei nº 5.172, de 1966, e da lei ordinária, Decreto-Lei nº 401, de 1968, não de prevalecer os primeiros, porque de hierarquia superior.

Argüi-se de inconstitucional o artigo 11 do mencionado Decreto-Lei 401, assim redigido:

«Art. 11 — Está sujeito ao desconto de imposto de renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão da com-

pra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário for o próprio vendedor. Parágrafo único. — Para os efeitos deste artigo, consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente».

Por sua vez, o artigo 43 da Lei nº 5.172 estabelece:

«Art. 43. — O imposto, de competência da União sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I — de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. II — de proventos de qualquer natureza, assim entendido os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O parágrafo único do artigo 121, da Lei Complementar, divide o sujeito passivo da obrigação em duas classes a) contribuinte; b) responsável; este, «quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei». Ademais, o artigo 128 estabelece que a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação ...». Além disso, o parágrafo único do artigo 45 corrobora este entendimento ao prescrever:

«Parágrafo único. — A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.»

Em face desses dispositivos da Lei Complementar 5.172, o remetente de juros para o exterior não é, a toda evidência, contribuinte do imposto de renda, mas responsável pelo seu recolhimento, porque a lei (Decreto-Lei 401) o diz expressamente, e o faz com fulcro na Lei Complementar, que regula o sistema tributário nacional.

Houve, não há negar, falta de técnica na redação do Decreto-Lei 401, que empregou termos impróprios. Mas, na realidade, não violou qualquer norma da Lei Complementar 5.172.

Trata-se, na hipótese dos autos, de uma ficção jurídica, expediente muito usado, principalmente no Direito Tributário, e que mereceu erudito estudo da Doutora Liz Coli Cabral Nogueira, publicado na «Revista de Direito Público, sob o título «As Ficções Jurídicas no Direito Tributário Brasileiro».

A ficção jurídica, como acentua a ilustre advogada de São Paulo, autora do trabalho acima mencionado,

«realiza no campo jurídico função semelhante à das hipóteses na investigação científica. Através dela busca-se, por meios artificiais, soluções jurídicas, de outra forma inatingíveis». (Pg. 141/142).

Entre os vários casos de ficção jurídica encontrados no Código Tributário Nacional, vale lembrar os seguintes relativos ao Imposto Sobre Circulação de Mercadoria (ICM).

O artigo 52 e seus parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 5.172, de 1966, estabelecem, verbis:

«Art. 52. — O imposto de competência dos Estados sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador a saída desta de estabelecimentos comercial, industrial ou produtor, § 1º — Equipara-se à saída a transmissão da propriedade de mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente, § 2º — Quando a mercadoria seja transferida para armazém-Geral, no mesmo Estado, a saída considera-se ocorrida no lugar do estabelecimento remetente: I — no momento da retirada da mercadoria do armazém, salvo se para retornar ao estabelecimento da origem; II — no momento da transmissão da propriedade da mercadoria».

Comentando o parágrafo primeiro, pondera a autora do trabalho já aludido nestas considerações:

«Se o fato gerador do imposto é a saída da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, esta equiparação consagrada no § 1º do art. 52 nada mais é do que uma ficção jurídica de que lançou mão o legislador, uma vez que a transmissão da propriedade de mercadorias representa, na realidade, uma circulação não física, mas econômica. Evidencia a existência de circulação de riquezas e é, portanto, de relevância jurídica para o imposto. Com isto, dois objetivos foram alcançados: 1º — Evitou-se a criação de toda uma outra disciplina para alcançar casos de entrega simbólica de mercadorias. Está aí usada a ficção como instrumento de redução simplificada dos elementos de Direito. 2º — Impediu-se a fraude fiscal que poderia ocorrer facilmente, uma vez que se fizesse uso não da efetiva circulação das mercadorias, mas sim, da entrega simbólica das mesmas».

Quanto ao parágrafo 2º do mesmo artigo 52, declara:

«Ora, se a mercadoria sai do estabelecimento comercial, industrial ou produtor com destino a um armazém-geral para lá ser apenas depositada, não ocorreu circulação de mercadoria, não se consubstanciando o fato gerador que dá origem à cobrança do imposto, pois o armazém-geral é considerado um prolongamento do estabelecimento comercial. Da mesma forma, se a mercadoria sai do armazém-geral, para voltar ao estabelecimento de origem». (op. cit. pg. 147). (sic).

Mas, não é apenas no Direito Tributário que se encontram exemplos de ficção jurídica. O Código Penal também se vale dela para solucionar situações que, sem esse expediente, demandariam um complexo de leis,

com nova conceituação para definir o ilícito penal disciplinado.

É o caso do parágrafo 2º do artigo 334 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.729, de 1965, quando equipara às atividades comerciais para caracterizar o crime de contrabando, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

Essas equiparações da lei constituem ficções jurídicas emprestando a certos atos conceitos diferentes do que são na realidade.

Foi justamente o que fez o legislador do Decreto-Lei nº 401, de 1968, quando considerou fato gerador do imposto de renda a remessa de juros para o exterior e contribuinte o remetente. Valeu-se de uma ficção jurídica, como tantas outras encontradas no Código Tributário Nacional. Este expediente, como lembra a Dra. Liz Cabral, vem sendo usado desde o Direito Romano, onde:

«Se revestiu de máxima importância, pois, por seu intermédio, procurava-se encobrir lacunas da velha legislação, disciplinando as novas situações que surgiam». (I-BID. pg. 141).

Por outro lado, sempre se presume a constitucionalidade da lei, salvo quando atenta flagrantemente contra a Constituição ou contra lei hierarquicamente superior. É a lição dos mestres, valendo citar, sobre o assunto, apenas o seguinte exemplo, para não cansar os ilustrados Membros desta Casa:

«Como não pode supor-se, por parte dos poderes políticos do governo, um propósito deliberado de executar atos contrários à lei suprema da Nação, os tribunais devem presumir a constitucionalidade daqueles enquanto não se comprove o contrário. Como declara W.W. Willogby, um ato de um corpo legislativo coordenado não deve ser declarado inconstitucional se, mediante uma interpretação ra-

zoável da Constituição e da própria lei, ambos podem ser harmonizados» (Kinares quintana. — «Tratado de La ciência del derecho constitucional Argentino y comparado Tomo 2, pg. 346/347).

Com estas considerações, dou pela constitucionalidade do Decreto-Lei nº 401, de 1968.

É meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente, o voto proferido pelo eminente Ministro Moacir Catunda foi, de fato, erudito e completado pelo não menos erudito voto do eminente Ministro Henoch Reis. A esses votos desejaria acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, o órgão máximo da justiça interpretadora da Constituição, decidiu, faz pouco, se bem que em julgamento de Turma, unânimemente, que não tem cabimento o imposto, se anterior ao Decreto-Lei 401. Assim, é evidente que considerou constitucional o art. 11 inquinado inconstitucional.

Estou de acordo com o Relator, inclusive na parte em que negou provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Décio Miranda (Relator): o Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, alterou dispositivos da legislação do Imposto de Renda e deu outras providências.

Trata-se de saber se é inconstitucional o seu art. 11, que reza:

«Art. 11: Está sujeito ao desconto do Imposto de Renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão de compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário do rendimento for o próprio vendedor.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considerem-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente.»

Certamente tendo em conta o princípio — tantas vezes afirmado

por este Tribunal e pelo Egrégio Supremo Tribunal — da intributabilidade, pelo Fisco brasileiro, de rendimentos devidos no Exterior, derivados de contratos também celebrados no Exterior, o legislador deste artigo 11, ao fazer incidir imposto de renda sobre uma das espécies daqueles rendimentos, considerou fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente.

Assim fazendo, conceituou como renda imponible o que, em relação ao contribuinte mencionado, é despesa e não rendimento.

O remetente é devedor do rendimento; não seu credor.

O legislador fiscal tem autonomia e liberdade em relação a conceitos do Código civil e do Código Comercial.

Não lhe é dado, porém, alterar a conceituação constitucional.

A Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1, dispõe:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

.....

IV) renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei;»

A Constituição não define o que deva ser considerado «renda e proventos de qualquer natureza».

Mas subentende um conteúdo exato, preexistente, seja na doutrina, seja na legislação, para essa expressão.

Tanto assim que, aludindo a outros impostos não incluídos nas cédulas privativas, declara que a União poderá instituí-los, «desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição».

Logo, o imposto «de renda e proventos de qualquer natureza», a que alude a Constituição, tem um fato gerador certo, admitido segundo consenso preexistente, que o conceitua e define.

O Código Tributário Nacional, designação que passou a ser dada à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, arts. 43 e 44, declara, reproduzindo entendimento tradicional, que o imposto de renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica e que «contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade».

Assim, se a Constituição refere um imposto cujo fato gerador já é conhecido, e se com este se designa a aquisição da disponibilidade, segue-se que não admite a Constituição imposto de renda sobre o que não é aquisição da disponibilidade, como o pagamento de juros pelo devedor.

Certo, o mesmo Código, no Parágrafo único do art. 45, autoriza a que a lei atribua ao devedor da disponibilidade a condição de responsável pelo imposto, «cuja retenção e recolhimento lhe caibam».

Isto, em realidade, conceitua o remetente como nuncio do devedor do imposto, que o seja de acordo com o alcance no espaço reconhecido à lei tributária brasileira, mas não como o devedor mesmo, em caráter original, da prestação.

Se não cumpre a obrigação de reter e pagar, torna-se obrigado porque não reteve, não porque devia.

Logo, esse parágrafo não desnaturaliza o conceito de imposto de renda, que é aquele gerado pela aquisição e devido pelo adquirente (titular) da disponibilidade.

Ainda que o Código Tributário não o dissesse, é esse o conceito, na doutrina e nas legislações.

E, como leciona Aliomar Baleeiro:

«O sentido das palavras é o mesmo que a elas empresta a linguagem dos financista na época em que a Constituição foi promulgada. Aliás, na interpretação dos textos constitucionais, a regra é prevalecer a acepção científica ou técnica à vulgar das palavras.» («Limita-

ções Constitucionais ao Poder de Tributar», 2ª ed., p. 282, nº 71).

Concluo, pois, que o art. 11 em discussão, instituindo fato gerador e atribuindo a qualidade de contribuinte, obrigação de contribuir, em desacordo com o conceito do imposto de renda fixado implicitamente no art. 21, IV, da Constituição, não pode vigor e deve ser declarado inconstitucional.

Pode, certamente, o legislador federal criar, a salvo da pecha de inconstitucionalidade, outro imposto com até maiores resultados financeiros e com até mais ampla incidência econômica.

Seria, na extensão que se julgasse conveniente, o imposto sobre transferência de valores para fora do país.

A Constituição de 1946 revia, expressamente, essa cédula tributária federal, art. 15, nº V, imposto sobre «transferência de fundos para o exterior.» Também a de 1937, art. 29, I, d.

E foi largamente utilizada a cédula, ora com o nome de taxa, sempre considerada imposto pela jurisprudência, ora com o nome mesmo de imposto. (Decreto-Lei nº 97, de 23 de dezembro de 1937; Decreto-Lei 485, de 09 de junho de 1938; Decreto-Lei nº 1.170, de 23 de março de 1939; Decreto-Lei nº 1.394, de 29 de junho de 1939; Lei nº 156, de 27 de novembro de 1947; Lei nº 1.433, de 15 de setembro de 1951).

Hoje, não há cédula literal para o imposto sobre transferência de fundos para o exterior, mas a União poderá instituir o imposto no exercício da competência privativa inominada do art. 18, § 5º.

Não é possível, porém, validar como imposto de transferência de fundos com assento no art. 18 § 5º, o que foi instituído como imposto de renda, com base no art. 21; IV.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, essa transfiguração não se justifica.

Do ponto de vista econômico, também, os dois impostos não se podem confundir, porque ensejam consequências patrimoniais diversas, para os devedores.

No caso de fonte pagadora que se obrigou, perante o credor estrangeiro, a remeter a integralidade do seu crédito, arcando com o ônus do imposto de renda brasileiro (e nenhum fornecedor estrangeiro deixará de exigir essa cláusula), a remessa do rendimento não desfalcado do imposto importa em colocar na disponibilidade jurídica do credor mais o valor do imposto que por ele se pagou, e esse *plus* sofre por sua vez nova incidência, e assim sucessivamente, até uma certa fração desprezível.

É a consequência de regra a esse respeito inserida em todos os regulamentos do imposto de renda, v.g. e Decreto nº 58.400, de 10 de abril de 1963, a dizer:

«Art. 209. Ressalvados os casos revistos nos arts. 272 e 286, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.»

Assim como imposto de renda, se o devedor remete a totalidade do crédito, sem desconto do próprio imposto, fica sujeito a pagar novo imposto sobre a parcela do imposto que assumiu. Numa remessa de 100, pagará imposto sobre 177, segundo os cálculos do Ministério da Fazenda.

Se, porém, o imposto fosse de remessa de fundos para o exterior, da cédula privativa inominada da Constituição, não haveria que considerar essa hipótese, porque o imposto era mesmo do devedor, do remetente, e, aí, a remessa de 100 pagaria sempre imposto sobre 100.

Por este exemplo, e outros são facilmente colhidos na legislação, especialmente no que toca a adicionais, empréstimos compulsórios, multas, prazos, vê-se que também sob o ponto de vista econômico não é indiferente que o imposto de remessa de fundos para o exterior seja exigido sob o rótulo de imposto de renda.

Mas tais considerações de ordem econômicas são despidiendas.

Basta a impossibilidade jurídica de fundamentar no art. 21, IV, o que só de outro modo caberia no art. 18 § 5º da Constituição.

Assim, peço vênia para não acompanhar os votos dos Srs. Ministros que me precederam neste julgamento, e declarar a inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 401, de 30-12-68.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Relator, Henoch Reis e Peçanha Martins, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade e, consequentemente, negando provimento ao recurso por não existir matéria residual e, Décio Miranda, acolhendo-a, adiou-se o julgamento em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Néri da Silveira, aguardando os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Godoy Ilha, Armando Rollemberg, Antônio Neder e Márcio Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Perquire-se da constitucionalidade do art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968.

Pedi vista dos autos, após haverem votado, rejeitando a inconstitucionalidade

cionalidade, os Senhores Ministros Moacyr Catunda, relator, Henoch Reis e Peçanha Martins, e acolhendo-a o Senhor Ministro Décio Miranda.

2. Rezam o art. 11 e seu parágrafo único preditos:

«Art: 11 — Está sujeito ao desconto do Imposto de Renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão de compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário do rendimento for o próprio vendedor.

Parágrafo único — Para os efeitos deste artigo, consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente».

Visualizado, isoladamente, em sua literalidade, o parágrafo único suso transcrito, força seria dar-se por sua invalidade, porque a remessa de valores para o exterior não pode constituir fato gerador do imposto de renda.

Norma hierárquicamente superior, o art. 43, do Código Tributário Nacional, preceitua que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

«I — de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

II — de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior».

À sua vez, define o art. 45, do mesmo C.T.N. o contribuinte do imposto em causa, verbis:

«Art. 45 — Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.»

Ora, na letra fria do parágrafo único do art. 11 em foco, estabelecer-se-ia como contribuinte quem apenas é o remetente dos valores ao exterior. Diz-se, nesse sentido, remetente não é, à evidência, titular da disponibilidade econômica de renda. O remetente, na espécie, não é desengadamente titular de renda, mas apenas, fonte pagadora da renda. No plano da relação jurídica de direito mercantil, de que se vem a irradiar essa disponibilidade econômica de renda, sua posição é a de sujeito passivo, devedor, frente ao titular efetivo dessa disponibilidade, credor na relação jurídica comercial aludida.

Sucedê, porém, que o parágrafo único é, in hoc casu, norma de indole explicitante, de significação secundária, em face da hipótese de incidência fiscal definida no caput do art. 11, sub examine. Neste, efetivamente, é que se descreve o fato gerador do imposto, ao ser estabelecido que fica sujeito à tributação da renda o valor dos juros remetidos para o exterior, nas circunstâncias aí apontadas. Ora, juros constituem produto do capital, disponibilidade econômica de renda. Logo, a hipótese de incidência tributária da renda prevista no art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 1968; não refoge ao conceito legal do fato gerador do imposto em causa, ut art. 43, do Código Tributário Nacional. Trata-se, concretamente, da tributação de rendas daqui remetidas para o estrangeiro.

De outra parte, como anota Amílcar de Araújo Falcão,

«A obrigação tributária nasce, cria-se, instaura-se por força da lei; na lei estão todos os seus fatores germinais. O chamado fato gerador marca, apenas, o momento, o pressuposto, a *fattispecie* normativa para que o *vinculum juris* legalmente previsto se inaugure» — (apud fato gerador da obrigação tributária, ed. 1964, p. 17).

Compreensão do dispositivo legal do art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 1968, não se pode logrã-la, corretamente, data venia, sem que se tenha visão retrospectiva da matéria nele definida.

Pois bem, já, o Regulamento nº 17.390, de 1926, tornou a fonte pagadora no Brasil responsável pelo imposto de quem recebesse renda no exterior (art. 174). O Decreto nº 19.550, de 1930, veio inteirar o dispositivo de incidência do Regulamento de 1926, ao dispor, em seu art. 1º, nº 48, parte VII, que

«As empresas e particulares que pagarem rendimentos produzidos no país a residente no estrangeiro ficam obrigadas a deduzir no ato da remessa 8%. A taxa recairá sobre as importâncias brutas, sem considerar a isenção na base.»

Anteriormente a 1926, na exposição de motivos de Sousa Reis ao então Ministro da Fazenda Sampaio Vidal, em lhe apresentando o primeiro Projeto de Regulamento do Imposto de Renda, ficou definido, à p. 44:

«Dos quatro princípios em que se inspira a legislação financeira, a nossa lei adota o territorialista. Consideramos unicamente o lugar onde o rendimento é produzido; entre nós, domina a noção do imposto real; nada exigimos, nada pedimos aos nacionais e estrangeiros proprietários de rendimentos originados fora das fronteiras; mas desejamos que ambos entreguem ao Tesouro Nacional pequena parcela de rendimentos derivados da exploração das nossas riquezas.»

Daí, haver sinalado, com acerto, José Thomaz Nabuco, in «A Tributação dos Rendimentos no Exterior», p. 13. verbis:

«Passou-se, então, a cobrar imposto sobre todos os rendimentos produzidos no país, ainda que a causa, de que se originasse, esti-

vesse situada no exterior. Juros de empréstimos contraídos no exterior, alugueis de prédios situados no estrangeiro, remuneração de serviços prestados fora do país, tudo, de qualquer natureza que fosse, tinha de ser tributado aqui, desde que daqui saísse o rendimento. Até mesmo remessas para assinaturas de revistas científicas, tão necessárias ao nosso desenvolvimento, passaram a ser taxadas na fonte».

E, acrescenta:

«O ponto de vista da administração do Imposto de Renda a esse respeito está bem exposto numa decisão, de princípios de 1943, da DIR, a respeito de uma senhora que, exercendo a sua atividade na Argentina, era paga no Brasil:

«Nos termos da atual lei, cabe indagar, pois, se o rendimento pago a residente no estrangeiro é o não produzido no país. Se é pouco importa conhecer onde está sendo exercida a atividade produtora do mesmo. O imposto na fonte é real e não pessoal, recai sobre o rendimento e não sobre a pessoa que o aufer...» (D.O. de 22-3-43; R.F., 1943, nº 219).

È o lugar da fonte do pagamento que prevalece, não o da atividade — esse o princípio dominante, entre nós,

Ocorreram, é certo, algumas exceções à tributabilidade, mas sempre a exclusão se fez, por força de lei. Assim, o Decreto-Lei nº 4.781, de 23-10-1942, que excluiu da tributação no país «as comissões pagas pelos exportadores de café aos seus agentes no exterior (art. 1º); também, o Decreto-Lei nº 7.885, de 1945, que ampliou a isenção para abranger «as comissões pagas pelos exportadores de quaisquer produtos nacionais aos seus agentes no exterior», bem como «as comissões pagas pelas empresas de navegação nacionais aos seus

agentes no exterior, em razão dos serviços que estes lhes prestam naquela qualidade». (Decreto nº 24.239, de 22-12-1947, art. 97, § 2º, b).

Coube, inequivocamente, à construção jurisprudencial do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal acrescentar a essas exceções de lei outra atinente aos juros pagos nas compras feitas a prestação no exterior. Assim, no Ag. nº 48.965 — GB, o eminente Ministro Djaci Falcão proclamou: «Trata-se de imposto de renda sobre a remessa de juros para o exterior, em cumprimento de contrato de venda ou financiamento com entidade estrangeira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da sua inexigibilidade (ERE nº 52.165, D.J., 30-4-1964; RMS nº 16.795, in RTJ nº 37/327; RMS nº 17.455, in RTJ nº 43/521; RMS nº 18.777, in RTJ nº 45/815)» (in D.J., 5-3-1970, p. 647). Tratando-se de rendimentos que não foram percebidos no país e em obediência ao princípio da territorialidade da lei fiscal, ficou entendido que não cabia exigir a satisfação do tributo sobre os juros acrescidos às prestações referentes às mercadorias importadas.

Comentando essa orientação de nosso sistema legislativo, anotou o eminente Gilberto de Ulhôa Canto, *verbis*:

«Com o advento do Decreto-Lei nº 5.844, já citado, passar a jurisprudência a manifestar que, tendo sido expressamente excluído da tributação de fonte o caso de comissões pagas pelos exportadores nacionais a seus agentes no exterior, no que se referia a negócios de café, a contrário *sensu* deveria reputar sujeita ao tributo toda e qualquer remuneração ou comissão paga em razão de serviços, mesmo prestados no exterior, que não fossem relacionados com a venda do mencionado produto. Vale dizer que a interpretação passou

a ser pela regra da incidência, apenas em face de ter o legislador explicitado uma isenção.

É certo que o fisco estendeu a isenção a todas as hipóteses de comissões pagas pelos exportadores no Brasil a seus agentes no exterior (Decreto-Lei nº 6.340, de 11-3-1944, mencionado). O mais, que se não pudesse enquadrar no campo estrito das comissões relativas a exportações, entrou a ser havido como sujeito ao imposto, desprezada a consideração de se tratar de atividade exercida fora do Brasil.

O Decreto nº 24.239, de 22-12-1947, agravou ainda mais a situação, no que tange a serviços de outro tipo que não a corretagem ou mediação nos negócios de exportação, porque aditou à isenção até ali expressa, outra para as comissões pagas pelas empresas de navegação a seus agentes no exterior, por força de serviços por eles prestados nessa qualidade (art. 97, § 2º, b), e fê-lo, tal como já o fizera o Decreto-Lei nº 6.340, citado, pela forma de uma exclusão («Excetuam-se das disposições deste artigo...»), de sorte que, implicitamente, atribuiu, por via da exceção, caráter de regra válida para os casos não expressamente contemplados, à tributabilidade de rendimentos auferidos por não residentes, bastante a circunstância de o pagamento ser feito do Brasil para o estrangeiro» (apud Temas de Direito Tributário, vol. 1º, pgs. 93 e 94).

Ainda, nesse mesmo sentido, o art. 293, do vigente Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400, de 1966).

Dessa sorte, o art. 11, do Decreto-Lei nº 401/68, ao preferir o lugar da fonte pagadora ao da atividade ou da causa de que se originem os rendimentos, para estabelecer a tributação, não refoge à linha de orientação que vem seguindo o direito brasileiro, nesta matéria.

Feito esse rápido esboço histórico do tratamento da questão, em face de nosso direito interno, bem de ver é que, admitida a constitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 401, de 1968, força será entender-se obstado curso à jurisprudência, antes referida, no que concerne à não exigibilidade de tributação do imposto de renda sobre a remessa de juros para o exterior, em cumprimento de contrato de venda ou financiamento com entidade estrangeira. Note-se que essa jurisprudência não se constituiu em obséquio a preceitos constitucionais; logo, há de ceder ao mandamento legislativo novo, que se lhe opõe. Aliás, esse entendimento vejo-o no despacho do eminente Ministro Amaral Santos, no Ag. nº 48.950 — GB, ao sinalar: «Não obstante os termos claros do art. 11 do Decreto-Lei nº 401/68, transcrito na minuta do agravo, que não pode ser levado em conta no presente caso, pois implicaria em aplicação retroativa da lei tributária e da legislação invocada na petição de recurso extraordinário, a questão em exame tem recebido solução uniforme do STF no sentido do acórdão impugnado.» (D.J. de 17-3-1970, p. 863). Na mesma linha no Ag. nº 49.025 — SP (D.J., de 17-3-1970, p. 863).

Cumpra, outrossim, dessa forma compreender a questão, pois o sistema, entre nós, adotado é o da exclusão da tributabilidade, por via expressa. Logo, se válida a regra do art. 11, do Decreto-Lei nº 401, a exceção construída pela jurisprudência não mais pode se dar.

Se merece censura o sistema de tributação adotado pela sistemática brasileira, neste particular, sob o ponto de vista doutrinário muito embora o apreço que nos cumpre devotar aos princípios jurídicos, é, entretanto, questão, data venia, que não cabe ao aplicador do direito positivo debater ou invocar, para ne-

gar incidência à regra legis em causa.

Assim posta e considerada a matéria em análise, não vejo como acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 1968.

Como destaquei antes, define ele hipótese de tributação na fonte pagadora do valor dos juros remetidos para o exterior. A ninguém é lícito negar que juros constituem rendimentos, disponibilidade econômica de renda. Essa é a res, o objeto da tributação. Conforme, portanto, o art. 43, do C.T.N.. O imposto na fonte é real, recai sobre o rendimento. Dessa maneira, quando no parágrafo único do mesmo artigo se estabelece que, para tanto, se considera fato gerador do tributo a remessa para o exterior - é necessário que se leia essa locução constante da frase legal, em conformidade com o *caput* do mesmo dispositivo, isto é, o fato gerador é o valor dos juros (rendimentos) remetidos para o estrangeiro. Por isso sinalai, inicialmente, que não incumbia, na exegese do art. 11 e parágrafo único, considerar este isoladamente. A imperfeição de técnica legislativa é, à evidência, aqui, reparada, pelo intérprete, pondo em sistema as duas formulações legis.

No que atine, de outra parte, à figura do contribuinte, também, vale examinar a questão, dentro do sistema em que ela se insere. Se o art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 1968, mantém o princípio, em curso, entre nós, de que, na tributação dos rendimentos remetidos para o exterior, prevalece o lugar da fonte de pagamento e não o da atividade ou causa do rendimento, nada mais compreensível que considerar-se o remetente dos juros, isto é, a fonte pagadora, como o responsável pelo recolhimento do tributo. O Código Tributário Nacional, em seu art. 45, ao definir o contribuinte do imposto, autoriza à legislação ordinária atribuir a

condição (fictio juris) de titular da disponibilidade (como se o contribuinte fosse) «ao possuidor, a qualquer título, dos bens, produtores de renda ou dos proventos tributáveis». Mais. O parágrafo único do mesmo art. 45, do Código Tributário Nacional, é expresso e inequívoco, ao estabelecer:

«A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.»

De conseguinte, a imprecisão técnica do parágrafo único do art. 11, do Decreto-Lei nº 401, de 1968, ao estipular que se considera contribuinte o remetente, não pode ter o condão de inquirar de nulidade a norma em foco. O Código Tributário Nacional autoriza que a lei ordinária (e o Decreto-Lei em apreço *lex est*) dê à fonte pagadora a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam. Ora, evidentemente, ao remetente incumbe, como fonte pagadora, reter e recolher o imposto concernente aos juros remetidos ao exterior. Logo, se a imprecisão do parágrafo único do art. 11 está, neste particular, em denominar contribuinte quem deveria ser chamado de responsável, no plano de execução da norma, a impropriedade do termo não logra qualquer relevo. Denominado o remetente de contribuinte ou de responsável, certo é que o último ao primeiro se equipara, na linha dos efeitos, por expresso comando do art. 45, parágrafo único, do C.T.N.. Chamado contribuinte ou responsável — ao remetente, é certo, da mesma forma, compete reter e recolher o tributo devido, como fonte pagadora que, desenganadamente, o é. De outro lado, quando o mesmo Código Tributário Nacional, em seu art. 121, cuida do sujeito passivo da obrigação principal, define-o como «a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou pe-

nalidade pecuniária», enumerando, a seguir, em seu parágrafo único, como tal, o contribuinte e o responsável. *in hac specie*, é o remetente a pessoa obrigada ao recolhimento do tributo, *ex vi legis*. Disso não há fugir.

A coadjuvar a superação de eventual dificuldade, quanto aos termos empregados na frase legal, estaria, ainda, o art. 4º do mesmo Código Tributário Nacional, *verbis*:

«Art. 4º — A natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la.

I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II — a destinação legal do produto da sua arrecadação».

Ora, a hipótese de incidência, já se viu, é o valor dos juros remetidos para o exterior. Quando isso acontecer, no mundo jurídico, a norma tributária em foco incide. Repita-se: ninguém poderá contestar que juros constituem rendimentos, res tributável pelo imposto de renda, na fonte.

Não atribuo, de outra parte, data venia, qualquer reflexo, no plano técnico da validade da norma, aos aspectos, antes de índole econômica que jurídica, alinhados no voto do eminente Ministro Décio Miranda.

Rejeito, portanto, a arguição de inconstitucionalidade do art. 11 e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 401, de 1968.

Solidarizo-me, destarte, com os votos dos ilustres Ministros Moacir Ca-tunda, Heno-ch Reis e Peçanha Martins.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Segundo o nosso sistema tributário que, em linhas mestras, é o adotado pela Emenda Constitucional nº 18,

trabalho esplêndido em cuja frente encontramos a figura impressionante de meu mestre, Rubens Gomes de Souza, — à União Federal compete privativamente, dentre outros que não vale enumerar, a decretação do imposto de renda.

Incide este sobre os rendimentos resultantes do trabalho, do capital e da conjugação de ambos.

Seu fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento, e seu contribuinte, o adquirente dessa disponibilidade porque com aquela tem relação direta e pessoal.

Em caso de mútuo feneratício ou de compra e venda financiada, com pacto de juros, estes constituem rendimentos tributáveis e, via de consequência, o imposto é exigível do mutuante ou do vendedor que é o favorecido pela transação.

Dentro destes princípios, sempre entendi, e por isto fui sistematicamente vencido neste Tribunal, — que a remessa de juros para o exterior incidia no imposto de renda, mediante retenção na fonte, porque: 1) — com a retenção, o tributo passava a ser objetivo ou real, isto é, passava a incidir sobre a coisa, o rendimento, pouco importando, assim, que o contribuinte fosse ou não residente no exterior; 2) — a coisa, o rendimento, era produzido no Brasil, e a aquisição de sua disponibilidade econômica e jurídica, aqui ocorria.

Com o advento do Decreto-Lei nº 401, uma nova realidade se oferece. O imposto não mais tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade do rendimento. Sim, a remessa dos juros. E o contribuinte deixa de ser o seu credor, que é excluído da relação jurídico-tributária, sendo substituído pelo antigo retentor que, agora, passa a ser considerado como tendo relação direta e pessoal com a situação fáctica da remessa do rendimento para o exterior.

O juro contratado, quando vencido, é redimento sobre o qual recai o imposto.

Como o Decreto-Lei nº 401, ele não perdeu essa qualidade relativamente ao vendedor da mercadoria, credor da vantagem. Entretanto, deixou de ser considerado contribuinte, agente passivo da obrigação tributária.

A figura incidente sofreu profunda alteração, e, em consequência desta, exigiu-se um novo imposto de competência federal e um novo fato gerador e um novo contribuinte.

Tal fato, porém, não se oferece como atentatório à Constituição em vigor.

Como se observa do disposto no artigo 21, a União possui competência residual para instituir, além dos impostos arrolados nos seus itens I a IX (sobre a importação, exportação, propriedade territorial rural, rendas e proventos, produtos industrializados, operações de crédito etc.), quaisquer outros, desde que: 1) — não tenham base de cálculo ou fato gerador idênticos aos previstos na Constituição; 2) — não sejam de competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

No voto do eminente Ministro Décio Miranda, destaca ele o que o Decreto-Lei nº 401, em sua ementa e no seu caput, se ocupa de imposto de renda, pelo que seu artigo 11 necessariamente deve cuidar do mesmo tributo.

Data venia, divirjo de S. Exa. e tenho que por má técnica legislativa, aliás muito comum entre nós, observa-se mero defeito.

Tenho que com o artigo 11, do Decreto-Lei nº 401, a União Federal, no uso de plena competência garantida pela Constituição em vigor, instituiu um novo imposto com definição de seu fato gerador e eleição do seu agente passivo.

Declaro constitucional o dispositivo legal invocado e nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Godoy Ilha: Sr. Presidente; Sem embargo do voto proferido pelo eminente Ministro José Néri da Silveira, que, a meu ver, data venia, esgotou a matéria, persevero no entendimento que sempre tenho sustentado neste Tribunal.

A decisão pioneira a respeito da tese controvertida foi proferida pela 2ª Turma, em acórdão de que fui relator, no Mandado de Segurança impetrado pela VARIG, que havia adquirido, na França, aeronaves e peças acessórias e teve então de pagar, em virtude das condições de prazo, a título de juros, acréscimos adicionados ao preço, tese acolhida pela suprema instância, de que os juros não representavam rendimentos, mas um sobrepreço, um acréscimo ao preço da mercadoria. Logo, sobre eles não podia incidir a tributação pretendida pelo fisco.

Acompanho o voto do Ministro Décio Miranda, para reconhecer a inconstitucionalidade do diploma legal invocado pela União Federal.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: 1. O ilustre advogado sustentou no recurso que interpôs da sentença de 1ª instância e reiterou ao Tribunal, de forma brilhante, ao iniciar-se o presente julgamento, que o art. 11 do Decreto-Lei nº 401, de 1968, seria inconstitucional porque:

a) De acordo com a Constituição, o imposto de renda somente pode recair sobre rendas e proventos de qualquer natureza tendo sido, conseqüentemente, ofendida tal regra pela norma da lei ordinária que, criando uma nova incidência do tributo referido, admitiu como fato gerador a

remessa de juros para o exterior, ato que não espelha aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica e, portanto, renda, e nem produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, isto é, proventos.

Além disso, acrescentou, o contribuinte do imposto, tal como regulado no dispositivo impugnado, é o remete-te de dos juros, devedor portanto, que por isso mesmo não é o titular da disponibilidade econômica ou jurídica, e, conseqüentemente, não poderia arcar com o tributo;

b) Mesmo que afastada fosse a inconstitucionalidade do art. 11, aditô, não poderia o imposto ser cobrado em relação a remessa de juros relativos a operações de crédito realizadas em data anterior à sua vigência, pois isso importaria em atribuir retroativamente à norma legal em detrimento de ato jurídico perfeito, desde que alcançaria a conseqüência de contratos celebrados antes do seu advento, e realizados considerando os ônus a que poderiam estar sujeitos frente à legislação em vigor.

2. Para aferir-se da procedência das alegações que vimos de resumir, ter-se-á que, preliminarmente, interpretar o art. 22 da Constituição de 1967 e, a seguir, verificar se era com ele incompatível a norma legal impugnada.

Disponha o art. 22 citado:

«Compete à União decretar impostos sobre:

I — Importação de produtos estrangeiros;

II — exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III — propriedade territorial rural;

IV — renda e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos;

V — produtos industrializados;

VI — operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;

VIII — produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

IX — produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica;

X — extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do país».

O estudo atento da disposição lida revela que se trata de regra destinada a delimitar a competência da União para a imposição de tributos, em confronto com a atribuída aos Estados e Municípios, cujo poder impositivo foi determinado nos arts. 24 e 25 da mesma Constituição.

De tal constatação segue-se que, como bem acentuou Geraldo Ataliba no seu trabalho sobre o Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, «a Constituição não cria impostos, mas a competência para instituí-los» (ed. da Revista dos Tribunais, pg. 118).

Não cabe, conseqüentemente, buscar na Constituição a definição de qualquer imposto, valendo o texto constitucional tão-somente para verificar-se da possibilidade de o legislador ordinário da União instituir determinado imposto.

Por isso mesmo que não define impostos e sim delimita as competências para instituí-los, a Constituição, no art. 22, o que mencionou foram atos, fatos e negócios jurídicos sobre os quais a União poderia decretar impostos, com o que deixou claro que a limitação ao legislador ordinário estava na escolha dos fatos geradores dos tributos e não na denomi-

nação porventura escolhida para cada um deles.

Partindo de tal entendimento não posso deixar de concluir pela improcedência da arguição de inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968. Argüi-se contra tal regra a circunstância de instituir imposto de renda sobre remessa de juro para o exterior e se alega que, não constituindo a mesma remessa em aquisição de renda ou provento, a norma seria inconstitucional, porque contrária ao art. 22, inciso IV da Constituição de 1967. No inciso VI do mesmo dispositivo constitucional, porém, previu-se a competência da União para decretar imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativos a títulos ou valores mobiliários, do que se depreende que ao legislador ordinário ficou reservada competência quer para tributar rendas, quer para instituir imposto sobre operações de câmbio, e, entre essas a realizada com a remessa de juro para o exterior.

Para admitir-se a inconstitucionalidade argüida portanto, ter-se-ia que entender decorrer ela, não de incompetência da União para instituir o tributo e sim de má denominação dada ao mesmo, o que não se compece com o sentido da regra constitucional pois, como antes sustentamos, o que aí se definiu foram os fatos geradores possíveis de serem por ela tributados e não os próprios tributos.

É elucidativa a propósito e, pela autoridade do autor, não podíamos deixar de invocá-la, a opinião do Ministro Aliomar Baleeiro, que, no seu recente livro sobre o Sistema Tributário Nacional, à pág. 67, escreveu:

«O erro na denominação do tributo não prejudica a sua legalidade se, pelo fato gerador ele se insere razoavelmente na competência da Pessoa de Direito Público que o

decretou com nomen juris impróprio (p. x., Súmula 306 do STF)»;

Rejeito, pelas razões expostas, a argüição de inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 401, de 1965.

Não acolho também a alegação de que, mesmo constitucional a norma referida não poderia ser aplicada no caso da remessa de juros relativos a contratos celebrados antes da data em que entrou em vigor, por importar tal aplicação em ofensa a ato jurídico perfeito. O ato jurídico, no caso o contrato de financiamento, não é alcançado em sua validade e eficácia pela lei, a qual incide realmente sobre as conseqüências do mesmo contrato, e, assim, se estas surgem já na vigência da norma legal, não há como entender-se ocorrer aplicação retroativa.

4. Meu voto, conseqüentemente, é pela rejeição da argüição de inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei nº 401, de 1968, e pela legalidade da sua aplicação a quaisquer remessas de juros para o exterior realizadas após a data em que entrou em vigor.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Néri da Silveira, Jarbas Nobre e Armando Rollemberg rejeitando a argüição de inconstitucionalidade, ao mesmo tempo, negando provimento ao recurso, por não existir matéria residual a ser considerada e, Godoy Ilha acolhendo-a, acompanhando o Sr. Ministro Décio Miranda, adiou-se o julgamento, em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Antônio Néder, aguardando vez o Sr. Ministro Márcio Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Esdras Gueiros. Presidiu o julgamento

o Exmo. Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Antônio Néder: Rejeito a argüição de inconstitucionalidade e nego provimento ao recurso por não haver matéria residual a ser considerada pela Turma, e o faço porque, na verdade, o art. 11 do Decreto-Lei nº 401/68 institui imposto sobre remessas para o exterior, e o art. 21, § 1º, da CP de 1967, texto da Emenda nº 1, lhe dá amparo constitucional.

Trata-se de outro imposto que não o imposto de renda.

O fato gerador do novo tributo é a remessa para o exterior, remessa que pode ser pertinente e pode não ser pertinente a uma renda.

Estou em que essa norma veio criar nova sede jurídica para a matéria, debatida nestes autos, donde o haver perdido objeto a discussão que anteriormente se formou sobre o assunto.

É o que voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Prosseguindo-se no julgamento, por maioria, rejeitou-se a argüição de inconstitucionalidade, e ao mesmo tempo, negou-se provimento ao recurso por não existir matéria residual a ser considerada, vencidos os Srs. Ministros Décio Miranda, Godoy Ilha e Márcio Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Esdras Gueiros. Os Srs. Ministros Henoch Reis, Peçanha Martins, Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Armando Rollemberg e Antônio Néder votaram, in totum, com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 65.469 — PR

Relator: O Sr. Ministro Amarílio Benjamin
Recorrente: **ex officio**: Juízo Federal da 1ª Vara
Agravante: Estado do Paraná
Agravado: Instituto Brasileiro do Café

EMENTA

ICM. Cobrança pelo Estado do Paraná sobre as operações realizadas pelo Instituto Brasileiro do Café, em consequência da aquisição de café aos produtores e respectiva colocação no mercado.

Arguição de inconstitucionalidade. Improcedência da alegação.

Indeferimento da «Segurança» impetrada.

Indubitavelmente deve o IBC o imposto exigido. O Ato Complementar nº 34/67 dispõe com clareza, em nova redação ao art. 58 do C.T.N.:

§ 4º — Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitos ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.

Tal orientação foi reiterada pelo Dec.-Leinº 406/96:

Art. 6º — Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida.

§ 1º — Consideram-se também contribuintes:

III — Os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.

O Supremo Tribunal já elucidou a obrigação.

«Imunidade tributária. Imposto de circulação de mercadoria.

Proibição de embarque de açúcar para o exterior, violando direito líquido e certo.

Mandado de segurança pedido contra Estado-Membro da Federação.» (M.S. n.º 17.954, R.T.J. vol. 42/795).

«Imposto de Vendas e Consignações sobre café vendido ao I.B.C.. A isenção não pode ser concedida por mera presunção, porque esta não gera direito líquido e certo.» (RMS. 11.008).

«Imposto de vendas e consignações. Legitimidade da cobrança desse tributo, pelo Estado do Espírito Santo, sobre café transferido para venda em outros Estados. Recurso desprovido.» (RMS 16.539 R.T.J. vol. 57/778).

A imunidade constitucional, vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, não se aplica à hipótese, tanto mais quanto a tributação não abrange serviços vinculados às atividades essenciais do IBC. (Const./67 e Const./69, art. 20, III, e § 1.º):

Além disso, pelo sistema constitucional vigente, em defesa da Federação, aos Estados são conferidos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados pela Carta Magna. (Const./67 e Const./69, art. 13, § 1.º).

Por outro lado, sem lei complementar que disponha sobre os conflitos de competência e as limitações do poder de tributar, não é possível impedir-se ao Estado do Paraná exigir o que lhe tocou na partilha tributária (Const./67, art. 19 § 1.º e Const./69, art. 18 § 1.º).

Ademais, a lei complementar já estabeleceu como contribuintes do ICM os órgãos da Administração direta que participem do negócio e a própria Constituição estabelece que entidades públicas, na exploração da atividade econômica regem-se pelas normas das empresas privadas. (Const./67, art. 163, § 2.º e Const./69, art. 170, § 2.º).

De resto, não se compreende nas finalidades do IBC comercializar diretamente o café. O IBC, porém, dilata sua intervenção, e substitui-se ao particular que assim passa a gozar de imunidade que não lhe pertence.

Não faz, portanto, o IBC direito à segurança.

Tal garantia significa agravar o desequilíbrio da Federação. Manter a Federação, no entanto, é dever indeclinável da República (Const./67, art. 50, § 1.º e Const./69, art. 47 § 1.º).

Provimento ao recurso do Estado do Paraná.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, decidir pela constitucionalidade do ato de Poder Público Estadual e dar provimento ao agravo para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de maio de 1976 (data do julgamento). — Ministro Márcio Ribeiro, Presidente. — Ministro Amarílio Benjamin, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Amarílio Benjamin: Adotamos o relatório de fls. 215/220,

Acrescentamos a essa exposição que o então relator, Ministro Armando Rollemberg, levou o processo a julgamento e a 2ª Turma, de acordo com o seu voto, não tomou conhecimento dos recursos, na base de que pertencia ao Supremo Tribunal o processo e julgamento das causas entre autarquias federais e Estados, fls. 221/225. Subiram os autos ao Pretório Excelso, mas este proclamou a competência da Justiça Federal, em ambas as instâncias, para julgar as causas entre autarquias federais e autoridades públicas locais, inclusive mandados de segurança, nos termos da Súmula nº 511, fls. 233/242. Ao baixar o processo daquela Alta Instância, veio o mesmo à nossa conclusão, como substituto, na 2ª Turma, do Ministro Armando Rollemberg, que havia ascendido a Presidência do Tribunal. Por entendermos que o Eminentíssimo Ministro estava vinculado ao caso, cujo julgamento iniciara, diante do regimento, arts. 12 e 32, § 3º encaminhamos os

autos a S. Exa. O Nobre Ministro, porém, entendeu de modo contrário, fls. 244, e recusou continuar na direção do feito. Aguardamos melhor oportunidade para resolver o incidente e assim viemos a submetê-lo ao Presidente Ministro Márcio Ribeiro, com a justificação de fls. 245/246. Decidiu S. Exa. pela redistribuição entre os juizes da 2ª turma, fls. 247. O sorteio indicou-nos relator. Com ressalva de nosso modo de ver, assumimos a função, fls. 248. Pedimos o parecer da Subprocuradoria-Geral sobre o mérito da controvérsia. De fls. 249 a 253, encontra-se a opinião solicitada, no sentido de que se confirme a segurança.

Levado o assunto à consideração da turma, proferimos o seguinte voto preliminar que mereceu o apoio dos eminentes colegas — (D.J. nº 20, de 29-1-74, pág. 362):

«Como a matéria envolve a consideração de inconstitucionalidade da cobrança do ICM, pelo Estado do Paraná, sobre a venda ou distribuição de café, pelo I.B.C., requerente do mandado de segurança sob apreciação, propomos que o caso seja submetido ao Tribunal Pleno, após a publicação do relatório, e independentemente de acórdão».

Em seguida houve a publicação das peças que mencionei, no D.J. nº 20 de 29 de janeiro de 1974, págs. 361/362.

É o relatório.

VOTO (MANIFESTAÇÃO PRÉVIA)

O Senhor Ministro Amarílio Benjamin (Relator): De nossa parte, consideramos desnecessária, nesta oportunidade, a consideração de competência do Tribunal, para apreciar o assunto, segundo foi lembrado, seja pelo Dr. Procurador do Instituto Brasileiro do Café, como pelo Dr. Subprocurador-Geral. É que re-

ge a orientação do problema a Súmula nº 511, Supremo Tribunal Federal:

«Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.

Dir-se-à que a divergência foi examinada à luz da Constituição de 1967 e, hoje em dia, vigendo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o debate assume outros aspectos. Entretanto, a nosso ver, essa argumentação im-procede, porque o Supremo Tribunal, quando julgou o processo, provocado pela declinação cometida pela 2ª Turma desta corte, assentou claramente, a 17 de março de 1971: (fls. 242).

«Ementa: - Competência.

O preceito novo sobre competência aplica-se imediatamente, salvo se antes foi proferida sentença final, caso em que, na segunda instância, continua competente o Tribunal a quem cabia conhecer dos recursos contra aquela sentença.

É que a lei nova sobre competência tem efeito imediato, mas não retroativo.

Além disso, no caso, trata-se de mandado de segurança do qual cuida a alínea «i» do art. 119, nº I, da Constituição de 1969, e não das causas e conflitos, a que se refere a alínea «d» do mesmo art. 119, nº I.»

Ora, em face desse pronunciamento do Pretório Excelso, mesmo que a constituição de 1969 houvesse inovado a competência, no caso concreto, o assunto ficou encerrado com a palavra da corte suprema.

São esses os motivos pelos quais rejeitamos qualquer consideração de competência na presente causa e nos propomos a examinar o incidente de

incostitucionalidade que foi provocado.

VOTO

O Senhor Ministro Amarello Benjamin (Relator): Em 1968, no Agravo em Mandado de Segurança nº 33.104, de Pernambuco, decidimos na 1ª Turma, a que pertenciamos, pela legitimidade do imposto de vendas e consignações que o Estado de Pernambuco exigia do Instituto do Açúcar e do Alcool, sobre exportações de açúcar, recebido dos usineiros e relativamente às safras de 61/62 e 62/63. Dissemos a propósito o seguinte:

«Temos até hoje, mesmo depois da emenda constitucional nº 5, votado no sentido de que a imunidade tributária, assegurada pela Carta Magna, serve às entidades públicas principais, como também às autarquias. No entanto, nunca chegamos, por meio da imunidade, à dispensa completa dos tributos, seja qual for o ato que os referidos entes públicos pratiquem. Diversos órgãos da Administração, principalmente no setor da intervenção no domínio econômico, para servir ao interesse público, utilizam-se constantemente de variados atos de comércio, em que, na verdade, não passam de substitutos ou representantes de pessoas privadas, à conta das quais, normalmente, são levados os ônus tributários de tais operações. Tanto isso é verdadeiro, que as isenções que usufruem, em qualquer das esferas de poder da Federação, são provenientes de concessões regulares e expressas. Em São Paulo, por exemplo, o Estado dispensa, por lei, o imposto de vendas e consignações sobre as exportações de café, desde que a operação fique circunscrita a exportadores. Em caso contrário, tanto é pago o imposto de vendas e consignações, como o

de exportação, mesmo que figure no negócio, recebendo o café dos produtores e os encaminhando ao estrangeiro, o Instituto Brasileiro do Café.

Na questão dos autos, o Instituto do Açúcar e do Alcool recebe o produto dos usineiros e os exporta. Concretizam-se dois fatos geradores da obrigação tributária, ambos do campo estadual, cuja sobrevivência, sob o ponto de vista econômico ou financeiro, não deixa de ser um milagre. Ora, o Instituto age como delegado dos produtores.

Não existe isenção específica. Logo os impostos de vendas e consignações e exportação são devidos. Eis porque, a nosso ver, impede totalmente o pedido de segurança. Dou assim provimento ao recurso de ofício e ao recurso do Estado de Pernambuco; ficando prejudicado o recurso do impetrante.

Segundo o nosso entendimento, o mandado é indeferido totalmente.»

Em sentido contrário existe a decisão do Supremo Tribunal, em mandado de segurança originário — Mandado de Segurança nº 17.954 — 21-6-67 — requerido pelo Instituto do Açúcar e do Alcool contra o Estado de Alagoas, relator Ministro Cândido Motta Filho:

«Imunidade tributária: Imposto de circulação de mercadorias. Proibição de embarque de açúcar para o exterior, violando direito líquido e certo. Mandado de Segurança pedido contra Estado-Membro da Federação — (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. nº 42/795).»

Todavia, o próprio Supremo Tribunal tomou posição diferente em dois outros casos, em que, é verdade, foram discutidas várias teses.

Em abril de 1963, no Recurso em Mandado de Segurança nº 11.008 assentou.

«Imposto de Vendas e Consignações sobre café vendido ao I.B.C.. A isenção não pode ser concedida por mera presunção, porque esta não gera direito líquido e certo.»

Proclamou em 19 de novembro de 1968, com mais proximidade do debate, no Recurso em Mandado de Segurança nº 16.539.

«Imposto de vendas e consignações. Legitimidade da cobrança desse tributo, pelo Estado do Espírito Santo, sobre café transferido para venda em outros Estados. Recurso desprovido. (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. nº 52/788).»

Foi relator designado o Ministro Barros Monteiro, havendo ficado vencidos os Ministros Oswaldo Trigueiro, relator, Aliomar Baleeiro, Temístocles Cavalcante e Hermes Lima.

Na hipótese, a questão, embora a mesma ou semelhante, gira em torno de novos preceitos, quais sejam a Constituição de 1967 e a legislação invocada pelo Estado do Paraná.

Pretende o Instituto Brasileiro do Café que não lhe seja exigido ICM sobre o café que transfere do Paraná para outros Estados e para o estrangeiro, alegando sua qualidade de autarquia, criada pela Lei 1.779/52, e a imunidade assegurada pela Carta Magna de 1967, art. 20, III, «a», § 1º

Já o Estado defende o seu direito com apoio no mesmo Estatuto fundamental e nas leis que regem o assunto.

De fato, a Constituição de 1967 dispõe:

«Art. 163 —

.....

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicá-

veis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações,

§ 3º— A empresa pública que explorar atividade não monopolizada, ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.»

A sua vez, o Ato complementar nº 34, de 30 de janeiro de 1967, assentou, em nova redação ao art. 58 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966:

«

§ 4º— Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municípios que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitos ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.»

O Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que editou normas gerais sobre o ICM, confirmou a orientação:

«Art. 6º— Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida.

§ 1º— Consideram-se também contribuintes:

.....

III — Os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.»

O Estado arrima-se nos princípios legais transcritos, invocando a conformidade dos mesmos com a Constituição de 1967, principalmente o art. 18, pelo qual o sistema tributário encontra fundamento, além do texto constitucional, nas leis complementares e na própria legislação ordinária. Vale lembrar que a Corte Suprema, de algum modo, adiantou a solução do problema. É jurisprudência torrencial, no Egrégio Cenáculo que, no café comprado ao IBC, mesmo sem expedição de guia fiscal, o torrefador, em respeito ao princípio da não cumulatividade, faz jus ao crédito do imposto correspondente à compra. As decisões estão sendo proferidas sob a atualidade da Constituição de 1969 — (Recurso Extraordinário nº 74.596, D.J. 26-5-72; 74.408, D.J. 29-9-72 e 74.563, D.J. 6-10-72). A nosso ver, o Magno Pretório implicitamente reconhece, em tais pronunciamentos, a tributabilidade, pelo ICM, nas vendas que o IBC realiza.

A nossa opinião é conhecida: Acharmos que o problema seja dos mais importantes na vida do País. Daí, a idéia que externamos ao suspendermos a segurança — Suspensão nº 1.969:

«

Percebe-se a necessidade de convênio entre as sedes de poder interessadas, a fim de que se estabeleça sistema de vida compatível com as economias em jogo e o espírito da Federação que não pode ficar exposto a constantes atritos. Ou, então, até de preceito constitucional ou complementar, que discipline de uma vez o litígio tributário.»

Não obstante, forçados a decidir pela inércia ou despreocupação dos poderes governamentais, reconhecemos a procedência da cobrança impugnada.

O IBC, intervindo no mercado do café, é o executor da política cafeei-

ra nacional, de modo a aperfeiçoar e garantir a produção, qualidade, comércio, distribuição e preço do café. Não defende, nem exerce economia própria. Na essência, é o coordenador e delegado geral dos produtores de café do País. Não entra assim em linha de conta a imunidade que lhe cabe, como autarquia. Para dispensa do tributo, faz-se necessário que lei especial de isenção disponha a respeito.

Fora disso, as Constituições de 67 e 69 prevêem a tributação, quando empresas públicas, tomada a expressão no sentido mais amplo, atuam no mercado, desempenhando atividades privadas. Vale lembrar finalmente que a 2ª Turma, no Agravo de Petição nº 34.712, relator, Ministro Décio Miranda, decidiu pela regularidade da cobrança do ICM ao Instituto do Açúcar e do Alcool, na venda de produtos da Destilaria Central Presidente Vargas — Sessão de 8 de março de 1974:

«Declara a Constituição de 1967, cuja redação original vigia ao tempo das operações sobre que recaiu o imposto requestado:

«Art. 20 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

III — criar imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

.....

§ 1º— O disposto na letra «a) do nº III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes.»

Com pequena diferença de redação, é o mesmo o texto na Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969.

Vemos, no texto transcrito, a imunidade do patrimônio, da renda e dos serviços.

Os constituintes de 1967 estavam atentos à técnica legislativa tributária usada no Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66.

Estabelecendo a imunidade recíproca, inclusive quanto às autarquias, consideram eles os impostos sobre o patrimônio, sobre a renda, sobre os serviços, assim especificamente tratados no Código Tributário Nacional. Não se excluiu a tributação recíproca sobre a produção e a circulação de bens.

Se uma autarquia estadual produz automóveis, sobre estes incidirá o Imposto Sobre Produtos Industrializados da União.

Inversamente, se a autarquia federal produz açúcar e álcool, sobre tais produtos recairá o tributo estadual, o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias.

A incidência generalizada dos impostos sobre produção e circulação de mercadorias, relativamente a cada espécie de bens, é essencial ao sistema econômico, para que as regras da livre concorrência tenham curso.

Se o produtor ou o intermediário oficiais ficam livres do tributo sobre a produção e a circulação que os particulares recolhem, deixa de haver a concorrência que estimula os particulares a venderem mais barato e os organismos oficiais a produzirem com eficiência.

Dando aplicação prática a esse entendimento, autorizado pela Constituição, o Decreto-Lei nº 406, de 31-12-1968, que estabeleceu normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, assim dispõe:

«Art. 6.º —

§ 1.º— Consideram-se também contribuintes:

.....
.....

III — Os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais, que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.»

Vê-se, assim, que, embora inserida a destilação de álcool anídrio entre as finalidades do Instituto do Açúcar e do Alcool (dir-se-ia melhor que o estímulo a essa produção pelos particulares é que corresponde a uma de suas finalidades essenciais), o produto resultante, que deve entrar no mercado sem privilégios em relação ao que deriva dos demais fabricantes, está sujeito, como este, ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias, cobrado pelo Estado-Membro. Isto posto, dou provimento ao recurso do Estado de Pernambuco, para julgar procedente a ação que, embora ajuizada como executivo fiscal, teve curso ordinário.»

Pelo exposto, não existindo matéria residual que a Turma possa ainda examinar, damos provimento, para cassar a segurança.

VOTO

O, Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: Senhor Presidente, voto de acordo com o eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA ATA

A.M.S. nº 65.469 — PR. — Rel.: Sr. Min. Amarílio Benjamim. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Agte.: Estado do Paraná.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministro Relator, Armando Rollemberg, Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis e Peçanha Martins, dando provimento ao agravo para cassar a segurança, adiou-se o julgamento, em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro José Néri da Silveira, aguardando vez os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora e Otto Rocha. Ausente o Sr. Ministro Décio Miranda. Usaram da palavra os Drs. Arnaldo Brandão, pelo Agravado, e Henrique Fonseca de Araújo, Subprocurador-Geral da República. (Em 21-5-74 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

QUESTÃO DE ORDEM

O Senhor Ministro Amarílio Benjamim: Srs. Ministros, supunha eu que o pedido de vista do Sr. Ministro Néri da Silveira fosse decorrer tranqüilamente. Como sou relator do processo, anunciado o julgamento, na verdade, ainda não voltara minha atenção para S. Exa., tanto mais quanto o Nobre Ministro ainda não iniciara as suas considerações. Estava fazendo aqui, na banca, uma apuração dos problemas que foram discutidos no processo anterior, para minha orientação.

Todavia, o Sr. Ministro-Presidente coloca a questão que — parece — teria sido provocada pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Nos Tribunais, de minha parte, acho que, ocorrendo qualquer dúvida, deve a mesma ser solucionada, a fim de preservar a validade dos respectivos pronunciamentos. Por isso mesmo, não considero descabida a lembrança ou questão de ordem provocada pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Pelo que depreendi, trata-se do seguinte: ao iniciar-se o julgamento, proferido o meu voto, outros Ministros se manifestaram, havendo em seguida o Sr. Ministro Néri da Silveira pedido vista dos autos. Compunha o quorum, naquela ocasião o Sr. Ministro Otto Rocha. Acontece que o Sr. Ministro Otto Rocha, à época, substituíu o Sr. Ministro Henrique D'Ávila. O Sr. Ministro Henrique D'Ávila aposentou-se e, por esse motivo, o Ministro Otto Rocha deixou de substituí-lo. No momento, o Sr. Ministro Otto Rocha já substitui outro Ministro.

Estou enfrentando o problema de improviso, porque não tinha nenhuma idéia de que tal questão fosse suscitada. Nem mesmo, ao fazer o Sr. Ministro-Presidente a consulta, atendendo de pronto ao que S. Exa. indagou, teria sido possível examinar o regimento. Releve-me, portanto, o Egrégio Tribunal, se houver alguma incorreção ou esquecimento na opinião que vou emitir.

Tenho para mim que a situação do Sr. Ministro Otto Rocha deve ser apreciada, em face do princípio geral de vinculação aos processos: licenciado ou aposentado o Sr. Ministro Henrique D'Ávila, o Sr. Ministro Otto Rocha, de qualquer forma, continuou vinculado aos processos, em que pôs o seu visto, como os tendo examinado.

No caso, a hipótese não é precisamente esta. Mas, na verdade, do princípio geral flui evidentemente uma orientação, pelo menos, em termos lógicos. Havendo composto o quorum, com o qual se iniciou a apreciação do processo o Sr. Ministro Otto Rocha, que continua integrando a Justiça Federal, a meu ver, deve concluir o julgamento, pois a ele se acha vinculado.

Fora disso, há outra ocorrência que pode surgir e que é prudente evitar-se, porquanto, surgido o inci-

dente, novos problemas deverão ser enfrentados pelo Tribunal.

Admita-se que a maioria decida pela exclusão, do julgamento, do Sr. Ministro Otto Rocha e mande renovar o relatório.

Renovado o relatório, há a seguinte disposição regimental: os Srs. Ministros que não estavam presentes poderão, nesta oportunidade, participar do debate. Não obstante, ocorre, dentro dessa conclusão, um detalhe que o Tribunal seria levado a considerar. É que, daquela data para cá, o Tribunal passou a contar com novos Ministros. A renovação do relatório dará lugar a que participem do julgamento os juizes que, na data em que ele se iniciou, eram efetivos, ou também se estende aos nomeados posteriormente? A resposta tem certas implicações. A meu ver, se o Tribunal determinasse a renovação do relatório e aceitasse que os novos Ministros votassem, o que estaria ocorrendo era a anulação do julgamento anterior, por via indireta e sem justificativa plausível.

Entendo que devemos evitar maiores dúvidas e, assim, o meu ponto-de-vista é no sentido de que se adote a orientação normal e lógica: o Sr. Ministro Otto Rocha deve votar porque compôs o quorum, e, ainda hoje, pertence à Justiça Federal, substituindo, para qualquer emergência, neste Tribunal.

QUESTÃO DE ORDEM (VENCIDO)

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: — Senhor Presidente: Mantenho o entendimento de que do fato de o art. 81, § 2º, do Regimento Interno, dizer que o Substituto, por vaga ou por outro motivo, do Ministro que já tiver votado, poderá participar de julgamento interrompido, se o seu voto não exceder o número legal, não se pode tirar a conclusão de que tal participação é possível por parte de Juiz que, ao se iniciar o

juízo, substituiu um Ministro que já votara e, ao completar-se a decisão, está em lugar de outro, como ocorre no caso presente.

QUESTÃO DE ORDEM

O Ministro Moacir Catunda: Voto no sentido de que se tome o voto do Sr. Ministro Otto Rocha, em decorrência de sua vinculação ao processo, por ter ouvido o relatório e composto o quorum do Tribunal, quando substituiu o Sr. Ministro Henrique D'Ávila.

Esse fato, ao que me parece, tem a mesma significação do ato do despacho processual, pelo qual o Ministro opõe o visto no processo e o manda à pauta, à publicidade para o julgamento. Como o Sr. Ministro Otto Rocha, daquela época a esta parte, não se desligou do Tribunal, permanecendo durante todo o tempo integrando seu quorum a mim me parece que a solução mais útil será então a de tomar-se o seu voto.

Ficou de acordo com o voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente: Também entendo da mesma forma que o Sr. Ministro Amarílio Benjamin. O Sr. Ministro Otto Rocha esteve presente no início do julgamento, ouviu o relatório e as discussões que se travaram e os votos proferidos. Substituiu S. Exa., então, o Sr. Ministro Henrique D'Ávila que já se encontrava aposentado. O meu voto, pois, é no sentido de que tome parte neste julgamento e vote o Sr. Ministro Otto Rocha.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente: Meu voto, com a devida vênia, é acompanhando o eminente Ministro Arman-

do Rollemberg. Penso que, diante da alteração verificada na qualidade do Sr. Ministro Otto Rocha, em função da substituição exercida, não deve tomar parte do julgamento. Apenas ressalto que, admitido o contrário, se S. Exa. não estivesse no Tribunal, eventualmente, agora substituindo outro Ministro, teríamos que suspender o julgamento, e convocá-lo na Vara Federal. O Regimento Interno não prevê essa convocação e a vinculação do Juiz convocado, ao cessar a substituição, somente subsiste quanto aos processos que tenham o seu «visto» e estejam em pauta.

Acompanho o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Paulo Távara: Estou de acordo com o entendimento do Sr. Ministro Armando Rollemberg. O art. 81 do Regimento diz:

«Quando se reencetar algum julgamento adiado, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros que não comparecerem ou que houverem deixado o exercício do cargo.»

O Sr. Ministro Otto Rocha substituiu, ao iniciar-se o julgamento, o Sr. Ministro Henrique D'Ávila cuja vaga veio a ser provida, com a posse do Sr. Ministro Oscar Pina. Encerrado o exercício do Sr. Ministro Otto Rocha, que ainda não votara, Sua Excelência não participa mais dos trabalhos. Se essa ausência fosse causa de falta de quorum, então seria de se aplicar o § 1º, do art. 81 com a intervenção do Sr. Ministro Oscar Pina, facultado ao Colega pedir renovação do relatório a fim de se inteirar da espécie em julgamento.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Parece que a norma regimental é específica. Quando retornar o ministro substituído, a situação é diferente porque realmente o Ministro Oscar Pina sucedeu. Não houve ces-

sação de impedimento do Ministro anterior substituído. A norma regula outra hipótese. Parece que a questão realmente é de vinculação ou não do juiz substituto ao julgamento. Acho que nesse sentido, embora omissa a norma regimental, a solução preconizada pelo voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin é a que corresponde verdadeiramente ao sentido da disposição regimental. A solução não está prevista. Se se entende que o substituto, cessando a substituição, continua vinculado em relação àqueles processos em que após o visto, com maioria de razão, se há de compreender que ele continua vinculado àquele julgamento que já se iniciara, quando estavam em pleno exercício da função.

O Sr. Ministro Paulo Távora: Agradeço o aparte do Sr. Ministro Néri da Silveira. De acordo com a vigente ementa regimental, o substituto só se vincula como relator ou revisor, quando o processo é colocado em pauta. No caso, o Sr. Ministro Otto Rocha não tinha nenhuma dessas funções. Compunha o **quorum** como vogal na sessão inicial. Não se pode, com a devida vênia, dar à substituição alcance maior, no tempo que a própria vaga ocupada transitivamente. Empossado o Ministro titular dessa vaga, desaparece a substituição. Cumpre então apreciar o problema em face do novo Ministro que, não tendo assistido o relatório, deixa por isso de integrar o corpo julgador. Se houvesse falta de **quorum** o Sr. Ministro Corrêa Pina teria de ser chamado a participar, cabendo a Sua Excelência pedir ou não a renovação do relatório.

Por essas razões, estou de acordo com o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Votando esta questão de ordem, acompanho o eminente Minis-

tro Armando Rollemberg, por entender que, à época, substituiu eu o então Ministro Henrique D'Ávila, cuja vaga hoje é ocupada pelo eminente Ministro Oscar Corrêa Pina. De forma que, com a posse do Ministro Corrêa Pina cessara minha vinculação, uma vez que a Resolução nº 4 determina que os Juizes convocados só ficam vinculados aos processos, quando constantes da pauta de julgamento. Tenho a impressão de que a Resolução deu outro entendimento ao regimento, não permitindo que a vinculação se desse com maior extensão. Restringiu, ao máximo, a vinculação. Somente no caso de processo em pauta para julgamento. Acompanho o eminente Ministro Armando Rollemberg.

VOTO VISTA VENCIDO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Nos autos deste mandado de segurança impetrado pelo Instituto Brasileiro do Café, a 23-5-1969, contra autoridades estaduais no Paraná que lhe exigem recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), relativamente aos embarques de café em Paranaguá e Antonina, destinados a outros Estados da Federação e ao estrangeiro, propõe-se questão de índole constitucional, em torno do âmbito da imunidade tributária das autarquias federais, quer no regime da Constituição de 24 de janeiro de 1967, quer no sistema da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

2. Na apreciação da *quaestio juris*, cumpre, por primeiro, considerar que o Instituto Brasileiro do Café, na conformidade da Lei nº 1.779, de 1952, foi criado como entidade autárquica, para realizar, através das diretrizes constantes da lei, «a política econômica do café brasileiro no país e no estrangeiro». Está, no que a isso concerne, investido de parcela do

jus imperii do Estado, representando execução de serviço público, *in nomine proprio*, por ministério da lei e não por mera delegação, agindo por direito próprio e com autoridade pública. Como ensina Tito Prates da Fonseca, in «Autarquias Administrativas», p. 72, «a autarquia nasce da concessão de sua personalidade jurídica pelo poder público — estado federal ou estado federado — que destaca de si mesmo, por assim dizer, de sua substância administrativa, um departamento, ou organiza um serviço a quem confere essa personalidade.» Por intitulação a agir, proveniente de comando legislativo, embora distinguindo-se, dessarte, os entes autárquicos de outros órgãos centralizados do Estado, carentes de capacidade civil e cujo poder de querer e agir pertence ao órgão hierárquico superior, são as autarquias, de qualquer sorte, entidades intra-estatais, que se situam no Estado, *lato sensu*, não desgravitando o serviço, que executam, em linha de princípio e presumivelmente, da órbita do Estado, prosseguindo, dessa maneira, como administração de Estado, isto é, uma administração em favor do interesse público, precisamente, através do exercício de poderes insitos no *jus imperii* do Estado de que são partícipes, em virtude do processo de institucionalização, operado pela lei. Não sendo, de outra parte, entretanto, autonomias, em sentido próprio com qualificação política, na feliz expressão de Menegale (Direito Administrativo e Ciência da Administração, 3ª ed., p. 96), não obstante se apresentarem como uma forma específica de capacidade de direito público (Lentini, «Istituzione di Diritto Amministrativo», 1939, p. 77), estão esses entes estatais sujeitos ao controle da pessoa administrativa maior, que as cria, por manifestação própria de sua autonomia, a fim de serem mantidas dentro da órbita de suas atividades existenciais. O poder jurídico de coa-

gir o ente autárquico a guardar fidelidade aos fins especiais que lhe constituem razão de existir e aos meios que, na realização deles, está adstrito a utilizar, ou ainda, ao ordenamento jurídico da pessoa matriz, sobre ser um elemento essencial do instituto em apreço (ut Nogueira de Sá, in «Do controle Administrativo sobre as Autarquias», p. 63; Hely Lopes Meirelles», «Autarquias e entes Parestatais», «Revista Jurídica», Porto Alegre, v. 56, p. 7; Bielsa, «Derecho Administrativo», tomo II, 4ª ed., n.º 216; Menegale, op. cit., p. 98; Themistocles Cavalcanti, «Tratado de Direito Administrativo», 3ª ed., vol. II, p. 170; Otto Mayer, «Droit Administratif Allemand», vol. VI, p. 307), constitui uma das manifestações do poder do império maior do Estado, a que se há de entender vinculado o ser autárquico menor. Assim sendo, o exercício das atividades que nucleiam sua competência institucional, referida no instrumento legislativo de criação, há de presumir-se realizado na medida da capacidade delimitada em lei e nos limites dos fins essenciais para cuja consecução se gera.

Corolário imediato de tal princípio é não se admitir como contrária aos fins essenciais do ente autárquico, assim definidos na lei, a atividade que desenvolva, senão quando, por sua natureza e finalidade, esses atos se devam afirmar irremediavelmente incompatíveis com os objetivos explícitos ou implícitos do ser autárquico, merecendo, em decorrência, tratamento segundo preceitos estranhos ao direito público, constitucional e administrativo. Se dúvida apenas se puder opor quanto à natureza e finalidade de certos atos do ente autárquico, em confronto com seus fins existenciais, cumpre prevaleça a presunção de fidelidade de seu agir aos fins essenciais do ente criado, que na lei se gizaram. A interpretação da natureza dos atos de

uma autarquia há de orientar-se, dessa sorte, na perspectiva de seus objetivos próprios, não cabendo proclamá-los extravagantes dessas finalidades, senão quando, com elas, substancialmente, inconciliáveis.

Nessa linha de entendimento é a lição de C.A. Bandeira de Melo, in *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, p. 464, verbis:

«O segundo inconveniente imputável à restrição da imunidade, interessa-nos mais de perto. Consiste em que será extremamente difícil reconhecer, nos casos concretos, quando um patrimônio, renda ou serviço, deva ser havido como vinculado ou decorrente das finalidades essenciais da autarquia.

Parece-nos que nos casos de dúvida — de que fatalmente ocorrerão — dever-se-á interpretar o texto de modo favorável às autarquias.

Com efeito, é mais grave pretender sujeitar uma pessoa pública a ônus tributário inexistente, que eximi-la da obrigação fiscal devida.

As diversas pessoas públicas, em suas recíprocas relações, devem se encontrar, tanto quanto possível, a salvo de arremetidas im procedentes umas das outras. Manda o princípio da harmonia entre as entidades públicas que sejam extremamente cautelosas em seus contactos, a fim de que possa realizar-se, tranquilamente, o ajustamento natural recíproco e a acomodação de todo o sistema. Eis porque no caso em tela, havendo dúvida, deve-se beneficiar o possível onerado.

A liberalidade, evidentemente, é mais compatível com a harmonia de suas relações e menos prejudicial ao sistema que a invasão indevida de suas recíprocas esferas de liberdade.»

Nessa ordem de considerações, sucintamente postas, é que entendo, assim, devam ser visualizadas, na espécie, as operações do I.B.C. atinentes às remessas de café, a portos nacionais e para o estrangeiro, relativamente à pretensão do fisco estadual no sentido de fazer, aí, incidir o I.C.M.

Estarão elas em substancial desconformidade com os serviços vinculados às finalidades essenciais do I.B.C. ou delas decorrentes? Se isso não se verificar, força é entender enquadradas essas atividades no âmbito da imunidade tributária definida no art. 19, III, a) e § 1º, da Constituição, verbis:

«Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I e III — omissis:

III — Instituir imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros.

§ 1º — O disposto na alínea «a» do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes;» (...).

3. A teor do disposto no art. 1º da Lei nº 1.779, de 22-12-1952, que criou o IBC, dando outras providências, destina-se essa entidade autárquica «a realizar, através das diretrizes constantes desta lei, a política econômica do café brasileiro no país e no estrangeiro», devendo a tanto adotar diretrizes de ação definidas no art. 2º do mesmo diploma legal, dentre elas, conumerando-se o aperfeiçoamento do comércio e dos meios de distribuição ao consumo, inclusive transportes (art. 2º, e), incumbindo-lhe, nessa ordem, «regulamentar e fiscalizar o trânsito do café das fontes de produção para os portos ou pontos de escoamento e consumo e o respectivo armazenamento, e, ainda, a exportação, inclusive, fixando co-

tas de exportação por porto e exportador (art. 3º, II), bem como «defender preço justo para o café, nas fontes de produção ou nos portos de exportação, inclusive, quando necessário, mediante compra do produto para retirada temporária dos mercados (art. 3º, VII), interferindo diretamente na programação de remessas para portos nacionais e estrangeiros, se necessário, dificultando-as e, mesmo, tornando-as inviáveis, presente o interesse nacional (art. 3º, VIII).

Explicitando, na espécie, suas operações, assevera o IBC (fls. 9) que «não explora, na acepção exata da palavra, nem mantém «serviços de compra e revenda de mercadorias». Adquirindo cafés ao produtor ou comerciante, o que a Autarquia faz, em nome e por conta da União, é subtrair temporariamente o produto do mercado, impedindo a hipertrofia da oferta na esfera internacional, ao mesmo tempo em que garante um preço mínimo, de acordo com o fixado pelo Conselho Monetário Nacional, assegurando ao agricultor colocação justamente remunerada para a safra. Por consequência, os cafés assim obtidos passam a integrar os estoques governamentais, os quais se encontram sob a administração do Instituto, que os entrega, parte deles, depois, ao consumo interno, como executor da política econômica nacional de subsídio desse consumo, sem outra contraprestação além do pagamento do valor correspondente à embalagem da mercadoria. Daí sustentar que a operação, que tanto inclui o fornecimento direto às torrefações, quanto as remessas para as Agências do IBC em outros Estados, que se encarregam daquele fornecimento, não cabe no conceito de exploração ou manutenção de serviço de compra e revenda, de que se utilizou o § 4º do artigo 58 do Código Tributário Nacional, ali introduzido pela alteração 6ª do artigo 3º do Ato Complementar nº 34.»

Noutro passo, aduz-se (fls. 9): «A outra parte dos cafés adquiridos pelo IBC é endereçada a entrepostos situados no exterior, o que, de igual modo, não se identifica com o critério de incidência exposto linhas atrás. Cuida-se, tão-só e simplesmente, de transferência de estoques da União para atender a compromissos internacionais por ela assumidos em tratados bilaterais.»

Pertencendo a estoques governamentais, na execução da política econômica ditada pelo Governo federal, nesse setor, e executada pelo IBC, os cafés sob a guarda dessa autarquia, ou por ela movimentados, na consecução de seus fins essenciais, — não há deixar, in casu, de tê-los como há, na execução da política econômica do café brasileiro no País e no estrangeiro, ver no IBC mero organismo comum de comércio, colimando operações nitidamente mercantis, com intuito de lucro imediato. O documento de fls. 206, expedido pelo Banco Central do Brasil, explicita «que os recursos destinados às compras de cafés pelo Instituto Brasileiro do Café são provenientes do Fundo de Reserva de Defesa do Café, que é controlado pelo Conselho Monetário Nacional e administrado por este Banco Central. Trata-se de recursos do Governo Federal, com aplicação específica, destinando-se, inclusive, à compra de cafés para o próprio Governo.» Também documento de fls. 207 o Tribunal de Contas certifica «que, do quadro analítico de detalhamento da despesa do Instituto Brasileiro do Café, aprovado pela nº 164, de 9 de janeiro de 1968, do Ministério da Indústria e Comércio, não consta dotação que expressa e especificamente se destine à compra de café».

Nessa linha, destacou acerca do IBC o ilustre Ministro Themistocles Cavalcanti, no voto que proferiu no início do julgamento do Mandado de

Segurança nº 18.809, no egrégio Supremo Tribunal Federal:

«O Instituto não é uma casa de negócios, mas é um órgão técnico, de extrema sensibilidade e que age sempre por ordens do Governo e obediente à sua política.

Não tem recursos próprios e, por isso mesmo, se socorre dos recursos da União através de um fundo constituído pelos próprios agricultores, fundo de defesa do café, mas que pertence à União e que é manipulado através do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional.»

Estou, efetivamente, na análise das atividades realizadas, nesse plano, pelo IBC, em que não é possível deixar de tê-las como vinculadas às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Na sentença que prolatou, a propósito da matéria, o ilustre professor Manoel de Oliveira Franco Sobripho, então Juiz Federal da 1ª Vara, da Seção Judiciária do Estado do Paraná, teve ensejo de, no particular, proclamar (fls. 97):

«XXVI — No mérito, não há como discutir: as operações do Impe-trante não são de natureza comercial, de vez que os cafés adquiridos passam a integrar o estoque governamental, ficando o IBC como executor de uma política de consumo que é da União;

XXVII — Assim não fosse desvirtuadas estariam aquelas «finalidades essenciais» que definem a autarquia, encarecendo o produto café, onerando a produção e dificultando a transferência do estoque da União para o atendimento de compromissos internos e internacionais;

XXVIII ° — Trata-se, no melhor entendimento jurídico, de serviços que o IBC presta à União Federal, resguardado de qualquer ação fiscal, muito menos de pagamentos de tributos que, em última análise,

seriam pagos pela nação à unidade federada.»

4. Quando da mais recente apreciação da matéria, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 18.991, 18.809 e 19.097, renovado a partir de 14-8-1974 e concluído a 16-10-1974, o eminente Ministro João Leitão de Abreu, de forma magistral, exaustivamente, examinou a jurídica controvérsia, nestes termos:

«2. Os mandados de segurança se ajuizaram sob a Constituição de 1967, não alterada, na parte que ao caso interessa, no tocante à imunidade das autarquias, pela Emenda nº 1, de 1969.

Dizia a Constituição de 1967, artigo 20, III, a, que «era vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros», norma reproduzida, *ipsis litteris*, no artigo 19, II, a, da Emenda Constitucional nº 1. «O disposto na letra «a» do nº II» — acrescentava, no parágrafo 1º, o artigo 20 da Constituição de 1967 — «é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes...», regra também repetida, em termos praticamente idênticos, na Emenda nº 1, artigo 19, § 1º.

Quanto às chamadas pessoas jurídicas de existência necessária, isto é, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o texto constitucional veda, sem restrição explícita, instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. Ao estender, contudo, essa imunidade às autarquias, especifica o mesmo preceito constitucional que dita imunidade «se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades ou delas decorrentes.»

O confronto entre a forma pela qual a imunidade é estabelecida a respeito das pessoas jurídicas de existência necessária e o modo pelo qual é assegurada às autarquias, também denominadas, em relação às primeiras, pessoas menores, revela, sob um aspecto, uma coincidência, bem como uma discrepância, ao menos aparente, sob outro aspecto.

«A coincidência reside no objeto sobre o qual a imunidade aos impostos recai: o patrimônio, a renda ou os serviços. A discrepância está em que os serviços das autarquias, aos quais a imunidade se garante, são os vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes.

«A norma constitucional, aludindo a serviços, se refere, quando trata da União, Estados, Distrito Federal, indubitavelmente, aos serviços públicos, sem designar, como não era mister que fizesse, as notas essenciais à sua conceituação, porquanto essa tarefa incumbe, na realidade, à doutrina e à jurisprudência. Em termos de doutrina ou ciência do direito, a noção de serviço público se acha traçada, de modo lapidar, pelo Professor Ruy Cirne Lima, quando, em livro clássico, «Princípios de Direito Administrativo», escreve: «Serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa». Tito Prates da Fonseca disse, admiravelmente: «Como em todas as coisas, predominam, na matéria considerada, as duas causas — eficiente e final. A causa final está no objetivo: prestação ao público. E o que vemos, por exemplo, nos estabelecimentos comerciais. Intervém,

então, a causa eficiente da prestação para restringir a extensão do conceito e enriquecer-lhe a compreensão. Não há serviço público que não seja, direta ou indiretamente, prestado pela administração ou pelo Estado». «Mas entre as duas causas, acrescentemos» — prossegue Ruy Cirne Lima, — «a final governa a eficiente: porque existencial relativamente à sociedade, é que a prestação ao público tem de ser executada, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa. Reside o traço característico principal do serviço público, portanto, na sua condição de existencial relativamente à sociedade. E como administração se diz assim a atividade como o agente desta, também serviço público diz-se, assim a prestação ao público, como a organização de bens e pessoas, constituída para executá-la» (3ª ed., pág. 84).

«Não constitui o caráter existencial, definidor do serviço público, categoria lógica, independente, nos seus elementos conceituais, à circunstância social, às influências contingentes de tempo e lugar. Corresponde, pelo contrário, à noção histórica, cuja determinação, ensina, pouco adiante, o insigne administrativista brasileiro, «faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados, tratando-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço» (op. cit., pág. 87).

«Está acima de dúvida que se configura como serviço público, que cabia na competência da União, pelo seu caráter existencial em relação a essa pessoa jurídica de direito público, o de prover à gestão da política econômica e financeira do café brasileiro no País e no estrangeiro. Dependia do seu prudente arbítrio prestar esse serviço diretamente, por intermédio dos órgãos pertencentes à adminis-

tração centralizada ou confiar esse encargo, por via de técnica especial de descentralização de serviço, a entidade dotada de personalidade jurídica, já existente ou instituída especialmente para esse fim. Inclinou-se a União por este último alvitre e confiou esse serviço ao Instituto Brasileiro do Café, criado ou restabelecido, como sinala mestre Baleeiro, pela Lei nº 1.779, de 22 de fevereiro de 1952. O serviço que a pessoa matriz arredou de si, para atribuí-lo a pessoa menor, descentralizada, tirada do seu próprio ser, era, indubitavelmente, serviço público, no seio da pessoa matriz, continuando como tal, indubitavelmente também, no âmbito da pessoa jurídica com que, pela sua virtude criadora, acresceu o número de protagonistas no mundo do direito. Na definição dos meios que o IBC pode manipular para execução do serviço público, que lhe foi incumbido, a União, na lei referida, define, com precisão, as feições do próprio serviço, em cujos traços entram, exemplificativamente, além das linhas mais gerais, os de defender preços, inclusive mediante compra para o exterior e impedir a exportação para efeito do controle cambial, bem como adotar outras medidas implícitas na lei.»

«Identificam-se esses meios, na estreita e incidível relação em que se acham com os fins para os quais são facultados, com os objetivos do próprio serviço público, em cujo ser se integram necessariamente. Uma vez que se habilita o Instituto a defender preços, inclusive mediante compra para retirada temporária dos mercados, habilitada se acha, também, essa autarquia a recolocar o café no mercado, mediante venda. Poder-se-ia argüir que tal atividade não é essencial ao IBC, visto como este poderia se abster de exercê-la. O argumento, entretanto, não colheria,

pois, em nenhuma hipótese, poderia o IBC, renunciar ao exercício dessa competência, desde que a competência não constitui direito do órgão, suscetível, como tal, de renúncia, figurando, ao invés, como poder, do qual é inseparável a noção de dever, que pode deixar de ser exercitado, se não conveniente, ou oportuno, mas que há de ser usado, se imposto o seu exercício por exigência resultante do interesse público.

«3. Prescreve a ordem constitucional, quer no texto da Carta Política de 1967, quer no da Emenda nº 1, como já se demonstrou, que a imunidade aos impostos é extensiva às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Ao estabelecer a imunidade quanto aos serviços vinculados às finalidades essenciais das entidades autárquicas, anteviu o sistema constitucional que essas entidades, ao lado de serviços vinculados às suas finalidades essenciais, poderiam ser levadas ao desempenho de outros serviços, estranhos àquelas finalidades. Deixou implícito, pois, o ordenamento constitucional, quando assim regula a imunidade das autarquias que não estão elas protegidas pela imunidade, quando não se circunscrevem às finalidades essenciais e persigam outros fins que entre os essenciais não se incluem.

«Esse princípio, aliás, não se restringe às entidades autárquicas, vigorando, igualmente, como está explicitado, em lei ordinária, no tocante aos serviços executados diretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Nele não se fixa, em verdade, algo que seja restrito às autarquias, mas regra geral, cujo escopo consiste em não manter a prerrogativa da imunidade, quan-

do os entes públicos, a par dos seus fins essenciais, se proponham outros fins, que envolvam a invasão do campo deixado à iniciativa privada, onde deve imperar a livre concorrência.

«4. Já que se estabelece a discriminação entre finalidades essenciais e finalidades não essenciais, cumpre que, em cada caso, se apure se essencial ou não aos fins da entidade o serviço posto em obra pelo ente público, ou seja, pela autarquia, pois quanto a ela, o IBC, é que, na espécie, se investiga se essencial, ou não, à sua finalidade o serviço a respeito do qual se pleiteia imunidade de imposto.

«De parte o sentido erudito ou filosófico da expressão, uma vez que figura em frase concebida no campo do direito positivo, cumpre que se lhe perquiria o significado comum ou corrente. Diante disso, por finalidade essencial deve entender-se a finalidade capital, primordial, específica que presidiu à instituição da entidade, capitulando-se como serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes os que se acharem instrumentalmente ordenados, numa relação, direta e imediata, de causa e efeito, à execução desses fins.

«Finalidade primordial, específica ou capital do IBC, segundo já se verificou, é prover «a política econômica do café brasileiro no País e no estrangeiro», fixando-lhe diretrizes amplas. Entre os instrumentos dessa política se inclui a defesa de preços do café, inclusive mediante compra para retirada temporária dos mercados. Como a retirada dos mercados, por meio da compra do café, deve ser temporária, a aquisição do café implica, necessariamente, a sua venda, para o seu reingresso, na ocasião oportuna, nos mercados, de acordo com a política de preços estipulada

segundo a finalidade essencial da autarquia. Intuitivo é, conseguintemente, que a compra e venda do café, pelo IBC, para regulação do seu preço no mercado, resulta de serviço vinculado às finalidades essenciais dessa autarquia, desde que a compra e venda de café é um dos meios impreteríveis para que essas finalidades possam atingir-se. Submeter a imposto, assim, a venda do café, realizada nessas condições, contravém, flagrantemente, a imunidade constitucional que recobre os serviços das autarquias vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

«5. Argüi-se, todavia, que a imunidade das autarquias, no que toca ao Imposto de Circulação de Mercadorias, se acha excluída, explicitamente, pelo Ato Complementar nº 34, de 1967 e pelo Decreto-Lei nº 406, de 1968, que, modificando a redação do dispositivo correspondente do Ato Complementar citado, prescreveu: «Consideram-se também contribuintes (do ICM) os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem».

«Como essa norma jurídica, que teve a sua origem em preceito estatuído no Ato Complementar nº 34, declara contribuintes do ICM, nas condições que estabelece, os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, sustenta-se que, enquanto vigorar essa prescrição legal, o IBC, como autarquia federal, está sujeito, nas operações de venda do café, ao ICM. Em razão disso, nega-se o mandado de segurança, visto considerar-se que concorrem.

na espécie, todos os requisitos da legislação federal para que se sujeite a impetrante ao ônus de contribuinte do referido tributo. Em última análise, afasta-se, pois, a incidência do preceito constitucional que outorga a imunidade para reputar-se aplicável norma de lei ordinária que obriga ao imposto.

«6. Estou persuadido, no entanto, de que não são incompatíveis entre si o preceito constitucional que garante a imunidade e a regra de lei ordinária que erige os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais e municipais em contribuintes do ICM. Estou em que, ao invés de repugnantes entre si, esses princípios jurídicos se conciliam e se harmonizam sem qualquer estridência de ordem lógica.

«Antes de mais nada, o próprio fraseado constitucional, ao estender a imunidade às autarquias, abre caminho para a legislação ordinária dispor sobre o assunto, quando distingue, implicitamente, entre serviços vinculados às finalidades essenciais e serviços não vinculados às finalidades essenciais das entidades autárquicas, estes sujeitos a impostos e aqueles imunes dessa carga tributária.

«A ratio da distinção procede da teoria econômica e social, que informa, nos seus cabeços de capítulo, o nosso ordenamento jurídico, no qual avulta, como elemento fundamental, o princípio de que «às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas», de maneira que «somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica». Isto posto, «na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de

economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações», ficando «a empresa pública que explorar atividade não monopolizada sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas». (Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, art. 163 e parágrafos, e Emenda nº 1, art. 170 e parágrafos).

«Cada vez se pede ao Estado contemporâneo maiores e mais amplas prestações, aprofundando-se ou expandindo-se a sua função de planejar e dirigir a vida social, A sua intervenção, direta ou indireta, notadamente no campo das relações econômicas, se distende e amplia de instante a instante. Pela impaciência, pela sofreguidão e até extravagância com que o poder público procura, não raro, em toda parte, na sua louvável diligência e no seu explicável apressuramento, acudir ao que dele se exige, caberia dizer, em certas circunstâncias, do agir estatal, quando tangido por injunções imperiosas da vida moderna, o que disse, certamente dormitando, certo folhetinista francês de uma de suas personagens, a qual, afirma o escritor, cavalgando o seu corcel, disparou, a galope, ao mesmo tempo, em todas as direções.

«Diante desse quadro, que é universal, nas economias neocapitalistas e fora delas, o constituinte brasileiro concluiu, com realismo, que não era bastante traçar limites normativos à intervenção dos órgãos do Estado na ordem econômica, porquanto lhe pareceu, seguramente, que não seria possível frear, em razão de tendências inevitáveis do mundo contemporâneo, incursões, freqüentemente impreteríveis, do poder público na órbita das atividades que, em princípio, deveriam ficar circuns-

critas à livre iniciativa ou, mais precisamente, à esfera dos empreendimentos de ordem privada.

«Para tutelar, pois, em tais emergências, a iniciativa privada, impedindo que esta, pela competição, armada dos privilégios que acompanham a ação do poder público, inevitavelmente se estiolasse e se reduzisse à impotência, o ordenamento constitucional assentou, com prudência, o postulado de que, quando tal ocorresse, o Estado, isto é, o poder público, ficaria sujeito às regras, melhor dito, aos encargos que, na exploração da atividade econômica, estão subordinadas as empresas privadas.

«Esse postulado de igualdade inspira, fundamentalmente, o dogma constitucional da imunidade, naquilo que entende com as autarquias, não sujeitas a impostos quanto aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes, porém submetidas à lei do tributo quanto a serviços por elas instituídos, sem que estes a tais finalidades estejam vinculados, a saber, quando serviços extravagantes em relação aos fins substanciais da entidade autárquica. Com isso se obsta que as entidades autárquicas se intrometam, a coberto das prerrogativas de pessoas jurídicas de direito público, em domínios que não sejam aqueles discriminados pela atividade em que estejam, cogente e necessariamente, destinados a atuar.

Razão grave, também de ordem institucional, existe, de outra parte, para que se tenha cuidado, com particular empenho, de disciplinar a posição dos órgãos da administração direta ou indireta, federais, estaduais ou municipais, no tocante ao imposto sobre circulação de mercadorias. Também a esse respeito o legislador federal, com a maior clarividência e senso de oportunidade, se deixou guiar, na

elaboração dos princípios que, a tal propósito, estabeleceu, pelo imperativo de fazer com que a regra da igualdade ou da uniformidade desse tributo se cumprisse de modo a prevenir dificuldades e prejuízos para a economia nacional. Ao ser instituído o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias acudiu, desde logo, ao legislador federal que poderia ser ele convertido em instrumento de guerra tributária, movida pelos Estados, se permitindo que estes, a seu talante, concedessem, livremente, as isenções ou reduções, que lhes aproovessem, aos produtos por eles tributáveis, a fim de lhes conferir condições de concorrer, no mercado nacional, com produtos iguais ou semelhantes, oriundos desta ou daquela unidade da Federação.

«A preocupação de impedir guerra tributária deflagrável, mediante isenções e reduções do ICM, entre regiões econômicas do País, está claramente expressa, assim em considerando do Ato Complementar nº 34, de 1967, como nos preceitos nele consagrados. No seu primeiro considerando, assevera esse Ato Complementar «que a concessão de isenções, reduções e outros favores fiscais no que se refere ao imposto sobre circulação de mercadorias constitui matéria de relevante interesse para a economia nacional e para as relações interestaduais. Em outro considerando se enuncia «que por motivos relevantes de interesse nacional se faz necessário dar plena efetividade à solução convencional do problema da harmonização das políticas estaduais de isenções e reduções de imposto sobre circulação de mercadorias».

«Perante essas idéias, matrizes das prescrições jurídicas estabelecidas nesse Ato Complementar, é que cumpre apurar a inteligência do princípio nele posto, quando de-

termina que «os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitos ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias».

«Fala-se aí de exploração ou manutenção de serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, para sujeitar os órgãos que assim procedem ao imposto sobre circulação de mercadorias. Ao expressar-se destearte quis o Ato Complementar nº 34, como decorre dos objetivos declarados que presidiram à sua elaboração, referir-se à compra e venda de mercadorias a que, por via oblíqua, se pretenda, na realidade, conceder reduções, isenções ou outros favores fiscais. Não se quer, em outras palavras, que os órgãos da administração direta ou indireta, de todas as ordens, a pretexto de executar serviços que lhes sejam próprios, na realidade se desviem de seus fins, de suas finalidades essenciais, como diz a Constituição, para propiciar isenções, reduções ou outros favores fiscais no que se refere ao imposto sobre circulação de mercadorias. No propósito do aludido Ato Complementar não podia se conter, segundo a exegese que, em tal hipótese, importa se lhe dê, contravir à regra da imunidade de impostos, quando a entidade autárquica, por ela protegida, desempenhe serviço vinculado às suas finalidades essenciais.

«A regra que limita o poder de outorgar isenções de impostos passou da Constituição de 1967 para a

Emenda nº 1, de 1969, pela qual se torna esse poder, exercitável por motivo de relevante interesse social ou econômico nacional, privativo da União armada, por essa forma, de instrumento eficaz para obstar que se trave conflito entre os órgãos de administração direta ou indireta, em todos os planos, na defesa cada um dos interesses destes ou daqueles produtos, a fim de favorecer os de uma região em detrimento dos de outra.

«Justamente a esse princípio, isto é, a essa regra de igualdade, obedece a norma legal que sujeita ao imposto sobre circulação de mercadorias os órgãos da administração pública, direta ou indireta, nos termos definidos nesse preceito jurídico. Esses termos não vão ao ponto, entretanto, de elidir a imunidade assegurada a ditos órgãos, quanto a serviços essenciais às suas finalidades.:

E, rematando seu longo pronunciamento, asseverou o ilustre Ministro Leitão de Abreu:

«A questão que se poderá sempre propor é a de saber se tais serviços são essenciais, ou não, às finalidades do órgão, porque, se não o forem, ficarão a descoberto da imunidade. O debate poderá ferir-se em cada caso, dizendo o poder judiciário se a hipótese constitui, ou não, serviço vinculado às finalidades essenciais do órgão público de que se tratar. Isto é o que se faz, neste momento, constituindo minha convicção que, na espécie, o serviço de compra e venda de café, efetuado pelo IBC, é serviço vinculado às finalidades essenciais dessa autarquia ou delas decorrente, de sorte que se acha protegido pela imunidade constitucional.

«Toda a questão se restringe, pois, na sua substância, a saber se o serviço de compra e venda do café, pelo IBC, é, ou não, vinculado

às suas finalidades essenciais, não havendo investigar, se essencial a tais finalidades o serviço, se este é lucrativo ou não. Isto porque a idéia de lucro não entra na definição do serviço público, enquanto tal, por isso que o serviço público, na sua configuração própria, visa a utilidade outra; que não a de lucro. Também não assume relevo maior saber se o IBC, não pagando o imposto sobre circulação de mercadorias, transfere, quando haja acréscimo de preço entre a compra e a venda, esse tributo para o contribuinte de fato, porque a imunidade, no caso, pode constituir elemento fundamental para o delineamento e realização da política de preços que, no exercício de suas finalidades essenciais, lhe cumpre conduzir, como órgão preposto, pela administração federal, à realização desse transcendente encargo.»

Também o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, como novo relator do Mandado de Segurança nº 18.991-DF, na oportunidade reiterou o voto que proferira, no mesmo feito, quando se iniciara o julgamento, nestes termos:

«I, Nos RMS nºs 18.809, 19.097, 18.991, todos do DF, discute-se a mesma questão federal: — pode o Estado-Membro exigir do IBC imposto de circulação de mercadorias sobre operações dessa autarquia ou está ela protegida por imunidade fiscal recíproca, decorrente de sua condição de instrumentalidade econômica da União?

Recapitulando os debates anteriores, lembro que os Relatores, Em Min. V. Nunes e O. Trigueiro, votaram pela denegação da segurança, sob o fundamento de que, embora imunes as autarquias, como o IBC, no caso dos autos a exigibilidade do imposto de circulação fora determinada pelo próprio legislador federal, no art. 58, § 4º do Código Tributário Nacional (Lei

5.177/66), segundo a nova redação dada pelo Ato Complementar nº 34, de 30-1-67 Mas o Em. Min. R.B. Monteiro, relator do MS 18.991, pronunciou-se a favor da imunidade do IBC, como aliás já se decidira no RMS 16.539 — ES, por ele relatado.

O Em. Min. T. B. Cavalcanti concordou com o Em. Min. R. B. Monteiro em seu fundamentado voto, no qual depois de estudar analiticamente a natureza jurídica e econômica do IBC e de suas operações, conclui pela inaplicabilidade do Ato Complementar nº 34, a essa autarquia da União.

II. Depois de meditar longamente no assunto, que me preocupa há mais de 20 anos, desde antes do regime de 1946, data venia dos Em. Min. Nunes e Trigueiro, acompanhado os votos dos Em. Min. R. D. Monteiro e T. B. Cavalcanti, pelos fundamentos que já apresentaram, aos quais peço licença para acrescentar breves comentários.

Não tenho a menor dúvida de que a Pessoa de Direito Público, amparada por imunidade recíproca, inclusive para suas autarquias e empresas, pode validamente abrir mão desse direito e sujeitar-se *sponte sua* ao imposto de outra, desde que o faça de modo inequívoco em lei. Nisso, estamos todos de acordo e há razões graves para essa renúncia, o que já foi estudado alhures, — a posição de «L'Etat Contribuable» (Blanchet, *Les Services Publics en Régie devant L'Impôt*, 1937, p. 22).

Pode, por outro lado, o Estado utilizar a empresa como técnica de cobrança do imposto exigindo altos preços do monopólio: — p. ex., a régie francesa ou italiana de fumos, os estancos coloniais, ainda hoje mantidos no Peru, etc..

É recomendável que a Pessoa de Direito Público se sujeite a tribu-

tos, quando sua política econômica desêja manter o regime competitivo com a sobrevivência das empresas privadas concorrentes (caso da Usina Siderúrgica Nacional, do Vale do Rio Doce, da Renault francesa, etc.).

É recomendável que o faça igualmente, quando um serviço centralizado, — p. ex., um dos armazéns reembolsáveis das Forças Armadas — compra artigos de consumo diretamente aos produtores e os revende sem lucros a militares e trabalhadores públicos, sem qualquer lucro, suportando ainda os custos do local público e da parte do pessoal utilizado: — a exclusão do imposto, que, pela repercussão, toca aos consumidores, seria um favor desmesurado a particulares, porque suportados por todos os cidadãos que não dispõem dessas facilidades.

III — Penso que é a esses casos, — e não ao do IBC — que se refere o § 4º do art. 58 do Código Tributário Nacional na redação do AC nº 34/1967:

«§ 4º do art. 58: Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitos ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.»

O dispositivo não me parece um primor de técnica legislativa pois, interpretado literalmente, só tolera a tributação se o ICM incidir sobre «mercadorias de sua produção, isto é, a dos órgãos públicos, em exclusão, portanto, das mercadorias compradas para revenda. Mas concede que o alcance desse § 4º do art. 58 vai até os produtos de ter-

ceiros que a Pessoa de Direito Público comprar para revender ao seu pessoal ou mesmo ao público.

A SUNAB, por exemplo, se comprar alimentos e os revender aos retalhistas ou aos consumidores; a Petrobrás, nas mesmas condições, pelo que compra e revende a seus trabalhadores; os reembolsáveis das Forças Armadas, se revende não só aos militares, mas também a particulares, como fez o da Bahia, obrigando-me a contínuas reclamações ao Gen. Comte. da Região, etc., etc. Deve pagar a Fábrica de Munições do Exército, em Piquete, pelos produtos químicos que prepara e vende como matéria prima a industriais, para não sofrer capacidade ociosa, etc.? É uma questão de política fiscal.

IV. Outro, inteiramente outro, é o caso do IBC, órgão federal de intervenção no mercado do mais vultoso dos produtos nacionais exportáveis e geradores de divisas para equilíbrio do balanço de pagamentos, no qual entra com 44,5% de nossas exportações. Desde o Governo de Prudente de Moraes, pelo menos, há 70 anos, as mensagens anuais dos Presidentes ao Congresso refletem as angústias dos Governos em relação ao café no mercado externo, causa da política de intervenção franca desde o Convênio de Taubaté, em 1906, assim como da criação do DNC, do IBC e remodelações desses órgãos. (Almir Andrade, História Administrativa, reproduz os trechos das várias mensagens durante 50 anos).

Quando a União criou, ou melhor, restabeleceu o IBC pela Lei nº 1.779, de 22-2-1952, declarou-o destinado «à política econômica do café brasileiro no País e no estrangeiro fixando-lhe diretrizes (art. 2º) e concedendo-lhe atribuições de verdadeiro ditador econômico-financeiro daquele produto (art. 3º). Assim, pode estabelecer o

trânsito e os limites de entrada do café nos portos (art. 3º, nºs 2 e 3); manter o equilíbrio estatístico (id., nº 4); definir tipos e assegurar o abastecimento interno (nº 5); defender preços, inclusive mediante compra para retirada temporária dos mercados (art. 3º, nº 7); fiscalizar esses preços para o exterior e impedir a exportação para efeito do controle cambial (art. 3º nº 8); adotar outras medidas implícitas na lei (art. 3º, § 1º); cobrar taxa por saca de café (art. 24); gozar dos privilégios processuais da Fazenda Pública (art. 32), etc., etc.

Como manter o equilíbrio estatístico da produção e exportação, como defender preços, se tolerar tributação dos Estados? Não são os impostos umas das parcelas de custo formadoras do preço? Quando a lei dá os fins, concede também os meios. É velho, desde Hamilton.

Por outro lado, temos todos aqui idade bastante para nos recordarmos dos milhões de sacas de café incinerados pelo DNC, antecessor do IBC, assim como vimos em época recente e ainda hoje o chamado «confisco cambial», que permite à União apoderar-se de cerca de 50% do valor do produto em detrimento dos produtores, além da erradicação de milhões de cafeeiros em alguns Estados.

Tudo isso dá uma idéia das funções públicas e políticas do IBC que vive da União e para a União, como autoridade *sui generis* da política cafeeira e não como órgão de revenda daquela mercadoria para lucro. Seria mais exato dizer para prejuízo, pois nessas vendas, é segredo de Polichinelo, no mercado interno, o café vem sendo entregue aos torradores por cerca de 10% de seu custo real.

Tudo isso está bem resumido no voto claro do Em. Min. T. B. Cavalcanti, quando caracteriza o

IBC, como «autoridade» e não como empresa comercial, — o próprio Estado e não uma empresa comercial do Estado.

V. Nesse assunto e noutros, temos de recorrer aos precedentes dos E.U., de onde importamos a construção pretoriana da imunidade recíproca para incorporá-la, desde 1891, ao nosso Direito escrito. Lá, distinguiu-se entre os poderes governamentais propriamente ditos, e as explorações comerciais industriais, quando se trata de Estados-Membros (*private business ou proprietary character*). Estas podem ser tributadas se estaduais (*South Carolina vs. US*, de 1905; *Allen vs. University of Georgia*, de 1938; *NY vs. US*, de 1946, caso da *Saratoga Springs*).

Más a recíproca não é verdadeira: — se a exploração industrial ou comercial é da União, prevalece sempre a imunidade recíproca. Ver., p. ex., *Ashvander versus Tennessee Valley Authority*, de 1936, reconhecida a imunidade da energia elétrica vendida por essa autarquia federal.

Todavia, não se pode esquecer a frase melancólica do Justice Jackson em *US vs. Allgheny County*, de 1944: — «olhando-se para o passado, é fácil ver-se que a linha entre o tributável e o imune foi traçada por mão vacilante.»

Mas Claudius Johnson insiste em que perdura a imunidade federal nos casos comerciais e industriais em que desaparece a imunidade estadual;

«Consequently, a state may not, without the consent of Congress tax a function of the national government even though Congress may tax state government performing the same function.»

(*Government in the US*, 1941, p. 48 — e também *MUNRO, Government US*, 1950, p. 372/3).

Ponto a salientar é que, no caso dos autos, não há possibilidade de o gravame ser transferido para terceiros na fase atual do Brasil: — No mercado externo, os preços estão sujeitos a cotações internacionais que não dependem das autoridades brasileiras; no mercado interno, o café se vende com 80 a 90% de perda para o IBC, isto é, o Tesouro.

VI. Por último, mas de certo não menos importante:

— O IBC impetra a segurança com a inteira solidariedade da União, expressa no fato de o Procurador-Geral da República assinar todas 3 petições de mandado.

VII. Por essas razões, que não são todas, com a devida vênia dos Em. Mins. V. Nunes e O. Trigueiro, acompanho os votos dos Em. Mins. P. B. Monteiro e T. B. Cavalcanti, deferindo a segurança.»

E, reiterando seu entendimento, a 16-10-1974, afirmou o insigne Ministro e mestre ilustríssimo de Direito Tributário no Brasil, *verbis*:

«Sr. Presidente, sem revolver tudo isto, que já tem sido tantas vezes debatido aqui em três casos, retardados há três ou quatro anos, intencionalmente, a pedido das próprias autoridades interessadas — e ainda há pouco novamente objeto do brilhante voto do eminente Ministro Leitão de Abreu —, queria recordar que o IBC age, aí, não como empresa pública, mas como autarquia que funciona como uma instrumentalidade técnica do Governo Federal para a política do café, produto, como se sabe, que tem como maior vendedor a União Federal. Ninguém ignora a importância que tem o café na balança de pagamentos, de sorte que a própria estabilidade da moeda, internamente ou no comércio internacional, depende do volume das operações do café. O Instituto é o órgão que faz o equilíbrio estatístico,

regulando o consumo interno. Enfim, tem várias funções de interesse do Governo Federal. Dessarte, aí, estariam os Estados interessados tentando tributar uma atividade federal, ou um serviço público federal, de vital importância para a vida do País.»

Também o Sr. Ministro Antônio Néder, após pedido de vista, declarou haver formado juízo «que se harmoniza com o dos votos dos nobres Ministros Aliomar Baleeiro e Leitão de Abreu.»

A sua vez, o eminente Ministro Thompson Flores proclamou:

«A meditação que fiz sobre o caso que se arrasta desde 1968 convenceu-me de acerto da corrente aceita pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro, considerando a posição do IBC. É ela tal qual S. Exa. descreve, a de um regulador de preços, missão da União, por óbvias razões, delegada. É a própria União que está em juízo. Não quero com isso recuar da posição por mim tomada nos casos de impostos que indiretamente possam caber, via reflexa, indireta ou oblíqua, sobre a União, ICM e outros.

São hipóteses diversas e fundadas em razões diferentes.

Estou com o voto de S. Exa., com os preciosos subsídios trazidos pelo eminente Ministro Leitão de Abreu.»

Na mesma linha, votou o ilustre Ministro Djaci Falcão, *in verbis*:

«Sr. Presidente, também me incluiu no sentido dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Aliomar Baleeiro e Leitão de Abreu, acolhendo a imunidade tributária em relação ao IBC, à vista do alcance da locução «aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes», contida no § 1º, do art. 20, da Constituição de 1967.

Não resta dúvida de que o IBC tem por finalidade específica prover a política econômica do café brasileiro, quer internamente, seja externamente. Assim, a compra do café, com objetivo de regular o seu preço no mercado, promana do serviço vinculado à finalidade essencial da autarquia. Ai, o órgão público vendedor exercita uma função pública, sem possibilidade de transferência do ônus fiscal para o comprador, consoante observa o eminente Ministro Aliomar Baleeiro.

Além disso, como bem ponderou em seu voto o eminente Ministro Leitão de Abreu, o Decreto-Lei nº 406, de 1968, não importa em óbice ao reconhecimento da imunidade prevista no citado § 1º, do art. 20, da Carta de 67.

Na hipótese, afigura-se-me inexigível o ICM por força da imunidade.»

O insigne Ministro Eloy José Rocha, à época, Presidente da Alta Corte pronunciou-se, neste termos na mesma linha de compreensão da matéria:

«data venia da corrente contrária, de acordo com a conclusão do voto do eminente Ministro Aliomar Baleeiro, entendo ser inexigível o tributo.»

No voto que proferiu o Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, ao denegar o «writ», observou:

«Sr. Presidente: Como a questão está doutamente debatida, eu me permito, por isto, proferir voto sem maior exame dos autos, pedindo vênia ao eminente Ministro Aliomar Baleeiro e, já agora, ao eminente Ministro Leitão de Abreu para, sem embargo de acolher as considerações de ordem doutrinária, acompanhar o voto do eminente Ministro Oswaldo Trigueiro. Porque a comercialização do café não constitui, a meu ver, finalida-

de essencial do Instituto Brasileiro do Café que tem por finalidade regular o comércio do café, mas não, necessariamente, adquirir e vendê-lo.

Por estas considerações indefiro a segurança».

A esse voto replicou o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, nos seguintes termos:

«Eminente Ministro Rodrigues Alckmin, permita-me.

Na época, o Instituto comprava o café. Uma parte era destinada ao mercado externo, vendida aos preços internacionais com grande margem de diferença a favor do Tesouro, o que servia para manter o equilíbrio do balanço de pagamentos, necessariamente o próprio valor interno, aquisitivo da moeda; — Em outras palavras: um meio de combate à inflação. Ao lado disso, o Instituto tinha uma espécie de cota de sacrifício: uma parte desse café era vendida a preços abaixo do custo, abaixo da cotação internacional, para consumo interno do País.

Estes autos, ao que me parece, têm quatro ou cinco anos e fazem referência, inclusive, ao dispositivo. Mas, num outro caso que versava outro assunto, examinei a questão.

Houve época, em que, por exemplo, se usava tingir o café. Ele era corado e pintado pelo Instituto, para que fosse vendido abaixo do preço para o mercado interno, não fosse desviado, e transferido para o mercado externo. Durante muito tempo se fez isso, sendo até estabelecidos os portos para a entrada do café e os portos para sua saída.

Além dessa noção que me ficou por ler a lei, sofri, na própria carne, como caixa, como Secretário da Fazenda, do Estado da Bahia, a dureza da luta para evitar o contrabando. Com o café obtido por

torrefação, vendido a um preço abaixo do oferecido pelo mercado externo, os embarques clandestinos para Suriname, para a Guiana Francesa e para o porto de Nova Orleans eram invencíveis. Tive que lutar prendendo navios com a utilização de força. A função do Instituto era, realmente, de ordem pública.»

Tomou-se, afinal, a decisão do Pretório Excelso, acerca da espécie, estes termos:

«Deferindo mandado de segurança do IBC, contra os votos dos Ministros Oswaldo Trigueiro, Bilac Pinto e Rodrigues Alckmin, impedido o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque.» (D.J. de 22-10-1974).

De todo o exposto, data venia, não entendo que razão assista, dessa sorte, ao eminente Ministro Amarílio Benjamin, quando, em seu brilhante voto, após afirmar que «O IBC, intervindo no mercado do café, é o executor da política cafeeira nacional, de modo a aperfeiçoar e garantir a produção, qualidade, comércio, distribuição e preço do café», e asseverar que, «Na essência, é o coordenador e delegado geral dos produtores de café do País», conclui: «Não entra assim em linha de conta a imunidade que lhe cabe, como autarquia. Para dispensa do tributo, faz-se necessário que lei especial de isenção disponha a respeito».

Penso que a matéria constitucional em exame concerne efetivamente aos limites da imunidade tributária das autarquias federais, como bem evidenciaram a *quaestio juris* os eminentes Ministros João Leitão de Abreu e Aliomar Beleeiro, em seus doutíssimos votos suso transcritos. A invocação ao Ato Complementar nº 34, de 30-1-1967, ao acrescentar o § 4º ao art. 58, da Lei nº 172, de 25 de outubro de 1966, ou ao Decreto-Lei nº 406, de 31-12-1968, que editou normas gerais sobre ICM (art. 6º § 1º, III) não

é de molde a desviar, data venia, a questão de seu leito constitucional próprio no art. 19, III, a) e seu § 1º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Nessa mesma perspectiva, não me parece, também, possível acolher, no plano do ICM, a colocação que, em termos genéricos, fez o ilustre Ministro Décio Miranda, transcrita no voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin, na colenda 2ª Turma, no julgamento do Agravo de Petição nº 34.712, referentemente à legitimidade da cobrança do ICM ao I.A.A., na venda de produtos da Destilaria Central Presidente Vargas, quando asseverou:

«Estabelecendo a imunidade recíproca, inclusive quanto às autarquias, consideram eles os impostos sobre o patrimônio, sobre a renda, sobre os serviços, assim especificamente tratados no Código Tributário Nacional. Não se excluiu a tributação recíproca sobre a produção e a circulação de bens.

Se uma autarquia estadual produz automóveis, sobre estes incidirá o Imposto Sobre Produtos Industrializados da União.

Inversamente, se a autarquia federal produz açúcar e álcool, sobre tais produtos recairá o tributo estadual, o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias.

A incidência generalizada dos impostos sobre produção e circulação de mercadorias, relativamente a cada espécie de bens, é essencial ao sistema econômico, para que as regras da livre concorrência tenham curso.

Se o produtor ou o intermediário oficiais ficam livres do tributo sobre a produção e a circulação que os particulares recolhem, deixa de haver a concorrência que, estimula os particulares a venderem mais barato e os organismos oficiais a produzirem com eficiência.

Dando aplicação prática a esse entendimento, autorizado pela Constituição, o Decreto-Lei n.º 406, de 31-12-1968, que estabeleceu normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, assim dispõe:

«Art. 6º — Consideram-se também contribuintes:

.....

III — os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais, que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.»

«Vê-se, assim, que, embora inserida a destilação de álcool anídrio entre as finalidades do Instituto do Açúcar e do Alcool (dir-se-ia melhor que o estímulo a essa produção pelos particulares é que corresponde a uma de suas finalidades essenciais), o produto resultante, que deve entrar no mercado sem privilégio em relação ao que deriva dos demais fabricantes, está sujeito, como este, ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias, cobrado pelo Estado-Membro. Isto posto, dou provimento ao recurso do Estado de Pernambuco, para julgar procedente a ação que, embora ajuizada como executivo fiscal, teve curso ordinário.»

Como negar, data venia, em hipótese como a ora sub judice, nos termos acima examinados, admitindo-se a incidência do ICM, se opere a tributação sobre serviço realizado pela autarquia, vinculado às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes? O eminente Ministro Leitão de Abreu ressaltou, lapidarmente, quase ao final do voto, verbis:

«Toda a questão se restringe, pois, na sua substância, a saber se o serviço de compra e venda do café, pelo I.B.C., é ou não, vinculado às suas finalidades essenciais, não havendo investigar, se essencial a tais finalidades o serviço, se este é lucrativo ou não. Isto porque a idéia de lucro não entra na definição do serviço público, enquanto tal, por isso que o serviço público, na sua configuração própria, visa a utilidade outra, que não a de lucro. Também não assume relevo maior saber se o IBC., não pagando o imposto sobre circulação de mercadorias, transfere, quando haja acréscimo de preço entre a compra e a venda, esse tributo para o contribuinte de fato, porque a imunidade, no caso, pode constituir elemento fundamental para o delineamento e realização da política de preços que, no exercício de suas finalidades essenciais, lhe cumpre conduzir, como órgão preposto, pela administração federal, à realização desse transcendente encargo.»

De todo o exposto, permissa venia, entendo que o IBC está imune à tributação pelo ICM, nas remessas de café, referidas na inicial, sendo contrários ao art. 19, III, a e § 1º da Constituição, quaisquer atos da Administração estadual no sentido de obrigar o Instituto Brasileiro do Café a efetuar o pagamento do imposto estadual em referência.

Inexistindo matéria residual a ser apreciada na Turma, como o proclamou o Sr. Ministro-Relator, à vista das conclusões supra, nego provimento aos recursos, para confirmar a sentença concessiva do mandado de segurança.

PELA ORDEM

O Senhor Ministro Amálio Benjamin: Srs. Ministros, depois de ouvir o longo, erudito e substancial voto do Sr. Ministro Néri da Silveira,

colocando-se em posição oposta à que tomei no presente caso, não deixa de ser uma temeridade de minha parte pedir a palavra, não para replicar a S.Exa, mas para, em torno do assunto, editar duas ou três considerações, visando, como sempre, a um melhor esclarecimento da controvérsia. Corro o risco, assim, em face do voto proferido pelo Nobre Ministro, apoiado nos pronunciamentos dos Eminentíssimos juriscônsultos que integram o Supremo Tribunal Federal, de, rigorosamente de improviso, fazer as observações que vou desenvolver.

No sistema brasileiro, temos como base principal a Federação, cuja forma é garantida independentemente de qualquer espírito ou propósito de reforma,

Estados se unem, compõem a União e mantêm sua autonomia, passando o órgão central a administrar os interesses gerais e desempenhar a representação internacional.

No Brasil, entretanto, a Federação, como muitos têm proclamado, no fundo, cada vez mais absorve os Estados. Somente os grandes Estados, cujas possibilidades econômicas lhes permitem obter, dentro da partilha tributária, rendimentos maiores, podem sobreviver. Os Estados menores cada vez enfrentam maiores dificuldades, precisamente devido a essa situação: os melhores impostos pertencem à União; a União se reserva o direito de criar novos impostos; a União é que tem atribuições, inclusive até, de conceder isenções estaduais e municipais.

De qualquer sorte, o princípio básico que sempre distinguiu a Federação, na sua essência, não desapareceu; tão forte ele é que a própria Constituição não se esqueceu de estabelecer no § 1º, do art. 13, o seguinte:

«Aos Estados são conferidos todos os poderes que explicita ou im-

plitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição».

Tenho eu que, colocado o tema da competência ou do uso dos poderes estaduais, mesmo que repercute nos interesses da União ou das entidades autárquicas ou outros entes em que ela se desdobra, para atender às suas finalidades, o primeiro cuidado na solução da controvérsia, é perquirir se há disposição constitucional dela decorrente, expressa, ou que reja o assunto e impeça o Estado de exercer a sua autonomia. Se não existir qualquer vedação, subsiste o poder do Estado.

No caso do ICM, a evidência do poder do Estado, para mim, salta aos olhos. O ICM é, na verdade, a renda substancial de que os Estados dispõem. Para reduzir o seu alcance, nos próprios termos em que a Constituição o estabeleceu e conferiu, é necessário que haja preceito claro de ordem legislativa superior. Do contrário, prevalece a regra que deflui do art. 13, § 1º.

Independentemente disso, força é considerar o assunto, a matéria transcende evidentemente o enfoque exclusivamente jurídico. Há de se considerar, antes de mais nada, o aspecto político e econômico do problema, de que, ao decidir essa matéria, não estamos nós examinando uma simples controvérsia do IBC ou do Estado do Paraná. O debate envolve interesse da mais alta relevância da Federação, que é a garantia de sobrevivência mínima aos Estados que a compõem.

É bem verdade que se desloca a questão para a imunidade, de que gozam a União e as entidades públicas em geral ou, ainda, a proibição de as entidades públicas, de caráter político, se taxarem umas às outras.

Estou de pleno acordo que se observe o que a Constituição dispõe, garantindo a chamada imunidade das autarquias — art. 19, § 1º.

Não compreendo, entretanto, que se dê extensão a esse princípio, de modo a anular a autonomia dos Estados, garantida também pela Constituição,

Dir-se-á: o IBC é autarquia e exerce a função de gestor da economia cafeeira. Perfeito. Dentro disso, o IBC traçaria as normas da política a ser adotada, fixaria os preços, estabeleceria os financiamentos necessários e tomaria as providências cabíveis à obtenção de um bom produto.

Entendo, contudo, data venia, que não está na compreensão das finalidades do IBC, comercializar diretamente o café e fazer o papel de intermediário entre o produtor e os compradores, sejam eles nacionais ou estrangeiros.

Imagine-se que, independentemente dessas operações a que o IBC se arrogou, a política geral cafeeira se exercitasse, mas deixasse livre os negócios, somente os supervisionando. Os Estados, em conseqüência disso, sem qualquer conflito, cobriam naturalmente os tributos cabíveis.

O IBC, entretanto, dilata a sua intervenção, estabelece intermediação especial e passa a fazer os negócios que deveriam ser feitos pelo particular. A prevalecer a imunidade pretendida, é como transferi-la ao particular, em prejuízo dos Estados. Não. Não compreendo, nem vejo justificativa nisso.

Fiz parte do grupo de juizes que, na discussão que se estabeleceu sobre a dispensa do imposto de consumo, tendo em vista a qualidade de ente público do comprador, votaram pelo pagamento do tributo. Em certo momento, o Supremo Tribunal também se deixou empolgar pela isenção. Mas, em pouco tempo, a Corte Suprema retomou o caminho coincidente com o propósito do legislador. A qualidade do ente público comprador não se transfere ao vendedor.

A situação é diferente, porém, mostra que, na evolução das divergências tributárias, tem de se tomar posição no sentido de, no tema da imunidade ou de isenção, garantir-se o pagamento do tributo, salvo determinação específica da Carta Magna ou lei.

A meu ver, esta é a orientação certa, não porque me considere com autoridade bastante, para, divergindo de tantos nomes ilustres, cujos votos foram lembrados pelo Sr. Min. Néri da Silveira, proclamar como verdade o que estou dizendo,

O que afirmo, entretanto, decorre do espírito da Constituição.

A Constituição estabelece, de fato, a imunidade das autarquias, não obstante, ao traçar as normas do sistema tributário, a Constituição, do mesmo modo que a de 67, art. 19, § 1º, proclamou:

«Art. 18 —

.....
 § 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.»

.....

 Ora, sem lei complementar que resolva as divergências tributárias, nenhum Estado pode ser impedido de usar de seus poderes e cobrar o que lhe cabe.

A carta Magna, todavia, vai adiante.

No art. 23, o Estatuto Fundamental relaciona os minguaos impostos que foram reservados às unidades da Federação.

O texto trata ainda de diversos aspectos dos impostos reservados à competência estadual.

Destaco, o § 4º do aludido art. 23:

«Lei complementar poderá instituir, além das mencionadas no item II, outras categorias de contribuintes daquele imposto.»

Isto é, o Imposto de Circulação de Mercadorias, específico de produtores, industriais e comerciantes, pode alcançar outras categorias, desde que lei complementar assim disponha.

Pois bem, dentro do tema existe ato complementar e lei subsequente (A.C. nº 34 e Decreto-Lei nº 406), que permitem a tributação das autarquias e empresas públicas, desde que interfiram no mundo dos negócios, mesmo quando adquiram mercadorias, para revenda. Podem ser anteriores à Constituição, mas nada obsta ao seu cumprimento, já que com a mesma se harmonizam. É esta a lição dos mestres, que não eu.

Por fim Srs. Minsitros, não é possível esquecer que a própria Constituição determina com clareza, no artigo 170, § 2º.

«Art. 170 —

§ 2º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

O dispositivo serve como uma inspiração ao debate que está sendo travado.

Se o Estado, sob qualquer forma de manifestação, interfere no sistema econômico e passa a desempenhar atividades próprias das empresas privadas, a ele cabem os mesmos encargos.

Já disse: acho que não está dentro da finalidade essencial do IBC subs-

tituir os produtores e compradores de café para fazer intermediação entre eles e prejudicar os Estados. Mas o IBC assim procede.

Diz-se também que o IBC usa créditos que a União lhe concede, e que o produto dessas atividades representa bens da União. Tenho, no entanto, que, antes de tudo, essas operações que o IBC, realiza, recebendo dinheiro da União pelo Banco Central ou outro banco qualquer, mesmo assim, não são gratuitas. O IBC paga e recebe. Ora, se o IBC paga quando compra e recebe quando vende, tais importâncias devem ser escrituradas e constituem disponibilidade, à parte do fornecimento da União.

No mandado de segurança, não tenho lembrança, salvo o esclarecimento que o Sr. Ministro Néri da Silveira trouxe, de estarem elucidadas realmente todas as particularidades das operações que o IBC leva a efeito.

De qualquer sorte, no mandado de segurança, não sendo propício o exame de tais questões, o IBC, não se poderia valer desse mecanismo que foi salientado, por metade, para assegurar-se, numa extensão, a meu ver, injustificável, da imunidade que a Constituição lhe concede.

Finalizando, exercendo a intermediação na compra e venda do café, o IBC desempenha atividade comercial sujeita à tributação.

Por esses motivos, com a devida vênia do Sr. Ministro Néri da Silveira, mantenho meu voto.

Não merece o IBC segurança de nossa parte contra o interesse do progressista Estado do Paraná.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Com a Reforma do Sistema Tributário Nacional introduzida pela Emenda Constitucional nº 18, depois abrigada

pelas Constituições de 1967 e 1969, os impostos instituídos pelos vários Poderes Tributantes, União, Estados-Membros e Municípios, de um modo geral, foram reformulados, mudaram de denominação e inclusive passaram a ser regidos por princípios técnicos e científicos mais rígidos e melhor estruturados.

Desse modo, na partilha tributária então empreendida, a União passou a deter competência para instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (art. 21, IV), enquanto que aos Estados se reservou a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias por produtores, industriais e comerciantes (art. 23, II), e aos Municípios, para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência da União ou dos Estados.

Delimitada a competência tributária das várias pessoas de Direito Público interno, com o objetivo de evitar que cada uma lançasse sobre as outras, a Constituição, seguindo princípio que entre nós vigora desde 1891, manteve imunidade tributária segundo a qual a todas ficou vedado a instituição de imposto sobre o patrimônio, sobre a renda ou sobre os serviços uns dos outros.

Essa vedação constitui o que Aliomar Baleeiro denominou de limitações constitucionais do poder de tributar, título de obra clássica sua, já em terceira edição.

A imunidade tributária de que se ocupa a Constituição, se limita a três categorias de imposto, a saber, sobre o patrimônio, sobre a renda e sobre serviços.

Nos autos, cuida-se do imposto sobre circulação de mercadorias que, como se vê do enunciado, não está incluído entre aqueles impostos arrolados no texto constitucional.

É fora de dúvida que o ICM não se confunde e não recai sobre a renda ou proventos, sobre o patrimônio ou, ainda, sobre serviços, pelo simples fato de que circulação, e de mercadoria, assim entendida a coisa que é objeto de atividade comercial, não é igual a rendimento, a patrimônio e nem a serviço.

Aqui vale citar J. X. Carvalho de Mendonça:

«As cousas, quando objecto de atividade mercantil, por outra, quando objecto de troca, de circulação econômica, tomam o nome específico de mercadorias. «*Commercium quasi commutatio mercium.*»

«A cousa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se *producto manufacto* ou *artefacto*; passa a ser mercadoria logo que é objecto de commercio do productor ou do commerciante por grosso ou a retalho, que a adquire para revender a outro commerciante ou ao consumidor; deixa de ser mercadoria logo que sai de circulação commercial e se acha no poder ou propriedade do consumidor».

Ao ocorrer o fato gerador do ICM, isto é, a «saída de mercadorias do estabelecimento comercial, industrial ou produtor», não terá ocorrido os fatos geradores do imposto federal sobre o patrimônio ou renda e nem do imposto municipal sobre serviços.

O ICM, como destacado pelo Relator da Reforma Tributária Nacional, o pranteado Rubens Gomes de Souza (Publicação nº 17 da Fundação Getúlio Vargas, Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, página 48):

«... atribuiu-se ao imposto, incidência genérica sobre as operações relativas a circulação de mercadorias, qualificada, porém, às realizadas por comerciantes, industriais e produtores, de modo a

preservar a natureza mercantil do produto, de resto já indicada pela identificação da circulação como sendo a de mercadorias».

O ICM, como se pode observar, não tem qualquer ponto de contacto com aqueles impostos que pelo princípio da imunidade tributária recíproca, uma pessoa de direito público não pode instituir ou lançar sobre outra pessoa de direito público, vale dizer, sobre a renda, sobre o patrimônio ou sobre serviços.

É certo que o IBC presta um serviço público, qual seja o de prover à gestão da política econômica e financeira do café brasileiro, defendendo preços, retirando temporariamente do mercado o produto, fiscalizando esse mesmo preço e impedindo a sua exportação.

O imposto sobre circulação de mercadoria, porém, não recai sobre esse serviço objetivamente encarado, pelo que, data venia, inapropriada a discussão sob tal aspecto.

Ressalta no entendimento da regra constitucional da imunidade tributária, o que nela se declara de modo expresso. As pessoas de direito público não podem instituir impostos sobre a renda, sobre o patrimônio e sobre os serviços das outras. Isto é tão-somente isto. O texto, entretanto, não veda que o Estado, no desempenho de seu poder de tributar, lance imposto de sua competência, toda a vez em que ocorra o fato gerador que o legitime, isto é, a circulação de mercadoria, como no caso dos autos.

De notar, à propósito, que, no que se refere ao ICM, quando o seu sujeito passivo é uma autarquia ou empresa pública, há regra expressa contida no Ato Complementar nº 34, de 1967, e no Decreto-Lei nº 406, de 1968, no sentido de considerá-las contribuintes desde que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mer-

cadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.

Ao que penso, e tal entendimento já deixei expresso em voto que proféri na AMS nº 66.873 (sessão de 12-4-71) que se ocupava de IPI, o princípio da imunidade tributária recíproca, restrita, como é aos impostos que incidem sobre o patrimônio, a renda e os serviços, não pode ser estendida ao imposto sobre circulação de mercadorias que tem fato gerador inconfundível com os que legitimam a cobrança daqueles outros.

Fico com o Sr. Ministro-Relator.

Reformo a sentença para denegar a segurança.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente: A atividade exercida pelo IBC, que é uma autarquia, quando compra ou vende café, diz respeito às suas finalidades essenciais. Está agindo como instrumento do Governo, no mercado do café, não visa lucro, mas assegurar a esse mercado as condições consideradas convenientes. Em consequência, a imunidade tributária do Art. 19, § 1º, da Constituição Federal, atinge, a meu ver, por inteiro, essas operações, e, com esse preceito constitucional tem que se harmonizar a disposição do art. 6º, § 1º, nº III, do Decreto-Lei nº 406, de 1968, que permite considerar contribuintes do ICM os órgãos da Administração Pública direta, autarquias e empresas públicas. Não é possível aplicar, em sua letra, esse dispositivo, sem ter em vista a norma maior, da Constituição, cumprindo harmonizar os dois preceitos. A referida disposição do Decreto-Lei nº 406 de 1968, — que revogou a redação dada ao Código Tributário Nacional, pelo Ato Complementar nº 34, de 1967, não mais em vigor — só pode ser aplicada, se har-

monizada com o aludido princípio da imunidade constitucional. Estou, assim, de inteiro acordo com o voto proferido pelo eminente Ministro Néri da Silveira, pela inconstitucionalidade da cobrança do ICM, ora exigida ao IBC. Conseqüentemente, nego provimento ao agravo, confirmando a concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Távora: Na organização do Estado Brasileiro, cabem, basicamente, à União duas atribuições: legislar e prestar serviços.

A Carta de 1969 define, no art. 8º, item XVII, a competência legislativa e especifica em outras disposições os serviços federais tais como de justiça, segurança, polícia, etc. Essa atividade estatal típica coexiste ao lado de outras que a Constituição reserva também à União, mas permite a execução por terceiros, mediante concessão ou autorização, a saber (art. 8º, item XV); telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea, transportes interestaduais ou entre portos marítimos e fronteiras nacionais.

Tais prestações, que o Estatuto Político vincula às bases da organização nacional e ao sistema tributário dele integrante, constituem os «serviços da União» a que se refere a imunidade do art. 19, item III, letra A. A prerrogativa fiscal é tão estrita, que se houver concessão, restaura-se a incidência (art. 19, § 1º).

A imunidade cobre apenas a competência operacional, discriminada, taxativamente, na Constituição. Essa exclusividade não obsta, entretanto, a que o legislador amplie a ação do Poder Público e passe a explorar atividade econômica que a Carta de 1969 comete, em caráter preferencial, à iniciativa privada (art. 170). Mas ao estender a prestação além dos serviços clausulados na Lei

Maior, a União, Estados, Municípios e suas autarquias não gozam da imunidade recíproca. Se, contudo, prevalecer a doutrina esposada pelo Sr. Ministro Néri da Silveira, uma Prefeitura que abra loja de brincedos ou torne-se produtora de bens, comprando e vendendo, estaria a salvo de pagar impostos federais e estaduais.

O Sr. Ministro José Néria da Silveira: Se Vossa Excelência me permite, a doutrina não é propriamente minha, mas do Supremo Tribunal Federal. Nada mais fiz, realmente, do que me por de acordo com esse entendimento, porque coincide com o meu ponto de vista. Mas a doutrina, antes de Vossa Excelência dizer de meu voto, é a posição do Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Paulo Távora: Declinei o nome de Vossa Excelência por apreço pessoal. A posição que defende conta com a autoridade e a sabedoria da Suprema Corte que, de seu elevado patamar constitucional, descortina horizonte mais amplo que se oferece à minha vista. Sem embargo, devo ficar fiel à minha convicção ainda que não se abone do entendimento mais douto.

Creio que o exame do tema da imunidade sofre os influxos do caso concreto em que se defronta a incidência estadual sobre um dos principais produtos de exportação, sensibilizando-nos a todos pela eventual repercussão nessa fonte geradora de divisas. Mas cumpre ter presente que a interpretação bem intencionada em relação ao café ou à sua autarquia, aplica-se, reciprocamente, a qualquer Prefeitura se entender prestar serviços menos significativos tal como abrir uma loja de perfumaria.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: **Data venia**, o exemplo que Vossa Excelência dá é absolutamente insuscetível de enquadramento no

âmbito da questão de direito posta no voto que eu trouxe ao Tribunal.

O Sr. Ministro Paulo Távorá: Recorri a um exemplo contrastante para ilustrar a comercialização em que se podem engajar as pessoas de Direito Público. A participação estatal é suscetível de ocorrer em qualquer dos estágios da atividade econômica, desde à exploração extrativa ou primária, à transformação industrial, à distribuição de bens, até à prestação de serviços em que se requinta a satisfação de necessidades. Essa atividade somente, porém, será imune à tributação de outras órbitas fiscais se estiver, expressamente, prevista nas atribuições operacionais da União, Estados ou Municípios.

Ora, a compra e venda de café, seja para o consumo interno, seja para efeitos de exportação, não se inclui em nenhum dos itens constitucionais da Administração Pública. Deve, assim, pagar o imposto estadual. Se, entretanto, essa intervenção reveste-se de tamanho interesse para a economia da Nação, a União poderá sempre valer-se da faculdade que lhe confere o art. 19, § 2º da Constituição e votar lei complementar que isente de impostos estaduais e municipais a comercialização do café pelo IBC, por conta própria ou em nome da União. O legislador não o fez, mas ao contrário, insistiu na tributação com o Ato Complementar nº 34 e Decreto-Lei nº 406.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Os diplomas referidos vão servir para tributar, como pretende Vossa Excelência, corretamente, a casa comercial mantida por município, ou órgãos públicos, porque isso não é serviço público e nada tem a ver com a imunidade. Os diplomas são constitucionais e não interferem com a imunidade, não são incompatíveis com o princípio da imunidade.

O Sr. Ministro Paulo Távorá: Vossa Excelência teve a honra, como eu, de ser aluno do eminente Professor

Ruy Cirne Lima. daquelas aulas memoráveis de Direito Administrativo, há de estar lembrado da controvérsia doutrinária em que se envolve o estudo do conceito de serviço público. Recolhi e sedimentei a conclusão que só o direito positivo pode fixar a noção em função das necessidades que se debita ao Estado satisfazer em determinada época. Em se tratando, porém, de delimitar o alcance de instituto constitucional como a imunidade, os serviços a que dizem respeito devem estar previstos na letra da própria Constituição. A carta de 1969 só atribui à União «legislar» sobre «comércio exterior e interestadual» (art. 8º, item XVII, letra L). Não lhe acrescentou o plus de explorar a atividade ou prestar serviços dessa natureza. A intervenção deu-se por obra ampliativa da lei ordinária, incapaz, todavia, de alargar o campo da imunidade, restrito aos serviços básicos que o texto constitucional cuidou de prover.

A Federação Brasileira, tão esvaziada de conteúdo, deve guardar-se, pelo menos, nos limites da sua atual realidade sem submeter os Estados a maior dieta fiscal por via de construções restritivas. Aos poderes competentes da República caberá fazer a opção explícita da política tributária entre o vigente regime de incidência do ICM, consagrado no Ato Complementar nº 34 e no Decreto-Lei 406 ou a votação de lei complementar de isenção, facultada no art. 19 § 2º da Constituição.

Estou, assim, de acordo com o voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

EXTRATO DA ATA

A.M.S. nº 65.469 — PR — Rel.: Sr. Min. Amarílio Benjamin. Recte.: Juiz Federal da 1ª Vara Agte.: Estado do Paraná. Agdo.: Instituto Brasileiro do Café.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, inicialmente, contra os votos dos Srs. Ministros Armando Rollemberg, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora e Otto Rocha, deliberou-se pelo prosseguimento do julgamento, mantida a composição do Tribunal que o iniciara. No mérito, vencidos os Srs. Ministros José Néri da Silveira, Jorge Lafayette Guimarães e Otto Rocha, que julgavam inconstitucional o ato do Poder Público Estadual, decidiu-se pela constitucionalidade desse ato e deu-se provimento ao agravo para cas-

sar a segurança. Afirmou-se impedido o Sr. Ministro Décio Miranda. (Em 13-5-76. — T.Pleno).

Quanto à composição do Tribunal Pleno, os Srs. Ministros Moacir Catunda, Peçanha Martins, José Néri da Silveira e Jarbas Nobre votaram com o Sr. Ministro-Relator. No mérito, os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Esdras Gueiros, Moacir Catunda, Henoch Reis, Peçanha Martins, Jarbas Nobre e Paulo Távora votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67.655 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins

Recorrente: Juiz Federal da 5ª Vara

Agravantes: Attilio Balbo e outros e Instituto do Açúcar e do Alcool

Agravados: Os mesmos

EMENTA

Trabalhador da lavoura canavieira. Concessão gratuita de área de terra próxima à sua moradia para plantação e criação. Arguição de inconstitucionalidade do Art. 23 do Decreto-Lei 6.969 de 1944 e do respectivo Decreto Regulamentador, unanimemente repelidos.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, devolvendo-se o processo à Turma para apreciação da matéria residual existente, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de maio de 1977 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Peçanha Martins, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: A sentença recorrida assim expõe o caso dos autos:

«Attilio Balbo e outros impetram mandado de segurança contra o Sr. Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool, (IAA) que com o Ato nº 18, de 1º de julho de 1968, estaria a ferir-lhes direito líquido e certo.

Os Impetrantes, pelo seu ilustre patrono, após escorço da legislação em defesa do trabalhador na agricultura canavieira, sustentam a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 6.969, de 19 de outubro de 1944, com base no qual foi expedido, já em 1965, o Decreto nº 57.020, de 11

de outubro, que, por sua vez, serviu de fundamento ao impugnado Ato nº 18, de 1968. E em face de sua inconstitucionalidade, mesmo à luz da Carta Política de 1937 (art. 122, inciso 14º), então vigente, pois atingia o direito de propriedade, ficou dito Decreto-Lei sem qualquer providência para sua execução, por mais de 20 anos, tendo então sido expedido o aludido Decreto nº 57.020, de 11 de outubro de 1965, cujo art. 7º atribuía ao Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool a sua execução. Daí o Ato nº 18, de 1968.

O artigo 23 do Decreto-Lei nº 6.969, de 19 de outubro de 1944, conferia ao trabalhador rural com mais de um ano de serviço o direito à concessão, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua moradia, suficiente para plantação e criação necessárias à subsistência de sua família. Dimensões mínimas das áreas e sua distância máxima da moradia do trabalhador seriam condições a ser estipuladas no contrato-tipo ou em instruções do I.A.A.

Somente em 1965, foi expedido o Decreto regulamentador (Dec. nº 57.020), o qual dispôs no seu artigo 1º, que:

«O trabalhador rural da lavoura canavieira, com mais de um ano de serviço contínuo, terá direito à concessão, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua moradia, suficiente para a plantação e criação necessárias à sua própria subsistência e à de sua família.»

Entre outras providências, determinou dito Decreto, com base no parágrafo único do art. 23 do mencionado Decreto-Lei 6.969, de 1944, que o Instituto do Açúcar e do Alcool lhe daria execução (Ao Decreto), mediante ato do seu presidente.

Quase três anos depois, baixa o Sr. Presidente do I.A.A., o Ato nº 18, de 1º de julho de 1958, a fim de por em execução o disposto no Decreto referido, dizendo que:

«Os trabalhadores rurais da lavoura canavieira, com mais de um ano de serviço contínuo na empresa (art. 23, do Decreto-Lei nº 6.969, de 19-10-1944 e art. 1º do Decreto nº 57.020, de 11-10-1965) terão direito ao uso, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua moradia, suficiente à plantação e à criação necessária à sua subsistência e à de sua família.»

A disciplinação da matéria visando à sua execução, também ali se encontra. O seu artigo 3º prevê que as empresas industriais, proprietários de usinas e os fornecedores de cana, poderiam, dentro de 90 dias, fazer doações de áreas a cooperativas que viessem a ser constituídas pelos trabalhadores, para os fins de exploração prevista no Decreto número 57.020, de 11-10-1965. Para a concessão de incentivos fiscais exige o Ato (art. 25) que os Autores dos respectivos projetos comprovem o cumprimento do disposto no Decreto aludido e no Ato; e a autorização para a concessão de financiamentos diretamente aos produtores pelo I.A.A., somente será concedida aos que efetuarem aquela mesma comprovação (art. 26).

Os Impetrantes sustentam a não validade do ato impugnado, eis que se baseia no Decreto-Lei nº 6.969, de 1944, e no Decreto nº 57.020, de 1965, eivados de flagrante inconstitucionalidade, não só à vista da Carta Política de 1937, vigente à época do Decreto-Lei nº 6.969, como igualmente das Constituições de 1946 e 1967, posto que asseguraram o direito de propriedade.

A última delas dispõe taxativamente a respeito no seu artigo 150.

§ 22º; e o julgamento do «writ» deve ser feito, afirmam, à vista dos seus artigos 157, inciso III e parágrafos 1º a 8º e artigo 163 e seu parágrafo único. Alegam os postulantes que o Decreto-Lei nº 6.969, de 1944, que serve de suporte inicial ao Ato do Instituto do Açúcar e do Alcool concede o que não é serviço público e, ainda mais, concede o alheio a título gratuito, com o que afronta não só o artigo 150, § 22 da Constituição, como o § 11 do mesmo artigo, que não permite o confisco; que, por sua vez, o Decreto Executivo nº 57.020, de 1965, sobre contrariar preceitos constitucionais, constitui um direito sem titular definindo o seu objetivo, pois não diz se é ele real ou pessoal, se de propriedade em sua plenitude (uso, gozo e disposição) se apenas de um dos elementos que constituem o complexo de poderes e faculdades do domínio; que o decreto não menciona «contra que, especificamente, se opõe o peculiar direito à concessão a título gratuito» deixando, todavia, bem claro, que se opõe aos titulares legítimos da propriedade de terra, no caso, os Impetrantes; que no ato regulamentário, não há referência a qualquer contrapartida desse direito à concessão a título gratuito «que a União pretente atribuir a quem for prejudicado», que, também, não é possível conciliar o «direito à concessão a título gratuito» outorgado pelo artigo 5º do Decreto à existência e à ação das Comissões Agrárias criadas pelo Estatuto da Terra, pois que este versa sobre toda a matéria da Reforma Agrária e da Política Agrícola com ela relacionada (art. 1º), só se admitindo o acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista no mesmo Estatuto (art. 2º); que dito decreto, por sua vez, sendo um Ato regulamentador, não poderia atribuir ao Sr. Presidente do I.A.A.,

pois seria então delegação legislativa não legitimada, poderes para dar a eles execução, mormente com a amplitude existente no Ato nº 18.

Acrescentam que o Ato nº 18, que tem como suporte os inconstitucionais Decreto-Lei nº 6.969, de 1944 e Decreto 57.020, de 1965, procura disfarçar sob o uso do verbo poder (conforme art. 3º, combinado com o art. 19) — O que indicaria mera faculdade, a obrigação que impõe de fazerem os Impetrantes doação de áreas certas e determinadas, das terras de suas propriedades, sem qualquer pagamento ou indenização, pois na verdade, aos que não cumprirem aquela obrigação — apresentada como mera faculdade — nega a concessão de incentivos fiscais e a concessão de financiamentos diretamente aos produtores, conforme artigos 25 e 26 do Ato, o que se constitui em forma ostensiva, embora indireta, de compelir os interessados a permitirem na usurpação.

Fazem, outrossim, os postulantes espalmadas e doutas considerações sobre a disciplina jurídica da função social da propriedade, procurando inclusive demonstrar que a matéria normada pelo Decreto nº 57.020, de 1965, com fundamento no Decreto-Lei nº 6.969, de 1944, se torna incompatível com a disciplina legal existente a respeito no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30-11-1964) e seu Regulamento (Decreto nº 55.889), que se destinam, conforme artigo 1º da Lei a «regular os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola», pelo que entendem encontrar-se revogado o Decreto-Lei 6.969, de 1944 e, em consequência, o ato regulamentário dele oriundo:

Decreto 57.020, de 1965. Fazem a seguir os Impetrantes minuciosas considerações para demonstrar que o Estatuto da Terra é incompatível com o texto do Decreto-Lei nº 6.969, de 1944, eis que regulou inteiramente e de forma diversa a matéria contida neste último.

Mencionam, ainda, que se alguma dúvida persistisse, seria ela desfeita com o artigo 81, do Estatuto da Terra que muda radicalmente o regime paternalista que o Decreto-Lei nº 6.969, de 1944, e o Decreto 57.020, de 1965, pretendiam estabelecer, pois naquele dispositivo legal, que se ajusta aos preceitos constitucionais, está previsto o meio pelo qual o trabalhador rural poderá adquirir a gleba destinada a seu trabalho e de sua família. Acrescentam que o Regulamento Geral do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário, aprovado pelo Decreto nº 55.890, de 31-3-1965, em face do Estatuto da Terra (artigo 74), mostra a procedência da tese que sustentam.

Justificam, finalmente, os postulantes o cabimento do mandado de segurança para apreciação da controvérsia e pedem o deferimento da medida para que não lhes seja aplicado o Ato nº 18, de 1968, do Senhor Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool, por possuírem o direito líquido e certo e incontestável «à inculcabilidade do patrimônio constituído pela integridade das suas propriedades agrícolas, agro-pecuárias ou agro-industriais, em face da Constituição e da legislação citada e analisada, salvo a desapropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (artigo 150, parágrafo 22 da Constituição da República)».

Com a inicial, vieram eruditos pareceres dos insígnis juristas Alfredo Buzaid, hoje titular da Pasta

da Justiça, e Francisco Campos, cujo recente falecimento constitui irreparável perda para as letras jurídicas do País, defendendo ambos os pareceres a tese em que se fundamenta o pedido de segurança.

Solicitadas as informações, prestou-as o ilustre Presidente do Instituto do Açúcar e do Alcool, arguindo preliminar de que os postulantes não fizeram prova da condição alegada, e que, também, o mandado de segurança não se constituía no meio processual adequado ao fim objetivado, pois que visa ele, na verdade, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 6.969, de 1944 e, por via de consequência, do Decreto nº 57.020, de 1965, e do Ato nº 18, de 1968. Outrossim, a matéria seria da competência do Supremo Tribunal Federal. Faz notar que o Ato impugnado limitou-se praticamente a reproduzir, de forma disciplinadoras as normas constantes dos diplomas legais referidos, e contém apenas regras de caráter geral. Deste modo, também não cabe o mandado de segurança, na espécie dos autos na conformidade do que têm entendido os Tribunais, pois se dirige, na verdade, contra regras abstratas.

Quanto ao mérito.

sustenta a digna autoridade apontada como coatora, que com as medidas editadas por via do Ato 18 — baixadas em cumprimento no Decreto nº 57.020, de 1965, e em obediência a instruções do Governo Federal — não se pretende obrigar ou impor aos proprietários agrícolas, usineiros e titulares de canaviais a que façam doação de qualquer área de suas terras, a título gratuito, em favor do trabalhador rural, sendo mesmo certo que nem sequer o Decreto-Lei nº 6.969/44 faz qualquer imposição em tal sentido, ficando a doação na depen-

dência de prévia concordância dos donos das terras. Acrescenta que o artigo 3º do Ato menciona expressamente que eles poderão fazer doação. Sendo a doação, assim, um ato de liberalidade, não poderia ser imposta, e jamais se pretendeu fazer liberalidade à custa do patrimônio alheio. Apenas o Estado procura intervir tão-somente para ajudar o trabalhador rural e sua família, mas condicionando sua interferência à expressa manifestação dos doadores.

Quanto ao uso de terras pelos trabalhadores, previsto no art. 8º do Ato, diz o I.A.A que há muitos anos deixou o direito de propriedade de ser absoluto, sofrendo reiteradas limitações de ordem pública, sem que se atribua à legislação restritiva a qualquer marcha de inconstitucionalidade, salientando que o bem estar social tem justificado inúmeras vezes a intervenção no domínio econômico. Faz, a respeito, várias considerações, recordando que a Lei Maior tem por fim a realização da justiça social, «com base na valorização do trabalho como condição de dignidade humana, na função social da propriedade e na harmonia e solidariedade entre os fatores de produção bem como a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.»

Considera, assim, justificadas não só a doação — que diz depender sempre de ato de vontade do proprietário da gleba, não havendo, portanto, coação — como também o uso da terra pelo trabalhador, o qual, declara, só seria inconstitucional, arbitrário ou injustificável se não houvesse normas disciplinadoras, «situando-o dentro de um sistema de regulação da intervenção do Estado, no setor da economia canavieira, prevista no

artigo 157 da Constituição Federal.»

Acentua, ainda, que o Decreto-Lei 3.855, de 21-11-1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira) o Decreto-Lei nº 1.831, de 4-12-1939, a Lei 4.870, de 1-12-1965 e, por fim o Decreto-Lei nº 308, de 28-2-1967, constituem a legislação básica referente ao sistema de defesa da indústria açucareira nacional, participando do arcabouço açucareiro do País os usineiros, fornecedores de cana e proprietários de terras cultivadas, cabendo ao I.A.A. dirigir este sistema. Neste, aduz, são concedidas aos plantadores de cana vantagens e prerrogativas, com o que se lhes dá um verdadeiro monopólio de produção de cana e de açúcar. Assim sendo, conclui a autoridade Impetrada, estabelecendo o Estado a proteção de um grupo de pessoas, é também legítimo o seu procedimento ao procurar estender aos trabalhadores rurais que participam do mesmo sistema produtor uma parcela mínima de vantagens, quais as de uso de uma área de terra, nos termos do artigo 11 do Ato 18, de 1968.

Entende, assim, perfeitamente legítimo o ato impugnado, e pede a autoridade autárquica a denegação da segurança.

Manifestou-se o M.P. Federal de acordo com a tese adotada pelo I.A.A.

Vieram aos autos procurações, por cuja juntada protestara o nobre patrono dos Impetrantes quando da inicial, e documento comprobatório de serem os Requerentes proprietários de terras destinadas à atividade agrícola canavieira.» (sic).

O Dr. Juiz Federal concedeu a segurança em parte para considerar sem efeito a determinação contida no art. 25 do Ato de nº 18. E a denegou no tocante à impugnada aplica-

ção, através do Ato 18, do Decreto-Lei 6.969, de 1944, e do Decreto 57.020, de 1965.

Os impetrantes e o Impetrado correram e ambos contraminutaram.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer pugnando pelo provimento do recurso do Instituto.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): Este mandado de segurança é impetrado contra o Ato de nº 18, de 1968, baixado pelo Presidente do Instituto Brasileiro do Açúcar e do Alcool, inquinado de ilegal e inconstitucional por fundamentar-se no Decreto-Lei de nº 6.969, de Novembro de 1944 e Decreto Regulamentador de nº 57.020, de Outubro de 1965. Dois pareceres de grandes juristas — Alfredo Buzaid e Francisco Campos — ilustram o pedido, concluindo ambos pela inconstitucionalidade dos referidos diplomas.

Assim, o meu voto preliminar, na forma do Regimento Interno, é no sentido de submeter a matéria constitucional ao exame e decisão do Tribunal Pleno.

EXTRATO DA ATA

AMS. nº 67.655 — GB — Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins — Recte.: Juiz Federal da 5ª Vara — Agtes.: Atílio Balbo e outros e Instituto do Açúcar e do Alcool — Agdos.: Os mesmos.

Decisão: Por se tratar de matéria de índole constitucional, a Turma houve por bem submeter, preliminarmente, o caso a apreciação do Egrégio Tribunal Pleno. (em 11-12-72 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Jorge Lafayette Guimarães e Henrique d'Ávila vota-

ram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Ministro Henrique D'Ávila.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Trata-se, sr. Presidente, de processo submetido ao Plenário pelos mesmos motivos invocados no Agravo em Mandado de Segurança 64.546, do Estado da Guanabara, em que funciona como relator o eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, isto é, arguição de inconstitucionalidade do Art. 23 do Dec. Lei 6.969, de 10 de Outubro de 1944 e do Decreto Regulamentador 57.020, de 11 de Outubro de 1965. Tratando-se, pois, de assunto inteiramente igual ao anteriormente discutido e decidido, tenho como lido o longo relatório de fls. 572, usque fls. 579.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): O meu voto, Sr. Presidente, tem as mesmas conclusões do proferido no julgamento relativo à matéria constitucional argüida no Agravo em Mandado de Segurança de nº 64.546, da Guanabara, no sentido de não considerar inconstitucional, nem revogado, o art. 23 do Dec.-Lei 6.969, de 1944, nem ilegítimo o Dec. 57.020, de 1965, voto do seguinte teor:

«Na argüição de inconstitucionalidade do Art. 23 do Decreto-Lei de nº 6.969, de 10 de Outubro de 1944 e do texto do Decreto Regulamentador nº 57.020, de 11 de Outubro de 1965 considera-se infringente da Constituição o dispositivo segundo o qual «o trabalhador rural da lavoura canavieira, com mais de um ano de serviço contínuo, terá direito à concessão, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua morada, suficiente para plantação e criação necessárias à sua

própria subsistência e de sua família.»

A alegação de inconstitucionalidade, que está escudada nos pareceres dos Professores Francisco Campos e Alfredo Buzaid, reside em que a norma citada, assegurando ao trabalhador rural «direito à concessão, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua moradia», ofende o direito de propriedade, de que o titular só pode ser destituído mediante desapropriação. É certo, como dito nestes autos, que a expressão «direito de propriedade» tem sentido amplo, podendo dizer-se, como no parecer do Professor Francisco Campos, que «o conceito de propriedade é coextensivo ao de patrimônio, ou propriedade é o direito que temos sobre os bens, materiais ou imateriais, que constituem o nosso patrimônio». (fls. 319).

Mas não se trata de um direito absoluto, valendo lembrar-se que a Constituição de 1937, ao tratar do direito de propriedade, consignou no seu art. 122, inciso 14:

«O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício.»

E a Constituição atual refere-se à função social da propriedade, valendo acentuar-se estas lições de Pontes de Miranda:

«O conteúdo e os limites do direito de propriedade são definidos nas leis, de modo que só se garante, no art. 153, § 22, a instituição da propriedade: são suscetíveis de mudança, em virtude de legislação, o conteúdo e os limites mesmos da propriedade. Isso estava expresso na Constituição de 1937, mas subentendia-se antes (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, (2ª ed. Vol. 5º pág. 398 e ..)

E, em trechos anteriores, diz ainda o eminente comentador e intérprete:

«Não se garante o direito privatístico, nem, sequer, qualquer dos direitos que resultam de leis civis e comerciais — o que se garante é a atribuição de direito patrimonial aos indivíduos, não se cogita tampouco, e vale a pena insistir, de garantia de status quo» (pág. 395 e 396).

«Ao legislador só se impede de acabar, como tal e em geral, com o instituto jurídico, como o direito de propriedade.» (pág. 396).

Ora, as normas argüidas de inconstitucionalidade não suprimem o direito de propriedade, nem autorizam desapropriar sem indenização.

O Decreto-Lei 6.969, como o Decreto 57.020 cogitam, apenas, em benefício do «trabalhador rural da lavoura canavieira, com mais de um ano de serviço contínuo», do direito à concessão, a título gratuito, de uma área de terra próxima à sua moradia, para plantação e criação»... «Concessão a título gratuito» não envolve transferência de domínio, ou desapropriação sem indenização. O que se garante ao trabalhador, nas condições específicas, é a ocupação ou o uso de «uma área de terra à sua moradia, suficiente para plantação e criação necessárias à sua própria subsistência e à de sua família». Essa concessão gratuita harmoniza-se com a «função social da propriedade», sem ferir a Constituição, bastando atinar-se no disposto do Art. 6º do Decreto 57.020:

«No caso de dispensa, de forma amigável ou mediante decisão da Justiça do Trabalho, será devolvida ao proprietário ou ao arrendatário a área que tiver sido concedida ao trabalhador rural dispendido.»

Logo, o direito de concessão, a título gratuito, não acarreta transmissão de domínio, não confere propriedade, pois que representa simples processo de «justiça social» no uso da terra, na conformidade das Constituições de 1937, 1946 e da atual.

Por estes motivos, também não considero inconstitucional, nem revogado o art. 23 do Decreto-Lei 6.969, de 1944, nem ilegitimidade no Decreto 57.020, de 1965, acompanhando, assim, o eminente Ministro-Relator, no sentido de rejeitar a inconstitucionalidade.»

EXTRATO DA ATA

AMS. 67.655 — RJ — Mat. Const. — Rel.: Sr. Min. Peçanha Martins. Rec-

te.: Juiz Federal da 5ª Vara. Agtes.: Atílio Balbo e Outros e Instituto do Açúcar e do Alcool. Agdos.: Os mesmos.

Decisão: Por unanimidade de votos, rejeitou-se a argüição de inconstitucionalidade, devolvendo-se o processo à Turma para apreciação da matéria residual existente. (em 26-5-77 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Décio Miranda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora, Aldir G. Passarinho, Oscar C. Pina, José Dantas, Carlos Mário Velloso, Armando Rollemberg e Márcio Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 73.753 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Agravante: Instituto Nacional de Previdência Social

Agravada: Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil

Autor. Req.: Coordenador de arrecadação e fiscalização da Superintendência Regional do INPS

EMENTA

Argüição de inconstitucionalidade

Tratando-se de confronto de normas a nível de legislação ordinária e regulamentar, sem afetação direta a texto da Lei Fundamental, descabe a apreciação pelo Plenário do Tribunal.

A matéria deve ser apreciada, no mérito, pela Turma. Isenções tributárias não constituem assunto da Lei Maior. O excesso de ato normativo, no tocante a esse aspecto, deve ser examinado perante a lei que cuida da espécie.

Salário-educação. Isenções contempladas na Lei nº 4.440, de 1964 (art. 5º) e objeto da regulamentação do decreto nº 55.551, de 1965 (art. 12).

ACORDÃO

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não tomar conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, determi-

nando a devolução dos autos à Turma, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentou, oralmente, o Dr. Afrânio Aduato Viana Palhares.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de março de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Távora: Fiz na 2ª Turma este relatório (fl. 73):

«A Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil impetrou segurança contra ato do Coordenador de Arrecadação e Fiscalização da Superintendência Regional do INPS, na Guanabara, que julgou procedente o débito relativo a salário-educação e expediu notificação para recolhimento.

Sustenta a Postulante que é entidade de assistência sem fim lucrativo, destinada a prestar serviços de previdência social aos servidores do Banco do Brasil e a seus próprios empregados conforme estatuto social anexo. Nessa qualidade, é beneficiária da isenção concedida pelo artigo 5º, alínea b da Lei nº 4.440, de 27-10-1964. O Decreto nº 55.551, de 12-1-1965, que regulamentou o salário-educação, exorbitou ao condicioná-lo favor legal à prova de enquadramento na Lei nº 3.577, de 4-7-1959. Cuida esse diploma da dispensa de contribuição de empregador pelas entidades de fins filantrópicos, reconhecidas de utilidade pública e cujos dirigentes não percebem remuneração.

O regulamento introduziu, assim, requisito não previsto na lei, ao submeter as instituições de assistência ao tratamento das entidades filantrópicas. Não são, entretanto,

confundíveis, eis que a assistência é mais abrangente e compreende quer a beneficência ou filantropia prestada a qualquer um pelas instituições de caridade, quer a organizada pelo sistema de previdência à disposição dos segurados.

A Lei do Salário de Educação, ao eximir «as organizações de assistência» abarca todas as espécies do gênero, seja mediante a formação de reservas com recursos do Estado ou particulares (forma previdenciária ou de seguro social), seja por simples caridade pública ou privada (forma beneficente ou filantrópica).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a demasia do decreto que exigiu o reconhecimento de utilidade pública conforme decisão no RE nº 70.396 (RTJ-55-216). O Tribunal Federal de Recursos apreciou também o assunto a propósito do Mandado de Segurança nº 69.744, relator Ministro Godoy Ilha, requerido pelo SESI. Postulou ainda fosse o INPS compelido a fornecer o «certificado de quitação», independente do recolhimento do salário-educação, a fim de poder outorgar as escrituras de compra e venda de imóveis residenciais a seus associados.

A autoridade impetrada prestou informação (fl. 31). Explicou que o levantamento do débito fora provocado por iniciativa do próprio Ministério da Educação. A Postulante não fez a prova, do artigo 12 do Decreto nº 55.553/65, não estando registrada no INPS como entidade filantrópica.

Falou o Ministério Público Federal.

Por sentença de fl. 42, foi concedida a segurança para isentar a Requerente das contribuições do salário-educação, anulados os débitos apurados, bem como expedir o certificado de quitação.

O INPS agrava (fl. 52), a Autora oferece contraminuta (fl. 57) e a União, como assistente, apóia o recurso (fl. 66).

A Subprocuradoria-Geral da República suscita o conhecimento do recurso de ofício a ser considerado como interposto, e pede a cassação do decisório (fl. 11).

O voto que proferi é deste teor (fl. 79):

A Carta de 1969 inovou, ao incluir as contribuições previstas no artigo 21, § 2º item I, no capítulo «Do Sistema Tributário». A emenda veio, por fim, à controvérsia sobre a natureza fiscal dessas prestações de que a Constituição de 1967 cogitara em outros capítulos dedicados à ordem econômica e social ou à educação.

Embora a doutrina conteste que a parafiscalidade tenha conteúdo impositivo próprio para atribuir-lhe ora a índole de imposto, ora de taxa, verdade constitucional de hoje é que se trata de categoria tributária formalmente distinta das espécies tradicionais.

Em conseqüência, quando o artigo 19, item III, letra C do Estatuto Político imuniza de «imposto» o patrimônio, a renda ou os serviços de instituições de assistência social; a disposição não abrange as «contribuições» como tipo fiscal autônomo.

O salário-educação é uma contribuição por qualificativo expresso do artigo 178 da vigente Lei Magna. Aliás, o artigo 217 do Código Tributário Nacional, acrescido pelo Decreto-Lei nº 27, de 14-11-1966, já se referia às contribuições enumeradas no § 2º do artigo 34 da Lei nº 4.863, de 29-11-1965 em cujo elenco figura o salário-educação.

O artigo 5º da Lei nº 4.440, de 27-10-1964, ao isentar do salário-educação as «organizações de assistência que não tenham fins lu-

crativos» condicionou a concessão à prova desse requisito. Cabia, assim, à regulamentação, dispor sobre a forma de comprovar-se a exigência legal. Fê-lo o Decreto nº 55.551, de 12-1-1965, no artigo 12, § 2º remetendo à Lei nº 3.577, de 4-7-1969, que dispensa da contribuição previdenciária patronal as entidades filantrópicas.

Sustenta a Autora haver o regulamento exorbitado ao equiparar as instituições de assistência às de filantropia para efeito de probação dos pressupostos da isenção fiscal. Traz a lume o julgamento da 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Barros Monteiro, no RE nº 70.396 (RTJ-55/214) e do Plenário desta Corte de Recursos no MS nº 69.744, Relator Ministro Godoy Ilha.

Configura-se, pois, a argüição de inconstitucionalidade do artigo 12, § 2º do Decreto nº 55.551/65. De acordo com o artigo 116 da Carta Política, somente pela maioria absoluta de seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

A invocada decisão da Suprema Corte foi tomada por sua Egrégia 1ª. Turma. Posteriormente, em outro caso de mesmo litigante, o Plenário da Excelsa Corte, apreciando Agravo Regimental no RE nº 74.998, negou ao precedente o caráter de «jurisprudência dominante». Leio este trecho do despacho do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque que mereceu o apoio unânime de seus ilustres pares:

«... O Dissídio existe, mas se fe-re com acórdão único da Primeira Turma do Supremo Tribunal, o qual, como votei e decidi a Segunda Turma em 5-6-1972 (RE, 72.416), não chega a constituir jurisprudência predominante do Tribunal...» (RTJ-67/201).

Quanto ao acórdão desta Corte de Recursos no MS nº 69.744, resultou de manifestação unânime do Plenário no sentido de estar o SESI isento do salário-educação. Embora a ementa reproduza o julgado da 1.ª Turma da Suprema Instância, verifica-se do voto do Sr. Ministro Godoy Ilha que outros argumentos também convergiram para a conclusão. Não houve declaração formal de inconstitucionalidade do artigo 12, § 2º do Decreto nº 55.551/65.

O alegado excesso do regulamento em relação à lei configura arguição fundamental por questionar usurpação de função legislativa pelo Executivo e violação dos artigos 6º e 81, item III, da Lei Magna. O novo Código de Processo Civil, ao regular a declaração de inconstitucionalidade, precisa que o procedimento aplica-se às leis e aos «atos normativos do poder público» (art. 480). Entendo que essa normatividade concerne apenas aos órgãos constitucionais que têm, no texto básico, a fonte e limites imediatos de sua competência. As autoridades ou organismos, cujas atribuições de expedir normas decorram de lei, poderão incidir em ilegalidade, mas não em inconstitucionalidade no sentido técnico-jurídico.

No caso, contesta-se a legitimidade de ato normativo do Presidente da República. Pelos antecedentes pretorianos, dou pela relevância da suscitação para, nos termos do artigo 481 do Estatuto Processual, submetê-la ao Plenário do Tribunal.»

A Turma resolveu afetar o conhecimento ao Plenário para apreciar a questão constitucional preliminar. Lavrou-se acórdão com esta ementa (fl. 85):

«Salário-Educação (Lei 4.440/64 art. 5º, letra b).

Arguição de inconstitucionalidade do art. 12, § 2º do Decreto nº 55.551, de 12-1-1965. Relevância da alegação para, nos termos do art. 481 do CPC-73, ser submetida ao Plenário do Tribunal.»

A Subprocuradoria-Geral da República lançou novo parecer em que se manifesta pelo conhecimento da arguição e legitimidade do decreto presidencial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Com a devida vênia, não vislumbro, na espécie, a questão constitucional sujeita a exame nos moldes do Capítulo II, do Título IX, (arts. 480-482) do Código de Processo Civil.

O controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos está vinculado, diretamente, ao confronto do texto da Lei Fundamental ou de princípio jurídico nela inserto com a regra que se concebe eivada do vício. Não fosse assim, estaria subordinado ao rito especial todo e qualquer excesso regulamentar, o que não me parece correto.

A análise da constitucionalidade não pode prescindir do comando supremo, a servir de balizamento na comparação com norma impugnada.

Aliás, acerca do tema, o próprio Ministro Paulo Távara, em seu voto na Turma, fez rápida abordagem, nestes termos:

«O alegado excesso do regulamento em relação à lei configura arguição fundamental, por questionar usurpação de função legislativa pelo Executivo e violação dos artigos 6º e 81, item III, da Lei Magna. O novo Código de Processo Civil, ao regular a declaração de inconstitucionalidade, precisa que o procedimento aplica-se às leis e aos «atos normativos do poder público» (art. 480). Entendo que essa

normatividade concerne apenas aos órgãos constitucionais que têm, no texto básico, a fonte e limites imediatos de sua competência. As autoridades ou organismos, cujas atribuições de expedir normas decorram de lei, poderão incidir em ilegalidade mas não em inconstitucionalidade no sentido técnico-jurídico.

No caso, contesta-se a legitimidade de ato normativo do Presidente da República. Pelos antecedentes pretorianos, dou pela relevância da suscitação para, nos termos do artigo 481 do Estatuto Processual, submetê-la ao Plenário do Tribunal.»

Quando se trata de regulamento vinculado e não autônomo há de se ter sensibilidade para verificar se o excesso atenta contra o texto da Carta Magna ou, apenas, contra disposição da lei ordinária, sem afetação direta à Lei Maior. Ocorrida a primeira hipótese, há lugar para o processamento específico do controle. Todavia, configurada a segunda hipótese, descabe a providência, pois o confronto incidental ocorrerá entre a lei e o ato normativo.

No particular, o debate essencial está resumido na extensão não autorizada, insita no art. 12, § 2º do Decreto nº 55.551, de 12 de janeiro de 1965, o qual, a título de regulamentar o art. 5º da Lei nº 4.440, de 27 de outubro de 1964, criou requisito não previsto.

Com efeito, a Lei nº 4.440, de 1964, que trata da instituição do salário-educação, estabeleceu que:

Art. 5º — Ficarão isentos do recolhimento da contribuição que trata o art. 3º:

a)

b) as instituições de ensino e educação, de qualquer tipo ou grau, bem assim os hospitais e demais organizações de assistência que não tenham fins lucrativos.»

O Decreto nº 55.551, de 1965, dispondo sobre as isenções legais, prescreveu:

«Art. 12 — Ficarão, também, isentos do recolhimento das contribuições relativas ao salário-educação:

I —

II — Os hospitais e demais organizações de assistência que não tenham fins lucrativos.

§ 1º —

§ 2º — A fim de que possam gozar a isenção a que se refere o item II, os hospitais e organizações de assistência farão prova de que estão enquadrados na Lei nº 3.577/59, de 4-7-59.»

A remissão à Lei nº 3.577, de 4-7-59 criou, no entender da Impetrante, uma restrição não autorizada na lei, objeto da regulamentação, posto que reduziu as isenções às entidades de fins filantrópicos.

Como se vê, o choque aparente repercute entre a lei e o seu regulamento. A Constituição Federal, ao tratar, no seu art. 178, da contribuição denominada «salário-educação», não contém disciplinamento sobre as isenções pertinentes. Também, é de se lembrar que o sistema tributário constitucional distingue entre imunidades e isenções, reservadas aquelas aos critérios do poder constituinte, enquanto as outras (isenções) são conferidas aos propósitos da legislação ordinária e complementar (crf. Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», pág. 87).

Desta forma, entendo não haver, in casu, inconstitucionalidade a ser examinada pelo Plenário desta Egrégia Corte. O problema está circunscrito no âmbito da legislação ordinária e seu regulamento. A arguição não pode prevalecer.

Nestas condições, não conheço da arguição de inconstitucionalidade, determinando o retorno dos autos à

Turma, para apreciação da matéria residual existente (Resolução nº 4, de 4-6-74-TFR).

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Não conheço do incidente de inconstitucionalidade, determinando a devolução dos autos à Turma.

EXTRATO DA ATA

AgMS nº 73.753 — RJ (Matéria Constitucional) — Rel.: Sr. Ministro William Patterson. Agte.: Instituto Nacional de Previdência Social. Agda.: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal não tomou conhecimento do incidente de inconstitucionalidade, determinando a devolução dos autos à Turma, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Afrânio Aduato Viana Palhares. (Em 20-3-80 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha e Wilson Gonçalves votaram com o Relator. Impedido, o Sr. Ministro Torreão Braz. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Néri da Silveira.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.174

Relator: O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Agravante: Universidade Federal do Paraná

Agravado: Gastão Adolpho Romano

Autor: Req.: Reitor da Universidade Federal do Paraná

EMENTA

Inconstitucionalidade. Educação. Magistério.

Tem-se como inconstitucional o disposto no art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, que mandou classificar ao nível de professor titular o livro, docente assim declarando anteriormente ao mesmo Estatuto que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estava no exercício da disciplina. A norma estatutária conflita com o disposto na E.C. nº 1, art. 176, § 3º, VI, e que corresponde ao art. 168, V, da Constituição de 1967, na sua primitiva redação, pois ali se preceitua que «o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerá sempre de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

Decisão do Pleno do T.F.R., por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em sessão Plena, por unanimidade, reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1º de setembro de 1977. (Data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Aldir G. Passarinho, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Na Turma, assim relatei a espécie:

«O MM. Juiz Federal do Paraná assim expôs a controvérsia e a decidiu: Gastão Adolpho Romano, casado, professor universitário, sob a invocação do art. 153, § 21 da Constituição Federal e dispositivos da Lei nº 1.533/51, impetrou, por intermédio dos seus advogados, perante este Juízo, Mandado de Segurança com pedido de concessão liminar, contra ato administrativo praticado pelo Magnífico Reitor da Universidade Federal do Paraná, consistente na Portaria nº 9.901, datada de 11 de maio do corrente ano, que declarou nulos todos os atos administrativos anteriormente praticados pelos Reitores que o antecederam, com base no art. 101 do Estatuto daquela Universidade, aprovado pelo Decreto nº 66.615, de 21 de maio de 1970.

Alega o impetrante que a citada autoridade administrativa federal não poderia declarar nulos todos os atos praticados, sob a égide do mencionado art. 101 do Estatuto já aludido, por ferir situação jurídica

já definitivamente constituída, sem que houvesse qualquer manifestação do Poder Judiciário, em tal sentido.

Pede, afinal, a concessão da segurança para que cessem a ilegalidade e o abuso constante da questionada Portaria violadora de seus direitos líquidos e certos, consoante documentos que junta.

Por entender que não ocorrem os pressupostos legais, o ilustrado Magistrado que me precedeu no conhecimento do feito, denegou a medida liminar, solicitando as informações cabíveis.

Tempestivamente prestadas, as longas, e eruditas informações subscritas pela digna autoridade administrativa, apontada coatora, esclarecem as razões que a levaram a praticar o ato administrativo inquinado de ilegal, a questionada Portaria nº 9.901/73, consistentes na aprovação pelo Exmo. Sr. Presidente da República, do Parecer nº I-213, de 13-3-73, emitido pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da República, a respeito da validade do mencionado art. 101 do Estatuto da Universidade. Estendeu-se S. Exa. em longas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, tendentes a demonstrar a licitude é normalidade do ato administrativo, que motivou a impetração da medida de segurança, inexistindo, portanto, qualquer violação de direito líquido e certo do Impetrante.

Ouvida, a douta Procuradoria da República emitiu o substancioso parecer de fls. 33/37, no qual, preliminarmente, pondera não ser a autoridade apontada como coatora a responsável pelo ato contra o qual se insurge o impetrante, que deriva da decisão tomada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, aprovando o citado parecer nº I-213, do Exmo. Sr. Consultor-Geral da Re-

pública, que tem força obrigatória para todos os agentes administrativos do Poder Executivo, entre os quais se inclui a autoridade apontada, que seria parte legítima para ser demandada.

Sob o aspecto do mérito, entende o ilustre Doutor Procurador que, efetivamente, houve violação de preceito constitucional, com o provimento do cargo de Professor Titular, sem que atendida fosse a condição imposta pela Constituição Federal, do concurso de título de provas e títulos, portanto, sendo inócua a nomeação por outra forma, descabendo, por isso, a concessão da medida impetrada.

Contados e preparados, vieram-me os autos conclusos para a sentença, que passo a prolatar.

Trata-se de ato administrativo de efeito meramente declaratório, cuja eficácia e validade depende da sua conformidade com a lei, por se tratar de ato vinculado, e não discricionário, da administração pública federal indireta.

No caso dos autos, S. Exa. o Magnífico Reitor da Universidade Federal do Paraná impressionado com a veemência dos termos do Parecer subscrito pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da República e exarado em processo administrativo que lhe foi submetido pelo Exmo. Sr. Presidente da República, houve por bem em baixar a questionada Portaria nº 9.901/73, declarando nulas as Portarias que classificaram Professores como Titulares ou Adjuntos, com base no art. 101, do Estatuto da Universidade aprovado pelo Decreto nº 66.615/70.

Entretanto, por mais meritória que tenha sido a intenção de S. Excia., o invocado Parecer da Consultoria Geral da República não assumiu o caráter de ato administrativo executório e muito menos de aplicação direta e imediata,

dirigindo-se, como ato interno e meramente opinativo, ao Exmo. Sr. Presidente da República, a quem, pelo ordenamento constitucional, incumbe promover a revogação do malsinado art. 101 do Decreto nº 66.615/70, através de outro Decreto.

A mera aprovação pelo Exmo. Sr. Presidente da República do citado parecer não tem o condão de revogar o disposto no art. 101 do pré-falado Decreto Presidencial, cuja eficácia, de resto, já se exauriu, no tempo, com a presumida classificação, ao nível de professor universitário, de todos os docentes livres que, à época do seu advento, preenchiam as condições nele previstas.

Note-se que o disposto naquele art. contém uma norma mandamental, isto é, o próprio art. 101 do malsinado Decreto determinou a classificação dos professores docentes livres e não as Portarias subseqüentes que os classificaram, de uma forma redundante, por serem meramente declaratórias e não atributivas de direitos já assegurados pelo citado Decreto.

Por tais fundamentos e por entender que a eficácia do art. 101 do Decreto Presidencial nº 66.615, de 21 de maio de 1979 já se exauriu no tempo sendo, portanto, impossível desfazer situações jurídicas já definitivamente constituídas, se não mediante acerto por sentença, concedo a medida de segurança impetrada, para assegurar ao ilustre Professor Impetrante o seu direito de continuar classificado ao nível de professor universitário, nos termos da legislação aplicável.

Inconformada, a Universidade Federal do Paraná agravou para este Tribunal, esclarecendo que o impetrante fora classificado ao nível de professor-titular, com base no art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, que

veio, porém, a ser considerado inconstitucional pela douta Consultoria-Geral da República, como se vê do parecer nº I-213, de 1º de março de 1973, após ter sido aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em consequência do que foram declaradas nulas, pela Portaria nº 9.091, de 11-5-1973, as anteriormente expedidas com base no aludido art. 101 do Estatuto da Universidade. E sustenta que à Administração é possível rever seus próprios atos, revogando-os ou anulando-os se contaminados por vício de ilegitimidade. No caso, verificada a inconstitucionalidade do citado dispositivo estatutário, não poderia deixar de ser anulado o ato viciado, que colocara o impetrante como professor titular. Acentua a Universidade que a colocação do problema pelo douto Juiz a quo desvia-se da verdadeira essência da matéria deduzida, pois não é, nem foi objeto do questionamento o Parecer nº I-213 da Consultoria Geral da República, mas sim o que a impetração atacou foi a Portaria nº 9.091, ato de efeitos concretos e individualizados, e cuja legitimidade encontra fundamento na Faculdade de revisão dos atos administrativos, não interessando, assim, no caso, analisar-se se o pronunciamento do Sr. Consultor-Geral da República assumiu ou não o caráter de ato administrativo executório e de aplicação direta e imediata. E acentua: «A executividade de cada ato administrativo exercita-se na mesma medida dos efeitos que lhe são próprios; daí porque não ter sido o parecer nº I-213 quem anulou a classificação do impetrante a nível de professor titular, mas o ato consubstanciado na Portaria nº 9.091.»

A seu prol, invoca ainda a Universidade a Súmula nº 473, da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

Oferecendo sua contraminuta ao agravo interposto, o agravado sustenta a juridicidade da r. sentença recorrida. Ressalta que o parecer do Sr. Consultor-Geral da República comete terrível engano fazendo confusão entre a palavra «provisamento» e «classificação» para chegar a conclusão da inconstitucionalidade argüida ao art. 101 citado. A Constituição prevê concurso público de títulos e provas para o fim de prover cargos iniciais e finais das carreiras de magistério (art. 176, § 3º). E o art. 101 do Estatuto da Universidade não trata de provimento de cargos, mas apenas de classificação de cargos. Assinala, ainda, que o art. 101 do Estatuto foi inspirado na redação dada ao art. 12 do Decreto-Lei nº 465, de 11 de fevereiro de 1969, a saber: «Os atuais ocupantes de cargos de pesquisador chefe, pesquisador associado e pesquisador auxiliar, ficam enquadrados, respectivamente, nas classes de professor-titular, professor-adjunto e professor-assistente, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968».

Assim, «o mesmo espírito foi aplicado no estatuto aprovado por decreto presidencial, pois que ambos tratam de classificar professores. São equiparações para aproveitamento de situações legais já existentes. Não tratam de provimento de cargos». E acrescenta: «A denominação de «professor titular» não existia antes do Decreto-Lei nº 465/69. Foi esse decreto que em seu art. 10 alterou o art. 3º da Lei nº 5.539/68, assim dispondo:

«Os cargos e funções da carreira do magistério abrangem as seguintes classes:

- I — professor-titular;
- II — professor-adjunto;
- III — professor-assistente.»

Criadas que foram as classes, obviamente haver-se-ia de proceder à equiparação, aproveitando-se o que, já fosse encontrado, classificando-se cada caso dentro do direito existente. Regulando a aplicação desse direito — já existente — o Decreto-Lei nº 465/69 e o Estatuto Universitário da UFP (aprovado pelo Decreto nº 66.614/70) estabeleceram, respectivamente, os artigos «12 e 101.»

Eu concluí, anotando que o art. 12 do Decreto-Lei nº 465/69 está vigente e sobre ele não foi argüida inconstitucionalidade, e da mesma forma está vigente o art. 101 do Estatuto da Universidade.

A ilustrada Procuradoria Regional declara reportar-se aos seus pronunciamentos anteriores e às razões do agravo daquela entidade de ensino. Subindo os autos, não se tendo reconsiderado, pronunciou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, a qual sustenta merecer reforma a sentença recorrida, posto que o benefício concedido ao impetrante o foi com base em norma inconstitucional, o que tornou o ato respectivo nulo de pleno direito, pois inconstitucional é o art. 101 do Estatuto da Universidade, do que resulta que nenhum direito fica assegurado ao impetrante, pois nulos são os atos administrativos praticados com base no mencionado dispositivo estatutário e, em tais casos, a administração pode rever seus próprios atos».

Entendi — no que fui acompanhado pelos eminentes integrantes da assentada julgadora — que o art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná era inconstitucional, por conflitar com o art. 168, § 3º, V, da Constituição de 1967, e que passou a constituir o art. 176, § 3º, VI, da E.C. nº 1, em face do que é o incidente de inconstitucionalidade submetido a julgamento do Pleno desta Corte, na

conformidade do disposto no art. 481 do C.P.C.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Na Turma assim votei, sustentando ser inconstitucional o art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná.

Diz o art. 101 do Estatuto: «Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente estatuto e que à data do Decreto-Lei nº 465, de 11-2-69, estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível de professor titular, e os que estavam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor adjunto.»

Ora, o docente livre, no exercício de atividade decorrente de tal condição, não ocupa cargo. Outrossim, o concurso para a livre docência não substitui o concurso para provimento de cargo. O primeiro é apenas para aquisição do título universitário de livre docente, não possuindo qualquer caráter competitivo e não atribuindo direito, por si só, ao provimento de cargo de magistério.

Diz o art. 176, § 3º, item VI, da Emenda Constitucional nº 1 repetindo o art. 168, § 3º, V, da Constituição de 1967 que, in verbis:

«O provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerá, sempre, de prova de habilitação, que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

O parecer do Sr. Consultor-Geral da República, conforme destacado nas informações da Universidade, acentua:

«Com efeito, no provimento dos cargos de magistério há de obedecer-se o mandamento constitucional que torna obrigatório o concurso público de provas e títulos (Const. 1967, art. 168 V, Emenda nº 1, art. 176, § 3º, VI).

Como não poderia deixar de ser, também a legislação ordinária assim o dispõe (Lei nº 5.539/68, art. 10 e Decreto-Lei nº 465/69, art. 3º).

Parece evidente, portanto, que o Estatuto não poderia dispor como o fez, admitindo a possibilidade de provimento dos cargos de magistério sem a exigência legal do concurso. Nessa parte, é de inconstitucionalidade manifesta, vale dizer, nulo, vício que contamina os atos nele fundamentados».

Dizer a agravada que, no caso, o que houve foi classificação e não provimento — e que a respeito fez confusão o Sr. Consultor-Geral da República — em nada altera a questão posta, que, de fato, sob o título de classificação o que houve foi nomeação, foi provimento.

Quanto à invocação do Decreto-Lei nº 465, de 1969 (art. 12) para justificar, por oferecer situação semelhante, o art. 101 do Estatuto, é de dizer-se que as hipóteses são diversas. O art. 12 do mencionado Decreto-Lei mandou enquadrar ocupantes de cargos de pesquisador chefe, pesquisador associado e pesquisador auxiliar nas classes, respectivamente, de professor-titular, professor-adjunto e professor-assistente, de acordo com o art. 5º da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968, ou seja, mandou enquadrar funcionários titulados, ocupantes de cargo público, enquanto o art. 101 do Estatuto da Universidade do Paraná mandou classificar, e aí com o mesmo sentido de prover, ou nomear, livres docentes.

Houve, assim, a meu ver, inconstitucionalidade no art. 101 do Estatuto aludido, bem como no ato que nele fundado classificou o agravado como professor titular.»

Assim, e pelos fundamentos então expostos e que ora reitero, tenho por inconstitucional o art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AgMS nº 74.174 — PR. Relator: Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho. Remte: Juiz Federal da 3ª Vara. Agte.: Universidade Federal do Paraná. Agdo.: Gastão Adolpho Romano.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Oscar Corrêa Pina e José Dantas, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado, adiou-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Amarílio Benjamin. Aguardam vez os Srs. Ministros Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Décio Miranda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora e Aldir Guimarães Passarinho. (Em 16-8-77 — T. Pleno).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Em sessão de 16 de agosto do corrente ano, pedi vista dos presentes processos, para exame direto da matéria, com os autos em mãos.

Fiz esse estudo, embora sem maior profundidade.

De qualquer sorte, acho-me em condições de proferir o meu voto.

Quando o Sr. Ministro Aldir Passarinho votava, lembrei-me de que, na Turma, havia considerado assunto semelhante; e, de fato, em 19 de março de 1975, a 2ª Turma julgou o agravado em mandado de segurança nº 74.418, em que dois professores da Universidade do Paraná impugnaram a Portaria nº 9.901, de 11 de maio de 1973, a mesma que anulou portarias anteriores que deram melhor situação aos interessados.

É certo que, nesse julgamento, não se chegou ao exame do mérito, uma vez que se reconheceu que os impetrantes decaíram da segurança requerida por ultrapassagem do prazo legal.

Examina-se, na hipótese, se o Estatuto da Faculdade que foi aprovado pelo Conselho Federal e sancionado pelo Presidente da República, conforme o Decreto nº 66.614, de 21 de maio de 1970, ao dispor no art. 101, pela classificação dos diversos professores da Universidade, nas classes de regência do ensino, a partir de professor titular, tem validade, em face da Constituição.

Venho sustentando que a Constituição Federal no dispositivo que exige concurso, seja para professor das Universidades, seja para funcionário público, segundo a prática que se tem dado em nosso regime, não tem caráter absoluto.

Por isso mesmo, diversas leis, malgrado o dispositivo constitucional, têm concedido, não só a funcionário, como a professor, estabilidade e até efetividade.

Destaco, por exemplo, o dispositivo de diversas leis que federalizam instituições particulares, quando prescreve que os professores fundadores são considerados professores catedráticos no antigo regime ou, ajustando à nomenclatura atual, professores titulares.

Malgrado esse pensamento, entendo que a orientação não merece

generalizar-se e chegar-se até a admissão de que regulamentos, estatutos ou decretos do Poder Executivo possam praticar as mesmas equiparações, transformações ou efetivações.

No caso presente, como já vimos, os interessados invocam o art. 101 dos Estatutos. Os Estatutos, em termos de disciplina legal, correspondem ao decreto que os aprovou. Discute-se, ainda, a determinação da Reitoria que revogou, de plano, os atos anteriores mesmo decorridos um, dois, três anos.

Realmente, quanto a esse aspecto, não merece aplausos a orientação da Reitoria, embora se reconheça que a administração pode revogar seus próprios atos. É o que, porém, vingou na vida forense, tendo por base, principalmente, súmula do Supremo Tribunal Federal.

De minha parte, acho sempre que o administrador, quando se deparar com uma situação dessa, ao invés de baixar atos de revogação pura e simples, deve instalar o devido processo legal, para chegar a uma decisão definitiva, isto é, abre-se o processo administrativo, tendo-se em vista a irregularidade cometida; concede-se o direito de defesa aos interessados; e, por fim, a autoridade que está colocada no cimo da hierarquia decide a matéria.

A meu ver, as autoridades, se procedessem assim, evitariam as reservas que, continuamente, são levantadas ao discricionarismo empregado.

Embora isso, é certo que a Jurisprudência tem acolhido essas revogações pura e simples, quando os atos revogados estão eivados de nulidade ou infração à Carta Magna.

Esse aspecto, é verdade, não está sob maior consideração. Ao mesmo me referi, ao menos, para situar a minha posição, de acordo com a orientação tradicional que venho mantendo a respeito do assunto.

Quanto, propriamente, ao art. 101 do Estatuto, não posso deixar de lembrar que a legislação do ensino sofreu, a partir de 1965, modificações profundas.

Não há necessidade de exame de todas essas proposições. Na hipótese, contudo, acho que devem ser considerados a Lei nº 5.539 e o Decreto-Lei nº 465 que estabeleceu algumas modificações à referida Lei.

Diz a Lei nº 5.539:

«art. 10. O provimento de cargo de professor-titular será feito mediante concurso público de títulos e provas, a que poderão concorrer professores-adjuntos, docentes livres ou pessoas de alta qualificação científica, a juízo do colegiado universitário competente, pelo voto de 2/3 de seus membros.

.....
art. 12 — Os cargos de magistério superior integrarão, em cada universidade ou estabelecimento isolado federal, o Quadro Único do Pessoal, a ser aprovado mediante decreto do Poder Executivo».

Veio o Decreto-Lei nº 465, e disse o seguinte:

«art. 10 — Os artigos 2º e 3º e 17, da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968, passam a vigorar com a seguinte redação:

«art. 2º — O pessoal docente de nível superior compreende os professores integrantes da carreira do magistério e os auxiliares de ensino.

Parágrafo único — Os professores serão admitidos segundo o regime jurídico do Estatuto do Magistério Superior ou segundo a legislação do trabalho, e os auxiliares de ensino pela legislação do trabalho.

art. 3º — Os cargos e funções da carreira de magistério abrangem as seguintes classes:

- I — professor-titular;
- II — professor-adjunto;
- III — professor-assistente;

.....
art. 17 —

.....
art. 11 — Os atuais ocupantes de cargos de pesquisador chefe, pesquisador associado e pesquisador auxiliar, ficam enquadrados, respectivamente, nas classes de professor-titular, professor-adjunto e professor-assistente, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968.

Parágrafo único — Para os fins previstos neste artigo, o Poder Executivo promoverá, mediante decreto, o enquadramento dos pesquisadores que não se encontrem classificados nos termos da Lei nº 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965.»

Como acabamos de ouvir, a lei que disciplina a situação dos professores, na verdade, continua tendo como fundamento da admissão à regência o concurso.

O Decreto-Lei nº 465, nas disposições que li — arts. 10, 11 e 12, pode dar lugar realmente, à compreensão de aproveitamento mais amplo dos professores que estavam no exercício no momento em que ela foi editada.

Na realidade, porém, não atinge a todos os professores. Lembrem-se os Srs. Ministros que, nos dispositivos lidos, há reclassificação de acordo, com a situação de cada professor. Como professor titular, por lei expressa, somente foi investido o antigo professor catedrático. O dispositivo que dá idéia de maior favorecimento refere-se a pesquisadores. Daí a conclusão normal é que, de fato, o art. 101, do Estatuto da Universidade do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 66.614, vai além do princípio consti-

tucional que rege o provimento das cátedras no ensino superior.

Diz o art. 101, tantas vezes citado:

«Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente Estatuto e que à data do Decreto-Lei nº 465, de 11-2-69 estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível do professor-titular, e os que estavam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor-adjunto».

Vê-se, portanto, que a reclassificação estabelecida põe de lado a exigência do concurso, para o provimento do cargo, infringe a Constituição e a própria lei que disciplina o assunto.

No meu ponto de vista, se o dispositivo estivesse calcado em alguma determinação legal, de acordo com os precedentes legislativos do sistema brasileiro, recomendaria a sua aceitação.

Como está, porém, na verdade, o art. 101, é completamente inválido.

Ponho-me, pois, de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: De acordo com o Relator. Reporto-me ao voto que proferi a propósito da mesma matéria, no AMS nº 75.778 — Paraná, onde cheguei, também, à conclusão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário em foco.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente: Estando de acordo com o voto do eminente Relator, quero apenas ressaltar por

uma questão de coerência, uma vez que na Turma já tive oportunidade de julgar caso semelhante sem a remessa do processo ao Tribunal Pleno, que, a meu ver, o problema se resolve sem enfrentar a questão da constitucionalidade.

Trata-se de colisão da norma estatutária, da Universidade do Paraná, com as disposições legais, e assim não há necessidade de se suscitar a matéria constitucional.

Desde que a Turma, porém, assim não entendeu, e remeteu o processo ao Tribunal Pleno para apreciar a inconstitucionalidade, ponho-me de acordo com o voto do ilustre Ministro-Relator, acolhendo a arguição, quanto ao art. 101, dos Estatutos da Universidade Federal do Paraná.

EXTRATO DA ATA

AgMS nº 74.174 — PR. Relator: Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho. Remte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Agte.: Universidade Federal do Paraná. Agdo.: Gastão Adolpho Romano.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, por unanimidade, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado. (Em 1-9-77 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Oscar Corrêa Pina, José Dantas, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Décio Miranda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora e Aldir Guimarães Passarinho votaram com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.010 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Néri da Silveira

Recorrente: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelante: INPS

Apelado: Aginaldo Servulo Botelho

EMENTA

— Previdência Social.

— Lei nº 5.890, de 8-6-1973, que alterou o regime da previdência social definido na Lei nº 3.807/1960, art. 29.

— Aposentadoria requerida na vigência da Lei nº 5.890/1973 por segurado que já satisfazia às condições de inativação no regime da legislação previdenciária anterior.

— Direito adquirido.

— Inconstitucionalidade parcial do art. 29 da Lei nº 5.890/1973.

— Recurso do INPS desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, em acolher, em parte, a arguição de inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 5.890/73. Quanto ao mérito, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de novembro de 1977 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: ao ensejo do julgamento da apelação em Mandado de Segurança nº 75.010, a colenda 3ª Turma, por maioria de votos, quedando eu, como

relator, vencido, inclinou-se pela inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 5.890, de 8-6-1973, que alterou o regime da Previdência Social definido na Lei nº 3.807, de 1960, com modificações do Decreto-Lei nº 66/1966.

Ao sumariar a espécie, na Turma, adotei o relatório da sentença, às fls. 31/32, nestes termos:

«Aginaldo Sérulo Botelho, brasileiro, casado, advogado, residente e domiciliado nesta Capital, por procurador regularmente constituído (fls.8), impetra Mandado de Segurança contra o Superintendente Regional do Instituto Nacional de Previdência Social, em que argui que, contando mais de 33 anos de serviço e vinculado à previdência social, em junho de 1973 requereu sua aposentadoria, a fim de não ficar sujeito à Lei nº 5.890, de 08 daquele mesmo mês, que alterou a Lei 3.807, de 1960, que tem por prejudicial aos seus interesses. Ocorre, entretanto, que, ao ser-lhe deferido o benefício postulado, fê-lo o impetrado sujeitando-o às

disposições da Lei 5.890, de 1973, ao que se opõe o mandamus, desde que, assim admitido, ficaria o impetrante, no caso de volta à atividade e re-filiação à previdência, sujeito à redução de sua aposentadoria a um abono a ser calculado sobre 50% dela.

Sustenta não ser de se lhe aplicar a lei nova, desde que, ao requerer sua aposentadoria já contava mais de 33 anos de serviço, tendo, assim, direito adquirido a ela segundo a lei anterior, sendo de se aplicar no seu caso o art. 7º, § 1º, do Decreto 60.501, de 1967, que lhe garante nova filiação à previdência sem prejuízo de sua aposentadoria, fazendo jus, apenas ao pecúlio pelas contribuições que venha a fazer após a aposentadoria (art. 106, V, do mesmo decreto).

Mostra excepcionar a Lei 5.890, citada, de suas disposições os que já tivessem adquirido condições de aposentadoria à data de sua vigência, bem como que seria ela regulamentada no prazo de 90 dias, contados da data de sua publicação, sendo certo ter sido o pedido de benefício do impetrante anterior a essa regulamentação, que se fez pelo Decreto 72.771, de 06 de setembro de 1973.

Alegando direito adquirido ao benefício nas condições em que o protege a norma constitucional, arrola jurisprudência, que transcreve, em favor de sua tese, amparada também na doutrina que invoca, para pedir deferida a segurança para se reconhecer o direito do impetrante «a ter sua aposentadoria dentro dos efeitos da lei em que se completaram os requisitos para a mesma aposentadoria e, portanto, sem que se lhe aplique o regime instituído no art. 147 do atual Regulamento do INPS, Decreto nº 72.771, de 06-09-1973, com os onerosos encargos da lei nova.»

Pede a concessão liminar da medida e pede a notificação do impetrado para as informações devidas.

Com a inicial, os documentos de fls. 9 a 11.

Concedida a liminar e notificado o impetrado, prestou este as informações (fls. 17 a 18), em que sustenta a exatidão do ato de deferimento do benefício, pois requerido em 26-06-73, operando-se o desligamento da atividade em 30-08-73, portanto já na vigência da Lei 5.890, de 1973, que foi, assim, observada, daí não havendo ocorrido qualquer lesão ao direito do impetrante.

O douto órgão do Ministro Público opina no sentido de ser mantido o ato, com amparo no texto legal, concluindo, assim, pela denegação da segurança. Em seguida, traz o impetrante aos autos a comunicação do impetrado de haver dado cumprimento à liminar, suspendendo as exigências das condições do deferimento do benefício, que ficam, entretanto, mantidas, documento de que teve ciência o Ministério Público (fls. 29).»

Da sentença, que concedeu a segurança, nos termos do pedido, apelou o INPS, sinalando, em síntese, que:

«A doutra decisão agravada, data venia, não pode sobreviver, visto que está sobejamente comprovado nos autos que a aposentadoria por tempo de serviço, em tela, foi requerida em 26-06-73 e o desligamento da atividade do agravado, em verdade, ocorreu em 30-08-73, portanto, já em plena vigência da Lei nº 5.890, de 08-06-1973.»

Com contra-razões de fls. 41/45, vieram os autos ao TFR, havendo a doutra Subprocuradoria-Geral da República opinado no sentido do provimento dos recursos.

Na Turma, proferi o voto que está às fls. 58/62, nestes termos:

«Pleiteia o impetrante que sua aposentadoria, requerida após a publicação da Lei 5.890, de 08 de

junho de 1973, mas antes de sua regulamentação com 33 anos de serviço, se dê segundo o regime do artigo 7º, parágrafo 1º do Decreto 60.501, de 1967, Regulamento Geral da Previdência Social, podendo assim voltar a vincular-se ao INPS, a ele contribuir, na forma e para os efeitos previstos na norma juris aludida.

Propõe-se nestes autos questão já apreciada pelo Tribunal múltiplas vezes. Refiro-me à necessidade ou não do requerimento para a integração do título de direito à aposentadoria por tempo de serviço.

Quando da aplicação do artigo 177, parágrafo 1º, da Constituição de 1967, na vigência da Emenda Constitucional nº 1, a questão foi amplamente debatida no Tribunal. Fui vencido. Na oportunidade, nos diversos julgamentos, entendi que o requerimento, em se tratando de aposentadoria por tempo de serviço, é *conditio juris*, é elemento essencial para a integração do título à aposentadoria voluntária. A par do elemento objetivo do tempo de serviço previsto na lei para inativação, a aposentadoria somente se afirma como um direito em prol do funcionário, se este, contando tempo necessário, vier a requerê-la. Não havendo requerimento da aposentadoria e tendo sido modificada a legislação, embora o requerente possuísse, em seu favor, o requisito objetivo de tempo de serviço, não podia, na vigência da nova lei, pleitear o benefício que lhe estaria assegurado pela lei anterior. Esse ponto de vista, entretanto, não prevaleceu. O Tribunal acolheu o entendimento segundo o qual, preenchidos os requisitos para a aposentadoria, mesmo modificada a lei com base na qual faria o funcionário jus à inativação, continuava ele detentor de título juris, que pode-

ria ser exercitada na vigência da lei nova, embora modificados os pressupostos para a aposentadoria. Também o Egrégio Supremo Tribunal Federal, recentemente, modificou Súmula de sua jurisprudência, segundo a qual, a aposentadoria deveria dar-se em conformidade com a lei vigente à época do requerimento. Dispensou-se o requisito do requerimento e entendeu-se, desde aí, que, satisfeitos os pressupostos da aposentadoria, consoante uma determinada legislação, a modificação desta não prejudicaria o direito que então já estaria definitivamente constituído.

No caso concreto, a legislação nova, da Previdência Social, que modificou a Lei 3.807, de 1960, e também o Decreto-Lei nº 66, de 1966, e o Novo Regulamento Geral da Previdência Social estabeleceram normas de direito intertemporal a propósito da situação daqueles que, fazendo jus à aposentadoria ordinária por tempo de serviço, houvessem já requerido o benefício, ou mesmo obtido o deferimento para seu pleito de inativação.

Estabeleceu a Lei 5.890, no seu art. 29, regra do seguinte teor:

«O regime instituído no art. 12 não se aplica aos aposentados anteriormente à data da vigência desta lei, nem aos segurados que (e é esta parte que interessa ao desate da controvérsia), até a mesma data tenham preenchido os requisitos e requerido a aposentadoria, a menos que por ele venham optar.» O art. 12 estabeleceu, segundo a lei do ano passado, o novo regime dos aposentados que voltassem a exercer atividades sujeitas à Previdência Social, preceituando, nos seus parágrafos, o seguinte: (lê). Como se vê, estabeleceu-se no art. 12 disciplina nova acerca da atividade dos aposentados. No

art. 29, a lei ressalvou, em primeiro lugar, a possibilidade de o aposentado ou o segurado, com direito à aposentadoria, poder optar por este regime novo do art. 12. Também lhe ressalvou, em determinada situação aqui definida, a manutenção do regime anterior. São requisitos a tanto, no que concerne aos ainda não aposentados, que, até a data da lei, que é de 08 de junho de 1973, publicada no Diário Oficial, de 11 de junho, preenchessem os requisitos segundo a legislação anterior e, mais, houvessem requerido a aposentadoria. Mais tarde, foi editado o Regulamento Geral da Previdência, com o Decreto 72.771, de 06 de setembro de 1973, que estabeleceu no art. 450 verbis: (lê).

Assim sendo, estou em que o impetrante há de ter sua aposentadoria já disciplinada pela lei nova, eis que não atende a requisito posto na nova legislação, em regra de Direito intertemporal, e, também, na regulamentação respectiva, para ter seu benefício sob disciplina do regime anterior à Lei nº 5.890, de 1973.

Conforme exige a norma em foco, não requereu sua aposentadoria na vigência da lei anterior. Muito embora a jurisprudência venha entendendo que o requerimento não é conditio juris para a constituição do título de direito à aposentadoria e que esse título estaria constituído na vigência da legislação anterior, desde que, nesta quadra do tempo, haja o funcionário ou o segurado preenchido os requisitos da legislação então em vigor, estou em que, no caso concreto, não se pode invocar essa orientação jurisprudencial em face da regra legislativa expressa, confirmada ainda na norma regulamentar a essa mesma lei.

Cuido, ademais, que não se trata aqui de matéria que possa ser visualizada segundo perspectiva diferente, qual seja, de regra inválida, pois, se assim entendesse, em conformidade com o novo Código de Processo Civil, sugeriria à Turma que a matéria fosse levada ao conhecimento do Tribunal Pleno. Compreendo que a regra do art. 29 é válida e atendendo a que o requerimento de aposentadoria se fez depois da vigência da Lei nº 5.890/1973, não pode ele pretender que o seu status de inativo se reja pela legislação anterior. O INPS concedeu-lhe a aposentadoria segundo a lei nova e entendo que o fez com apoio nesta mesma legislação.

Do exposto, meu voto é dando provimento aos recursos para casar a segurança.»

Divergindo de meu entendimento, pronunciou-se o ilustre Ministro Rondon Magalhães, às fls. 63/64, verbis:

«Sr. Presidente, há um caso similar, *mutatis mutandis*, que foi julgado pelo Tribunal de São Paulo e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Os Juizes paulistas faziam jus à aposentadoria aos 25 anos, mas, com a entrada em vigor da nova Constituição, este limite se alterou para 30 anos. Discutiu-se então se aqueles juizes, com 25 anos de serviço, à data deste novo dispositivo constitucional, teriam ou não direito à aposentadoria no regime dos 25 anos. A resposta do Egrégio Tribunal de São Paulo, confirmada pelo Supremo, foi no sentido afirmativo.

Aparte

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Permita-me V.Exa? Essa solução do precedente que invoca é também dada aos demais casos em que se aplicou o art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, já no regime de Emenda Constitucional nº 1,

de 1969, que não repetiu a mesma regra. Partiu-se, aí, precisamente, do entendimento jurisprudencial e doutrinário, segundo o qual o requerimento da aposentadoria voluntária não é pressuposto à integração do título *juris*. O direito à aposentadoria se inteiraria, o título do direito se tornaria completo, definitivamente constituído, no momento em que ocorre o requisito objetivo do tempo de serviço.

No caso concreto, como destaquei, deixo de invocar essa orientação jurisprudencial, em face da regra expressa, legislativa, que exige, a par do elemento subjetivo do tempo de serviço, o pedido da inativação.

O Sr. Ministro Rondon Magalhães: Tendo em vista precedentes anteriores e, sobretudo, o fato de que, no momento em que a Lei nº 5.780, foi revogada pela nova lei a que se referiu o Sr. Ministro Relator, entendo que, neste momento, o impetrante tinha os pressupostos para a aposentadoria, independentemente do requerimento.

Peço vênia a S. Exa. o Sr. Ministro José Néri da Silveira para manter a sentença.»

Pedi vista dos autos, o eminente Ministro Armando Rollemberg, trazendo douta manifestação que reside às fls. 66/68, nestes termos:

«1. Aginaldo Sérvulo Botelho, segurado do INPS, contava trinta e três anos de contribuições para a Previdência Social, quando em 26 de junho de 1973, requereu aposentadoria que lhe foi concedida explicitando-se no ato de concessão que o benefício ficava sujeito às disposições contidas na Lei 5.890, de 08-06-73. Esse diploma legal alterou o regime até então, em vigor, decorrente do Decreto-Lei 66/66, de acordo com o qual o segurado aposentado que voltasse a trabalhar continuava recebendo os proventos

de aposentadoria e contibuiria sobre os salários do novo emprego para a formação de seu pecúlio. Pela nova lei o segurado aposentado que voltar a trabalhar, durante o novo período de atividade, perceberá apenas 50% dos proventos a que vinha fazendo jus.

Considerou o impetrante que a Lei 5.890/73 tendo entrado em vigor quando completara os requisitos necessários à obtenção de aposentadoria apenas não a tendo requerido, o que, aliás, fizera antes de baixado o regulamento da mesma lei, assistia-lhe direito líquido e certo à obtenção do benefício de acordo com as normas mais favoráveis da legislação em cuja vigência implementara as condições para aposentar-se. Requereu então mandado de segurança que lhe foi deferido pela sentença de primeiro grau.

Em atenção a apelação do INPS e remessa *ex officio* o processo veio ter a este Tribunal, e, distribuído ao Sr. Ministro José Néri da Silveira. Trouxe-o S. Exa. a julgamento e proferiu voto provendo o recurso da autarquia e reformando a sentença para cassar a segurança concedida. De forma contrária votou o Sr. Ministro Rondon Magalhães. Pedi vista e trago agora o meu voto.

2. O Egrégio Supremo Tribunal Federal estabeleceu, no verbete 359 de sua Súmula de Jurisprudência, que «ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.»

Esse enunciado foi alterado, suprimindo-se as palavras «inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária», ficando consagrada a tese

de que ao funcionário que preencher os requisitos para a aposentadoria em determinadas condições na vigência de certa lei, assiste direito adquirido à sua obtenção de acordo com as normas desse diploma, direito que não pode ser afetado por legislação posterior.

Esse entendimento, fixado embora quanto à aposentadoria de funcionários, assente-se na interpretação da norma constitucional garantidora do direito adquirido, e, por isso, é aplicável também no caso de aposentadoria de segurado da previdência social.

Por isso mesmo há de ser tida como inconstitucional a regra do art. 29 da Lei 5.890, de 08-06-73, onde se dispôs que aos aposentados antes da data em que entrou em vigor ou que, até tal momento, houvessem requerido aposentadoria, não se aplicaria, se voltassem à atividade, o regime instituído no seu art. 12, isto é, a percepção do benefício sob a forma de abono, calculado na base de 50% do valor de sua aposentadoria. Entendeu, assim ao contrário da interpretação consagrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que somente com a apresentação de requerimento se consolida o direito adquirido à aposentadoria de acordo com a legislação em vigor.

Se a norma é inconstitucional assiste ao impetrante direito líquido e certo de vê-la afastada de aplicação ao seu caso, com o que o meu voto, por isso mesmo seria negando provimento ao recurso e confirmando a sentença recorrida.

É pressuposto do julgamento, entretanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 5.890/73, com o que na forma do art. 480 do Código de Processo Civil proponho que a questão seja submetida à apreciação do Tribunal Pleno.

O acórdão da Turma restou assim ementado (fls. 71):

«Art. 29 da Lei 5.890, de 08-06-73. Inclinando-se a Turma, por maioria, pela inconstitucionalidade de tal disposição, tida como ofensiva da garantia estabelecida no art. 153, parágrafo 3º, da Constituição, deliberou-se submeter a matéria à apreciação do Tribunal Pleno em atenção ao disposto no art. 116 da Carta Magna e na forma prevista nos arts. 480 e seguintes do Código de Processo Civil».

Foram remetidas cópias do inteiro teor do acórdão aos membros do Tribunal, incluindo-se o feito em pauta (fls. 73 e 74).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira (Relator): Reza o art. 29 da Lei nº 5.890, de 8-6-1973:

«Art. 29. o regime instituído no art. 12 não se aplica aos aposentados anteriormente à data da vigência desta lei, nem aos segurados que, até a mesma data, tenham preenchido os requisitos e requerido a aposentadoria, a menos que por ele venham a optar.»

Dispõem o art. 12 e seus parágrafos do referido diploma, verbis:

«Art. 12. o segurado aposentado por tempo de serviço, que retornar à atividade, será novamente filiado e terá suspensa sua aposentadoria, passando a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em cujo gozo se encontrar.

§ 1º - Ao se desligar, definitivamente, da atividade, o segurado fará jus ao restabelecimento da sua aposentadoria suspensa, devidamente reajustada e majorada de 5% (cinco por cento) do seu valor, por ano completo de nova atividade, até o limite de 10 (dez) anos.

§ 2º - O segurado aposentado que retornar à atividade é obrigado a comunicar, ao Instituto Nacional de Previdência Social, a sua volta ao trabalho, sob pena de indenizá-lo pelo que lhe for pago indevidamente, respondendo solidariamente a empresa que o admitir.

§ 3º - Aquele que continuar a trabalhar após completar 35 (trinta e cinco) anos de atividade terá majorada sua aposentadoria, por tempo de serviço, nas bases previstas no § 1º deste artigo.

§ 4º - Aplicam-se as normas deste artigo ao segurado aposentado por velhice e em gozo de aposentadoria especial que retornar à atividade.

§ 5º - O segurado aposentado por invalidez que retornar à atividade terá cassada a sua aposentadoria.»

As disposições do art. 12, da Lei nº 5.890/73, passaram a disciplinar matéria que, anteriormente, estava regulada pelo § 3º do art. 5º da Lei nº 3.807/1960, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 66/1966 (art. 1º), nestes termos:

§ 3º O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime desta lei será novamente filiado ao sistema, sendo-lhe assegurado, em caso de afastamento definitivo da atividade, ou, por morte, aos seus dependentes, um pecúlio em correspondência com as contribuições retidas nesse período, na forma em que se dispuser em regulamento, não fazendo jus a quaisquer outras prestações, além das que decorrerem da sua condição de aposentado.»

Originariamente, esta era a redação do dito § 3º do art. 5º, da LOPS:

§ 3º Aquele que conservar a condição de aposentado não poderá ser novamente filiado à previdência social em virtude de outra atividade ou emprego.»

Posteriormente, o novo RGPS baixado pelo Decreto nº 72.771, de 6-9-1973, preceituou, em seu art. 450:

«Art. 450. O regime instituído no art. 147 deste Regulamento não se aplica aos aposentados cujos benefícios se iniciaram até 10 de julho de 1973, nem aos segurados que, até a mesma data, tenham preenchido os requisitos e requerido a aposentadoria, a menos que por ele venham a optar.»

Disciplinando o denominado “Abono de retorno à atividade”, os arts. 147 e 151 e parágrafo único, do novo citado RGPS, estipulam:

«Art. 147. O segurado aposentado por tempo de serviço, inclusive de modalidade especial, por velhice ou em gozo de aposentadoria especial, que retornar à atividade, terá suspensa sua aposentadoria, passando a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria em cujo gozo se encontrar.

.....

«Art. 151. o Segurado aposentado que se valer da opção prevista no art. 450 ficará enquadrado, para todos os efeitos, a partir da data da opção, nos dispositivos da presente Seção.

Parágrafo único. Fica ressalvado ao segurado optante o direito ao pecúlio previsto na Seção VII, Capítulo III, deste Título, correspondente às contribuições recolhidas no período anterior à data da opção.»

Entendo que a dispensa do requerimento, para a constituição do título de direito à aposentadoria por tempo de serviço, não possui assento constitucional.

A Súmula do STF, sob nº 359, reza:

«359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inati-

vidade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.»

A exigência do requerimento veio a ser dispensada, já na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em se tratando de aposentadoria voluntária de funcionário público, especialmente, ao afirmar-se a aplicação do regime previsto no art. 177, § 1º, da Constituição de 1967, aos que, embora nele enquadrados, não houvessem solicitado a inativação, até 30 de outubro de 1969, quando entrou em vigor a Emenda nº 1 referida, da qual suprimida a norma em referência.

No voto que proferi na Turma, transcrito no relatório, destaquei:

«Como se vê, estabeleceu-se no art. 12 disciplina nova acerca da atividade dos aposentados. No art. 29, a Lei ressalvou, em primeiro lugar, a possibilidade de o aposentado ou segurado, com direito à aposentadoria, poder optar por este regime novo do art. 12. Também lhe ressalvou, em determinada situação aqui definida, a manutenção do regime anterior, ou se aposentar segundo o regime anterior. São requisitos a tanto, no que concerne aos ainda não aposentados, que, até a data da Lei, que é de 8 de junho de 1973, publicada no Diário Oficial de 11 de junho, preenchessem os requisitos segundo a legislação anterior e, mais, houvessem requerido a aposentadoria. Mais tarde, foi editado o Regulamento Geral da Previdência, com o Decreto 72.771, de 6 de setembro de 1973, que estabeleceu no art. 450, verbis: (lê)

Assim sendo, estou em que o impetrante há de ter sua aposentadoria já disciplinada pela lei nova, eis que não atende a requisito pos-

to na nova legislação, em regra de Direito intertemporal, e, também, na regulamentação respectiva, para ter seu benefício sob disciplina do regime anterior à Lei nº 5.890, de 1973.

Conforme exige a norma em foco, não requereu sua aposentadoria na vigência da lei anterior. Muito embora a jurisprudência venha entendendo que o requerimento não é *conditio juris* para a constituição do título de direito à aposentadoria e que esse título estaria constituído na vigência da legislação anterior, desde que, nesta quadra do tempo, haja o funcionário ou o segurado preenchido os requisitos da legislação então em vigor, estou em que, no caso concreto, não se pode invocar essa orientação jurisprudencial em face da regra legislativa expressa, confirmada ainda na norma regulamentar a essa mesma Lei.»

Releva ainda, na espécie, conotar que o art. 29 da Lei nº 5.890/1973 não se refere propriamente à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mas, sim, ao retorno à atividade do aposentado. Quanto às condições para aposentar-se, nada se alterou, modificando-se, apenas, a disciplina de situação jurídica nova que o aposentado, eventualmente, pode pretender, qual seja, retornar à atividade. O regime desse retorno à atividade, cuja disciplina estava definida no art. 5º § 3º, da LOPS, na redação do Decreto-Lei nº 66/66, passou a ser a do art. 12 e parágrafos da Lei nº 5.890.

Assim sendo, mesmo admitindo que o segurado que não pediu aposentadoria, por tempo de serviço, antes da Lei nº 5.890, embora já preenchesse os requisitos a tanto, pudesse pretender ir à inatividade, segundo a legislação anterior, isso há de compreender-se restrito à verificação dos pressupostos da aposentadoria, notadamente, o requisito

objetivo do tempo de serviço. Certo é que se se aposentou na vigência da nova lei previdenciária, outras situações de direito, como retorno posterior à atividade, deva estar sob a disciplina da lei nova que incide, desde logo, cumprindo entender que disciplina, no particular, todas as aposentadorias que lhe forem subseqüentes. Ademais disso, é de sinalar, no campo da previdência social, que o benefício da aposentadoria voluntária somente será concedido a partir da data do desligamento do emprego ou do afastamento efetivo da atividade por parte do segurado, devidamente comprovado, o qual deverá ser sempre posterior à respectiva concessão (RGPS, baixado pelo Decreto 48.959-A, de 1960, art. 62; RGPS aprovado pelo Decreto n.º 60.501/1967, art. 55; RGPS baixado pelo Decreto n.º 72.771/1973, art. 65; CLPS, art. 41, § 3.º).

Do exposto, reportando-me ao voto que proferi na Turma, para mantê-lo, rejeito a argüição de inconstitucionalidade do art. 29, da Lei n.º 5.890, de 8-6-1973.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: O direito à aposentadoria por tempo de serviço nasce no momento em que o funcionário ou o empregado atende e cumpre esse pressuposto.

O requerimento é simples meio de exercício do direito que, a essa altura, já se apresenta adquirido.

O art. 29 da Lei n.º 5.890, de 8 de junho de 1973, exclui da regra do art. 1.º, isto é, que suspende a aposentadoria daquele que retornar à atividade, os casos dos segurados que, à data de sua vigência, tenham requerido o benefício.

Ora, repito, o direito à inativação decorre do cumprimento do requisito tempo de serviço e, não do pedido de aposentadoria, donde concluir que a norma contida nessa disposição, fere

o princípio constitucional que garante e protege o direito adquirido.

Uma vez que a inovação introduzida à LOPS atinge, como visto, a aposentadoria já concedida, segue-se que o dispositivo legal é inconstitucional.

É o meu voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o voto do eminente Ministro-Relator. Entendo que a situação, perante a Previdência Social, do aposentado que volta à atividade, não integra o seu direito à aposentadoria, que não está em causa, e em consequência a incidência da Lei nova, referente às condições em que se opera essa volta, não fere qualquer direito adquirido.

Não vejo, pois, a inconstitucionalidade argüida, no art. 29, da Lei n.º 5.890, de 1973.

EXTRATO DA ATA

AMS.75.010 (Mat. Const.) — MG. — Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara. Apte.: INPS. Apdo.: Aguinaldo Sérvulo Botelho.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Jorge Lafayette Guimarães, no sentido de rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do Art. 29, da Lei 5.890/73, e do Sr. Ministro Jarbas Nobre, acolhendo-a, adiou-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Paulo Távora. Aguardam os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, Oscar Corrêa Pina, José Dantas, Carlos Máriô Velloso, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Márcio Ribeiro e Moacir Catunda. (Em 27-10-77 - T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins,

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo Távara: Requerida a aposentadoria por tempo de serviço em 26 de junho de 1973, o Instituto Nacional da Previdência Social concedeu-a, mas sujeitou-a às disposições da Lei 5.890, de 8 de junho de 1973 em razão de o benefício ter sido requerido depois do advento do novo diploma nos termos de seu art. 29.

O impetrante sustenta, porém, ter direito adquirido ao regime previdenciário anterior, quando completou todos requisitos para a aposentação. A exigência de requerimento não é condição para adquirir o direito, mas exteriorização de seu exercício que ja pressupõe a existência do bem jurídico no patrimônio do titular. Essa é a definição de «direito adquirido» que a Lei de introdução dá no art. 6º, § 2º. Cita doutrina de que se destaca este ensinamento de Francisco Campos:

«... a aposentadoria depende tão-somente de se cumprir um determinado lapso de tempo no exercício da função; cumprido o tempo, o funcionário adquiriu, ipso facto, o direito à aposentadoria nos termos e com as vantagens asseguradas na lei em vigor. Lei posterior que viesse a atribuir ao mesmo fato efeitos diversos, ou lhe recusasse a potencialidade de produzir os efeitos que, segundo a lei do tempo em que se consumou, era apto a produzir, estaria pretendendo, precisamente, a retroatividade que a Constituição declara ilegítima». («Direito Administrativo», vol. II/129 e segs.).

Finalmente, aponta o exemplo da Suprema Corte que alterou a Súmula nº 359 de sua jurisprudência e cancelou a exigência de requerimento para aquisição do direito à aposentadoria voluntária.

Deferida liminar (fl. 14), a sentença concedeu a segurança (fl.35).

A Egrégia 3ª Turma, em julgamento preliminar de 29 de novembro de 1974, houve por submeter ao Plenário a apreciação da constitucionalidade do ar. 29 da Lei 5.890, na parte em que ressalva a incidência somente se tiver havido requerimento de aposentadoria antes de sua vigência.

Ocorre, contudo, que nesse entretempo sobrevieram as Leis 6.210 e 6.243, de 1975. A primeira restaurou o pagamento da aposentadoria que a Lei 5.890 suspendera e substituíra por abono na base de 50% dos proventos durante o período em que o inativo voltasse a trabalhar, bem como suprimiu o referido abono, verbis:

«Art. 2º - O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, será novamente filiado ao INPS, sem suspensão de sua aposentadoria, abolindo o abono a que se refere o artigo 12, da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, e voltando a ser devidas com relação à nova atividade todas as contribuições, inclusive da empresa, previstas em Lei.»

No interregno da Lei 5.890 até a Lei 6.210, esta ainda dispôs:

«Art. 2º § 3º - O aposentado que, na forma da legislação anterior, estiver recebendo abono de retorno à atividade, terá este cancelado e restabelecida sua aposentadoria com o acréscimo a que já houver feito jus até a data da entrada em vigor desta lei.»

Finalmente, a Lei 6.243, no art. 8º, revogou, expressamente, o art. 29 da Lei 5.890.

Tenho, pois, que o incidente de inconstitucionalidade está prejudicado com a revogação do art. 29 da Lei 5.890 e a asseguaração, no intervalo, dos direitos do Autor pela liminar e pela concessão do mandamus em 1º

grau. Por isso, julgo também prejudicada a remessa de ofício e a apelação do Instituto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro José Néri da Silveira (Relator): Penso que o eminente Ministro Paulo Távora propõe ao Tribunal uma questão nova em torno da apreciação da matéria de inconstitucionalidade. Sustenta S. Exa. que se torne prejudicado o incidente de inconstitucionalidade de uma norma se, no curso do julgamento, sobrevier a revogação dessa norma. Esta a tese de S. Exa. para fundamentar o voto.

Pediria vênua a S. Exa., como Relator, para não aceitar a solução do eminente Ministro Paulo Távora. De fato, trata-se de discutir os efeitos da norma, só revogada por lei de setembro de 1975, que retroagiu os efeitos a 1º de julho de 1975. Ora, na espécie, a norma operou desde 1973, quando se impetrou a segurança. A circunstância de haver sido concedida a liminar, confirmada pela sentença concessiva da segurança, por si só, data venia, não pode ter o condão de manter o impetrante em todas as consequências dessa decisão provisória. A julgar-se o incidente prejudicado e, assim o recurso do INPS, consequência imediata é ter-se como irrecurável a sentença concessiva da segurança e confirmados os efeitos dessa decisão provisória. Ora, trata-se de saber se esse dispositivo, até ser revogado, era válido ou inválido. Se válido, a aposentadoria não poderia ter sido assegurada assim como pedida deferida pela sentença. Se inválida a norma, no lapso de tempo da sua vigência, certo é que nenhuma foi a consequência e, assim, correta essa situação provisoriamente estabelecida.

Tenho para mim, dessa maneira, que o fato da revogação pode ser apenas um argumento a mais no de-

bate da controvérsia, nunca, porém, lograr a virtude de tornar prejudicado o debate que as partes travaram na vigência da norma. O INPS, evidentemente, possui legítimo interesse de ver reconhecido durante este período em que teve vigência a norma, a sua validade, ou não. Se o Tribunal recusar a arguição de inconstitucionalidade e proclamar a validade da norma, o feito será o mandado de segurança ser denegado, porque o impetrante, à época, não faria jus à aposentadoria, como pediu. Se lhe cabe agora, depois dessa nova lei, ser reexaminada sua situação, é outro problema. E tanto é questão nova que, como proclamei no meu voto e foi também reafirmado no voto do eminente Ministro Jorge Lafayette, aqui não se cuida de regime de aposentadoria, mas, sim, de regime concernente ao retorno à atividade de quem se aposentar.

Assim, a norma, dispondo para uma situação de volta à atividade, revogada agora, quem estava aposentado e quiser de futuro voltar - embora aposentado à época daquela norma, em 1973 - evidentemente o fará de acordo com a Lei vigente. Daí, haver eu sustentado que não prejudicava o art. 29 predito direito adquirido nenhum, porque a volta à atividade do aposentado é regulada pela lei vigente à época desse fato.

O Sr. Ministro Paulo Távora: V. Exa. me permite uma observação?

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Pois não.

O Sr. Ministro Paulo Távora: No plano doutrinário, estou de acordo com V. Exa. Mas, como o Tribunal sabe, é de boa hermenêutica não apreciar-se a questão de inconstitucionalidade, quando solução pode ser encontrada pela via da interpretação ordinária. Obvia-se, assim, o extremo de chegar à declaração de nulidade da lei, se o caso sub iudice permite ao Judiciário resolver a lide sem a indagação maior.

Na espécie, havia uma situação judiciária em constituição. Ao conceder a liminar, confirmada pelo deferimento da segurança, criou-se um suporte fático transitório, é verdade, mas de características diferentes do original. A nova lei surpreendeu essa situação judiciária em formação a consolidar-lhe a solução.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: V. Ex.^a me permite?

O Sr. Ministro Paulo Távora: Pois não.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Cumpre saber se essa situação discutida nos autos, ainda na vigência da norma revogada, estava amparada nessa disposição, ou não. Discute-se o que se passou durante a vigência de dita regra legal. A revogação ocorreu depois do julgamento da Turma. Então, é de indagar se a decisão desse mandado de segurança deve ser confirmada, ou não. Como decidiu a Turma, pelo voto do eminente Ministro Armando Rollemberg, para deferir ou indeferir o mandado de segurança, impende proclamar, exclusivamente, isto: a norma é válida, ou inválida. Não há resíduos a discutir. Se o Tribunal der pela validade da norma, está cassada a segurança.

O Sr. Ministro Paulo Távora: Já ressalvei a colocação do assunto em termos ortodoxos, se não se admitir, como admito, possa a situação originária evoluir em decorrência de decisão judiciária de primeiro grau. Permito-me invocar precedente da Suprema Corte que julgou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade, pela revogação superveniente de lei sobre a nacionalidade de menores estrangeiros, filhos de pais naturalizados.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Mas, eminente Ministro, isso aí é lei de estado. É situação completamente diferente. Aqui é sobre

questão pecuniária, patrimonial, que discutem as partes.

Na espécie, havia uma situação judiciária em formação a mandado de segurança, impende protermos ortodoxos se não se admitir, questão pecuniária, patrimonial, que venia, o fundamento da decisão do Supremo Tribunal, ao julgar prejudicada a representação de inconstitucionalidade, foi a revogação intercorrente da lei impugnada. O incidente não pode transformar-se em debate acadêmico, quando a norma abrogante esvaziou a questão. No caso, o impetrante está atendido. O INPS pretende reformar a sentença que, a esta altura, conformou-se com a solução sancionada pela lei nova. A 2.^a Turma tem aplicado a mesma doutrina com relação aos mandados de segurança requeridos por pessoas que desejam fazer concurso e, à época da inscrição, tinham mais de 35 e menos de 50 anos. No curso do processo, sobreveio lei que elevou o limite da idade. Temos nós decidido que, se fizeram o concurso ao abrigo de liminar ou de concessão da segurança em 1.^o grau, o diploma sobreveio encontrou novo suporte fático decorrente da situação judiciária em curso e consolidou a solução.

Na espécie, o aposentado está recebendo os seus proventos sem o desconto de 50%. Não se sabe, efetivamente, se voltou à atividade. Admitindo o caráter preventivo da segurança, não vejo interesse, data venia, em apreciar-se o incidente de inconstitucionalidade de lei revogada, se a decisão do caso concreto pode encontrar-se mediante interpretação construtiva da situação jurídica que a nova lei encontrou e consolidou.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Data venia, aqui, não há como resolver este mandado de segurança senão enfrentando o problema de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro **Páulo Távora**: Data venia, o fundamento da decisão do Supremo Tribunal, ao julgar prejudicada a representação de inconstitucionalidade, foi a revogação intercorrente da lei impugnada. O incidente não pode transformar-se em debate acadêmico, quando a norma ab-rogante esvaziou a questão. No caso, o impetrante está atendido. O INPS pretende reformar a sentença que, a esta altura, conformou-se com a solução sancionada pela lei nova. A 2ª Turma tem aplicado a mesma doutrina com relação aos mandados de segurança requeridos por pessoas que desejam fazer concurso e, à época da inscrição, tinham mais de 35 e menos de 50 anos. No curso do processo, sobreveio lei que elevou o limite da idade. Temos nós decidido que, se fizeram o concurso ao abrigo de liminar ou de concessão da segurança em 1º grau, o diploma sobrevindo encontrou novo suporte fático decorrente da situação judiciária em curso e consolidou a solução.

Na espécie, o aposentado está recebendo os seus proventos sem o desconto de 50%. Não se sabe, efetivamente, se voltou à atividade. Admitido o caráter preventivo da segurança, não vejo interesse, data venia, em apreciar-se o incidente de inconstitucionalidade de lei revogada, se a decisão do caso concreto pode encontrar-se mediante interpretação construtiva da situação jurídica que a nova lei encontrou e consolidou.

O Sr. Ministro **José Néri da Silveira**: Data venia, aqui, não há como resolver este mandado de segurança senão enfrentando o problema de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro **Paulo Távora**: respeito a colocação de V. Exa., mas permito-me insistir na intercorrência de um novo suporte fático criado

pela decisão judiciária, em que incidiu a nova lei.

Por essas razões, com a devida venia do Sr. Ministro-Relator, considero prejudicado tanto o incidente de inconstitucionalidade quanto o recurso voluntário.

A necessidade de entrar no exame da constitucionalidade, assim subsistiria, determinando o pronunciamento do Tribunal a respeito.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro **Jorge Lafayette Guimarães**: Sr. Presidente, entendo que a simples revogação da lei não impediria o exame da sua constitucionalidade, desde que tenha produzido efeitos, e estes estejam em causa.

A necessidade de entrar no exame da constitucionalidade, assim subsistiria, determinando o pronunciamento do Tribunal a respeito.

Pelo art. 122, da Consolidação das Leis de Previdência Social — Decreto nº 77.077, de 1976 — porém, ao ser revogada a anterior disposição que subordinava a volta do aposentado à atividade à perda do benefício, substituído por um «abono», ficou determinado, de forma expressa, que ao aposentado que de acordo com a Lei 5.890, de 1973, estivesse percebendo abono de retorno à atividade teria direito ao restabelecimento da sua aposentadoria, com os acréscimos a que houvesse feito jus, até 30 de junho de 1975, véspera do início da vigência do diploma revogador, consolidado no citado art. 122 — Lei 6.210, de 4 de junho de 1975.

Assim, a própria lei que revogou a antiga restrição, determinou a sua retroatividade, mandando pagar tudo que tenha o segurado deixado de receber durante o período em que

vigorou a norma revogada. Então, não há mais efeitos a cogitar, do antigo preceito cuja constitucionalidade foi impugnada.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Tenho a impressão de que não se pode dar tal extensão a esse dispositivo regulamentar, uma vez que não é disposição da lei.

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: A Consolidação das Leis de Previdência tem força de lei, como “consolidação” que é, baixada conforme o art. 6º, da Lei nº 6.243, de 1975.

O Ministro apenas consolidou as diversas leis. Esse dispositivo, por exemplo...

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Quando a regra legal em foco se refere aos efeitos a que fizesse jus, evidentemente alude aos efeitos para quem se encontrava segundo o regime anterior, em que, com o retorno à atividade, o segurado perdia a aposentadoria, continuando a contribuir e ia somando determinadas situações, para, quando voltasse à condição de aposentado, poder incorporá-las. Mas, modificou-se esse sistema. Com a nova legislação, não há mais a perda da aposentadoria. Os efeitos, portanto, a que fizesse jus, são os produzidos durante a vigência da Lei nº 5.890 (art. 29), os quais eram, então, considerados incorporados à sua aposentadoria.

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Tem direito ao restabelecimento da aposentadoria com os acréscimos a que tiver feito jus. A expressão “tiver feito jus” refere-se aos acréscimos.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: A matéria estava regulada pelo predo art. 12, que rezava: (lê).

Durante o período em que esteve trabalhando, o acréscimo a que ele faria jus se incorpora. Essa é a interpretação que dou. Esse plus que ele foi haurindo durante o período de vigência do regime do art. 12, se incorpora. O que a lei quis resguardar para o segurado foi isso. Restabelecia a aposentadoria, já com os acréscimos que a lei lhe dava. Então, ele não teria um mero restabelecimento da aposentadoria, mas um restabelecimento com a majoração de 5% do seu valor por ano completo de atividade, até o limite de 10 anos.

No caso, já era relevante, porque essa norma teve vigência por mais de 2 anos. A lei é de junho. É a situação do autor, com precisamente dois anos de novo exercício, o que vale dizer, um acréscimo de 10% na sua aposentadoria. Daí se restabelecer a aposentadoria, acrescida de 10%. A lei mandou restabelecer logo, mas explicitando que, ao ser restabelecida, são incorporados os acréscimos.

Por isso, continuo entendendo que tal norma não prejudicou o conhecimento dessa matéria, porque a mesma tem maior amplitude.

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, data venia, mantenho meu entendimento.

Parece-me que esse dispositivo quis dar efeito retroativo à nova norma. Ao revogar a proibição, o legislador fez cessar os efeitos do antigo preceito, retroativamente.

Diante dessa norma, que cria uma situação de todo excepcional, parece-me que os efeitos da norma revogada não mais subsistem, inclusive quanto ao passado.

Considero, em consequência, prejudicado o pedido.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente, também acho necessário que se conheça do incidente de inconstitucionalidade argüido, uma vez que a lei é de 1973, e foi revogada em 1975.

Há efeitos patrimoniais, portanto, a serem resolvidos.

Fico com o Ministro Néri da Silveira, a propósito da matéria levantada pelo Sr. Ministro Paulo Távara.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Paulo Távara.

Na verdade, o art. 122, a meu ver, não restabelece situação pretérita para aquele que se encontrasse na situação prevista no art. 12, combinado com o art. 29.

O art. 122 diz: (lê).

Ora, o que se discute aqui, exatamente, é a aplicação ou não do art. 29, da Lei nº 5.890. Então a situação, na verdade, não pode ser examinada quanto a uma situação anterior à Lei nº 5.890, porque, no caso, o postulante não estava aposentado na forma da dita Lei nº 5.890, de 8 de junho e a situação concedida pelo art. 122 parece-me que não lhe dá exatamente aquela mesma posição anterior. Tanto que, num outro dispositivo que foi lido, a retroação é feita a uma determinada data, também de junho de 1975. Ora, se fosse exatamente a mesma coisa, estaria havendo duplicidade no comando legal, mandando fazer uma retroação, quando esta retroação anteriormente já fora feita.

Data venia, julgo prejudicado o incidente em virtude do disposto no art. 122.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Oscar Correa Pina: Estou de acordo com o voto do Se-

nhor Ministro Néri da Silveira, data venia do entendimento em contrário dos Senhores Ministros Paulo Távara, Jorge Lafayette e Aldir Passarinho, porquanto os fatos ocorreram anteriormente à revogação do art. 29 da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que instituiu novo regime para os aposentados que voltassem à atividade, dispondo, no art. 12, que desse regime estavam excluídos os aposentados anteriormente à sua vigência, bem como os segurados que, à mesma data, houvessem preenchido os requisitos legais e requerido aposentadoria.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro José Dantas: Julgo prejudicado o incidente de inconstitucionalidade, em primeiro lugar porque me convenço do acerto do fundamento invocado pelo Ministro Paulo Távara. Na realidade, é uma orientação predominante no Supremo o princípio de que não se deve declarar a inconstitucionalidade de lei revogada desde que esta lei não tenha deixado nenhum rastro de sua aplicação.

É exatamente o caso dos autos. Na hora em que o INPS quis aplicar a lei ora inquirada, veio a decisão judicial e frustrou a aplicação. E essa frustração permaneceu até a lei nova que restabeleceu as condições anteriores. A meu ver, é o caso típico de não se declarar a inconstitucionalidade da lei, porque não houve marco concreto de sua aplicação, impedida que foi por força de decisão judicial, encontrada pela norma restabeledora.

Por outro lado, também me impressiona o fundamento invocado pelo Ministro Jorge Lafayette, pois ao que me parece, o artigo consolidado, citado por S. Ex^ª, realmente emprestou um determinado sentido repristinatório à lei primitivamente revogada.

Por esses dois fundamentos, tenho para mim que resulta prejudicado o incidente de inconstitucionalidade.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Paulo Távora: O dispositivo sub examine da Lei 5.890, prescreve:

«Art. 29 — O regime instituído no artigo 12, não se aplica aos aposentados anteriormente à data de vigência desta lei, nem aos segurados que, até a mesma data, tenham preenchido os requisitos e requerido a aposentadoria, a menos que por ele venham à optar.»

A própria norma ressaltou o regime anterior da Lei 5.890 aos inativos por tempo de serviço que voltassem a trabalhar, a saber: continuavam percebendo, integralmente, os proventos e faziam jus a pecúlio correspondente ao valor das contribuições recolhidas após a aposentação, em face da nova atividade e pago em vida com o definitivo afastamento do trabalho ou em caso de morte. (Regulamento Previdenciário de 1967, art. 106, item V).

Atente-se, por conseguinte, que o legislador integrou, no regime da aposentadoria, o tratamento do inativo que retornasse ao exercício de atividade abrangida pela Previdência.

O seguro social reveste-se de natureza institucional. Não decorre de ato voluntário para constituir-se em contrato adesivo com prestações e contraprestações resultantes de núcleo volitivo espontâneo. A Lei 3.807 sujeita ao sistema previdenciário «todos os que exercem emprego ou atividade remunerada no território nacional, salvo as exceções expressamente consignadas nesta lei» (art. 2º, item). Trata-se de filiação *ex vi legis*, obrigatória, que vincula o trabalho subordinado e autônomo independente da vontade de seu prestador. Basta encontrar-se nas condi-

ções fáticas previstas na lei para esta incidir e citar, automaticamente, direitos e obrigações.

O autor satisfaz os pressupostos para aposentar-se por tempo de serviço antes da Lei 5.890. Adquiriu o direito aos proventos e, em consequência, ao tratamento que o legislador assegurou ao aposentado nesse regime e que tornasse à atividade. A Lei 5.890 estabeleceu relação de causa (a aposentadoria) e efeito (post-aposentadoria).

O direito de inativar-se já estava adquirido, quando sobreveio a lei nova. O requerimento era mero requisito de exercício e a falta não podia privar o titular de bem jurídico incorporado ao patrimônio pessoal.

A Suprema Corte alterou a Súmula nº 359 e cancelou a exigência de requerimento para reconhecer que o direito à aposentação voluntária adquire-se no momento em que se reúnem os requisitos necessários, não se confundindo a aquisição com o exercício do direito manifestado pelo requerimento. Da aposentadoria a lei fez derivar o enquadramento jurídico do aposentado que reingresse no trabalho. Preenchidas as condições antes da Lei 5.890, a inatividade devia reger-se pela situação anterior, tivesse ou não formulado requerimento e, em corolário, no caso de regresso à atividade, a aposentadoria ficaria sujeita aos descontos da Previdência para formação do pecúlio.

A circunstância de o efetivo retorno ao trabalho verificar-se na vigência da Lei 5.890, é irrelevante. O legislador fez depender da época da aposentadoria a definição da disciplina previdenciária aplicável aos trabalhos do inativo e não da época de início desse trabalho. Tanto fazia jus ao pecúlio do beneficiário, que se aposentou antes da Lei 5.890 mas só depois de sua vigência retornou à atividade, quanto àquele que adquiriu o direito à aposentadoria antes

da Lei 5.890 e voltou ao exercício laboral depois.

Por essas razões, concluo pela inconstitucionalidade parcial do art. 29 da Lei 5.890, no tocante à exigência de requerimento para desigualar aposentados que adquiriram o mesmo direito definidor do pecúlio antes da nova lei.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Oscar Correa Pina: Segundo consta dos autos, o impetrante, que satisfizera anteriormente os requisitos legais, requereu aposentadoria em 26 de junho de 1973, na vigência da Lei nº 5.890, de 8 do mesmo mês e ano, de acordo com a qual o benefício lhe foi deferido.

Indaga-se qual o regime a que ficou submetido o impetrante ao voltar a trabalhar em atividade vinculada à previdência social: se ao anterior, o do art. 7º, § 1º, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 60.501, de 1967, segundo o qual, nessa hipótese, o aposentado será filiado novamente ao INPS, sem prejuízo de sua aposentadoria (art. 106, item V), ou ao novo regime instituído pelo art. 12 da Lei nº 5.890-73, no sentido de que o segurado passará a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em cujo gozo estiver.

Em se tratando de situação nova — a volta ao trabalho —, é de se aplicar a lei nova que incidiu, desde logo, alcançando as situações ainda não definitivamente constituídas.

Estava, pois, o impetrante sujeito ao novo regime.

Dá-se, todavia, que a Lei nº 5.890-73, modificando a legislação anterior, dispôs, no art. 29, que o novo regime, instituído no art. 12, não se aplicava aos aposentados anteriormente à sua vigência, nem aos segurados — é a hipótese em exame — que, até a mesma data (8-6-73),

houvessem preenchido os requisitos legais e requerido a aposentadoria, a menos que por ele optassem.

Entendo, data venia, que, excluindo do novo regime os segurados que, na data inicial de sua vigência, houvessem preenchido os requisitos legais «e requerido a aposentadoria», o mencionado dispositivo legal (Lei nº 5.890-73, art. 29) não ofendeu a regra jurídica constitucional asseguradora do respeito ao direito adquirido (art. 153, § 3º).

Rejeito, pois, a argüição de inconstitucionalidade parcial do mencionado dispositivo legal, em relação às palavras «e requerido a aposentadoria.»

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, na Turma votei pela inconstitucionalidade da disposição e mantenho o meu voto, acentuando que considero pertinente a invocação, feita pelo eminente Ministro Paulo Távora, da Súmula, do Supremo Tribunal Federal, invocação que se ajusta ao meu voto, como se verifica do trecho que passo a ler:

«O Egrégio Supremo Tribunal Federal estabeleceu, no verbete 359 de sua Súmula de Jurisprudência que, «ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária».

Esse enunciado foi alterado, suprimindo-se as palavras «inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária», ficando consagrada a tese de que ao funcionário que preencher os requisitos para a aposentadoria em determinadas

condições na vigência de certa lei, assiste direito adquirido à sua obtenção de acordo com as normas desse diploma, direito que não pode ser afetado por legislação posterior.

Esse entendimento, fixado embora quanto à aposentadoria de funcionários, assenta-se na interpretação da norma constitucional garantidora do direito adquirido, e, por isso, é aplicável também no caso de aposentadoria de segurado da previdência social.

Por isso mesmo há de ser tida como inconstitucional a regra do art. 29 da Lei 5.890, de 8-6-73, onde se dispôs que aos aposentados antes da data em que entrou em vigor ou que, até tal momento houvessem requerido aposentadoria, não se aplicaria, se voltassem à atividade, o regime instituído no seu art. 12, isto é, a percepção do benefício sob a forma de abono, calculado na base de 50% do valor de sua aposentadoria. Entendeu, assim, ao contrário da interpretação consagrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que somente com a apresentação de requerimento se consolida o direito adquirido à aposentadoria de acordo com a legislação em vigor.

Se a norma é inconstitucional, assiste ao impetrante direito líquido e certo de vê-la afastada de aplicação ao seu caso, com o que o meu voto, por isso mesmo, seria negando provimento ao recurso e confirmando a sentença recorrida.

É pressuposto do julgamento, entretanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 5.890-73, com o que, na forma do art. 480 do Código de Processo Civil, proponho que a questão seja submetida à apreciação do Tribunal Pleno.»

Voto pela inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Tenho que o art. 29 da Lei 5.890-73 é inconstitucional na parte em que subordina o direito do segurado ao requerimento.

Porque são duas as condições, no caso, a serem implementadas, para a obtenção da aposentadoria:

- a) pagamento de contribuições;
- b) tempo de serviço.

Implementadas tais condições, incorpora-se o direito no patrimônio do interessado.

Tenho que o requerimento não é conditio juris, mas simples condição de exercício.

O desligamento do serviço, outrossim, diz respeito a início de pagamento de proventos.

Por outro lado, considerar a falta do requerimento como capaz de descaracterizar o direito, é admitir que a renúncia a um direito não deve ser expressa.

No caso, há mais: o art. 29, da Lei 5.890-73, nem concedeu prazo para que os segurados pudessem exercer o direito, pena de tê-lo como renunciado.

A lei assim não procedeu, porque, se o fizesse, traria graves ônus aos cofres da Previdência Social. E não poderia mesmo fazê-lo, porque não se pode exigir que alguém exercite um direito que lhe assegura a própria Constituição.

Data venia do Sr. Ministro Relator, acompanho os votos dos Srs. Ministros Jarbas Nobre e Paulo Távara.

EXTRATO DA ATA

AMS. 75.010 (Mat. Const.) — MG — Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara. Apte.: INPS. Apdo.: Aguinaldo Sérvulo Botelho.

Decisão: Em prosseguimento ao julgamento preliminarmente, não se

considerou prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 4.890-73, em face de sua revogação, vencidos os Srs. Ministros Paulo Távora, Jorge Lafayette Guimarães, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas e Armando Rollemberg. No mérito, após o voto dos Srs. Ministros Paulo Távora, acolhendo-a parcialmente, Carlos Mário Velloso, Armando Rollemberg, Márcio Ribeiro e Moacir Catunda, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo legal apontado, e os dos Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, Oscar Correa Pina e José Dantas, rejeitando-a, adiou-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro-Presidente. (Em 3-11-77 — T. Pleno).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Amarílio Benjamin. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Nestes autos, cinco dos Srs. Ministros, inclusive o Relator e o Ministro Jorge Lafayette, votaram pela constitucionalidade do art. 29 da Lei de nº 5.890, de 8-6-73, enquanto que outros seis, pela sua inconstitucionalidade. E, cabendo-me votar, e seguindo o bom exemplo do Ministro Távora, que anteriormente obteve vista e examinou do processo, transferei o meu pronunciamento para esta sessão seguinte. Chocando-se dois interesses respeitáveis, evidente que não podia pronunciar-me de ímpeto, sobretudo sabendo que podia ocasionar o desfecho da causa, mas depois de bem atinar neste texto legal impugnado:

«O regime instituído no art. 12 não se aplica aos aposentados anteriormente à data da vigência desta lei, nem aos segurados que, até a mesma data tenham preenchido os requisitos e requerido a

aposentadoria, a menos que por ele venham optar.»

Também voto, data venia dos respeitáveis entendimentos em contrário, também voto pela inconstitucionalidade deste art. 29 da Lei 5.890 frente ao art. 153, parágrafo 3º da Constituição. Relativamente ao segundo que tenha preenchido os requisitos para auferir o prêmio da aposentadoria, não podia o legislador ordinário restringir o seu direito determinando a redução dos proventos, caso entendesse retornar ao trabalho. A aposentadoria teria que se operar segundo a lei do tempo, na conformidade do enunciado da Súmula 359, parcialmente alterada, como assinou o voto Rollemberg, com o cancelamento das palavras «inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária» e em obediência ao direito adquirido, «um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de acordo com o prescrito na mesma lei, entrou para o patrimônio do titular.»

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira (Relator): No mérito, tendo-se em conta não mais subsistir qualquer fundamento para o recurso do INPS, é assim de manter-se a decisão, negando-se provimento ao apelo, eis que reconhecida, pelo Tribunal, a inconstitucionalidade parcial do art. 29, da Lei nº 5.890, de junho de 1973. Inconstitucional o dispositivo, não pode, evidentemente, subsistir o ato impugnado.

EXTRATO DA ATA

AMS. 75.010 (Mat. Const.) — MG — Rel.: Sr. Min. José Néri da Silveira. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara. Apte.: INPS. Apdo.: Aguinaldo Sérvulo Botelho.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, acolheu-se, em parte, a ar-

güição de inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 5.890-73, contra os votos dos Srs. Ministros Relator, Jorge Lafayette Guimarães, Aldir G. Passarinho, Oscar Correa Pina e José Dantas. Quanto ao mérito, por una-

nimidade, negou-se provimento ao recurso. (Em 8-11-77 — T. Pleno).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Amarílio Benjamin. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.055 — PR

Relator: O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho

Apelante: Altiva Pilatti Balhana

Apelada: Universidade Federal do Paraná

EMENTA

Inconstitucionalidade. Educação. Magistério.

Tem-se como inconstitucional o disposto no art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná que mandou classificar, ao nível de professor titular, o livre docente, assim declarado anteriormente ao mesmo Estatuto que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estava no exercício da disciplina. A norma estatutária conflita com o disposto na E.C. nº 1, art. 176, § 3º, VI, e que corresponde ao art. 168, V, da Constituição de 1967, na sua primitiva redação, pois ali se preceitua que «o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerá sempre de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

Decisão do Pleno do TFR, por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de recursos, em sessão Plena, reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado, unanimemente, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de Lei.

Brasília, 1 de setembro de 1977 (data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Aldir G. Passarinho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Altiva Pilatti Balhana, esclarecendo que, como livre docente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade Federal do Paraná, fora classificada ao nível de Professor Titular, nível 501, pela Portaria nº 7.919-71, do Magnífico Reitor daquela Universidade, impetrou mandado de segurança contra ato daquela autoridade, consubstanciado na Portaria nº 10.256-73, e pela qual foi declarada nula sua nomeação.

Adianta a impetrante que a portaria de nomeação — e que foi anulada — fóra baseada no disposto no art.

101 do Estatuto da Universidade, aprovado pelo Decreto nº 66.614-70; e que pela Portaria nº 9.901 tinham sido declarados nulos os atos praticados, com fundamento no mencionado art. 101 do Estatuto, embora somente pela mencionada Portaria nº 10.256-73, é que viesse a ser tornada sem efeito sua nomeação. Sustenta que um simples parecer do Sr. Consultor-Geral da República bastou para que o Magnífico Reitor baixasse as mencionadas portarias, o que constitui uma ilegalidade, além do que dita autoridade universitária substituiu-se ao Judiciário, pois só este poderia dizer da inconstitucionalidade do art. 101 do Estatuto, que foi o motivo alegado para a anulação dos referidos atos e, assim, enquanto não fosse declarada tal inconstitucionalidade, não poderia haver ato administrativo anulatório das nomeações.

O Magnífico Reitor, nas suas informações, justificou o ato impugnado à base de Parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Chefe do Governo (Parecer nº 1.213) e no qual foi firmado o entendimento de que o provimento de cargos de magistério exige concurso público de títulos e provas (Constituição Federal de 1967, art. 168, V; e Emenda Constitucional nº 1, art. 176, VI), o que também é exigido pela legislação ordinária (Lei nº 5.539-68, art. 1º, e Decreto-Lei nº 465-69, art. 3º), prevalecendo tais normas sobre o art. 101 do Estatuto da Universidade, e sendo certo que a administração pode rever seus próprios atos, se desajustados à lei e à Constituição. Acentuou que, conforme Parecer nº 184/H do então Consultor-Geral da República, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, ficou reconhecida a tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento às leis que julgar inconstitucionais (R.D.A., vol. 82, pág. 358).

A r. sentença de 1º grau negou a segurança, entendendo que «a classi-

ficação de professor titular há que obedecer ao determinado pela Constituição Federal, em seu art. 176, § 3º, VI, isto é, depende de concurso de títulos e provas, quando se tratar de ensino oficial» como era o caso. Interpôs apelação a impetrante, ofereceu suas contra-razões a Universidade, as quais foram endossadas pela digna Procuradoria Regional da República e, subindo os autos, aqui veio a manifestar-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, igualmente subscrevendo o entendimento da autarquia educacional.

O art. 101 do Estatuto da Universidade diz, *in verbis*:

«Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente Estatuto e que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível de professor titular, e os que estavam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor adjunto».

À sua vez, o art. 176, § 3º, item VI da E.C. nº 1, repetindo o art. 168, § 3º da Lei Fundamental de 1967, dispõe *in verbis*:

«O provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerá sempre de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

O parecer da Consultoria-Geral da República, conforme destacado nas contra-razões de apelação, acentuou:

«Com efeito, no provimento dos cargos de magistério há que se obedecer ao mandamento constitucional que torna obrigatório o concurso público de provas e títulos (Constituição de 1967, art. 168, V, E.C. nº 1 art. 176, § 3º, VI)».

A 3ª Turma deste Tribunal entendeu que se configurava, realmente, a

inconstitucionalidade do art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 66.615, de 21 de maio de 1970, em razão do que ficou decidido que a matéria seria submetida ao Pleno desta E. Corte, o que ora se faz.

O acórdão ficou assim ementado:

«Educação. Magistério. Art. 101, do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, que mandou classificar ao nível de professor titular o livre docente cujo título foi obtido anteriormente àquele Estatuto e que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estava no exercício da disciplina. Matéria submetida ao Pleno do Tribunal, por força do disposto no art. 418 do C.P.C.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Sr. Presidente. O voto que preferi na Turma e que mereceu o endosso dos eminentes Ministros Armando Rollemberg e José Néri da Silveira que participaram da assentada julgadora, eu o relatei na oportunidade: (Junto cópia do voto referido).

Segundo o art. 3º da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968, repetido no art. 3º do Decreto-Lei 465/69, que estabeleceu normas complementares à Lei nº 5.539, os cargos e funções do magistério superior abrangem as seguintes classes:

- I — professor-titular;
- II — professor-adjunto;
- III — professor-assistente.

O art. 101 do Estatuto da Universidade assim dispõe:

Art. 101: Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente Estatuto e que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível de professor titular, e os que esta-

vam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor-adjunto».

Como se observa, o professor titular se constitui no último nível da carreira do magistério, pelo que se encontra o respectivo provimento previsto no aludido art. 176, § 3º, item VI da E.C. nº 1, como já era pelo art. 168, § 3º, V, na redação original da Constituição de 1967.

Pelo exposto, na oportunidade, reiterei meu voto no sentido de que houve inconstitucionalidade no art. 101 dos Estatutos em exame, pelo que assim a declaro.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AMS. 75.055 (Mat. Const.) — PR — Rel. Sr. Min. Aldir G. Passarinho. Apte.: Altiva Pilatti Balhana. Apda.: Universidade Federal do Paraná.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Oscar Corrêa Pina e José Dantas, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado, adiou-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Min. Amarílio Benjamin. Aguardam os Srs. Ministros Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Decio Miranda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães, Paulo Távora e Aldir G. Passarinho. (Em 16-8-77 - T. Pleno).

Não participou do julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Em sessão de 16 de agosto do corrente ano, pedi vista dos presentes processos, para exame direto da matéria, com os autos em mãos.

Fiz esse estudo, embora sem maior profundidade. De qualquer sorte, acho-me em condições de proferir o meu voto.

Quando o Sr. Ministro Aldir Passarinho votava, lembrei-me de que, na Turma, havia considerado assunto semelhante; e, de fato, em 19 de março de 1975, a 2ª Turma julgou o Agravo em Mandado de Segurança nº 74.418, em que dois professores da Universidade do Paraná impugnam a Portaria nº 9.901, de 11 de maio de 1973, a mesma que anulou portarias anteriores que deram melhor situação aos interessados.

É certo que, nesse julgamento, não se chegou ao exame do mérito, uma vez que se reconheceu que os impetrantes decaíram da segurança requerida por ultrapassagem do prazo legal.

Examina-se, na hipótese, se o Estatuto da Faculdade que foi aprovado pelo Conselho Federal e sancionado pelo Presidente da República, conforme o Decreto nº 66.614, de 21 de maio de 1970, ao dispor no art. 101, pela classificação dos diversos professores da Universidade, nas classes de regência do ensino, a partir de professor titular, tem validade, em face da Constituição.

Venho sustentando que a Constituição Federal, no dispositivo que exige concurso, seja para professor das Universidades, seja para funcionário público, segundo a prática que se tem dado em nosso regime, não tem caráter absoluto.

Por isso mesmo, diversas leis, malgrado o dispositivo constitucional, têm concedido, não só a funcionário, como a professor, estabilidade e até efetividade.

Destaco, por exemplo, o dispositivo de diversas leis que federalizaram instituições particulares, quando prescreve que os professores fundadores são considerados professores catedráticos no antigo regime ou, ajustando à nomenclatura atual, professores titulares.

Malgrado esse pensamento, entendo que a orientação não merece

generalizar-se e chegar-se até a admissão de que regulamentos, estatutos ou decretos do Poder Executivo possam praticar as mesmas equiparações, transformações ou efetivações.

No caso presente, como já vimos, os interessados invocam o art. 101 dos Estatutos. Os Estatutos, em termos de disciplina legal, correspondem ao decreto que os aprovou. Discute-se, ainda, a determinação da Reitoria que revogou, de plano, os atos anteriores mesmo decorridos um, dois, três anos.

Realmente, quanto a esse aspecto, não merece aplausos a orientação da Reitoria, embora se reconheça que a administração pode revogar seus próprios atos. É o que, porém, vingou na vida forense, tendo por base, principalmente, súmula do Supremo Tribunal Federal.

De minha parte, acho sempre que o administrador, quando se deparar com uma situação dessa, ao invés de baixar atos de revogação pura e simples, deve instalar o devido processo legal, para chegar a uma decisão definitiva, isto é, abre-se o processo administrativo, tendo-se em vista a irregularidade cometida; concede-se o direito de defesa aos interessados; e, por fim, a autoridade que está colocada no cimo da hierarquia decide a matéria.

A meu ver, as autoridades, se procedessem assim, evitariam as reservas que, continuamente, são levantadas ao discricionarismo empregado.

Embora isso, é certo que a Jurisprudência tem acolhido essas revogações, pura e simplesmente, quando os atos revogados estão eivados de nulidade ou infração à Carta Magna.

Esse aspecto, é verdade, não está sob maior consideração. Ao mesmo me referi, ao menos, para situar a minha posição, de acordo com a

orientação tradicional que venho mantendo a respeito do assunto.

Quanto, propriamente, ao art. 101 do Estatuto, não posso deixar de lembrar que a legislação do ensino sofreu, a partir de 1965, modificações profundas.

Não há necessidade de exame de todas essas proposições. Na hipótese, contudo, acho que devem ser considerados a Lei 5.539 e o Decreto-Lei nº 465 que estabeleceram algumas modificações à referida Lei.

Diz a Lei nº 5.539:

«art. 10. O provimento de cargo de professor-titular será feito mediante concurso público de títulos e provas, a que poderão concorrer professores-adjuntos, docentes-livres ou pessoas de alta qualificação científica, a juízo do colegiado universitário competente, pelo voto de 2/3 de seus membros.

.....
art. 12 — Os cargos de magistério superior integrarão, em cada universidade ou estabelecimento isolado federal, o Quadro Único do Pessoal, a ser aprovado mediante decreto do Poder Executivo».

Veio o Decreto-Lei nº 465, e disse o seguinte:

«art. 10 — Os artigos 2º e 3º e 17, da Lei 5.539, de 27 de novembro de 1968, passam a vigorar com a seguinte redação:

«art. 2º — O pessoal docente de nível superior compreende os professores integrantes da carreira do magistério e os auxiliares de ensino.

Parágrafo único — Os professores serão admitidos segundo o regime jurídico do Estatuto do Magistério Superior ou segundo a legislação do trabalho, e os auxiliares de ensino pela legislação do trabalho.

art. 3º — Os cargos e funções da carreira de magistério abrangem as seguintes classes:

- I — professor-titular;
- II — professor-adjunto;
- III — professor-assistente;

.....
art. 17 —

.....
art. 11 — Os atuais ocupantes de cargos de pesquisador chefe, pesquisador associado e pesquisador auxiliar, ficam enquadrados, respectivamente, nas classes de professor-titular, professor-adjunto e professor-assistente, de acordo com o disposto no art. 5º da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968.

Parágrafo único — Para os fins previstos neste artigo, o Poder Executivo promoverá, mediante decreto, o enquadramento dos pesquisadores que não se encontram classificados nos termos da Lei nº 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965».

Como acabamos de ouvir, a lei que disciplina a situação dos professores, na verdade, continua tendo, como fundamento da admissão à regência, o concurso.

O Decreto-Lei 465, nas disposições que li — arts. 10, 11 e 12, pode dar lugar, realmente, à compreensão de aproveitamento mais amplo dos professores que estavam no exercício no momento em que ela foi editada.

Na realidade, porém, não atinge a todos os professores. Lembrem-se os Srs. Ministros que, nos dispositivos lidos, há reclassificação de acordo com a situação de cada professor. Como professor titular, por lei expressa, somente foi investido o antigo professor catedrático. O dispositivo que dá idêntica de maior favorecimento refere-se a pesquisadores. Daí, a conclusão normal é que, de fato, o

art. 101, do Estatuto da Universidade do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 66.614, vai além do princípio constitucional que rege o provimento das cátedras no ensino superior.

Diz o art. 101, tantas vezes citado:

«Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente Estatuto e que à data do Decreto-Lei nº 465, de 11-2-69, estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível do professor titular, e os que estavam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor-adjunto».

Vê-se, portanto, que a reclassificação estabelecida põe de lado a exigência do concurso para o provimento do cargo, infringe a Constituição e a própria lei que disciplina o assunto.

No meu ponto de vista, se o dispositivo estivesse calçado em alguma determinação legal, de acordo com os precedentes legislativos do sistema brasileiro, recomendaria a sua aceitação.

Como está, porém, na verdade, o art. 101 é completamente inválido.

Ponho-me, pois, de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: De acordo com o Relator. Reporto-me ao voto que proferi a propósito da mesma matéria, na AMS nº 75.778 — Paraná, onde cheguei, também, à conclusão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário em foco.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães: Sr. Presidente, estando

de acordo com o voto do eminente Relator, quero apenas ressaltar, por uma questão de coerência, uma vez que na Turma já tive oportunidade

de julgar caso semelhante, sem a remessa do processo ao Tribunal Pleno, que, a meu ver, o problema se resolve sem enfrentar a questão da constitucionalidade.

Trata-se de colisão da norma estatutária, da Universidade do Paraná, com as disposições legais, e assim não há necessidade de se suscitar a matéria constitucional.

Desde que a Turma, porém, assim não entendeu e remeteu o processo ao Tribunal Pleno para apreciar a inconstitucionalidade, ponho-me de acordo com o voto do ilustre Ministro-Relator, acolhendo a arguição, quanto ao art. 101, dos Estatutos da Universidade Federal do Paraná.

EXTRATO DA ATA

M.C.AMS.75.055 — PR. — Rel. Sr. Min. Aldir G. Passarinho. Apte. Altiva Pilatti Balhana. Apda. Universidade Federal do Paraná.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, por unanimidade, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário apontado. (Em 1-9-77 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Oscar Corrêa Pina, José Dantas, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Moacir Catunda, Décio Miranda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre, Jorge Lafayette Guimarães e Paulo Távora votaram de acordo com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

**AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.778 — PR
MATÉRIA CONSTITUCIONAL**

Relator: O Sr. Ministro José Néri da Silveira

Remetente: Juiz Federal da 2ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Ralph João George Hertel

EMENTA

— Matéria constitucional.

— Art. 101, do Estatuto da Universidade Federal do Paraná.

— Art. 176, § 3º, VI, da Constituição Federal.

— Arguição de Inconstitucionalidade do art. 101, do Estatuto da Universidade, julgada prejudicada, tendo-se em vista decisão unânime tomada pelo Plenário do TFR, na Apelação em Mandado de Segurança nº 75.055-PR.

— Não havendo matéria residual a ser apreciada pela Turma, julga-se, desde logo, o mérito do recurso da União Federal, para reformar a sentença e cassar a segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, após rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, face ao precedente ocorrido por ocasião do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 75.055 (matéria constitucional), examinando o mérito da impetração, reformar a sentença para cassar a segurança anteriormente concedida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de maio de 1980 (data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro José Néri da Silveira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Ao julgar o Agravo em Mandado de Segurança nº 75.778 — PR, decidiu a colenda 3ª Turma submeter ao Tribunal Pleno a arguição de inconstitucionalidade do art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 66.614, de 21-5-1970, em face do disposto no art. 176, § 3º, VI, da Constituição.

Ao ensejo, relatei a controvérsia posta nos autos, fls. 65/67, nestes termos: (lê).

O aresto está assim ementado, às fls. 74: (lê).

Sobre a inconstitucionalidade em foco, pronunciou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 78/79.

Certificou a Secretaria, às fls. 80, o cumprimento do que corresponde à norma do art. 482 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira (Relator): Às fls. 68/71, assim me pronunciei na Turma: (1ê).

Bem anotou, dessarte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 78/79:

«3. Ao tempo de tal nomeação vigia a atual Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69, que previa no seu art. 176, verbis»:

«Art. 176

§ 3º — A legislação do ensino adotarà os seguintes princípios e normas:

VI — O provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependerà, sempre, de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

E, para melhor confrontarmos o dispositivo da Lei Fundamental com a norma em exame, a transcrevemos, (art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 66.614/70):

«Art. 101 — Os docentes livres, cujo título foi obtido em regime jurídico anterior ao presente Estatuto e que, à data do Decreto-Lei nº 465, de 11-2-69, estavam no exercício da disciplina, classificam-se ao nível de professor-titular, e os que estavam no exercício de outro cargo de magistério se classificam ao nível de professor adjunto».

Flagrante é a violação do preceito constitucional, quando determinou o Estatuto o aproveitamento dos docentes livres em cargo final da carreira Magistério-Professor Titular, sem a necessidade de

submetê-los a concurso público, como determinado pelo legislador constitucional.

E, na falta de qualquer ressalva, não se pode entender, como válido, nem mesmo o direito adquirido, pois não se adquire direito contra a Constituição».

Julgo prejudicada a arguição de inconstitucionalidade do art. 101, do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, em face da decisão tomada pelo Tribunal Pleno, por unanimidade, na Apelação em Mandado de Segurança nº 75.055 — PR, Matéria Constitucional, sendo Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho. Decidiu a Corte, então, em acórdão assim ementado:

«Inconstitucionalidade. Educação. Magistério.

Tem-se como inconstitucional o disposto no art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná que mandou classificar, ao nível de professor-titular, o livre docente assim declarado anteriormente ao mesmo Estatuto que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estava no exercício da disciplina. A norma estatutária conflita com o disposto na E. C. nº 1, art. 176, § 3º, VI, que corresponde ao art. 168, V, da Constituição de 1967, na sua primitiva redação, pois ali se preceitua que «o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerà sempre de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial».

Decisão do Pleno do T.F.R., por unanimidade».

Não obstante considere prejudicada a matéria constitucional em face do pronunciamento, deste Colendo Plenário que já deu pela inconstitucionalidade do referido dispositivo do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, por não subsistir matéria re-

sidual a ser apreciada na Turma, julgo, desde logo, o mérito do recurso da União Federal, para reformar a sentença e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

Matéria Constitucional na Apelação em Mandado de Segurança nº 75.778 — PR — Rel.: O Sr. Ministro José Néri da Silveira — Remetente. Juiz Federal da 2ª Vara — Apelante: União Federal — Apelado: Ralph João George Hertel.

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade de votos, após rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, face ao precedente ocorrido por ocasião do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 75.055 (matéria constitucional), examinando o mérito da

impetração, reformou a sentença para cassar a segurança anteriormente concedida. (Em 6-5-80 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Aldir Guimarães Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Sebastião Reis, Otto Rocha, William Patterson e Romildo Bueno de Souza votaram com o Relator. O Sr. Ministro Sebastião Reis é Juiz Federal, convocado em substituição ao Sr. Ministro Justino Ribeiro que se encontra licenciado. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Adhemar Raymundo. Impedido, o Sr. Ministro Torreão Braz. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Moacir Catunda, Lauro Leitão e Wilson Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre, Vice-Presidente.

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 76.915 — SP

Relator: Ministro Armando Rollemberg

Relator p/o acórdão: Ministro Moacir Catunda

Apelante: JUBRAN — Engenharia, Comércio e Indústria S/A

Apelada: União Federal

EMENTA

Arguição de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei 1.366/74. Imposto de Importação. Alíquota. Avião a hélice. Limites da Lei 3.244/57.

Constituição Federal, arts. 18, § 1º, e 21, I. Não é indispensável lei complementar para fixação dos limites de alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto de importação, bastando para isso a lei ordinária federal, inclusive o decreto-lei.

Competência do Presidente da República para expedição de decretos-leis, prevista, para o caso, no inc. II do art. 55 da Constituição Federal, na redação do EC 1/79.

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.

lidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.366/74, 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 junho de 1980 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Moacir Catunda — Relator p/o Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: No julgamento, pela Terceira Turma, da AMS 76.915, fiz o relatório que passo a ler: (lê fls. 64/65).

Proferi, depois, voto acolhido por unanimidade pela Turma, assim formulado: (lê fls. 66/70).

Publicado o acórdão, o processo foi novamente com vista à Subprocuradoria que se manifestou pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade. Finalmente, em atenção ao disposto no art. 482 do CPC, foram distribuídos aos Srs. Ministros cópias da decisão da Turma.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Sem embargo das observações trazidas pela Subprocuradoria, depois de proferido o voto na Turma, persevero no entendimento de que somente por via de lei complementar será possível a elevação do limite para a alteração de alíquotas do imposto de importação, prevista na Lei nº 3.244 de 1957. Assim entendo por me parecer (dei as razões no voto, na Turma) que tal conclusão decorre de combinação dos arts. 18, § 1º, 21, inciso I, e 46, inciso II, da Constituição, o que não leva a não se admitir que, por decreto-lei, possa uma determinada alíquota ser aumentada, mas aumentada dentro dos limites estabelecidos em lei

complementar. Como não existe, como não foi regulamentada por via de lei complementar a matéria da Lei nº 3.244, esse diploma, no meu entender, continua em pleno vigor e, consequentemente terão que ser obedecidos os limites ali previstos, sendo quaisquer outros diplomas, decretos-leis ou mesmo lei ordinária que estabeleçam diferentemente, contrários à Constituição.

Assim, mantenho a conclusão a que cheguei no voto proferido na Turma, quanto à inconstitucionalidade do art. 1º, do Decreto-Lei 1.366, na parte em que admitiu a fixação da alíquota em 50% e, portanto, além do limite estabelecido na Lei nº 3.244, que é de 30%.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: V. Exa. me permite? Não estou pretendendo convencer quem quer que seja, mas quero lembrar que, quando entendi inconstitucional o art. 1º do Decreto-Lei 1.366, o fiz não porque ali se houvesse feito a alteração de uma alíquota e, sim, porque se estabelecera alíquota superior ao máximo previsto na Lei nº 3.244 que, embora não seja lei complementar, somente pode ser alterada por lei complementar. Essa minha convicção decorre da interpretação conjunta dos arts. 21 e 18 da Constituição, quando rezam:

«Art. 21 — Compete à União instituir imposto sobre:

Inciso 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:»

Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

§ 1º — Lei complementar estabelecerá normas gerais do direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria en-

tre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.»

No art. 21 há referência apenas a lei, podendo-se dizer que o decreto-lei, uma vez homologado pelo Congresso, equivale a tal, argumento que não acolho, por considerar que se tal lei se destinar a regular limitação constitucional relativa à incidência do imposto de importação, terá que ser complementar.

Essas as razões pelas quais entendi inconstitucional a fixação, em decreto-lei, de alíquota de valor superior ao limite máximo fixado na Lei nº 3.244/57.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: A impetrante, interpretando a CF, notadamente os arts. 21-I e 18, § 1º, alega a inconstitucionalidade ou nulidade total do Decreto-Lei nº 1.366/74, que alterou a alíquota de importação de aviões, com desrespeito ao limite de 30% do art. 3º, §, da Lei nº 3.244/57.

Pelo princípio da irremediabilidade do decreto-lei seria, a seu ver, impossível considerar a nulidade parcial do decreto que elevou o imposto sobre aviões à hélice, com mais de 1.000 kg de peso, de 7 para 50%.

Já as informações asseveram que o poder de tributar, no campo do imposto de importação, está com a União Federal e, no tocante às suas alíquotas e bases de cálculo, nenhuma limitação constitucional existe. «Os limites e condições são e serão aqueles que convierem à União, desde que, uma vez livremente fixados pelo legislativo, sejam devidamente observados pelo executivo.» Tal, a seu «mens constitutionis.»

Em suma, a impetrante, citando doutrina e jurisprudência, interpreta os artigos 21-I e 18, § 1º da CF conjuntamente, considerando indispen-

sável lei complementar para fixação dos limites de alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto de importação. A autoridade coatora considera válida, para essa delimitação, lei ordinária federal, como é, aliás, no seu entender, a própria Lei nº 3.244/57.

Não me convenci da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.366, não obstante os ponderáveis argumentos do voto do Relator na Turma e em Plenário.

No RE 70.366, o saudoso Min. Aliomar Baleeiro afirmou que a alteração das alíquotas do imposto de importação poderia evidentemente ser feita por decreto-lei e, até, por decreto, mas nas condições estabelecidas em lei, que seria a Lei nº 3.244.

Tenho para mim, entretanto, que o art. 21-I da CF criou uma exceção que ficou definida completamente em si mesmo e também em virtude das ressalvas do art. 153, § 2º e 1º, I da própria Carta. Lei Complementar só está exigida para inclusão de outros tributos na exceção.

Esta foi criada a favor do mercado interno para atender a situações urgentes.

Comentando aquele artigo, esclarece o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira, EC nº 1/69):

«Imposto de importação. A competência para instituir tal imposto sempre foi da União. É necessário ao comércio exterior a uniformidade tributária em relação aos produtos importados. Tal uniformidade só pode ser alcançada, se a União se reservar a competência para tributar essas operações. As alíquotas do imposto de importação, por outro lado, servem de barreira para proteção do mercado interno contra o «dumping» estrangeiro que pode arruinar a indústria nacional. Igualmente, por servi-

rem de freio às importações, resguardam as reservas cambiais. Entretanto, podem eventualmente beneficiar excessivamente o produtor nacional em prejuízo do consumidor nacional. Por tudo isso, a elevação ou a redução da alíquota desse imposto é um instrumento poderoso para estimular a produção interna, para forçá-la a reduzir custos e competir com os preços internacionais, para proteger o consumidor contra a ganância do produtor nacional. Ora, essa elevação ou essa redução só será eficaz se puder ocorrer prontamente, dispensados longos debates parlamentares. Essa rapidez é ainda mais necessária, quando a alteração da alíquota visar à proteção às reservas cambiais. Assim se justifica que, na forma do previsto neste item, a alíquota do imposto de importação, bem como sua base de cálculo, possa ser dentro de limites preestabelecidos na lei e segundo as condições nesta fixadas, alterada pelo Executivo.

Abre-se neste artigo uma exceção ao princípio geral enunciado no art. 153, § 29, segundo o qual nenhum tributo pode ser aumentado a não ser em virtude de lei, que reitera, embora em termos algo diferentes, o art. 19, I, o qual já ressalva «os casos previstos nesta Constituição.»

Vejo, implícito neste comentário, que é suficiente, a lei ordinária, de tramitação mais rápida, inclusive, portanto, o decreto-lei, que é lei com tramitação invertida.

A opinião de Pontes de Miranda não parece diferente, pois admite (Comentários a CF/67 com a EC nº 1/69, tomo II, pág. 492):

«A competência do poder executivo há de constar da lei complementar de que cogita o art. 19, § 1º, ou da própria lei que fez a imposição.»

Acresce que a Lei nº 3.244, no caso de «dumping», permite a elevação da alíquota do imposto sem limite certo.

O Decreto-Lei nº 1.366/74 preambularmente invoca a competência do Presidente da República, outorgada pela CF, art. 55, II.

Não dou, assim, pela inconstitucionalidade desse decreto.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Sr. Presidente, não vi os autos, mas ouvi, não apenas o voto do Sr. Ministro-Relator, mas, também, o agora proferido pelo eminente Ministro-Revisor.

O art. 55 da Constituição dá ao Presidente da República o poder de expedir decreto-lei sobre finanças públicas em casos de interesse público, desde que não resulte aumento de despesas. Podia, assim, o decreto-lei dispor, como dispõe, majorando alíquota de determinado imposto. Note-se que o decreto-lei, aprovado pelo Congresso, o aumento de despesas tornou-se questão de fato regularmente apurada.

Também acompanho o Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Leio, inicialmente, para relembrar a matéria em lide, o relatório do Sr. Ministro Armando Rollemberg e os votos de S. Exa. e do Sr. Ministro Márcio Ribeiro. Sustenta a impetrante, basicamente, no presente «writ», que o Decreto-Lei nº 1.366, de 29 de novembro de 1974, foi inconstitucional no quanto elevou a alíquota do imposto de importação além dos limites fixados na Lei nº 3.244, de 1957. É que dito Decreto-Lei nº 1.366/74 estabeleceu a alíquota do aludido imposto para um aeroplano importado de 7% para 50% extrapasando, assim, a limitação estipulada

na mencionada Lei nº 3.244/54, o que só poderia, entretanto, ocorrer mediante lei complementar, em face do disposto no art. 18, § 1º, combinado com o art. 21, I, da Constituição.

Entendo, porém, que a razão não está com o impetrante

A Lei nº 3.244/54 não foi editada como lei complementar, até porque, na época, ainda não se encontrava prevista no elenco dos atos legislativos.

Não é tranqüila a doutrina, quanto a se terem transformado, automaticamente, em leis complementares, as leis ordinárias que disciplinavam matérias que, pela sua natureza, somente poderiam ser reguladas por aquele primeiro tipo de ato legislativo, (CF. Lei Complementar Tributária, de José Santo Mário Borges — Ed. Editora).

Indiscrepante, porém, é a opinião da doutrina no sentido de que qualquer modificação em lei que verse sobre matéria deixada à disciplina de lei complementar somente por ato legislativo dessa natureza poderá determiná-la. É de ver-se, porém, que se na lei ordinária anterior à Constituição de 1967, a par de matéria privativa de lei complementar, outra nela se contiver e que não se enquadra em tal restrição, lei ordinária poderá alterá-la.

O art. 21 e seu inc. I, da E. C. nº I, dispõem, *in verbis*:

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

— Importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhes as alíquotas ou as bases de cálculo.»

A seu turno, o art. 18 § 1º da Constituição estabelece:

«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 tributário.

Não há de se concluir, conjugando-se estas duas normas constitucionais, como o fez a impetrante, que somente lei complementar poderia alterar os limites das alíquotas do imposto de importação fixados no art. 3º da Lei nº 3.244/54.

Ora, o inc. I, do referido art. 21, não fala em lei complementar, mas apenas em lei e não se há de considerar, para tal fim, o § 1º do art. 18 da Constituição, pois a necessidade da lei complementar é para estabelecer normas gerais de direito tributário, dispor sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regular as limitações constitucionais do poder de tributar, o que não é o caso.

As normas gerais de direito tributário estão reguladas pelo Código Tributário Nacional e as limitações ao poder de tributar, a serem reguladas por lei complementar, encontram-se previstas no art. 19 e seguintes da Constituição.

Não há, na Carta Magna, qualquer disposição que exija sejam fixadas as alíquotas do imposto de importação mediante lei complementar.

Deste modo, ainda que possam ser encontradas na Lei nº 3.244/54 normas de disciplina passível de regulamentação por lei complementar, entre elas não se inclui a relativa à modificação dos limites tarifários. Estes, em consequência, poderiam ser alterados por leis ordinárias, e o foram, portanto, adequadamente, pelo Decreto-Lei nº 1.366/74. De anotar que era possível a expedição de tal ato legislativo, em face do disposto no art. 55, inc. II, da Constituição.

Pelo exposto, data venia do Sr. Ministro Relator, fico com o voto do Sr. Ministro Márcio Ribeiro.

E o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, ao que percebo, a argüição de inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.366 está posta em que, no pertinente aos limites reservados ao Executivo para alterar alíquotas, haveria necessária vinculação do inciso I do art. 21 com o § 1º do art. 18, ambos da Constituição Federal.

No tema, porém, ao que nos recorreu agora o Sr. Ministro Aldir Passarinho, impressionam os fundamentos do voto do Ministro Márcio Ribeiro, na demonstração da desvinculação desses dois comandos constitucionais. Em resumo, a dita fundamentação, agora reforçada por nova argumentação do Sr. Ministro Aldir Passarinho, faz pesar duas considerações principais. A primeira, a de que o próprio Supremo Tribunal Federal tem precedente sobre a matéria, em dizendo da legitimidade de alterações ou fixações de alíquotas do imposto de importação, nos limites prefixados por via de decreto-lei, em modo a atender-se a disposição do invocado art. 21, inciso I, da Constituição.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg APARTE: O que sustentei foi que não é possível a modificação, por decreto-lei, fora dos limites estabelecidos; e, como o art. 21 da Constituição, ao falar sobre o imposto de importação e ao permitir a modificação, diz «dentro de determinados limites»; e, considerando que no art. 18 o constituinte faz referência a leis complementares como sendo destinadas, entre outras finalidades, a estabelecer e regulamentar as limitações constitucionais, consequentemente —, no caso concreto,

parece-me estabelecer os limites a que se refere o art. 21 — entendi que, enquanto não baixada a nova lei complementar, a Lei de Tarifas Alfandegárias, de nº 3.244, haveria de funcionar como tal. Como ali o limite máximo para alteração da alíquota é de 30%, seria inconstitucional um dispositivo de um decreto-lei que estabeleceu em 50% essa modificação.

O Sr. Ministro José Dantas: Grato à observação de V. Exa., mesmo porque o meu raciocínio estava levando em consideração, justamente, essa sua posição; tanto que o segundo argumento de recusa à inconstitucionalidade é o de que a Constituição, com absoluta precisão de sua linguagem, não traça, no art. 21, inciso I, a previsão de lei complementar, ao se referir aos limites da indagada alteração de alíquota. Consabidamente, toda vez que a Constituição quis dar à previsão legal a qualificação de «lei complementar», o disse expressamente. Haveria, pois, de escrever-se no art. 21, inciso I: «nas condições e nos limites estabelecidos em lei complementar»; e não a linguagem simples em que está redigida: «nas condições e nos limites estabelecidos em lei.»

De maneira, Sr. Presidente, que essas duas considerações básicas, tão bem desenvolvidas nos votos que me antecederam, rejeitando a argüição de inconstitucionalidade, me convencem a aderir à conclusão de tais votos, com a devida vênias dos que pensam em contrário.

Rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, com a devida vênias do eminente Ministro Armando Rollemberg, também eu rejeito a argüição de inconstitucionalidade, escorando-me no voto

Mas isto, *data venia*, como esclarece o Ministro Bilac Pinto, «reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência.»

In casu, *data venia*, não é isto o que acontece.

O que se tem no caso é simplesmente isto: um juiz inferior, fincado em premissas que não são corretas, descumpre, às escâncaras, com prejuízo enorme para o erário, uma decisão do Tribunal Federal de Recursos.

Deveria o Tribunal quedar-se inerte, omitir-se, ignorar a violação da autoridade de sua decisão, fechar os olhos ao ato danoso ao erário, atentatório ao interesse público?

A resposta negativa se me afigura evidente.

XXI

Acrescente-se, ao cabo e por derradeiro, que os constitucionalistas contemporâneos propugnam por novas garantias do Judiciário. Uma delas, tida como de vital importância, «é a faculdade de os tribunais superiores estabelecerem as normas processuais para os casos de sua competência ou, mesmo, da competência de juízes inferiores.» (Nelson de Souza Sampaio, «As Constituições e a independência do Poder Judiciário», RDP 39-40/20). No Brasil, no que tange à Corte Suprema, deu-se largo passo, com a norma introduzida pelo art. 119, § 3º, c. Certo é, todavia, que, com relação aos demais Tribunais, com a regra inscrita no art. 115, III, que faculta aos mesmos elaborarem os seus regimentos, caminhou-se no sentido de conferir poder normativo aos mesmos. Se é certo que não poderão os Tribunais, com base em tal dispositivo, no domínio do Direito Processual, estabelecer regras conflitantes com normas processuais existentes, não menos certo é, entretanto, que poderão os regimentos dispor, no vazio da lei

processual, assim supletivamente, nesse campo de direito. Não entender assim, é não captar, do dispositivo constitucional em apreço, artigo 115, III, a sua alta finalidade, é não extrair da norma a sua *ratio*.

XXII

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, com a sua costumeira prudência, julgará a Reclamação que lhe foi encaminhada pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal. E haverá de decidir com justiça.

XXIII

Diante do exposto, indefiro o «writ».

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: o Senhor Presidente, pelo que recolhi do relatório e voto completos e substanciais do eminente Relator, o Egrégio Conselho da Justiça Federal houve por bem, em correição parcial requerida pelo Dr. Procurador-Geral da República, conceder medida liminar para sustar a restituição à impetrante de uma partida de café, ordenada pelo Meritíssimo Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos autos de ação penal que ali tramitara e, em seguida, transformando o pedido de correição em reclamação, submeteu-o à apreciação do Tribunal Pleno.

A reclamação tem por escopo preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, segundo os termos do artigo 194 do Regimento Interno.

Ora, no caso concreto, conforme bem entendeu o Egrégio Conselho da Justiça Federal, houve desrespeito à decisão tomada pela Egrégia Quarta Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação Cível nº 39.397, de São Paulo, que manteve o negócio pactuado entre as partes, decisão levada a efeito em 23 de junho de 1978, com a

divergente do eminente Ministro Márcio Ribeiro e dos demais que se lhe seguiram, na mesma linha de raciocínio.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, a Constituição Federal, art. 21, I, deixa expresso que o Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, poderá alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto de importação de produtos estrangeiros (CTN, art. 21).

A lei, no caso, que estabelece as condições e os limites dentro nos quais o Executivo poderá laborar, não é lei complementar, nem se poderia dizer, data venia, que essa lei, a mencionada no art. 21, I, deveria ser a lei complementar referida no § 1º do art. 18 da Constituição.

Distingo, em verdade, a lei complementar, prevista no § 1º do art. 18, daquela que está referida no art. 21, I, da mesma Carta Política.

A Constituição, por outro lado, sempre que quis que uma determinada matéria nela versada fosse regulada por lei complementar, assim deixou expresso.

Aliomar Baleeiro, ao comentar o art. 21 do CTN, que repete, praticamente, o que está disposto no art. 21, I, da Constituição, deixa claro:

«Pela circunstância de ser o imposto de importação, no mundo contemporâneo, mais um instrumento de regulação do comércio internacional e da política cambial, do que um meio de recolher receitas, a Constituição permite expressamente que, nos limites e condições da lei, o Executivo possa graduar a alíquota, tudo do mínimo ao máximo da tarifa flexível. Quase todos os países assim procedem, não existindo nisso quebra do princípio da legalidade do tributo,

pois cabe ao Congresso fixar aqueles tetos mínimo e máximo.»

(«Dir. Tribut. Brasileiro», Forense, 1970, p. 129).

Eu veria inconstitucionalidade numa outra perspectiva. É que estou entre os que sustentam a tese no sentido de que, quando a Constituição fala em lei, ela não quer que o decreto-lei faça as vezes da lei, vale dizer, em caso tal, a lei há de ser em sentido formal, oriunda do Congresso Nacional.

Invoco, novamente, o magistério de Baleeiro, quando leciona:

«Indagar-se-á, então, que «normas tributárias» poderão ser reguladas em decretos-leis. A resposta é que todas podem ser objeto desses diplomas, exceto aquelas que, segundo a Constituição ou Emenda nº 1, de 1969, devam ser tratadas em leis ou leis complementares (p. ex., art. 18, § 5º, in fine; art. 19, I e III, «c»; art. 21, I, II, V, § 2º, I, § 4º; art. 23, §§ 1º, 7º e 8º; art. 24, § 2º, art. 25, § 1º; art. 26, § 1º).» «Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», Forense, 4ª ed., 1974, p. 43).

Está sendo apresentada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, uma emenda constitucional, no sentido de restabelecer-lhe as prerrogativas. Ao que informam os jornais, essa emenda pretende acabar com o decreto-lei.

O certo é que o decreto-lei, no Estado contemporâneo, é muito importante, é necessário. Estados que praticam democracia, Estados desenvolvidos, sob o ponto de vista econômico, cultural e político, não rejeitam ao Executivo a faculdade de legislar. Na França, existem os regulamentos autônomos. A Itália conhece e pratica as «ordinanze di necessità», condicionadas a «motivi di assoluta e urgente necessità.»

O Executivo necessita, de fato, de ter em mãos meios com que possa agilizar a administração. E no governo das leis, essa agilitação só seria possível podendo o Executivo também legislar, em certos casos, observadas certas circunstâncias e a respeito de determinadas matérias, sob controle, todavia, do Parlamento e do Poder Judiciário, neste último caso, nos sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade do ato normativo, como ocorre, no Brasil.

O que acontece é que deve esse controle ser efetivo, pelo que não deveria o Congresso Nacional aprovar, sem maiores considerações, decretos-leis, como tem ocorrido. Por outro lado, o Poder Judiciário também deveria adotar critérios mais rígidos de controle, jamais permitindo que o Executivo fosse além da competência que lhe deu o constituinte.

Todavia, deixo de enfrentar a inconstitucionalidade sob tal ângulo de visada, por isso que a Corte Suprema tem entendido que o decreto-lei pode fazer as vezes da lei ordinária, em casos como o ora em debate, conforme nos dá notícia o eminente Baleeiro (ob. cit., p. 43). Confira-se o RE nº 74.096-SP, Relator o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro, RTJ 62/819.

Ressalvo, entretanto, data venia, a minha opinião pessoal a respeito do assunto: só a lei, lei ordinária, oriunda do Congresso Nacional, poderia estabelecer as condições e os limites dentro nos quais o Executivo laboraria, na alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto de impor-

tação (C.F., art. 21, I), jamais o decreto-lei.

Concluindo, com a vênia devida ao eminente Ministro Relator, fico de acordo com o entendimento já prevaiente, no sentido de rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 1.º do Decreto-Lei nº 1.366, de 1974.

EXTRATO DA MINUTA

AgMS nº 76.915 — SP. Rel.: Min. Armando Rollemberg. Rel. p/o Acórdão: Min. Moacir Catunda. Apelante: JUBRAN — Engenharia, Comércio e Indústria S/A. Apelada: União Federal.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, contra o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 1.º do Decreto-Lei nº 1.366/74. (Em 17-6-80 — T. Pleno).

Os Srs. Min. Peçanha Martins, Aldir Passarinho, José Dantas, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e William Patterson votaram com o Sr. Min. Moacir Catunda que lavrará o acórdão. Os Srs. Min. Jarbas Nobre, Carlos Madeira e Wilson Gonçalves não participaram deste julgamento, justificadamente. Os Srs. Mins. Lauro Leitão, Sebastião Reis, Otto Rocha, Adhemar Raymundo e Romildo Bueno de Souza não tomaram parte no julgamento por motivo justificado. O Sr. Min. Sebastião Reis é Juiz Federal, convocado em substituição ao Sr. Min. Justino Ribeiro que se encontra licenciado. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NA AMS Nº 80.869 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda
 Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal da 5ª Vara
 Apelante: União Federal
 Apelado: Marco Antônio Maia

EMENTA

Ensino superior. Matrícula de filho de agricultor. Curso de veterinária da Universidade Federal Fluminense.

Rejeitada, pelo Plenário do Tribunal, a argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 5.465/68 e determinada a devolução dos autos à Turma de origem para julgamento da matéria residual.

O privilégio assegurado pelo art. 1º daquela norma legal não afronta o princípio da igualdade de todos perante a lei.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo-se no julgamento, por maioria, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 5.465-68 e, por unanimidade, determinar a devolução dos autos à Turma de origem 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, 5 de abril de 1979 (data do julgamento.) Ministro José Neri da Silveira, Presidente. Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: O Dr. Juiz Federal da 5ª Vara, após rejeitar a sumária alegação de inconstitucionalidade, concedeu a seguran-

ça requerida por Marco Antônio Maia, para que seja cumprido o que determina a Lei nº 5.465, de 3-7-68, que destina 50% das matrículas do curso de veterinária aos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras que residem com suas famílias em zona rural, e aos possuidores de certificados de conclusão do 2º ciclo de estabelecimento de ensino agrícola, e asseguram ao impetrante o direito à matrícula, com ressalva, porém, de que seja respeitada a ordem de classificação, tendo em conta o número de vagas a ele destinada.

Inconformada, apelou a União Federal alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* e a decadência do direito à impetração e, no mérito, que o impetrante não se colocou entre os 140 que alcançaram as vagas anunciadas, ficando fora do percentual determinado pela Lei nº 5.465-68.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 5.465-68, feita de raspão nas informações do órgão impetrado, ao argumento de ferir o princípio de isonomia, foi bem rejeitada pela sentença.

A lei em causa diz o seguinte:

«Os estabelecimentos de ensino médio e as escolas superiores de agricultura e veterinária mantidas 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 em zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos de agricultores, proprietários ou não de terras, que residam em vilas ou cidades que não possuam estabelecimentos de ensino médio (art. 1º).

A preferência de que trata este artigo se estenderá aos portadores de certificados de conclusão do segundo ciclo dos estabelecimento de ensino agrícola» (art. 1º, § 1º).

«Em qualquer caso, os candidatos atenderão às exigências da legislação federal vigente, inclusive relativas aos exames de admissão ou habilitação» (art. 1º, § 2º).

A douda sentença repeliu a alegação de infringência do princípio de igualdade registrado no § 1º do artigo 153, da Emenda Constitucional Nº 1, argumentando assim:

«O próprio signatário da peça informativa reconhece, contudo, que o Doutor Consultor-Geral da República não admitiu a inconstitucionalidade, nem a revogação da lei.

A eiva de inconstitucionalidade inexistente, na espécie, face à condição de que desfrutaram os agricultores, ou filhos destes, e os possuidores de conclusão do 2º ciclo de estabelecimento de ensino agrícola.

A vontade da lei foi dar-lhes prioridade para o ingresso no Curso Superior de Veterinária, sem ofensa ao princípio da igualdade de todos, consagrado no art. 153, parágrafo 1º, da Carta Magna, porquanto os demais concorrentes sem aqueles requisitos e que fazem o vestibular para o preenchimento de 50% (cinquenta por cento) das vagas — estão em situação desigual. Ora, a igualdade jurídica consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente, os desiguais.»

O parecer do Consultor-Geral da República, Dr. Romeu de Almeida Ramos, em sua parte primordial, demonstra a inexistência de violação ao secular princípio de isonomia, nestes termos:

«7 — Data venia, improcede a arguição. 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 aplicadas na Agricultura do País e ao consequente 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.

8 — Demais disso, consoante a lição dos mestres, a generalidade do ato legislativo não implica em sua aplicação a todos os cidadãos, mas a qualquer cidadão que se venha encontrar na situação típica considerada.

Dentro dessa ordem de raciocínio, preleciona o professor San Tiago Dantas, verbis:

«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 seu caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais, em que um número indeterminado de indivíduos se pode colocar» («Problemas do Direito Positivo» — Ed. 1953 — pag. 38).

9 — Assim sendo, peço permissão para concluir pela constitucionalidade da Lei nº 5.465, tantas vezes aludida.»

O magistério de Santiago Dantas, supratranscrito, também é dado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, — “Comentários à Constituição Brasileira”, — vol. 3, nos termos seguintes:

«O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual impõe, por exemplo, ao legislador, o estabelecimento de leis especiais que protejam determinadas categorias. Para isto, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores; os mal alojados; os inquilinos, e assim por diante. Ocorre, porém, que a apreciação dessas desigualdades que devem ser compensadas ou reparadas é sujeita a critérios políticos.»

E mais adiante:

«A igualdade perante a lei não exclui, em resumo, a desigualdade de tratamento indispensável, em face da particularidade de situações. As discriminações, porém, devem ser as rigorosas e estritamente necessárias, racionalmente justificadas. E, como exceções têm de ser interpretadas restritivamente.»

No caso em apreciação, o objetivo do legislador ordinário é estimular

estudantes procedentes da zona rural, reservando-lhes um determinado número de vagas certas. — Num país, como Brasil, carente de agrônomos e veterinários de autêntica formação rurícola, a previsão contida na lei questionada é sadia, proveitosa, por isso que concorrerá para fazer regredir o largo percentual de veterinários e agrônomos do asfalto. — A lei dirige-se a uma gigantesca categoria profissional, não podendo ser considerada discriminatória, data venia. O cunho de generalidade do aludido diploma legal é assunto de primeira evidência, daí porque rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Rejeito a arguição de Inconstitucionalidade, pelas razões do voto proferido na turma, quando o incidente foi suscitado, as quais são as seguintes — lê, — fls.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Sr. Presidente, é a segunda vez que examino esta matéria.

Na primeira oportunidade, votei pela rejeição da inconstitucionalidade, entendimento esse que ora ratifico.

Farei juntar cópia do voto proferido no caso anterior.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Na sessão desta Turma de 26-4-78, proferi o seguinte voto: (lê) — fls. 77-78.

Os autos desceram e no Juízo de origem ficou apurado que o ofício mencionado no relatório foi entregue no dia 26-11-76 (fls. 82).

Ora, a apelação é de 24-01-77, intempestiva, pois, visto que interposta no 28º dia.

Nego, assim, provimento ao agravo.

Examino a Sentença em razão da remessa ex officio.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 5.465, de 1968, que

«as escolas superiores de Agricultura e Veterinária mantidas pela União reservarão, anualmente, de preferência, 50% de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes ... que residam com suas famílias na zona rural, e 30% a agricultores ou filhos destes ... que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimento de ensino médio»;

adiantando o § 1º que essa preferência

«se estenderá aos portadores de certificado de conclusão do 2º ciclo dos estabelecimentos de ensino agrícola, candidatos à matrícula nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidas pela União.»

O privilégio aí assegurado não afronta o princípio da igualdade de todos perante a lei.

Nesse sentido decidiu o Tribunal Pleno no Mandado de Segurana nº 71.650, sessão de 26 de junho de 1975.

Idêntico é o pensamento do Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos, exposto no Parecer I — 108, neste passo:

«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 Na-

ção, não podendo, portanto, ser inquinada de privilégio discriminatório inadmitido pelo princípio da isonomia constitucional.

Demais disso, consoante a lição dos mestres, a generalidade do ato legislativo não implica em sua aplicação a todos os cidadãos, mas a qualquer cidadão que se venha encontrar na situação típica considerada.

Dentro dessa ordem de raciocínio, preleciona o Prof. San Tiago Dantas, verbis:

«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 seu caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais em que um número indeterminado de indivíduos se pode colocar» («Problemas de Direito Positivo» — Ed. 1953 — pág. 38).

Assim sendo, peço permissão para concluir pela constitucionalidade da Lei nº 5.465, tantas vezes aludida.»

No que respeita à pretendida revogação dessa lei pela de nº 5.540, de 1960, também aqui fico com a sentença no ponto em que não admite interpretação ampliada de seus artigos 17 e 21.

A tal propósito, vale citar o Parecer acima invocado que, ao se ocupar do tema, sustenta que a norma contida no artigo 17, ao exigir para a matrícula ao curso de graduação, a conclusão do ciclo colegial e a classificação em concurso vestibular, não conflita com a Lei nº 5.540.

«Ao contrário», lê-se,

«em seu art. 1º, § 2º, determinou que os candidatos atendam às exigências da legislação vigente, inclusive as relativas aos exames de admissão ou habilitação. Vale di-

zer, exigindo a lei nova que o candidato haja concluído o ciclo colegial e tenha sido classificado em concurso vestibular, tais requisitos devam ser satisfeitos para o preenchimento das vagas de que cuida a Lei nº 5.465, nos termos do disposto em seu § 2º, art. 1º. Há, pois, perfeita compatibilidade entre as leis referidas que, obviamente, afasta a hipótese da revogação argüida.

No tocante à classificação dos candidatos, há que se obedecer a preferência prevista: 50% das vagas, in casu, para os aprovados que ostentem a condição de agricultor ou filho deste residente com sua família na zona rural; 30% para os mesmos que residam nas cidades e vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio; e 20% para os demais candidatos.

A Lei nº 5.465 estaria revogada se lei posterior dispusesse diferentemente sobre a matéria, alterando a proporcionalidade ou mesmo extinguindo-a. Isso, entretanto, não ocorreu na espécie, logo, permaneça a mesma em vigor.»

Pelos motivos expostos, confirmo a Sentença.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Távorá: Suscitei na Turma a argüição de inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº 5.465, de 1968, pelos fundamentos resumidos na ementa do acórdão:

«Reapreciação, pelo Plenário, da constitucionalidade do art. 1º da Lei 5.465, de 1968, em razão de o julgamento na AMS nº 71.650, não ter alcançado maioria absoluta e de a composição do Tribunal haver, entretanto, sido ampliada.»

A primeira vez em que o Plenário apreciou a matéria na AMS nº 71.650, a sentença recorrida era do nosso eminente colega, Ministro Carlos Mário Velloso, que, na judicatura de pri-

meiro grau, dera pela inconstitucionalidade. O Relator, Ministro Jorge Lafayette, acolheu a argüição e votou pela nulidade da lei. Acompanharam-me, em julgamento que se iniciou a 17 de junho e terminou a 26 do mesmo mês de 1975, os seguintes Ministros, na ordem de votação:

Paulo Távorá, Aldir Passarinho, Oscar Correa Pina, Peçanha Martins e Décio Miranda. Rejeitaram a argüição: Armando Rollenberg, Moacir Catunda, Néri da Silveira, Amarílio Benjamin, Jarbas Nobre e Márcio Ribeiro que presidiu à sessão.

Verificou-se, assim, empate: seis davam pela inconstitucionalidade e seis pela constitucionalidade. Por razão não esclarecida, deixou-se de convocar Juiz Federal para completar o quorum que era então de treze (13). O voto faltante podia tornar-se decisivo para alcançar a maioria absoluta de sete necessária à decretação da nulidade. O resultado que se proclamou consignou, porém, não ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.465-68.

Essa singularidade e a circunstância de o Tribunal haver, nesse entretanto, se renovado em composição e ampliado seu efetivo judicante, de treze para dezenove membros, levaram-me a propor, novamente, a questão em Plenário.

A doutrina prevalecente no Supremo Tribunal em casos que tais, adotada entre outros, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 67.983 (RTJ 53, pág. 679), autoriza a reapreciação sempre que não se tenha alcançado o quorum constitucional.

De meritis, o artigo 153, § 1º, da Constituição, reza: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política; será punido, pela lei, o preconceito de raça.»

A Lei nº 5.645, de 1968, criou três tipos de preferência a candidatos habilitados no exame vestibular para preenchimento anual das vagas em escolas superiores de Agricultura e Veterinária mantidas pela União:

a) — 50% para agricultores ou seus filhos residentes com a família na zona rural;

b) — 30% para agricultores ou seus filhos residentes em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio;

c) — igual preferência aos portadores de certificado de conclusão do 2º ciclo dos estabelecimentos de ensino agrícola.

As duas primeiras preferências resultam do exercício de um tipo de atividade: a agricultura. Cria-se, em favor dos exercentes de certo trabalho, um tratamento privilegiado na escolha de candidatos aprovados em concurso público. Pretere-se a ordem de classificação definida pelos méritos intelectuais dos candidatos, para fixar-se em uma qualificação exterior accidental: a ocupação econômica do pai ou do interessado. Ora, o artigo 153, § 1º da Constituição não permite distinções em razão do tipo de trabalho nem, muito menos, de filiação. Sobretudo em escolas públicas, pagas com o tributo de todos, agricultores e não agricultores. Não se concebe que um brasileiro tenha mais direito que o outro porque exerça determinada profissão ou more em certo lugar. Em termos nacionais, e na ordem jurídica democrática, não faz sentido discriminar entre o agricultor e o motorista de ônibus, o habitante do campo ou da favela, mandado a estabelecimento de ensino, mantido por verbas públicas e cujos concorrentes se credenciam por esforço intelectual próprio. O trabalho é dever de todos e, por mais modesto ou relevante, não deve constituir fonte de diferenciações para autorizar um brasileiro a passar na frente de outro em concursos de

estudantes fundados na avaliação da competência pessoal pelo grau de conhecimento ou talento.

O princípio da isonomia compreende-se dentro da desigualdade natural dos homens. As distinções se justificam, quando se assentam em dados de capacidade física ou intelectual e tenham pertinência ou conexão com o bem jurídico a que visa. A altura, por exemplo, é uma medida do mundo fático e pode ensinar critério de seleção para atividades relacionadas com a estimação desse dote físico. Não pode, entretanto, servir de fator de desigualdade para competições intelectuais em que a aferição se fez pelos níveis da altura mental.

Por mais respeitável e essencial que seja determinado trabalho para a sociedade como o é a agricultura, seu exercício, o grau de parentesco ou o domicílio não têm vínculo racional com a ordem de classificação de estudantes em exame de acesso a curso superior.

Por essas razões, dou pela inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 5.645, de 1968, ao conferir privilégio de tratamento em razão de tipo de trabalho, filiação e residência.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, entendo que, realmente, devemos decidir a matéria constitucional posta em debate. Se houver matéria residual, poderá voltar o processo à Turma para decidir-la. Com relação à observação formulada pelo nobre advogado no tocante a ter a Universidade, ainda este ano, aplicado dispositivos da Lei nº 5.465, de 1968, na verdade não poderia ela deixar de fazê-lo, eis que o reconhecimento da constitucionalidade daquele diploma legal ficou expresso em parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Sr. Presidente da República. E os pareceres do Sr. Consultor-Geral da

República, quando aprovados pelo Chefe do Governo, constituem-se em norma de obediência obrigatória aos órgãos da administração pública, conforme dispõe o Regimento daquele órgão. Mas os pareceres do eminente Consultor da República não vinculam, evidentemente, o Poder Judiciário.

No tocante à questão em debate, já me pronunciei na oportunidade do julgamento do MS-71.650, entendendo que o disposto no art. 1º da Lei nº 5.465 de 1968 era inconstitucional. A Constituição de 1934 estabelecia, no preceito referente à igualdade de todos perante a lei, que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. O princípio de não haver privilégios em decorrência das profissões próprias ou dos pais veio, na verdade, a ficar consubstanciado na Constituição de 67 e repetida na Emenda Constitucional nº 01, sob uma forma mais sintética, mas com o mesmo sentido de que não haveria distinções por motivo do trabalho. No caso, a distinção que se estabelece, dando preferência aos candidatos filhos de agricultores, decorre da natureza do trabalho dos pais dos candidatos. E, por isso, a meu ver, incide o privilégio na proibição contida no dispositivo constitucional aludido. O artigo 176 da Constituição endossa esse entendimento, ao dizer que a educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos, o que se deve entender como não cabendo diferenciações por condições outras estranhas ao próprio ensino. E, ainda mais, a Constituição, no seu art. 165, em que assegura direito aos trabalhadores, prevê no seu inc. XVII a

«Proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos.»

Assim, mais uma vez, a Constituição, ao assegurar direitos aos trabalhadores vem a mostrar que eles, em razão do trabalho que exerçam não podem sofrer distinções. Um aluno que obtém uma nota maior do que o outro não pode ser preterido na sua classificação, pela natureza do trabalho de seu pai. Isso representa, a meu ver, a par do aspecto constitucional que se discute, uma injustiça traumatizante para o jovem. Dir-se-á — e o objetivo da lei foi esse — que se procura vincular ao campo os jovens que vão para a cidade estudar, mas que a ele voltariam, em virtude de uma profissão que lhes permitiria ali trabalhar. É certo isto. Mas não se pode deixar de considerar também de alta significação ver-se um jovem que, embora cidadão, vai se dedicar ao estudo de uma profissão vinculada ao campo. Este terá uma opção — ou seguirá a profissão para a qual se formou e irá para o campo ou, então, não aproveitará a sua profissão. Mas também aquele que vindo do campo para estudar agronomia ou veterinária, se não seguir a sua profissão e ficar na cidade, não utilizará o seu curso superior, pelo menos em vinculação direta com o campo. Não vou alongar-me mais, senão fazendo estas breves considerações porque, ao ensejo do julgamento do Mandado de Segurança nº 71.650, foi lido pelo Sr. Ministro-Relator Jorge Lafayette o voto do então Juiz Federal, Carlos Mário Velloso, hoje preeminente membro desta Corte, que trouxe considerações de alta valia para o exame e debate do problema e, como S. Exa. irá votar posteriormente, certamente aduzirá os argumentos expostos naquela ocasião, e com os quais estou de acordo. Pelo exposto, meu voto é no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 5.465, de 1968.

É o meu voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Paulo Távora: Antecipo meu voto sobre o pedido dos autos. A inconstitucionalidade não me inibe de reconhecer a situação fática que se criou no processo em favor do estudante que chegou, praticamente, ao fim do curso, segundo lei aplicada em primeiro grau de jurisdição. Em respeito à presunção de legitimidade que emana dos atos, formalmente praticados pelos Poderes Constitucionais competentes, a declaração de nulidade não pode fazer tabula rasa dos efeitos que se constituíram no transcurso do litígio. O artigo 462 do Código de Processo Civil manda o juiz considerar de ofício, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide». Não pode abstrair-se a realidade de que os estudos estão a concluir-se ao abrigo de ato judicial e não levar em conta o produto do tempo e esforço aplicados em atividade socialmente útil. Incorreria no *summum jus summa injuria*, seccionar o curso universitário do impenetrante por apego formal ao efeito ex tunc da nulidade.

No mérito, nego provimento ao concurso para confirmar a sentença pela conclusão.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, consulta-se o princípio da isonomia, no balanço da cidade e o campo — a cidade, onde populam as escolas públicas e particulares do melhor padrão, o campo, onde a escola, se muito, mal pode oferecer a alfabetização.

Condena-se, na lei examinada, a pendência do braço do Poder Público para o campo, de onde o que se sabe é a intermitência das calamidades e a gravidade de seus problemas sociais, ao ponto de se tornarem prioridade de governo. Condena-se o míni-

mo da igualação que é dado à lei aplinar entre os desiguais.

Deveras, se a juventude cidadina tem a seu dispor verdade que no mínimo — a assistência das escolas habilitadoras para a sofrida batalha do vestibular, carente desse mínimo é a juventude dos campos. Não há, pois, tratamento desigual na lei que assista os mais desafortunados na distribuição das benesses sociais do Estado, criando em seu favor condições de ingresso no ensino público superior.

Nas escolas públicas que se abrirem, com especialidades destinadas às próprias atividades campestres — veterinária e agronomia —, reserva-se metade das vagas à disputa daqueles mesmos desafortunados entre si, subtraídos, assim, da concorrência desigual, de antemão vencida pelos vestibulandos das cidades, infinitamente melhor preparados, pelo próprio Poder Público, para aquela batalha de ingresso.

Ao contrário da inconstitucionalidade aventada, d.m.v., o que se há de dizer é a grande sabedoria teleológica da Lei nº 5.465-68, em função da igualdade a que visa criar entre dois contingentes populacionais tão sofridamente desiguais; o que se há de dizer é do atendimento da obrigação do Estado em tornar acessível o ensino superior gratuito à grande massa campesina, dentre jovens que demonstrem aproveitamento e provem a falta ou a insuficiência de recursos.

Essa é que é a verdadeira finalidade da lei analisada. Cuida-se de falta ou insuficiência de recursos que o Estado está suprindo num mínimo, da maneira mais sábia e consentânea com o valor social a proteger, ao reservar nas suas poucas escolas de veterinária e agronomia — não na rede escolar nacional, nem em todas as escolas superiores federais — uma preferência dentre concorrentes

que, sob todos os aspectos, padecem carências para a disputa de condições com os mais afortunados frequentadores das escolas preparatórias oferecidas tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada.

Nesse exame teleológico, Sr. Presidente, encontro a lei malsinada em perfeita harmonia com o tratamento isônomo discutido, e programaticamente recomendado pelo art. 176, § 3º, da Constituição — posto no dever estatal de garantir escola gratuita aos carentes de recursos.

Por essas razões — e com minhas desculpas pelo tom emocional do pronunciamento, estilo que não é o do brilhantismo dos insignes pares — acompanho o eminente Ministro Relator, em dando a lei inquinada por harmônica com o cotejado princípio da isonomia.

EXTRATO DA ATA

AMS-80.869-RJ — Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Remte. Ex Officio: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Marco Antônio Maia.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Jarbas Nobre e José Dantas, rejeitando a argüição de inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei 5.465-68, e dos Srs. Ministros Paulo Távara, Aldir G. Passarinho e Lauro Leitão, acolhendo-a, adiou-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Carlos Madeira. Aguardam os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg. Usou da palavra o Dr. José de Mattos Telles (em 22-03-79 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Néri da Silveira, Vice-Presidente

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Madeira: A Lei 5.465, de 3-7-68 dispõe que os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam na zona rural e 30% a agricultores ou filhos destes, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

Trata-se, como se vê, do que em direito público é conhecido como lei-provimento, que se distingue da regra geral e abstrata, por visar a uma correspondência objetiva entre o fim visado e os meios empregados. «Il provvedimento è actio — disse Ernest Forsthoff em estudo em homenagem a Walter Jellinek — ed ha il suo contrario negli atti di sovranità costitutivi. Caracteristica del provvedimento é una specifica relazione tra mezzo e scopo. Il provvedimento é diretto ad un determinato scopo. A questo scopo sono adattati e subordinati i mezzi che sono usati per il suo raggiungimento. A tutti gli atti sovraní di carattere costitutivo é estraneo il perseguimento di uno scopo, in questo senso concreto ed afferribile.» (Stato di diritto in trasformazione, edição Giuffré, 1973, págs. 109/110).

Com efeito, reservando vagas em estabelecimentos de ensino agrícola e veterinário para alunos ligados ao meio rural, a Lei 5.465 tem o claro escopo de assegurar esse ensino aos que, talvez mais necessitados e mais interessados nele, não tenham a mesma oportunidade e a mesma facilidade que desfrutam os moradores dos grandes centros.

Acoimam a lei, porém, de inconstitucional porque, ao reservar vagas a uma determinada classe de candida-

tos, estaria afrontando o princípio de igualdade perante a lei que assegura a todos a mesma oportunidade e a mesma proteção.

O princípio de igualdade foi estabelecido, na Declaração de 1789, como de direito natural: «Tous les hommes sont égaux par la nature e devant la loi». Mas o próprio Rousseau já observava que: «c'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir.» E Duguit explicitou que, na Revolução, quando se proclamava o princípio, «o que se queria era, principalmente, afirmar que todos os cidadãos deviam ser protegidos pela lei da mesma maneira, com a mesma força, na sua pessoa e na sua propriedade.»

Surgiu, então, dos escombros dos antigos privilégios, o regime liberal que pressupõe a neutralidade do Estado ante a concorrência de interesses, mantendo a igualdade jurídica dos indivíduos no seio da sociedade. Formou-se, em consequência, o Estado de Direito, impondo o respeito à lei ao Poder Executivo — imagem de Pouvoir du Prince —, e postulando limites à própria lei, em face dos direitos individuais.

O liberalismo entrou em crise, porém, quando o Estado passou também a ser obrigado às prestações sociais. A só proteção aos postulados de liberdade de concorrência e igualdade jurídica mostrou-se insuficiente nas relações do Estado com a sociedade, para justificá-lo e dar-lhe autoridade, pois as condições socioeconômicas geradas no progresso das nações obstavam a muitos indivíduos as oportunidades de trabalhar, de educar-se, de ser proprietário. Tais diferenças, aprofundadas pelo maior número, ensejaram soluções tirânicas que importam em verdadeira negação do Estado de Direito.

A idéia liberal evoluiu, então, para a idéia do fomento social, segundo a qual — dizia Lorenz Von Stein em 1870 — o Estado «tem que fomentar com seu poder o progresso social e econômico de todos os seus membros, porque, em última análise, o desenvolvimento de um é sempre a condição e ao mesmo tempo a consequência do desenvolvimento do outro.» Aí se enraza a idéia do Estado do Bem-Estar Social — depois, «Welfare State», com a vivificação do conceito de Estado de Direito, pela necessidade de superar o fosso econômico e social aberto entre os homens.

Gustav Radbruch assim resume a idéia do Direito resultante da nova concepção do Estado: «a idéia central em que o Direito se inspira não é a de igualdade das pessoas, mas a da nivelção das desigualdades existentes entre elas; a igualdade deixa de ser um ponto de partida do Direito, para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.» (Introdução a la filosofia jurídica, México, 1951, pág. 162).

E o Direito Constitucional, por seu lado, passou a enunciar o conceito de que a igualdade perante a lei consiste em que a lei deve ser igual para todos os iguais em iguais circunstâncias, conforme a conhecida fórmula de Linares Quintana.

Ora, dentro dessa nova concepção, não só os direitos individuais merecem amparo, mas também as chamadas garantias sociais, entre as quais a da educação, a do desenvolvimento econômico e outras. Podem elas ser erigidas em autênticos direitos subjetivos, exigíveis segundo o mesmo princípio de igualdade jurídica, que auspícia a liberdade individual.

Nossa Constituição não é alheia a essas idéias. Basta atentar para o disposto no seu art. 170, com base no qual se editam leis de estímulo e incentivo fiscais a determinados seto-

res da economia, em franca oposição ao princípio liberal de igualdade de todos perante a lei. E o inciso III, do § 3º do art. 176 prevê o ensino gratuito, nos níveis médio e superior, prestado pelo Estado aos que provarem falta ou insuficiência de recursos, o que também excepciona aquele princípio.

A Lei 5.465 tem, inegavelmente, o caráter de estímulo, com a reserva de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola para os candidatos oriundos do meio rural. Não é uma forma de excluir a livre concorrência, mas de torná-la possível em condições de igualdade, obviando as dificuldades desse ensino de alto custo (sabe-se que a Agronomia é uma das escolas mais caras do sistema de ensino), o qual, por isso mesmo, é localizado quase sempre nas grandes cidades, tornando-se inacessível àqueles candidatos.

Há de se entender a lei, não do ponto de vista da igualdade formal, mas como meio de alcançar a igualdade das pessoas, dando-lhe iguais oportunidades.

Aliás, a providência da lei não é inusitada na nossa legislação de ensino, pois as escolas militares, como é sabido, reservam ou dão preferência de vagas aos filhos de militares.

Rejeito, pois, a arguição.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: A lei não outorga exclusividade aos candidatos, mas mera preferência e, mesmo assim, em igualdade de condições quanto aos demais, no tocante à opção pelo curso e à participação no exame vestibular, onde deverão concorrer e classificar-se. A única diferença é que, para uns, há certeza de vaga, por conveniência do ensino e não por motivo de privilégio de certa classe, sendo esse um requisito de política educacional em atenção à natureza

das atividades, do futuro profissional, como no caso da Lei nº 378, de 13-1-1936 citado por Pontes, em que, por conveniência pedagógica e também administrativa, outorgava-se preferência às mulheres na direção de internatos femininos.

Não vejo, pois, como preocupar-se o julgador em face da lei sub censura, para tê-la como inconstitucional.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente, em trabalho, talvez o mais sério que já se escreveu entre nós sobre o princípio da isonomia, San Tiago Dantas assinala que a lei pode, «sem perder o seu caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais em que um número indeterminado de indivíduos se pode colocar» («Problemas de Direito Positivo», 1953, pág. 38).

O problema — acentua ele — consiste em saber qual o critério técnico-jurídico que permita distinguir a lei arbitrária, da lei especial justificada.

E após incursionar pelo direito anglo-americano, fixando o alcance da «law of the land» e a sua importância no desate da controvérsia, argumenta: «Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei autoriza o Poder Judiciário a censurar as leis em que as fazem distinções arbitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum» (pág. 62).

Portanto, se o ato legislativo, que contempla pessoas ou classes de pessoas, fere normas gerais preexistentes, discriminando em favor de uns, há ofensa ao princípio da igualdade de todos perante a lei.

As regras jurídicas gerais sobre o ensino superior estão consubstanciadas na Lei nº 5.540, de 28-11-968, cujo art. 17 dispõe:

«Art. 17. Nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior poderão ser ministradas as seguintes modalidades de cursos:

a) de graduação, abertos à matrícula de candidatos que hajam concluído o ciclo colegial ou equivalente e tenham sido classificados em concurso vestibular.»

Ao preferir determinada classe de pessoas, fundado na natureza da atividade que exercem, em detrimento das outras que se encontram na mesma situação em face dessa norma geral preexistente, não se há de negar que o diploma impugnado malsinou o princípio da igualdade.

Não se trata de um ato legislativo in concreto outorgando favores a um grupo de pessoas que preencha determinados requisitos, mas da lei que estabelece privilégio em contraste com preceitos gerais preexistentes.

Ocorreria o mesmo, se o legislador viesse a dispor da mesma forma, quanto ao curso de medicina, para os filhos de médico; quanto ao curso de direito, para os filhos de magistrado; quanto ao curso de economia, para os filhos de economista.

Dar-se-ia, em qualquer dessas hipóteses, uma distinção arbitrária, contrária à regulação geral da matéria, que repugna a consciência jurídica.

No direito norte-americano, dir-se-ia que essas leis estariam em desconformidade com «law of the land» e careceriam, em consequência, de validade.

Acolho a arguição para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.465/68.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, ainda como Juiz Federal em Minas, tive oportunidade de examinar, em agosto de 1972, a matéria ora em debate: inconstitucionalidade da Lei nº 5.465, de 3-7-68, art. 1º.

Escrevi, então:

«9. — No mérito, verifica-se o seguinte: No Concurso Vestibular da UFMG, em 1972, referentemente à Escola de Veterinária, ficou esclarecido, no Edital, que o número de vagas seria de 120. Destas, 60 seriam reservadas, preferencialmente, para os candidatos amparados pela Lei nº 5.465, de 3-7-68, por serem agricultores ou filhos de agricultores, residentes na zona rural, ou possuidores de certificado de conclusão de curso de ciclo expedido por estabelecimento de ensino agrícola.

10. — Realizado o Vestibular, a Universidade, pelo sistema de mérito, convocou para as primeiras 60 vagas, 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 nº 5.465/68, com observância, também aqui, da ordem rigorosa de classificação.

11. — Fez o seguinte, pois, a Universidade: para as primeiras sessenta vagas foram convocados os candidatos — ruralistas e não ruralistas — que conseguiram o melhor resultado no concurso. Depois, para as restantes 60 vagas, foram convocados somente ruralistas, com observância da ordem de classificação.

12. — Os impetrantes, na inicial — item 4º — arguem a inconstitucionalidade da Lei 5.465, de 3-7-68. Dizem que a mesma viola «o

princípio basilar da igualdade perante da lei, consagrado no § 1º do art. 153, da Constituição Federal.»

13. — Assim, primeiro que tudo, corre ao Juiz *o* indeclinável dever de examinar se é procedente a arguição. Porque, a partir do célebre «Marbury vs. Madison case», de 1803, o Chief Justice J. Marshall, talvez o maior Juiz que o mundo conheceu, assentou, como dogma constitucional, a teoria da invalidade da lei contrária ou incompatível com a Constituição. E mais: ao Judiciário cabe dizer o que é o direito; em tal operação, pode encontrar duas leis em conflito; neste caso, o Juiz deve decidir qual aplicará. Ora, «dá-se o mesmo se uma lei está em oposição à Constituição; se tanto a lei, quanto a Constituição se aplicam a um caso particular, de modo que o tribunal se veja compelido a decidir que o caso se acha em conformidade com a lei, desconsiderando a Constituição, ou em conformidade com a Constituição, desconsiderando a lei, o tribunal terá de determinar qual dessas duas regras em conflito rege o caso. É da própria essência do dever judiciário. Se, pois, os tribunais devem considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer Ato comum da Legislatura, a Constituição, e não esse Ato comum, é que cabe reger o caso a que ambas se aplicam.» (Saul K. Padover, «A Constituição Viva dos Estados Unidos», tradução de A. Della Nina, 1964, p. 91). Noutras palavras: se a lei é incompatível com a Constituição, ao Juiz cabe decidir se aplicará a lei, assim violando a Constituição, ou, como é correto, se aplicará a Constituição, assim recusando a lei. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Curso de Direito Constitucional», Saraiva, 1.971, p. 31).

14. — Tal doutrina o Direito Constitucional positivo brasileiro

tem como dogma, a partir da primeira República, convindo lembrar a lição sempre atual de Rui:

«A Constituição é ato da nação em atitude soberana de constituir a si mesma. A lei é ato do legislador em atitude de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como órgão da Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na constituição.

«Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição, o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem de seu poder, falseia a delegação de sua autoridade.

«Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o Juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro». (Rui Barbosa, «Comentários à Constituição Federal Brasileira», coligidos por Homero Pires, 1/19-20).

15. — Porque fincado firme na Constituição o instituto do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, por vontade do Poder Constituinte originário, forçoso é concluir, como bem preleciona o douto Caio Mário da Silva Pereira, que «julgar a inconstitucionalidade da lei não será, portanto, uma faculdade que o Judiciário exerça em função de poderes discricionários. É um dever inerente à função

judicante.» («A Competência do Procurador-Geral da República no Encaminhamento de Ação Direta ao S.T.F.», voto pronunciado no Conselho Federal da OAB, em 21-4-71, in «Arquivos do Ministério da Justiça, nº 118, p. 23). Tal dever, aliás, é salientado por J. Bryce («The American Commonwealth, I/252) e por Story («Commentaries of the Constitution of the United States», § 1842, p. 586).

16. — Sendo assim, passemos ao exame da constitucionalidade da Lei nº 5.465, de 3-7-68. Violaria ela o princípio da isonomia estabelecido no art. 153, § 1º da Constituição Federal, por conceder privilégio a uma determinada classe, a dos agricultores e filhos destes? Respondendo, data venia, pela afirmativa.

17. — O princípio da isonomia assim se expressa na Constituição Federal, art. 153, § 1º, verbis:

«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.»

18. — O princípio da igualdade, consagrada na Constituição, é inerente à democracia, tal como o da legalidade (C.F., art. 153, § 2º e o da proteção judiciária (C.F., art. 153, § 4º. 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. p. 236).

19. — 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», nº 159) é possível distinguir, juridicamente, a igualdade de direitos, ou igualdade civil, da igualdade de fato, ou igualdade real. A democracia, tal como

a concebemos, consagra a primeira das formas, conceituada esta como uma «igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades, uma igualdade virtual», na qual «os homens são igualmente aptos a gozar de 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 democracias 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., p. 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. cit.).

20. — 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 fratos 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., p. 237).

21. — In casu, estabelece a Lei nº 5.465, de 3-7-68, art. 1º:

«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.»

E mais, no § 1º do art. 1º supra transcrito:

«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.»

22. — 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.»

23. — 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.

24. — A verdade é que a Constituição estabelece que a educação «é direito de todos e dever do Estado» (C.F., art. 176). E se não é me-

nos 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).

25. — 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 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 legislador 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 ajustamentos, 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-iam 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.» (C.F., art. 176).

26. — 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 seu 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, p.38).

27. — Mas não é menos certo, todavia, que tais leis, ditas especiais, somente não são arbitrárias, somente se compatibilizam com a cláusula do «due process off law» do Direito Constitucional america-

no, 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, no Estado de Direito», tal requisito não é o único «limite constitucional ao arbítrio 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 e legislarem sobre o caso concreto, pois sempre lhes seria possível aplicar o arbítrio na escolha do caso genérico, e assim abrirem exceções tirânicas ao estatuto comum». (San Tiago Dantas, ob. cit., p. 61). E arremeta 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 arbitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum.» (ob. cit., p. 62).

28. — A lei especial editada para reger casos especiais, com caráter de generalidade, é lei que se compatibiliza com o princípio da igualdade civil; é lei, pois, que não violenta a Constituição, pois a «igualdade civil, como a 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., p. 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 dos menores.» Essa lei, na expressão feliz de San Tiago Dantas, «é um frisante

exemplo da lei igualitária, neste sentido de igualdade proporcional.» (ob. cit., p. 62). Ou, como escreve René Burnet (Le principe d'égalité, p. 170), «Celle-ci est bien la véritable égalité, seule conforme au principe de l'interdépendance sociale; traite également les hommes sur les points où ils sont égaux; en un mot, les traiter proportionnellement à leurs facultés, telle est la formule qu'impose la doctrine de interdépendance sociale».

29. — 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, chancelarem-se leis arbitrarias, 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., p. 64).

30. — «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 5.465/68, todavia, vem 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 podem no mundo do subjetivo, porque não se pode afirmar como certo que um filho de um engenheiro, ou de um advogado, ou de um comerciante, 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 técnicas 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», p. 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, da 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.).

31. — Inconstitucional, pois, a Lei 5.465/68, porque instituidora de privilégio não condizente com o princípio da isonomia consagrada na Superlei, o que declaro...»

Senhor Presidente, mantenho o entendimento acima transcrito.

A Lei n.º 5.465, de 1968, é inconstitucional, ao que penso.

Adiro, pois, com a vênia devida aos eminentes Ministros que não pensam desta forma, ao voto do não menos eminente Ministro Paulo Távor.

VOTO

O Sr. Ministro Justino Ribeiro: Sr. Presidente, voto pela inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei 5.465. Entendo, data vênia, que o mencionado dispositivo legal não se compadece com o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 153, da Constituição Federal.

No acesso aos cursos de graduação, acima de qualquer procedência do candidato, deve prevalecer a do mérito, da capacidade de estudo, dos conhecimentos revelados por ocasião do exame vestibular.

Parece-me, ainda, que a indevida preferência concedida pela lei aos filhos de fazendeiros não importará, quando formados, em fixá-los no campo. Pode dar-se o inverso. Habitua-dos à rudeza da vida campestre, muitos deles, senão a maioria, deixar-se-ão seduzir pelo conforto que lhe oferece a cidade.

Penso que não é esta a solução para o problema, de vital importância para o País. Esta só poderá ser encontrada no aparelhamento de nosso interior, com a construção de estradas, fornecimento de energia elétrica, instalação de escolas, forneci-

mento, a preços acessíveis, de máquinas agrícolas e insumos básicos, de forma a desestimular o êxodo da população do campo para as cidades, que cria uma série de graves e insolúveis problemas, quais sejam a marginalização de um enorme número de pessoas, que não estão capacitadas para competir no mercado de trabalho das nossas grandes cidades, em detrimento da produção de alimentos necessários a prover as inadiáveis necessidades dos habitantes de nossas metrópoles.

Em resumo, entendo que o problema que demanda uma solução urgente, não será resolvido com simples dispositivo de lei, a meu ver, manifestamente inconstitucional.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Já tive oportunidade, na Turma, de julgar a matéria ora em discussão, não entendendo que a Lei n.º 5.465 seja incompatível com a Constituição Federal.

Pedindo vênia aos doutos votos que assim não entendem, dou pela constitucionalidade da referida lei.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, infelizmente, não tive maior tempo de fazer uma pesquisa mais profunda sobre a tese jurídica que é lançada no exame deste processo. Mas desejaria, mesmo assim, após votos tão brilhantes quanto os que aqui já foram proferidos, fazer algumas considerações, menos na elevação de conceitos de teorias abstratas, mas principalmente em relação à realidade da vida social em que atuamos.

Toda a tese jurídica que sustenta a inconstitucionalidade desta lei procede da raiz comum estabelecida no parágrafo 1.º do artigo 153, que diz que todos são iguais perante a lei.

Entendo que esse dispositivo, antes de ser uma regra jurídica, no sentido estrito da palavra, é um postulado geral de cunho profundamente democrático, a nortear a própria nação que o adotou, o princípio superior de que todos sejam tratados da mesma maneira. Mas não acredito que a interpretação social do texto nos leve à irrealidade de considerar que, efetivamente, nós somos todos iguais. Este é um preceito geral, nascido de um desejo superior de uma nação democrática. Mas, infelizmente, não é a realidade desta nação.

Não sei se porque nordestino e conhecendo a vida difícil do agricultor e do criador, que são quase que um pária em relação às outras classes do país, que não têm televisão, que não têm rádio, que não têm jornais para defender os seus direitos ou impor os seus interesses, considero que constituem a classe sacrificada neste país. E é dela que se exige que se dê alimento ao povo, embora não se lhe dêem os instrumentos para que possa produzir esses alimentos em condições científicas e técnicas.

Mesmo para aqueles de mentalidade mais exigente quanto ao cumprimento da Lei Maior, já o nobre Ministro Carlos Mário Velloso salientou que a própria Constituição abre exceções que abrandam o rigor e a irrealidade do princípio. Mas não é só a Constituição que abre essas exceções. São as leis ordinárias — e muitas delas antigüíssimas — e que, porque exatamente beneficiam classes privilegiadas, nunca foram consideradas inconstitucionais. Por exemplo: todo aquele formado em curso superior tem o direito de se defender em ação criminal numa prisão especial. Eu pergunto se isto não é um privilégio de uma classe. Ao analfabeto, que pode ser analfabeto menos por culpa sua do que por impossibilidade do Governo de atender a esta necessidade cultural, não

se dá o direito de votar. No entanto, todos são iguais perante a lei.

Eu citaria inúmeros casos desta desigualdade. Porque ela é inata à natureza humana. Daí, a velha frase que se vem estendendo até hoje, do imortal Rui Barbosa, de que a verdadeira igualdade é tratar desigualmente os desiguais. Então eu pergunto: será que não são inconstitucionais os incentivos fiscais para o Nordeste e para a Amazônia? Mas isso interessa também aos grandes capitalistas do Sul. Em vez de pagar os seus impostos, transformam os impostos em capitais de suas empresas. No entanto, ninguém se lembrou de levantar essa tese de que pudesse ser inconstitucional.

A minha interpretação, eminentes Ministros, talvez seja mais social do que jurídica; mas é profundamente justa e eu tenho a impressão de que a lei é instrumento para alcançar a justiça e, não, aquele meio que se deve usar para cometer injustiças com os que não têm os mesmos meios de vencer na vida.

Esse é o aspecto fundamental do meu voto. Entendo que a nossa legislação ordinária está cheia de exceções ao princípio da igualdade de todos perante a Lei. E, até mesmo eu perguntaria se todos os brasileiros podem chegar a este Tribunal? Se todos podem ser Presidente da República? Só numa abstração muito grande.

Pretende-se que a lei em causa seja considerada privilégio para os pobres agricultores desamparados — a classe mais sujeita às intempéries do clima — que vivem com a realidade que conheço: gastando hoje o dinheiro que a sua produção do ano seguinte vai lhe dar. Todos empenhados nos bancos oficiais para assegurar sua existência.

Aqui, data venia, não é um privilégio para uma classe; é, acima de tudo, um meio, um instrumento de

educação para permitir que aqueles que vivem no campo, e que não têm o conforto nem do operário da cidade, possam fazer elevação social dos seus filhos que, tendo nascido naquela gleba, têm na alma, na hereditariedade, a vocação do campo, é diferente do filho do bacharel, do filho do engenheiro e do filho do militar que, acostumados às delícias da vida cidadina, jamais vão ao campo.

Como político que fui, vi quantos agrônomos estão acastelados nos Ministérios, com roupas de tropical, pisando no asfalto, longe dos campos.

Esta lei é exatamente para os agricultores pobres, que não têm condição de competir, cujos filhos chegam na cidade e não têm a habilidade nem as relações de amizade para alcançar, às vezes, vitórias no próprio curso educativo. É uma lei que protege uma classe inferior, inferior econômica e socialmente e, por conseguinte, ela tem o sentido de proteger não pelo trabalho, mas proteger pela finalidade desse trabalho, que é dar alimento a uma população que já vai além de 115 milhões de habitantes.

Eu conheço o interior brasileiro e, principalmente, o interior nordestino e sei que o êxodo é imenso, que as Capitais, com a ilusão de que estão crescendo, estão inchando, porque realmente não comportam o homem que vem do interior. Por que? Porque a vida da cidade é mais suave, mais fácil e mais benéfica. Então, a lei em foco é um instrumento que o governo utilizou para fazer com que o homem do campo não saia do campo e não venha construir favelas nas grandes cidades.

Desta maneira, Sr. Presidente, não querendo me alongar nesse tema, entendo que a interpretação do parágrafo primeiro, do art. 153, tem que ter um sentido de realidade e de justiça e, neste caso, eu concebo esta lei como um instrumento de ação governamental no sentido de fortalecer

o campo para que ele possa alimentar os homens privilegiados da cidade.

O meu voto é pela constitucionalidade da lei.

VOTO

Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, já tive oportunidade de manifestar-me sobre a constitucionalidade da lei ora em discussão. De sorte que farei juntar o meu voto, posteriormente, às notas taquigráficas.

EXTRATO DA ATA

AMS-80.869 — RJ — Relator Sr. Ministro Moacir Catuda. Remte. Ex Offício: Juiz Federal da 5ª Vara. Appte.: União Federal. Apdo.: Marco Antônio Maia.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, por maioria de votos, o Tribunal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 5.465-68, vencidos os Srs. Ministros Paulo Távora, Aldir G. Passarinho, Lauro Leitão, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro e, por unanimidade, determinou a devolução dos autos à Turma de origem, para apreciação de matéria residual. Antes do encerramento da Sessão e, em face da decisão tomada pelo Tribunal Pleno quanto à questão de ordem que fica fazendo parte integrante da presente decisão, retificou-se a proclamação do resultado antes proferido, que passa a ser do teor seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, após o os votos dos Srs. Ministros Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Armando Rollemberg e do Ministro-Presidente, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, e dos Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro, acolhendo-a, suspendeu-se o julgamento para serem colhidos os votos dos Srs. Ministros Washington

Bolívar de Brito e Amarílio Benjamin. (Em 29-03-79 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento do Sr. Ministro José Néri da Silveira, Vice-Presidente.

VOTO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: A necessidade de fixar o homem ao campo é preocupação mundial de todos os estadistas e legisladores. O crescimento das populações e a expansão das megalópoles, sem correspondência na produção agrícola, vêm também ampliando e alastrando o maior flagelo do nosso tempo, que não é a bomba atômica, mas a fome, como bem demonstrado por Josué de Castro em seus clássicos «Geografia da Fome» e «Geopolítica da Fome».

Aqui mesmo, em Brasília, recentemente, promoveu-se um Simpósio sob o título «O Homem e o Campo», muito proveitoso a quem deseje examinar os mais diversos aspectos desse problema e suas possíveis soluções.

A constatação fundamental e assustadora é de que o chamado «êxodo dos campos» continua. E continua, justamente, porque no campo é que se acumulam as dificuldades do homem, no mais das vezes, desprovido dos recursos da técnica, ao saber das forças elementares da Natureza. Dir-se-ia que a maldição divina, ao precipitar o Homem do Éden, não mais o abandonou, não obstante todos os progressos:

«...maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida. Ela te produzirá espinhos e abrolhos, e tu comerás a erva da terra», (Gênesis, 3, 17-18).

O legislador brasileiro, entre as providências que houve por bem tomar para a melhoria dos que vivem no campo, editou a Lei n.º 5.465, de 3

de julho de 1968, «estatuindo que 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» (art. 1.º). Estendeu essa preferência «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» (§ 1.º), atendidas as exigências da legislação vigente, «inclusive as relativas aos exames de admissão ou habilitação» (§ 2.º).

Onde exercerão eles seus conhecimentos de Agricultura e Veterinária senão, preponderantemente, no campo? Mesmo aqueles trabalhos que se desenvolvem em laboratórios citadinos, com vistas ao progresso desses ramos do saber humano, são endereçados ao campo. Certamente terá melhor compreensão das dificuldades com que lutam os que vivem nos campos quem lá nasceu e para lá retorna.

Tenho, pois, que a lei em causa atende a elevados propósitos.

Dir-se-á que não se lhe negam as boas intenções, mas a constitucionalidade, porque distinguiria pessoas em função de trabalho próprio ou dos seus pais. Todavia, como bem salientou Celso Antônio Bandeira de Mello, «o próprio da lei, sua função precipua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas com-

preendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes». («O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade», pág. 18, ed. 1978, RT).

O que se não pode perder de vista é que o ditame constitucional, ao embargar desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, mais não fez que evidenciar certas situações que não podem, por si sós, ser tomadas « gratuitamente como ratio fundamentadora de discrimen », como acentua aquele Autor (obr. cit. pág. 24).

Ora, ao reconhecer o legislador que alguns brasileiros, por viverem no campo e para o campo, estão sujeitos a dificuldades maiores para educar seus filhos que os das cidades, em verdade buscou não desequiparar estes daqueles, mas ampliá-los as oportunidades e, assim, igualá-los, na competição.

Se a lei vedasse o acesso aos candidatos das cidades, aí sim, a meu ver, estaria incorrendo em inconstitucionalidade. Mas, ao «quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam», segundo a lição de Ruy (Oração aos Moços), cumpriu a regra de igualdade.

Por essas considerações e, embora manifeste o mais alto apreço pelos que dissentem desse modo de entender, rejeito a inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Rejeito, igualmente, a arguição de inconstitucionalidade.

Reporto-me ao pronunciamento justificado que emiti sobre a mesma tese, em junho de 1975, no Mandado de Segurança nº 71.650. Segue anexo o voto proferido.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Em sessão anterior, o Tribunal exa-

minou o presente Mandado de Segurança, de 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 sejam, 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 C.F., consagrava exigência da prova de vinculação agropecuária a posteriori, ou seja, no ato da matrícula, desnorteando os candidatos.»

Na sessão em que este Tribunal começou a apreciação da matéria, os Srs. Ministros Jorge Lafayette, Paulo Távora, Aldir Passarinho, Oscar Correa 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 Néri 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 da República, de fls. 101 a 108. Creio que essas peças foram examinadas na discussão já procedida. De qualquer sorte, aceito-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, ra-

ça, 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 nº 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 certificado 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 veteri-

nário, 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.

EXTRATO DA ATA

AMS-80.869 — RJ — Relator: Sr. Ministro Moacir Catunda. Remtê. Ex Officio: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Marco Antônio Maia.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº5.465-68, contra os votos dos Srs. Ministros Paulo Távora, Aldir G. Passarinho, Lauro Leitão, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro. Por unanimidade, o Tribunal determinou a devolução dos autos à Turma de origem para julgamento da matéria residual. (em 5-4-79 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Jarbas Nobre, José Dantas, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Néri da Silveira, Vice-Presidente.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 83.040 — DF

Relator: Exmo. Sr. Ministro Paulo Távora

Requerente: Antônio Ramos da Silva

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Processo civil. Arguição de inconstitucionalidade no Tribunal. Iniciativa.

A inconstitucionalidade pode ser argüida, de ofício, por membro do Tribunal na assentada de julgamento, observando-se o procedimento regimental próprio do incidente.

Administrativo. Comércio exterior. Perdimento do veículo condutor.

É constitucional o artigo 104, item V, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, combinado com o artigo 24 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, que sujeita a perdimento o veículo pertencente ao responsável por infração punível com a perda da mercadoria conduzida.

Acórdão

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo o julgamento, preliminarmente, contra o voto do Sr. Ministro Américo Luz, rejeitar a questão de inconstitucionalidade. No mérito, ainda por maioria de votos, conceder, em parte, a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Ficaram vencidos, em parte, os Srs. Ministros Amarílio Benjamin e Américo Luz que concediam a segurança em maior amplitude, e o Sr. Ministro Armando Rollemberg que a deferia em menor extensão.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de outubro de 1978.
(Data do julgamento) — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Paulo Távora, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Décio Miranda: Antônio Ramos da Silva impetra mandado de segurança contra o ato do Sr. Ministro da Fazenda, pedindo:

«A — Sejam devolvidas as mercadorias com inegável cobertura fiscal;

B — Sejam devolvidas as mercadorias consideradas fora de comércio, pelo uso;

C — Seja devolvido o veículo Dodge Charger placa AC-6666;

D — Sejam efetuados os cálculos e possibilitado o pagamento do imposto e seus acréscimos, com a consequência restituição da mercadoria regularizada.»

O impetrante fora preso em flagrante, a 5-6-76, sob a imputação da prática de descaminho. Em Goiânia, onde reside, foram-lhe apreendidas mercadorias estrangeiras, provenientes da Zona Franca de Manaus,

bem assim o automóvel onde se encontrava parte de ditas mercadorias.

Antes de iniciada a ação penal, o ora impetrante requerera ao Sr. Ministro da Fazenda fossem efetuados os cálculos necessários de «imposto e multa e outros encargos», para que pudesse efetuar o pagamento e ver extinta a punibilidade, nos termos do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67.

O pedido foi indeferido pela autoridade impetrada por despacho de 20-6-77.

No processo penal, com denúncia de 20-7-76, foi o réu condenado, conforme sentença de 16-11-76, a um ano de reclusão.

O ato impugnado teria ferido direito líquido e certo de impetrante de pagar imposto e multa, para ver extinta a punibilidade e devolvidas as mercadorias e o automóvel.

Em suas informações, alega a autoridade impetrada que não seria de conhecer-se da impetração, visando à extinção da punibilidade, porque na dependência de prova de que existiria pena a cumprir; se já cumprida a sanção penal, não haveria o que extinguir-se.

Também matéria de prova seria a identificação das mercadorias com cobertura fiscal ou da mesma dispensada.

Quanto ao automóvel, seria de aplicar-se o art. 24 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, combinado com o art. 104, inciso V, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, que autorizava seu perdimento.

Assim, os três primeiros pedidos não teriam qualquer amparo legal.

Quanto ao último pedido, mesmo pago o tributo e acréscimos, a extinção da punibilidade não repercutiria nas conseqüências fiscais, entre elas a perda das mercadorias em favor da Fazenda, dada a autonomia da sanção fiscal e da sanção penal, co-

mo estabelecido no art. 103 do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

Mesmo em ocorrendo a absolvição criminal, ainda aí a ação fiscal seria válida, porque reconhecida a existência material do fato, nos termos do art. 66 do Cód. Proc. Penal. (Fls. 49-58).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança. O pedido envolveria matéria de prova, incomportável no rito especial da segurança.

No mérito, seriam de distinguir-se as conseqüências penais e fiscais do descaminho praticado. A extinção da punibilidade criminal não atingiria o perdimento dos bens.

Ainda que a extinção da punibilidade pudesse ter repercussão sobre a decretação da perda dos bens, necessário se faria o pagamento do tributo antes da ação penal, o que não se realizara. (Fls. 66-8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Décio Miranda (Relator): Contestada a cobertura fiscal de parte das mercadorias que, de qualquer forma, não poderia ser comercializada, porque nesse caso conceituada como bagagem, e também contestada a não-incidência do tributo sobre mercadorias que se dizem já usadas, além de não extrema de dúvida a individualização de tais mercadorias, incabível, nesta parte, o pedido de segurança.

Quanto à perda do veículo transportador, essa pena foi imposta pelo Ministro de Estado, sob o nome de «perdimento», e «nos termos do que dispõem os arts. 23, parágrafo único, e 24, do supracitado Decreto-Lei nº 1.455-76.» (fls. 8).

Com a remissão desse Decreto-Lei ao art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, vê-se que a aplicada pena de «perdimento» é a mesma «perda»

que o referido art. 104 previa para, entre outros, a hipótese do respectivo inciso V: «quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção».

Ora, sob esse aspecto, considero que a perda do veículo condutor de mercadoria em descaminho é pena desrelacionada com a gravidade e demais circunstâncias que cercam o ilícito fiscal. Tanto se perde um triciclo condutor de uma fortuna em jóias, quanto o grande caminhão de muitas toneladas de capacidade, portador de algumas quinquilharias estrangeiras.

Assim desrelacionadas a pena de perda e o fato punível, assume aquela, na verdade, o aspecto de confisco, vedado pela Constituição, no § 11 do art. 153.

Que outra cousa é o confisco, se não a tomada de bens em desproporção com o delito ou com o dano?

Inconstitucional, pois, o citado inciso V do art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66.

Nesta parte, concedo a segurança, para, independentemente do resultado da ação penal ou da ação administrativa fiscal, cancelar a pena de perda do veículo imposta pelo Ministro de Estado ao impetrante, no Processo nº 0120-52.575-76. (fls. 7-8 destes autos).

Saliento que, neste particular, não diverge a solução de meu voto daquela que prevaleceu no reconhecimento da constitucionalidade da pena de perdimento de bens, quando justificada pelo seu abandono, como julgou o Tribunal Pleno no MS 81.313, sessão de 2-6-77, relator o Sr. Ministro José Dantas.

Quanto ao pedido de pagamento de as mercadorias apreendidas, não vejo como subordiná-lo à comprovação de não ter sido cumprida a pena criminal.

O impetrante, como não se contestou nos autos, pediu, em 9-7-76, antes do início da ação penal pelo recebimento da denúncia em 26-7-76, fosse efetuado o cálculo de imposto e multa, para que pudesse satisfazê-los e beneficiar-se da extinção da punibilidade de que trata o art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67.

O pedido foi dirigido ao Sr. Ministro da Fazenda, por intermédio da Delegacia da Receita Federal em Goiás. (fls. 12-3).

O Delegado da Receita Federal e, depois, o próprio Ministro da Fazenda, indeferiram o pedido (Fls. 7-8).

É verdade que, alegado na instância criminal cercamento de defesa, porque não se dera ao acusado a possibilidade de ver extinta a punibilidade pelo pagamento do tributo e multa, o Dr. Juiz, na sentença, enfrentou a questão, dizendo:

«Quanto ao «Cerceamento» alegado pela defesa, no tocante à denegação pelo Sr. Delegado da Receita Federal do pedido endereçado ao Sr. Ministro da Fazenda, não pode ela, agora, vingar.

As órbitas administrativa e judicial têm, em princípio, independência.

Por outro lado, se o ofício era dirigido ao Ministro da Fazenda, deveria ele ter dado entrada em Brasília e não aqui na Receita.

Em 6-8-76 (fls. 285) foi recebido o ofício da Receita Federal indeferindo a pretensão do acusado. Não se fez prova, não tivesse o acusado recebido tal ofício com AR. Em 2-9-76, um mês praticamente depois, na oportunidade do art. 499, bem poderia o interessado ter suscitado o problema. Nada disso se fez.» (Fls. 44 fine e 45 princ.).

De qualquer forma, porém, o pedido de pagamento feito pelo réu foi indeferido pela autoridade fazendária.

Nesse ponto tem, em parte, razão o impetrante. Não para desde logo extrair conseqüências, como se já pagos os tributos. Mas para tornar possível o pagamento e então, concretizado este; pedir o interessado os efeitos decorrentes, que couberem.

Determinando a lei que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, matéria já objeto da Súmula 560 da Suprema Corte, não é lícito à autoridade negar o pedido de pagamento.

Somente com a efetivação do pagamento, porém, poderá o impetrante pleitear os efeitos decorrentes, ainda mais quando, como se verifica dos termos da sentença criminal, o réu não utilizou de meios de que dispunha, naquela oportunidade, para tornar inequívoca a intenção de pagar tributo e multa. É fato, porém, que o indeferimento definitivo, pela autoridade impetrada, em despacho datado de 20-6-77 (fls.8), é posterior à sentença, que é de 16-11-76 (fls. 45).

Concedo a segurança, em parte; para que a digna autoridade impetrada: a) cancele a pena administrativa de perdimento do veículo; b) determine ao órgão subordinado competente que proceda aos cálculos de imposto e acréscimos legais sobre as mercadorias objeto do descaminho, tornando possível o pagamento pedido, cujos efeitos o impetrante pleiteará, como lhe parecer de direito, às autoridades judiciária e administrativa competentes.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Relativamente à questão de ordem proposta ao Tribunal, logo após proferido o voto do eminente Ministro Décio Miranda, em que S. Exa. concede parcialmente o mandado de segurança, ao fundamento de ser inconstitucional a regra do art. 104, nº V, do Decreto-Lei nº 37,

de 1966, tenho que as disposições dos arts. 480 e 482 do Código de Processo Civil não são invocáveis para o julgamento deste caso pelo Tribunal. Em verdade, nos dispositivos em foco, cogita-se de argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público perante a Turma, tanto que, a teor do art. 481 do mesmo diploma, se a alegação for rejeitada, prosseguir-se-á no julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal Pleno. Regula-se assim, matéria incidente em julgamento de Turma. O art. 482, por último, estabelece que «remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará sessão de julgamento», vale dizer, sessão do Tribunal Pleno.

Sucedo, de outra parte, que há, no Regimento do Tribunal (Resolução nº 4-74, arts. 17 e 18), disposições referentes à argüição de inconstitucionalidade em julgamento do próprio Tribunal Pleno. Não sendo aplicáveis as disposições dos arts. 480 e 482 do Código a esses casos, parece-me que a disciplina, realmente, é a que está no Regimento do Tribunal, onde não se estabelece, de forma obrigatória, a suspensão do julgamento, adotando-se processo semelhante ao dos arts. 480 e 482 do diploma processual civil.

Acontece, ademais, que, no caso concreto, não houve argüição de inconstitucionalidade, nem pelo impetrante, nem pelo Ministério Público.

O eminente Ministro-Relator, de ofício, ao fundamentar seu voto, para conceder parcialmente a segurança, é que teve o dispositivo como inconstitucional e, assim, só por só, deferiu a segurança nessa parte.

À vista da norma regimental que autoriza se adotar procedimento especial, quando se houver de reconhecer a inconstitucionalidade incidente de dispositivo, compreendo indispen-

sável que, ao menos, ao Ministério Público, se abra oportunidade, como fiscal da lei e seu defensor, de manifestar-se, defendendo a validade da norma. Essa é uma função específica do Ministério Público. Penso, assim, tendo em conta que esta questão não foi argüida anteriormente nos autos, se deva dar oportunidade ao Ministério Público para se manifestar.

Entendo, por outro lado, que esse ensejo de pronunciar-se poderia ocorrer na própria sessão. Penso, que, após o voto do Relator, em julgamento desse tipo, reconhecendo, para deferir a segurança, a inconstitucionalidade de uma norma, possa a Presidência, desde logo, devolver a palavra ao Ministério Público, para que, oralmente, se pronuncie. Também o Tribunal pode deliberar, em face da norma regimental que assim autoriza, diante da importância da matéria, como no caso aqui sucede, que realmente,...

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: V. Exa. me permite, apenas a título de colaboração?

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Pois não.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Há uma questão outra a ser examinada pelo Tribunal. Com a devida vênia do Ministro Márcio Ribeiro, a disposição regimental apontada por S. Exa. não foi repetida na Resolução nº 4, baixada pelo Tribunal, para adaptar o nosso Regimento às regras do Código de Processo Civil, que se limitou a regular exatamente o problema da argüição de inconstitucionalidade nas Turmas e remessa ao Pleno, silenciando sobre a possibilidade de o Pleno, levando em conta a relevância da matéria e a significação do problema, vir a deliberar, tal qual era previsto anteriormente, que a questão deva ser primeiramente submetida ao Ministério Público, distribuído relatório, etc.

De sorte que o meu aparte tem apenas a finalidade de esclarecer que o voto de V. Exa. deveria nos conduzir, se vencedor, a entender que as regras do Código de Processo Civil se referem exclusivamente à argüição de inconstitucionalidade das Turmas e, quanto ao Pleno, que há necessidades de elaboração de uma resolução a respeito.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Já existe. Não foi revogado. A Resolução nº 4 adaptou as normas do art. 480, que diz respeito à inconstitucionalidade nas Turmas. Então, as normas anteriores, quanto à inconstitucionalidade incidente no Pleno continuam em vigor. A Resolução dispõe apenas sobre a adaptação às Turmas. Se entendermos que, realmente, os arts. 480 e 482 do CPC dizem apenas com a inconstitucionalidade argüida nas Turmas — e essa Resolução veio adaptar o Regimento a essa matéria — tudo aquilo que já estava regulado, quanto à inconstitucionalidade no Pleno, continua em vigor, como norma regimental. Em realidade, dispõe o art. 97, do Regimento Interno:

«Art. 97. Se, por ocasião do julgamento de qualquer feito no Tribunal Pleno, for considerada objeto de deliberação inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, decidir-se-á, preliminarmente, se é imprescindível a publicação do relatório no órgão oficial.»

O Sr. Ministro Lauro Leitão: (aparte): A presunção, pelo contrário, é no sentido de que o legislador vota leis constitucionais. Esta é a presunção. No sistema jurídico constitucional brasileiro a inconstitucionalidade, em regra, é argüida ou da declarada por via de exceção. Esta é a regra geral. Entretanto, já se admite no Brasil a argüição de inconstitucionalidade por via de ação, quando, por exemplo, a Constituição defere ao Procurador-Geral da República esta atribuição

de representar ao Supremo Tribunal Federal contra qualquer lei, mesmo contra qualquer preceito constitucional que reputar inconstitucional. Assim, data venia, o Poder Judiciário não pode tomar a iniciativa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois que tem a presunção de sua constitucionalidade. Somente o Procurador da República ou então as partes, através da via de exceção, é que, em defesa, como preliminar, podem argüir a inconstitucionalidade de uma lei. Somente as partes é que o podem fazer e, também por exceção, o Procurador-Geral da República.

No caso posto sob nossa apreciação, tanto quanto pude aprender, o eminente Sr. Ministro-Relator é que está argüindo a inconstitucionalidade de um preceito de lei. Não foi a parte, em defesa, que fez essa argüição. Não foi o órgão do Ministério Público que argüiu a inconstitucionalidade da lei. Sabemos todos que o Ministério Público tem a função de fiscalizar a lei. Ainda há mais: há aquelas regras que o Poder Judiciário deve observar toda vez que for chamado a se pronunciar sobre um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Uma delas é aquela a que já me referi. As leis se presumem constitucionais. Presume-se que o Poder Legislativo — cuja função precípua, mas não exclusiva, é a de elaborar as normas gerais abstratas da lei — voto leis constitucionais. Outra regra: o juiz, toda vez que puder decidir a controvérsia, sem necessidade de se manifestar sobre o pedido de inconstitucionalidade, deve preferir essa outra alternativa. Exemplo: a parte, como defesa, argüi a inconstitucionalidade da lei. Depois, no mérito, diz que não está sujeita às sanções legais, não infringiu a lei. Se o juiz puder atender à preten-

ção da parte, sem necessidade de se manifestar sobre a inconstitucionalidade argüida, este é o caminho que os tratadistas, pátrios e estrangeiros, aconselham seja seguido. Assim eu quero, Sr. Presidente, com a devida vênias do eminente Ministro-Relator, argüir uma outra preliminar perante este Plenário. Em primeiro lugar, o Ministério Público, colhido de surpresa, teria que ter tempo para emitir seu parecer. Mas eu quero argüir esta preliminar: pode este Tribunal, de iniciativa própria, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, cuja presunção é a de que é constitucional, sem que a parte tenha feito tal argüição e sem que o Ministério Público também o tenha feito? É a preliminar que eu, data venia, coloco perante Vossa Excelência.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: No ofício de julgar, no aplicar a lei para dirimir a controvérsia, a primeira grande função do juiz é saber da existência da norma invocável, da sua validade. O juízo de validade da norma representa um momento preliminar no processo de sua aplicação. E, assim, entre nós, o juiz não é um autômato aplicador da norma. O juiz só deve aplicar a lei se realmente tiver a disposição nela contida por válida. A consideração da invalidade da norma pode se dar de ofício. O juiz, ao aplicar uma certa norma, pode, desde logo, recusar-se a fazê-lo, afastando-a por inconstitucional. Quando o Judiciário aplica a lei, ele o faz com o objetivo de dirimir, definitivamente e terminativamente a controvérsia surgida. Daí a invocação e aplicação, para tanto, da norma válida, dentro do sistema.

Entendo, assim, que, de ofício, é possível declarar a inconstitucionalidade da norma a ser aplicada. Dessa sorte, no caso concreto, afastado a dificuldade preliminar

posta no aparte do ilustre Ministro Lauro Leitão, para conhecer da questão constitucional, havendo, inclusive, o eminente Sr. Ministro-Relator fundamentado o seu voto, exclusivamente, na inconstitucionalidade do art. 105, número IV, do Decreto-Lei nº 37/66, inconstitucionalidade essa que S. Exa. considera de ofício. Entendo, do exposto, pela relevância da matéria, pela significação desse dispositivo dentro do sistema do Decreto-Lei nº 37/66, que o Tribunal deva proceder, nos termos do art. 97 do Regulamento, suspendendo o julgamento para que se publiquem o relatório e o voto. Também não está, aqui, expresso, mas me parece que se faz de todo imprescindível, dentro do nosso sistema atual, previsto nos artigos 480 e 482 do Código de Processo Civil, que, por igual, se dê vista, dos autos, pelo prazo de três dias ao Ministério Público Federal, para que se manifeste sobre a inconstitucionalidade da norma, assim considerada pelo ilustre Sr. Ministro-Relator, sem arguição das partes. Após, cumprirá prosseguir-se no julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Décio Miranda (Relator): Estou de acordo com a exposição do eminente Sr. Ministro José Néri da Silveira e, por amor à brevidade, a ela me reporto para decidir, primeiro, no sentido de que é possível argüir-se de ofício a inconstitucionalidade e, segundo, que se deve adotar, no caso, a prática de se publicarem o relatório e o voto e dar-se vista à Subprocuradoria-Geral da República para que se manifeste no prazo de três dias.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: No tocante à necessidade de vista ao Ministério Públi-

co, foi questão de ordem que suscitei. Assim, parece-me que devam ser atendidas as recomendações do voto do Sr. Ministro José Néri da Silveira.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, eu não generalizo a norma para toda questão constitucional, senão que para a que abordada em incidente, como está ocorrendo. Desde que a matéria constitucional constitua questão principal do feito, a exemplo do mandado de segurança que o Ministro-Relator citou, pertinente à constitucionalidade desse mesmo decreto, não vejo razão para a dilação proposta. Portanto, a meu ver, deve ela se limitar às arguições levantadas em incidente, da maneira como o foi pelo eminente Ministro-Relator.

Com essa explicitação, adoto o entendimento do Ministro *Néri da Silveira*. Desde que a questão seja principal, não há necessidade desse processo de publicação, etc... E orientação firmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal que a própria autoridade administrativa pode se negar a aplicar a lei que repute inconstitucional. Se a autoridade administrativa pode se negar à aplicação da lei por juízo de inconstitucionalidade, por que, então, entender-se esteja o Juiz obrigado a aplicar uma lei que entenda inconstitucional?

O Sr. Ministro Lauro Leitão: V. Exa. me permite um aparte? As leis obrigam. A presunção é da constitucionalidade. O Presidente da República pode deixar de aplicá-la, mas recomenda o Procurador da República para representar o Supremo Tribunal Federal, argüindo a inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro José Dantas: Com mais razão, quem pode declará-la inconstitucional, não deve aplicá-la ao

caso X ou Y, pela convicção desse juízo de inconstitucionalidade.

De maneira que, com a devida vênia, entendo acertado o entendimento do Ministro Décio Miranda, de, em incidente, levântar a questão de inconstitucionalidade do focalizado dispositivo, como entendo que, por essa natureza transitória da questão, realmente incidental, há necessidade de uma regra regimental, carência bem suprida pela formulação do Sr. Ministro Néri da Silveira.

O Sr. Ministro Décio Miranda: A norma regimental já existia. Só faltou mandar ouvir o Ministério Público na norma.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Esclarecerei. Ao ensejo do voto, o art. 97 do Regimento estabeleceu: (lê)

A norma não determina, além da publicação, que também se dê vista ao Ministério Público. Mas acrescento que se deva dar vista ao Ministério Público, em face da disciplina, que o Código de Processo Civil veio a estabelecer no art. 480 a propósito da declaração da inconstitucionalidade. Essa disciplina, é certo, respeita especificamente ao julgamento de Turma, porque é clara ao dizer que «se se inclinar pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, será submetida a matéria ao Tribunal Pleno», o que quer dizer que a decisão, esse reconhecimento é de órgão do Tribunal, não do seu Pleno, e determina que se publique o relatório e se dê vista ao Ministério Público. Acho que também, no caso de a questão de inconstitucionalidade se propor em julgamento da competência do Tribunal Pleno, a vista do Ministério Público deve ser assegurada, principalmente tendo em conta a natureza do Ministério Público, fiscal da lei e seu defensor. É indiscutível que, se se afirma que a lei é inconstitucional, o Ministério Público deve ter oportunidade de se manifestar.

O Sr. Ministro José Dantas: Exa., lembro, por analogia, o próprio Regimento do Supremo Tribunal Federal, que diz: (lê).

De modo que V. Exa. tem absoluta razão em acrescentar a vista que propõe.

Estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Néri da Silveira.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Aguardei pacientemente que chegasse a oportunidade de ser consultado sobre a questão, assim como os demais Ministros, na ordem da antiguidade. É certo que não prejudica a vida dos Tribunais uma discussão prévia sobre os assuntos, principalmente porque, como no caso, em que, de repente, surge uma questão absolutamente nova na Casa, há real necessidade de, antes de manifestações conclusivas, desdobrar-se o problema em diversas considerações, a fim de proporcionar um pronunciamento mais seguro aos membros do colegiado.

Agradeço a contribuição que os Eminentes Colegas, que me antecederam com o uso da palavra, trouxeram ao assunto, facilitando assim a exposição do meu modesto ponto de vista.

Devo dizer, apreciando diretamente a matéria, que fazendo parte, há mais de 20 anos, de órgão judicial de 2ª instância — 17 neste Tribunal e 5 no Tribunal de Justiça da Bahia — esta é a primeira vez que vejo colocada a questão sobre possibilidade de o juiz, no seu voto, colocar o fundamento da inconstitucionalidade do ato administrativo ou da norma legal; e sobre a orientação a seguir, no Tribunal Pleno, quando surgir, em meio ao debate da controvérsia, a questão de inconstitucionalidade.

Pronuncio-me na ordem em que os problemas estão postos:

Acho perfeitamente possível que o juiz, ao fundamentar o seu voto, considere a inconstitucionalidade do ato ou da regra legal, uma vez que, pelos cânones constitucionais, não há nenhuma proibição. Há muitos anos, quando se construiu a técnica da declaração de inconstitucionalidade, indagou-se se, posta a questão, o juiz singular poderia examiná-la ou se, ao contrário, deveria sobrestar o julgamento e submetê-la ao órgão encarregado pela Constituição de se pronunciar sobre a matéria. Vingou, porém, o sistema que estamos praticando. O juiz singular também examina o problema da constitucionalidade da norma, os Tribunais o fazem do mesmo modo, e, por fim, também o Supremo Tribunal Federal que, dentro de nossa ordem jurídica é, na verdade, o intérprete mais autorizado.

Relativamente aos tribunais, a Constituição exige, como requisito único, que a declaração de inconstitucionalidade se faça por maioria absoluta dos membros que compõem a Corte. Não há, portanto, nenhum impedimento, para que o juiz do 2º grau, ao dar o seu voto, o fundamente na inconstitucionalidade do ato ou da disposição de lei.

Pergunta-se: se o juiz, no seu voto, colocou a questão constitucional, o julgamento deve ser suspenso, para o problema ser devidamente examinado? A Constituição, o Código e o Regimento Interno não colocam a questão nesses termos. Daí a conclusão que, a meu ver, se deve tirar é a de que o julgamento deve prosseguir normalmente e, ao final, apurar-se o que foi decidido pela maioria e extrair-se a consequência sobre o tema da inconstitucionalidade, vez que, ao final dos debates, pode acontecer até que um único juiz, ou dois, ou três, apenas, tenham decidido a questão, enfrentando o tema constitucional. Não vejo, assim, como, pelo fato de o relator estabelecer, no seu voto, que determinado dispositi-

vo é inconstitucional, se formalize processo especial. Seria atribuir-se ao relator do processo, quase que, por assim dizer, a situação de parte, arguindo a inconstitucionalidade da lei ou da norma, quando, pelas regras estabelecidas, de tal não se cuida. O regimento ou as leis processuais ao se referirem à possibilidade de surgir no Tribunal Pleno questão constitucional, implicitamente o que admitem é que as partes ou o Procurador da República proponham a questão, e o incidente surja em decorrência de tal provocação. Nunca, porém, situam o relator como argüente, porquanto isso foge, por completo, à sistemática que rege os julgamentos nos Tribunais.

Por outro lado, não seria possível que o relator, colocando, no seu voto, a questão constitucional, por fim, desse o seu voto sobre todos os aspectos aflorados pelas partes ou pelo requerente, para, em seguida, se interromper o julgamento, contra o princípio tradicional de que uma vez iniciado, segue o mesmo até a proclamação do resultado.

Não compreendo como se possa, no presente caso, sustar-se o julgamento, distribuir-se relatório, o voto do Sr. Ministro-Relator e ainda se tomar o parecer do Ministério Público, bem assim a manifestação do impeetrante e litisconsortes para, então, retomar-se o exame do processo. Parece a mim que isso seja a negação de tudo que se tem admitido em termos de julgamento nos tribunais.

Lembro-me de que, em determinada época, o Poder Legislativo, estimulado principalmente pela Ordem dos Advogados, votou lei determinando que somente depois de feito o relatório e pronunciado o voto do relator, se concedesse a palavra às partes.

Creio que nesta época, sendo desembargador na Bahia, e mais novo, com poucos anos, saído dos prélios da política e da Assembléia Legisla-

tiva, achei interessantíssimo o novo dispositivo legal que iria permitir um debate mais amplo entre o relator do processo e os advogados. O relator, então, provocado por diversas manifestações, teria oportunidade de ao menos, revelar o cuidado, o esforço de acertar e a sinceridade do seu pronunciamento. Aconteceu, porém, que o Supremo Tribunal Federal, examinando o problema, disse que a lei era inconstitucional e não mais se conversou sobre o assunto. Entendo que não devemos reabrir questão desta ordem.

Se o Tribunal, entretanto, está se inclinando para destacar o problema e lhe atribuir atenção especial, seria muito melhor que baixasse resolução, disciplinando o assunto. Acho mais acertado proceder-se assim do que, ao sabor dos pronunciamentos do plenário, de acordo com as possibilidades de cada qual, construir-se orientação inteiramente nova e, a meu ver, incompatível com o sistema processual.

O Regimento somente prevê, de acordo com o Código de Processo, a formulação da inconstitucionalidade nas Turmas. Quando isso acontece, obedece-se ao rito prescrito. Se no Tribunal Pleno, entretanto, surgir a questão, antes do pronunciamento dos Srs. Ministros, evidentemente, uma vez que consta do Regimento a fórmula a que se referiu o Sr. Ministro Néri da Silveira, bem como outros colegas, admito que não seria demais suspender-se o julgamento e cumprir-se o que dispõe o antigo art. 97 do Regimento ou, na Consolidação em vigor, os arts. 102 a 106.

Por isso mesmo, no caso presente, o meu pensamento é que se deve prosseguir no julgamento.

Não termino as minhas ponderações, sem lembrar um detalhe. O Sr. Ministro Décio Miranda concede a segurança. O seu voto desdobra-se em dois aspectos, ao que me lembro: no primeiro, concede a segurança,

para decretar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo do Decreto-Lei 1.455; no segundo, S. Ex.^a concede a segurança, para reconhecer ao impetrante o direito de pagar os encargos tributários relativos às mercadorias apreendidas. E disse, mais ou menos, S. Exa.: «Concedo a segurança, mas, assinalo, deixo para consideração posterior o problema da extinção da punibilidade e outras questões que possam surgir, a fim de que as mesmas tenham apreciação oportuna pelos meios legais.»

Compreendi, de logo, que S. Exa., com o mandado de segurança em mãos, não quis decretar a extinção de punibilidade, que é matéria penal; encaminhou assim o impetrante para o juízo próprio, extraíndo-se, do que fosse decidido, outras consequências relativas às mercadorias sob apreensão.

Quem pode garantir que os demais Ministros, mesmo concedendo a segurança, de acordo com o Sr. Ministro Décio Miranda, não excluam a declaração de inconstitucionalidade, para dizer: «Concedemos a segurança para garantir os pagamentos, ficando as demais questões, inclusive o perdimento das mercadorias, para serem apreciadas perante quem de direito e segundo a forma adequada.»

Por isso mesmo entendo que o julgamento deve prosseguir, como aliás sempre se procedeu neste Tribunal, conforme o meu testemunho de mais de 15 anos.

Era o que tinha a dizer, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, antigamente, quando o Código de Processo Civil, tratando da declaração de inconstitucionalidade, previa o exame, pelo Pleno, na hipótese de, argüida na Turma, ser considerada procedente pela maioria, não estabelecia

procedimento especial, quando fosse a matéria submetida diretamente ao Plenário, com o que admitia o respectivo exame tanto quanto visse discutida no processo, como quando argüida a inconstitucionalidade pelo Relator ou outro qualquer dos membros do Tribunal. Assim, de acordo com a legislação processual comum, tem razão o Senhor Ministro Amarílio Benjamin ao afirmar inexistir razão para interromper-se o julgamento, o que aliás jamais ocorreu nesta Corte. O Sr. Ministro José Dantas, entretanto, chamou a atenção para o fato de que o Regimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal prevê a hipótese de suspensão do julgamento para, ouvido o Ministério Público, prosseguir depois de cumpridas determinadas formalidades, entre as quais estaria, sem dúvida alguma, a da distribuição do relatório para melhor conhecimento dos Srs. Ministros.

Entendo que é útil esse aproveitamento da orientação da Corte Maior, que mais não é, aliás, do o que vem de propor o Sr. Ministro José Néri da Silveira. Apenas acrescento que tal orientação deve ser convertida em resolução por via da qual seja introduzido no Regimento dispositivo que torne explícitas as hipóteses em que o julgamento de questão de inconstitucionalidade não será feito de imediato e, sim, atendidas essas condições. Esse é meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: Na espécie, estou de acordo com o Relator e o Ministro Néri da Silveira, data venia do Ministro Lauro Leitão.

Na hipótese de modificação do art. 97 do Regimento (ou 102 da Consolidação Regimental) eu sugeriria que se conservassem duas possibilidades: a de adiar o julgamento ou a de nele prosseguir, ouvido o Dr. Subprocurador-Geral da República presente a sessão, pois, nos casos

simples, não haveria necessidade de publicação do Relatório no Órgão Oficial.

EXTRATO DA ATA

MS 83.040-DF — Rel. Sr. Min. Décio Miranda. Reqte: Antônio Ramos da Silva. Reqdo: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Preliminarmente, em questões de ordem levantadas pelos Srs. Ministros Lauro Leitão e José Néri da Silveira, respectivamente, o Tribunal decidiu: 1) Ser possível declarar a inconstitucionalidade de lei independentemente de Argüição por qualquer das partes; 2) Adotar, na ocorrência dessa hipótese, o procedimento recomendado pelo art. 102 e seu parágrafo, do Regimento Interno consolidado, vale dizer: a) suspensão do julgamento; b) publicação do relatório e voto; c) abertura de vista ao Ministério Público Federal pelo prazo de três (3) dias. Ficaram vencidos os Srs. Ministros Lauro Leitão e Amarílio Benjamin. (Em 27-4-78 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Távara: Em sessão de 27 de abril, o Sr. Ministro Décio Miranda fez este relatório (fl. 71):

«Antônio Ramos da Silva impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro da Fazenda, pedindo:

«A — Sejam devolvidas as mercadorias com inegável cobertura fiscal;

B — Sejam devolvidas as mercadorias consideradas fora de comércio, pelo uso;

C — Seja devolvido o veículo Dodge Charger, placa AC-6666;

D — Sejam efetuados os cálculos e possibilitado o pagamento

do imposto e seus acréscimos, com a conseqüente restituição da mercadoria regularizada.»

O impetrante fora preso em flagrante, a 5-6-76, sob a imputação da prática de descaminho. Em Goiânia, onde reside, foram-lhe apreendidos mercadorias estrangeiras, provenientes da Zona Franca de Manaus, bem assim o automóvel onde se encontrava parte de ditas mercadorias.

Antes de iniciada a ação penal, o ora impetrante requirera ao Sr. Ministro da Fazenda fossem efetuados os cálculos necessários de «imposto e multa e outros encargos», para que pudesse efetuar o pagamento e ver extinta a punibilidade, nos termos do art. 18, § 2º do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67.

O pedido foi indeferido pela autoridade impetrada, por despacho de 20-6-77.

No processo penal, com denúncia de 20-7-76, foi o réu condenado, conforme sentença de 16-11-76, a um ano de reclusão.

O ato impugnado teria ferido direito líquido e certo do impetrante de pagar imposto e multa, para ver extinta a punibilidade e devolvidas as mercadorias e o automóvel.

Em suas informações, alega a autoridade impetrada que não seria de conhecer-se da impetração, visando à extinção da punibilidade, porque na dependência de prova de que existiria pena a cumprir, se já cumprida a sanção penal, não haveria o que extinguir-se:

Também matéria de prova seria a identificação das mercadorias com cobertura fiscal ou da mesma dispensada.

Quanto ao automóvel, seria de aplicar-se o art. 24 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, combinado com o art. 104, inciso V, do Decreto-Lei nº

37, de 1966, que autorizava seu perdimento.

Assim, os três primeiros pedidos não teriam qualquer amparo legal.

Quanto ao último pedido, mesmo pago o tributo e acréscimos, a extinção da punibilidade não repercutiria nas conseqüências fiscais, entre elas a perda das mercadorias em favor da Fazenda, dada a autonomia da sanção fiscal e da sanção penal, como estabelecido no art. 103 do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

Mesmo em ocorrendo a absolvição criminal, ainda aí a ação fiscal seria válida, porque reconhecida a existência material do fato, nos termos do art. 66 do Código de Processo Penal (fls. 49/58).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança. O pedido envolveria matéria de prova, inoportuna no rito especial de segurança.

No mérito, seriam de distinguir-se as conseqüências penais e fiscais do descaminho praticado. A extinção da punibilidade, criminal, não atingiria o perdimento dos bens.

Ainda que a extinção da punibilidade pudesse ter repercussão sobre a decretação da perda dos bens, necessário se faria o pagamento do tributo antes da ação penal, o que não se realizara. (fls. 66/8).»

O Sr. Ministro-Relator proferiu a seguir este voto (fls. 73):

«Contestada a cobertura fiscal de parte das mercadorias, que, de qualquer forma, não poderia ser comercializada, porque nesse caso conceituada como bagagem, e também contestada a não-incidência do tributo sobre mercadorias que se dizem já usadas, além de não estreme de dúvida a individualização de tais mercado-

rias, incabível, nesta parte, o pedido de segurança.

Quanto à perda do veículo transportador, essa pena foi imposta pelo Ministro de Estado, sob o nome de «perdimento», e «nos termos do que dispõem os arts. 23, parágrafo único, e 24, supracitado Decreto-Lei nº 1.455/76». (fls. 8).

Com a remissão desse Decreto-Lei ao art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, vê-se que a aplicada pena de «perdimento» é a mesma «perda» que o referido art. 104 previa para, entre outras, a hipótese do respectivo inciso V: «quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção.»

Ora, sob esse aspecto, considero que a perda do veículo condutor de mercadoria em descaminho é pena desrelacionada com a gravidade e demais circunstâncias que cercam o ilícito fiscal. Tanto se perde um triciclo condutor de uma fortuna em jóias, quanto o grande caminhão de muitas toneladas de capacidade, portador de algumas quinilharias estrangeiras.

Assim desrelacionadas a pena de perda e o fato punível, assume aquela, na verdade, o aspecto de confisco, vedado pela Constituição, no § 11 do art. 153.

Que outra cousa é o confisco, senão a tomada de bens em desproporção com o delito ou com o dano?

Inconstitucional, pois, o citado inciso do art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66.

Nesta parte, concedo a segurança, para, independentemente do resultado da ação penal ou da ação administrativa fiscal, cancelar a pena de perda do veículo imposta pelo Ministro de Estado ao impetrante, no Processo nº 120-52.575/76. (fls. 7/8 destes autos).¹

Saliento que, neste particular, não diverge a solução de meu voto daquela que prevaleceu no reconhecimento da constitucionalidade da pena de perdimento de bens, quando justificada pelo seu abandono, como julgou o Tribunal Pleno no MS 81.313, sessão de 2-6-77, relator o Sr. Ministro José Dantas.

Quanto ao pedido de pagamento de tributos e acréscimos sobre as mercadorias apreendidas, não vejo como subordiná-lo à comprovação de não ter sido cumprida a pena criminal.

O impetrante, como não se contesta nos autos, pediu, em 9-7-76, antes do início da ação penal pelo recebimento da denúncia em 26-7-76, fosse efetuado o cálculo de imposto e multa, para que pudesse satisfazê-los e beneficiar-se da extinção da punibilidade de que trata o art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67.

O pedido foi dirigido ao Sr. Ministro da Fazenda, por intermédio da Delegacia da Receita Federal em Goiás. (Fls. 12/3).

O Delegado da Receita Federal e, depois, o próprio Ministro da Fazenda, indeferiram o pedido. (Fls. 7/8).

É verdade que, alegado na instância criminal cerceamento de defesa, porque não se dera ao acusado a possibilidade de ver extinta a punibilidade pelo pagamento do tributo e multa, o Dr. Juiz, na sentença, enfrentou a questão, dizendo:

«Quanto ao «cerceamento» alegado pela defesa, no tocante à denegação pelo Sr. Delegado da Receita Federal do pedido endereçado ao Sr. Ministro da Fazenda, não pode ela, agora, vingar.

As órbitas administrativa e judicial têm, em princípio, independência.

Por outro lado, se o ofício era dirigido ao Ministro da Fazenda, deveria ele ter dado entrada em Brasília e não aqui na Receita.

Em 6-8-76 (fls. 285) foi recebido o ofício da Receita Federal indeferindo a pretensão do acusado. Não se fez prova não tivesse o acusado recebido tal ofício com AR. Em 2-9-76, um mês praticamente depois, na oportunidade do art. 499, bem poderia o interessado ter suscitado o problema. Nada disso se fez.» (fls. 44 fine e 45 princ.).

De qualquer forma, porém, o pedido, de pagamento feito pelo réu foi indeferido pela autoridade fazendária.

Nesse ponto tem, em parte, razão o impetrante. Não para desde logo extrair consequências, como se já pagos os tributos. Mas para tornar possível o pagamento e então, concretizado este; pedir o interessado os efeitos decorrentes, que couberem.

Determinando a lei que o pagamento do tributo extingue a punibilidade, matéria já objeto da Súmula 560 da Suprema Corte, não é lícito à autoridade negar o pedido de pagamento.

Somente com a efetivação do pagamento, porém, poderá o impetrante pleitear os efeitos decorrentes, ainda mais quando, como se verifica dos termos da sentença criminal, o réu não utilizou de meios de que dispunha, naquela oportunidade, para tornar inequívoca a intenção de pagar tributo e multa. É fato, porém, que o indeferimento definitivo, pela autoridade impetrada, em despacho datado de 20-6-77 (fls. 8), é posterior à sentença, que é de 16-11-76 (fls. 45).

Concedo a segurança, em parte; para que a digna autoridade impetrada: a) cancele a pena adminis-

trativa de perdimento do veículo; b) determine ao órgão subordinado competente que proceda aos cálculos de imposto e acréscimos legais sobre as mercadorias objeto do descaminho, tornando possível o pagamento pedido, cujos efeitos o impetrante pleiteará, como lhe parecer de direito, às autoridades judiciária e administrativa competentes.

Em face de o voto do Sr. Ministro Décio Miranda decretar a inconstitucionalidade do item V, art. 104, do Decreto-Lei 37, de 1966, decidiui o Tribunal, verbis (fl. 70):

«Preliminarmente, em questões de ordem levantadas pelos Srs. Ministro Lauro Leitão e José Néri da Silveira, respectivamente, o Tribunal decidiu: 1) ser possível declarar a inconstitucionalidade de lei independentemente de arguição por qualquer das partes. 2) Adotar, na ocorrência dessa hipótese, o procedimento recomendado pelo art. 102 e seu parágrafo, do Regulamento Interno consolidado, vale dizer: a) suspensão do julgamento; b) publicação do relatório e voto; c) abertura de vista no Ministério Público Federal pelo prazo de três (3) dias. Ficaram vencidos os Srs. Ministros Lauro Leitão e Amarílio Benjamin.»

O Dr. 2º Subprocurador-Geral, Gildo Correa Ferraz, exarou substancioso parecer de fl. 78/90. Assinala, inicialmente, que desde sua vigência em 1967, o dispositivo do Decreto-Lei 37 vem sendo aplicado por este Tribunal, conforme ementas que transcreve, na AMS nº 65.616, Relator Ministro Décio Miranda; AMS-65.843, Ministro Márcio Ribeiro; AMS-69.654, Ministro José Néri; AMS-76.364, Ministro José Dantas; AMS-77.542, Ministro Peçanha Martins. Cita ainda decisão da Suprema Corte no RE nº 78.773, Relator Ministro Djaci Falcão (RTJ-74/192).

A arguição de inconstitucionalidade só surgiu com o Decreto-Lei 1.455, de 1976 que trata do perdimento de bens por dano ao erário. No caso de abandono de mercadorias estrangeiras em recintos alfandegados conseqüente ao excesso de prazo de permanência, o Plenário rejeitou a inconstitucionalidade ao julgar os MS nº 81.313, Relator Ministro José Néri e 81.294, Ministro José Dantas. Invoça ainda julgado da 4ª Turma na AMS nº 81.274, Relator Ministro Carlos Madeira.

No campo doutrinário, o parecer traz o ensinamento da Bassi «L'Interpretazione Delle Norme Costituzionali») e diz que o Decreto-Lei 1.455 definiu as hipóteses de perdimento por dano ao erário previsto no art. 153, § 11º da Constituição. Sob o nome de perda da mercadoria, trata-se de sanção tradicional na legislação alfandegária e encontrada também no âmbito de Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI). O fundamento jurídico da perda não é o confisco segundo assinala Ruy Barbosa Nogueira. A mercadoria entrada, ilícitamente, no país não tem título de legitimação ou propriedade e a aquisição pela Fazenda visa impedir a formação de título ilegítimo (Direito Financeiro, 2ª edição, p. 172).

Na lição de Hector Villegas, o perdimento de bens corresponde ao comisso. É reação à quebra do ordenamento administrativo, cabível nos limites do juízo discricionário do legislador. Não se confunde com o confisco cujo conceito se vincula ao Direito Penal.

A perda do veículo transportador de efeitos que ingressaram, ilegalmente, no território nacional, é infração tributária, e não penal. Entre os dois tipos de sanção, há a mesma diferença que separa o Direito Tributário Penal e o Direito Penal Tributário. José Frederico Marques acentua a distinta natureza: «a pena

criminal atinge direitos personalíssimos do sujeito, enquanto que a sanção fiscal fica restrita ao campo patrimonial» («Direito Penal Tributário»). Traz à colação os comentários de Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem «o perdimento não é propriamente uma pena. É, antes, a perda do benefício patrimonial que trouxe o delito ou o abuso». Arrola ainda o magistério de Pontes de Miranda que estrema o confisco, do perdimento de bens.

Volta ao pronunciamento do Ministro José Dantas no MS nº 81.313 para evidenciar a tradição do direito pátrio sobre perda de bens abandonados em depósitos públicos.

Conclui pela legitimidade dos Decretos-Leis 37, de 1966 e 1455, de 1976. Este último mereceu a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 74, do mesmo ano. A função legislativa do Executivo em matéria de normas tributárias, fundado no art. 55, item II, da Carta de 1969, gera verdadeira lei conforme decisões da Suprema Corte a propósito do Decreto-Lei 333, de 1967.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo Távora: Iniciado o julgamento, o Sr. Ministro Décio Miranda denegou a segurança em relação ao pedido de devolução das mercadorias que, alegadamente, tinham cobertura fiscal ou eram usadas. Entendeu Sua Excelência que, contestados os fatos nas informações, faltava amparo certo e líquido para decidir o direito na via mandamental. Concedeu em parte a ordem para o Sr. Ministro da Fazenda determinar se proceda ao cálculo do tributo e multa sobre os bens, objeto do descaminho, ensejando ao Autor fazer o pagamento, para depois pleitear os efeitos legais dele decorrentes. Finalmente, deferiu o

mandamus a fim de cancelar a pena administrativa de perda do veículo. Fê-lo, no pertinente, ao fundamento da inconstitucionalidade do dispositivo legal sancionador.

Vê-se, assim, que em relação apenas a um dos pedidos suscitou-se o incidente de nulidade maior. O Tribunal deliberou, na forma do art. 102 da norma regimental, suspender o julgamento para publicar-se o relatório e voto, bem como tomar o parecer do Ministério Público.

Cumprida a diligência, há de prosseguir-se no feito. Nesse entretempo, o Sr. Ministro Décio Miranda foi alçado à Suprema Corte, mas o seu voto, proferido no início do julgamento, completa-se na forma do Regimento, *verbis*:

«Art. 81 — Quando se reencetar algum julgamento adiado, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros que não comparecerem ou que houverem deixado o exercício do cargo.»

Não havia, assim, *data venia*, necessidade de sortear-se novo relator. O processo seguiria a ordem natural de votação em antiguidade a partir do Sr. Ministro Décio Miranda. Distinguido, porém, com o encargo, a leitura que fiz do relatório e voto do eminente antecessor, permitirá aos colegas que não o ouviram na assentada inicial, participarem do corpo julgador.

EXPLICAÇÃO SOBRE O VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo Távara: Já antecipei meu entendimento no sentido de computar-se o voto do Sr. Ministro Décio Miranda, Relator. Os membros do Tribunal que não participaram da sessão inicial, quando se arguiu a inconstitucionalidade, devem integrar o julgamento. O incidente deu lugar à suspensão do feito para publicar-se no Diário da Justiça o relatório e voto cuja leitura se

renovou nesta assentada. Todos os presentes estão, assim, informados para apreciar a matéria constitucional e o pedido de segurança.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: o problema posto ao Tribunal, quanto a computar-se, ou não, ao julgamento, o voto proferido pelo Sr. Ministro Décio Miranda, terá que ser resolvido, ao que penso, de acordo com posição a ser previamente adotada pelos Srs. Ministros de relação ao que efetivamente se vai processar nesse instante, pois se entender-se que se irá prosseguir o julgamento inçiado quando S. Exa. integrava esta Corte, o seu voto deverá ser computado, não sendo possível porém tomar-se os votos dos Srs. Ministros que dela não faziam parte à época. Se, porém, considerar-se o contrário, isto é, que iremos proceder a novo julgamento, deverão votar os novos Ministros, mas será impossível computar-se o voto do nobre ex-Ministro desta Corte.

O Sr. Ministro Paulo Távara: O julgamento já se iniciou, e tanto é assim que dos quatro pedidos do impetrante três foram apreciados independentemente da matéria constitucional. Apenas o quarto, dependente dessa preliminar, é que determinou a suspensão do julgamento. Suspende-se aquilo que já começou. Se ao cabo da tomada dos votos presentes na primeira assentada, não for alcançado o quorum para decidir sobre a inconstitucionalidade, os ausentes naquela oportunidade terão de pronunciar-se para completar o quorum.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: O que me preocupa é o precedente, pois o que ficar deliberado agora valerá para o futuro, não só para hipóteses como a presente, em que o Relator anterior deixou de

integrar o Tribunal, mas ainda em outras.

O Sr. Ministro Paulo Távora: Considerarei apenas que o voto do Sr. Ministro Décio Miranda deve ser computado.

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Presidente): Quero informar a V. Exa. que, conforme a minuta que tenho em mãos, compareceram ao julgamento todos os Ministros, à exceção dos Srs. Ministros José Cândido Luz e Otto Rocha.

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, tenho a maior satisfação de que todos os Colegas tomem parte no julgamento. Não tenho nenhuma objeção. O que me preocupa — como já disse — é que estamos fixando precedente que o Tribunal vai seguir para o futuro. Cada vez que se delibera uma questão de ordem dessa natureza, está-se estabelecendo uma regra que deverá, depois, ser incorporada ao regimento interno.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Acompanho o entendimento do Sr. Ministro Armando Rollemberg, no sentido de que se deverá realizar um novo julgamento. Estou de acordo com S. Exa. no quanto sustenta que deverá haver um prosseguimento de julgamento ou realizar-se um novo julgamento, não se podendo, porém, justapor as duas situações. Não se pode, deste modo, computar o voto do Sr. Ministro Décio Miranda, como se o julgamento já se houvesse iniciado e, ao mesmo tempo, prosseguir computando-se o voto dos novos Ministros, como se fosse um outro julgamento.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, com a devida vênias, discordo da colocação posta pelo Sr. Mi-

nistro Paulo Távora. Verifica-se que, após o voto de mérito proferido pelo relator, o Tribunal decidiu que o feito não estava em condição de ser julgado, pela carência de diligência que, na ocasião, achou-se de determinar.

Dada essa colocação, a meu ver, tudo o que se disse sobre o mérito resultou cancelado, porque cancelada a assentada a que foi devidamente chamado o processo.

Pensando assim, tenho a impressão que o caso é de renovação de julgamento, como se somente agora o feito estivesse, como está, em condições de ser julgado.

Conseqüentemente, com a devida vênias, é de desprezar-se o voto do Ministro Décio Miranda, que a meu ver resultou cancelado, em face de adiantar-se sobre o mérito, então prejudicado pelas preliminares. De forma que se deve proceder, neste momento, nova assentada do feito, tomando-se o voto de cada Ministro presente a esta sessão.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, entendo que deva haver renovação de julgamento, porque o voto do Ministro Décio Miranda, embora de extrema valia para nós, ficou prejudicado com o cancelamento do julgamento do feito.

VOTO PRELIMINAR

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite. Sr. Presidente, acompanho o voto proferido pelo eminente Ministro José Dantas, data venia dos demais que se pronunciaram antes em desacordo.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Data venia dos Srs. Ministros, insisto no que afirmei quando, em sessão anterior, considerou-se a matéria.

Não havia como aceitar-se o voto do Sr. Ministro-Relator como razão suficiente, de sustar-se o julgamento e submeter-se a matéria à rigidez formal do incidente de declaração de inconstitucionalidade. Qualquer Ministro, votando, aprecia a matéria como melhor entender, principalmente no Plenário, em que o Tribunal se acha sempre e sempre em condições de decidir todo assunto que surja.

A Douta Maioria, todavia, assim não entendeu e deu nisso: um mandado de segurança de natureza urgente, principalmente porque havia problemas de liberdade ínsitos na sua decisão, veio a julgamento em abril deste ano e somente agora volta a ser examinado.

Ademais, em consequência do rumo tomado, estamos defrontando situação de perplexidade.

Se o Sr. Ministro Décio Miranda estivesse presente renovaria o relatório, é do Regimento. Todos os Ministros que assistiram ao início do exame do processo votariam normalmente.

Seria computável o voto de S.Exa.? Presente o Sr. Ministro Décio Miranda, o voto de S.Exa. seria computado, porque, com certeza, haveria ratificação de seu pronunciamento.

A situação, porém, é diferente e o Sr. Ministro Décio Miranda deixou de pertencer a este Tribunal.

Em determinados casos, muitas vezes, temos considerado que, interrompido ou suspenso o julgamento, a sua continuação leva para a computação final os votos que, porventura, tenham sido já pronunciados.

Na espécie, todavia, tudo indica que as circunstâncias sejam diversas, porque, na realidade, o Sr. Ministro Décio Miranda foi nomeado para o Supremo Tribunal e a orientação da Casa, como não poderia

deixar de ser, foi de redistribuir o processo.

Redistribuiu-se o processo e o novo relator o traz à consideração do Plenário.

Trata-se de continuação de julgamento ou julgamento novo?

A conclusão, data venia, parece-me que seja de julgamento novo.

Como julgamento novo, segue-se a regra regimental, dele participam todos os Ministros que estiverem presentes ao início da consideração da matéria.

Nesses termos, para mim, o voto do Sr. Ministro Décio Miranda não deve ser computado sob o ponto de vista lógico.

Além disso, seguindo essa orientação, o Tribunal evitará, embora, em termos simples, se pudermos contornar a dificuldade, decidir a matéria com 19 ao invés de 18 ministros.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, tenho em mãos a minuta de julgamento onde foi consignado como resultado, o seguinte:

«Preliminarmente, em questões de ordem levantadas pelos Srs. Ministros Lauro Leitão e José Néri da Silveira, respectivamente, o Tribunal decidiu: 1) ser possível declarar a inconstitucionalidade de lei independentemente de arguição por qualquer das partes; 2) adotar na ocorrência dessa hipótese, o procedimento recomendado pelo Art. 102. e seu parágrafo, do Regimento Interno Consolidado, vale dizer: a) suspensão do julgamento; b) publicação do relatório e voto; c) abertura de vista ao Ministério Público Federal pelo prazo de três (3) dias. Ficaram vencidos os Srs. Ministros Lauro Leitão e Amarelino Benjamin.»

Parece-me ter ficado claro que o Tribunal ao aprovar as preliminares, considerou não estar o processo, na oportunidade, em condições de ser apreciado, tanto que determinou a publicação do relatório e voto, cuja finalidade só pode ter sido a de fazer a matéria conhecida de forma mais ampla por todos os integrantes do Tribunal. Se isso ocorreu, tenho que a razão está com o Sr. Ministro José Dantas, quando entende não ser possível, no caso concreto, levar em conta o voto proferido pelo eminente Ministro Décio Miranda, que já apreciara o mérito e chegara a se manifestar em definitivo sobre a matéria.

Adiro, assim, com a devida vênia dos que o fizeram diferentemente ao pronunciamento do Sr. Ministro José Dantas no sentido de que se deve proceder a um novo julgamento.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente. Em face das alterações sofridas pelo processo, após o voto do eminente Ministro Décio Miranda, entendo que se trata de novo julgamento. Daí porque adiro ao voto do eminente Ministro José Dantas, no sentido de que todos os Ministros presentes sejam convocados a votar, eliminando-se, assim, o voto do Sr. Ministro Décio Miranda.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Sr. Presidente. A impetração abrange efetivamente quatro pedidos. A propósito de dois, quanto à mercadoria apreendida, parte da residência e parte na firma do impetrante, o ilustre Sr. Ministro Décio Miranda, em seu voto, indeferiu o «writ,» por entender pender o desate do pedido de discussão de questão de fato.

Quanto ao terceiro aspecto do pedido, o então Ministro-Relator deferiu-o, em parte, para assegurar

ao impetrante a possibilidade de pagar os impostos, determinando, assim, que a autoridade fiscal procedesse ao cálculo correspondente.

Por último, ao apreciar a questão concernente à perda do veículo, o Sr. Ministro Décio Miranda deferiu a segurança, por considerar o dispositivo invocado pela administração, como inconstitucional.

Trata-se, é certo, de um julgamento que, embora abrangendo quatro pontos, é incidível. E, ao longo do voto do Relator, exurgiu uma questão de inconstitucionalidade incidente assim no julgamento do feito.

Em face das questões de ordem que, em decorrência dessa arguição incidente de inconstitucionalidade, o Tribunal acolheu, o julgamento foi suspenso para que se resolvesse, preliminarmente, a propósito da inconstitucionalidade. Houve, pois, o processamento incidental de uma questão de constitucionalidade. O eminente Relator, neste ínterim, deixou o Tribunal, elevado que foi ao Supremo Tribunal Federal.

Parece, sem dúvida, que, em face de o Tribunal, preliminarmente, na solução das questões de ordem, haver entendido mandar processar o incidente de inconstitucionalidade, que a Corte está diante de um processo novo, no que atine ao incidente de inconstitucionalidade.

Antes do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, havendo o relator deixado o Tribunal, foi o feito a novo relator. Compreendo, assim, que se trata de julgamento novo. Sem dúvida, o julgamento do incidente de inconstitucionalidade é julgamento que hoje se inicia. Se estivesse ainda o eminente Ministro Décio Miranda, neste Tribunal, S.Exa. haveria de proferir seu voto, pela ordem, a propósito desse incidente, embora já houvesse adiantado, na oportunidade, sem juízo, de mérito, sobre a invalidade da norma.

Dessa maneira, quero crer que cumpre considerar na presente apresentada o feito sob julgamento novo, na sua integralidade. Se fosse possível cindir a questão da inconstitucionalidade dos outros três aspectos do pedido, então seria viável ao Tribunal considerar separadamente o último item, em relação aos três outros, mas tal não comporta a apreciação do feito.

Assim sendo, parece de fato que a melhor solução é considerar-se um julgamento novo, renovando-o integralmente e dele participando todos os membros do Tribunal ora presentes.

Este é o meu voto, com a devida vênia do Sr. Ministro Paulo Távora.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: De acordo com o voto do Sr. Ministro José Dantas.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Paulo Távora: Dos quatro pedidos, estou de acordo com a solução de três que deu o Sr. Ministro Décio Miranda. Denego a segurança por falta de liquidez e certeza no tocante à devolução das mercadorias que estariam cobertas por documentação fiscal, bem como daquelas que já se encontrariam em uso. Concedo em parte a ordem para reconhecer o direito de o Impetrante pagar os tributos e a multa sobre os bens descaminhados. Para esse efeito, a autoridade fiscal procederá aos cálculos e intimará o Requerente de seu valor.

A apreensão da mercadoria estrangeira deu-se em junho de 1976. Antes de iniciada a ação penal, o autor pleiteou satisfazer as obrigações fiscais com base no art. 18, § 2º do Decreto-Lei 157, de 1967. O Sr. Ministro da Fazenda não considerou, porém, a solicitação e julgou procedente a ação fiscal, impondo o perdimento dos bens apreendidos com ful-

cro nos arts. 23, parágrafo único e 24 do Decreto-Lei 1.455.

Embora o fato tenha ocorrido na vigência do Decreto-Lei 1.455, de 7 de abril de 1976, o novo diploma não revogou a norma penal, de extinção da punibilidade pelo pagamento ou depósito do tributo e multa, antes do recebimento da denúncia. O Decreto-Lei 1.455 editou preceitos de natureza tributária de acordo com o art. 55, item II, da Carta de 1969. Não estava a seu alcance legislar sobre direito penal, nem pretendeu fazê-lo. Limitou-se a derogar dispositivos fiscais, entre outros o art. 5º do Decreto-Lei 399 que permitia ilidir a pena de perda da mercadoria mediante o recolhimento do tributo e multa igual ao valor comercial da mercadoria (art. 41). Subsistiu o interesse e o direito de liquidar os ônus tributáveis cabíveis antes da denúncia para abortar a ação penal nos termos do art. 18 § 2º do Decreto Lei 157. Não podia, pois, a autoridade fiscal negar-se a calcular e a receber esses valores que constituíam o meio de livrar-se da persecução criminis a despeito de não mais evitar o perdimento dos bens.

Chega-se, finalmente, ao derradeiro pedido, de cancelar a pena administrativa de perda do veículo, que suscitou a questão de inconstitucionalidade. A desproporção entre a ação e a reação sensibilizou o Sr. Ministro Décio Miranda que nela viu um confisco mascarado, atentatório ao art. 153, § 11 da Constituição. Permita-me o ilustre juiz cujos notórios méritos fizeram-no membro da mais Alta Corte, não aceitar de plano, a premissa, básica de seu voto: A Fazenda avaliou as mercadorias descaminhadas em Cr\$ 23.994,71 (fl. 7). Já o laudo no processo penal estimou em Cr\$ 87.965,00 (fl. 20). Não há na instrução da segurança elementos indicativos do ano, estado de conservação e valor do veículo transportador para, desde logo, na via su-

maríssima, poder ajuizar-se sobre a existência de disparidade confiscatória entre seu preço e o montante dos bens apreendidos.

Não me eximo, entretanto, de examinar a matéria constitucional que o Plenário entendeu ser indispensável ao deslinde da questão.

A perda do veículo transportador é sanção das mais antigas do direito aduaneiro. A reconsolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Renda, editada em 1894, cominava a pena no art. 273, § 3º, com remissão a regulamento de 1860 e a outras disposições posteriores. Em pleno fastígio do Estado liberal, não repugnava a suas instituições a perda da propriedade privada por infração a norma fiscal. Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 72, § 17 da Constituição de 1891, que garantia o direito de propriedade «em toda sua plenitude», ressalvava:

«São constitucionais as confiscações de certos objetos (de contrabando por exemplo) excepcionalmente cominados por lei fiscal ou pelo Código Penal». («Comentários à Constituição Federal» — 3ª edição — n.º 446 — p. 770).

Apreciando a questão do ângulo do Direito Privado, Lafayette em seu clássico «Direito das Coisas», relaciona entre as causas de perda do domínio, independentes da vontade pessoal. »

«?— por infrações de leis proibitivas nos casos neles expressos» — (5ª edição — vol. I - p. 298).

Arrola, na exemplificação, o art. 457 do Código Comercial que determina a apreensão «como perdida» da embarcação registrada em nome de brasileiro, mas que se prove pertencer, no todo ou em parte, a estrangeiro. »

Fiel à tradição legislativa, o Decreto-Lei 37, de 1966 manteve a cominação nestes termos:

«Art. 104 — Aplica-se a pena de perda do veículo nos seguintes casos:

V — quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencer ao responsável por infração punível com aquela sanção.»

O Decreto-Lei 1.455, de 1976, enquadrava a espécie entre os casos de dano ao Erário, verbis:

«Art. 24 — Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do artigo 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do artigo 104 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966.»

O novo diploma fiscal nada mais fez do que capitular a sanção no sistema constitucional que a partir de 1967 acrescentou às causas de perda de propriedade «o dano ao erário», ao lado do «enriquecimento ilícito no exercício de função pública», que já vinha da Constituição de 1946.

Haveria retrocesso se no momento em que a ordem político-econômica, comprometida com a «função social da propriedade» (art. 160, III), explicita tratamento que a legislação dos últimos cem anos consagrou, chegasse o Judiciário à conclusão de sua inconstitucionalidade.

Se a propriedade é usada como instrumento de ilícito público ao servir à sonegação dos tributos de importação, legitima-se a perda dos bens-meio de par com a perda dos bens-fim pelo dano causado ao Tesouro Nacional.

Cabe ao legislador, e não ao juiz, quantificar a reação à atividade anti-social, seja no plano do direito personalíssimo à liberdade, seja na área patrimonial. Não há notícia nos anais forenses de invalidar-se por inconstitucional lei que comine prisão por desproporção com as dimensões do fato criminal. De outra parte, a

legislação tributária nacional conheceu em época recente aplicação de multas de 300% do imposto devido em casos de fraude à lei. Ainda hoje subsistem sanções de valor superior à obrigação principal para as infrações qualificadas ou reincidentes. É um exemplo típico em termos quantitativos de efeito maior que a causa. Não compete ao juiz medir o grau da pena aplicada pelo legislador de acordo com seu critério político de aferir os interesses nacionais de que é o legítimo intérprete.

Rejeito, assim, a arguição de inconstitucionalidade do art. 104, item V, do Decreto-Lei 37, de 1966 e art. 24 do Decreto-Lei 1.455, de 1976.

Por essas razões, concedo em parte a segurança para o Sr. Ministro da Fazenda determinar se proceda ao cálculo dos tributos e multa das mercadorias estrangeiras apreendidas em poder do Impetrante, dar ao mesmo ciência do valor, a fim de possibilitar-lhe o recolhimento ao Tesouro Nacional.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, ouvi o brilhante voto do Sr. Ministro Paulo Távora e o acompanho.

Sensibilizam, realmente, as razões que foram anteriormente apresentadas pelo Sr. Ministro Décio Miranda, no sentido de que a desproporção da penalidade patrimonial, aplicada, em relação à falta cometida, no tocante a infração de natureza tributária, importava num confisco proibido por uma norma constitucional. Mas, de fato, há dificuldade em que o julgador estabeleça os limites em que poderia ser considerado o confisco, tendo em vista a falta cometida.

A par dos exemplos que foram mencionados pelo Sr. Ministro Paulo Távora, sobre punição de natureza pecuniária em relação a infrações fiscais, cujo máximo, aliás, foi redu-

zido de 350% para 150%, na legislação mais recente, ou acrescentaria que, no caso de sonegação fiscal, a Lei n.º 4.729 estipula uma pena que pode ir até 10 vezes o valor do tributo sonegado, o que poderá, na verdade, implicar numa pena de tal natureza que importe na ruína financeira e econômica do infrator. Entretanto, têm sido essas multas de sonegação fiscal aplicadas, tranqüilamente, pelos Tribunais. São conhecidas como válidas e sem eiva, portanto, de inconstitucionalidade. Então, tem-se que, na verdade, é possível a aplicação de penas elevadas em desproporção mesmo aos valores dos tributos sonegados em relação às infrações tributárias cometidas. E a dificuldade, então, que nós enfrentamos, posta a questão sob o aspecto do confisco, seria a de fixação de uma penalidade, em termos de limites, para dizer até quando ela seria, ou não constitucional. No caso, o que choca é ser a penalidade aplicada em termos de perdimento do bem, o que, aliás, é previsto na matriz do art. 153, § 11.º da Constituição.

No caso concreto, tal como posta a questão, creio não deva ser considerada a hipótese como equivalendo a um confisco.

Com estas rápidas considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro Paulo Távora.

É o meu voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, no concernente à inconstitucionalidade em tese, do dispositivo legal examinado, adoto em toda linha a fundamentação do voto do eminente Ministro Paulo Távora.

Tenho, porém, uma ligeira discordância com a fundamentação de Sua Excelência no que pertence ao chamado «efeito maior do que a causa». Isto porque, entre nós, o Professor Bilac Pinto prega a chamada inconsti-

tucionalidade material da lei, para hipóteses exatamente correspondentes a essa intitulação, em boa hora, dada pelo Ministro Paulo Távora: «efeito maior que causa». S. Exa. trouxe para o nosso direito, se não me engano, buscada do direito americano, a tese da chamada inconstitucionalidade material da lei, aplicável principalmente, ao campo do direito fiscal. Tese esta que, em casos concretos, quando vislumbrado que a sanção excede à eminência do bem protegido — o tributo — deve-se negar aplicação à lei, assim viciada da inconstitucionalidade material.

Feita esta digressão, parto, ainda, para apoiar o Ministro Paulo Távora, porque preferiria — se não fosse um argumento de fato usado por S. Exa. — acompanhar a opinião do Ministro Décio Miranda, na ocasião em que ele fez a classificação do que chamou o desrelacionamento entre a pena e o perdimento. Citou o eminente Ministro que «isto pode ocorrer tanto com o proprietário do triciclo carregado de jóias, quanto com o do grande caminhão carregado de quinquilharias estrangeiras». Impressiona-me este fundamento, por ser eu adepto da tese da inconstitucionalidade material da lei no terreno fiscal. Mas, com relação a esse ponto, também respondeu o Ministro Paulo Távora, negando que se encontra nos autos prova desse desrelacionamento, uma vez que não há a menor notícia do valor do veículo apreendido, para confronto de mercadoria descaminhada esta no valor de Cr\$ 87.000,00.

Com essas considerações, peço permissão ao eminente Ministro-Relator para a discordância com a brilhante fundamentação teórica do seu voto, embora lhe adote a conclusão, consoante e quadro factó da hipótese sub iudice.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Minis-

tro Paulo Távora. Tenho, em reiteradas oportunidades, votado no mesmo sentido, ou seja, no da constitucionalidade da lei de perdimento de bens ou dano ao erário. Quanto aos demais itens do voto do eminente Ministro-Relator, adoto-os, por inteiro.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, sustentei, em voto proferido neste Plenário, que a inconstitucionalidade pode ocorrer, in concreto (MS nº 82.783 — DF)

In abstrato, o decreto-lei é constitucional. Sob o ponto de vista formal, ele contém norma de direito tributário penal e não norma de direito penal tributário. Assim, o decreto-lei em apreço não refoge da competência do Presidente da República, na sua edição. Sob o ponto de vista material, poderia a norma ser tida como inconstitucional, in concreto, por isto que o constituinte não outorgou ao legislador ordinário a faculdade de criar, ou de inventar o dano. Outorgou a ele, sim, a faculdade de penalizar o dano causado ao erário, como bem disse o Sr. Ministro Paulo Távora, sem impor-lhe limites nessa penalização. O que precisa verificar é se, no caso, houve o dano ao erário.

Assim, a questão há de ser examinada, in concreto. Com estas breves considerações, reporto-me ao voto que proferi no MS nº 82.783 — DF e adiro ao voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Lamento divergir do brilhante voto proferido pelo eminente relator, Ministro Paulo Távora.

Tenho ponto-de-vista firmado a respeito do alcance dos arts. 23 e 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

A pena de confisco está delimitada no texto do § 11 do art. 153, da Constituição Federal:

«... sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.»

As hipóteses de dano ao erário não de ser definidas por lei em sentido formal. Não é de se aceitar a ampliação dos casos previstos na Constituição, por decreto-lei. Não se vislumbra, na espécie, qualquer prejuízo à Fazenda Nacional. Não vejo motivo para a aplicação da penalidade drástica, ao arrepio da legislação disciplinadora da matéria.

Julgando espécie semelhante, o MM: Juiz Federal da 3ª Vara, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Ney Magno Valadares, pôs em relevo a inconstitucionalidade do dispositivo do Decreto-Lei, relativo a perdimento de bens. Destacou lição do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a proteção judiciária no Brasil:

«O princípio consagrado no art. 153, § 4º, da Constituição de 1967 deve ser associado à cláusula — *due process of law* — do Direito anglo norte-americano.

Essa cláusula tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta, art. 39, onde promete o réu que «nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país». Cláusula semelhante, empregando já a expressão — *due process of law* — foi jurada por Eduardo III e da tradição do Direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegan-

do à constituição americana, emenda 5ª.

Impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro se o interessado a reclamar. Dentro do espírito do Direito Anglo-Americano, essa cláusula implica no controle pelos órgãos judiciários e pelos processos previstos pela «*common law*». Com isso, o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia.»

A prevalecer a tese sustentada nas informações, ter-se-ia a equiparação da penalidade estabelecida pelo Decreto-Lei a verdadeiro confisco. Só a lei poderia estabelecê-la e, mesmo assim, com respeito às lindes traçadas na Constituição da República. Pouco importa, a meu ver, a especiosa distinção entre norma de caráter penal e norma de caráter penal-tributário. Em se tratando de pena, o que interessa ao aplicador da lei é o caráter punitivo da regra jurídica, em qualquer caso ou ramo da Ciência Jurídica, sempre de estrita interpretação, insuscetível de elastérios ou ampliações incompatíveis com a estrutura do sistema.

De ressaltar-se também a conclusão a que chego quanto à Portaria nº 271, de 15 de julho de 1976, do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, pois a competência para legislar sobre processo (art. 8º, nº XVII, alínea b, da Constituição) não pode ser delegada a Ministro de Estado, nem por este exercida. Considero que o art. 52 da Constituição Federal, ao dispor sobre a elaboração das leis delegadas, somente previu a delegação para o Presidente da República, Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer das suas Casas. Portanto, a Portaria Ministerial ultrapassou os limites prefixados no art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76, porque a matéria não foi incluída no campo de

incidência do art. 55 da Carta Magna.

Inexistindo prejuízo para o erário, se forem pagos os tributos devidos, como admitiu o eminente Ministro-Relator, não pode ter lugar a aplicação da pena de perdimento que a norma constitucional invocada não autoriza e que não está prevista em qualquer lei em sentido formal.

Por estas razões, data venia do Exmo. Sr. Ministro-Relator e dos que o acompanharam, dou pela inconstitucionalidade argüida.

VOTO — Mérito

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Início o meu voto, recordando, com a devida vênia dos Srs. Ministros, duas regras fundamentais que balizam o incidente de declaração de inconstitucionalidade. Primeiro, somente se aprecia o problema da inconstitucionalidade, quando não for possível decidir a controvérsia por outros motivos ou considerações; segundo, a inconstitucionalidade da lei somente se declara quando é manifesta, evidente, fora de qualquer dúvida.

No caso dos autos, a meu ver, data venia dos Eminentes Colegas, sobretudo do Sr. Ministro Décio Miranda — que tanto se distinguia pelas suas invulgares qualidades — não era ou não é necessário, no caso dos autos, apreciar se os Decretos-Leis 1.455 e 37 são ou não inconstitucionais, uma vez que, de muito, o Tribunal, no exame desses problemas, tem decidido tais questões, e nunca ocorreu nem a argüição, nem mesmo a necessidade da declaração de inconstitucionalidade deste ou daquele dispositivo dos Decretos-Leis a que fiz referência.

Temos discutido e adotado fundamentos outros nas divergências apresentadas.

Entretanto, o Tribunal, desde a sessão anterior, achou por bem enfrentar o problema, isto é, o art. 23 do Dec.-Lei nº 1.455 é inconstitucional?

Esta Corte colocou assim a discussão, tanto que sustou-se o julgamento, para que o incidente, ouvido o Dr. Subprocurador da República, fosse devidamente formalizado.

Em face disso, apesar do ponto de vista pessoal de que não há necessidade de se considerar a constitucionalidade dos dispositivos envolvidos na controvérsia, também, cumprindo a decisão do Plenário, dou a minha modesta opinião.

Na verdade, o art. 23 do Decreto-Lei 1.455 nada tem de inconstitucional, data venia.

O Sr. Ministro Paulo Távora, no seu douto voto, já demonstrou que, dos autos mesmo, nem consta avaliação do veículo para, confrontado com o valor das mercadorias, deduzir-se se há correlacionamento ou se o veículo excede ao valor das mercadorias.

Independentemente disso, porém, o que avulta em termos de direito, na espécie que estamos examinando, é que a Constituição, a Lei Penal, a Lei Administrativa ou a Lei Tributária, para a decretação do perdimento de coisas e de objetos, não correlacionado seu valor com o valor do dano.

Ao contrário, é uma determinação independente, autônoma e que funciona em defesa dos interesses da Fazenda, tendo por base, antes de mais nada, a gravidade das infrações praticadas.

Feitas essas observações, passo a considerar a impetração.

Devo dizer que, para mim, mesmo dentro do ponto de vista em que se colocou o Sr. Ministro Paulo Távora, falta ainda uma consideração decisiva no pronunciamento do Eminentíssimo Relator.

Reconhecido que o dispositivo é constitucional, vem, de imediato, uma indagação: mesmo que o dispositivo seja constitucional, seria ele aplicável? Foi bem aplicado? A perda do veículo se deu em bases legais?

O voto do Sr. Ministro-Relator, data venia, não considerou esse aspecto. Acha que essa consideração é indispensável, porque, de qualquer modo, constitui um dos objetivos do mandado de segurança.

O impetrante vista, com o mandado, as seguintes finalidades:

«Nestas condições, requer o suplicante seja concedida a segurança para que:

A — Sejam devolvidas as mercadorias com inegável cobertura fiscal;

B — Sejam devolvidas as mercadorias consideradas fora de comércio, pelo uso;

C — Seja devolvido o veículo Dodge Charger, placa AC-6666;

D — Sejam efetuados os cálculos e possibilitado o pagamento do imposto e seus acréscimos, com a conseqüente restituição da mercadoria regularizada.»

O impetrante, por seu advogado, poderia reduzir a impetração ao item constante da letra d, isto é, «sejam efetuados os cálculos e possibilitado o pagamento do imposto e seus acréscimos, com a conseqüente restituição da mercadoria regularizada». Esse objetivo, na verdade, é o

principal fim da impetração e abrange os demais, inclusive a própria perda do veículo.

Pago o tributo e tirada daí a conseqüência principal, que o impetrante não diz, mas que está na sua intenção — que é a extinção da punibilidade — evidentemente que a extinção da punibilidade, pelo pagamento dos tributos, implicará na devolução das mercadorias e do veículo que, em tese, a elas estava servindo.

E quanto às mercadorias consideradas fora de comércio pelo uso ou com inegável cobertura fiscal?

Já disse que também estão abrangidas, e estão porque no ato do pagamento a autoridade fiscal terá que fazer, necessariamente, essa apuração.

Mandado pagar o tributo, naturalmente que a autoridade judiciária não está mandando pagar tributos duas vezes e nem está mandando pagar tributos sobre bens usados. A meu ver, portanto, a impetração resume-se, como objetivo principal e abrangedor, ao inciso d de fls. 4 da petição inicial.

Posta a questão nesses termos, o meu voto, realmente, é no sentido de achar que o impetrante tem direito a pagar os impostos, uma vez que tal faculdade lhe é assegurada em termos claros pelo Decreto-Lei 157, art. 18, que continua em pleno vigor, e recebeu a homologação prestigiosa da Súmula 560, do Supremo Tribunal Federal.

Fora disso, temos decidido, mesmo depois do Decreto-Lei 1.455, que o Decreto-Lei 157 continua de pé. As Turmas do Tribunal já examinaram a matéria e conhecem um parecer, com intento contrário, muito bem deduzido, como sempre produz o Sr. Dr. Francisco de Assis Toledo, que

passou a instruir diversos recursos criminais a propósito do tema depois que o Decreto-Lei 1.455 entrou em vigor.

Não obstante, tivemos como certo que o Decreto-Lei 1.455 não teve a menor preocupação de revogar o Decreto-Lei 157.

Basta que se diga que o Decreto-Lei 1.455, no último artigo, enumera todas as disposições legais que está revogando, sem qualquer referência ao Decreto-Lei 157.

Não ha, portanto, como se dizer que o Decreto-Lei 1.455 revogou aquele Decreto-Lei, que concede o pagamento dos tributos, para o fim de extinção de punibilidade, no crime de descaminho, desde que o interessado o faça antes de iniciada a ação penal.

Não posso, porém, deixar de apreciar ainda um detalhe do writ, que, a meu ver, já está incluído no inciso d da impetração.

Já disse e repito: não acho necessária a apreciação da constitucionalidade do art. 23 do Dec.-Lei nº 1.455.

Contudo, reconheço que a pena de perdimento, que tomou por base o art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, é evidentemente ilegal, uma vez que a decretação de perda não se baseia em nenhum dos pressupostos de que trata o referido preceito, nem tampouco atende a nenhuma das exigências enumeradas no art. 104 do Decreto-Lei nº 37.

Vejamos o que apurei, de uma rápida verificação que fiz dos autos; o veículo foi apreendido, não como comumente acontece, transportando as mercadorias, foi apreendido na garagem ou na porta da casa do impetrante. Há referência a que este veículo servia ao impetrante, para o

transporte de mercadoria, mas isso não está provado, nem o auto de apreensão trata de tal circunstância.

Há nos autos também o depoimento do principal agente das providências fiscais.

Depoendo em juízo, João Sanches Valadares, Agente de Polícia Federal, esclareceu (fls. 21):

«
que a testemunha fora advertida por seus superiores no sentido de investigar as atividades de descaminho do réu; que a partir das 6:00 horas do dia da prisão do réu, a testemunha, mais dois agentes, Alvim e Batista, começaram as diligências que culminaram na prisão do réu; que antes de baterem à porta do réu, chamaram duas testemunhas, moradoras no mesmo prédio, batendo, em seguida, à porta do réu: que o réu não opôs resistência aos policiais e franqueou seu quarto às diligências que observou-se então, que no quarto, havia diversas embalagens com mercadoria estrangeira, sendo algumas acompanhadas do comprovante de pagamento de imposto de importação; que o réu, no momento, disse que tinha todos comprovantes do pagamento de impostos; que apenas alguns comprovantes foram apresentados; que no carro do réu havia um toca fitas usado, parafusado no lugar; que além deste, já usado, existia uma sacola com dois ou três aparelhos, não sabendo se novos ou usados.

.....»

Ora, parece a mim que esses por menores de forma alguma justificariam a apreensão do veículo, nem tampouco a decretação de seu perdimento.

«Art. 23. Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

I. importadas, ao desamparo de Guia de Importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor.

II. Importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-Lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-Lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária;

III. trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada, e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção do seu desembaraço;

IV. enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-Lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966. Parágrafo único. O dano ao erário, decorrente das infrações previstas no caput deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias».

Nenhuma das hipóteses previstas diz respeito ao caso dos autos. Fora disso, no mandado de segurança de que fui relator, (MS 85.064) anteriormente, e em que tive a honra de ser acompanhado pelo Tribunal, ficou manifesto que o art. 104, parágrafo único, alíneas a e b tem em vista não a perda do veículo, mas a pena cumulativa da perda de mercadoria.

Seja como for, examinemos o texto principal do art. 104:

«Art. 104. Aplica-se a pena de perda dos veículos nos seguintes casos:

I. quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II. quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalidade fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;

III. quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outros, vindo um deles do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV. quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacoço e em local visível do casco, seu nome de registro;

V. quando veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;

.....»

Dos preceitos transcritos, relaciona-se com a hipótese, apenas, o nº V. Entretanto, não tem nenhuma aplicação.

Seria aplicável somente esse dispositivo, se os agentes fiscais tivessem apreendido o carro conduzindo mercadorias, mas o veículo não foi apreendido nessa situação, estava parado na residência, na porta ou na garagem do impetrante. Ademais o agente não encontrou mercadorias, a não ser aquelas que já declarou em juízo.

Em consequência, não é possível que este Tribunal, com a sua alta responsabilidade, dentro do sistema federal, mesmo de leve, dê mão forte ao ato do Sr. Ministro da Fazenda, ato manifestamente ilegal, como procuramos demonstrar.

Em resumo, Sr. Presidente, o meu voto, não há inconstitucionalidade a declarar. Independentemente disso examino o caso dos autos em termos de legalidade.

Nesta consideração; concedo a segurança, para garantir ao impetrante o pagamento dos tributos, conforme forem calculados pela autoridade fiscal, feita, porém, a devida apuração do que é realmente mercadoria nova, usada ou documentada.

Como os Srs. Ministros destacaram, o writ, forçados pela própria impetração, quanto à perda do veículo, que para mim já estava absorvida na solicitação de cálculo dos tributos, também, nessa parte, concedo a segurança, uma vez que a apreensão, como disse é ilegal, nem se justificaria que o impetrante, beneficiado com a extinção da pena principal, tivesse que sofrer a pena acessória.

VOTO RETIFICAÇÃO

O Sr. Ministro Américo Luz: Se vencido na preliminar de inconstitucionalidade, quanto ao mérito retifico meu voto para acompanhar o Sr. Ministro Amarílio Benjamin.

EXTRATO DA ATA

MS 83.040 — Distrito Federal. Rel. Sr. Min. paulo Távora. Reqte.: Antônio Ramos da Silva. Reqdo: Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Renovando o julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Relator, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Antônio Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro e Otto Rocha, rejeitando a questão da inconstitucionalidade dos dispositivos legais apontados e concedendo, em parte, a segurança; e dos votos dos Srs. Ministros Amarílio Benjamin, desprezando-a, por igual, e concedendo a segurança em maior extensão, e, Américo Luz, acolhenmdo-a, e explicitando que, no caso de vencido na questão de inconstitucionalidade, acompanharia o voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamin, adiu-se o julgamento em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg. Aguardam os Srs. Ministros Moacir Catunda, José Néri da Silveira e Jarbas Nobre. (em 19-10-78 — T. Pleno).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

VOTO VISTA VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg: Em 27 de abril do cor-

rente foi submetido à apreciação do Tribunal, pelo Sr. Ministro Décio Miranda, que então integrava esta Corte, mandado de segurança originário, do qual S. Exa. fez o relatório seguinte: (lê fls. 71/72).

Ao proferir em seguida o seu voto, o Sr. Ministro Décio Miranda teve como inconstitucional o inciso V do art. 104 do Dec.-Lei 37/66, o que levou à sustação do julgamento para distribuição do relatório entre os Srs. Ministros e promover-se a audiência da Subprocuradoria a propósito, e, adotadas tais providências, renovou-se o julgamento, funcionando como relator o Sr. Ministro Paulo Távora que rebateu a arguição de inconstitucionalidade e concedeu a segurança, em parte, para o efeito de assegurar ao impetrante o pagamento dos tributos com a finalidade de ser declarada extinta a punibilidade do delito de descaminho, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros que se lhe seguiram na votação, salvo o Sr. Ministro Américo Luz que reconhecia a inconstitucionalidade da disposição sob apreciação e do Sr. Ministro Amarílio Benjamin que desprezava a arguição e concedia a segurança inclusive para liberar o veículo.

Pedi vista e trago agora o meu voto.

2. A Constituição, no art. 153, par. 1º, inseriu no capítulo dos direitos e garantias individuais a proibição de instituição da pena de confisco, ressaltando, porém, a possibilidade de perdimento de bens pelos cidadãos por danos causados ao erário.

Tal como posta há de interpretar-se norma como proibitiva da adoção, como pena, pela prática de quaisquer delitos por mais graves que sejam, do confisco dos bens do cidadão, deixando-o e à sua família na miséria, proibição que a legislação

dos povos em geral adota atualmente em atenção à consideração de que a pena, em tal hipótese, atingiria não somente a pessoa do condenado mas também os que dele dependem, infringindo, por tal forma, o princípio universalmente consagrado de que a punição não passará jamais da pessoa do delinqüente.

Por isso mesmo, portanto, que a norma constitucional visa impedir que o cidadão tenha os seus bens confiscados como pena por qualquer delito porventura praticado, excepcionou o contribuinte a hipótese de perdimento de bens por danos ao erário, ou no caso do enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, pois, já então, não se estará punindo alguém como a perda de bens que adquiriu regularmente, e sim retomando-lhe o que veio a possuir agindo ilegalmente em prejuízo da Fazenda Pública.

Não há como, portanto, entender-se ofensiva da Constituição a regra legal que estabelece a perda de mercadoria irregularmente introduzida no País, e nem do veículo utilizado para conduzi-la.

Afasto, assim, a arguição de inconstitucionalidade do art. 104, inciso V, do Dec.-Lei 37, de 1966.

3. Passo a examinar os pedidos formulados pelo impetrante na inicial.

Pleiteia o impetrante, em primeiro lugar, a devolução de mercadorias com inegável cobertura fiscal, e, como prova da existência de objetos em tais condições, junta pagamentos feitos em Manaus, em julho de 1976, maio de 1975 e dezembro e janeiro de 1974 (fls. 24/34), o que, considerando ter sido a apreensão que deu origem à segurança levada a efeito em 05-07-76, torna impossível a verificação, em mandado de segurança, sem produção de provas e outras, de quais os bens apreendidos nessa últi-

ma data que tinham cobertura fiscal e quais os que não a tinham.

O segundo pedido é para liberação das mercadorias usadas, e, por isso, consideradas fora do comércio.

O laudo do exame merceológico menciona, realmente, quais das mercadorias apreendidas já eram usadas, e, se o eram, não se destinavam a comércio, com o que, em tal ponto, considero assistir direito ao impetrante à obtenção da sua devolução.

O terceiro pedido é a devolução do veículo dele, impetrante, apreendido na mesma ocasião em que foi a mercadoria e cuja perda foi declarada pelo Sr. Ministro da Fazenda em decisão regular, com apoio nos art. 23, par. único, e 24, do Dec.-Lei 1.455/76, «considerando que, segundo as próprias declarações do autuado (fls. 15/16), o veículo apreendido vinha sendo utilizado no transporte de mercadorias estrangeiras, parte das quais fora recolhida pela Polícia no interior do mesmo»

O art. 23 do Dec.-Lei 1.455/76 enumera quais as infrações relativas a mercadorias consideradas dano ao erário, e no par. único, dispõe que serão punidas com a pena do perdimento respectivo.

Já o art. 24, acrescenta às infrações descritas no artigo anterior, como dano ao erário, as definidas nos incisos I a VI, do art. 104, do Dec.-Lei 37/66, que tratam da perda de veículo, sendo que o inciso V prevê a adoção de tal providência «quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável, por infração punível com aquela sanção».

Da análise da disposição que acabo de ler, se há de concluir que, se o legislador se referiu a veículo que conduzir mercadoria sujeita a perda, tanto incorre na sanção que previu o carro que for encontrado com mercadoria em seu interior, como aque-

le que ficar provado ter sido utilizado para conduzir mercadoria em situação irregular.

Ora, ao ser preso em flagrante o impetrante declarou:

«Que, após as seis horas da manhã de hoje, foi acordado em seu quarto, para que policiais federais dessem uma busca no mesmo; que, realizada a busca, foram encontradas mercadorias estrangeiras descritas no Auto de Apreensão, no interior dos dois quartos do declarante, sem os necessários documentos fiscais; que a busca foi presenciada por Galdino e Edilson, vizinhos de quarto do declarante; que, após, foi preso e trazido com as mercadorias para esta Delegacia; que tem seu Dodge, placa C-6666, Goiás, também foi encontrada uma sacola contendo toca-fitas e máquinas fotográficas, com as quais saíra domingo, para vendê-las na rua; que, após voltar da rua, ontem à noite, deixou aquela sacola no porta-mala de seu veículo, deixando de levá-la para dentro; que as mercadorias estrangeiras, encontradas em seus quartos e no seu carro, foram trazidas de Manaus-AM, pelo declarante, para serem revendidas nesta Capital de Goiás».

Essas declarações foram confirmadas quanto à existência de mercadorias no carro, não somente pelo condutor do preso e testemunhas ouvidas na oportunidade da lavratura do auto de flagrante, mas ainda em Juízo, na instrução da ação penal, em que restou condenado a um (1) ano de reclusão, (fls. 21v), o que, no mínimo, torna os fatos duvidosos, e, em consequência, impossíveis de apreciação na via estreita do mandado de segurança.

Finalmente pede o impetrante que «sejam efetuados cálculos e possibilitado o pagamento do imposto, sem acréscimos, com a consequente res-

tuição da mercadoria regularizada.»

Como se vê, o impetrante que, no curso de sua petição narrou ter requerido a efetivação do cálculo do tributo a recolher para o fim de obter a extinção da punibilidade do delito, na forma prevista no art. 18, par. 2º, do Decreto-Lei 157/67, não pediu, no mandado de segurança o recolhimento referido para tal fim, mas, tão-somente, para obter a liberação da mercadoria.

Essa orientação terá decorrido talvez de já haver cumprido a pena, porque preso em 8 de junho de 1976 e condenado a um ano de reclusão, mas, de qualquer sorte, ao que entendo, não tendo sido pleiteado o pagamento dos tributos para o efeito da aplicação do art. 18, par. 2º, do Dec.-Lei nº 157/67, não poderá ser deferido.

Tenho, assim, o último pedido como restrito ao pagamento de impostos e acréscimos com o objetivo de receber as mercadorias apreendidas, termos em que não pode ser deferido, pois a possibilidade que a legislação previa para tal, no art. 5º, do Dec.-Lei 399/68, foi afastada com a revogação de tal dispositivo pelo art. 41 do Dec.-Lei 1.455/76.

4. Assim, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, inciso V, do art. 104 do Dec.-Lei 37/66, e, com a vênica dos colegas que entenderam diferentemente, concedo a segurança em parte tão-somente para determinar a devolução, ao impetrante, da mercadoria que, no exame merceológico, foi apontada como usada, e, em consequência, não destina a comércio.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri Silveira:
Com a devida vênica do Sr. Ministro

Armando Rollemberg, acompanho inteiramente o voto do Sr. Ministro Paulo Távora.

EXTRATO DA ATA

MS 83.040-DF. Rel. Sr. Min. Paulo Távora. Reqte.: Antônio Ramos da Silva. Reqdo.: Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, preliminarmente, o Tribunal, contra o voto do Sr. Ministro Américo Luz, rejeitou a questão de inconstitucionalidade. No mérito, ainda por maioria de votos, concedeu, em parte, a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ficaram vencidos, em parte, os Srs. Ministros Amarílio Benjamin e Américo Luz que concediam a segurança em maior amplitude, e, o Sr. Ministro Armando Rollemberg, que a deferia em menos extensão. (Em 26-10-78 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Néri da Silveira e Jarbas Nobre votaram na preliminar com o Relator, no mérito, os Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, José Néri da Silveira e Jarbas Nobre votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Márcio Ribeiro (RI, art. 3º. O Sr. Min. Américo Luz é Juiz Federal, conyocado em decorrência da vaga verificada com o impedimento definitivo do Sr. Min. Décio Miranda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 83.818 — RS

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: FERTIPLAN S/A — Adubos e Inseticidas

EMENTA

Fiscalização do comércio de fertilizantes.

Ilegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração desse serviço, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia, e de serviços remuneráveis por meio de taxa, segundo o seu conceito tributário. Inconstitucionalidade das normas pertinentes — art. 8º da Lei 6.138/74, art. 66 do Decreto 75.583/75, e da Portaria MA-393/75.

ACORDÃO

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

Acordam os Ministros que compõem o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 6.138, de 1974, bem assim do art. 66 do seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 75.583, de 1975, e, ainda, da Portaria nº 393, de 1975, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura; inexistindo matéria residual, tomou-se conhecimento do mérito do recurso, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28-02-80 (data do julgamento). — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro José Fernandes Dantas, Relator

O Sr. Ministro José Dantas: A impetrante, ora apelada, qualificada como empresa sujeita à fiscalização do Poder Público, na atividade de «indústria e comércio, importação e

exportação de fertilizantes, inseticidas e defensivos agrícolas», pediu segurança contra o ato do Chefe do Grupo Executivo da Produção Vegetal do Rio Grande do Sul, Órgão do Ministério da Agricultura, que lhe estava exigindo recolhimento, acrescido de multa e correção monetária, do Preço Público relativo ao serviço de inspeção sanitária daquele seu comércio. Alegou o direito líquido e certo a recusar-se ao dito recolhimento, visto que seria inconstitucional o estabelecimento do regime de preços públicos para remunerar os serviços de inspeção sanitária e industrial. Esse regime, instituído pelo art. 4º da Lei 5.760/71, para os produtos de origem animal, de igual modo foi estendido aos serviços de inspeção e fiscalização do comércio de fertilizantes, corretivos e inoculantes destinados à agricultura, conforme remissão que lhe faz o art. 8º da Lei específica nº 6.138/74.

A irrogada inconstitucionalidade decorreria, em síntese, do fato de tratar-se de uma verdadeira taxa, gênero de tributo inconfundível pelo caráter compulsório de sua imposição, em correspondência ao exercício do poder de polícia, ao

qual não se pode escusar o contribuinte. Ao contrário disso, o preço público corresponderia à prestação de um serviço que ao contribuinte é facultado utilizar ou não. Dessa posição conceptual, forrada, aliás, em parecer do festejado Professor Ruy Barbosa Nogueira, ver-se-ia a desafeição da combatida exigência para com os princípios que regulam a instituição ou aumento dos tributos — arts. 19 e 153, § 29 da Constituição —, e também ao princípio que, do mesmo modo estabelecendo a lei por veículo único para fixação de alíquota e base de cálculo (art. 97, IV, do C.T.N), veda que as taxas tomem por base a que tenha servido à incidência de impostos (art. 18, § 2º da Constituição) — pecado último do analisado gravame, cobrado pela tonelagem do produto comercializado, a teor da Portaria 393/75, do Sr. Ministro da Agricultura.

Finalmente, defende-se o cabimento do mandato de segurança contra ato de execução da lei inquinada, diferentemente do que ocorrera aos M.S. 77.973 e 78.139, ambos não conhecidos porque atacavam ato normativo em tese, como fosse a citada portaria ministerial.

A sentença acolheu a argumentação da impetrante, com força do parecer oferecido, para deferir a segurança nos termos do pedido — fls. 80/88.

A apelação da União se socorre de acórdão proferido pelo S.T.F., na linha de que, na diferenciação entre taxa e preço público é perigoso invocar-se pronunciamento de autores estrangeiros, para os quais a opção não tem as conseqüências jurídicas que terão no Brasil, donde preferir-se acompanhar a classificação de origem, emprestada pelo legislador à forma de remuneração do serviço. (RE. 54.194 — informativo da Súmula 545 do S.T.F.) — fls.93.

O parecer parte para atribuir à impetrante o simples desejo de pro-

telar o pagamento do preço exigido, desde que a inconstitucionalidade argüida já teria sido recusada ao ensejo dos MS. n.ºs 77.973 e 78.138. No mérito, a douta Subprocuradoria-Geral da República reporta-se às razões por que, já naquelas oportunidades, defendera a constitucionalidade da instituição do preço público em causa, desde que facultado ao legislador estabelecê-lo, na ausência de critério científico seguro e diferencial entre ele e a taxa, tal como asseverado naquele mesmo padrão do S.T.F. — fls. 106.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): — Início por lembrar que, na verdade, nos indicados mandados de segurança, respectivamente relatados por mim e pelo Ministro Jarbas Nobre, o Tribunal não chegou ao conhecimento do mérito, então consistente de arguição direta de inconstitucionalidade das normas ora impugnadas.

Dessa maneira, ao impugnar-se ato de execução das ditas normas, bem se houve o juiz a quo em examinar a matéria por via do mandato de segurança.

Cumpre-nos, pois, em segundo grau, dizer do acerto ou não do juízo emitido por S. Exa., tocante à arguição que acolheu, a seu ver procedente porque inconstitucional, a exigência impugnada.

O deslinde da quaestio juris está mesmo no saber-se até onde pecou o legislador contra os dogmas constitucionais que asseguram a legalidade dos tributos, dentre estes as taxas, em rigorismo que não se estende à legalidade da instituição do preço público.

Da doutrina concernente, sabemos nós os pontos da distinção entre essas duas figurações remuneratórias dos serviços públicos. Feliz síntese

da matéria, nos seus contornos doutrinários, reputo de muita felicidade o prelecionamento do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, ao votar no RE. 75.580, sessão plena de 16-10-74.

Partindo dos autores estrangeiros, S. Exa., desceu ao exame da doutrina nacional, apreciando-a nestes termos:

«Tenho que a distinção entre preço e taxa foi feita, em obra clássica (Direito Tributário Brasileiro, P. 291), pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro. O preclaro Ministro, ao conceituar a taxa, frisa os aspectos jurídicos que a distinguem:» ...a taxa não tem por base um contrato, seja de Direito Privado, seja de Direito Público. Ela, como todo tributo, é obrigação *ex lege*. (Abro parênteses para observar que a este critério da facultatividade dos preços públicos e da coatividade das taxas se inclinam doutrina e jurisprudência, ainda que Giovanni Igrosso se refira à ténue forma de coação existente nos preços públicos (Curso de Finanza Pública, P. 251). Prossegue o Ministro Aliomar Baleeiro, quanto à caracterização da taxa: «Cabe, quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho particular e não pode ser objeto de concessão a estes». (E observe, aqui, a coincidência com distinção preconizada por Grizzioti, com apoio na essência do serviço público executado, ou seja, ser a taxa, retribuição de serviços jurídico-administrativos de sua natureza estatais).

A caracterização da taxa e a de preço público também a faz a Súmula 545, ao frisar que as taxas são compulsórias — ainda que seja inadequada a referência da mesma Súmula à prévia autorização orçamentária.

Observou Geraldo Ataliba (considerações em torno da Teoria Jurídica da Taxa, in *Rev. de Direito Público* 9/43 e segs.) que a taxa decorre do arbítrio legislativo, no sentido de que o «legislador atribui o regime jurídico que quiser à relação jurídica que tem por objeto o pagamento, caracterizando-a como uma relação de direito público ou de direito privado». A esta afirmação (que comporta restrições quanto a serviços jurídico-administrativos que se considerem presos a funções específicas do Estado) se pode aplicar a observação de Baleeiro in «Uma introdução à Ciência das Finanças», p.141: «Um preço público, como o de fornecimento de água, por exemplo, pode ser transformado juridicamente em taxa, se a lei torna compulsório o seu uso, ou o cobra coativamente, porque após o serviço à disposição dos moradores ou proprietários de certo local.»

É certo que, ulteriormente (Hipótese de Incidência Tributária, p. 179), Geraldo Ataliba propendeu à orientação sustentada por Marco Aurélio Greco sobre prender-se a taxa ao critério da prestação de serviço público (atuação pendente a satisfazer interesse público primário), sendo, o conceito de «preço», expressivo «de atividade desenvolvida para a satisfação de interesse público secundário».

De qualquer forma, porém, é no exame da legislação que se há de verificar a natureza ou a coatividade do pagamento do reclamado.

E — acrescento — óbvia é a irrelevância da denominação que a este se atribua, vários que são os casos em que, a preços públicos, se dá a denominação de taxa (v. Bernardo Ribeiro de Morais, «A Taxa do Sistema Tributário Brasileiro», p. 62 e segs.) — RE: 75.580.

De tão precisa síntese, infere-se solver-se a controvérsia mediante

exame da facultatividade do preço público, oposta à coatividade da taxa, predicamentos aferíveis pela natureza do serviço: primariamente estatal o interesse público visado, ter-se-ia a taxa; ou se apenas secundário o interesse público a satisfazer, defrontar-se-ia preço público, sem relevância, pois, a denominação textual do gravame.

Aplicada tão qualificada lição ao caso dos autos, restaria consultar até onde a obrigatoriedade da inspeção e fiscalização do comércio de fertilizantes, corretivos e inoculantes destinados à agricultura, deva ser classificado como prestação de serviço essencialmente estatal, repugnando o seu exercício por particulares.

Sem maior detalhe da lei, entretanto, o indagado serviço está bem descrito no regulamento (Decreto nº 75.583/75), conforme se vê, a exemplo:

«Art. 31. O Órgão fiscalizador será responsável pela inspeção, coleta de amostras e análises em fertilizantes simples, mistos e complexos, corretivos e inoculantes existentes nas fábricas, depósitos, armazéns, casas comerciais, trapiches, propriedades agrícolas, meios de transportes em geral e em quaisquer locais onde se fabriquem, manipulem, guardem, vendam, e apliquem, esses produtos.

§ 1º No caso dos inoculantes, somente terá valor para fiscalização a amostra coletada em poder do importador, produtor ou revendedor.

§ 2º Para dar cumprimento ao disposto no presente artigo, os funcionários encarregados da fiscalização terão livre acesso a todos os lugares ou estabelecimentos públicos e particulares nele indicados.

Art. 32. Somente serão consideradas, para efeito de fiscalização as amostras coletadas por funcio-

nários devidamente credenciados pelo órgão fiscalizador.»

Mais não se precisa para a identidade eminentemente estatal do serviço em causa. Voltada para a proteção da saúde pública, a examinada imposição legal configura o exercício do poder de polícia, na prática que se vê descrita nos dispositivos acima transcritos; desde o livre acesso dos fiscais àqueles lugares, até a privatividade dos mesmos agentes do poder público para a coleta das amostras do material sujeito à fiscalização, configurado se encontra, textualmente, o exercício do poder de polícia, pelo que exsurge, com dispensa de digressões outras, a causa típica da instituição das taxas, a rigor do que dispõe o art. 18, I, da Constituição.

Donde repelir-se, por inconstitucional, o art. 8º da Lei 6.138 — como as normas regulamentares conseqüentes — desde a remissão feita ao art. 4º da Lei 5.760; ler-se:

«Art. 8º Na execução desta lei os serviços prestados pelo Poder Executivo serão remunerados em conformidade com o art. 4º da Lei 5.760, de 3 de dezembro de 1971».

«Art. 4º Os serviços de inspeção realizados pela União serão remunerados pelo regime de preços públicos, cabendo ao Ministro de Estado fixar os valores de custeio e regular seu recolhimento.»

Decreto 75.583/75.

«Art. 66. Os trabalhos de atividades de inspeção e fiscalização do comércio de fertilizantes, corretivos e inoculantes serão remunerados pelo regime de preços públicos, fixados pelo Ministro de Estado da Agricultura que os atualizará, sempre que necessário e disporá sobre o recolhimento dos valores assim cobrados, observados os artigos 4º e 5º da Lei Delegada nº 8, de 11-10-62.»

De louvar-se, portanto, o parecer emitido em favor da impetrante e outros, pelo Professor Ruy Barbosa Nogueira, e reportado pela sentença, em trechos como estes:

«Pela natureza do Serviço Público compulsoriamente prestado em função da competência federal para regular a defesa e proteção da saúde (CF art. 8º, letras a, c), a pretendida receita só pode ser percebida na forma jurídica de cobrança vocativa, que especificamente é a taxa (CF art. 18, I, do C.T.N., art. 77). 2 — É legal a sua cobrança como pretendida? O custeio desses serviços pelo regime de preços públicos, conforme determina a Lei 5.760, de 31-12-71. (art. 4º) e Lei 6.138, de 8-11-74 (art. 8º) não é legal porque contraria todo o «Sistema Tributário», da Constituição da República, pois fere os rígidos e insuperáveis princípios da legalidade e anualidade da tributação. Como se vê do art. 18, I, da Constituição a única maneira de a União custear, no caso os serviços inerentes ao exercício regular do poder de polícia é por meio de Taxas. Como já vimos, também infringiria todo o sistema do lançamento (art. 150, do CTN), da cobrança e do processo tributário, tanto administrativo como judiciário (Decreto 70.235 e CPC). Fere e subverte também o devido processo legal («due process of law»). 3 — É legal a base de cálculo para esta cobrança? Tendo sido pretendida a cobrança por meio de Portaria Ministerial, uma vez que tal encargo só pode ser exigido como espécie tributária, juridicamente nada existe. Essa Portaria é irrita como ato jurídico, nada tendo criado no mundo jurídico. Quer pelo seu conteúdo, quer pela sua forma de portaria não atende, entre outras disposições, aos preceitos da Constituição Federal, art. 19, item I; art. 153, § 29 — CTN. Art. 97, item I; art. 150, nem mesmo ao disposto

no art. 77 e parágrafo do mesmo CTN sobre o tributo Taxa, específico, divisível e perfeitamente diferenciado inclusive em relação à base de cálculo de qualquer tributo. 4 — É constitucional a sua cobrança como pretendida? Por todas as violações já acima apontadas, a cobrança de «preço público» no caso, é flagrantemente inconstitucional pois encontra-se ao arrepio «do Sistema Tributário» estruturado pelo Capítulo V, Título I da vigente Constituição da República» — fls. 87/88.

Por assim também entender, meu voto refoge ao julgamento definitivo da apelação, de maneira a submeter ao Tribunal Pleno a apreciação da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 6.138/74 e do art. 66 do Decreto 75.583/75 (seu regulamento), e por via de consequência, da Portaria nº 393/75, editada pelo Sr. Ministro de Estado da Agricultura para a fixação do malsinado preço público.

Faço-o na forma do art. 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): — Senhor Presidente, como se viu do relatório, constante do respectivo acórdão, a Egrégia 4ª Turma acolheu a arguição da inconstitucionalidade que a própria sentença de primeiro grau havia acolhido.

Voltando ao assunto, mantenho o voto que ali proferi, nestes termos (lê — fls. 123):

Reproduzidos esses fundamentos, declaro a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei 6.138-74, art. 66 do Decreto nº 75.583-75 (seu regulamento), e, por via de consequência, a Portaria nº 393-75, do Sr. Ministro de Estado da Agricultura.

Finalmente, como não há matéria residual a examinar, porque outra não foi a matéria tratada na decisão

apelada, nego provimento à apelação, e confirmo a sentença remetida.

Apda.: Fertiplan S/A — Adubos e Inseticidas.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: — Dispensou-me de mais detido exame da matéria, após os pronunciamentos dos eminentes Ministros José Fernandes Dantas, Relator, e Carlos Madeira em voto vista. Convenço-me do acerto dessas duas ilustres opiniões, que convergem para a mesma finalidade, qual seja a da existência da eiva de inconstitucionalidade do que se cobra como preço público ao invés de taxa, tratando-se, na espécie, de serviço de fiscalização vinculado ao poder de polícia do órgão administrativo.

Acompanho, pois, a orientação da maioria para declarar inconstitucional o art. 8º, da Lei nº 6138/74; o art. 66, do Decreto nº 75.583/75, que a regulamentou; e, por via de consequência, a Portaria nº 393/75, do Sr. Ministro de Estado da Agricultura.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AMS. 83.818 — RS. — Rel: Sr. Min. José Dantas. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 6.138 de 1974, bem assim do art. 66 do seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 75.583, de 1975, e, ainda, da Portaria nº 393, de 1975, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Agricultura. Inexistindo matéria residual, o Tribunal, desde logo, tomou conhecimento do mérito do recurso, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença. (Em 28-2-80 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Britto, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Ademar Raymundo da Silva, Moacir Cantunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre e Aldir Guimarães Passarinho votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado o Sr. Min. Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Néri da Silveira.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.919 — DF

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Requerente: Ricardo André Vieira Diniz

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores

EMENTA

Administrativo.

Concurso Público.

Aptidão do candidato para o exercício do cargo: verificação do requisito, na forma do regulamento do concurso.

Sanidade e capacidade física e psíquica.

Investigação e entrevistas, desde que previstas no regulamento, constituem meios legítimos de aferição de aptidão para o cargo.

Aplicação do art. 22 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

Decisão de caráter administrativo que não contém afirmação lesiva de direito ou interesse legítimo do candidato.

**Alegação de inconstitucionalidade improcedente.
Segurança denegada.**

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de dezembro de 1980 (data do julgamento). Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza; Ricardo André Vieira Diniz, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do Senhor Ministro das Relações Exteriores, sob a alegação de que, após inscrever-se para prestar vestibular ao Curso de Preparação da Carreira Diplomática e obtido aprovação nos exames preliminares (primeira fase), submeteu-se, nos dias 9 e 10 de julho do corrente, aos testes da segunda fase, realizando os Exames de Sanidade e Capacidade Física e Psíquica, Investigação e Entrevistas, nos termos do item 16 e seguintes do Edital do Concurso, aprovado pela Portaria nº 486, de 18-9-79 (doc. fls. 06/29). E, prossegue, «ontem, a 16 do corrente mês, portanto, na antevéspera do início da 3ª fase do concurso, foi publicada a relação dos candidatos considerados aprovados nos Exames de Sanidade e Capacidade Física e Psíquica (2ª fase), não constando o nome do impetrante a quem verbalmente, foi comunicado que o Exmo. Sr. Ministro de Estado

das Relações Exteriores (autoridade coatora) havia aprovado o Laudo da Comissão que precedeu os exames da 2ª fase, julgando-o inabilitado para a carreira diplomática.»

Diante disso, requereu a presente segurança para ver declarado seu direito líquido e certo de continuar no concurso, prestando os exames da terceira fase no dia 18 de julho, tendo em vista que a maneira como é feito o exame psicotécnico e psicológico, sem dar ao candidato nenhuma oportunidade de verificar por que não tem condições para a carreira, sobre ser injusta e discriminária, é um meio de burlar o preceito contido no § 1º do artigo 97 da Constituição Federal, porque faz depender o ingresso no cargo público de um ato de vontade unipessoal; e, afinal, cumpridas as formalidades legais à procedência do pedido.

As fls. 32/33, concedi liminar para permitir ao impetrante a prestação dos exames correspondentes à terceira fase do concurso (fls. 34/35).

Cumprida a liminar (fls. 45) e, antes de prestadas as informações, ingressou o impetrante com a petição de fls. 37, comunicando ter sido aprovado na terceira fase, nos termos do art. 25 do Edital, conforme fora cientificado pela Secretaria do Instituto Rio Branco; mas que, surpreendentemente na Edição do dia 7 de agosto no Jornal de Brasília. E mais, por informações colhidas junto àquela mesma Secretaria, soube que a omissão de seu nome na referida relação se deveu à sua reprovação no exame de sanidade (2ª fase), objeto deste mandado de segurança.

Assim, requereu a extensão da liminar, para que fosse determinada a inclusão de seu nome entre os aprovados e, em conseqüência, republicado o resultado, visando assegurar-lhe todos os direitos contidos no Edital respectivo, como recorrer e matricular-se no Curso, de acordo com a classificação obtida.

As fls. 43, proferi o seguinte despacho:

«Diligencie-se ofício esclarecendo a autoridade apontada como coatora que o nome do impetrante deverá constar da relação de candidatos aprovados, se este for o caso, enquanto perdurar o decreto liminar, uma vez que tal providência não excede, mas apenas explicita o objeto do pedido do impetrante.»

Prestadas as informações pela autoridade coatora (fls. 47), a d. Subprocuradoria-Geral da República, invocando precedente deste Egrégio Tribunal (MS-88.203), opinou pela denegação da ordem (fls. 57/58).

Finalmente, fl. 65, o impetrado comunicou o cumprimento do despacho de fl. 43.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): A garantia constitucional da acessibilidade (como diz Pontes de Miranda) aos cargos públicos, na forma do art. 97, § 1º, da Constituição, é regulamentada pelo art. 22 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União.

O art. 22 diz assim:

«Só poderá ser empossado em cargo público quem satisfizer os seguintes requisitos:

.....

VII — possuir aptidão para o exercício da função.»

Menegale, comentando este dispositivo, estranha que se reporte à posse no cargo público, a qual (acentua) supõe a realização do concurso, a aprovação e a nomeação: seria mais sensato (adverte) que a aptidão física e psíquica, bem como a adequação moral do candidato fosse verificada com anterioridade.

Como quer que seja, o regulamento para a admissão de candidatos a carreira diplomática estabelece (e consta dos autos, publicado no Diário Oficial de 25 de setembro de 1979):

«Os candidatos habilitados nas provas vestibulares iniciais serão submetidos, em Brasília, a partir de 7 de julho de 1980, aos exames de sanidade e capacidade física e psíquica, assim como à investigação dos costumes e do conceito corrente e a entrevistas de avaliação profissional, de conformidade com as listas de chamada a serem afixadas na Secretaria do Instituto Rio Branco. Os candidatos residentes no Distrito Federal poderão ser convocados para esses exames e entrevistas antes da data mencionada.

Aos candidatos residentes nos Estados, o Instituto Rio Branco concederá transporte (ida e volta) entre as cidades onde houverem efetuado as provas vestibulares iniciais e Brasília, bem como alojamento pelo tempo necessário à prestação dos referidos exames e das provas vestibulares finais. O alojamento será fornecido até um dia depois da última prova ou, no caso de eliminação, até a data da divulgação do resultado do exame ou prova em que o candidato haja sido inabilitado. Esses candidatos receberão ainda, enquanto em Brasília, auxílio para alimentação.

Os candidatos residentes em Brasília deverão informar-se, junto à Secretaria do Instituto, com a de-

vida antecipação, dos dias e hora em que serão examinados. Os candidatos residentes em outras cidades serão avisados por telegrama, da data da realização do seu primeiro exame e das medidas que deverão tomar para se transportarem a Brasília e se apresentarem ao Instituto Rio Branco.

Na forma do art. 7º do Regulamento do Instituto, os exames de sanidade e capacidade física e mental, incluirão o estado da higidez física e mental, do perfil psicológico do candidato e de sua adequação às exigências da carreira diplomática; ficarão a cargo de entidade ou de junta médica de especialistas, à escolha do Diretor do Instituto Rio Branco, e serão complementados pelo exame dos costumes e conceito corrente do candidato. Todos esses elementos serão avaliados por uma comissão designada pelo Diretor do Instituto Rio Branco, que se louvará, para tanto, nos dados disponíveis e em entrevistas individuais com cada candidato.

Com base nos resultados dos exames e da avaliação, a Comissão emitirá, a respeito de cada candidato, parecer sobre sua aptidão para a carreira diplomática e sobre a conveniência de sua admissão às provas vestibulares finais.

Se a Comissão concluir pela inaptidão do candidato, o Diretor do Instituto submeterá o respectivo expediente, com o seu parecer, ao Ministro de Estado das Relações Exteriores. De igual forma procederá o Diretor nos casos em que discordar de conclusão favorável da Comissão. A decisão do Ministro de Estado será final. A inscrição no Exame Vestibular pressupõe a aceitação, pelo candidato, deste processo de decisão. Os candidatos considerados aptos ficarão habilitados a realizar as provas vestibulares finais.»

Como se vê, este caso apresenta certas peculiaridades.

De fato, não consta formalizado o ato atacado pela impetração. Este, na verdade, se exprime pela omissão do nome do impetrante na relação dos candidatos que foram considerados aptos, após a realização destes exames.

Este Egrégio Tribunal já se pronunciou no sentido de que estes exames concernentes à aptidão física e psíquica do candidato são legítimos, de que eles se inserem na permissão do art. 22 do Estatuto citado. Refiro-me ao Mandado de Segurança nº 83.068-DF, Relator o Senhor Ministro Aldir Passarinho (que proferiu minucioso voto). Não obstante concedido, o foi apenas para assegurar a participação do candidato nos exames de capacidade técnica ou intelectual, mas não porque o Tribunal considerasse ilegal a exigência de exame de aptidão psíquica e moral.

Eis como se pronunciou o Senhor Ministro José Néri da Silveira no citado Mandado de Segurança:

«Ora, deferida a medida liminar e assegurado ao candidato realizar as provas, realmente, foi garantido pelo Tribunal ao impetrante aquilo que ele pleiteava: realizar as provas da terceira fase. Há informações de que, nessas provas, ele logrou sucesso. Parece-me assim que, com a concessão do mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, que não coincidem inteiramente com os termos do voto do Sr. Ministro-Relator, nem com os fundamentos consoante os quais S. Exa. concedeu a segurança, o Tribunal estará apenas legitimando o resultado obtido pelo candidato nas provas intelectuais da segunda fase. Ele pediu mandado de segurança para fazer as provas. O Tribunal autorizou que ele as fizesse. O

candidato logrou aprovação. Quanto a isso, parece não existe realmente dúvida, pois está na relação dos aprovados nessa segunda fase. A concessão do mandado de segurança nada tem com a sua inabilitação na prova do exame psicotécnico. Continuará ele inabilitado no exame psicotécnico.»

Esta situação muito se assemelha, portanto, à dos matriculados em cursos em geral: quando professor de Matemática, por exemplo reprova aluno de curso de Engenharia, não precisa fundamentar a nota 5 ou 3 que lança na prova escrita. Os regulamentos de cursos de formação de candidatos a certa carreira podem manter o espaço adequado para que o serviço público tenha assegurado o necessário resguardo do interesse público na organização da carreira, especialmente quando o juízo de adequação do candidato não repercute sobre sua situação em outras esferas da vida e a carreira envolve interesses relativos à segurança do Estado.

No caso que ora apreciamos, o candidato não foi incluído na relação final e as informações não pormenorizam a causa determinante de sua exclusão.

Leio nas informações da autoridade coatora (fls. 47/49):

«Com efeito, em sustento de sua pretensão, tudo o que alega o Senhor Ricardo André Vieira Diniz é que o teste de aptidão a que se submeteu, após havê-lo aceitado implicitamente, não é válido em substância, além de ser eivado de inconstitucionalidade.

Ora, a discussão do mérito do resultado do exame a que se submeteu o impetrante não cabe no campo estreito do processo de Mandado de Segurança.

De outra parte, os exames de sanidade e capacidade física e

psíquica, investigação e entrevistas previstos nos itens 16 e seguintes do Edital do Concurso Vestibular ao Curso de Preparação à Carreira de Diplomata — exames que se baseiam no artigo 7º do Regulamento do Instituto Rio Branco e que vêm sendo aplicados há muitos anos — em nada vulneram a garantia constitucional de acesso legalmente regulado aos cargos públicos, pois não acrescentam qualquer exigência às que a lei estabelece para regular tal acesso.

Efetivamente, tais exames, investigações e entrevistas nada mais são que meios técnicos de verificar se os candidatos ao Curso de Preparação à Carreira de Diplomata preenchem os requisitos a que os incisos V, VI e VII do artigo 22 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União submetem a posse em cargo público; nada inovam quanto à própria natureza dos requisitos.

Cabe assinalar que a apuração prévia da existência de tais condições, no momento do Exame Vestibular, visa a evitar, para a Administração e, sobretudo para o candidato, desperdícios e frustrações posteriores.

Permito-me finalmente recordar que, ao julgar do Mandado de Segurança nº 88.203-DF, de 1979 (sessão de 4 de dezembro de 1979), impetrado pelo Senhor Décio Cavaleiro, essa Egrégia Corte já reconheceu tacitamente a validade — e a utilidade — dos exames a que foi submetido o Senhor Ricardo André Vieira Diniz.»

Entendo que o juízo de aptidão não pode ser exaurido em minudências cabais. O exercício desse juízo, na forma do Regimento, insere-se no art. 22 do Estatuto, que se abriga no art. 97 da Constituição.

Denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, no mandado de segurança a que se referiu o Sr. Ministro-Relator, entendi que deveria o então impetrante prestar as provas seguintes do concurso — provas intelectuais — de vez que a prova de aptidão não se inseria entre as eliminatórias do certame, de acordo com o art. 22, inciso 7º do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis.

No tocante à questão da aptidão, esta matéria foi desdobrada no segundo mandado de segurança, quando aquele mesmo candidato pleiteou a sua nomeação. Naquela oportunidade, meu voto mereceu o plácito dos demais integrantes da assentada julgadora. Repito o que havia dito no voto anterior, para distinguir bem as duas situações: (lê).

No caso concreto, verifica-se que no exame de aptidão foi ele eliminado. Se tal prova é falha, se o critério adotado não foi o melhor, para apurá-la, não pode a questão, no particular, ser examinada e decidida em mandado de segurança.

Assim, coerente com o julgamento deste Tribunal, ao ensejo da apreciação do Mandado de Segurança nº 84.868, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

É o meu voto.

VOTO

EMENTA:

Funcionalismo

Concurso de Diplomata.

Aptidão. Descabimento de discutir-se a respeito em tema de mandado de segurança.

A aptidão é requisito que deve possuir o candidato a cargo público para nele tomar posse, a teor do inc. VII do art. 22 do E.F.P.C.U. Se, após a devida apreciação pelos órgãos administrativos próprios, é considerado que o candidato à carreira de Di-

plomata não possui o requisito da aptidão, não há ilegalidade do Sr. Ministro das Relações Exteriores em não levar o nome do mesmo ao Sr. Presidente da República, para fins de nomeação. A aprovação no concurso, só por si, não é suficiente para que a nomeação se faça sem aquele outro requisito, também essencial.

Incabível, outrossim, discutirem-se em tema de mandado de segurança os critérios de avaliação da personalidade do candidato, relativamente a sua aptidão.

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho (Relator): Inicialmente, cabe esclarecer pequeno lapso da inicial. É que o impetrante concluiu as provas da 3ª fase do concurso para a carreira de Diplomata, não acobertado pelo acórdão deste Tribunal, no mandado anterior por ele requerido, mas sim por medida liminar deferida pelo MM: Juiz Federal da 3ª Vara, da Seção Judiciária do DF que, posteriormente, veio a se considerar incompetente para processar e julgar o "writ" e remeter os autos a este tribunal.

Em face da concessão do mandado de segurança, foi decidido que a verificação da aptidão do candidato para a carreira de diplomata não poderia ser incluída como prova do concurso, em face do que as provas da 3ª fase, a que já se tinha submetido o postulante deveriam ser consideradas válidas para os demais efeitos.

Esclarecido o pormenor, passemos ao exame do pedido.

Como ficou dito no relatório, o impetrante pleiteia que o seu nome seja apresentado pelo Sr. Ministro das Relações Exteriores ao Sr. Presidente da República para fins de nomeação, dado que, em face da concessão da segurança, veio a ser aprovado no concurso. O ilustre Ministro alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam, em face de

as nomeações para a carreira serem da competência exclusiva do Sr. Presidente da República.

Entretanto, tal como foi posta a pretensão, qual seja a de que o nome do postulante seja levado ao Chefe da Nação e apenas isto — não é de reconhecer-se tal ilegitimidade passiva, pois o Sr. Presidente da República não ficaria vinculado a qualquer decisão desta Corte a respeito, eis que não integra S. Exa. a relação processual, até porque não se encontram seus atos sujeitos aos controle jurisdicional do Tribunal Federal de Recursos. Além disso, é realmente da competência do Ministério das Relações Exteriores a verificação do atendimento dos requisitos dos candidatos para a nomeação.

Quanto à arguição da «coisa julgada», não há igualmente de prevalecer o argumento, eis que, segundo o disposto no art. 469, I do CPC não fizera «coisa julgada» os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

O Sr. Ministro das Relações Exteriores afirma que não demonstrou o impetrante possuir aptidão necessária para o ingresso na carreira de Diplomata, em virtude de revelar personalidade que não se mostra compatível com o exercício do cargo pretendido, como havia sido verificado.

Quando do mandado de segurança anteriormente examinado, o «writ» foi concedido pela circunstância estrita, expressamente mencionada, de não poder o requisito da aptidão, por se constituir em exigência diversa do próprio concurso, se incluir entre as provas deste. É que os requisitos do concurso e da aptidão eram itens diversos do art. 22 do Estatuto. Sustentei, porém, que possuir o candidato aptidão era condição necessária, prevista em lei, para a posse, conforme resultado do disposto no inc. VII do art. 22 do Estatuto dos Fun-

cionários Públicos da União. Mas logo no início do voto que então proferi deixei acentuado:

«Em tema de mandado de segurança, não é possível o exame aceito dos critérios de avaliação adotados no concurso, e nem mesmo se o resultado a que chegou a Comissão de Avaliação, e que mereceu a aprovação do Sr. Diretor do Instituto Rio Branco e a homologação do Sr. Ministro das Relações Exteriores foi porventura errôneo ou falho.»

E, declarei ainda:

«Sr. Presidente, o meu voto, em absoluto, impede o reexame dessa prova, ou proíba a manutenção dela pelo Itamarati ou, ainda, que venha a discuti-la judicialmente o impetrante.»

Na verdade, não é possível que se possa, em tema mandado de segurança, dizer se o ora impetrante possui ou não aptidão para o ingresso na carreira aludida. Outrossim, não há ilegalidade na determinação do Sr. Ministro das Relações Exteriores em não encaminhar o expediente de nomeação do postulante ao Sr. Presidente da República, se foi verificado, pelo órgão competente para tal fim, que o candidato não possui requisito expressamente previsto em lei para o exercício do cargo, qual seja o de possuir a necessária aptidão que se contém como exigência indispensável no art. 22, inc. VII da Lei nº 1.711/52.

Pelo exposto, indefiro o mandado de segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 89.919 — DF Rel.: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza. Requerente: Ricardo André Vieira Diniz. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal denegou a segurança. (Em: 19-12-80 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçal-

ves, William Patterson e Adhemar Raymundo votaram com o Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Hermillo Galant, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Peçanha Martins e Gueiros Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Néri da Silveira.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.995 — DF

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Requerente: Comercial Guaracaia Ltda

Requerido: Exmo. Sr. Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal

Litisconsortes: IBC e União Federal

EMENTA

Constitucional e processual civil — Mandado de Segurança — Ato do Conselho da Justiça Federal — Competência do Tribunal Pleno — Liberação de cafés — Reclamação — Constitucionalidade formal das normas do Regimento Interno do TFR que a instituem — Regimento Interno, artigos 194 e seguintes — Constituição, artigo 115, III.

I. Cabe ao Plenário do TFR o julgamento de mandado de segurança contra ato ou decisão do Conselho da Justiça Federal (Reg. Interno, art. 11, III; Lei nº 5.010, de 1966, art. 71).

II. Cafés de propriedade do IBC, adquiridos pela autarquia federal da firma Camer Mercantil de Café Ltda., efetuado o pagamento e a tradição da coisa. Reconhecimento dessa propriedade em Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 39.397-SP. Pedido de restituição desses cafés, feito por quem não era dona e nem possuidora dos mesmos, numa ação penal finda, em que a requerente não fora parte e em cuja ação penal não se encontravam apreendidos os cafés. Deferimento do pedido. Correção parcial interposta contra tal decisão, que o Conselho da Justiça Federal recebeu e transmitiu ao TFR como Reclamação, por descumprimento de decisão do Tribunal (Reg. Interno, art. 194). Legitimidade do ato do Conselho da Justiça Federal.

III. Constitucionalidade formal das normas inscritas no Regimento Interno do TFR e que instituem a Reclamação (Regimento Interno do TFR, artigos 194 e seguintes).

IV. Segurança indeferida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária rejeitar a questão de ordem levantada nesta assentada, no que respeita ao pretendido impedimento dos Srs. Ministros que compõem o Conselho da Justiça Federal, e rejeitar, por unanimidade, as preliminares argüidas; no mérito, também por unanimidade, denegar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1980.
— Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Comercial Guaracaia Ltda. impetra mandado de segurança contra ato do Egrégio Conselho da Justiça Federal que, em correição parcial requerida pelo Sr. Procurador-Geral da República, concedeu medida liminar, para o fim de impedir a restituição, à impetrante, ordenada em sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, em ação penal, de uma partida de café, e remeteu ao Egrégio T.F.R. a correição, transformando-a em reclamação, sem que houvesse nenhum reclamante.

Informa a impetrante que a Camer Mercantil de Café Ltda., na qualidade de proprietário de 65.971 sacas de café, faturou-as ao I.B.C., pelo preço de Cr\$ 2.272.660,00. O I.B.C. considerou indevidamente feito o faturamento e, invocando o seu poder de polícia, apreendeu o café. Houve instauração de processo criminal contra os diretores da Camer Mercantil de Café Ltda, ao argumen-

to de ter sido fraudulenta a classificação inicialmente obtida para a mercadoria. Além disso, pleiteou o IBC, no Juízo Cível, a condenação da Camer a restituir o dinheiro que lhe fora entregue em razão do faturamento com perda de toda a mercadoria faturada. A Camer concordou em devolver o dinheiro, pedindo, todavia, a devolução do café.

Na esfera penal, os diretores da Camer foram absolvidos, por inexistir ilícito penal, transitando em julgado a sentença. Na esfera civil, o Egrégio T.F.R., confirmando a decisão de 1ª instância, julgou improcedente a ação, e, também, a reconvenção, negando a existência de compra e venda do café e a possibilidade de composição do litígio em termos de direito privado e ressaltando às partes as vias administrativas para celebração de um acordo, nos termos da Resolução 502/67, do I.B.C, mantido, si et in quantum, o recebimento do café por parte do I.B.C.

Nos autos da ação penal, finda, requereu a Camer a restituição do café apreendido pelo I.B.C, que o Dr. Juiz deferiu, sentença que passou em julgado. Seguiram-se o termo de entrega, e a expedição de mandado para remoção do café, atos praticados já em benefício da Comercial Guaracaia Ltda., por força de cessão de direitos devidamente comprovada nos autos.

Publicado o v. acórdão do Egrégio T.F.R, na apelação cível, julgando improcedente a ação do I.B.C. e a reconvenção da Camer, certo que esta recorreu extraordinariamente apenas no que respeita à condenação do I.B.C. na verba advocatícia, o mesmo transitou em julgado, assentado que não houve compra e venda do café. O café continuara, então, pertencendo à Camer. Estava o café apreendido, é certo. O destino dele dependia do destino da ação penal. Encerrada a ação penal com senten-

ça absolutória, da qual não houve recurso, a Camer requereu e obteve a sentença de restituição, tudo na conformidade dos arts. 118 e segs. do Cód. de Processo Penal.

Alguns meses após o trânsito em julgado dessa decisão, já na fase de remoção do café, a Procuradoria da República em São Paulo, acompanhada pelo I.B.C., pediu a reconsideração da sentença restituitória do café, pedido que foi indeferido. Daí surgiu o pedido de correição parcial formulado pelo Procurador-Geral da República, com os mesmos objetivos do malgrado pedido de reconsideração.

Sustenta a impetrante, a seguir, que o Egrégio Conselho da Justiça Federal não acolheu o pedido de correição parcial, pedido, aliás, que fora feito a destempo, sete meses após o trânsito em julgado da sentença proferida no incidente da restituição. Por outro lado, era descabido o pedido de correição, à luz do disposto no art. 6º, I, da Lei 5.010/66, porque a sentença que determina a restituição de mercadoria apreendida em processo crime, por constituir o chamado corpo de delito, é apelável. Mas o Egrégio C.J.F., contrariando a regra *ne procedat iudex ex officio*, remeteu ao Egrégio T.F.R. uma reclamação sem que houvesse nenhum reclamante. Cabia ao Egrégio Conselho, pura e simplesmente, julgar o que lhe fora pedido, isto é, a correição. Competia a quem para isso tivesse legitimidade, reclamar, se quisesse. O Conselho não pode substituir a parte para pedir ao Tribunal o que ela não pediu. Tendo concluído pelo descabimento da correição parcial, não poderia o Egrégio C.J.F. transformá-la, de ofício, em reclamação. Então, escreve a impetrante, fls. 6/7:

«Na realidade, o ato do Conselho foi por três títulos ilegal:

ilegal por ofensivo ao princípio do impulso processual da parte

(Arruda Alvim, Direito Processual Civil e Processo, Vol. 1/115);

ilegal porque quem de Correição Parcial se defende, não pode ser surpreendido com sua mudança em reclamação;

ilegal porque, ao tempo da decisão impugnada inexistia a figura da Reclamação no Regimento Interno desse E. Tribunal.

8. — Dir-se-á que já existiu, no entanto, a reclamação prevista no capítulo I do Título V do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, ao tempo da decisão tomada pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal.

De fato, aquele Regimento diz que «cabera reclamação do Procurador-Geral da República ou do interessado na causa, para preservar a competência do tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões» (art. 161).

Mas daí a dizer que cabe reclamação do Procurador da República ou do interessado na causa para preservar, também, a competência de qualquer outro Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, vai uma distância muito grande.

E como erro de ofício ou abuso de poder não se pode qualificar o ato praticado pelo Juiz no desempenho de sua atividade normal de jurisdição.

9. — Eventual injustiça — inócurren-te, no caso — de uma decisão não autoriza o uso da reclamação. Nem é esta a medida adequada para aplinar suposta ou verdadeira — na espécie, apenas suposta — contradição entre a jurisdição penal e a jurisdição civil.

Como decidido na Reclamação nº 831, do Distrito Federal, «a finalidade da reclamação é a de preservar a integridade da competência do Supremo Tribunal Federal

ou assegurar a autoridade do seu julgado.»

Suposto que o Regimento do Supremo pudesse aplicar-se nesse E. Tribunal, ainda assim, como ficou assentado na referida Reclamação 931, são pressupostos da reclamação:

a) — a existência de uma relação processual em curso; e

b) — um ato que se ponha contra a competência do Supremo Tribunal ou contrarie decisão deste proferido nessa reclamação processual ou em relação processual que daquele seja dependente» («Revista Trimestral de Jurisprudência», vol 56/539).

No caso em exame, não havia relação processual em curso; ao contrário, havia coisa julgada. E nenhum ato se praticou que usurpasse a competência de qualquer tribunal. Não se diga que o M. Dr. Juiz descumpriu decisão desse Tribunal uma vez que sua sentença é de alguns meses anterior à publicação do acórdão proferido na ação cível do I.B.C., aliás julgada improcedente.»

Em seguida, passa a impetrante a aduzir argumentos no sentido de que a reclamação seria improcedente. O café, que foi apreendido, tornou-se objeto da ação penal. Julgada improcedente a denúncia, com a absolvição de todos os réus, haveria de ser restituído, como o foi, transitando em julgado a sentença do Juiz Criminal. Argumenta que a restituição foi ordenada, mediante o depósito da importância de Cr\$ 2.272.662,00, na forma do disposto no art. 120 e §§ do C.P.P., certo que a firma Camer Mercantil de Café Ltda., ou Comercial Guaracá Ltda., jamais se recusou a devolver o dinheiro recebido do I.B.C.. Tão logo o I.B.C. recusou a mercadoria, a Camer colocou à disposição da autarquia, com juros e correção monetária, o que havia re-

cebido, exigindo, apenas, que o café lhe fosse restituído. Diz que a devolução do café encontra eco tanto nos ditames do direito penal, quer substantivo quer adjetivo, como nas normas traçadas na Resolução 502/67, do I.B.C., de 10-11-67, mesmo porque o café objeto da causa é comercializável, como ficou apurado nos processos cível e criminal. Diz a impetrante, outrossim, que, em casos análogos, com outras firmas, o café foi restituído mediante a entrega do dinheiro recebido pelo faturamento considerado indevido. Há, pois, no caso, violação do princípio isonômico, já que a impetrante está sendo vítima de discriminação. Sob o título — «Da natureza jurídica do negócio em tela» — escreve a impetrante a fls. 22/26:

«20. — O I.B.C., não celebrou qualquer contrato com a Camer Mercantil de Café Ltda., pois o faturamento resultou do dever que se impôs de intervir na esfera privada como agente responsável pelo «equilíbrio do mercado do produto.»

Colocou-se, portanto, na posição de órgão governamental autárquico imbuído de poder público, na prática de um ato de império.

Essa tese prevaleceu na Segunda Instância, pelos votos dos Eminentíssimos Ministros José Néri da Silveira e Carlos Mário Velloso, motivando ementa do seguinte teor:

«AC 339.397 — SP — (Agravo no auto do processo) — Rel. Sr. Min. José Néri da Silveira, Rev. Sr. Min. José Dantas, Reqte. Juízo Federal da 4ª vara. Aptes. Camer Mercantil de Café Ltda. e outro, e Instituto Brasileiro do Café, Apdos. Os mesmos e Laerte Lucá e outros.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento aos Agravos no auto do processo. Também, por unanimidade, não

conheceu da apelação de Luiz Paterno Júnior e negou provimento ao recurso de Camer — Mercantil de Café Ltda. Ainda, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso de ofício e, à apelação do Instituto Brasileiro do Café, para estabelecer os honorários advocatícios em favor dos réus em 20% (vinte por cento) sobre o valor do pedido inicial, tudo nos termos do voto do Relator. Sustentaram, oralmente pelo Instituto Brasileiro do Café, o Dr. Arnaldo Brandão; pela Camer — Mercantil de Café Ltda., o Dr. Newton Hermano. (Em 23-6-78 — 4ª Turma).

Ementa: — I.B.C.

Aquisição de café.

Acusação de classificações fraudulentas em que envolvidos funcionários do IBC e sócios da empresa ré. Nas aquisições de cafés pelo IBC, em cada «safra, não cabe ver meras operações mercantis de compra e venda, como se a autarquia operasse, modo privado. Porque efetivamente de forma de intervenção do Estado do domínio econômico, se cogita, cumpre tudo se processe na conformidade das normas que disciplinam os embarques e aquisições de café em cada safra, expedidas pelo Governo Federal e também pelo IBC, no exercício de parcela de *ius imperii* da União Federal. Trata-se de *negotio juris* sujeito, assim, predominantemente, a princípios de direito público e não visualizável segundo meras proposições *iusprivatísticas*, da órbita do direito privado comercial. É que a operação intervencionista do Estado no domínio Econômico, nos termos da lei, pode, por vez, processar-se com utilização de institutos e princípios de direito privado. Importa, entretanto, ao examinar qualquer questão daí

promanante, não perder a perspectiva do direito público, de acordo com a qual se informa. Não é viável, assim, predicar de mera privacidade o que se dá segundo a natureza do direito público.

Ora, negada que foi a existência de um contrato de compra e venda, regida pelas normas do Direito Civil ou do Direito Comercial, restou apenas, a rejeição do café por parte do IBC e a sua apreensão nos termos dos itens 8º e 11º, § 2º da Resolução nº 335 do IBC e da lei processual penal, como já ressaltado linhas atrás.

H) — Da inexistência de Contrato de Compra e Venda.

21. Como sublinhado no substancial voto do eminente Ministro José Néri da Silveira, não há que se cogitar, na espécie de contrato de compra e venda, civil ou mercantil.

Cumpra tão-só indagar, se se deu ou não destinação certa do café, no processo crime.

Impõe-se resposta afirmativa.

A rejeição do café e a sua consequente apreensão obedeceram, rigorosamente, às normas que se achavam em vigor ao tempo em que essas medidas se deram.

Apenas por erro excusável dos classificadores do IBC, o café foi havido como portador dos requisitos mínimos exigidos para a sua aquisição e circulação junto aos consumidores.

O erro logo veio à tona, apurando-se, através de reclassificação a má qualidade da mercadoria.

Se tivesse havido fraude, como foi alegado no Inquérito Administrativo e no processo crime (denúncia), a sentença teria que ser condenatória.

E, mesmo com a absolvição dos réus, por não configurada a fraude, coisa reconhecida e proclamada e enfatizada tanto na esfera civil como na esfera penal, o café haveria de ser confiscado, nos termos do art. 100 do Código Penal, a fim de ser eliminado (Resolução do IBC), não tivesse advindo a Resolução nº 502, que abrandou os critérios classificatórios, permitindo, dessa maneira, a comercialização da mercadoria apreendida.

Tem-se, pois, que o café apreendido pelo IBC só se tornou restituível por direito superveniente a sua apreensão.

É de se salientar que o IBC, em todos os seus primitivos pronunciamentos sempre negou a formação de um contrato de compra e venda, batendo-se, ardentemente, pela tese do *jus imperii*, afinal acolhida pelo venerando acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos na esfera civil.

Fracassado o seu intento, de reaver o seu dinheiro sem restituir o café apreendido, deu uma guinada de 180° (cento e oitenta graus), para sustentar que celebrou com a Camer Mercantil de Café Ltda. um contrato de Compra e Venda perfeito e acabado.»

.....

Diz, ainda, que o v. acórdão do T.F.R. não tem o alcance que se lhe quer emprestar, já que é nenhuma a sua influência sobre a decisão do Juiz Criminal, que é competente para restituir coisas apreendidas em decorrência de suposto ou verdadeiro ilícito penal, nos termos dos artigos 118 e segs. do C.P.P., sendo de se ressaltar que a decisão no juízo criminal, ordenando a restituição do café, foi proferida e transitou em julgado antes da publicação do v. acórdão da apelação civil.

Escreve a Impetrante (fls. 26/27):

«De se ressaltar que a respeitável decisão no juízo criminal, ordenando a restituição do café, foi proferida e transitou em julgado antes da publicação do venerando acórdão já referido.

Ressalte-se que o venerando aresto superveniente em nada afetou a decisão criminal, mesmo porque com ela não conflita.

No juízo cível ficou decidido, simplesmente, que era impossível a composição do litígio pelo modo pretendido pelas partes, de vez que não se configurava contrato de compra e venda entre a Camer — Mercantil de Café Ltda. e o I.B.C. (a autarquia é entidade compreendendo a administração indireta da União), não se sujeitando, portanto, as regras do direito privado.

O recebimento do café por parte do I.B.C., que viu julgada improcedente a ação por ele proposta contra a Camer Mercantil de Café Ltda. com o objetivo de alcançar decreto da perda do café em favor da União, foi mantido *si et in quantum*, isto é, provisoriamente, portanto como declarado no voto vencedor do eminente Ministro José Néri da Silveira, de sorte não impeditiva da solução adotada na esfera criminal.

Mesmo que houvesse qualquer antagonismo entre a decisão criminal e a decisão cível, isso não acarretaria a falta de validade do mandado de remoção em poder do Senhor Oficial de Justiça.»

.....

Argumenta, a seguir, que o acórdão proferido na ação cível deixou expresso que não seria ele obstáculo a um acordo entre as partes. Pois nada, nada mais nada menos que um acordo, foi o que ocorreu no processo crime. Transcrevo a inicial, no ponto, fls. 34/36:

«25. Não é demasiado ressaltar que a veneranda decisão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, como declarado no voto do eminente Ministro José Néri da Silveira, não podia ser invocada para obstaculizar ou modificar a sentença restitutória do café.»

Com efeito, nele se contém o seguinte, com os grifos ora introduzidos pela impetrante.

«Não determinada a restituição do valor recebido pela ré, reconhecendo-se, ao contrário, que não ficou comprovado haja a operação se revestido de caráter fraudulento ou anulável, deve ser a mesma assim mantida na esfera administrativa, si et in quantum, cabendo solução diversa, apenas, se às partes convier ajustarem, amigavelmente.»

«O ato do IBC, de recebimento do café da firma apelante, deve ser mantido, permanecendo o produto com o autor, não cabendo acolher a alegada fraude. É evidente que extrajudicialmente, outra coisa poderão acertar a resolver as partes. Deixo aberta essa possibilidade. Se houver interesse do IBC e da firma (a ré parece que está realmente interessada em receber o café de volta) poderão ajustar dita solução. Não quero deixar sem esta ressalva para não resultar dúvida, quanto ao limite deste pronunciamento judicial que, à evidência, não pode impedir eventual acordo.»

Pois nada mais, nada menos que o acordo foi o que ocorreu no processo crime, onde a firma proprietária do café e a douta Procuradoria da República, acompanhada de perto pelo IBC, de tudo notificado sem que oferecesse qualquer oposição, acordaram na restituição do café, mediante depósito em juízo da importância cuja devolução vi-

nha sendo reclamada pela autarquia.

Se as partes, no ditame do venerando acórdão tantas vezes referido, podiam assim acordar extrajudicialmente, com mais razão podiam fazê-lo judicialmente, como aconteceu.

26. Bem postas as coisas, tem-se que a corretíssima sentença de primeiro grau, tendo em vista a plena concordância das partes, foi de caráter simplesmente homologatório da vontade dos interessados.

Uma vez homologado o acordo por sentença com trânsito em julgado, lícito não era a qualquer das partes arrepender-se, rompê-lo unilateralmente, ou buscar a reforma da sentença por meios inadmissíveis.

27. Por tudo isso, parece haver-se equivocado o eminente Ministro Lauro Leitão, Relator da Correição Parcial, ao afirmar:

«Examinando todos os elementos que integram o presente pedido de Correição Parcial, verifico que ganha relevo a alegação de que o Dr. Laurindo Minhoto Neto, Juiz Federal da 3ª Vara, descumpriu decisão tomada pela 4ª Turma deste Egrégio Tribunal no Julgamento de Apelação Cível nº 39/69.»

Ora, a sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara, foi, como já visto, simplesmente homologatória de um acordo entre as partes expressamente ressalvado no venerando acórdão da Egrégia 4ª Turma.

Assim sendo, não havia que se cogitar de despreiteo inexistente.

E, se o caso não era de correição parcial, cumpria ao Egrégio Conselho da Justiça Federal, após a bem acertada decisão de não conhecer do pedido, simplesmente ordenar o seu arquivamento, ao invés de transformá-lo, de ofício, em reclamação.

O ato foi abusivo e ilegal, contrário ao princípio de isonomia e ao princípio do impulso processual, ofensivo a direito líquido e certo da impetrante, até agora impossibilitada de remover o seu café, por força de uma liminar que se eterniza e que deveria ter sido de longa data revogada, não só em virtude do esgotamento do prazo que a lei concede para a duração de medida desta natureza, mas, também, como decorrência do não conhecimento da correição parcial.

Tudo isso, com ofensa, é a coisa julgada.»

Argumenta que a sentença que ordenou a restituição tornou-se res judicata, assim irretratável, porque não houve recurso. O Egrégio C.J.F., não conhecendo da correição, obrou como acerto, mas errou em transformar a correição em reclamação.

Conclui a Impetrante por sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos do novo Regimento Interno do Egrégio T.F.R., que estabelecem a reclamação, todavia, se constitucionais tais dispositivos, não seriam aplicáveis, no caso, porque o Regimento Interno é posterior ao ato do C.J.F. que transformou a correição em reclamação.

Diz a Impetrante que os dispositivos regimentais que instituem a reclamação são inconstitucionais, porque somente a União, através do Congresso, cabe legislar sobre processo (art. 8º, XVII, b, da Constituição). Há exceção em relação ao Supremo Tribunal (art. 119, § 3º, c), mas essa exceção contempla apenas a Corte Suprema. Conclui:

«De se concluir, pois, que a nenhum Tribunal, exceto o Colendo Supremo Tribunal Federal; este próprio no estreito campo da delegação recebida, é dado ampliar, na elaboração de seu regimento, a sua

competência, para penetrar no âmbito do direito processual propriamente dito.

Quaisquer disposições regimentais que afrontem essas privatividades e essa soberania indiscutíveis serão consideradas írritas e inconstitucionais. O mesmo destino é reservado às resoluções dos Tribunais que busquem fazer suas as normas de uso exclusivo do Colendo Supremo Tribunal, não passíveis de apropriação.

No caso sub judice, o Egrégio Conselho de Justiça Federal, pretende transformar uma correição parcial que ele próprio entendeu descabível, em reclamação, uma reclamação inventada ou suposta que nem como regimental pode ser qualificada, pois inexistia no Regimento Interno do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, cuja vida não se rege pelas normas regimentais do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos conhecer de Reclamação, teria que aguardar a criação dessa medida pelo seu Regimento Interno.

Mas, aí, estaria legislando, ferindo a Constituição Federal, como ressaltado pelo eminente jurista Hélio Tornaghi, em sua magnífica obra intitulada, «Instituições de Processo Penal», 2ª edição, vol. 1º, pág. 109:

«A Constituição de 1967 (art. 115, parágrafo único, c) introduziu e a de 1969 (art. 120, parágrafo único, c) (atualmente art. 119, § 3º c) manteve uma inovação no Direito Brasileiro: «o Regimento Interno (do Supremo) estabelecerá ... o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recursos». E o § 2º do art. 1º, do Código de Processo Penal assim dispõe: «os processos da competência originária

do Supremo Tribunal Federal rege-se pelas normas de seu regimento interno que também regularão os procedimentos dos recursos que ali são processados e julgados, na forma prevista na Constituição da República.»

Note-se que só mais alta Corte pode legislar sobre processo em seu Regimento. Qualquer outro juízo ou tribunal que pretendesse criar normas processuais estaria exorbitando.

30. Não obstante, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos veio a inserir no seu Regimento Interno (art. 194 a 201) a Reclamação como processual.

Acontece que, além da inconstitucionalidade dessa inserção, há que se considerar que o novo Regimento Interno só entrou em vigor no dia 23 de julho próximo findo, ou seja, muito tempo depois do trânsito em julgado da venerável sentença de primeiro grau visada pela correição parcial e da própria decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal.

Assim, não fosse a inconstitucionalidade já apontada, o remédio (reclamação) valeria para o futuro e não para situações definidas no passado.»

.....

A impetrante requereu, à fls. 275, a notificação do I.B.C. para, querendo, participar do processo, o que foi deferido, fazendo-se a sua notificação.

O despacho inaugural indeferiu a liminar.

O eminente Ministro Presidente do Egrégio Conselho da Justiça Federal prestou as informações que estão à fls. 369/375, acompanhadas de cópia do Relatório e Voto do Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão, na Correição nº 135/79—DF, constando na conclusão do voto que logrou adesão dos de-

mais Ministros integrantes do C.J.F., o seguinte:

«Examinando todos os elementos que integram o presente pedido de Correição Parcial, verifico que ganha relevo a alegação de que o Dr. Laurindo Minhoto Neto, Juiz Federal da 3ª Vara, descumpriu decisão tomada pela 4ª Turma, deste Egrégio Tribunal, no julgamento da Apelação Cível nº 39.397. Estou em que a decisão sobre a matéria versada nesta Correição extrapola os limites da competência deste Conselho, órgão administrativo que é, sem função jurisdicional.

Por isso, não conheço do pedido como correição, mas o considero como Reclamação, afetando, seu julgamento ao Egrégio Tribunal Pleno.»

O eminente Ministro Presidente do Egrégio Conselho Federal da Justiça encaminhando, também cópia do aresto da Egrégia 4ª Turma, na AC nº 39.397-SP, sendo um dos apelantes Camer Mercantil de Café Ltda., de que é sucessora a impetrante. Nessa decisão, tomada a 23-6-1978, se analisam os termos da sentença do Dr. Juiz Federal na ação penal, em virtude dos mesmos fatos.

Dizem as informações:

.....

«3. Do exame dessas peças, verifica-se que a Turma decidiu, no sentido de os cafés pertencerem ao IBC, em virtude da aquisição feita à firma Camer, e não como pretende a impetrante no item 4 da inicial. *Negotio juris* de aquisição dos cafés pelo IBC foi mantido. Não se lhe reconheceu a pretensão de restituição, por parte da ré, da importância paga pela Autarquia. Não se teve como comprovada a fraude. Não se deu pela anulação da operação aquisitiva dos cafés (76.697 sacas), referentes à safra 1965/1966. Pretendendo o IBC a restituição de Cr\$ 2.272.660,00, im-

portância que pagara à Camer, em virtude do negócio juris, que a Turma manteve, esta desacolheu o pedido da Autarquia. Em consequência, de explícito, também julgou improcedente a reconvenção da firma Camer, em ordem a lhe ser restituída a mercadoria. No voto, como relator, conclui:

«Com a ressalva feita em favor do IBC, para pedir, em ação própria, a restituição da parte que, a mais, recebeu a ré (Camer), em virtude da errônea classificação do café, que, reagentue-se, não se afirma fraudulenta, a operação havida de entrega do produto mantém-se.»

Noutro passo, a propósito da reconvenção, assinaei:

«Em verdade, a pretensão reconvenção só podia ser considerada a partir do momento em que o IBC, aforando a demanda, a 5 de abril de 1971, pediu a restituição do preço que fora pago, sem, entretanto, devolver a mercadoria que recebera. Somente a contar daí cabe, em verdade, considerar que surgiu para a ré a possibilidade de defender o direito que veio vindicar na reconvenção, qual seja, a devolução do café. A reconvenção está intimamente vinculada, à pretensão manifestada na inicial. Se o negócio juris houvesse permanecido, como até 1971 estivera, evidente não existiria uma pretensão de parte da ré a receber em devolução os cafés que entregara ao IBC. Pretende, todavia, agora, o IBC ser indenizado em virtude da operação em apreço, sem a devolução da mercadoria. A reconvenção se formulou nesses termos e não pode contra ela ser alegada prescrição.»

No mérito, porém, nego provimento à apelação da ré.

Se amigavelmente resolverem as partes acertar especial solução, assim como já foi feito com muitos dos que entregaram cafés, consoante se alegou, é outro problema. Não, entretanto, por força da ação e da reconvenção. Não há falar, aqui, em rescisão unilateral do contrato, porque a matéria não pode ser visualizada, modo privado, como inicialmente examinei. Não há, no caso, mero contrato mercantil de compra e venda ou de adesão, como reconhecer, a propósito dessas operações, o Supremo Tribunal Federal, nos referidos Mandados de Segurança n^os 18.991, 18.809, 19.907, em agosto de 1974 e 16 de outubro de 1974.

Não determinada a restituição do valor recebido pela ré, reconhecendo-se ao contrário, que não ficou comprovado haja a operação se revestido de caráter fraudulento ou anulável, deve ser a mesma assim mantida na esfera da administração, si et in quantum, cabendo solução diversa, apenas, se às partes convier tal ajustarem, amigavelmente. A ré contestou e, na oportunidade, afirmou que concordava em aceitar de volta a mercadoria, devolvendo o dinheiro. Se o café era imprestável, pediu que o IBC o devolvesse. A seguir, a ré assevera que o objeto da ação é a restituição do dinheiro e opõe a reconvenção pedindo a devolução da mercadoria. Penso, assim, que o único fundamento da reconvenção (naquilo que a reconvenção não foi mera proposta de acordo), à vista dos explícitos termos da apelação da ré, se esvaziou de conteúdo. Não se dá a rescisão unilateral do contrato mercantil. O ato do IBC de recebimento do café da firma apelante deve ser mantido, permanecendo o produto com o autor, não

cabendo acolher a alegada fraude. É evidente que, extrajudicialmente, outra coisa poder-se-á acertar e resolver as partes.»

4. Dessa sorte, não havia como determinar a restituição dos cafés que a Turma considerou objeto de *negotio juris*, que se manteve, em não reconhecendo comprovada a invocada causa de fraude, que o IBC deduzira na ação. Teve-se como subsistente a aquisição dos cafés. Logo, em determinado sua restituição à firma vendedora, o Dr. Juiz Federal, nos autos da ação penal, descumpriu inteiramente o que decidira o Tribunal, por sua Turma julgadora, na Apelação Cível nº 39.397-SP.

A hipótese, posta à consideração do Conselho, órgão do Tribunal, era assim de Reclamação, por descumprimento de acórdão da Corte, em virtude de despacho de Juiz de primeiro grau, que importou em cassar o *decisum* da Turma, em ordenando a devolução dos cafés à ora impetrante, os quais, em negócio jurídico tido como válido, adquirira o IBC, mediante o pagamento da importância acima mencionada.

De outro lado, tanto a figura de Reclamação já se admitira no TFR, que a presente tem o número de ordem 128-SP. Nem é possível entender que o desrespeito frontal a julgado do Tribunal, por juiz a ele subordinado, não possa ser suscetível de censura, pela mesma Corte, em razão da reclamação formulada pela parte interessada. Na hipótese, a parte requereu Correição Parcial ao Conselho impetrado, que se compõe de membros do próprio Tribunal. Entendendo o Conselho que, na espécie, se configurava, no despacho do Juiz Federal, desrespeito à decisão recentemente tomada por uma Turma julgadora, certo estava não lhe caber cassar o ato judicial impugnado,

mas, desde logo, suspensos os efeitos do despacho, afetar, ao Tribunal, o conhecimento do pedido, como reclamação, em que reclamante o mesmo requerente da Correição e reclamado o Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, de São Paulo.

5. De outra parte, é bem de ver que a decisão, na Apelação Cível nº 39.397, da 4ª Turma, é de 23-6-1978, estando presentes as partes que fizeram sustentação oral. Pois bem, a decisão que determinou a restituição dos cafés (65.771 sacas) é de 18-1-1979. Não podia, à evidência, Camer Mercantil de Café Ltda., com pleno conhecimento da decisão da 4ª Turma, que manteve o *negotio juris*, ir aos autos do processo-crime, já findo, para pedir restituição da mercadoria que sabia não ter sido apreendida, em razão do procedimento criminal movido contra funcionários do IBC e Diretores da firma. Os cafés passaram à posse do IBC, em virtude da respectiva aquisição, com o correspondente pagamento. Tudo isso foi objeto da ação e reconvenção, entre as referidas partes. Tudo isso fora discutido nos autos do processo cível e veio a merecer a decisão anterior da Turma, que julgou improcedente a ação e reconvenção. Portanto, manteve o negócio celebrado entre as partes, explicitando-se, inclusive, na decisão amplamente debatida a causa pelas partes, que estas poderiam, amigavelmente, se o pretendessem, rescindir o negócio. Como então, logo após, Camer Mercantil de Café Ltda. comparecer ao Juízo Federal e, nos autos do feito criminal, de que resultara absolvição dos réus (funcionários e Diretores da Firma), pleitear restituição da mercadoria, como se esta houvesse sido apreendida, em razão da ação penal?

A desobediência à decisão do TFR não pode ser admitida, in

casu. Cumpre reconhecer a viabilidade de, em Reclamação, fazê-la prosperar. O IBC adquiriu os cafés mediante pagamento. Essa situação foi mantida pela Turma. Não podia o Juiz Federal determinar sua restituição, por despacho, nos autos da ação penal.»

O I.B.C. veio aos autos, através da petição de fls. 482/486, pedindo sua admissão como assistente da autoridade apontada coatora. Esclareceu que não figurou na correição endereçada ao Egrégio C.J.F. como parte, pois foi a União que postulou a medida junto ao aludido Colegiado. Pediu, então, a notificação do Ministério Público Federal. Argumentou, a seguir (lê fls. 482/486).

Concluiu:

«De sorte que, demonstrado pelo v. acórdão referido (e já constante dos autos), ter o IBC comprado de Camer Mercantil de Café Ltda. o produto em questão, e passando o mesmo a integrar o patrimônio da União, inadmissível outorgar-se credibilidade à prolixa petição apresentada pela Impetrante que, além do mais, parte de premissa totalmente diversa da realidade, ou seja, abroquela suas alegações em indiscutível contrariedade ao que veio consagrado no v. aresto do Eg. TFR: A propriedade dos cafés em causa é da União, já que adquiridos pela Autarquia, a que, incumbe tão-só administrá-los na execução da política econômica paratál estabelecida.

Assim, Exmos. Srs. Ministros, reiterando o requerimento supra de vir o Ministério Público Federal a ser também notificado para integrar o processo, é de ser confiantemente esperada, após esclarecida a matéria quanto à intangibilidade da decisão proferida pelo Egrégio Conselho de Justiça Federal, a de-

negação da medida postulada por Comercial Guaracaia Ltda, pois de todo infundada a petição submetida à dedução jurisdicional.»

Ordenada a notificação do Sr. Procurador-Geral da República, S. Exa. veio aos autos, através da petição de fls. 490, do seguinte teor:

«1. O Procurador-Geral da República, notificado por Vossa Excelência dos termos do mandado de segurança em epígrafe, vem dizer que se reporta, sem o que aditar, aos argumentos ora trazidos ao processo pela Autarquia cafeeira, em atenção à qual a União tomara a iniciativa de postular correição parcial, ulteriormente recebida como reclamação.

2. Invocando, outrossim, as doutíssimas informações prestadas a Vossa Excelência pelo Sr. Ministro José Néri da Silveira, na qualidade de Presidente do Egrégio Conselho impetrado, conclui proponhando pela denegação da segurança.»

Oficiou, ao cabo, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. João Henrique Serra Azul, com aprovação do Subprocurador-Geral Geraldo Andrade Fonteles, da seguinte forma:

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Senhor Ministro Presidente do Egrégio Conselho de Justiça Federal, por Comercial Guaracaia Ltda., alegando inconstitucionalidade do Regimento Interno do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, e a ausência de sua vigência, para fazer prevalecer sentença de primeiro grau que «descumpriu inteiramente o que decidira o Tribunal, por sua turma julgando a apelação Cível 39.397-SP» (Informamos) (fls. 373), com isto trancando o

Curso da Correição Parcial transformada em reclamação.

2. Em suas doutas informações de fls. 369/375, esclarece o eminente Ministro José Néri da Silveira, Presidente do Conselho de Justiça Federal, que:

«a hipótese, posta à consideração do Conselho, órgão do Tribunal, era assim de Reclamação, por descumprimento de acórdão da Corte, em virtude de despacho de Juiz de primeiro grau, que importou em cassar o decismum da Turma, em ordenando a devolução dos cafés à ora impetrante, os quais em negócio jurídico tido como válido adquiriria o IBC, mediante o pagamento da importância acima mencionada.

De outro lado, tanto a figura da Reclamação já se admitira no TFR que a presente tem o número de ordem 128-SP. Nem é possível entender que o desrespeito frontal a julgado do Tribunal, por Juiz a ele subordinado, não possa ser suscetível de censura, pela mesma Corte, em razão da reclamação formulada pela parte interessada. Na hipótese, a parte requereu Correição Parcial ao Conselho impetrado que se compõe de membros do próprio Tribunal. Entendendo o Conselho que, na espécie, se configurava, no despacho do Juiz Federal, desrespeito à decisão recentemente tomada por uma turma julgadora, certo estava não lhe caber cassar o ato judicial impugnado, mas, desde logo, suspensos os efeitos do despacho, afetar, ao Tribunal, o conhecimento do pedido, como Reclamação, em que reclamante o mesmo requerente da Correição e reclamado o Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, de São Paulo.

De outra parte, é bem de ver que a decisão, na Apelação Cível

nº 39.397, da 4ª Turma, é de 23-6-78, estando presentes as partes que fizeram sustentação oral.

Pois bem, a decisão que determinou a restituição dos cafés (65.771 sacas) é de 18-1-1979. Não podia, à evidência Camer Mercantil de Café Ltda., com pleno conhecimento da decisão da 4ª Turma, já findo para pedir restituição da mercadoria que sabia não ter sido apreendida, em razão do procedimento criminal movido contra à posse do IBC, em virtude da respectiva aquisição, com o correspondente pagamento. Tudo isso foi objeto da ação e reconvenção, entre as referidas partes. Tudo isso fora discutido nos autos do processo cível e veio a merecer a decisão anterior da Turma, que julgou improcedentes a ação e reconvenção. Portanto, manteve o negócio celebrado entre as partes, explicitando-se, inclusive, na decisão, amplamente debatida a causa pelas partes, que estas poderiam, amigavelmente, se o pretendessem, rescindir o negócio. Como então, logo após, Camer Mercantil de Café Ltda. comparecer ao Juízo Federal, e nos autos do feito criminal, de que resultara absolvição dos réus (funcionários e Diretores da firma), pleitear restituição da mercadoria, como se esta houvesse sido apreendida, em razão da ação penal?

5. Em preliminar, parece-nos, data venia, que o impetrante deve providenciar a citação de todos os que foram parte no processo, como litisconsortes necessários, no prazo que lhe for assinalado, sob pena de extinção de processo (artigo 47, § único do CPC).

4. Ainda em Preliminar, o Colendo Supremo Tribunal Federal tem decidido não caber mandado de se-

gurança contra ato do Conselho de Justiça, verbis:

«Não cabe mandado de segurança contra decisão do Conselho Superior da Magistratura que, em correição parcial, restaura o império da legalidade do processo.» (STF., 2ª Turma, Recurso Mand. Seg. nº 11.363, DJ de 10-8-67, p. 2.337).

5. No mérito, as judiciosas informações do eminente Ministro José Néri da Silveira mostram, à evidência, que o ato do Magistrado que, hierarquicamente inferior afronta o decidido pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos, deve submeter-se ao superior reexame deste, sob pena de fazer-se tabula rasa¹ do 2º grau de jurisdição. Quanto à questão da inconstitucionalidade, reportamo-nos ao parecer em anexo, da Dra. Iduna E. Weinert, que mostra o vício da transformação da Correição em Reclamação.

Isto posto, opinamos pelo não conhecimento do mandamus ou concessão no que tange à inconstitucionalidade do Regimento Interno.»

O parecer está instruído com cópia de um outro parecer, lavrado pela Procuradora Iduna E. Weinert, com aprovação do ilustre Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, dado na Reclamação nº 129-RJ, apresentada uma reclamação trabalhista. Nesse parecer, por cópia à fls. 496/500, está escrito:

«3. Observação preliminar cumprir fazer, ante a autuação do feito como «Reclamação», espécie processual inexistente no Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos à época do oferecimento da petição inicial.

4. Não obstante estar a «Reclamação» «prevista, expressamente,

no novo Regimento Interno da Corte (arts. 194/201), publicado no D.J. de 18-6-80, em verdade, a vista dos arts. 115 e 122 da Constituição Federal, não está a Egrégia Corte revisional da Justiça Federal investida de competência para legislar sobre matéria processual ficando restrita, por conseguinte, aos limites impostos pelos diplomas processuais em vigor, que não prevêm a dita espécie.

5. Somente à União confere a Constituição Federal competência para legislar sobre direito processual, nos termos do art. 8º, inciso XVII, letra b, exceção aberta, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal que pode dispor, em seu Regimento Interno, sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal (art. 11º, § 3º letra c).

6. Inexistindo a figura processual da «Reclamação» nas leis federais que colocaram em vigor os códigos de processo, inconstitucional é a sua criação pelos Tribunais do País, em seus regimentos internos, na conformidade do que estabelecem os arts. 8º, inciso XVII, letra b e 115, da Lei Maior e, em particular, o art. 122, que diz respeito ao Tribunal Federal de Recursos.

7. Impossível seria, por outro lado, a aplicação analógica do art. 161, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pedida pelo autor, eis que, sobre direito processual, a competência para a expedição de normas é, como visto, rigidamente fixada pela Constituição.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): As preliminares argüidas pela ilustrada Subprocura-

doria-Geral da República não têm procedência.

Os litisconsortes necessários, o I.B.C. e a União Federal, foram devidamente notificados, ou citados, e estão residindo nos autos (fls. 482/486, o I.B.C., através do seu Procurador-Geral; fls. 490, a União Federal, através do Procurador-Geral da República).

II

Por outro lado, a jurisprudência da Casa é no sentido de que as decisões do Eg. Conselho da Justiça Federal podem ser atacadas via do «writ». E nem poderia ser de outra forma, face ao que está inscrito no § 21 do artigo 153 da C.F., convindo esclarecer que o Egrégio Conselho da Justiça Federal é órgão administrativo.

O que cumpre observar é se há direito líquido e certo a ser amparado, certo que, conforme já escrevi, «direito líquido e certo é o que se apoia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis. Incontroversos os fatos, ao juiz caberá resolver a questão de direito; se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá direito líquido e certo», conforme ensina Celso Barbi («Do Mandado de Segurança», p. 85). (Conf. meu «Do Mandado de Segurança», Rev. OAB-DF, nº 8, 1979, p. 9).

A competência, por outro lado, para conhecer e julgar mandados de segurança contra ato do Conselho da Justiça Federal é deste Plenário, ex vi do disposto no art. 11, III, do Regulamento Interno que repete, no particular, o que está disposto no art. 71 da Lei nº 5.010/66.

Afasto, pois, a preliminar argüida pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, de que não caberia mandado de segurança contra ato do Conselho da Justiça Federal.

Passemos ao exame do caso.

III

Primeiro que tudo, é necessário esclarecer as coisas no que toca à operação em torno do café, objeto da causa.

O que aconteceu foi o seguinte:

O I.B.C. moveu uma ação ordinária contra a Camer Mercantil de Café Ltda. e outros.

É que a atarquia cafeeira comprara da Camer, efetuado o pagamento e a tradição da coisa, uma partida de café. Verificou o I.B.C., depois, que comprara um café classificado num tipo superior ao real.

Conforme falamos, o pagamento fora feito à vendedora, Camer, e o café objeto da compra e venda entregue ao comprador, o I.B.C.

Na ação ordinária, pretendeu o I.B.C., então, se ressarcir do prejuízo com juros de mora, custas, honorários e correção monetária, se for o caso. Pediu, ainda, o confisco de bens particulares dos sócios.

A Camer contestou a ação e apresentou reconvenção, da seguinte maneira, conforme resumido no relatório da AC nº 39.397-SP (acórdão por cópia à fls. 391/480):

.....

«Contestando a ação, Camer — Mercantil de Café Ltda., Wladimir Fiandra Flores, Edmundo Pandini e Francisco de Cesare Filho alegam, em resumo (fls. 217/229): que, preliminarmente, não compreendem os contestantes porque o autor envolve na ação os sócios da firma Camer Mercantil de Café Ltda., se esta foi a contraente no contrato de compra e venda de café e tem personalidade jurídica distinta das pessoas físicas dos sócios que, em verdade, o autor quer rescindir o contrato, ficando com o café, mas exigindo a devolução do preço; que os sócios são partes ilegítimas; que, no mérito, os sócios negam, terminantemente,

mancomunação com os funcionários do IBC para lesá-lo; que a prova precisa, completa e concludente cabe ao autor; que o autor deve pedir a reparação do dano, se for o caso, dos seus funcionários, e não de terceiros; que não existe, por outro lado, um critério objetivo, concreto, invariável para a classificação do café; que o critério variável não dá base segura para se determinar o que seja café tipo 8 ou inferior ao tipo 8; que o IBC muitas vezes é obrigado a baixar resolução para permitir o que antes era proibido; que em relação as safras de 1961/62 a 1966 e 1967, foram permitidas a cotação, rebeneficiamento e a liga de café recusados; devolução aos entregadores dos cafés recusados; substituição dos cafés recusados; devolução, para retorno ao interior, de cafés existentes nos portos, de tipos inferiores, com mais de 1% de impurezas; tolerância na contagem dos defeitos intrínsecos; trânsito e comércio de café abaixo do tipo 8; compras oficiais do produto em áreas anteriormente não permitidas; que mesmo prevalecendo a segunda classificação dos cafés em causa, não seriam excluídos da comercialização; que o IBC, em sua reunião nº 502/67 permitiu a devolução e reclassificação dos cafés inferiores ao tipo 8 sem a contagem de quebrados, chochos e malgranados, que daí resulta que o critério de classificação varia e que o café questionado não estaria fora de mercado; que, a respeito, veja-se a mundança de critério estabelecido pela Resolução número 539/71; que o autor não esclareceu se o café foi entregue com vício oculto ou que apresentasse defeito de qualidade essencial; que, nesse caso ou no outro, as medidas premonitórias são diferentes, tais como interpelação e depósito do café; que o prazo prescricional é diferente; que o autor cobra o preço de

10.726 sacas de café faturados por outras firmas não integrantes da demanda, como constam de relação junta; que a firma está disposta a devolver o preço de 65.971 sacas de café mediante a devolução de quantidade correspondente de café; que o IBC tem devolvido café no interesse da economia nacional para o consumo interno, fabrico de café solúvel e formação de liga.

Em reconvenção, a firma Camer — Mercantil de Café Ltda. alega que o café (65.971 sacas) tem aproveitamento comercial e, nesta situação, deve ser devolvido para que o autor não se enriqueça ilícitamente; que essa devolução é no interesse do próprio IBC, a exemplo de orientação por ele adotada nesse sentido; que, nessa situação, o autor deve arcar com as despesas desta ação, inclusive honorários. Com a contestação, os documentos de fls. 230/236.»

.....

Em resumo, disse a Camer, na contestação, que o café era comercializável. Que estava ela disposta a devolver o preço de 65.971 sacas de café mediante a devolução da quantidade correspondente de café. Na reconvenção, aliás, sustentou que o café teria aproveitamento comercial. Assim, devia ser devolvido. Pleiteou a Camer, portanto, na reconvenção, fosse o café a ela devolvido.

A sentença de 1º grau concluiu:

.....

«Em conclusão, o IBC não fez prova do prejuízo sofrido, não ficou sequer, o número de sacas compradas eis que, alegando ter adquirido 76.697 sacas de café, não impugnou o número de sacas 65.971 — indicado pela firma Camer — Mercantil de Café Ltda. Não indicou o vício oculto ou vício de qualidade essencial que justificasse a rescisão dos contratos, se fosse o

caso. Não propôs e deixou claro que não se trata de anular contratos, mas de restituir o preço do café e deixar que esse café seja confiscado pelo IBC, embora seja café de comercialização, próprio para o consumo interno, fabrico de café solúvel e formação de pilhas ou ligas. Não explica o IBC por que pretende ficar com o café sem desembolsar o preço, se o mesmo ainda que fosse todo tipo 8, excluída a contagem dos chochos, malgranados e quebrados, pudesse ser devolvido do seu dono antigo, nos termos da Reunião nº 502, do IBC, de que trata o ofício circular de fls. 614/617.

São fatos que destroem a pretensão do autor. Se alguns deles militassem a seu favor, a ação estaria prescrita ou pelo § 2º, ou pelo § 9º, n. V, art. 178, Código Civil.

Pelo exposto, julgo o autor carecedor de ação contra os réus Michel Andery, Francisco Cesare Filho, Edmundo Pandini, Wladimir Fiandra Flores, Peregrino Pinheiro, Laerte Lucá, Antônio Basile e Luiz Bezerra Peregrino, condenando o autor nos honorários de seus respectivos advogados, na base de 10% (dez por cento), a cada um, sobre o valor da causa, considerando que cada réu foi chamado para responder pela dívida toda, como responsável solidário. Em relação à firma Camer Mercantil de Café Ltda. ou seu cessionário Luiz Paterno Júnior (fls. 575/577), julgo a ação improcedente, condenando o autor nas custas e honorários de advogado da firma ré, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Não havendo mais necessidade das amostras de café em depósito nesta Secretaria, oficie-se ao IBC colocando as mesmas à sua disposição.»

.....
 Ao que se verifica, a ação foi julgada improcedente em relação à Camer.

Resolvendo embargos de declaração, decidiu o Dr. Juiz que a reconvenção ficara prejudicada (fls. 402).

IV

O IBC apelou, dando origem à AC 39.397-SP. Suas razões foram resumidas no relatório da mencionada AC nº 39.397-SP, assim:

«A par da remessa de ofício, apelou o IBC. às fls. 763/781, sustentando, em síntese: a) que na sua missão não pratica atos de comércio, que não se trata na hipótese de «compra e venda do café, dando a essa compra e venda conotação estrita do direito comercial» como o fez a r. sentença, mas de intervenção no mercado, política essa executada em decorrência de lei e que no «caso dos autos, em 1965 o IBC resolveu retirar do mercado certa parcela do produto para melhorar o preço do café e fixou através de Resolução (a de nº 336) as condições de preço e diversas outras, entre as quais os tipos que seriam apreendidos quando do objeto de tentativa de comercialização, no caso específico, abaixo de 8 (oito). Os apelados entregaram por fraude cafés abaixo de 8 (oito) e, assim, tais cafés ao entrarem nos armazéns da Autarquia seriam simplesmente apreendidos e incorporados aos estoques dela» (sic). Não os foram por fraude e mancomunação com funcionários seus. Assim, vencidos ficam os pressupostos da decisão recorrida de que a matéria é regida pelo Código Comercial; b) que a sentença entende não provado o prejuízo do IBC, pois segundo a mesma «café objeto desta ação é aproveitável para a industrialização do solúvel.» Insurge-se o apelante e informa que «a safra 65/66 foi regulamentada pela Resolução nº 366. Resolução essa que estabeleceu, imperativamente, condições de preço e qualidade para o produto e, tais

condições não foram obedecidas em decorrência de fraude», c) que não há falar em constituição, demora ou ocorrência de prescrição, pois não houve contrato regido pelo direito comercial ou civil; d) pede a diminuição da verba de honorários de advogado, que, mantida a sentença, atingirá 90% sobre o valor da causa; e) que não deve figurar como cessionário da co-Ré Camer, o Sr. Luiz Paterno Júnior; e, f) devem ser condenados os reconvincentes em honorários de advogado e demais cominações legais; (lê).»

Os réus reconvincentes também apelaram, pedindo a procedência da reconvenção (fls. 403).

Conforme esclarecido pelo eminente Ministro-Relator da AC. nº 39.397-SP, no aditamento ao relatório, houve pedido de juntada, por linha, de cópia da sentença proferida na ação penal instaurada contra os sócios da Camer e funcionários do IBC (fls. 404).

V

O eminente Relator, Ministro José Néri da Silveira, no seu voto, após substanciaosas considerações a respeito das atividades da autarquia cafeeira, escreveu (fls. 438/439):

«Ora, alega o IBC, na hipótese dos autos, que a ré, entretanto, em conluio com funcionários da Autarquia, seguindo esse procedimento, entregou ao autor 76.697 sacas de café, referentes à safra 1965/1966, classificadas dolosamente em tipos superiores ao que realmente representavam as amostras, sendo certo que se trata de café imprestável para o consumo, fora de tipo comercial (sic), pois abaixo do tipo 8 (oito), e 8 (oito) inclusive, o café é inercial e deve ser apreendido pelo IBC, «já que nada serve em termos de produção, consumo, comercialização, exportação,

equilíbrio de mercado etc.» (sic) (fls. 5). Daí, aduzindo ter sofrido prejuízo de Cr\$ 2.272.660,00, quer lhe seja restituída essa importância pelos réus, com todos os acréscimos (fls. 6). Esclarece-se, adiante, que o IBC não pretende, todavia, devolver as sacas de cafés recebidas, por força da operação em apreço (fls. 332 e 725).

Na reconvenção (fls. 227/229), afirma a ré que o café (65.971 sacas) faturado ao IBC tem condições plenas de aproveitamento comercial, propondo-se a restituir o preço do café, com o que as partes retornarão ao status quo ante, sendo a devolução do café orientação já adotada pelo IBC. Configura sem dúvida, antes de tudo, proposta de acordo. Mas não só. Nela se encerra pedido de restituição da mercadoria, se condenada a pagar a importância pedida pelo IBC, porque este, em realidade, pretende a importância referida na inicial, sem restituir o café apreendido.

Também, às fls. 733, reafirma a ré os termos de uma proposta de solução à demanda: (Lê)»

Depois de reportar-se à sentença proferida no Juízo Criminal da 3ª Vara de São Paulo, que absolvera os diretores da Camer e os funcionários do IBC (v. fls. 439/446), depois de analisar a prova existente nos autos, o eminente Ministro-Relator asseverou que «não há, pois, como dar pela procedência da ação do IBC, nos termos postos na inicial» (fls. 465).

Escreveu, então, o douto Ministro-Relator:

«Comprovado, como se encontra nos autos, que o café entregue teve errônea classificação, embora não se possa afirmar que a classificação foi fraudulenta, ressalvo ao IBC pedir a diferença do que, a mais,

recebeu a ré. Certo está que a ré recebeu, pelo café entregue, mais do que poderia fazê-lo, tendo em conta a real classificação do produto, como apurada na perícia levada a efeito por ambos os expertos. Não resta dúvida, quanto a não ser exata a classificação que serviu de base ao pagamento do quantum recebido pela ré. Isso, entretanto, não pediu na inicial o IBC, não sendo, pois, de condenar a ré, a esse fundamento, para determinar se apure a diferença a restituir em liquidação de sentença, de acordo com os preços estabelecidos para o café, safra de 1965/1966.

De outra parte, porque não reconhecida a fraude na operação em foco, força é entender de total improcedência a ação contra os sócios da ré e os ex-servidores do IBC.»

.....
No fundamental, o Sr. Ministro-Relator negou provimento à apelação do IBC. Foi ela provida, em parte, apenas no tocante aos honorários advocatícios.

Examinando a apelação da Camer (fls. 468/471), assim votou o eminente Ministro-Relator:

.....
«Aprecio, a seguir, o recurso da ré.

É certo, por primeiro, não acolho a invocação que, existente em petição do IBC nos autos, é ora reacentuada da tribuna por seu ilustre Procurador, quanto à prescrição da reconvenção.

Em verdade, a pretensão reconvenicional só podia ser considerada a partir do momento em que o IBC, em aforando a demanda, a 5 de abril de 1971, pediu a restituição do preço que fora pago, sem, entretanto, devolver a mercadoria que recebera. Somente a contar daí cabe, em verdade, considerar

que surgiu para a ré a possibilidade de defender o direito que veio vindicar, na sua reconvenção, qual seja, a devolução do café. A reconvenção está intimamente vinculada à pretensão manifestada na inicial. Se o negócio juris houvesse permanecido, como até 1971 estivera, evidente não existiria uma pretensão de parte da ré a receber em devolução os cafés que entregara ao IBC. Pretende, todavia, agora, o IBC ser indenizado em virtude da operação em apreço, sem a devolução da mercadoria. A reconvenção se formulou nesses termos e não pode contra ela ser alegada prescrição.

No mérito, porém, nego provimento à apelação da ré.

Se amigavelmente resolverem as partes acertar especial solução, assim como já foi feito com muitos dos que entregaram cafés, consoante se alegou, é outro problema. Não, entretanto, por força da ação e da reconvenção. Não há falar, aqui, em rescisão unilateral do contrato, porque a matéria não pode ser visualizada, modo privado, como inicialmente examinei. Não há, no caso, mero contrato mercantil de compra e venda ou de adesão, como reconheceu, a propósito dessas operações, o Supremo Tribunal Federal, nos referidos Mandados de Segurança nº 18.991, 18.809, 19.907, em agosto de 1974 e 16 de outubro de 1974.

Não determinada a restituição do valor recebido pela ré, reconhecendo-se, ao contrário, que não ficou comprovado haja a operação se revestido de caráter fraudulento ou anulável, deve ser a mesma assim mantida na esfera da administração, si et in quantum, cabendo solução diversa, apenas, se às partes convier tal ajustarem, amigavelmente. A ré contestou e, na oportunidade, afirmou que concordava em aceitar de

volta a mercadoria, devolvendo o dinheiro. Se o café era imprestável, pediu que o IBC o devolvesse. A seguir, a ré assevera que o objeto da ação é a restituição do dinheiro e opõe a reconvenção, pedindo a devolução da mercadoria. Penso, assim, que o único fundamento da reconvenção, (naquilo que a reconvenção não foi mera proposta de acordo), à vista dos explícitos termos da apelação da ré, se esvaziou de conteúdo. Não se dá a rescisão unilateral do contrato mercantil. O ato do IBC, de recebimento do café da firma apelante deve ser mantido, permanecendo o produto com o autor, não cabendo acolher a alegada fraude. É evidente que, extrajudicialmente, outra coisa poderão acertar e resolver as partes. Deixo aberta essa possibilidade. Se houver interesse do IBC e da firma (a ré parece que está realmente interessada em receber o café de volta), poderão ajustar dita solução. Não quero deixar sem esta ressalva para não resultar dúvida quanto ao limite deste pronunciamento judicial que, à evidência, não pode impedir eventual acordo. Não cabe, de outra parte, ver na inicial, por si só, rescisão unilateral de contrato, a ponto de nascer para a ré a pretensão de exigir se lhe devolva o café.»

.....
 E concluiu o eminente Ministro-Relator o seu voto:

.....
 «Com a ressalva feita em favor do IBC para pedir, em ação própria, a restituição da parte que a mais recebeu a ré, em virtude da errônea classificação do café que, reacentue-se, não se afirma fraudulenta, a operação havida de entrega do produto mantém-se.

Do exposto, não conheço da apelação de Luiz Paterno Júnior. Nego

provimento ao recurso de Camer — Mercantil de Café Ltda..

Dou parcial provimento ao recurso de ofício e à apelação do IBC, para assegurar ao Autor, em ação própria, pedir a repetição do que, a mais, pagou indevidamente, pelo erro na classificação do café, e ainda estabelecer os honorários advocatícios, em favor dos réus, em percentual global de 20% sobre o valor do pedido inicial.»

.....
 VI

O Revisor, eminente Ministro José Dantas, cujo voto está a fls. 472/477, deixou expresso:

.....
 «Finalmente, resta ver a sentença na parte que julgou improcedente a ação contra Camer Mercantil de Café Ltda. Nesse ponto, é respeitável a colocação do caráter comercial que revestiu a aquisição do café pelo IBC, tal como configurada a compra e venda desde o recebimento da mercadoria e o pagamento do preço. Por maior que seja o poder de polícia concernente à hipótese, não vislumbro vez para outra figuração jurídica do contrato examinado. As conotações oficiais que revestem a intervenção do IBC no controle do comércio cafeeiro, só por si, não me parecem suficientes para afastar essa colocação, mesmo porque repugnaria, d.m.v., admitir-se o enriquecimento ilícito resultante. Coisa, preço e consenso, qualquer que seja a finalidade da aquisição, constituem compleição da compra e venda, quer destinada esta a lucro, quer ao controle e contenção do comércio cafeeiro.

Daí porque, dando-se de barato a viabilidade da ação, independentemente da interpelação prevista no art. 205 do Código Comercial, certo é que a prova dos autos, vista através da perícia dirigida pelo próprio

Perito do Autor, em não precisando o prejuízo alegado, veio a afirmar que nem todo o café periciado estava fora do tipo comercial contratado, como afirmara que todo o café é comercializável para consumo interno (fls. 497 e 604). Se agora comercializável o produto adquirido, pouco importa à configuração de locupletamento o fato de que antes o produto a isso não se prestava. Incensurável, portanto, a improcedência da ação, desde a consideração de que a a. não pretende diferença de preço ou a devolução da mercadoria com o correspondente preço corrigido (fls. 748), mas, sim, que insiste em locupletar-se com a retenção da mercadoria e a devolução do preço. Tão intransigente pedido não merece mesmo procedência, conforme concluiu a sentença nestes termos:

«Em conclusão, o IBC não fez prova do prejuízo sofrido, não ficou sequer, o número de sacas compradas, eis que, alegando ter adquirido 76.697 sacas de café, não impugnou o número de sacas 65.791 — indicado pela firma Camer — Mercantil de Café Ltda. Não indicou o vício oculto ou vício de qualidade essencial que justificasse a resilição dos contratos, se fosse o caso. Não propôs e deixou claro que não se trata de anular contratos, mas de restituir o preço do café e deixar que esse café seja confiscado pelo IBC, embora seja café de comercialização, próprio para o consumo interno, fabrico de café solúvel e formação de pilhas ou ligas. Não explica o IBC porque pretende ficar com o café sem desembolsar o preço, se o mesmo, ainda que fosse todo do tipo 08, excluída a contagem dos chochos, malgranados e quebrados, pudesse ser devolvido ao seu dono antigo, nos termos da Reunião n.º 502, do IBC, de

que trata o ofício circular de fls. 614/617.

São fatos que destroem a pretensão do autor.» — Fls. 749

Na verdade, concordo, são fatos que destroem a pretensão do autor.

Assim decidida a ação, certamente que a prejudicialidade da reconvenção foi resultado lógico. Ao pretender a rescisão do contrato, a reconvinte não se pôs em alegar motivação própria àquela rescisão, senão que em louvar-se na motivação do autor, dando-lhe consequência diversa da pretendida na ação.

Logo, desprezada essa motivação no seu todo, em não servindo ela à ação, logicamente não serviria à reconvenção, pelo que a pretensão da ré quedou prejudicada, simples sucedânea que seria da forma de concertarem-se as partes sobre um contrato afinal visto como perfeito e acabado.

Anoto, ademais, que nos termos das conclusões da sentença, nenhum interesse ou repercussão tem sobre a causa a noticiada decisão do juízo criminal, sobre ter absolvido os funcionários acusados de fraude na classificação do café. O fato superveniente não interfere no julgamento desta causa, este concebido sob ângulo exclusivo da falta de prova de prejuízo a ser ressarcido.

A sua vez, também anoto que, posto o contraditório nos precisos limites das matérias consideradas pela sentença, com a devida vênha, não empresto valla a qualquer ressalva do direito de o IBC voltar ou não a juízo com pretensão de cobrir-se da diferença de preço, segundo o erro da classificação do café, no quanto a prova destes autos sirva ou não a tal pretensão.»

.....

Ao cabo, ficou o Sr. Ministro-Revisor de acordo com o Sr. Ministro-Relator, inclusive no que toca à ressalva «de facultar às partes o acordo que desejarem.» (fls. 478).

VII

Votei eu, em seguida, pondo-me de acordo com o Ministro-Relator. Disse, então, que não fora os termos do pedido, daria provimento parcial à apelação do IBC, para assegurar ao mesmo, em liquidação, o recebimento do que pagou indevidamente. Ressalvei ao IBC, ademais, «o procedimento cabível para haver o seu crédito», ou a diferença entre o que pagou e o preço real do café que recebeu, certo que este, o café que recebeu, seria mais barato.

VIII

Então, o que a Egrégia Turma decidiu, em verdade, foi o seguinte:

a) a operação de compra e venda realizada pelo IBC com a Camer, em torno da partida de café, foi mantida;

b) assim mantida, tendo a Camer recebido o preço, o café pertence ao IBC, mesmo porque a Camer pleiteou, na reconvenção, que o café lhe fosse devolvido. A sentença teve como prejudicada a reconvenção e ao apelo da reconvincente foi negado provimento.

Não é verdade, de conseguinte, data venia, o que escreve a impetrante, na inicial, item 4, fls. 4, que o V. Acórdão da Egrégia 4ª Turma, que vimos de comentar, teria assentado «que não houve compra e venda do café» e que «continuara ele, portanto, a pertencer à Camer, cujo Direito de Propriedade ficou, assim, mais claro do que nunca.»

O que a Egrégia Turma decidiu, conforme acentuado nas informa-

ções, com absoluta precisão, é justamente o contrário. O que está decidido, em Acórdão que passou em julgado (a informação de que o Acórdão restou irrecorrido nesta parte é da própria impetrante) é exatamente isto:

«... a Turma decidiu, no sentido de os cafés pertencerem ao IBC, em virtude da aquisição feita à firma Camer, e não como pretende a impetrante no item 4 da inicial. O *negotio juris* de aquisição dos cafés pelo IBC foi mantido. Não se lhe reconheceu a pretensão de restituição, por parte da ré, da importância paga pela autarquia. Não se teve como comprovada a fraude. Não se deu pela anulação da operação aquisitiva dos cafés (76.697 saças.), referentes à safra 1965/1966. Pretendendo o IBC a restituição de Cr\$ 2.272.660,00 importância que pagara à Camer, em virtude do *negotio juris*, que a Turma manteve, esta desacolheu o pedido da Autarquia. Em consequência, de explícito, também julgou im procedente a reconvenção da firma Camer, em ordem a lhe ser restituída a mercadoria» (fls. 370/371).

Esta é, em realidade, a verdade, a verdade nua e crua.

IX

A decisão da Egrégia 4ª Turma é de 23 de junho de 1978.

Quando foi proferida, em 23 de junho de 1978, já a ação penal instaurada contra os diretores da Camer e funcionários do IBC fora julgada e absolvidos os réus, sentença que restou irrecorrida.

Após a decisão da Egrégia 4ª Turma, suso comentada, vai a Camer aos autos da ação penal e pleiteia a devolução dos cafés, dos cafés que a Egrégia 4ª Turma decidiu que pertenciam ao IBC.

No particular, o eminente Ministro Lauro Leitão, Relator da correição parcial requerida, dá exata notícia:

«Absolvidos os sócios da Camer Mercantil de Café Ltda. que se haviam envolvido no fato delituoso, lança mão a empresa desse «argumento de efeito», como o apelida a Subprocuradoria-Geral da República, para reativar o processo (em 23 de setembro de 1978) com o pedido incidente de devolução dos cafés, pedido esse que, com breve cota, favorável, da Procuradoria da República local, foi deferido.»

.....
A decisão do Juiz Criminal, que deferiu a restituição dos cafés, por cópia, às fls. 49/50, tem o seguinte teor:

«Através quanto peticionado à fls. 1.262 usque 1.269, a Camer Mercantil de Café Ltda., devidamente representada, pleiteia a devolução do café apreendido no início da atividade estatal.

Ouvido, o douto representante do M.P.F., como se observa pela r. cota retro, opina favoravelmente pela liberação.

O pedido é de ser deferido. Realmente, o feito criminal se encerrou com a prolação de sentença absolutória que, sem conhecer recurso, transitou em julgado.

Do exposto, como mui bem salientado pelo M.P.F., o pedido é de ser atendido, nos seus próprios termos, como decidido tenho.

Em consequência da liberação, que ora se autoriza, nos exatos termos do pedido de fls. 1.262 e seguintes, a notificação, em anexo, fica prejudicada, incapaz de produzir efeitos».

.....
O Ministério Público Federal, devidamente intimado (fs. 50), não recorre. Há notícia, nos autos, aliás, de que o órgão do Ministério Público

emitira parecer favorável à devolução dos cafés, nos autos da ação penal (fls. 378).

X

Diante da ordem do Juiz Criminal, para o fim de efetivar a devolução dos cafés, foi requerida a correição.

O Egrégio Conselho da Justiça Federal, verificando que estava diante de descumprimento de acórdão deste Egrégio Tribunal, entendeu que a hipótese seria de reclamação.

As informações esclarecem:

«Dessa sorte, não havia como determinar a restituição dos cafés que a Turma considerou objeto de *negotio juris*, que se manteve, em não reconhecendo comprovada a invocada causa de fraude, que o IBC deduzira na ação. Teve-se como subsistente a aquisição dos cafés. Logo, em determinando sua restituição à firma vendedora, o Dr. Juiz Federal, nos autos da ação penal, descumpriu inteiramente o que decidira o Tribunal, por sua Turma julgadora, na Apelação Cível nº 39.397-SP.

A hipótese, posta à consideração do Conselho, órgão do Tribunal, era assim de reclamação, por descumprimento de acórdão da Corte, em virtude de despacho de Juiz de primeiro grau, que importou em cassar o *decisum* da Turma, em ordenando a devolução dos cafés à ora impetrante, os quais, em negócio jurídico tido como válido, adquirira o IBC, mediante o pagamento da importância acima mencionada».

.....
Há notícia, nos autos, que esses cafés, 65.971 sacas, valeriam, no ano passado, cerca de Cr\$ 300.000.000,00. Valem, hoje, cerca de Cr\$ 700.000.000,00, segundo estou informado.

XI

Estou em que o Egrégio Conselho da Justiça Federal procedeu com acerto.

É incontrastável que o Dr. Juiz, ao deferir o pedido de restituição dos cafés, requerido por parte ilegítima, porque requerido por quem não era dono ou possuidor da coisa, violou, às escâncaras, decisão da 4ª Turma deste Egrégio TFR.

Ora, diante disso, não restava ao Egrégio Conselho outra alternativa senão aquela de admitir o pedido como reclamação, por descumprimento de acórdão da Corte.

Convém esclarecer que o café não fora apreendido e, como tal, posto à disposição do Juízo Criminal.

Isto não ocorreu, em realidade.

O IBC pretendeu, mesmo, sustentar que o café fora apreendido. Mas o que o IBC pretendia não importa, mesmo porque perdeu a ação que ajuizou, na qual isto alegou. Importa, sim, a realidade. E o que ocorreu foi uma autêntica compra e venda, em que o café adquiriu, conforme ressaltado na ementa do acórdão da AC nº 39.397-SP, passou «a integrar os estoques governamentais, que ficam sob a administração do IBC, na execução da política econômica estabelecida pelas autoridades competentes, para o café, tanto no mercado interno, como no estrangeiro.» (fls. 392).

Ademais, não poderia a Camer, que não fora parte no processo criminal, pedir a restituição do café.

E não poderia, porque não era dona e nem possuidora do referido bem.

Há, nos autos, parecer do Prof. Hélio Tornaghi, em que esse eminente Mestre, dando resposta ao quesito 1º, que lhe formulou o Advogado da Impetrante, e que indaga se «A circunstância de uma pessoa, física ou jurídica (no caso: a Camer Mercan-

til de Café Ltda.) não ter sido parte em processo criminal, impede-a de requerer a restituição de coisa apreendida», respondeu:

«A restituição de coisa apreendida pode ser solicitada pelo dono da coisa (ou até por seu legítimo possuidor), quer tenha ele sido parte no processo criminal, quer não tenha. O fato de não ser parte no processo principal não significa que não possa vir a sê-lo no incidente. E como incidente é a restituição disciplinada no Código de Processo Penal.

A prova de que o dono (ou o legítimo possuidor) parte legítima para requerer a restituição, ainda que tenha sido terceiro no processo principal, está em que o § 2º do art. 120 do Código de Processo Penal regula a hipótese, de as coisas terem sido apreendidas em poder de terceiro, isto é, de quem não é parte no processo.

No caso da consulta, a eventual proprietária da coisa apreendida não poderia ter sido parte no processo principal, uma vez que se trata de pessoa jurídica, o autor teria de ser o Ministério Público, pois que os crimes referidos na denúncia são de ação pública. E réus teriam de ser, como foram, pessoas físicas.

Se as coisas pertencem a pessoa jurídica, fica ela impedida de revelas por não ter sido parte no processo? Evidentemente não.»

Assim, na linha do parecer do eminente Mestre, outra conclusão não se pode chegar senão àquela no sentido de que não poderia a Camer, que não fora parte no processo criminal, pedir a restituição do café.

É que o parecer, para concluir pela resposta afirmativa do quesito, assenta-se na premissa de o terceiro ser dono ou possuidor da coisa apreendida.

No caso, todavia, em razão de decisão judicial, a Camer não era dona do café, nem possuidora do café.

E mais: o café não estava apreendido à disposição do Juízo Criminal. Passara a integrar, o que foi ressaltado no acórdão, «os estoques governamentais, que ficam sob a administração do IBC, ...»

Essa decisão, a da Egrégia 4ª Turma, que assim decidiu, é anterior à decisão proferida pelo Juízo Criminal.

A esta altura, é *res judicata*, informa a própria impetrante.

XII

Tem inteira procedência, outrossim, o que acentuado nas informações, às fls. 374/375:

«De outra parte, é bem de ver que a decisão, na Apelação Cível nº 39.397, da 4ª Turma, é de 23-6-1978, estando presentes as partes que fizeram sustentação oral. Pois bem, a decisão que determinou a restituição dos cafés (65.771 sacas) é de 18-1-1979. Não podia, à evidência, Camer Mercantil de Café Ltda., com pleno conhecimento da decisão da 4ª Turma, que manteve o *negotio juris*, ir aos autos do processo-crime, já findo, para pedir restituição da mercadoria que sabia não ter sido apreendida, em razão do procedimento criminal movido contra funcionários do IBC e Diretores da firma. Os cafés passaram à posse do IBC, em virtude da respectiva aquisição, com o correspondente pagamento. Tudo isso foi objeto da ação e reconvenção, entre as referidas partes. Tudo isso fora discutido nos autos do processo cível e veio a merecer a decisão anterior da Turma que julgou improcedentes a ação e reconvenção. Portanto, manteve o negócio celebrado entre as partes, explicitando-se, inclusive, na decisão, amplamente debatida a causa pelas partes, que estas poderiam, amigavelmente, se o pretendessem, rescindir o negócio.

Como então, logo após, Camer Mercantil de Café Ltda. comparecer ao Juízo Federal e, nos autos do feito criminal, de que resultara absolvição dos réus (funcionários e Diretores da firma), pleitear restituição da mercadoria, como se esta houvesse sido apreendida, em razão da ação penal?

A desobediência à decisão do TFR não pode ser admitida, in casu. Cumpre reconhecer a viabilidade de, em Reclamação, fazê-la prosperar. O IBC adquiriu os cafés, mediante pagamento. Essa situação foi mantida, pela Turma. Não podia o Juiz Federal determinar sua restituição, por despacho, nos autos da ação penal.

Ora, o direito é parte da moral. Os atos jurídicos, todos eles, inclusive os atos jurídicos-processuais, devem ser visualizados, sempre e sempre, nessa perspectiva, e a moral há de ser guia para o juiz na obra de interpretação da lei, presente a lição de Kelsen no sentido de que «o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral.» (H. Kelsen, «A Justiça e o Direito Natural», Armênio Amado — Editor, Coimbra, 1079, 2ª Ed., pá. 2).

Inadmitir a reclamação, no caso, seria fazer tábula rasa dessa regra superior de interpretação.

XIII

Sustenta-se, todavia, que o Regimento Interno do Egrégio T.F.R. não previa a reclamação ao tempo em que decidiu o Egrégio Conselho da Justiça Federal.

Isto não importa, não é relevante.

Importa, sim, que cumpria ao Egrégio Conselho transmitir ao Egrégio Tribunal a questão, em que se verificava flagrante desobediência a uma decisão da Corte, por isso que no poder de julgar es-

tá implícito o poder de fazer com que sejam cumpridas as decisões.

E foi o que o Eg. Conselho da Justiça Federal fez.

Instituída a Reclamação, a partir de 23 de junho do corrente ano, no Regimento Interno do T.F.R., applica-se ao caso, de imediato, a regra regimental processual supletiva.

Sustenta-se, entretanto, ademais, que as disposições regimentais que disciplinam a Reclamação seriam inconstitucionais.

O argumento é este: só o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe legislar sobre direito processual (C.F., art. 8º, XVII, b e art. 43). Exceção é aberta ao Eg. Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto no art. 119, § 3º, c, da mesma Constituição.

Isto é verdade.

Mas a questão não pode ser posta assim em termos simplistas.

O certo é que a mesma Constituição estabeleceu, como garantia de independência dos Tribunais, que a estes compete «elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas.» (C.F., art. 115, III).

De forma ampla, portanto, sem qualquer ressalva, estabelece a Constituição que os Tribunais elaborarão os seus regimentos. Depois, dispõe que tais regimentos estabelecerão, respeitado o que preceituar a a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras, etc.

Os Tribunais podem, de conseguinte, desde que não disponham contra a lei, legislar, supletivamente, sobre processo, no que diz respeito aos feitos de sua competência recursal.

A Corte Suprema pode ir além. A Constituição expressamente a autoriza.

Os tribunais inferiores, não. Apenas supletivamente, vale dizer, no vazio das leis processuais, naquilo que não colidir, ou que não estiver preceituado nas leis processuais, poderá, legitimamente, dispor, nos seus regimentos.

É o caso.

O Regimento Interno do T.F.R., ao estabelecer a Reclamação, laborou com legitimidade.

É que, com tal modo de proceder, não violou lei nenhuma, já que não extinguiu recursos previstos nas leis processuais. Acentue-se, por outro lado, que não existe regra de direito processual vedando essa medida. E, conforme falamos, não extinguiu o Regimento, com tal modo de proceder, nenhum recurso. Ao contrário, colocou à disposição das partes mais uma medida judicial que, evidentemente, amplia a forma de prestação da tutela jurisdicional, dentro, portanto, no espírito da garantia da proteção jurisdicional (C.F., art. 153, § 4º), que no direito anglo-americano está traduzida na Cláusula do «due process of law», intrínseco ao constitucionalismo liberal e associado ao regime democrático.

O argumento da impetrante, embasador da alegada inconstitucionalidade, levaria, por exemplo, a que se entendesse inconstitucional, também, as disposições regimentais que instituem, por exemplo, o agravo regimental, também não previsto na lei processual.

XIV

Acentue-se, por outro lado, que o Eg. Supremo Tribunal Federal, mesmo quando não lhe abria a Constituição a exceção inscrita no art. 119, § 3º, c, instituiu, por proposta do saudoso Ministro Ribeiro da Costa, aprovada em sessão de 2-10-57, a re-

clamação, que foi incluída no Regimento Interno em sessão de 19-7-1963 (Reclamação nº 831-DF, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ 56/539).

Evidentemente que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, não laboraria, jamais, contra esta. Não obstante alguns terem sustentado a ilegitimidade do ato da Corte Suprema, ao instituir a Reclamação, certo é, conforme lembra Roberto Rosas, que a maioria dos doutrinadores ficou de acordo «com a observação de José Frederico Marques que não vê inconstitucionalidade na utilização dessa medida como função corregedora, ao contrário de outros que a entendem como processo de competência originária da Corte.» («Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal», RT, 1971 p. 5).

XV

As normas do Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, que disciplinam a Reclamação, não são inconstitucionais, consideradas na generalidade, in abstracto.

Elas não violam lei nenhuma, repito.

Elas não suprimem recurso algum.

Elas laboram no vazio; constituem normas supletivas, por isso que não existe regra de direito processual vedando essa medida.

Colocando à disposição das partes mais uma medida judicial, evidentemente que ampliam a forma de prestação da tutela jurisdicional.

XVI

Tem por escopo a Reclamação, expresso está no artigo 194 do Regimento, a preservação da «competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões», podendo ser requerida pelo Subprocurador-Geral da República ou pela parte interessada.

Ora, o Tribunal Federal de Recursos, que tem jurisdição nacional, que é, além de Tribunal de 2º grau de jurisdição da Justiça Federal, também Tribunal da federação, Tribunal Nacional, a quem a Constituição confiou a solução de conflitos de jurisdição e de competência entre juizes federais a ele subordinados e entre juizes subordinados a tribunais diversos, (C.F., art. 122 I, e), que julga, originariamente, a ação penal promovida contra membros de outros tribunais, inclusive dos Tribunais de Contas dos Estados (C.F., art. 122, I, b), que julga originariamente, mandados de segurança e habeas corpus contra ato de Ministro de Estado (C.F., art. 122, I, c e d), que julga, originariamente, nos termos da lei, o pedido de revisão das decisões dos contenciosos administrativos (C.F., art. 122, II), tem que dispor de medida corregedora apta e eficaz a fazer valer as suas decisões.

Vale, a propósito, a lição do saudoso Ministro Ribeiro da Costa, com o endosso de José Frederico Marques, lição ditada nos primórdios da Reclamação da Corte Suprema, assim sob o pálio da Constituição de 1946, quando não dispunha o Supremo Tribunal da faculdade inscrita no art. 119, § 3º, c, da Constituição de 1967:

«A medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correccional, denominada reclamação, embora não prevista de modo expresso no art. 101, ns. I a IV, da Constituição Federal, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal, em várias oportunidades, exercendo-se nesses casos sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção.» (Ap. José Frederico Marques) «Instituições de Dir. Proc. Civil», Forense, 2ª ed., 1963, IV/393).

A respeito dessa lição, J. Frederico Marques deixou expresso:

«Só discordamos do eminente magistrado na conceituação que faz da reclamação como providência administrativa. Data venia, a entendemos ato jurisdicional como remédio ou medida de Direito Processual Constitucional para garantir o cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal». (Ob. cit., nota 18, ps. 393-394).

E concluiu o festejado mestre, após aduzir considerações a respeito da natureza da Reclamação e das atribuições jurisdicionais da Corte Suprema:

«Não é inconstitucional a reclamação, visto que em se cuidando de Direito Processual Constitucional, pode a ordem jurídica, através de normas regimentais, criar providência dessa natureza para a garantia de observância de julgados em que interfere o guardião supremo e último da própria Lei Magna. Violadora da Constituição seria, isto sim, a infringência, por meios diretos ou indiretos, do aresto emanado do mais alto Pretório do país.» (Ob. e loc. cit., p. 395).

Dir-se-á que a lição tinha por pressuposto a Reclamação da Corte Suprema, Tribunal maior da federação, cúpula do Poder Judiciário, assim não extensível a Tribunal outro. A objeção, data venia, não procederia, se temos presente que o T.F.R. foi instituído como substituto do Supremo Tribunal Federal e que ao mesmo se destinam, conforme vimos de mencionar, atribuições próprias da Corte Suprema, que o T.F.R., para bem cumpri-las, necessita do mesmo instrumental que a Suprema Corte entendeu necessário, com o aplauso e o apoio de Mestre Frederico Marques.

XVII

O eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, em parecer oferecido ao não

menos eminente patrono da impetrante, entende, todavia, que seria inconstitucional a Reclamação do art. 194 do Regimento Interno do T.F.R., ao argumento de que somente o Supremo Tribunal, face ao que dispõe o art. 119, § 3º, c, da Constituição, poderia legislar sobre o processo dos feitos que lhe cabe julgar.

Com a vênia devida, divirjo, respeitosamente, de tal entendimento, com as razões retro enunciadas.

XVIII

Impressionou-se o ilustre jurista, que admiramos e respeitamos, com a disposição inscrita no artigo 200, I, do Regimento Interno do T.F.R., que confere ao Tribunal poderes para «determinar o cumprimento da decisão do Tribunal, anulando os atos que a contrariarem.»

E aduz:

«Nestes termos, o Tribunal Federal de Recursos atribuiu-se um poder imenso que, se exercido sem prudência, irá a extremos insupportáveis, como, por exemplo, a anulação, por um processo não previsto em lei, de decisões, cíveis ou criminais, que a coisa julgada tem como imutáveis.»

O argumento, data venia, prova demais, porque baseia-se na suposição de que o Tribunal poderia exercer os seus poderes «sem prudência». Ora, se estamos visualizando a norma na sua feição abstrata, genérica, não cumpre, data venia, conjecturar como agiria o Tribunal, in concreto.

Concedo em que, na aplicação da norma regimental, poderia ocorrer inconstitucionalidade material, inconstitucionalidade do ato concretizador da norma.

Mas isto seria examinado diante da ocorrência do ato.

A questão, no particular, sugeriria a invocação do princípio da inconsti-

tucionalidade material, distinta da inconstitucionalidade formal, que o Ministro Bilac Pinto desenvolveu, admiravelmente, no que toca às leis fiscais (R.F., 82/561), e que o Supremo Tribunal Federal consagrou no julgamento do RE nº 72.071-GB, Relator o Sr. Ministro Thompson Flores (Tribunal Pleno, em 1-9-71, RTJ 58/692).

XIX

Essa tese de Direito Constitucional, hoje consagrada pelo intérprete máximo da Constituição, suscitada pelo Ministro Bilac Pinto, nos idos de 1940, é assim explicada por S. Exa. no voto que proferiu no mencionado RE nº 72.071-GB:

«A distinção entre inconstitucionalidade formal e material, relativamente às leis fiscais, foi por nós suscitada em trabalho publicado na R.F. 82/561. A época em que elaboramos esse estudo, estávamos convencidos de que somente às leis fiscais seria aplicável o critério distintivo entre a inconstitucionalidade formal, que consiste no conflito explícito ou implícito da lei com a Constituição, e a inconstitucionalidade material, que decorre da aplicação da norma ao caso concreto, envolvendo a violação de direito assegurado na Constituição.

As características da inconstitucionalidade material são a de que ela coexiste com a constitucionalidade formal da lei e a de que reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência.

Vemos, agora, no voto do ilustre Ministro Thompson Flores, que a divisão dicotômica da inconstitucionalidade não é peculiaridade das leis tributárias, e que tal doutrina pode também ser aplicada a outras leis.» (RTJ 58/699).

Discorrendo a respeito do tema, em comentário ao Acórdão do Supre-

mo Tribunal, proferido no citado RE nº 72.071-GB, escreve Arnaldo Wald:

«2. A importância dessa decisão decorre do reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da inconstitucionalidade de um diploma, num caso concreto, em virtude das consequências que a lei possa acarretar na hipótese, embora, em tese, nenhum vício formal se possa inscrever no texto legal.»

«4. O efeito da inconstitucionalidade material é distinto do decorrente da inconstitucionalidade formal, pois, no primeiro caso, a decisão só vigora para o caso concreto, podendo, outrossim, coexistir com a constitucionalidade formal do diploma legal. (Estudo citado, pág. 562).» Arnaldo Wald, «Inconstitucionalidade Material e Correção Monetária», Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, 49/151).

A tese, aliás, já teve o acolhimento deste Egrégio Plenário, no MS nº 82.783-DF, de que fui relator, julgado em 20-6-78.

XX

Assim visualizada a questão, retorno ao tema inicial: a norma regimental em debate não é inconstitucional, sob o ponto de vista formal. Concedo em que, na sua aplicação, poderia ocorrer inconstitucionalidade material. Isto, todavia, reclamaria verificação, em cada caso, de sua incidência.

Então, se o Tribunal, in concreto, realizar a suposição que faz o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, no parecer anexado por linha, de, agindo «sem prudência», ir «a extremos insuportáveis, como, por exemplo, a anulação, ... de decisões, cíveis ou criminais, ...» proferidas sem qualquer mácula, então poderia ocorrer a inconstitucionalidade material.

Mas isto, data venia, como esclarece o Ministro Bilac Pinto, «reclama a verificação, em cada caso, de sua incidência».

In casu, data venia, não é isto o que acontece.

O que se tem no caso é simplesmente isto: um juiz inferior, ficando em premissas que não são corretas, descumpra, às escâncaras, com prejuízo enorme para o erário, uma decisão do Tribunal Federal de Recursos.

Deveria o Tribunal quedar-se inerte, omitir-se, ignorar a violação da autoridade de sua decisão, fechar os olhos ao ato danoso ao erário, atentatório ao interesse público?

A resposta negativa se me afigura evidente.

XXI

Acrescente-se, ao cabo e por derradeiro, que os constitucionalistas contemporâneos propugnam por novas garantias do Judiciário. Uma delas, tida como de vital importância, «é a faculdade de os tribunais superiores estabelecerem as normas processuais para os casos de sua competência ou, mesmo, da competência de juizes inferiores.» (Nelson de Souza Sampaio, «As Constituições e a Independência do Poder Judiciário», RDP 39-40/20). No Brasil, no que tange à Corte Suprema, deu-se largo passo, com a norma introduzida pelo art. 119, § 3º, c. Certo é, todavia, que, com relação aos demais Tribunais, com a regra inscrita no art. 115, III, que faculta aos mesmos elaborarem os seus regimentos, caminhou-se no sentido de conferir poder normativo aos mesmos. Se é certo que não poderão os Tribunais, com base em tal dispositivo, no domínio do Direito Processual, estabelecer regras conflitantes com normas processuais existentes, não menos certo é, entretanto, que poderão os regimentos dispor, no vazio da lei

processual, assim supletivamente, nesse campo do direito. Não entender assim, é não captar, do dispositivo constitucional em apreço, artigo 115, III, a sua alta finalidade, é não extrair da norma a sua ratio.

XXII

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, com a sua costumeira prudência, julgará a Reclamação que lhe foi encaminhada pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal. E haverá de decidir com justiça.

XXIII

Diante do exposto, indefiro o writ.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Senhor Presidente, pelo que recolhi do relatório e voto completos e substanciosos do eminente Relator, o Egrégio Conselho da Justiça Federal houve por bem, em correção parcial requerida pelo Dr. Procurador-Geral da República, conceder medida liminar para sustar a restituição à impratante de uma partida de café, ordenada pelo Meretíssimo Juiz Federal da 3ª Vara da Secção Judiciária do Estado de São Paulo, nos autos de ação penal que ali tramitara e, em seguida, transformando o pedido de correção em reclamação, submeteu-o à apreciação do Tribunal Pleno.

A reclamação tem por escopo preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, segundo os termos do artigo 194 do Regimento Interno.

Ora, no caso concreto, conforme bem entendeu o Egrégio Conselho da Justiça Federal, houve desrespeito à decisão tomada pela Egrégia Quarta Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação Cível nº 39.397, de São Paulo, que manteve o negócio pactuado entre as partes, decisão levada a efeito em 23 de junho de 1978,

com a presença das partes que atuaram, fazendo sustentação oral.

A seu turno, a decisão impugnada através da correição, qual seja, a que determinou a restituição das sacas de café, é de 18 de janeiro de 1979, quando já decorridos mais de seis meses daquela primeira.

A hipótese, desta sorte, era de reclamação, a fim de evitar e impedir que decisões de primeiro grau possam prosperar em flagrante desrespeito a julgados do Tribunal.

A alegada arguição de inconstitucionalidade da figura da «reclamação», inserta no Regimento Interno do Tribunal, bem respondeu o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, com apoio não só na doutrina como também na jurisprudência.

Com essas breves considerações e acolhendo in totum os doutos fundamentos do voto do eminente Relator, conheço do Mandado de Segurança, mas também o indefiro.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, as preliminares da douda Subprocuradoria foram corretamente repelidas pelo eminente Relator.

Quanto às demais questões suscitadas nestes autos, a que me parece de maior relevância é aquela que diz com a legitimidade da reclamação como Instituto de Direito Processual. Por isso, fiz algumas notas que servirão de justificativa para meu voto.

Sobre a impugnação pertinente à medida sugerida pelo Egrégio Conselho de Justiça Federal, não me parece mereça prosperar.

A reclamação, hoje, expressamente disciplinada em nosso Regimento, é providência que visa preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Se é

certo que inexistente regra legislativa dispondo acerca da espécie, é irrecusável que se cuida de procedimento cuja juridicidade é incontroversa. Ninguém pode assacar vícios ou nulidades a uma medida que objetiva proteger os próprios jurisdicionados, ao garantir o cumprimento de suas decisões. Negar-lhe validade, por apego a um formalismo processual, que nem sequer está previsto no direito positivo, importaria em recusar postulado maior, qual seja o interesse da sociedade organizada em prestigiar, como fórmula de equilíbrio e de sua própria sobrevivência, as decisões do Poder Judiciário. Entendo, assim, regular o procedimento, ainda que formalizado nos termos enunciados nestes autos. A sua constitucionalidade foi objeto de lúcida argumentação do eminente Relator.

No que tange ao mérito, pelo que deparei, esta Egrégia Corte já havia definido a questão, motivo pelo qual defeso era ao MM. Juiz que sentenciou na ação penal, determinar a devolução do café, circunstância desautorizada no v. aresto da Colenda 4ª Turma.

Denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Impressionaram-me as alegações do ilustre impetrante por seu advogado, sobretudo na parte relativa à suposta ilegalidade do ato que retirou eficácia a uma decisão tida como imutável ou que tivesse passado em julgado. Mas, ao ouvir o brilhante voto de S. Exa., o eminente Ministro-Relator, me convenci da legalidade do ato que suspendeu a execução prolatada por um Juiz Federal num processo de Incidente de Restituição de Coisas. Primeiro porque, evidentiíssima a ilegalidade do ato, corrigido posteriormente. É evidente a ilegalidade, porque a restituição de coisa é um processo incidente à ação

penal. E por força do Código de Processo Penal, essa restituição só se opera com relação a bens que tenham sido apreendidos no curso da ação penal, vale dizer, no curso da ação principal.

Se, em decisão anterior da 4ª Turma do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, não se lhe tinha reconhecido a condição de dono, de proprietário do café, evidentemente que nesse processo de incidente não era possível a restituição, porque não se tratava de coisa apreendida.

Diante da ilegalidade manifesta dessa medida e tendo em vista que a correição, transformada depois em reclamação, é, no meu sentir, perfeitamente constitucional, repilo a inconstitucionalidade argüida e indefiro o «writ», nos termos exatos do voto do Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente, farei apenas algumas breves considerações, tendo em vista tão-somente deixar consignado que, após os brilhantes fundamentos minuciosamente aduzidos pelo eminente Sr. Ministro-Relator, existem, contudo, outros caminhos, outras ordens de reflexão, mediante os quais se pode chegar ao mesmo resultado a que aportou S. Exa. em seu esplêndido voto.

Assim, e cuidando para não penetrar na matéria que constitui o conteúdo da reclamação, de modo a nada adiantar sobre ela, saliento o teor do pedido trazido ao nosso exame, na impetração deste mandado de segurança.

O pedido consiste na expedição de decreto liminar, tanto para cancelar os efeitos da liminar concedida na correição parcial, como para suspender o curso da correição parcial, que se pretende transformar em reclamação, até o julga-

mento do presente mandado de segurança; concedendo-se afinal a segurança requerida para o trancamento da reclamação, sem reclamante, e isto com ou sem declaração de inconstitucionalidade do Regimento Interno deste Tribunal.

Os fundamentos desta impetração são três: primeiro, ofensa ao princípio e ao preceito da iniciativa da parte, porque não teria havido propositura legítima desta reclamação; segundo, inconstitucionalidade da figura regimental denominada reclamação; e enfim, ofensa à coisa julgada no processo penal, onde se determinou a entrega do café disputado pela impetrante neste mandado de segurança.

Refiro-me, primeiramente, à alegada inconstitucionalidade.

Neste ponto é que peço vênias ao eminente Sr. Ministro Carlos Mário Velloso para, concluindo como S. Exa., fazê-lo, contudo, mediante fundamentos diversos.

É verdade, com efeito, que o artigo 119, § 3º da Constituição dispõe na letra c: «O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecerá o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal».

E é também exato que não existe disposição constitucional similar, relativamente às atribuições do Tribunal Federal de Recursos.

Esta a realidade que cumpre ter em vista.

Este, em outras palavras, o fato, ao qual, sem dúvida, se podem opor os respeitáveis argumentos de ordem histórica fielmente levantados pelo eminente Sr. Ministro-Relator.

A meu ver, porém, a questão deve ser posta em outros termos, eis que, ao admitir reclamação no art. 194 de seu Regimento Interno, este

Egrégio Tribunal não cuidou de estabelecer normas sobre o processo ou julgamentos de feitos de sua competência originária e recursal.

A reclamação, em verdade, não constitui processo. Nela não há autor, nem réu; nela não há pedido, conseqüentemente, não há litígio, embora possa haver controvérsia. São, contudo, coisas absolutamente diversas.

Trata-se de mero e singelo procedimento. Procedimento, aliás, destituído de qualquer litígio, destinado apenas a possibilitar ao Tribunal, pelo conhecimento do ato atentatório de sua competência, defender e manter suas decisões.

Ao admiti-la, o Tribunal simplesmente assume a responsabilidade de seu dever, do qual não deve, nem pode fugir, ou seja, de manter suas decisões, maxime no âmbito da Justiça da União, tal a espécie trazida a nossa apreciação.

Não há, portanto, processo; não há litígio. Há mero procedimento.

Sendo assim, não existe razão para se trazer ao debate o art. 119, § 3º da Constituição, notadamente porque a verdade nua e crua, a verdade verdadeira, é que o E. Tribunal assume atribuição que não lhe foi dada, jamais, de modo expresso em lei alguma, muito menos pela Constituição.

É escusado, por conseguinte, argumentar com a Constituição.

Quando o juiz não era órgão do Estado, não tinha dever de resguardar seus próprios atos; por isso mesmo, também não tinha poderes para fazer preservar sua jurisdição, que lhe era delegada pela autoridade pública.

Mas, quando o juiz passa a ser órgão do Estado, precisa achar-se investido de poderes que guarneçam o desempenho de seus deveres, sem cujo exercício, finalmen-

te, não cumpre, de modo cabal, a jurisdição que lhe está entregue e que não lhe foi delegada.

A reclamação responde a essa necessidade prática que se vem acentuando ultimamente, à medida em que a organização social se torna mais complexa e o aparelho estatal tão ramificado, de modo a ensejar essas colisões que, no passado, não eram sequer conhecidas.

Passo ao segundo fundamento, de que não há iniciativa da parte.

Iniciativa, aliás, de que a reclamação não carece.

Iniciativa da parte em sentido próprio e rigoroso ela, de fato repele, porque não é admitida como meio de resolver demanda.

Mas há, sim, a iniciativa que o Regimento Interno reclama no art. 194, parágrafo único:

«Art. 194 — Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação do Subprocurador-Geral da República ou da parte interessada.

Parágrafo único — A reclamação, apresentada mediante petição dirigida ao Presidente do Tribunal, será instruída com prova documental».

Tão-somente a iniciativa foi para correição parcial que também nenhuma lei de processo criou e cuja necessidade é, no entanto, amplamente reconhecida, não somente pela doutrina, mas, também, pela jurisprudência, a despeito do empenho da nova lei processual em excluí-la.

Houve, portanto, notícia ao Tribunal de que um ato seu, a saber, sua decisão na apelação cível estava sendo frontalmente contrastada por ato de Juiz Federal. O E. Conselho recebeu essa notícia ou representação, como reclamação.

Terceiro fundamento: ofensa à coisa julgada.

A coisa julgada de que tenho notícia é a da apelação cível.

Se houver alguma dúvida quanto à existência da coisa julgada cível que deliberou sobre a propriedade da mercadoria, muito maiores dúvidas hão de existir no concernente à coisa julgada penal — e da minha parte não é dúvida, é certeza — porque, como foi apropriadamente aduzido pelo eminente Sr. Ministro Adhemar Raymundo da Silva, não houve sequer apreensão dos bens no processo criminal; houve, sim, retenção da mercadoria pelo IBC.

E mais ainda: os arts. 119 e seguintes do Código de Processo Penal balizam nitidamente a matéria, donde a impossibilidade de colisão entre as jurisdições criminal e cível, ao enunciar o art. 119 «as coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal...», e neste caso não se incluí o café, porque, por tudo quanto se sabe, não foi apreendido pelo juiz, «não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.» E o art. 120: «a restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.»

Ora, no caso, o Tribunal, através da Egrégia 4ª Turma, já havia decidido que a mercadoria pertencia ao IBC.

Mas, o que importa ressaltar, isto sim, é que esta reclamação não pode constituir ameaça à coisa julgada, porque ela não é meio adequado a resolver sobre o destino do café disputado, para entregá-lo ao IBC ou à impetrante. A reclamação, convém insistir, será apenas o instrumento através do qual o Tribunal verificará a ocorrência ou não de ofensa ao v. acórdão da E. 4ª Turma, para, consoante a hipótese, determinar providências adequadas a resguardar a

coisa julgada: não, a fazê-la; nem muito menos, a destruí-la.

Sendo estes os fundamentos em que se baseia a impetrante para repudiar a reclamação, não merecem acolhimento. A reclamação não deve ter seu curso impedido, a liminar nela decretada deve subsistir, até que o órgão competente deste E. Tribunal penetre no conhecimento do fato noticiado nesta reclamação e dela decida como de direito. É que a reclamação põe em movimento função própria do Tribunal, porquanto indispensável à respeitabilidade que advém da eficácia de suas decisões; função que não é jurisdicional, nem administrativa, em sentido próprio; função que a doutrina designa judicial, mas que admite outras denominações. Seja qual for sua natureza, o Tribunal deve assumi-la e exercê-la.

Por estes fundamentos, acompanhamento, na conclusão, o eminente Ministro-Relator e denego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Com o eminente Relator, quer rejeitando as preliminares, quer no tratamento do mérito, reportando-me ainda aos preciosos subsídios trazidos pelos demais votos que me antecederam.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Conheço do mandado e o denego, nos termos dos votos já proferidos.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz: Também acompanhamento o Relator, fazendo breves considerações, Sr. Presidente. A Correição Parcial era intempestiva e imprópria. Através dela, o Egrégio Conselho da Justiça Federal ficou ciente de que a decisão do Juiz Criminal, na espécie, importava em descumprimento do Vene-

rando Acórdão da ilustrada Quarta Turma desta Corte e, destarte, transformou-a em reclamação, a ser submetida à apreciação do Tribunal Pleno, em se cuidando de matéria de conteúdo jurisdicional, e não administrativo. É da tradição dos nossos Tribunais a competência para impor o cumprimento dos seus julgados, sem o que não teriam esses como exercer a sua autoridade, sempre que fossem os mesmos desrespeitados. Daí, concluir-se que o instituto da Reclamação não carece de norma regimental expressa a admiti-lo. É inerente à própria força da autoridade, assegurada pela Constituição e leis do País à coisa julgada e ao Poder Judiciário.

Com o Relator, denego o «Writ».

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, o único fundamento da impetração que me exigiu maior meditação, concerne exatamente à questão da legalidade da reclamação, cujo trancamento se objetiva neste mandamus.

De fato, a uma primeira vista, era levado a interpretar a Constituição de forma restritiva, qual seja, de ver competência apenas do Excelso Pretório para dispor acerca da matéria. No entanto, a rememoração histórica, feita com grande percuciência pelo eminente Ministro-Relator, demonstra que, antes mesmo do regime constitucional vigente, ainda quando estava em vigor a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal admitia a reclamação. Nesta Corte, essa, também, tinha sido a tradição, anteriormente ao Regimento. Tanto assim que a reclamação, cujo trancamento ora se alvitra, já é de nº 128 ou 129.

Por isso, endosso integralmente o voto do eminente Relator, não só conhecendo da segurança impetrada contra o Egrégio Conselho, mas, também, denegando-a.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Meu voto é no sentido de conhecer do mandado de segurança, rejeitando o argumento de inconstitucionalidade da figura da reclamação embutida no novo Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, para indeferi-lo, dado que, pelas informações agora obtidas, o Dr. Juiz Federal, ao proferir o seu despacho, tinha ciência do acórdão da Egrégia Quarta Turma, na Apelação Cível nº 39.397, declarando que os cafés eram de propriedade do Instituto Brasileiro do Café. Sendo assim, a decisão de S. Exa. mandando entregá-los à empresa impetrante ou à sua sucursal, afrontou, realmente, decisão do Tribunal, cujo remédio está precisamente no instituto da reclamação, em boa hora embutido no Regimento do Tribunal Federal de Recursos.

Denego o mandado de segurança.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente, conheço do Mandado de Segurança. Em tudo por tudo, o Sr. Ministro-Relator dissertou a respeito da legitimidade da reclamação. Acompanho o voto de S. Exa. com a nota de meu entusiasmo no ponto em que se referiu à teoria da «inconstitucionalidade material», da qual sou partidário, tal como já a apliquei também aqui neste Plenário, votando a matéria constitucional argüida contra a lei da reforma agrária. Naquele caso também busquei ensinamento na lição do Ministro Bilac Pinto, a mesma fonte ora lembrado pelo eminente Relator.

Entretanto, peço vênias a S. Exa.; não endosso inteiramente o seu erudito voto, porque adio o conhecimento da reclamação sobre cujo cabimento estamos dizendo legítimo; adio para ali todas as considerações que S. Exa. teceu a respeito do exame da legalidade do ato do Juiz de primeiro grau. Adio para ali, porque

será justamente a matéria de mérito da reclamação que então haveremos de apreciar, não me parecendo oportuno, desde agora, tachar de ilegal o ato que o Conselho de Justiça remeteu ao conhecimento do Tribunal.

Com essa única ressalva ao voto do eminente Ministro-Relator, em tudo por tudo, repito, adiro e endosso os fundamentos do voto de S. Exa., tocantes à legitimidade da via reclamacional instituída pelo Regimento do Tribunal, como à legitimidade de seu cabimento no caso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente, foi submetido ao Conselho, em correição parcial uma decisão do Juiz Federal da 3ª Vara de São Paulo, liberando café que não fora apreendido na ação penal por ele julgada. O Conselho entendeu que, em se tratando de decisão Judicial exorbitante da competência administrativa do órgão, deveria o Tribunal conhecer dos fatos, sob a forma de reclamação, pois que se trata de manter a autoridade de uma decisão de um órgão julgador do Tribunal, no caso, a Quarta Turma. Foi por essa razão que o processo foi remetido para o Tribunal, sob a forma de reclamação. Essa foi a decisão do Conselho, não há inconstitucionalidade de alguma.

Rejeito a preliminar. Quanto ao mais, voto de acordo com o do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, quando o Ministro Márcio Ribeiro concedeu a liminar na correição da União Federal, fê-lo em *summaria cognitio*. Posteriormente, melhor examinada a medida pelo Conselho da Justiça Federal em sua nova composição, verificou-se haver sido utilizada fora de vila e termo.

Daí porque foi decidido encaminhá-la ao Tribunal Pleno, em verdadeira declinatoria *fori*, como reclamação ou qualquer outra modalidade de denúncia dos fatos que afetavam a respeitabilidade do Pretório, possível com apoio em princípios fundamentais de processo, como o da fungibilidade das causas e da economia processual, com o aproveitamento do ato em sua causa *finalis*.

Tal remessa foi feita antes da vigência do nosso atual Regimento Interno, sem pretender-se aplicá-lo *expost facto*, como se disse, o que realmente seria contra os princípios. Ora, a competência do Tribunal para preservar a autoridade de sua decisão independeria de norma regimental expressa, porque implícita e construível até jurisprudencialmente. Os precedentes estão aí, à mão de semear, e do Supremo Tribunal Federal apenas foi aproveitada a fórmula de auto defesa das suas decisões contra quaisquer atos de agressão que se constituem em verdadeiros atentados, até mesmo se praticados por juízes, como no caso, e para os quais não esteja prevista derrogação recursal.

Finalmente, porque no mandado de segurança se argumentou com a suposta inconstitucionalidade do art. 194 do RI, admite-se a inadvertência do articulista, de que a reclamação não é recurso, mas medida incidental, que até mesmo convive com os recursos (arts. 195/197) e se edita como norma de *interna corporis*, compreendida na organização judiciária do Tribunal, em terreno de sua exclusiva e estrita conveniência.

De qualquer modo, o mandado de segurança seria inócuo, porque o Tribunal ainda não tinha apreciado a reclamação, para dizer do seu conhecimento ou não. Houve *açodamento*, pois não valeria o «*writ*» para trancar-se o preexame da medida, onde o interessado teria defesa (RI, art. 198).

O não conhecimento do «writ» seria u'a decisão viável, se não aprofundado o exame de mérito, como o fez com brilhantismo o exaustivo e douto voto do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.

Voto em adesão.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 89.995-DF — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso — Reqte.: Comercial Guaracaia Ltda. — Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal — Litisconsortes: Instituto Brasileiro do Café e União Federal.

Decisão: Decidida desfavoravelmente à Impetrante, a Questão de Ordem levantada nesta assentada, no que respeita ao pretendido impedimento dos Srs. Ministros que compõem o Conselho da Justiça Federal, e rejeitada por unanimidade, as preliminares argüidas; no mérito, o Tribunal, também por unanimidade, de-

negou a segurança. Sustentaram oralmente: Os Drs. Newton Hermano — José Francisco Paes Landim pelo IBC e o Dr. Geraldo Andrade Fonteles pela União Federal. (Em 13 de novembro de 1980 — T. Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Pereira de Paiva, Sebastião dos Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e Torreão Braz. Impedidos os Srs. Ministros José Néri da Silveira e Justino Ribeiro. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Jarbas Nobre.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.245 — DF

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Requerentes: Olívio de Oliveira Dutra e outros

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho

EMENTA

Mandado de Segurança. Ato disciplinar. Direito de greve. Matéria constitucional. Infração administrativa. Destituição de mandatos sindicais.

Mandado de Segurança. A orientação do TFR tem propendido para admitir o mandado de segurança contra ato disciplinar, sem as restrições da Lei 1.533/51, art. 5º, III. Precedentes.

Direito de greve. Legitimidade constitucional da restrição imposta ao direito de greve por via de decreto-lei, relativamente a atividades essenciais (bancos) e no interesse da segurança nacional (CF, arts. 162 e 165, XX).

Destituição de mandatos sindicais. Penalidade corretamente imposta pelo Ministro do Trabalho, a fundo e forma legalmente cumpridos (Dec.-Lei 1.632/78, art. 5º e CLT, 557, § 2º), sem causa para relevar-se a falta, até mesmo que a título da excluyente supralegal de «inexigibilidade de outra conduta».

Votos vencidos.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conhecer inteiramente do mandato de segurança, vencidos os Srs. Ministros Relator, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva, José Cândido e Moacir Catunda que o faziam apenas em parte. Também, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza e Armando Rollemberg, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978. O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza afirmava igualmente inconstitucional o art. 5º do citado Decreto-Lei. Ainda, por maioria, foi a segurança indeferida, vencidos os Srs. Ministros Carlos Madeira, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Sebastião Reis e Américo Luz. Quanto à primeira preliminar, votaram com o Sr. Min. Carlos Madeira, os Srs. Ministros Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Aldir G. Passarinho. Quanto à segunda preliminar, votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Hermillo Galant, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda e Aldir G. Passarinho. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Mins. Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva, José Cândido, Pedro Acioli, An-

tônio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda e Aldir G. Passarinho, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg; Presidente — Ministro José Fernandes Dantas, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas: Olívio de Oliveira Dutra, Luiz Felipe da Costa Nogueira, Cândia Alceu da Silveira Marques e Aquiles Mário Notti impetram a presente segurança para se verem reintegrados, respectivamente, nos cargos de Presidente, Diretor de Assistência Social e Recreação, Diretor de Divulgação e Cultura, e de Suplente da Diretoria, todos do «Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre», e dos quais foram destituídos por ato do Sr. Ministro do Estado do Trabalho, publicado no DOU de 14-7-80. A penalidade lhes fora aplicada de acordo com as invocadas disposições do art. 533, c, da CLT, e art. 5º do Decreto-Lei 1.632/78, a título da prática de atos de apoio e incentivo a movimento grevista em atividade essencial.

A monográfica petição inicial, denotando a cultura jurídica de seus signatários — Otávio F. Caruso da Rocha, Olga Cavalheiro Araujo e Tarso Fernando Genro —, tem suas primeiras 28 laudas dispostas sobre pontos cujo resumo vale tentar da forma que se segue.

Primeiro — O ato, instrumentado por despacho exarado no inquérito administrativo instaurado por ordem do próprio Ministro, preferiu a penalidade de destituição, aconselhada pela Secretaria de Relações do Tra-

balho, à penalidade de suspensão, sugerida pela Comissão de Inquérito, nestes termos:

«Em síntese, a Comissão concluiu pela culpabilidade relativa, dos indiciados Olívio de Oliveira Dutra, Luiz Felipe da Costa Nogueira, Aquiles Mário Motti e Cândio Alceu da Silveira Vargas, opinando pela aplicação da pena de suspensão, a qual sugere seja considerada já cumprida pelas razões já expostas e ainda, pelos aspectos positivos da abertura política encetada pelo Governo Federal, visando à participação da família brasileira e à tão almejada paz social, meta última de todos nós.

— Quanto aos demais, concluiu a Comissão pela isenção de culpabilidade, conforme se deduz dos autos, opinando sejam plenamente absolvidos». — fls. 6.

Segundo — Paralelamente à indigitada punição administrativa, os impetrantes se viram liberados da imputação de crime contra a segurança nacional, conforme rejeição da denúncia pela 1ª Auditoria da 3ª CJM, como também o foram do indiciamento por crime contra a organização do trabalho, conforme arquivamento do inquérito pela Justiça Federal, determinado a requerimento do Ministério Público.

Terceiro — O fato conteve-se nas cautelas com que os ora impetrantes dirigiram à Assembléia Geral do Sindicato, como das atas consta advertência dissuasória da greve, com esclarecimento dos riscos que a categoria correria ao partir para a paralisação; mesmo assim a greve foi decretada a 5-9-79, por deliberação da Assembléia e consenso de mais de 8.000 bancários; deflagrado, os impetrantes, como diretores sindicais, a mais não se deliberariam do que a assumir suas responsabilidades para com a classe, fundamentalmente, para que o movimento não viesse

descambar para a anarquia e a violência, intenção essa a cujo registro se seguem os detalhes da prisão dos impetrantes, efetivada a 6-9 e que durou até o dia 19 do mesmo mês.

Quarto — A título de norma regente da liberdade sindical, a inicial disserta a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, dissertação que transita pelo Pacto Internacional de Direitos Humanos, de 1966; pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica; pela Carta da Organização dos Estados Americanos; e pela Convenção 87/50, da Organização Internacional do Trabalho, tudo isso na linha de princípios que afinal são cotejados ao direito positivo brasileiro. Nesse último campo, pertinente à livre associação profissional e ao correlato direito de greve, com o qual o Brasil se comprometera desde a «Declaração de Princípios Sociais da América» (Ata de Chapultepec, 1945), começa-se a conferência da norma vigente pela Emenda Constitucional nº 1, indicados os arts. 153, § 28, 156, § 2º, 162, 165, XX e 166, para então colacionar-se a Lei 4.330/64 (Regulamento do Direito de Greve), com remissão à Lei de Segurança Nacional, art. 35; ao Código Penal, art. 201; ao Título V da CLT, e, por último, ao Decreto-Lei 1.632/78.

Cumprido esse exercício de direito comparado, da 28ª. lauda à 42ª a inicial acusa a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.632/78, diploma que, a pretexto de dispor sobre a segurança nacional, inclui os serviços bancários dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição. Destacam-se os magistérios de Hungria, Pontes, Themístocles, Leonelli, Catharino, Telles Júnior e diversos outros, tocante a que, em suma, o regime constitucional de 1946, que autorizou a Lei 4.330/64 (substitutiva do discutível Decreto-

Lei 9.070/46), não tolerava restrição ao direito de greve no campo das atividades essenciais; donde ter-se entendido que a superveniente vedação instituída pelo art. 157, § 7º, da Constituição de 67, e transposta para o art. 162, § 7º, da EC nº 1/69, teria abrogado os arts. 13 e 16 da Lei 4.330, relativos ao rol das atividades fundamentais, cujos serviços, a não se prejudicarem pela paralisação, seriam assegurados a funcionar pelas autoridades; de qualquer forma, porém, a essencialidade da atividade, agora subtraída ao direito de greve, teria que ser definida por lei, requisito constitucional que não se atenderia pelo examinado decreto-lei.

Daí a seguinte ressunta da argüição contra o referido diploma: inconstitucionalidade formal, tanto porque, à lei, na sua acepção técnica, não se equipara ao simples decreto-lei, tanto porque não se autorizaria a edição de decreto-lei sobre direito do trabalho, greve e sindicato, ademais, em carecendo a espécie das características de urgência ou interesse público relevante, dado que o tema já se encontrava disciplinado pela Lei de Greve nº 4.330/64; inconstitucionalidade substancial, segundo a falsidade da essencialidade atribuída aos serviços bancários, no mister, visto que, mesmo em correlação com a segurança nacional, ontologicamente incabível seria qualificá-los de essencial. Ler-se (fls. 38/42).

Finalmente, após indicar as questões suscitadas, dando-lhes por fecho a invocação da Súmula 316 do STF (para a qual «a simples adesão à greve não constitui falta grave»), a peça vestibular primou na seguinte argumentação objetiva (laudas 44 a 62):

«§ 1º — Impunibilidade em Tese»

— Inconstitucionalidade — 1. Sumariemos, agora, como argumento, o escólio alusivo à constitucio-

nalidade do Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-78, acima desdobrado. Como se viu, o direito de greve se encontra incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro desde a assinatura, pelo nosso governo, da Ata de Chapultepec, que faz compor o universo normativo nacional com, pelo menos, os direitos e garantias constantes das Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho: «No 1º item II — «As nações americanas reiteram a necessidade de retificar os princípios consagrados nas Diversas Conferências Internacionais do Trabalho e expressam seu desejo de que essas normas do Direito Social, inspiradas em elevadas razões de humanidade e justiça, sejam incorporadas às legislações de todas as Nações do Continente». Recomenda: 1º) Considerar de interesse público internacional a expedição, em todas as Repúblicas americanas, de uma legislação social que proteja a população trabalhadora e consigne garantias e direitos, em escala não inferior à assinalada nas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, quando menos sobre os seguintes pontos: ... g) Reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores, do contrato coletivo e do direito de greve» (in Paulo Garcia, *Direito de Greve*, ed. 1961, pág. 128). Como acentua o mesmo Paulo Garcia (op. cit., pág. 129): «não havia necessidade de ratificação para que as disposições do tratado de Chapultepec passassem a integrar o nosso direito interno. Assim o dizemos porque, pela Const. de 1937, a ratificação dos tratados incumbia à Câmara dos Deputados. Ora, não havendo, como não havia uma Câmara ratificadora em funcionamento, a quem caberia essa função? Logicamente, tal função, com todas as outras, a cargo da Câmara, seriam, como sempre o foram,

exercidas pelo chefe do poder executivo que era, em última análise, a fonte de toda a lei e de toda a vontade da Nação. Assim, se a delegação brasileira discutiu e aprovou, em nome do Presidente da República e se o mesmo era a única fonte do poder, da lei e da vontade da Nação, não há negar que o seu silêncio importou numa aceitação tácita do contratado na conferência, pois se realmente a vontade do legislador — Presidente da República — fosse repudiar o que aceitaram os seus prepostos, logicamente, uma lei devia aparecer, condenando o tratado. Se nada foi feito, se a vontade da Nação não se manifestou em contrário, retificando automaticamente estaria o tratado». Por outro lado, tal direito vem expressamente declarado no art. 165 inciso XX da Emenda Constitucional nº 1, salvo a única vedação de exercício, do art. 162 para «os serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei».

2. Inexistindo lei posterior à Emenda Constitucional nº 1/69 e com o propósito de emprestar carácter «self executing» ao seu art. 162, a doutrina do direito do trabalho, dentro da melhor técnica de hermenêutica constitucional, articulou os seus conceitos de «serviços públicos e atividades essenciais» com os conceitos de «serviços públicos e atividades fundamentais», presentes na precedente Lei nº 4.330 de 1-6-1964, equiparando-os para efeito de vedar o exercício do direito de greve nas atividades fundamentais. Ora, a atividade bancária não é atividade fundamental prevista na Lei nº 4.330 de 1-6-1964; nem, portanto, atividade alcançada pelo art. 162 da Emenda Constitucional nº 1/69, para vedação do exercício do direito de greve. Assim, prevalece, para a atividade bancária, o direito

coletivo de greve, reconhecido pelo art. 165 inciso XX da Emenda Constitucional nº 1/69, em conformidade com a Lei nº 4.330 de 1-6-1964 tudo consoante a recomendação do nº 1, item II, alínea G da Ata de Chapultepec, assinada pelo governo brasileiro em 1945, e as remitidas Recomendações e Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

3. Nenhum embargo a tal exegese opõe a existência do Decreto-Lei nº 1.632 de 4-8-1978, que intenta incluir os «bancos» no rol de atividades onde o exercício do direito de greve é vedado. Tal decreto-lei é inconstitucional, quatro vezes, formal e ontologicamente, como já demonstrado. A ele se sobrepõem o art. 165 inciso XX, e o próprio art. 162 da Emenda Constitucional nº 1/69, assegurando aos bancários, em tese, o exercício do direito de greve, como garantia constitucional do trabalho, na forma da Lei nº 4.330 de 1-6-1964. Em verdade, o exercício do direito de greve pelos bancários apenas poderá ser vedado mediante decretação do Estado de Sítio, pelo exercício do § 6º do art. 156, para a suspensão da garantia constitucional do exercício do direito de greve, quer a bancários, quer a outras categorias não arroladas pela Lei nº 4.330/64 entre as atividades fundamentais abrangidas pelo art. 162 da Emenda Constitucional nº 1/69. Ou, ainda, pela superveniência de Lei que arrole a atividade bancária entre as atividades fundamentais ou essenciais, em que o exercício do direito de greve é vedado.

4. Dada a situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, os fatos, eventos, comportamento e condutas imputados aos Impetrantes, quer pelo ato impugnado, quer pelos Relatórios da Comissão de Inquéritos Constituída pela Portaria nº 161 da DRT-RS de 11-9-1979, não

constituem eventos faltogenos, passíveis de punibilidade, sequer «em tese».

5. Portanto, o ato impugnado, de 11 de julho de 1980, de S. Exa., o Sr. Ministro do Estado do Trabalho, que aplicou a pena de destituição dos cargos de Presidente, Diretor, Suplente de Diretoria e Diretor de Sindicato aos Impetrantes Olívio de Oliveira Dutra, Luiz Felipe da Costa Nogueira, Aquiles Mário Notti e Câncio Alceu da Silveira, é nulo, por isso que apenou, no seu máximo, a eventos que, mesmo se fossem verdadeiros, seriam constitucionalmente insuscetíveis de qualquer espécie de pena; merecendo, pois, o sobredito ato impugnado, ser desconstituído pelo colendo Poder Judiciário, como de Direito e Justiça.

§ 2º — Indestituibilidade «In Concreto».

— Ilegalidades Formais —

1. Ad argumentandum tantum, admitindo-se a validade do (inconstitucional) Dec.-Lei nº 1.632/78, tem-se que o mesmo exige aplicação articulada com a CLT, tanto em seu aspecto formal (CLT — art. 553), quanto em seu aspecto material (CLT — art. 724, B): e, em ambos os aspectos, o ato impugnado exhibe flagrante violação de lei, exigindo desconstituição pelo Poder Judiciário, como de Direito e Justiça.

2. Do ponto de vista de procedimento, rege a matéria o art. 553 da CLT, notadamente o seu § 2º, acrescido pelo Decreto-Lei nº 925 de 10-10-1969. Portanto, o afastamento preventivo, facultado pelo § 2º do art. 553 da CLT pressupõe «denúncia formalizada», onde se contenham «indícios veementes» ou «início de prova bastante», quer do fato, quer da autoria — indigitados. É de salientar que tais aspectos de procedimento se encon-

tram sublinhados mediante a edição de uma Portaria especial, sob nº 3.285, datada de 1-9-1971, que adiciona a obrigatoriedade de sindicância prévia, com direito de defesa assegurado (art. 2), a ultimarse no prazo de 72 (setenta e duas) horas, prévias ao afastamento preventivo da CLT — art. 553 § 2º.

3. Ora, na espécie concreta, o despacho datado de 6 de setembro de 1979 (I.2) determina o inquérito sumário e concomitantemente, decreta o afastamento prévio de toda a diretoria do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre. Portanto, o Ministério de Estado do Trabalho suprimiu a sindicância prévia, determinada pela Portaria nº 3.285 de 1-9-1971, convertendo-a em inquérito ex post facto. O inquérito instaurado, evidentemente, destina-se a apurar a eventual falta; mas nunca jamais para embasar o afastamento, pois que para tal deve ser-lhe anterior, e não concomitante ou posterior. Transluz do exposto que o afastamento preventivo sofrido pela Diretoria do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre (supra I.2) foi indevido, além de imerecido. Indevido, em face da CLT — art. 553 § 2º, e da Portaria nº 3.285/71, porque inexistente a denúncia formalizada; inexistente a sindicância prévia; inexistente a ampla defesa. Imerecido, indubitavelmente, o afastamento, porque a Comissão de Inquérito, ex post facto, concluiu pela inocência, ou pela responsabilidade limitada — vale dizer, mitigada — de todos os seus componentes.

4. Nem se diga que o Ministro de Estado do Trabalho, no despacho aludido (infra, I, 2), não se apoiou no § 2º do art. 553 da CLT, mas sim no art. 528 do mesmo diploma, com a redação que lhe emprestou o

Decreto-Lei nº 925 de 10-10-1969. Desde logo, a redação do despacho em exame, sobretudo o seu item 3 (infra, I, 2), com o emprego da locução «...afastar de seus cargos os mencionados dirigentes sindicais...» evidência o exercício do art. 553 § 2º. Por outro lado, a cláusula de indeterminação de tempo, «... pelo período que durar a apuração de suas responsabilidades até decisão final pela autoridade competente ...»: tal cláusula tornaria viciosa a intervenção da CLT art. 528, a teor do Mandado de Segurança nº 3.953, do Pleno desse egrégio Tribunal de Recursos, publicado no Diário da Justiça de 30-10-1956. Com efeito, entre o ato de afastamento preventivo (infra, I 2) datado de 6-9-79 e o ato destitutivo parcial (infra, I, 1), datado de 14-7-79 permeiou quase ano, dando azo à invocação analógica das razões de voto do Relator, Ministro Aguiar Dias, naquele «writ»: «Sindicatos — Intervenção Ministerial — Quando é ilegal: Sindicatos — Intervenção. Constitui desvio de poder a prorrogação, por tempo indefinido, de intervenção ministerial, nos sindicatos. Qualquer que seja a função do sindicato, no regime, uma coisa é certa, a vontade livremente manifestada nas urnas deve ser respeitada e não pode, em contradição a ele, prevalecer a vontade dos eventuais detentores do poder» (in Ementário Trabalhista, dezembro de 1956 — Calheiros Bonfim). Aliás, o princípio de intervenção, facultado pela CLT art. 528 sofreu o escalpelo do imortal Ministro Orozimbo Nonato, no mandado de segurança nº 767 (RF/118/403). Nele, o eminente Ministro tisonou indelevelmente o art. 528, dizendo: «Os sindicatos exercem função pública de relevo, cooperando com o poder público na ordem econômica do país, sem que com isso, no entanto se chegue à subordinação ao poder público, in-

compatível com o princípio de liberdade, assegurado pela Constituição. O sindicato, é órgão de cooperação, mas em que vive o princípio da liberdade sob a lei ... — Se a Constituição atribuiu aos sindicatos liberdade de movimentos, a regulamentação dessa liberdade só pode atingir os pontos indicados na própria Constituição... — Em nome da liberdade, não se pode ir ao extremo de tirar a uma associação o direito de eleger a sua diretoria e de mantê-la pela vontade de seus associados». Embora voto vencido, José Martins Catharino (in «Autonomia Sindical» — parecer) evidenciar o quanto tal voto passou a condicionar a jurisprudência brasileira, restringindo o alcance do art. 528 da CLT, v.g. no Mandado de Segurança nº 4.219 — DF, 13-12-1954 — do eg. Tribunal Federal de Recursos. que passou a exigir a examinar causa de intervenção: «... passíveis irregularidades na eleição, na referente ao registro dos candidatos tidos como inelegíveis, não bastam para caracterizar as hipóteses previstas no art. 528 da Consolidação das Leis do Trabalho, permissivas da referida intervenção». § 3º — Idem Ilegalidade Material 1. Mas não é só o elenco de ilegalidades formais, ou extrínsecas ao ato impugnado que o inquinam de nulidade e lhe reclamam desconstituição pelo judiciário; sobre mais o exigem as ilegalidades substantivas, que avultam polpudas e inocultáveis, a requererem com intransigência, sobredita desconstituição. É que o (inconstitucional) Dec.-Lei 1.632/78 tem sua aplicação articulada não só aos dispositivos formais da CLT — art. 553 § 2º, como ainda aos preceitos materiais da punibilidade do «lock-out» e da greve, estatuídos no elenco de artigos da CLT — arts. 722 a 725. Parece bem evidente que o art. 5º do (inconstitucional) Dec.-Lei nº 1.632/78 não po-

de ignorar, nem desconhecer o critério legal de individualização das penas, sobretudo quando é a própria e vigente CLT que os estipula, à luz do art. 153 § 13, segunda parte, da Emenda Constitucional nº 1/69, a saber: «... A lei regulará a individualização da pena.»

2. Ora, o art. 5º do (inconstitucional) Dec.-Lei 1.632/78 prevê três espécies de pena; e quatro gêneros de conduta. As penas previstas são as seguintes: a) advertência; b) suspensão; c) destituição ou perda de mandato. Claro que tais penas se colocam numa gradação ascendente de intensidade, das quais a mínima é a advertência; a máxima é a destituição ou perda de mandato; e a média é a suspensão. Já os comportamentos puníveis previstos pelo (inconstitucional) Dec.-Lei nº 1.632/78, distribuem-se em quatro gêneros; a) apoio indireto; b) o apoio direto; c) o incentivo indireto; d) o incentivo direto. Também é claro que tais condutas se hierarquizam em escala ascendente de responsabilidade, das quais o apoio indireto é de responsabilidade leve, ou mínima; o incentivo direto é de responsabilidade absoluta, ou plena; e o apoio direto e o incentivo indireto são de responsabilidade média ou relativa. É bem de ver que nenhuma destas quatro espécies de conduta pode ser levada à confusão com a figura de simples adesão à greve, porquanto este comportamento não é passível de pena, eis que sequer constitui falta grave, a teor da Súmula nº 316 — «A simples adesão à greve não constitui falta grave».

3. Saliente-se, aqui, de modo incidente, que os impetrantes julgam o seu comportamento inimputável, dada a inexigibilidade de qualquer outra conduta, para dirigentes sindicais, em face de estado de greve, oficialmente reconhecido e decretado pelo próprio Ministério de Estado do

Trabalho, em despacho oficial. O comportamento dos impetrantes, tal como transluz das averiguações da Comissão de Inquérito, não foi de apoio, nem foi de incentivo à greve, quer de modo direto, quer de modo indireto. Foi de pura assunção das responsabilidades que, aos dirigentes sindicais, nasciam do estado de greve, reconhecido e declarado pelo Ministério de Estado do Trabalho. Tal conduta de pura assunção de responsabilidades sindicais, indivisivelmente era a única exigível dos Impetrantes, no momento e sob as circunstâncias dadas, subsumindo-se em inculpabilidade absoluta, por isonomia com a Súmula nº 316. Procedida esta ressalva incidente, prosigamos, *ad argumentandum tantum*.

4. Pois é preciso estabelecer a correlação legal entre as espécies de conduta incrimináveis pelo (inconstitucional) Dec.-Lei nº 1.632/78 e os gêneros de punição aplicáveis. Para tanto, interpretemos a lei, a partir dos extremos, como é de boa praxe hermenêutica. A pena de grau máximo deve corresponder a conduta de responsabilidade absoluta, ou plena. Portanto, à «destituição ou perda de mandato» deve ser correlativa com a conduta de incentivo direto à deflagração da greve. Para nada menos do que tanto caberá, segundo os critérios de individualização legal da pena, a aplicação da pena máxima. E mais: o art. 724 inciso II da CLT modula na espécie o entendimento da expressão «incentivo direto», para que se a compreenda como equivalente a «incentivo direto e exclusivo». Em verdade, o preceito citado, aplicável aos estados de greve emergentes de deliberação assemblear de milhares e milhares de trabalhadores, dispõe: «art. 724 — Quando a suspensão do serviço ... for ordenada por associação profissional, sindical ... de empregados, a pena será: I — omissis; II — se a instigação ou or-

dem for ato exclusivo dos administradores, perda do cargo, sem prejuízo da pena cominada no artigo seguinte». Ora, indubitavelmente, no caso dos autos, o estado de greve oficialmente reconhecido pelo Sr. Ministro de Estado do Trabalho foi produto da vontade coletiva dos empregados dos estabelecimentos bancários de Porto Alegre, assembleados, em mais de dez milhares, em reunião pública de «associação profissional, sindical... de empregados». Portanto, na espécie concreta, a pena máxima, de «destituição ou perda de mandato», a que se refere também a CLT — art. 553, alínea C, apenas é cominável quando caracterizado o «incentivo direto» do art. 5º do (inconstitucional) Dec.-Lei 1.632/78, com a qualificação da instigação exclusiva, de que cuida a CLT — art. 724 alínea B, pré-citado.

5. Em contrapartida, no exame da correlação entre o grau da pena e o grau da responsabilidade, a pena mínima — de «advertência» — corresponde à responsabilidade mínima, ou leve — de «apoio indireto». Mas é sempre de ressaltar que a figura do «apoio, direto ou indireto», não se confunde com a «adesão simples», posto que esta não é punível, a teor da Súmula nº 316, novamente citada: «316 — A simples adesão à greve não constitui falta grave». Finalmente, a pena média — de «suspensão», ela própria graduável, dies ad diem — corresponde à responsabilidade média, ou relativa, oriunda das condutas de «apoio direto» ou «incentivo indireto», com maior extensão *pro tempore*, neste última alternativa. «permissa máxima vênia», tal é a nítida individualização legal das penas (CF — art. 153 § 13, segunda parte) estatuídas pelo artigo 5º do (inconstitucional) Dec.-Lei 1.632/78 combinado com a CLT — art. 724 alínea B e o CLT — art. 553, alíneas A, B e C.

6. Ora, no caso *sub iudice* é bem claro; é bem evidente; é bem indubitável. A Comissão de Inquérito, agindo, embora com extremado rigorismo, não encontrou, nem apontou a responsabilidade plena ou absoluta dos impetrantes, senão que apenas lhes imputou (rigorosamente) a média, mitigada ou relativa. (infra, I.8) «... Conclusão — Em síntese a Comissão concluiu pela culpabilidade relativa dos indiciados ...» Congruente, embora rigorosíssima, a Comissão aplicou o Princípio da individualização legal da pena, cominando-lhes a pena média de suspensão, eis que a máxima estava *ipso facto* afastada pela indicação de culpabilidade mitigada, média, ou relativa (infra, I.8): «... opinando pela aplicação da pena de suspensão, a qual sugere seja considerada já cumprida pelas razões já expostas ...»

7. Por outro lado, o Assessor Jurídico do Sr. Secretário de Relações do Trabalho (infra, I.9), ao analisar o relatório da Comissão de Inquérito, em parecer aprovado pelo Sr. Secretário de Relações do Trabalho, em parecer próprio, expressamente invocado no ato ora impugnado, endossou o juízo sobre a responsabilidade dos impetrantes, no grau mitigado, médio ou relativo: «12. Daí a conclusão a que chegamos: endossamos o entendimento da Comissão de Inquérito, no que tange à responsabilidade dos quatro indiciados antes referidos». Endossou, encampou, perfilhou: o parecer fez seu o juízo de responsabilidade média, mitigada, ou relativa, enunciado pela rigorosíssima Comissão de Inquérito. Incongruente, porém, discrepou na individualização da pena, violando o ditamen legal, em aras de *palmar equívoco*: «13. Discordamos, entretanto, da penalidade proposta, pois, em casos semelhantes, já ocorridos, a punição tem sido diferente». Permissa *venia*, há critério legal de

individualização da pena; há correlação indesejável entre o grau de responsabilidade imputada e o grau da pena cominada: endossar a responsabilidade limitada e aplicar a pena máxima, é violar a lei, é ferir o dispositivo de individualização da pena. Permissa venia, em tais casos de teratologia punitiva, ao se perfilar a contradição interna entre a natureza da responsabilidade e a natureza da pena: em tais casos cede o acessório, que é a pena, para curvar-se ante o principal, que é a responsabilidade. Induvidosamente, não pode prevalecer o parecer que endossa a responsabilidade relativa, sem automaticamente assumir a exclusão da pena máxima, de «destituição ou perda de mandato». Como tal corrigenda não foi feita por S. Exa. o Sr. Ministro de Estado do Trabalho, força é que o seja pelo Egrégio Poder Judiciário.

8. Incidentemente, é manifesto que o equívoco parecer — integrante do ato impugnado — adveio de um claro vício de procedimento, a que ainda não se aludiu. O procedimento formal do expediente (infra, § 2º) pautou-se pela CLT — art. 553, em combinação com a CLT — art. 557. Como é sabido, o ato impugnado aplicou a pena da CLT — art. 553, alínea C; deixando de aplicar a advertência, com multa, e a suspensão, das alíneas A e B. Ora, a CLT — art. 557 diz que «As penalidades de que trata o art. 553 serão impostas: a) as das alíneas A e B pelo Delegado Regional do Trabalho, com recurso para o Ministro de Estado; b) as demais pelo Ministro de Estado». Portanto, o Relatório da Comissão de Inquérito, necessariamente, e sobretudo em face das suas conclusões («... opinando pela aplicação da pena de suspensão...») devia ter sido apreciado e decidido, em primeiro grau de jurisdição administrativa, pelo Ilmo. Sr. Delegado Regional do Trabalho — para que o mesmo ou aplicasse a sobredita e recomendada pena

de suspensão (com recurso ex officio para o Sr. Ministro do Trabalho); ou reformasse o Relatório da Comissão imputando responsabilidade absoluta e plena correspondente à pena máxima de competência do Sr. Ministro de Estado do Trabalho. Contudo, na tramitação do expediente ocorreu mais um vício de procedimento; mais uma nulidade extrínseca, a se alinhar com os antes já apontados § 2º). É que o processo foi encaminhado diretamente ao Sr. Ministro de Estado do Trabalho, per saltum, sem julgamento do Sr. Delegado Regional do Trabalho. Ora, por força da CLT — art. 557 alínea B, o Sr. Ministro de Estado do Trabalho apenas aplica as penas máximas; restando reservadas ao Sr. Delegado Regional a aplicação das penas média e mínima. Portanto, logo se vê o equívoco tautológico do parecer da assessoria jurídica da Secretaria de Relações do Trabalho. É evidente que as punições aplicadas diretamente pelo Sr. Ministro do Trabalho não de ter sido as punições máximas, pois a CLT — art. 557 reserva ao Sr. Ministro do Trabalho apenas e somente a aplicação de penas máximas. Assim, o vício formal de procedimento — a suspensão, per saltum, de uma instância — gerou a suspensão das penas mínimas e médias, pelo fundamento do quod plerumque fit na instância a que é reservada a pena máxima. Daí a incongruência teratológica do endosso do juízo de responsabilidade relativa, com aplicação de pena máxima — violado o princípio legal de individualização da pena da CLT — art. 724, alínea B.

9. Tal dissintonia na individualização da pena, foi incorporada ao ato impugnado, pela explícita cláusula — «... de acordo com o parecer da Secretaria das Relações do Trabalho ...», que lhe constitui causa. Ora, sendo a causa do ato administrativo, contrária à lei, e insuscetível de sustentação jurídica, nulo, ipso facto, é ato em si próprio, merecedor de des-

constituição pelo Poder Judiciário. Cretella Jr., em «Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder» (ed. 1978, pág. 125) observa: «As razões que inspiram o ato integram o elemento motivo. Tais motivos ou fundamentos não são «livres», como ocorre nos negócios do direito privado. No direito administrativo, o motivo é fundamental: é a razão jurídica do procedimento da Administração. O motivo sobre o qual se apoia o ato administrativo alicerça-se sempre no interesse público. Por aí se observa quanto o motivo se liga com o fim, não obstante se erijam em entidades diferentes. Suporte fático do ato, é sobre o motivo que incide a vontade do agente administrativo, valorando-o, pesando-o, à luz do interesse público, balizado pelo texto legal». O ilustre tratadista (a págs. 254), versando a «orientação atual dos tribunais brasileiros», relembra: «O julgamento da legalidade ou ilegalidade da demissão de um funcionário deu ao Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena de 20 de dezembro de 1944, a oportunidade de reexaminar, com muito brilho, a orientação que vinha mantendo em casos semelhantes» ... «Pode o Judiciário reexaminar a prova, constante de inquérito administrativo, realizado pela Administração para apurar faltas de funcionários?» «... A Egrégia Corte Suprema da nação rompeu a tradição seguida, afirmando, na reunião plenária a que estamos aludindo, os princípios opostos, ou seja, admitindo que o Poder Judiciário reexamine a prova do inquérito e possam contrapor-se novas provas produzidas em juízo». Temos assim demonstrada a nulidade do ato impugnado, por ilegalidade material, violadora dos princípios legais de individualização da pena, motivadas por incorporação de parecer, manifestamente equivocado, mercê tramitação per saltum.

§ 4º — Inexigibilidade de outra Conduta 1. Os documentos anexos

em xerocópias autenticadas falam por si mesmos, aos ouvidos de todos, quantos se interessam pelo estudo desta questão, relevante no ordenamento jurídico brasileiro. Baste referi-los, brevissimamente.

2. Os impetrantes sempre se empenharam no alerta dissuasório do direito de greve, ainda desde muito cedo, em abril, quando a sua emergência era apenas ventilada (infra, II — 1), e permanentemente depois, até os fins de agosto, quando a greve já madrugava na categoria (infra, II — 2). Afinal, nos próprios dias da deliberação assemblear, os Impetrantes decidiram por unanimidade «...que nenhum membro da Diretoria proporia ao Plenário ou incitaria qualquer movimento grevista ...» (infra, II — 3).

3. Nenhuma outra conduta lhes seria exigível. Nem a de embargarem o rebrotar das reivindicações salariais que crepitavam em impulso de greve, como se fossem os Impetrantes Delegados da Ordem Política e Social. Nem a de incendiarem o anseio grevista, dourando-os com a ilusão dos sonhos. A conduta que adotaram os impetrantes foi a conduta, conforme o direito, consoante as suas responsabilidades sindicais, adaptada ao princípio jus.

4. Nas 24 (vinte e quatro) horas em que permaneceram em liberdade, após a emergência do estado de greve oficialmente reconhecido e decretado pelo Ministério do Trabalho (cf. infra, II — 5 a 9) a conduta dos impetrantes não sofreu desmaios, nem deslizos. No que respeita v.g. ao impetrante Olívio Dutra, imputam-lhe tão-só a declaração de «... que realmente formou e ajudou a formar piquetes que se destinavam a persuadir os companheiros a que não comparecessem (sic) ao trabalho e também com a recomendação de que fosse garantida a ordem sem agressões ou provocações de qualquer natureza...» É importante acos-

tar o depoimento de Milton Mottini Machado, sobre o «picketing»: «... com o duplo objetivo de manter a ordem, evitando exaltações ou qualquer tipo de provocação e de persuadir os companheiros a não comparecerem ao trabalho, permitindo-se da mesma forma que aqueles que estavam trabalhando, continuassem ou não a prestar serviços, bem como permitindo o livre acesso aos estabelecimentos bancários de seus clientes...» Eis aí: Acaso lhes seria exigível outra conduta, como Presidente e Diretores de Sindicato, de categoria que fora reconhecida em estado de greve pelo Ministério do Trabalho? Certamente que não!! Nem lhes seria exigível a conduta de reprimir o estado de greve, ou coarctar os piquetes, como se não fossem Dirigentes Sindicais, mas Delegados de Ordem Política e Social. Nem lhe seria exigível a conduta de alhear-se e ausentar-se dos acontecimentos, abandonando a composição dos grupos e piquetes a lideranças menos experientes, esbraseadas talvez pelo incandescimento das emoções coletivas. Induvidosamente, os impetrantes adotaram a conduta compatível com a ordem, com a segurança, com o pesado fardo de responsabilidades que sobre seus ombros depositou a ocorrência incontrolável do estado de greve, oficialmente reconhecido pelo Ministério de Estado do Trabalho, ao estruturar os piquetes para a persuasão, «... permitindo-se da mesma forma que aqueles que estivessem trabalhando continuassem, ou não, a prestar serviços, bem como permitindo o livre acesso aos estabelecimentos bancários de seus clientes ...». Era, por certo, inexigível outra conduta, dos impetrantes, por que a única outra alternativa aparentemente jurídica, seria a conduta omissiva: omissão não exigível, porque omissão de «... manter a ordem, evitando exaltações ou qualquer tipo de provocações ...». O princípio da não exi-

gibilidade de outra conduta, invocado para a espécie, já foi estendido ao direito do trabalho, na citada Súmula n.º 316 («a simples adesão à greve não constitui falta grave»), como bem se observa em brilhante passagem de acórdão de referência, o RE 48.805-SP, no voto do Ministro Victor Nunes Leal «... A lei não pode exigir dos operários que sejam soldados ou heróis do patronato...» (Jardel Noronha e Odalea Martins, Referências da Súmula do STF, vol. 1.º, pág. 90). E, no entanto, foram os impetrantes soldados ou heróis da comunidade, adequando os piquetes à segurança e à ordem e à paz da sociedade.

5. Como observa o grande Edmundo Mezger, em seu «Tratado de Derecho Penal» (vol. II, pág. 205 — trad. esp): «II. La no exigibilidad en el ámbito de la culpa. Ya la 1a. determinación conceptual de la culpa nos aproxima al examen material del problema en orden a si al autor a quien debe reprocharse un determinado acto «hubiera podido serle exigida otra conducta diversa de la realizada». Pues como ya hemos visto — el reproche a título de culpa tiene su punto de arranque en un enjuiciamiento individual de la situación do hecho y del deber que de ella se deduce para el autor. El reproche a título de culpa sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado, personalmente dirigido». No mesmo sentido, evidenciando o arredamento do elemento subjetivo nas circunstâncias da «não exigibilidade de outra conduta», Luiz Jimenez de Asua (La Ley y el Delito, pág. 512 e segts.) assim se manifesta: «El mérito mayor de Edmundo Mezger ha sido abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal. Sobre la ley — lo que no quieire decir por cima del derecho — ha construido en las causas de justificación un estado de necesidad suprallegal — que yo llamaria más bien causa general y suprallegal

de justificación por conformidad teológica con la norma de cultura —, donde pueden alojarse casos de evidente ausencia de lo injusto, que no tienen rigoroso acomodo en las concretas disposiciones del Código penal; y en las causas de inculpabilidad, esta otra, general y supralegal también, denominada no exigibilidad de una conducta conforme a derecho. De este modo, los dos grandes caracteres del delito — la antijuridicidad y la culpabilidad — tienen en su fases negativas: causas de justificación y causas de inculpabilidad, dos fórmulas en las que puede regularse toda conducta no antijurídica o no culpable, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el derecho».

6. Evidentemente os Impetrantes negam a injuridicidade de sua conduta; e recusam, sobretudo, qualquer eiva de dolo ou culpa em seu comportamento. Entretanto, desdobram o ponto e tema da «inexigibilidade de outra conduta», para forrarse a quaisquer dúvidas, eis que os documentos anexos bradam e gritam em seu prol ter-lhes sido, naquelas circunstâncias, inexigível outra conduta — distinta da que o Relatório da Comissão de Inquérito descreve — e, rigorosíssima, sanciona com a pena média, de suspensão.

§ 5º — Pré-Julgamentos Absolutórios — 1. Nelson Hungria, em seus «Comentários ao Código Penal» (3ª ed., pág. 25 a 37) transcrever parecer de sua autoria, sobre o ilícito jurídico e o administrativo: «A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico ... Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao

ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que Kukula justamente chama de «estéril especulação», idêntica à demonstração da «... quadratura do círculo».

2. Versando, agora especificamente a materia, o mesmo Nelson Hungria, in «Comentários ao Código Penal» (pág. 21), observa: «Vê-se, assim, que os fatos lesivos da organização do trabalho, segundo sua maior ou menor gravidade, podem constituir delito penal ou delito administrativo. É possível, entretanto, que o mesmo fato incida, simultaneamente, em dispositivo penal e em dispositivo administrativo (isto é, de legislação trabalhista). Assim, a greve e o lock-out, que são ilícitos administrativos em si mesmos (ainda quando pacíficos), são também crimes quando lastreados pela violência. É bem de ver que, em tais casos, a Justiça do Trabalho (pelo menos enquanto mantiver caráter administrativo ou não excludente da competência da justiça criminal comum) deve aguardar o pronunciamento da justiça penal comum, pois, de outro modo, haveria ensejo a decisões contraditórias (quanto à própria existência ou apreciação dos fatos) ou à infração do non bis in idem. Se os réus são absolvidos ou condenados no juízo comum não podem ser, respectivamente, condenados ou absolvidos no juízo administrativo. Há sanções administrativas que coincidem pela sua natureza, com as penais, como v.g., a multa; e não seria admissível que pelo mesmo e único fato os réus sofressem tal penalidade duas vezes. Depois do julgamento do fato pela justiça criminal comum, a intervenção da Justiça do Trabalho só é admissível em relação ao resíduo administrativo ou para aplicação, no caso de condenação criminal, de sanções exclusivamente administrativas (isto é, não similares às penais)».

3. Como bem se vê, o ilícito administrativo de direito do trabalho previsto na CLT — art. 724, B em combinação com o art. 5º do (inconstitucional) Dec.-Lei 1.632/78, tal ilícito apresenta um «tatbestand» coextensivo com o do art. 201 do Código Penal — quanto à hipótese — tipo de apenamento máximo, com a sanção de «destituição ou perda de mandato». Em verdade, onde houver o padrão de conduta para a «destituição ou perda de mandato», haverá, concomitantemente, o padrão de conduta para a cumulativa sanção penal. O «resíduo administrativo», de que fala Néelson Hungria, é — nas hipóteses ventiladas — apto a lastrear apenas as sanções média e mínima, vale dizer, as penas de «suspensão» e «advertência» com multa».

4. Ora, os impetrantes foram absolvidos em processos-crime, tanto na 1ª Auditoria da 3ª CRM, quanto na 3ª Vara da Justiça Federal da Seção do Rio Grande do Sul. Os citados e prévios julgamentos absolutórios, transcritos nesta petição e documentados em anexo, excluem o animus delitivo, e igualmente arredam o corpus — pelo menos naquele contexto gerador de pena administrativa de «destituição ou perda de mandato.»

5. Tais julgados, prévios ao ato impugnado, e plenamente absolutórios, confortam a pretensão dos impetrantes, de que seja desconstituído o despacho de S. Exa. o Sr. Ministro de Estado do Trabalho que os destituiu dos mandatos de Direção Sindical, para os quais foram os impetrantes legalmente eleitos, até outubro do ano próximo vindouro de 1981». — fls. 44/60.

Pedem, pois, que «... seja concedida a segurança, para anulação do ato impugnado e reintegração dos impetrantes nos cargos e mandatos de que são titulares no «Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Porto Alegre», me-

diante investidura eletiva que se expira em outubro de 1981.»

As informações foram prestadas pelo Sr. Ministro de Estado do Trabalho, Dr. Murillo Macedo, e aprovando parecer do Consultor Jurídico Pedro Luiz Ferronato.

Iniciado por considerações tocantes a que, a par da função fundamental de defesa dos interesses da categoria, também situa-se o sindicato como organismo colaborador do Poder Público, o referido parecer inteirou-se do pronunciamento solicitado à Secretaria de Relações do Trabalho e proferido na linha de asseverações como as que se seguem:

a) Legitimidade do Decreto-Lei 1.632 (Constituição, arts. 55 e 162):

«3.3. Ora, o Decreto-Lei 1.632, em evidência, foi expedido com base no interesse da segurança nacional, conforme esclarece o próprio enunciado, *ipsis litteris*:

«Dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional.»

3.3.1. O conceito de segurança nacional é muito amplo, embora não indefinido, e sobre o assunto bem situou o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 62.731, da Guanabara, sobre inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 322, de 7 de abril de 1967, conforme se verifica:

«A apreciação dos casos de «urgência» ou de «interesse público relevante», a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor, do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária, também discricionária, do Congresso.

«Mas o conceito de segurança nacional não é indefinido e vago,

nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. «Segurança Nacional» envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País; suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas ou internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto» (publicado em Revista de Informação Legislativa, vol. 38, pág. 23).

3.2. Nesse mesmo sentido, a Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, define segurança nacional ao dispor que:

«Art. 2º — Segurança Nacional é o Estado de garantia proporcionado à nação, para a consecução de seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.»

E logo a seguir, especifica os objetivos nacionais:

«— Soberania nacional;
«— integridade territorial;
«— regime representativo e democrático;
«— paz social;
«— prosperidade nacional;
«— harmonia internacional».

3.4. A greve, embora permitida pela Constituição e regulada por lei própria (Lei 4.330/64), não pode e não deve ocorrer naquelas atividades que, por sua natureza, possam afetar a paz social ou a prosperidade nacional, além de outras. Daí a advertência do Decreto-Lei nº 1.632, invocado e que incluiu entre as diversas atividades que especifica, as dos bancários. E é fora de qualquer dúvida a importância dessa atividade, mormente com vistas à prosperidade nacional. Na época atual, em que o comércio e a indústria giram em torno de bancos, nos quais mantém depositados todos os valores recebidos,

movimentando-os também através dos mesmos bancos, a paralisação destes representa enormes prejuízos que, indiscutivelmente, se refletem na prosperidade do País, com as conseqüências que podem advir, inclusive redução do número de empregos. Banco é fator de desenvolvimento e «o desenvolvimento é o fator para a obtenção de segurança, e garantia de vir a existir administração democrática». (Luciano Mesquita, «A Estratégia da Sociedade Democrática», publicado em Revista de Informação Legislativa, nº 46, pág. 31).

5. Resulta, assim, bem claro que referido Decreto-Lei, ao incluir os bancos entre atividades essenciais, interesse para a segurança nacional, baseou-se em motivo de segurança nacional, encontrando, por conseguinte, amplo, correto e definitivo embasamento no inciso I do artigo 55 da Constituição vigente. Não pode, portanto, ser declarado como inconstitucional, pois que expedido em perfeita consonância com os dispositivos da Carta Magna.

6. Corroborando o que se afirma, temos que o Congresso Nacional aprovou o Decreto-Lei em apreço. «Mas se sobrevém a aprovação, dificilmente se poderia conceber caso de apreciação da inconstitucionalidade da expedição do Decreto-Lei, ou do ato aprobativo, por se tratar de *quaestio facti*. Todavia, não há a impossibilidade da alegação, com fundamento contra a aprovação, a despeito da falta por parte do Decreto-Lei». (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, 2ª edição, R.T., Tomo III, pág. 161).

6.1. Naturalmente que o texto do Decreto-Lei não seria aprovado, se não estivesse consentâneo com a norma constitucional. O próprio Congresso, que tem em sua composição inúmeros juriconsultos de

primeira linha, não aprovaria o ato sabendo de sua nulidade. Vale dizer que não aprovaria ato nulo».

b) Culpabilidade dos Impetrantes:

7.1. «Começamos por observar que os impetrantes apresentam interpretação distorcida acerca do despacho ministerial que reconheceu a ocorrência de greve em atividade essencial e de interesse para a segurança nacional. Efetivamente, sempre referem a «estado de greve» reconhecido pelo Ministro do Trabalho, como se fosse a legitimação desse estado. Na realidade, tal reconhecimento tem por objetivo tornar claro que se trata de greve em atividade essencial, de interesse para a segurança nacional (greve proibida), deixando seus participantes sujeitos às sanções previstas no Decreto-Lei. Dizer que ocorre, no caso, greve proibida não é o mesmo que reconhecer como legítimo esse estado. Não houve — repetimos — legitimação do estado de greve. Houve a declaração de que se tratava de greve proibida, decorrendo daí a obrigatoriedade de todos os participantes retornarem, imediatamente, aos seus serviços.

8. Observemos, ainda, que o MTb foi bastante cauteloso antes de aplicar sanções aos dirigentes sindicais. Depois de declarado tratar-se de greve proibida foi nomeada Comissão de Inquérito para apurar suas responsabilidades pelos «atos de apoio ou incentivo ao movimento grevista». (despacho de 6-9-79)». — fls. 121/122.

De fls. 122 a 130, segue-se transcrição de trechos do relatório da Comissão de Inquérito, com indicação da prova apurada contra os indiciados e a proposição da pena de suspensão, penalidade da qual discordou o Assessor daquela Secretaria, conforme conclusão que veio a pre-

valecer em respaldo do examinado ato Ministerial, verbis:

«Daí a conclusão a que chegamos; endossamos o entendimento da Comissão de Inquérito no que tange à responsabilidade dos quatro indiciados antes referidos.»

Discordamos, entretando, da penalidade proposta, pois, em casos semelhantes já ocorridos, a punição tem sido diferente.

«De acordo com o art. 5º do Decreto-Lei 1.632 de 4 de agosto de 1978 as penalidades, para o caso em exame, podem ser: advertência, suspensão, destituição ou perda do mandato.

«Dentre essas penalidades, a que tem sido aplicada em casos como ora examinado é a de destituição.

«Assim sendo e seguindo a mesma linha de ação adotada em casos anteriores, opinamos no sentido de ser aplicada aos quatro dirigentes sindicais em referência a pena de destituição dos cargos que vinham ocupando na entidade sindical». — fls. 129/130.

A partir daí, o invocado pronunciamento da Secretaria de Relações do Trabalho põe-se a refutar os vícios atribuídos à aplicação da penalidade, pois, em primeiro lugar, não haveria gradação a ser respeitada dentre as penalidades arroladas no art. 5º do Decreto-Lei 1.632, e nem seria de exigir-se maior especificação da individualização da pena; segundo, a ser o caso da perda do mandato, conforme os precedentes, a hipótese da pena mais grave havia mesmo de submeter-se à competência do Ministro, e não à do Delegado Regional do Trabalho; terceiro, a absolvição dos impetrantes, em outros foros, não repercutiria na área administrativa, dada a consabida autonomia das instâncias, sem causa, assim, para o invocado pré-julgamento absoluto; quarto, não teria peso a escusa do registro, em ata, das advertên-

cias dos impetrantes sobre os riscos da greve, já que contra a paralisação não agiram desde o momento em que o Ministro do Trabalho a reconhecerá proibida, a partir dali tornada improvável, portanto, a suscitada «inexigibilidade de outra conduta»; quinto, finalmente, conclui o pronunciamento:

«... não há que confundir preceitos da Lei 4.330/64 com os do Decreto-Lei 1.632/78. A primeira regula o direito de greve e o segundo proíbe greve em atividades essenciais de interesse para a segurança nacional. O fato de este incluir atividades consideradas pela lei como fundamentais, não significa discordância entre os dois dispositivos, até mesmo porque a lei nova que dispõe a par matéria contida em lei anterior não revoga nem modifica esta» — fls. 134.

Solicitada, a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Procuradoria Iduna Weinert, aprovado pelo Subprocurador-Geral Geraldo Fonteles, manifestou-se pela denegação da segurança, começando por responder a arguição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.632/78 com os seguintes argumentos:

«No que tange a primeira das alegações, tem-se que um estudo sistemático dos dispositivos que tratam da atividade legiferante, na Constituição Federal, e, em especial, dos arts. 46 a 59, que dizem respeito ao processo legislativo, conduz, necessariamente, às seguintes conclusões:

1) — que a expressão «lei», utilizada no art. 162, deve ser entendida *latu sensu*, ou seja, abrangente de todas as modalidades normativas discriminadas no art. 46, incisos I a VII;

2) — que os decretos-leis — previstos no inciso V, do referido art. 46, somente diferem das leis

ordinárias e demais tipos legais ali previstos, quanto ao processo de sua elaboração, que obedece aos ditames impostos pelo art. 55, da Lei Maior;

3) — que, quando a Constituição prefere determinada modalidade normativa, faz com que a expressão «lei» venha, sempre, adjetivada, como ocorre nos seguintes exemplos:

— art. 10 — inciso VI — «lei federal»

— art. 14 — «lei complementar»

— art. 15 — inciso II — § 1º — letra a — «lei estadual».

— art. 24 — inciso II — «lei complementar».

— art. 52 — «leis delegadas», etc.

10. Pontes de Miranda, ao comentar o retrocitado art. 46 constitucional, diz que o mesmo «apenas cogita do processo legislativo estrito senso», admitindo, mais adiante, quanto aos decretos-leis, que «não se trata propriamente de decreto-lei, mas de lei sob condição resolutive (rejeitável dentro do prazo)», valendo lembrar, por fim, observação do mesmo autor, no sentido de que «em sessão ordinária do Congresso Nacional podem ser discutidas e votadas emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis e decretos legislativos». («Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1 de 1969 — 2ª ed. — 1973 — págs. 123, 128 e 141/142).

11. Nenhuma dúvida pode restar, por conseguinte, sobre a circunstância de que os «decretos-leis» estão abrangidos na expressão genérica «lei», sendo esta o gênero e aqueles, uma de suas espécies.

12. Sustentam os impetrantes, a seguir, que o Dec.-Lei nº 1.632/78

estaria eivado de inconstitucionalidade na medida em que, a matéria nele versada, concernente ao direito do trabalho (direito de greve e direito de sindicalização), não é franqueada aos decretos-leis, nos termos do art. 55 da Carta Magna.

13. Com efeito, o preceito constitucional em tela não autoriza o Presidente da República a expedir decretos-leis sobre matéria trabalhista.

14. Sucede, contudo, que, quando determinados temas trabalhistas como, no caso, o direito de greve e direito sindical passam a interessar à segurança nacional, em ocorrendo, simultaneamente, urgência ou interesse público relevante, configura-se a hipótese prevista no art. 55, inciso I, da Constituição que confere competência ao Presidente da República para a expedição do decreto-lei que se impuser.

15. O art. 55 e seu inciso I, da Lei Maior são, exatamente, o fundamento constitucional invocado pelo Decreto-Lei nº 1.632, de 4-8-78 que se afina, pois, à sistemática da elaboração legislativa em vigor.

16. Sobre o entendimento que se deva dar às expressões «urgência», «interesse público relevante» e segurança nacional «já se manifestou, em diversos julgados, o Colendo Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos do RE 62.789 (RTJ 44/54), cuja ementa se acha transcrita nas informações da autoridade Impetrada (fl. 118), e RE 74.096 (RTJ, 62/819).

17. Segundo esses julgados, «a apreciação dos casos de urgência ou de interesse público relevante, a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967 (atual art. 55), assume 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», com o que escapa ao controle do Poder Judiciário.

18. Já o conceito de segurança nacional, na esteira do entendimento da nossa Colenda Suprema Corte, «não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso», estando, hoje, fixado na Lei nº 6.620, de 17-12-78, art. 2º; e dentre os objetivos nacionais a serem conseguidos e que interessam à segurança nacional está a prosperidade do País, que envolve, indubitavelmente, a atividade bancária, em um sistema capitalista como o nosso.

19. Demonstrada, como está, a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.632/78, não há que falar na inexistência de punibilidade para os Impetrantes, em face da Lei nº 4.330, de 1-6-64». — fls. 139/141.

Após oferecer reforço às informações, relativamente à legitimidade e regularidade da punição imposta aos impetrantes, o parecer se inspirou em Carlos Maximiliano (reedição recente do clássico «Hermenêutica e Aplicação do Direito», Forense, 1980), para assim arrematar o debate da causa:

«No que tange à Lei nº 4.330/64, que regula o direito de greve, vê-se que a mesma discriminava, em seu art. 12, as atividades fundamentais às quais se restringia o referido direito.

Com o advento do Decreto-Lei nº 1.632/78, as atividades antes chamadas de fundamentais passaram a ser denominadas «essenciais», em consonância com a terminologia adotada pelo art. 162 da Constituição Federal, e ganharam nova discriminação, no art. 1º, do referido diploma legal.

Da comparação das relações constantes do art. 12, da Lei nº 4.330/64 e do art. 1º, do Dec. Lei nº

1.632/78 resulta, quanto à primeira, a exclusão de luz, serviço funerário, venda de gêneros alimentícios e hotéis, e, em relação à segunda, o acréscimo de combustíveis, bancos e ambulatórios.

Assim sendo, permanecem em vigor as expressões contidas no art. 12, supracitado, que foram repetidas no art. 1º, do Decreto-Lei em tela, com os acréscimos feitos pela lei nova, com o que se renovou e se completou o ordenamento jurídico brasileiro, no que pertine ao direito de greve, sem que, contra esse processo, se possa levantar qualquer vício de ilegalidade e, muito menos, de inconstitucionalidade.» — fls. 146/147.

Relatei — José Dantas

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhor Presidente, pela erudição com que os ilustres causídicos a puseram em juízo, é de convir-se na irrefutabilidade da universal teorização da liberdade sindical, como ideal comum sedimentado a partir de pactos menores, até a consagração positivada na letra da festejada Declaração Universal dos Direitos Humanos, verbis:

«art. 23 — IV — Todo homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.»

Oferece-se irretocáveis a inicial, no mister desse ideário instrumentado como núcleo dos direitos fundamentais do homem. Entretanto, da sua consubstanciação nos Pactos que se seguiram, de 1966, relativos aos Direitos Cívicos e Políticos, como os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, respectivos arts. 22 e VIII, d, confere-se que, tanto o exercício da liberdade sindical, quanto o do direito de greve, ficaram clausulados pela conformidade com as leis de cada

país, assinalando-se nos referidos dispositivos pactuados as restrições legais inspiradas na segurança nacional, na ordem pública ou nas liberdades de terceiros.

Desse modo, há que se afastar, liminarmente, qualquer coima irrogada à lei brasileira, sob invocação dos analisados pactos, pois que está visivelmente delineada no texto nacional a inspiração das restrições legais estabelecidas no interesse da segurança nacional.

Desse modo, como a comparação de direitos está cingida aos limites da conferência dos princípios universais pactuados, cumpre examinar a postulação dos impetrantes, consoante apenas as suas ponderações objetivas, como se seguem:

Matéria Preliminar — Relembre-se que a inteligente diagramação da inicial se estendeu por partes bem definidas, as quais devem ser assinaladas, inicialmente, segundo os aspectos interessantes ao conhecimento do mandado de segurança, enquanto se trate de ato disciplinar.

Nesse ponto, a argüição de inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.632/78, bem como a imputação de ilegalidade do ato, vislumbrada pelo ângulo extrínseco da sua formalística, como da ilegitimidade da punição aplicada sem as peias da graduação, penso que todo esse temário se comporta nos limites do art. 5º, III, da Lei 1.533/51, sobre vedar o mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo se para atacá-lo pela incompetência da autoridade ou inobservância da formalidade essencial, tachas às quais a jurisprudência equiparou a falta de autorização legal para a pena aplicada (S.T.F. RTJ, 79/138).

Tal permissão, porém, não me parece acontecer aos dois últimos questionamentos da inicial, isto é, o da inexigibilidade de outra conduta e o de pré-julgamento absolutório com remanescente falta menor, evidentemente postos em queixa contra os motivos do ato.

Dessas duas últimas teses, vê-se a desvinculação aos aspectos de competência e de forma do ato disciplinar, únicos ângulos de ilegalidade que o mencionado dispositivo admite desfechados pela via sumária do «writ».

É certo que este Egrégio Tribunal tem propendido para o entendimento de que o art. 5º, III, da Lei 1.533/51, não pode preponderar sobre a amplitude com que o art. 153, § 21, da Constituição, garante o mandado de segurança.

Sou vencido nessa construção jurisprudencial, como o fui, juntamente com os Srs. Ministros Carlos Madeira, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, José Cândido e Moacir Catunda, por ocasião do julgamento do MS 85.850, partes o General Hugo de Abreu vs. Ministro do Exército — sessão de 19-12-78.

Posteriormente, o Tribunal voltou a reafirmar o entendimento, embora que sem destaque da preliminar, em sessão de 12 de junho deste ano (sessão da qual estive ausente), como noticiam as notas e o acórdão no MS 88.911, relator o Sr. Ministro Gueiros Leite.

Por último, no MS 90.118, Sessão de 16-10-80, pedi a atenção do Tribunal para a especialidade da impugnação do ato disciplinar, via mandado de segurança, mas o fiz em caso harmonizado à jurisprudência do STF, sobre também caber o writ quando se argúa que a pena aplicada não está autorizada pela lei.

Por isso que, para submissão ao conhecimento preliminar da nova composição do Tribunal, estou desta-

cando a matéria de cabimento, naqueles dois pontos da inicial, diretamente endereçados à discussão dos motivos e pressupostos do ato disciplinar atacado.

Peço vênia para reproduzir o meu entendimento a propósito, — tal como manifestado naquele MS 85.850:

«Agora avulta examinar-se a impetração, em função da natureza legal do ato impugnado.

Desde a inicial, argüiu o ilustre impetrante que seria pacífico o cabimento do «writ» contra ato disciplinar. Assim diria a doutrina, secundada pela jurisprudência, no sentido de que a vedação do habeas corpus, instituída constitucionalmente a esse propósito, não afetaria a ampla permissão do mandado de segurança «para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder».

De fato, a tese goza de prestígio doutrinário, e por algumas vezes foi acatada judicialmente. Vista no campo estatutário militar, até mesmo o próprio h.c. chegou a vencer os parâmetros de admissibilidade, e foi usado para o exame da irrogação de ilegalidade de ato punitivo disciplinar. Mas, cuidava-se de impetração restrita à indagação da subordinação do paciente à disciplina aplicada. É o que se vê, por exemplo, do acórdão no HC 39.981, requerido em favor de militar da reserva que se dizia isento da disciplina profissional — relator: Ministro Barros Barreto, S.T.F. sessão de 23-9-59 (Rev. DA, 70/184).

No atinente ao mandado de segurança, alinham-se os precedentes colacionados pelo ora impetrante. Verifica-se, porém, a escassez dos exemplos relacionados ao cabimento que interessa de perto à medida requerida contra ato disciplinar.

Dentre os padrões oferecidos a cotejo, está — se a ver que apenas dois, realmente, generalizaram a discutida admissibilidade — o acórdão no MS 770, relator Ministro Goulart de Oliveira, STF, sessão de 9-4-47; e no AMS 58, relator: Ministro Macedo Ludolf, TFR, sessão de 3-3-48. Contudo ambos foram proferidos ao tempo dos primeiros ensaios interpretativos da Constituição de 1946, e na tônica de que, em face da nova letra constitucional, não subsistiria a absoluta vedação do mandado de segurança contra ato disciplinar, imposta, até então, pelo art. 320, III, do Cód. de Proc. Civil de 1939.

Naqueles casos, sustentou-se que, não reproduzida a regra da Constituição de 1934, que estabelecia a unicidade do processo de ambos os institutos, não mais se comunicaria com o mandado de segurança o processo de H.C., único a negar proteção ao ato disciplinar. Tanto assim que, no primeiro dos padrões examinados, registrou-se a objeção levantada pelo Ministro Hahnemann Guimarães, insistente em admitir continuar vigente a analisada norma processual. O Ministro Goulart de Oliveira redargüiu, então, no tema de vacatio legis, pois não haveria até ali, 9-4-47, qualquer dispositivo legal que se pudesse considerar como regulador do mandado de segurança de acordo com as regras da nova Carta (RF 114/72).

Anoto a particularidade da época daqueles julgamentos, como da colocação do debate da matéria, porque não me parece que, após a vigência da Lei 1.533/51 (reclamado diploma regulador do mandado de segurança conforme as regras da Constituição de 1946), tenha-se relevado a norma de direito positivo, tocante a não se dar mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo se praticado por

autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial — art. 5º, III.

Assim penso porque, dos outros precedentes conferidos, provenientes deste Eg. Tribunal, não consigo extrair a relevação de dita regra, a ponto de admitir-se o *mandamus* ao arrepio do seu regulamento legal.

Na verdade, do primeiro deles — Ag. MS. 18.369, acórdão de 16-5-61 —, confere-se que o relator, Ministro Oscar Saraiva, com adesão dos Ministros Amarílio Benjamin e Sampaio Costa, partiu da precisa assertiva da incompetência da autoridade para a impugnada aplicação disciplinar, reforçando o argumento, também expressamente, pela afirmação da inobservância de formalidade essencial, qual fosse a da oportunidade de defesa do acusado (RF 204/149).

Mais de perto com a espécie dos autos diria o acórdão no MS 10.577, impetrado pelo General Juarez Távorá e relatado pelo Ministro Aguiar Dias. Ainda nesse caso, vê-se que o enfoque do pedido foi mesmo o da incompetência da autoridade, considerada à luz das peculiaridades da hipótese. De fato, do voto líder, colhe-se a consideração básica posta em que, embora o oficial da reserva esteja sujeito a pena disciplinar, para ela competente a autoridade, a dita pena não estaria sujeito o impetrante, no exercício de desenvolvimento de sua campanha de opinião, desligado que fora do Exército para exercer atividade político-partidária. Na mesma linha se pôs o Ministro Mourão Russel, ao destacar atenção para o fato de tratar-se de oficial da reserva que não estava impedido da militância política cujos atos não se enquadram à disciplina militar.

Desse fundamento central, conclui-se que o precedente se prestou a solver controvérsia de competência da autoridade administrativa, segundo as coordenadas da própria lei do mandado de segurança. Argumentar-se a não subordinação do paciente a pena disciplinar, acredito, é o mesmo que afirmar a incompetência do agente para subordinar à pena disciplinar quem se encontrava afastado do Exército para exercer atividade política.

Portanto, d.m.v. da invocação inicial e dos que lhe emprestem apoio, recuso apreço aos padrões confrontados, à míngua de seus préstimos para a sustentação do cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar, fora da ressalva legal da incompetência da autoridade ou da inobservância de formalidade essencial. Mesmo porque, tirante aquela controvérsia passageira, sobre o novo posicionamento constitucional do h.c. e do m.s. — dúvida oportunamente solvida por lei — é da tradição do direito brasileiro, por via de normas positivas nunca acimadas, a restrição ao cabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar. Assim se deu na forma rígida da Lei 191/36 ou do art. 320, III, do C.P.C. de 39, como na forma atenuada do vigente art. 5º, III, da Lei 1.533/51.

A mencionada restrição, sabemos, informa-se mesmo em razões da natureza do poder disciplinar, de igual assento constitucional, e cuja margem discricionária bem autoriza regulamentar-se a salvo de mais amplas arguições líquidas e certas de direito contra o seu exercício. A parte a comentada controvérsia instaurada na transição constitucional da matéria, repita-se, raramente se disse, em juízo, ser ilegítima a restringenda, cujo acolhimento jurisprudencial,

isto sim, é conhecidamente o mais remansado.

Finalmente, é de considerar-se que, se por força da amplitude do preceito constitucional, estivesse a lei ordinária impedida de estabelecer restrição dessa ordem, também estaria relativamente a todo o elenco restritivo articulado na referida lei — o que nunca se cogitou asseverar, ainda que fosse no âmbito da doutrina.

No caso dos autos, a par de não suscitado expressamente qualquer dos permissivos ressalvados pelo analisado art. 5º, III, da Lei 1.533, também não se infere da súplica qualquer invocação pertinente aos mesmos.

Pelo exposto, com a devida vênia, acolho a preliminar, para não conhecer do pedido.» — MS nº 85.850.

Ao pronunciamento, acrescento o subsídio, que parece valioso, de que, ainda agora, a termo do seu novo Regimento Interno, o S.T.F. voltou a reproduzir a mesmíssima vedação que a lei faz ao mandado de segurança contra ato disciplinar — RI — S.T.F., art. 201, III, in D.J. de 27-10-80.

Na linha dessas considerações, com a devida vênia dos que entendam diferentes, conheço da presente impetração apenas em parte, recusando o exame da «inexigibilidade de outra conduta» e dos «pré-julgamentos absolutórios», pois que estas teses se encontram suscitadas em direta oposição ao merecimento do ato disciplinar.

VOTO PRELIMINAR

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, tive oportunidade de relatar o MS nº 88.911, do Distrito Federal, em que apreciei o seu conhecimento contra ato disciplinar, inclusive ultrapassando as

fronteiras da deficiência extrínseca, para apreciar os próprios motivos do ato. Assim fiz compatibilizando o disposto da Lei nº 1.533 com o § 21, do art. 153, da CF, onde não encontro a limitação contida no § 20 do mesmo texto, quanto ao HC.

O fulcro do meu pensamento a respeito do assunto está no trecho em que termino dizendo o seguinte:

«A falta ou defeito indissociável dos atos administrativos, dos quais é espécie o ato disciplinar, em qualquer dos seus elementos constituintes, basta para contaminá-lo.

Assim, a inexistência dos motivos que se verifica, quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.»

Concluí conhecendo do «writ» e relevando a punição disciplinar. O meu voto foi, para minha honra, acompanhado pelo Tribunal.

O Senhor Ministro José Dantas ...

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: — Pelo menos foi superada a preliminar, porque o mandado de segurança foi conhecido e provido, dessa decisão tendo sido interpostos dois recursos extraordinários não admitidos pelo Sr. Ministro Vice-Presidente, conforme despacho publicado no DJ de ontem, dia 10.

Nestas condições, conheço da impetração integralmente.

VOTO VOGAL PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente, o meu entendimento coincidia com o do Ministro-Relator.

Entretanto, após reflexão mais demorada, modifiquei o meu ponto de vista para concluir que a punição disciplinar tem a natureza de ato vinculado.

Deste modo, a autoridade administrativa, ao aplicá-la, está adstrita à observância dos preceitos legais atinentes, sendo lícito ao Judiciário, uma vez provocado, examinar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, inclusive a legitimidade dos motivos que serviram de base ao ato administrativo.

Com estas considerações, conheço da impetração, data venia do Relator.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente, parece-me que a tese central dos impetrantes é contra a ilegalidade do ato disciplinar, não simplesmente do ato disciplinar discricionário. De modo que me parece que o ato se enquadra naquela previsão do voto do Ministro Costa Manso, que citei na oportunidade do julgamento do mandado de segurança do General Hugo Abreu que deu margem ao brilhante voto do Senhor Ministro-Relator, agora reproduzido.

Data venia, conheço integralmente do mandado de segurança.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, conheço integralmente da segurança, acompanhando os eminentes Ministros Carlos Madeira e Gueiros Leite. A Constituição distingue, no § 20 e no § 21 do art. 153 — argumento que S. Exa. utilizou, e foi por nós também utilizado, quando do julgamento do mandado de segurança do Gen. Hugo de Abreu, isto é, o de que o § 20 contém expressamente a ressalva de que «nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus, ressalva inexistente no § 21 do mesmo artigo. A restrição contida no art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533, de 1951, somente poderia entender-se em termos muito estritos, tendo em vista as disposi-

ções amplas da Constituição. Por outro lado, Sr. Presidente, a própria denominação de ato disciplinar faz pressupor a existência de um poder hierárquico que, a meu ver, inexiste entre o Ministro de Estado e qualquer dirigente sindical. O que a CLT fala é em penalidades. É cometida ao Ministro de Estado a aplicação de penalidades, também previstas na legislação consolidada, especificadas no art. 553 e suas alíneas. A própria Seção tem o título «Das Penalidades». Mesmo quando aplica a penalidade de destituição, o Sr. Ministro do Trabalho não poderá fazer, ele próprio, o sucessor do destituído: põe lá um Delegado seu, enquanto, pelas vias normais, legais, oportunamente, serão eleitos os novos dirigentes, passado o prazo da aplicação da penalidade ou reconduzidos os que lá estavam.

Por estas breves considerações, conheço integralmente da segurança impetrada.

VOTO PRELIMINAR DE CABIMENTO DO «WRIT»

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, já tive oportunidade de dizer, nesta Egrégia Casa, e em trabalho doutrinário escrevi que a ressalva da Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, III, não prevalece diante do que dispõe a Constituição, art. 153, § 21, que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos, correto que a Constituição não quis estreitar os limites do cabimento da segurança em caso de ato disciplinar, tanto que, quando desejou, fê-lo de forma expressa, ao cuidar do habeas corpus, ressaltando que, nas transgressões disciplinares, o mesmo não caberá (C.F., art. 153, § 20). O certo é que qualquer lesão de direito individual será apreciada pelo Poder Judiciário, não sendo possível ao legislador impedir tal exame, dispõe a Lei

Maior (C.F., art. 153, § 4º). Sendo assim, e se a Constituição estabelece que «o mandado de segurança é remédio específico contra a violação pelo Poder Público de direito líquido e certo outro que o de locomoção» (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, 1975, III/113), não seria possível ao legislador ordinário opor obstáculos ao cabimento do «writ». (CF. meu «Mandado de Segurança», «Revista da O.A.B. DF», 1979, nº 8, p. 9 e segs.).

Por outro lado, Senhor Presidente, cumpre observar que o art. 5º, III, da Lei nº 1533, de 1951, restringe o cabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar apenas a dois elementos: a competência e a forma. Todavia, deve ser lembrado que o ato disciplinar é espécie do ato administrativo e a legitimidade deste define-se em função de cinco elementos, consoante está expresso no artigo 2º, da Lei nº 4.717, de 1965, que regula a ação popular. Esses cinco elementos são assim conceituados, conforme exposto no parágrafo único do citado art. 2º:

«a) a incompetência fica caracterizada, quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre, quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica, quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato

visado a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.»

Tem-se, pois, que a Lei nº 4.717, de 1965, apresenta uma visão orgânica da legalidade, que devemos acolher. Ora, o inciso III, do art. 5º, da Lei 1.533/51, está, evidentemente, a subtrair do conhecimento do judiciário, e assim pondo-se contra a Constituição, elementos que constituem o ato administrativo, do qual o ato disciplinar é espécie, visualizado na sua feição orgânica, visão orgânica que a doutrina conceituava e que, a partir da Lei nº 4.717, de 1965, é de direito positivo.

Esses argumentos foram magistralmente expostos nesta Egrégia Casa, pelo eminente Ministro Paulo Távora, e por este Eg. Tribunal acolhidos, no julgamento do MS nº 85.850-DF, impetrado pelo General Hugo Abreu. A partir desse «leading case», esta Eg. Corte passou a conhecer de mandados de segurança impetrados contra ato disciplinar, desde que o ato representasse violação a direito líquido e certo. O «leading case» foi, posteriormente, reafirmado no MS nº 88.911, relatado pelo eminente Ministro Gueiros Leite.

O eminente tratadista de Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles, na 7ª edição de sua preciosa obra, «Mandado de Segurança e Ação Popular», com humildade científica, deixou expresso que, diante do fundamentado acórdão do T.F.R., mudava de opinião, a respeito do tema, para admitir o mandado de segurança contra ato disciplinar tal como fez agora, o Sr. Ministro Torreão Braz. Escreve Hely Lopes Meirelles: «Realmente, se a Constituição vigente concede a segurança para proteger todo direito individual, líquido e certo, não amparado por habeas corpus, qualquer que seja a autoridade ofensora (art. 153, § 21), não se legitima a exclusão dos atos disciplinares que, embora formal-

mente corretos, podem ser ilegais e abusivos no mérito, a exigir pronta correção mandamental.» (Hely Lopes Meirelles, «Mandado de Segurança e Ação Popular», RT, 7ª edição, 1980, ps. 20-21).

Cumprido observar, Senhor Presidente, que, recentemente, ao julgar o MS nº 90.118, este Eg. T.F.R. reafirmou o entendimento anterior.

Com estas breves considerações, com a vênua devida ao eminente Ministro-Relator, cujas opiniões temos o costume de respeitar, conheço da segurança.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:
Acompanho os fundamentos do voto do eminente Relator.

VOTO VOGAL VENCIDO EM PARTE

O Sr. Ministro William Patterson:
Sr. Presidente, na única vez que fui chamado a votar sobre a matéria, dei minha adesão à maioria do Tribunal, em homenagem à jurisprudência firmada a respeito.

Todavia, o assunto é colocado pelo eminente Ministro José Dantas, em termos de submetê-lo à nova composição deste Colegiado.

Sendo assim, parece-me que deva agora expressar meu entendimento a respeito, e o faço na linha de concepção realçada pelo eminente Ministro-Relator, com o qual concordo integralmente, acrescentando apenas, porque acenado nesta oportunidade, que no caso dos autos se não há hierarquia no sentido vertical, pelo menos subsiste uma hierarquia no sentido horizontal, a teor de princípios insitos na Reforma Administrativa.

Sendo assim, Sr. Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: A meu ver, a preliminar de conhecimento da espécie está, por sua peculiaridade, vinculada ao exame do próprio mérito do pedido.

Aplicando os §§ 4º e 21 do art. 153 da Constituição Federal, entendo que a matéria não pode ser excluída da apreciação judicial.

De modo que conheço integralmente da impetração, data venia dos votos em sentido contrário, notadamente do eminente Ministro-Relator.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Com todo o alto respeito devido ao eminente Ministro-Relator, conheço integralmente da impetração, nos termos dos votos expendidos nesse sentido.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Senhor Presidente, em que pese os argumentos do eminente Ministro-Relator, peço vênias para acompanhar aqueles que se manifestaram de modo contrário, conhecendo do mandado de segurança.

É como voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, entendo que o art. 5º, item 3º, da Lei do Mandado de Segurança, não pode prevalecer sobre o art. 153, § 21, da Constituição, ou seja, não pode a lei ordinária restringir o texto constitucional. Se alguma restrição tiver que ser estabelecida quanto ao cabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar, tal limitação há de constar do próprio texto constitucional, como ocorre com o habeas corpus.

Em tema de mandado de segurança, a minha orientação é no sentido de que o Poder Judiciário pode examinar todos os aspectos dos atos administrativos, salvo aqueles que impliquem em ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Por isso sustento que não cabe mandado de segurança contra ato discricionário envolvendo aspectos de conveniência, oportunidade, justiça ou injustiça, pois se pudesse o Judiciário examinar tais circunstâncias estaria a invadir atribuições peculiares ao Poder Executivo com ofensa ao art. 6º da Constituição.

No entanto, bem salientou o eminente Ministro Torreão Braz que os atos administrativos punitivos são vinculados. Portanto, quanto a eles, a autoridade está presa aos fatos que lhe servem de embasamento.

Em razão disso, com a devida vênias ao eminente Ministro-Relator José Dantas, conheço integralmente do mandado de segurança.

VOTO
MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhor Presidente, confira-se o texto do inquinado Decreto-Lei 1.632/78, nos pontos interessantes ao caso dos autos.

«Art. 1º — São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República.»

«Art. 5º — Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido

com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.»

Ao que consta do Diário do Congresso Nacional, de 27 de outubro de 1978, pág. 1.721/1.736, o prefalado decreto-lei foi apreciado em sessão do dia anterior. O parecer pela sua aprovação, lavra do Deputado Sinval Boaventura, a par de legitimar a forma, por que admitida para assuntos da segurança nacional, fortaleceu-se no direito comparado, exemplificado pela Lei Taft-Hartley, em consonância com a qual o governo americano pode declarar ilegal qualquer greve que afete fundamentalmente o interesse público e a própria segurança nacional; também colacionada foi pelo relator a resolução da 5ª Conferência Interamericana dos Advogados, de 1947, a qual, como noticiado por Carreiro de Oliveira («Direito de Greve», pág. 78), ressaltara a indispensabilidade de regulamentação da greve, no referente aos serviços públicos e à economia vital das nações.

Contudo, o diploma submetido a exame e a aprovação do Congresso Nacional sofreu a mais enérgica oposição da bancada do MDB, conforme os diversos discursos de candente intensidade política, se bem que, com abordagem apenas «en passant» dos aspectos jurídicos. Nesse particular, anotou-se o vício formal, por arguição do Deputado Tarcísio Delgado; como se discutiu o equívoco ou a insinceridade do governo, ao confundir com a segurança nacional os interesses das empresas privadas, confusão que, no dizer do Deputado Ruy Brito, seria recusada pela própria doutrina americana sobre o poder nacional, ou pela correlata Lei Taft-Hartley.

Causou maior impressão o dispositivo que remete ao Presidente da República o poder de relacionar, por decreto, as indústrias de interesse da segurança nacional.

Daí a veemência do pronunciamento final do líder da Oposição, Deputado Tancredo Neves, infirmando o Decreto-Lei nos seguintes termos:

«O Movimento Democrático Brasileiro votará contra essa proposição que está em discussão, e o faz por dois aspectos relevantes: primeiro, pela sua manifesta inconstitucionalidade e injuridicidade; segundo, pela índole reacionária da proposição.

A inconstitucionalidade da proposição ressalta à análise mais superficial. Na realidade, ele é ofensivo à letra expressa da nossa Constituição Federal, e a sua injuridicidade agride nossas instituições no que elas têm de mais sensível e tradicional.

Mas o que mais repugna na proposição, Sr. Presidente, é, realmente, a sua natureza reacionária. Por este projeto, os Governos ficam, ao seu talante, armados de poderes para impedir o exercício do direito de greve, que é um postulado de todos os povos civilizados. Ambas essas teses foram sustentadas da tribuna pelos oradores do Movimento Democrático Brasileiro que a ocuparam e o fizeram com brilho, com argumentos irrespondíveis, e esta liderança nada mais faz do que aceitar e subscrever esses argumentos.

Infelizmente a votação está truncada e violentada, porque o Partido do Governo, que é a Maioria nesta Casa, se ausentou, deliberadamente, se não unanimemente, pela sua quase unanimidade, fugindo ao dever parlamentar de enfrentar essa proposição, para apoiá-la ou rejeitá-la, mas fugindo, sobretudo à responsabilidade que

tem para com a Nação e para com os trabalhadores brasileiros» in DCN, set/78 — fls. 1.735.

Com a síntese desse registro histórico, que melhor informará se reme-tida a consulta àquele número do Diário do Congresso Nacional, passo ao exame da epigrafada questão constitucional.

No quanto o art. 162 da Constituição disponha que «não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei», ressalva a que faz remissão o inciso XX do art. 165, assegurador do direito de greve, não resta dúvida de que o conceito de «lei» haverá de ser tomado no seu sentido técnico.

Acontece, entretanto, que na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legifera-nte 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.

Noutro passo, deixada à lei a definição das atividades essenciais veda-

das ao direito de greve (art. 162 da CF), convenha-se que a mais lógica compreensão autorizava mesmo distinguir-se da essencialidade funcional já arrolada na Lei 4.330/64 a título de atividade fundamental a essencialidade conotada aos interesses da segurança nacional, nos moldes do examinado Decreto-Lei 1.632/78. Tal distinção, lembre-se, até está impressa nos Pactos de 1966, descobertos nos «Direitos Econômicos, Sociais e Culturais», e nos «Direitos Cívicos e Políticos», ambos os pactos postos na ressalva das restrições da lei nacional, relativamente às liberdades sindicais e ao direito de greve, quando impostas essas restrições a nível de consulta aos interesses da segurança nacional dos Estados aderentes art. VIII, a e d, do primeiro pacto citado, e art. XXII, 1 e 2 do segundo:

Como visto, formal e substancialmente legítimo se apresenta o indigitado diploma legal, pois que, até mesmo os derradeiros vícios suscitados formal, pela carência dos requisitos de urgência e interesse público relevante e material por carência ontológica, ambos se negam pela evidência. Realmente, o primeiro se recusa proceder pela impossibilidade de subtrair-se ao Presidente da República o juízo discricionário necessariamente atuante na área de gravitação da cláusula constitucional do indagado requisito de urgência e relevância; e o segundo, pelo testemunho histórico dos últimos tempos, pois não há como ignorar, no largo âmbito da moderna economia do desenvolvimento, a perfeita relação ontológica entre as atividades e funções dos bancos e a segurança nacional, quando nada a visualizar-se pragmaticamente aquela relação, sob o prisma sócio-econômico da atividade dos bancos, como responsáveis diretos pelo mecanismo de funcionamento do sistema financeiro nacional.

Na base desse sistema, capitaneado de perto pelo Banco Central, é que se sustenta o desenvolvimento do país, cujo fomento, no regime constitucional de 67, erigiu-se em preocupação integrada aos «objetivos nacionais permanentes» e à «política nacional», a se fixarem pelo Conselho de Segurança Nacional CF, art. 89, I. Desde ali, a organização econômica vinculou-se mais diretamente à segurança nacional, com vistas a um desenvolvimento global, capaz de superar contradições e descompassos responsáveis pelos chamados bolsões de marginalização social.

Pois bem, a identificarem-se os fatores de propulsão do desenvolvimento, enquanto vistos como interesse da segurança, não há fugir-se à compreensão de que a rede bancária, estendida como teia vascular do sistema financeiro nacional, constitui a base de sustentação do próprio desenvolvimento. Pelo visto, não há despropósito na lei que vá buscar na doutrina da segurança nacional a razão de, relacionados os mais fortes elementos da expressão econômica do poder nacional, preservar os bancos dos danosos efeitos da greve, prevenindo colapsos ao vital funcionamento do sistema financeiro nacional.

Finalmente, a testemunho dos últimos lances da vexatória crise econômico-financeira dos nossos dias, lembre-se o recente apelo aos recursos da economia popular, ingrediente que mais ainda enredará as instituições financeiras com os interesses imediatos da segurança nacional, agora por força, também, do seu componente «psicossocial.»

Portanto, identificada a peso de sua repercussão sócio-econômica, a essencialidade das atividades bancárias ultrapassa o campo das relações do trabalho, e assim parece

acomodar-se, sem maior reserva, entre os valores materiais factíveis de proteção sob a segurança nacional, sem incorrer na célebre recriminação do saudoso A. Baleeiro, ao declarar incompatível com tão nobre proteção a intromissão do que chamou de miúdos interesses particulares, quais os das locações urbanas, então disciplinadas a rótulo de segurança nacional pelo Decreto-Lei 322/64 — RE 62.739, in RIL 25/187.

Em última hipótese, ocorreria lembrar-se que o conceito de segurança nacional, a nível das salvaguardas de seus interesses, conota-se de significado político, o qual, por seu turno, resiste a especulações de ordem meramente jurídica.

Por tudo isso, em segunda preliminar, rejeito a arguição de inconstitucionalidade do analisado Decreto-Lei 1.632/78.

VOTO
(SEGUNDA PRELIMINAR)
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, também acompanho o Sr. Ministro-Relator, porque assim tenho votado em outras oportunidades, no sentido de que é possível regulamentar-se a matéria através de decreto-lei e dentro do processo legislativo indicado na CF.

O decreto-lei, de acordo com o precepcionamento de Pontes de Miranda, não é mais do que uma lei «sob condição resolutiva», dependendo, pois, de aprovação do Congresso através de decreto legislativo.

Por tal motivo reconheço a constitucionalidade formal da norma sub censura, pois quanto à materialidade da mesma não há dúvida a respeito, ex vi das atividades que regula, essenciais ao desenvolvimento do País.

SEGUNDA PRELIMINAR ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Acompanho o Sr. Ministro-Relator quanto à inconstitucionalidade formal e material do Decreto-Lei nº 1.632, por entender, primeiro, que a forma do Decreto-Lei, ainda que se tenha como lei sob condição resolutiva, como queria Pontes de Miranda, ou apenas como uma forma de lei, distinta na sua elaboração das leis aprovadas pelo Congresso Nacional é legítima, e no aspecto material, porque a inclusão de atividade essencial no conceito de Segurança Nacional obedece ao conceito político de Segurança Nacional. Não se pode tê-la como um princípio jurídico, e sim, como conceito político.

Assim sendo, rejeito a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, com a vênia devida aos eminentes Ministros que não pensam assim, entendo inconstitucional o dispositivo do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, que declara essenciais certas atividades em que a greve é proibida (artigo 1º do Dec-Lei 1.632/78).

Ao que sustento, 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 ordinária 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 re-

gras do processo legislativo atinentes à lei. Por exemplo: no exame do decreto-lei, remetido ao Congresso, nos termos do § 1º do art. 55, da Constituição, o Congresso poderá, apenas, aprová-lo ou rejeitá-lo, não podendo emendá-lo. Só isso, é fácil verificar, já demonstra que o decreto-lei não substitui a lei, quando a Constituição expressamente exige lei.

E a Constituição, no tema ora verificado, dispõe, no art. 162: «não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.»

Só lei, pois, em sentido formal, lei ordinária, poderia definir e estabelecer atividades essenciais em que a greve, a exemplo do que ocorre nos serviços públicos, não seria permitida.

De outro lado, cumpre lembrar, como roteiro para o intérprete, que a Constituição deixa expresso, no art. 165, XX, que o direito de greve é direito constitucional dos trabalhadores, direito que tem por objeto imediato a liberdade. Os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, alcançaram, neste século, a partir da Constituição de Weimar, status constitucional, lecionando Manoel Gonçalves Ferreira Filho que «a consagração no texto constitucional dos direitos do trabalhador tem uma importância muito grande, que pode ser até certo ponto comparável à do reconhecimento dos direitos e das garantias de todos os indivíduos.» Leira», Saraiva, 1975, III/183-184).

Os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, passam a constituir, em verdade, a partir dos anos vinte deste século, com os direitos individuais, os direitos fundamentais do homem, mesmo porque não se pode visualizar o Estado apenas sob a ótica de uma atuação negativa (direitos individuais), mas, também, na perspectiva de ação positiva sua, no

campo do econômico e social (direitos sociais). Essa atuação positiva, em última análise, torna verdadeira a liberdade autonomia. Sob esse ponto de vista, força é reconhecer que os direitos dos trabalhadores, inscritos na Constituição, concorrem, sobremaneira, para o seu desenvolvimento e constituem fator principal para que os mesmos desfrutem dos benefícios e das vantagens do regime democrático, como lembra Ferreira Filho (ob. e loc. cit.).

Por tal razão, e porque, repito, é o direito de greve um direito constitucional dos trabalhadores, assim uma liberdade pública, certo é afirmar que qualquer limitação ao mesmo há de ser interpretada restritivamente, por isso que as regras limitadoras de liberdades públicas, de direitos constitucionais, devem ser interpretadas com sentido estrito, literalmente, porque são normas excepcionais.

Se na Constituição está escrito que a lei é que definirá as atividades essenciais nas quais não será permitida greve, não posso ampliar o sentido do texto constitucional, para admitir que o decreto-lei, que, ontologicamente, não é lei, possa assim proceder.

Não vale, outrossim, a afirmativa no sentido de que a questão estaria abrangida no art. 55, I, da Constituição, de modo a legitimar o diploma legal em debate, porque tal afirmativa representaria interpretação isolada do texto constitucional (art. 55, I), que a interpretação sistemática repeliria: se a Constituição exige que determinada matéria seja regulada por lei ordinária ou por lei complementar, essa exigência afastaria, de pronto, a competência excepcional do Presidente da República para editar decreto-lei a respeito. O art. 55, I, pois, há de ser interpretado em consonância com o art. 162. A interpretação harmônica desses dispositivos constitucionais invalidaria a afirmativa suso mencionada.

Com estas breves considerações, com a vênia devida ao eminente Ministro-Relator, meu voto é pela inconstitucionalidade do dispositivo legal mencionado.

VOTO

(SEGUNDA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE)

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, data vênia do douto voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO VOGAL

(SEGUNDA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE)

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, em trabalho que elaborei a respeito do direito de greve, analisei o problema de constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.632, de agosto de 1978. Vou ler um pequeno trecho desse trabalho que resume o meu pensamento acerca do assunto. Disse eu, na oportunidade:

«A primeira questão jurídica a suscitar correntes de opiniões contraditórias será, sem dúvida, a possibilidade ou não de ser a matéria tratada por meio de Decreto-Lei. A doutrina parece não destoar, quando submetida à sua excelsa apreciação o entendimento que se deve ter no concernente à expressão «lei», contida em inúmeras regras constitucionais. A consagração é no sentido de concebê-la ao aspecto formal, vale dizer, a regra jurídica elaborada com a participação efetiva do Poder Legislativo. É verdade que autores como Sarria (apud Bonifácio Fortes, in Rev. Dir. Adm. vol. 65, pág. 30) negam essa classificação, por não distinguir entre lei formal e lei material emanada do Executivo porque «serão iguais se qualquer delas tiver regra de direito objetivo que crie situação geral e impessoal.»

O sistema constitucional vigente colocou, entretanto, dentro do processo legislativo, a expedição de decretos-leis (art. 46, item V), vinculados aos objetivos de que fala, o art. 55. Assim, se não podemos considerar, *stricto sensu*, o decreto-lei como lei em sentido formal, já não mais é dado repelir a sua validade, quando circunscrito às matérias dos itens I, II e III do citado art. 55 e às razões do *caput* do mesmo dispositivo (urgência ou interesse público relevante).

Para se impugnar a sua legitimidade, ter-se-á de buscar a causa na inobservância daqueles requisitos e não na sua inadequação ao procedimento legislativo.

No caso do Decreto-Lei nº 1.632, de 1978, não importa que o art. 162, da Constituição, advirta que as atividades essenciais, onde a greve não será permitida, sejam definidas em «lei», e que este ato seja compreendido em sentido formal, como se há de reconhecer, efetivamente. A sua validade estará constitucionalmente ressalvada se, apesar da concepção, o seu conteúdo e as suas intenções estiverem afinados com a prescrição do art. 55.»

Com estas considerações resumidas, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO

(SEGUNDA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE)

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: Malgrado o elástico que se convencionou dar, neste País, ao que se denomina «segurança nacional», no caso não vislumbro a inconstitucionalidade arguida, pois que se harmonizam com a norma de competência do art. 55, inciso I, da Constituição Federal as regras pertinentes ao direito de greve, tanto as da Lei 4.364 como as introduzidas pelo Decreto-Lei 1.632/68.

A atividade bancária é, na atualidade, inegavelmente essencial, e a

sua paralisação afeta a segurança nacional. A rede bancária está e carregada do pagamento de vencimentos de salários aos servidores públicos e, muitas vezes, das empresas privadas; do recolhimento de impostos e contribuições. Implicam, tais atividades, por sua importância e amplitude, até mesmo com serviços atinentes ao comércio interno e internacional. Logo, a paralisação dos serviços bancários abala irretorquivelmente a ordem pública e, por via de consequência, a segurança nacional.

Data *venia* das opiniões dos inclitos Ministros Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro e Romildo Bueno de Sousa, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade. Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhor Presidente, agora, decididas as prejudiciais, desço ao exame do mérito, propriamente dito. Faço-o na ordem dos títulos da suscitação de ilegalidade do ato de punição dos impetrantes.

I — Vício formal do procedimento administrativo.

No pormenor, os impetrantes remontam ao seu afastamento preventivo dos cargos que ocupavam na Diretoria do Sindicato, para acusar de ilegal a medida, dado que a cautelar necessária de sindicância, providência que serviria de termo essencial ao inquérito *ex post facto* CLT, arts. 553 e 724.

Dispensamo-me, porém, de maior exame desse ponto, mesmo porque seria intempestiva a impetração para abordá-lo. Negaria, porém, que a falha formal do afastamento, dispensado à prévia sindicância, pudesse se comunicar ao inquérito administrativo como vício de monta. A exemplo do que ocorre entre o inquérito policial e a ação penal, no plano de incomunicabilidade das massas

formais, o mesmo seria de dizer-se, no caso, porquanto, o inquérito administrativo, de âmbito mais abrangente e forma mais eficiente à defesa dos indiciados, não padecerá deficit por falta da sindicância prévia.

Como quer que seja, o fato é que a sindicância não constitui termo essencial à aplicação da perda de mandato sindical, penalidade que se recomenda à punição de fatos apuráveis por meio de inquérito administrativo, este, sim, instituído como processo indispensável à defesa que a lei manda assegurar ao acusado CLT, art. 557, § 2º.

Noutro passo, também no plano da formalística do ato malsinado, a meu ver não procede o vício irrogado a título de *per saltum* da instância competente.

Deveras, a se cuidar de falta para a qual a pena prevista compreende a perda de mandato, sujeita à competência do Ministro do Trabalho (Decreto-Lei 1.632, art. 5º), é evidente que não houve supressão de instância. O citado dispositivo legal, mesmo ao estabelecer a gradação da pena, implícita na ordem que vai da advertência até a destituição, o faz, porém, com expressa atribuição de competência ao Ministro do Trabalho para aplicar qualquer daquelas penalidades. Ali se define a competência pelo tipo da falta punível apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial, e pela qualidade do agente dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional.

Trata-se, assim, de competência específica, distinta da que a CLT estabelece genericamente para punição das infrações de suas próprias disposições, e a qual, em função da gravidade da penalidade correspondente, se hierarquiza entre o Delegado Regional do Trabalho e o Ministro de Estado art. 557. Inconfundíveis as espécies cotejadas, resta concluir

pela negativa de qualquer vício de competência, assim se encerrando o rol de máculas formais imputadas ao ato em causa.

II — Ilegalidade material do ato, pela falta de individualização da pena.

A esse título, os impetrantes acusam a nulidade do ato punitivo, pois que, em matéria da individualização da pena, até mesmo o indigitado Decreto-Lei 1.632 não autorizaria, no caso, a penalidade da destituição; é que o invocado art. 5º, em correspondência à já analisada gradação da pena, também escalara os tipos puníveis, qualificados pela ação de direta ou indiretamente apoiar ou incentivar movimento grevista em atividade essencial. Desse modo, consideradas as conclusões do inquérito e o endosso expresso que lhes dera o Assessor Jurídico da SRT, em última instância, a apurada culpabilidade mitigada afastaria a pena máxima.

Sob esse ângulo, examinável a ferro da carência de amparo legal para a pena aplicada, contudo, mais uma vez é de recusar-se razão aos postulantes.

O controle do ato administrativo, avançado que seja ao âmago da motivação e pressupostos legais, ainda aí não poderá negar à Administração o poder exclusivo da gradação da pena, a juízo próprio de valoração da prova. Na hipótese dos autos, ainda que fosse preferível a opinião da Comissão de Inquérito, essa preferência sobre a opinião do Assessor de Secretaria não ultrapassaria os termos de maior justiça do ato, termos que, por sua natureza, se recusam ao controle judicial.

Na realidade, a individualização das penas muito tem a ver com a avaliação dos fatos, precedida à aplicação da lei. Logo, é de convir-se que a autoridade ministerial estava autorizada à individualização das pe-

nas, na medida de seu poder de valoração da prova, posto a cavaleiro da controvérsia lavrada entre seus conselheiros a respeito da mitigação. Se foi severo nesse juízo, resultado na aplicação da pena mais grave, dentre as recomendadas em correspondência à falta apurada, dita autoridade pode até ter cometido uma injustiça, mas ilegalidade não cometeu.

Aqui caberia encerrar-se o meu voto, pela exaustão da matéria examinável no âmbito do «writ».

Entretanto, vencido na preliminar de menor extensão do conhecimento do mandado de segurança, em homenagem à douta maioria, passo ao exame final das arguições levantadas contra o ato.

III — Impunibilidade, pela inexigência de outra conduta.

Como fizeram os requerentes, comece-se por lembrar a Súmula 316 do STF, na proclamação de que «a-simples adesão à greve não constitui falta grave.»

Daí, passe-se ao exame das faltas apuradas pela Comissão de Inquérito, na seguinte conclusão de seu relatório a respeito da ação dos ora impetrantes:

1 — Olívio de Oliveira Dutra — Presidente do Sindicato. Ler-se a fls. 3/6 do apenso.

2 — Luiz Felipe da Costa Nogueira — Diretor de Assistência Social e Recreação — Ler-se a fls. 7/8 do apenso.

3 — Aquiles Mário Notti — Suplente da Diretoria — Ler-se a fls. 9/10.

4 — Câncio Alceu da Silveira Vargas — Diretor de Divulgação e Cultura — Ler-se a fls. 12.

Em face do relatório, o Secretário de Relações do Trabalho, acostando-se ao parecer de seu Assessor, concordou com a imputação feita aos ora impetrantes, mas dissentiu quanto à

penalidade a sugerir ao Ministro, pois que, textual:

«Em síntese, a Comissão concluiu pela culpabilidade relativa, dos indiciados Olívio de Oliveira Dutra, Luiz Felipe da Costa Nogueira, Aquiles Mário Motti e Câncio Alceu da Silveira Vargas, opinando pela aplicação da pena de suspensão, a qual sugere seja considerada já cumprida pelas razões já expostas e ainda, pelos aspectos positivos da abertura política encetada pelo Governo Federal, visando a participação da família brasileira e a tão almejada paz social, meta última de todos nós.

Quanto aos demais, conclui a Comissão pela isenção de culpabilidade, conforme se deduz dos autos, opinando sejam plenamente absolvidos.

«Daí a conclusão a que chegamos: endossamos o entendimento da Comissão de Inquérito no que tange à responsabilidade dos quatro indiciados antes referidos.

Discordamos, entretanto, da penalidade proposta, pois, em casos semelhantes já ocorridos, a punição tem sido diferente.

De acordo com o art. 5º, do Decreto-Lei 1.632, de 4 de agosto de 1978, as penalidades, para o caso em exame, podem ser: advertência, suspensão, destituição ou perda do mandato.

Dentre essas penalidades, a que tem sido aplicada em casos como ora examinado é a de destituição. Assim sendo e seguindo a mesma linha de ação adotada em casos anteriores, opinamos no sentido de ser aplicada aos quatro dirigentes sindicais em referência a pena de destituição dos cargos que vinham ocupando na entidade sindical.» — fls. 06/07.

Nesse quadro dos fatos apurados, resta indagar até onde os impetran-

tes foram circunstancialmente compelidos à conduta que tiveram, pondo-se na coordenação do movimento grevista, como os acusou a Comissão. Indague-se, mais, até onde essa inexibibilidade de outra conduta, se presente naquelas circunstâncias, escusa a infração cometida.

Não há dúvida alguma de que, em matéria de solidariedade classista, estavam os dirigentes sindicais comprometidos com o êxito da greve, sob pena do desprestígio de sua própria chefia e liderança. Por razões deontológicas, tinham mesmo os impetrantes, como líderes classistas, o dever de porem-se na linha de frente da paralisação decretada pela categoria profissional.

Mas, nessas posições de distinta qualificação, vai uma razoável distância entre o dirigente sindical e o líder classista. Da conduta do primeiro não basta perquirir a feição deontológica, como basta à avaliação desculpável da conduta do líder; do dirigente, exige-se compromisso legal melhor delineado no dever jurídico, de força superior, portanto, ao dever moral concêntrico.

Daí que, enquanto líderes classistas, na verdade dos impetrantes não cabia exigir outra conduta, senão a de que são acusados; no entanto, como dirigentes sindicais, outra era a exigência legal de conduta. Na verdade, logo que declarada ilegal a paralisação dos trabalhos, porque eclodida no campo de atividade essencial, desde ali a permanência dos dirigentes sindicais à sua frente marcou-se como rebeldia ao ato da autoridade. Era dever dos dirigentes, por mais que inexigível aos líderes, descompromissarem-se do movimento já ali reconhecido como greve proibida.

Recuso, pois, a pefalada excludente supralegal, paixão mais recente dos penalistas brasileiros, e ora arguida como tacha ao merecimento do ato examinado.

IV — Pré-julgamentos absolutórios.

Finalmente, confira-se esse último apelo contra a imperfeição legal da punição administrativa dos impetrantes.

Eis o rol das disposições legais interessantes ao caso:

a) Na área administrativa: Dec.-Lei 1.632/78 — «art. 5º — Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.»

b) Na área penal:

— Lei de Segurança Nacional — Art. 36. Incitar:

V — à paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais;

Penal: reclusão de 2 a 12 anos».

— Código Penal — art. 201 — Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Penal:— detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de dois cruzeiros a dez cruzeiros.»

Em face dessas disposições legais, distintos foram os julgamentos a que se submeteram os ora impetrantes. Para o juízo administrativo, afigurou-se punível a ação dos dirigentes sindicais, a peso do apoio e incentivo dispensados ao movimento grevista em atividade essencial. Mas, para o juízo criminal, em primeira mão, a Justiça Militar julgou ausentes os pressupostos da existência de crime contra a segurança nacional, fixados nos arts. 1º e 5º da Lei 6.620/78, ressalvada a possibilidade de crime comum; daí que, numa se-

gunda manifestação, a Justiça Federal determinou o arquivamento do inquérito, por falta de justa causa para a instauração da ação penal, conforme requerimento do Ministério Público, conclusivo na asseveração de que, assentada a ausência de ameaça à segurança nacional, nos fatos noticiados não se vislumbrava dolo ou tipicidade penal de outra natureza (xerox apenso).

Confrontando-se aqueles dispositivos de lei, veja-se que, no tocante à greve, identifica-se uma acepção comum para as ações de apoiar ou incentivar (infração administrativa), incitar (LSN) e participar ou provocar (infração penal comum). No dizer dos impetrantes, essa identificação definiria o ilícito administrativo em coextensão do «tatbestand» com o ilícito penal, quanto à hipótese-tipo de apenamento pela sanção de destituição ou perda de mandato; donde concluírem que a apenação administrativa estava impedida por aqueles pré-julgamentos judiciais, e que, se residido houvesse, seria de ordem a reprimir pelas penas menores que não a de destituição.

Apesar de sua inteligente construção, a meu ver, essa conclusão partiu de uma falsa base. Na verdade, conquanto o núcleo do tipo penal guarde identidade para com o tipo administrativo, no particular da ação definida, todavia, o preceito administrativo se distancia daquele núcleo, ao se inteirar pela indicação nominativa do agente destinatário da norma, isto é, «o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional» (art. 5º, do Decreto-Lei 1.632).

Desse modo, aplicando-se ao caso a Súmula 18 do STF, tem-se por certo que, ao largo daquelas decisões (tidas como absolutórias apenas porque negaram conotação delituosa, à ação de incitar ou provocar a paralisação de atividades essenciais), permaneceu íntegra, como infração ad-

ministrativa personificada, a incontestada prática de apoio e incentivo à paralisação de atividade essencial, prática que constitui falta administrativa «stricto sensu» em relação aos dirigentes sindicais, e cuja punição depende da responsabilidade penal.

Depara-se, assim, hipótese típica da incomunicabilidade e autonomia das instâncias, contra a qual a decisão do juízo criminal somente repercutiria se houvesse reconhecido categoricamente a inexistência material do CPP, art. 66.

Daí, que até se dispensa a maior exame a qualificação de pré-julgamento absolutório, que os impetrantes emprestaram àqueles despachos de arquivamento do inquérito, deles pretendendo colher efeitos que a lei nega à própria sentença absolutória que apenas decida não constituir crime o fato imputado. (CPP, art. 67, I e III).

Assim sendo, cai por terra a última mácula atribuída ao ato administrativo imputado.

Não obstante essa «queda», anoto, mais uma vez, a melhor impressão que me causou a excelente petição inicial, a denotar o alto grau de cultura de seus signatários, nota, aliás, confirmada pelo brilho com que se houve o ilustre advogado Tarso Fernando Genro, ao se desincumbir da defesa oral, na tribuna deste Plenário.

Pesa-me, pois, a denegação da segurança, como a denego pelas razões expostas.

VOTO MÉRITO

O Senhor Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, a simples adesão à greve não constitui falta grave, em face da Súmula nº 316, do STF. Essa é a regra. Mas tal não se aplica à espécie dos autos, onde se cogita do comportamento de dirigen-

tes e líderes sindicais, responsáveis pela conduta das respectivas entidades, especialmente nas assembléias, onde têm a função de dirigir, congregar, aconselhar e até de evitar as greves. Se tais líderes por acaso não dispõem de força para exercer o controle dos seus liderados, por certo suportarão os ônus da sua ineficiência em face dos próprios companheiros. Mas, se apoiam ou incentivam tais movimentos, como no caso que deu lugar a esta segurança, estarão sujeitos a censura ministerial, que não é propriamente uma tutela, mas controle de índole política, pois é inegável a atuação sindical nessa área. O Executivo atua através do Ministério do Trabalho, pelo seu poder de polícia, que se faz sentir, como sabemos, através de intervenções nos Sindicatos ou nas anulações de eleições.

Assim, dentro da complexidade de tal comportamento, bem discerniu em seu voto o eminente Relator, quando denegou a ordem.

É como voto.

VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, é difícil votar depois de tão substancioso pronunciamento, como o fez o Sr. Ministro-Relator. Entretanto, tenho para mim que, na verdade se me afigurou a inexigibilidade de outra conduta. Isto porque, Sr. Presidente, como é sabido por qualquer um que tenha tido experiência sindical, não se pode desvincular o dirigente sindical da representatividade. E representatividade é liderança. Não se pode desvincular o líder do dirigente, apenas para efeito de aplicação de pena. Se o próprio inquérito apurou que os dirigentes apenas aderiram à greve, porque foi uma decisão de Assembléia, não se pode exigir deles uma outra conduta, porque no momento em que eles recusassem a greve, perderiam

a representação da classe. No momento em que o líder sindical, ou um dirigente sindical, recusa a deliberação de uma Assembléia e geralmente essas deliberações são tomadas sob clima de paixão — perde ele a liderança da classe. Não só a liderança da Assembléia; perde ele a liderança dentro do Sindicato.

De modo, Sr. Presidente, que pela inexigibilidade de outra conduta dos impetrantes, concedo a segurança, com base na Súmula nº 316 do Supremo Tribunal Federal, data venia do eminente Relator, que muito ilustrou este Tribunal com o voto ora proferido.

VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, minha admiração pelo eminente Ministro José Dantas, que já era antiga, cada vez cresce mais.

Ouvi, com o costumeiro encantamento, a lição de S.Exa., a respeito das teses defendidas pelos impetrantes e até já me dispunha a acompanhá-lo, quando fui despertado pela distinção feita por S.Exa., no tocante aos líderes e aos dirigentes.

O Ministro Carlos Madeira deu corpo àquela preocupação que me tomou conta do espírito, quando verifiquei que a distinção feita, para evitar a aplicação da tese, brilhantemente exposta, da inexigibilidade de outra conduta, efetivamente não poderia manter-se. E não poderia porque, como se sabe, líder, em termos sociológicos, é aquele que obtém a colaboração espontânea do grupo. Pode-se ser líder, sem ser dirigente e pode-se ser dirigente, sem ser líder. Fácil de demonstrar: o Delegado do Ministro do Trabalho, por exemplo, que substituiu uma diretoria eleita, evidentemente, é dirigente do Sindicato, portanto, dirigente sindical. Mas ninguém se abalancaria a acreditar que, sociológica, política e

até juridicamente, pudesse conceituar-se como líder. Na verdade, líderes sindicais são também os dirigentes sindicais, quando eleitos pela maioria absoluta dos sindicalizados. Esta maioria absoluta, que a Consolidação exige para que se proclama o resultado que confere aos dirigentes sindicais, e aí sim, também aos líderes sindicais, a direção dos seus respectivos sindicatos, não pode ser desconhecida, porque jurídica e sociologicamente unifica e não distingue os conceitos de líderes e de dirigentes. Partindo deste pressuposto, que é justamente o contrário do exposto pelo Sr. Ministro-Relator, convenço-me, tendo em vista o alerta do eminente Ministro Carlos Madeira, de que a tese defendida pelos impetrantes é não-somente defensável, mas, segundo me parece, e com a devida vênua dos que entendem em sentido contrário, a única que não pode ser recusada; pois se o líder é aquele que obtém a colaboração espontânea do grupo, na definição da Sociologia, ele também só é líder enquanto consegue manter a colaboração, o apoio e a confiança do grupo. Deixa de sê-lo, quase que instantaneamente, se se coloca contra os interesses de seus liderados, no caso dos sindicatos, em sentido contrário ao da sua categoria profissional.

Ouvi do eminente Ministro-Relator e acho que fez muito bem, pois fez o que compete o Judiciário, examinando a prova, ainda que em mandado de segurança, desde que por ela ou através dela se possa verificar ou se deva verificar a ilegalidade ou o abuso de poder que, na sindicância procedida ou no inquérito feito, não sei bem qual a classificação dada pois inquérito é, como sabemos, muito mais do que uma sindicância-concluíram os investigadores, transcrevendo trechos dos dirigentes sindicais, dos líderes sindicais, pela sua participação no movimento; todavia,

não como incentivadores, mas, por dizê-lo, quase que tomados pela força da decisão da própria assembléia da classe. E eu disse, e é verdade, que há dirigentes, sem serem líderes, e líderes, sem serem dirigentes, que se manifestam; os líderes, sobretudo nas assembléias, como todo mundo sabe, quase sempre conduzem, em sentido contrário à orientação daqueles que apenas presidem os trabalhos, as deliberações da maioria.

Pelo que entendi, menos pela distinção do que pela identidade de líderes com dirigentes sindicais que lhes conferiu o art. 531 da CLT, exigindo maioria absoluta para que chegassem àquelas posições e também pela inadequada distinção feita entre punição trabalhista e a punição disciplinar, pois, como acentua a Súmula 316, se a simples adesão à greve não constitui falta grave para a perda do emprego, evidentemente que não o constituiria para a destituição da representação sindical, que dele é decorrência. E não constituiria porque, como acentuei antes, não reconheço entre a autoridade administrativa e os dirigentes sindicais nenhum poder hierárquico, quer colocado no vértice da pirâmide, quer de forma horizontal, porque nem as associações sindicais, nem mesmo os dirigentes das confederações detêm esse poder.

Por estas considerações, entendo que, nas circunstâncias, era de fato inexigível outra conduta aos dirigentes e líderes sindicais, senão aquela que tomaram, de procurar controlar conter e compor o movimento da categoria sindical que eles representavam.

Sr. Presidente, tendo em vista essas razões, bem assim a de que não é tão nova e disso sabe o eminente penalista José Cândido de Carvalho Filho, professor de Direito Penal, que me corrigirá se estiver errado, a tese da inexigibilidade de outra conduta; e ainda que o fosse, não seria

por nova que não deveríamos aceitá-la, como não seria por velha que deveríamos tranqüilamente obedecer; de uma forma ou de outra, o nosso dever é examinar, raciocinar, compreender e decidir; acompanho o voto do eminente Ministro Carlos Madeira, concedendo, tão-só por este fundamento, a ordem impetrada, para desconstituir o ato administrativo, por desvio do poder.

VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, a questão se põe no âmbito do Direito Administrativo Penal, pelo que se lhe aplicam os princípios de Direito Penal. Acho adequada, pois, a invocação; no caso, do princípio da inexistibilidade de outra conduta, como excludente de injuridicidade do ato, diante dos fatos.

De feito.

Registro, por primeiro, que a Justiça Militar, através de seu órgão jurisdicional competente, entendeu inexistir, na conduta dos impetrantes, qualquer atividade contrária à Lei de Segurança Nacional, consoante se vê da decisão posta por cópia a fls., dos autos.

Remetidos os autos à Justiça Federal, também ali o Ministério Público requereu o arquivamento dos autos. Leio na sentença do Dr. Juiz Federal que deferiu o arquivamento (lê).

Em verdade, não seria possível exigir dos dirigentes sindicais, ora impetrantes, outra conduta, diante do decidido pela assembléia geral.

Ao que ouvi e apreendi do exame que o eminente Ministro José Dantas, Relator, fez do inquérito administrativo, exame que honra o Tribunal, que deferindo ou indeferindo a segurança, o faz conscientemente, não ficou configurado que os impe- trantes tivessem, direta ou indireta-

mente, incentivado o movimento grevista.

De outro lado, o eminente Ministro Madeira ressaltou, devem ser consideradas as circunstâncias e o próprio movimento sindical, em luta por melhoria salarial de seus associados.

Há pouco mencionava eu que o direito de greve se inclui entre os direitos fundamentais que o constitucionalismo do mundo ocidental consagra. E consagra corretamente, porque o movimento sindical, o sindicalismo, numa certa perspectiva, concorre para que seja assegurada a liberdade. Veja-se o que ocorre — os jornais de hoje noticiam — na Polônia. Lá, o líder sindical Walesa, empunhando a bandeira da liberdade, enfrenta, com os trabalhadores poloneses, a Rússia Soviética, exigindo a libertação de presos políticos.

De sorte que, também sob esse ângulo de visada deve ser encarado o movimento sindical. Eles concorrem, numa certa medida, para que se mantenha o regime democrático, para que sejam asseguradas as liberdades públicas, além de se constituírem em grupos de pressão legítimos em favor do desenvolvimento dos trabalhadores, concorrendo para que estes desfrutem dos benefícios e das vantagens do regime democrático.

Por tais razões, o comportamento dos líderes dos trabalhadores deve ser encarado com cautela, respeito e compreensão. O ato extremo de afastamento dos dirigentes dos sindicatos, eleitos que foram pela vontade de seus liderados, só em caráter excepcional, excepcionalíssimo, poderia ser adotado. No caso, ao que penso, há circunstâncias peculiares que devem ser consideradas, conforme acima exposto, que desautorizam o ato extremo.

Com estas breves considerações, com a venia devida ao eminente Ministro-Relator, defiro o «writ».

VOTO MÉRITO

O Senhor Ministro Wilson Gonçalves: Acompanho o eminente Ministro-Relator, denegando a segurança.

VOTO VOGAL MÉRITO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, entendendo, como fez o eminente Ministro Gueiros Leite, que a Súmula nº 316 do Egrégio Supremo Tribunal Federal não se aplica à hipótese, bastando, para isso, que se leiam as ementas dos acórdãos que lhe servem de referência (Embargos no Recurso Extraordinário nº 32.434 e Recurso Extraordinário nº 59.242).

VOTO MÉRITO VENCIDO

O Senhor Ministro Américo Luz: Senhor Presidente. Ouvi com toda atenção o voto proferido pelo eminente Sr. Ministro-Relator, mas devo confessar que abalou a minha convicção o que proferiu, em seguida, o eminente Ministro Carlos Madeira. Em primeiro lugar, não aceito a tese sustentada nas informações e que está posta às fls. 35/36 do Relatório, e de que a norma do Decreto-Lei 1.632, de 1978, que estabelece as penalidades, no caso, não tem relação como as da Lei nº 4.330/64. A inter-relação entre as regras citadas nos diplomas legais em causa afigura-se-me indisputável, assim como ambas e a norma da CLT, que dispõe sobre a matéria (art. 553 e alíneas).

Impressionou-me, também, sobremaneira, a argumentação da petição inicial, fls. 18/19 do Relatório, nestes termos:

«endossar a responsabilidade limitada e aplicar a pena máxima, é violar a lei, é ferir o dispositivo de individualização da pena. Permis-

sa venia, em tais casos de teratologia punitiva, ao se perfilar a contradição interna entre a natureza da responsabilidade e a natureza da pena: em tais casos cede o acessório, que é a pena, para curvar-se ante o principal, que é a responsabilidade. Induvidosamente, não pode prevalecer o parecer que endossa a responsabilidade relativa, sem automaticamente assumir a exclusão da pena máxima, de «destituição ou perda de mandato». Como tal corrigenda não foi feita por S.Exa. o Sr. Ministro de Estado do Trabalho, força é que o seja pelo Egrégio Poder Judiciário».

No tocante às penalidades disciplinares, preleciona Hely Lopes Meireles:

«Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionário disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir, arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é este o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios gerais do direito, e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares — processo administrativo ou meios sumários — conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.

A motivação da punição disciplinar é sempre imprescindível para a validade da pena. Não se pode admitir, como legal, a punição de-

sacompanhada de justificativa da autoridade que a impõe. Até aí não vai a discricionariedade do poder disciplinar. O discricionarismo disciplinar se circunscreve na escolha da penalidade dentre as várias possíveis, na graduação da pena, na oportunidade e conveniência de sua imposição.

Mas, quanto à existência da falta e aos motivos, em que a Administração embasa a punição, não podem ser omitidos ou olvidados no ato punitivo. Tal motivação, é bem de ver, pode ser resumida, mas não pode ser dispensada totalmente. O que não se exige são as formalidades de um processo judiciário, se bem que boa parte de seu rito possa ser utilmente adotado pela Administração, para resguardo da legalidade de seu ato. A autoridade administrativa não está adstrita, como a judiciária, às fórmulas processuais pode usar de meios mais simples e consentâneos com a finalidade disciplinar, para apurar a falta e impor a pena adequada. Inadmissível é que deixe de indicar claramente o motivo e os meios regulares de que usou para a verificação da falta, objeto da punição disciplinar.

A motivação se destina a evidenciar a conformação da pena com a falta, e a permitir que se confira a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante, quando o motivo invocado é falso ou indôneo, vale dizer, quando ocorre inexistência material ou inexistência jurídica dos motivos. Esses motivos na expressão de Jêze, devem ser «materialmente exatos e juridicamente fundados». Tal teoria tem inteira aplicação ao ato

disciplinar, que é espécie do gênero — ato administrativo.»

(In Direito Administrativo Brasileiro, 3ª edição, págs. 96 a 98).

Por não encontrar correlação entre a justificação constante do relatório e do Parecer invocado com o ato praticado pelo Exmo. Ministro do Estado, data venia do eminente Ministro-Relator, acompanho o voto do Ministro Carlos Madeira.

Concedo a segurança.

VOTO MÉRITO VENCIDO

O Senhor Ministro Hermillo Galant: Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Relator, acompanho o voto do eminente Ministro Carlos Madeira.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Sr. Presidente, sem embargo do substancioso voto do Sr. Ministro-Relator, pelo venia a S. Exa. para aderir ao voto do Ministro Carlos Madeira.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, a única objeção oposta ao voto do eminente Relator está em que não seria de exigir outra conduta dos dirigentes sindicais. Com tal fundamento, suscitado no voto do eminente Ministro Carlos Madeira, alguns, não menos eminentes Ministros que o acompanharam, estão a conceder a segurança.

A primeira restrição trazida ao voto divergente foi por parte do eminente Ministro Gueiros Leite. Aduziu S. Exa. a inaplicabilidade à espécie da Súmula nº 316 do Excelso Pretório, porque diz ela respeito a conceito de falta grave para fins de rescisão de contrato de trabalho, nada tendo a ver com a controvérsia ora examinada.

No tocante ao fundamento da inexigibilidade de outra conduta como causa excludente da culpabilidade ou da criminalidade, bem expôs o ilustre Ministro José Cândido que tal teoria sequer está incorporada ao nosso direito positivo, vez que não se encontra em vigor o Código Penal de 1969. Só isso, a meu ver, afasta a liquidez e certeza do direito a segurança, pois não posso conceber uma teoria não reconhecida com apoio em teoria não consubstanciada, ainda, em texto legal.

Mas, ainda que se admita aplicação da teoria da inexigibilidade de outra conduta, será de ver-se, no caso, que, em termos morais, possivelmente não se poderia exigir outra atitude que não a que tomaram os dirigentes sindicais, de acompanharem o estado de greve, declarado em Assembléia Geral.

Mas, sob o aspecto jurídico, não se pode deixar de considerar que os dirigentes sindicais incidiram em ilegalidade, pois não estavam obrigados a cumprir decisão que contraria frontalmente a legislação em vigor. Desde que assim não se entenda, o art. 5º, do Decreto-Lei nº 1.632/78, se tornará ineficaz. Eis o texto do art. 5º, do citado Decreto-Lei:

«Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indireta, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.»

Ora, se puderem os dirigentes sindicais alegar a inexigibilidade de outra conduta como causa excludente de sua punição administrativa, tal dispositivo será de considerar-se não escrito.

Ademais, sem examinar em profundidade a prova, não se poderá

concluir na espécie pela exigibilidade ou inexigibilidade da conduta dos dirigentes sindicais. E tal exame, extravasa do âmbito do mandado de segurança.

Com tais considerações, acompanho o voto do eminente Relator, e denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

MS. nº 90.245-DF (3221784) — Rel.: Sr. Min. José Dantas. Repte.: Olívio de Oliveira Dutra e outros. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu inteiramente do mandado de segurança, vencidos os Srs. Ministros Relator, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva, José Cândido e Moacir Catunda que o faziam apenas em parte. Também, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza e Armando Rollemberg, foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade do art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978. O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza afirmava igualmente inconstitucional o art. 5º do citado Decreto-Lei. Ainda, por maioria, foi a segurança indeferida, vencidos os Srs. Ministros Carlos Madeira, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Sebastião Reis e Américo Luz. Quanto à primeira preliminar, votaram com o Sr. Min. Carlos Madeira, os Srs. Ministros Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Romildo Bueno de Souza, Hermillo Galant, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Aldir G. Passarinho. Quanto à segunda preliminar, votaram com o Relator, os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington

Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Hermillo Galant, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda e Aldir G. Passarinho. No mérito, votaram com o Relator os Srs. Mins. Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda e Al-

dir G. Passarinho. Sustentaram oralmente os Drs. Otávio F. Caruso da Rocha pelo requerente e Geraldo Andrade Fonteles, pela União Federal. (Em 11 de dezembro de 1980 — T. Pleno).

Não participaram do julgamento os Srs. Mins. José Néri da Silveira, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Adhemar Raymundo e Miguel Jerônimo Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 90.905 — DF

Relator: O Senhor Ministro Sebastião Alves dos Reis

Requerente: Armino Schieck

Requerido: Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Tributário — Apreensão de veículo — Transporte de mercadoria em descaminho.

Ao tempo da edição do ato impugnado, o impetrante, enquanto avalista do devedor, não se encontrava em qualquer das posições definidas no art. 66 da Lei n° 4.728/65, em relação ao bem objeto do perdimento, nem ocorrera a sub-rogação alegada, não havendo, assim, falar-se em violação de direito líquido e certo, imputável à decisão atacada.

Arguição de inconstitucionalidade do inc. V do art. 104 do Decreto-Lei n° 37/66 já repelida em precedente deste Plenário. (MS 83.040 — DJ 19-3-80).

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas, constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de abril de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Néri

da Silveira (Presidente) — Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Armino Schieck requereu mandado de segurança perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, pretendendo desconstituir ato administrativo consubstanciado na pena aplicada a Alfredo Arndt de perdimento do caminhão que especifica, apontando como autoridade coatora o Sr. Delegado da Receita

Federal, em Santo Ângelo, naquele Estado.

A inicial esteia-se, em síntese, nas seguintes alegações de direito e de fato:

a) o veículo, objeto da penalidade fiscal, não pertence ao infrator apontado no procedimento respectivo o qual era, ao tempo do perdimento, apenas seu possuidor, na qualidade de alienante fiduciário;

b) o impetrante, pelo pagamento integral do débito do indigitado infrator, Alfredo Arndt, conforme declaração junta, sub-rogou-se pleno jure em todos os direitos contratuais que o credor possuía contra o devedor tornando-se proprietário do veículo.

c) o veículo em causa foi apreendido pela fiscalização competente, subordinada à autoridade apontada como coatora, ao suposto fundamento de ter sido utilizado no transporte de mercadoria de procedência estrangeira, introduzida irregularmente no país, à conta e responsabilidade de Alfredo Arndt, ao tempo, seu simples possuidor;

d) a pena de perdimento a que está exposto o veículo representa confisco vedado constitucionalmente, e o fato de o bem encontrar-se guardado em nome e à ordem do Ministro da Fazenda, na forma do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.455/76, não afasta a impetração dirigida contra a autoridade nomeada como coatora, já que, conforme a boa doutrina e jurisprudência, a segurança pode ser validamente requerida contra quem executa a ordem;

e) a prova colhida no processo administrativo não autoriza concluir-se pela ocorrência da infração suposta, e, a todo modo, o impetrante nenhum envolvimento tem com o acontecido, sendo, assim, de promover-se a liberação do veículo para entrega ao requerente, seu proprietário,

legítimo portador de direito líquido e certo à impetração.

Negada a liminar, a autoridade originariamente apontada como coatora, em suas informações de fls. 75 a 81, assinalou a sua ilegitimidade passiva ad causam, visto como a pena de perdimento do veículo fora aplicada pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, conforme peça copiada que juntou.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara, a que fora distribuído o feito, através do seu r. despacho de fls. 102, à vista do ponto assinalado supra, deu-se por incompetente, ordenando a remessa dos autos a este Tribunal.

Aqui, cabendo-me os autos por distribuição, solicitei as informações pertinentes à autoridade ministerial, prestadas às fls. 113, assim resumidas:

a) no caso específico da alienação fiduciária em garantia, o fiduciário não se torna proprietário pleno da coisa, senão titular de um direito sob condição resolutiva, sendo sua propriedade restrita e resolúvel; o título que invoca não lhe dá, pois, o direito de pedir em Juízo, por qualquer forma procedimental, a sua imissão na posse de coisa, que a lei, aliás expressamente lhe recusa, mesmo para garantia do seu crédito, como se infere do § 6º do art. 66 da Lei nº 4.728, de 14-7-66, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1-10-69, quando prescreve a nulidade da cláusula que autorizar o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento;

b) a garantia que a lei confere ao fiduciário é a do art. 3º do citado Decreto-Lei nº 911/69, que lhe proporciona o uso da busca e apreensão do bem, para ser vendido na forma do seu art. 2º, expediente que o impetrante não comprovou ter usado em nome próprio ou que o mesmo tives-

se sido frustrado pela existência da penalidade fiscal;

c) ademais, o impetrante não fez prova regular de que haja pago integralmente o valor do débito de Alfredo Arndt; ao que ressaí dos autos, o credor — Banrisul Financeira S.A. — apenas declarou que o impetrante houvera liquidado a dívida pendente, à época, e essa, de acordo com a conta de custas, anexada pelo ora requerente, se resumia na quantia de Cr\$ 19.680,00, mais juros vencidos, correspondentes às três últimas promissórias que lastreavam a busca e apreensão ajuizada pelo credor, no alusivo à integralidade do crédito do impetrante só existe uma declaração de Alfredo Arndt, que não é o credor, e sim, o devedor principal, inexistindo quitação válida, no particular de todo o crédito;

d) em suas informações, o Delegado da Receita Federal acenou com a hipótese de, no caso, existir conluio entre o avalista impetrante e o devedor para, recuperando o veículo perdido, subtrair o mesmo aos efeitos da infração fiscal;

e) inexistente o direito certo e líquido alegado, seja porque falta ao postulante a sua condição de proprietário pleno, seja porque não há prova da sub-rogação total argüida.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República em douto parecer da Procuradora Iduna Weinert, subscrito pelo eminente Subprocurador-Geral da República Geraldo Fontelles, manifestou-se às fls. retro, opinando pela denegação da ordem, por falta de direito líquido e certo, quer porque, quando da apreensão e perdimento do veículo, não possuía o impetrante qualquer direito, em relação ao mesmo, quer porque o seu crédito é muito inferior ao débito financiado, assinalando descaber à Fazenda Nacional responsabilidade pelo prejuízo causado ao requerente pelo seu avalizado, em face do art.

1.496 do Código Civil mandado aplicar ao caso pelo art. 6º do Decreto-Lei nº 911/69.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Preliminarmente, dou este Tribunal como originariamente competente para processar e julgar a impetração, nos termos dos arts. 122, «c» da Constituição Federal, considerando que o perdimento do bem, cuja liberação é pretendida, foi decretado pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, conforme está comprovado às fls. 98.

No mérito, pretende o impetrante a liberação do veículo, objeto de decretação de perdimento, argüido, basicamente, de um lado, a sua condição de proprietário pleno do mesmo, por sub-rogação assegurada no art. 6º do Decreto-Lei nº 911/69, em razão do pagamento, como avalista, da dívida integral financiada, e, de outro, que a pena aplicada representa confisco, vedado constitucionalmente; outrossim, a prova colhida no procedimento fiscal não autoriza concluir-se tratar-se de transporte de mercadoria estrangeira, e, a todo modo, nenhum envolvimento tem, com a ocorrência, praticada por outrem, simples possuidor do caminhão; as informações, prestigiadas pelo parecer da doutra Subprocuradoria-Geral da República opõem a ausência de direito líquido e certo, seja porque, quando da apreensão e decretação do perdimento, não possuía o impetrante qualquer direito, no atinente ao veículo, seja porque a sua sub-rogação se limitou às três últimas prestações da dívida financiada.

Esquematizada assim a controversia, ressaí da prova dos autos que o veículo em causa foi apreendido pela Polícia Federal, quando transportava mercadoria dada como de

procedência estrangeira, desacompanhada da documentação fiscal própria, havendo o apontado proprietário do mesmo Alfredo Arndt evadido do local, consoante auto de fls. 85, seguindo-se os termos de infração e apreensão de fls. 88/9, defesa do infrator, segundo peça de fls 94/6, e aplicação da pena de perdimento, por decisão ministerial de fls. 97/8; já apreendido o veículo pela Polícia Federal, em data de 25-5-78, ajuizou a financiadora ação de busca e apreensão (fls. 43/5), da qual desistiu (fls. 29), por ter o avalista ora impetrante liquidado a dívida pendente, então representada por três promissórias, no valor unitário de Cr\$ 6.560,00, vencidas a 29-8, 29-9 e 29-10, tudo de 1978 (fls. 44), no total de Cr\$ 19.680,00.

Paralelamente, apura-se de fls. 30, que o veículo apreendido foi adquirido pela importância de Cr\$ 150.000,00, dos quais Cr\$ 78.720,00, financiados, sendo certo que a apreensão do veículo (25-5-78, fls. 85) e a aplicação da pena de perdimento respectivo (14-11-78, fls. 97/8) antecederam à sub-rogação invocada (11-6-79, fls. 29).

Correlatamente, dispõe a Lei nº 4.728/65:

Art. 66 - A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem, de acordo com as leis Civil e Penal.

Ao propósito do avalista, prescreveu o art. 6º do Decreto-Lei nº 911/69:

«O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.»

Consoante se depreende dos pressupostos fático-jurídicos sublinhados, ao tempo da edição do ato atacado, o impetrante não se encontrava em qualquer das posições definidas no art. 66 transcrito, em relação ao bem objeto de perdimento, nem ocorrera a sub-rogação alegada, decorrente da sua condição de avalista, não havendo, assim, falar-se em violação de direito líquido e certo, imputável a decisão impugnada.

De outra parte, a arguição de inconstitucionalidade do inciso V do art. 104, do Decreto-Lei nº 37/66 já foi repelida por este Plenário, como se vê do venerando aresto proferido no MS nº 83.040 — DF por este Plenário, de que foi Relator o eminente Ministro Paulo Távora (DJ: 19-3-80).

Denego a segurança, por falta de liquidez e certeza do direito pleiteado.

EXTRATO DA ATA

MS nº 90.905 — DF — Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis. Regte.: Armando Schick. Reqdo.: Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Por unanimidade, decidiu o Tribunal Pleno denegar o mandado de segurança (TFR, em Sessão Plena — Julgado em 23-4-81).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Peçanha Martins, Jarbas Nobre, Aldir Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, e Pereira de Paiva. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Néri da Silveira.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

1991年12月18日

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

| | págs. |
|--|-------------|
| Agravo de Instrumento | |
| 38.537 — MG (Rel.: Min. José Néri da Silveira) | RTFR 82/24 |
| Agravo em Mandado de Segurança | |
| 50.034 — RS (Rel.: Min. Márcio Ribeiro) | RTFR 82/99 |
| 51.024 — MG (Rel.: Min. Armando Rollemberg) | RTFR 82/105 |
| 64.879 — GB (Rel.: Min. Moacir Catunda) | RTFR 82/108 |
| 65.469 — PR (Rel.: Min. Amarílio Benjamin) | RTFR 82/138 |
| 67.655 — RJ (Rel.: Min. Peçanha Martins) | RTFR 82/173 |
| 73.753 — RJ (Rel.: Min. William Patterson) | RTFR 82/180 |
| 74.174 — PR (Rel.: Min. Aldir G. Passarinho) | RTFR 82/185 |
| 75.778 — PR (Rel.: Min. José Néri da Silveira) | RTFR 82/219 |
| 76.915 — SP (Rel.: Min. Armando Rollemberg) | RTFR 82/221 |
| Apelação Cível e Remessa Ex Officio | |
| 27.598 — ES (Rel.: Min. Américo Luz) | RTFR 82/20 |
| 42.928 — RJ (Rel.: Min. Carlos Mário Velloso) | RTFR 82/50 |
| 46.309 — RJ (Rel.: Min. William Patterson) | RTFR 82/64 |
| 49.450 — MG (Rel.: Min. Justino Ribeiro) | RTFR 82/97 |
| Apelação em Mandado de Segurança e Mandado de Segurança | |
| 75.010 — MG (Rel.: Min. José Néri da Silveira) | RTFR 82/194 |
| 75.055 — PR (Rel.: Min. Aldir G. Passarinho) | RTFR 82/213 |
| 80.869 — RJ (Rel.: Min. Moacir Catunda) | RTFR 82/230 |
| 83.040 — DF (Rel.: Min. Paulo Távora) | RTFR 82/254 |
| 83.818 — RS (Rel.: Min. José Dantas) | RTFR 82/286 |
| 89.919 — DF (Rel.: Min. Romildo Bueno de Souza) | RTFR 82/291 |
| 89.995 — DF (Rel.: Min. Carlos Mário Velloso) | RTFR 82/298 |
| 90.245 — DF (Rel.: Min. José Dantas) | RTFR 82/334 |
| 90.905 — DF (Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis) | RTFR 82/376 |
| Habeas Corpus | |
| 4.648 — MG (Rel.: Min. Torreão Braz) | RTFR 82/15 |
| Recurso Criminal | |
| 544 — SC (Rel.: Min. Torreão Braz) | RTFR 82/1 |

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Ct Advogado. «Exercício da profissão de advogado. Restrições. Constitucionalidade do art. 85 da Lei 2.685, de 1940.» RTFR 82/105
- Ct Advogado. Magistrado. RTFR 82/99
- Adm Agregação. Funcionário. RTFR 82/50
- Pv Aposentadoria. Previdência Social. RTFR 82/194
- Trbt Apreensão de Veículo. Transporte de mercadoria em descaminho.
- Ao tempo da edição do ato impugnado, o impetrante, enquanto avalista do devedor, não se encontrava em qualquer das posições definidas no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, em relação ao bem objeto do perdimento, nem ocorrera a subrogação alegada, não havendo, assim, falar-se em violação de direito líquido e certo, imputável à decisão atacada.
- Argüição de inconstitucionalidade do inc. V do artigo 104 do Decreto-Lei nº 37/66 já repelida em precedente deste Plenário. (MS 83.040 — DJ 19-3-80). RTFR 82/376
- Pn Apropriação Indébita. Não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e normas de processo sobre a instauração da ação penal.
- Inconstitucionalidade do art. 2º e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 326/67.
- Argüição que se rejeita, visto o *caput* da referida regra legal não criou novo tipo penal, limitando-se a proibir que o contribuinte empregue o produto do imposto em fim outro que não seja o recolhimento aos cofres da União e cujo descumprimento reúne em si os elementos do crime definido no art. 168 do estatuto criminal.
- Se o aplicador pode adaptar o preceito legal defeituoso ao contexto em que se insere, harmonizando-o ao sistema vigente, deve abster-se de declarar a sua inconstitucionalidade. RTFR 82/1
- Ct Argüição de inconstitucionalidade. Perdimento de Bens. RTFR 82/254
- PrCv Ato disciplinar. Mandado de Segurança. RTFR 82/334

C

- Trbt Café. ICM. RTFR 82/138
- Adm Comércio exterior. Perdimento de Bens. RTFR 82/254
- Ct Código Tributário do Município de Belo Horizonte. São inconstitucionais, em face do artigo 18, § 2º, da Constituição Federal, os artigos 246 e seu parágrafo, e 247 do Código Tributário do Município de Belo Horizonte, MG. RTFR 82/97

- Adm **Concurso Público.** Aptidão do candidato para o exercício do cargo: verificação do requisito, na forma do regulamento do concurso.
 Sanidade e capacidade física e psíquica.
 Investigação e entrevistas, desde que previstas no regulamento, constituem meios legítimos de aferição de aptidão para o cargo.
 Aplicação do art. 22 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.
 Decisão de caráter administrativo que não contém afirmação lesiva de direito ou interesse legítimo do candidato.
 Alegação de inconstitucionalidade improcedente.
 Segurança denegada. RTFR 82/291

D

- Ct Decreto 55.551/65, art. 12. **Isenção Tributária.** RTFR 82/180
- Ct Decreto 75.583/75, art. 66. **Preço Público.** RTFR 82/286
- Trbt Decreto-Lei 37/66, art. 104. **Apreensão de Veículo.** RTFR 82/376
- Ct Decreto-Lei 37/66, artigo 104, item V. **Perdimento de Bens.** RTFR 82/254
- Pn Decreto-Lei 326/67, art. 2º. **Apropriação Indébita.** RTFR 82/1
- Ct Decreto-Lei 401/68, art. 11, parágrafo único. **Imposto de Renda.** RTFR 82/108
- Ct Decreto-Lei 465/69. **Magistério.** RTFR 82/213
- Adm Decreto-Lei 554/69, arts. 3º e 11. **Desapropriação.** RTFR 82/24
- Ct Decreto-Lei 1.366/74. **Importação.** RTFR 82/221
- Pn Decreto-Lei 1.650/78. **Extinção da Punibilidade.** RTFR 82/15
- Ct Decreto-Lei 6.969/44, artigo 23. **Trabalhador da Lavoura Canavieira.** RTFR 82/193
- Adm **Desapropriação.** Desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.
 Decreto-Lei nº 554, de 25-4-1969.
 Arguição de inconstitucionalidade dos artigos 3º, incisos II e III, e 11.
 Na desapropriação, o proprietário há de receber indenização justa, pela perda do bem expropriado, inclusive em se tratando de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.
 Não é possível adotar em lei, como critério decisivo a definir a justa indenização, o valor da propriedade declarado pelo titular, para fins de pagamento do imposto territorial rural.
 Inconstitucionalidade, apenas, do artigo 11, do Decreto-Lei nº 554, de 1969, e não de seu artigo 3º, incisos II e III. RTFR 82/24
- Trbt Descaminho. **Apreensão de Veículo.** RTFR 82/376-
- Ct Direito de greve. **Mandado de Segurança.** RTFR 82/334

E

- Adm **Enquadramento. Funcionário.** RTFR 82/64
- Ct **Ensino Superior.** Matrícula de filho de agricultor. Curso de veterinária da Universidade Federal Fluminense.

Rejeitada, pelo Plenário do Tribunal, a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 5.465/68 e determinada a devolução dos autos à Turma de origem para julgamento da matéria residual.

O privilégio assegurado pelo art. 1º daquela norma legal não afronta o princípio da igualdade de todos perante a lei. RTFR 82/230

Adm Estatuto dos Funcionários Públicos. Concurso Público. RTFR 82/291

Ct Estatuto Universitário. Matéria constitucional.

Art. 101, do Estatuto da Universidade Federal do Paraná.

Art. 176, § 3º, VI, da Constituição Federal.

Arguição de inconstitucionalidade do art. 101, do Estatuto da Universidade, julgada prejudicada, tendo-se em vista decisão unânime tomada pelo Plenário do TFR, na Apelação em Mandado de Segurança número 75.055-PR.

Não havendo matéria residual a ser apreciada pela Turma, julga-se, desde logo, o mérito do recurso da União Federal, para reformar a sentença e cassar a segurança. RTFR 82/219

Pn Extinção da Punibilidade. É inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.650, de 12-12-1978, visto como, dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos artigos 8º, inciso XVII, letra «b», e 43, do Estatuto Fundamental.

O artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-1967, que ele quis revogar, teve o seu vício de origem corrigido pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967. RTFR 82/15

F

Ct Fiscalização do comércio de fertilizantes. Preço público. RTFR 82/286

Ct Funcionario. Agregação. Plano de Classificação de Cargos, Lei nº 3.780, de 1960; Lei nº 1.741, de 1952. Lei nº 5.645, de 1970; Lei nº 5.843, de 1972, art. 10.

I. Constitucionalidade do artigo 10, da Lei nº 5.843, de 1952, reconhecida pelo Egrégio Plenário.

II. Votos vencidos.

III. O artigo 10 da Lei nº 5.843, de 1972, exclui a vinculação do símbolo da agregação ao nível remuneratório do Grupo Direção e Assessoramento Superior.

IV. Arguição de inconstitucionalidade julgada prejudicada. Recurso provido. RTFR 82/50

Adm Funcionario. Enquadramento. Agregado. Lei nº 5.843, de 1972, (art. 10). Constitucionalidade.

É constitucional o artigo 10, da Lei nº 5.843, de 1972, que exclui do reajuste salarial os funcionários que, por força do artigo 60, da Lei 3.780, de 1960, foram agregados com enquadramento em símbolo de cargo transformado ou reclassificado em decorrência da implantação do Grupo-Direção e Assessoramento Superior, assim como aos aposentados com as vantagens dos referidos cargos.

Inocorrência, na espécie, de motivação para resguardo do alegado direito adquirido.

Razões jurídicas impeditivas do reconhecimento da postulação. RTFR 82/64

I

Trbt IBC. ICM. RTFR 82/138

Trbt ICM. Cobrança pelo Estado do Paraná sobre as operações realizadas pelo Instituto Brasileiro do Café, em consequência da aquisição de café aos produtores e respectiva colocação no mercado.

Arguição de inconstitucionalidade. Improcedência da Alegação.

Indeferimento da «Segurança» impetrada.

Indubitavelmente deve o IBC o imposto exigido. O Ato Complementar nº 34/67 dispõe com clareza, em nova redação ao artigo 58 do C.T.N.:

§ 4º — Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadoria de sua produção, ainda que exclusivamente do imposto sobre circulação de mercadorias.

Tal orientação foi reiterada pelo Dec.-Lei nº 406/96:

Art. 6º — Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida.

§ 1º — Consideram-se também contribuintes:

III — Os órgãos da administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.

O Supremo Tribunal já elucidou a obrigação.

«Imunidade tributária. Imposto de circulação de mercadoria.

Proibição de embarque de açúcar para o exterior, violando direito líquido e certo.

Mandado de segurança pedido contra Estado-Membro da Federação.» (MS 17.954, RTJ vol. 42/795).

«Imposto de Vendas e Consignações sobre café vendido ao IBC. A isenção não pode ser concedida por mera presunção, porque esta não gera direito líquido e certo.» (RMS 11.008.)

«Imposto de vendas e consignações. Legitimidade da cobrança desse tributo, pelo Estado do Espírito Santo, sobre café transferido para venda em outros Estados. Recurso desprovido.» (RMS 16.539 RTJ, vol. 57/778).

A imunidade constitucional, vedando a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, não se aplica à hipótese, tanto mais quanto a tributação não abrange serviços vinculados às atividades essenciais do IBC. (Const./67 e Const./69, artigo 20, III, e § 1º):

Além disso, pelo sistema constitucional vigente, em defesa da Federação, aos Estados são conferidos os poderes que explicita ou implicitamente não lhes sejam vedados pela Carta Magna. (Const./67 e Const./69, art. 13, § 1º.)

Por outro lado, sem lei complementar que disponha sobre os conflitos de competência e as limitações do poder de tributar, não é possível impedir-se ao Estado do Paraná exigir o que lhe tocou na partilha tributária (Const./67, art. 19, § 1º e Const./69, art. 18, § 1º.)

Ademais, a lei complementar já estabeleceu como contribuintes do ICM os órgãos da Administração direta que participem do negócio e a própria Constituição estabelece que entidades públicas, na exploração da atividade econômica regem-se pelas normas das empresas privadas. (Const./67, art. 163, § 2º e Const./69, artigo 170, § 2º).

De resto, não se compreende nas finalidades do IBC comercializar diretamente o café. O IBC, porém, dilata sua intervenção e substitui-se ao particular, que assim passa a gozar de imunidade que não lhe pertence.

Não faz, portanto, o IBC direito à segurança.

Tal garantia significa agravar o desequilíbrio da Federação. Manter a Federação, no entanto, é dever indeclinável da República (Const./67, art. 50, § 1º e Const./69, artigo 47, § 1º). RTFR 82/138

Ct **Importação.** Arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto-Lei 1.366/74. Imposto de Importação. Alíquota. Avião à hélice. Limites da Lei 3.244/57.

Constituição Federal, arts. 18, § 1º, e 21, I. Não é indispensável lei complementar para fixação dos limites de alteração das alíquotas e bases de cálculo do imposto de importação, bastando para isso a lei ordinária federal, inclusive o decreto-lei.

Competência do Presidente da República para expedição de decretos-leis, prevista, para o caso, no inc. II do art. 55 da Constituição Federal, na redação do EC 1/79.

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. RTFR 82/221

Ct **Imposto de importação. Importação.** RTFR 82/221

Ct **Imposto de Licença para Localização. Lei Municipal.** RTFR 82/20

Ct **Imposto de Renda.** Constitucionalidade do Decreto-Lei expedido com base em Ato Institucional. Admissibilidade: O disposto no artigo 11, § único, do Decreto-Lei 401, de 30-12-1968, não contém eiva de inconstitucionalidade.

Ante a regra do art. 11, § único, do Decreto-Lei 401, de 30 de dezembro de 1968, a exigência do imposto de renda na fonte sobre a remessa de juros de prestações de mercadorias compradas a prazo, no exterior, mostra-se perfeitamente legítima. RTFR 82/108

Ct **Imposto predial. Lei Municipal.** RTFR 82/20

Pn **Imposto sobre produtos industrializados. Apropriação Indébita.** RTFR 82/1

Ct **Infração administrativa. Mandado de Segurança.** RTFR 82/333

Trbt **Isenção fiscal. ICM.** RTFR 82/138

Ct **Isenção Tributária.** Arguição de inconstitucionalidade.

Tratando-se de confronto de normas a nível de legislação ordinária e regulamentar, sem afetação direta a texto da Lei Fundamental, descabe a apreciação pelo Plenário do Tribunal.

A matéria deve ser apreciada, no mérito, pela Turma. Isenções tributárias não constituem assunto da Lei Maior. O excesso de ato normativo, no tocante a esse aspecto, deve ser examinado perante a lei que cuida da espécie.

Salário-educação. Isenções contempladas na Lei nº 4.440, de 1964 (art. 5º) e objeto da regulamentação do Decreto nº 55.551, de 1965 (artigo 12). RTFR 82/180

L

- Ct Lavoura canavieira. Trabalhador da Lavoura Canavieira. RTFR 82/193
- Ct Lei do boi. **Ensino Superior**. RTFR 82/230
- Ct **Lei Municipal**. É inconstitucional a Lei nº 1.107, de 13-3-1967, que deu nova redação a dispositivos da Lei nº 1.087, de 30-12-1966, por definir o fato gerador do Imposto de Licença para Localização de modo igual ao previsto nesse último diploma para o Imposto Predial.
- Aplicação dos artigos 19, § 2º e 25 da Constituição Federal, c/c o art. 77 do CTN.
- Inconstitucionalidade reconhecida. RTFR 82/20
- Ct Lei 1.107/67. **Lei Municipal**. RTFR 82/20
- Ct Lei 2.685/40, art. 85. **Advogado**. RTFR 82/105
- Ct Lei 3.244/57. **Importação**. RTFR 82/221
- Ct Lei 4.215/64, art. 86. **Magistrado**. RTFR 82/99
- Ct Lei 4.440/64, art. 5º. **Isenção Tributária**. RTFR 82/180
- Ct Lei 5.465/68. **Ensino Superior**. RTFR 82/230
- Ct Lei 5.843/52, art. 10. **Funcionário**. RTFR 82/50
- Adm Lei 5.843/72, art. 10. **Funcionário**. RTFR 82/64
- Pv Lei 5.890/73, art. 29. **Previdência Social**. RTFR 82/194
- Ct Lei 6.138/74, art. 8º. **Preço Público**. RTFR 82/286
- Ct Liberação de café. **Mandado de Segurança**. RTFR 82/298
- Ct Livre docente. **Magistério**. RTFR 82/213

M

- Ct **Magistério**. Inconstitucionalidade. Educação. Magistério.
- Tem-se como inconstitucional o disposto no art. 101 do Estatuto da Universidade Federal do Paraná, que mandou classificar ao nível de professor titular o livre-docente assim declarando anteriormente ao mesmo Estatuto que, à data do Decreto-Lei nº 465/69, estava no exercício da disciplina. A norma estatutária conflita com o disposto na E.C. nº 1, art. 176, § 3º, VI, e que corresponde ao art. 168, V, da Constituição de 1967, na sua primitiva redação, pois ali se preceitua que «o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior dependerá sempre de prova de habilitação que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial.» RTFR 82/185
- Ct **Magistério**. Inconstitucionalidade. Educação. Magistério. RTFR 82/213
- Ct **Magistrado**. «É constitucional o art. 86 da Lei nº 4.215, de 1964, que dispõe sobre requisito de tempo para que os magistrados aposentados exerçam a advocacia». RTFR 82/99.
- PrCv **Mandado de Segurança**. Ato disciplinar. Direito de greve. Matéria constitucional. Infração administrativa. Destituição de mandatos sindicais.
- Mandado de Segurança. A orientação do TFR tem propendido para admitir o mandado de segurança contra ato disciplinar, sem as restrições da Lei 1.533/51, art. 5º, III. Precedentes.
- Direito de greve. Legitimidade constitucional da restrição imposta ao direito de greve por via de decreto-lei, relativamente a atividades essenciais (bancos) e no interesse da segurança nacional (CF, artigos 162 e 165, XX.)

Destituição de mandatos sindicais. Penalidade corretamente imposta pelo Ministro do Trabalho, a fundo e forma legalmente cumpridos (Dec.-Lei 1.632/78, art. 5º e CLT, 557, § 2º), sem causa para relevar-se a falta, até mesmo que a título da excludente supralegal de «inexigibilidade de outra conduta». RTFR 82/334

Ct **Mandado de Segurança.** Ato do Conselho da Justiça Federal. Competência do Tribunal Pleno. Liberação de cafés. Reclamação. Constitucionalidade formal das normas do Regimento Interno do TFR que a instituem. Regimento Interno, artigos 194 e seguintes. Constituição, artigo 115, III.

I. Cabe ao Plenário do TFR o julgamento de mandado de segurança contra ato ou decisão do Conselho da Justiça Federal (Reg. Interno, art. 11, III; Lei nº 5.010, de 1966, art. 71).

II. Cafés de propriedade do IBC, adquiridos pela autarquia federal à firma Camer Mercantil de Café Ltda., efetuado o pagamento e a tradição da coisa. Reconhecimento dessa propriedade em Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, na AC 39.397-SP. Pedido de restituição desses cafés, feito por quem não era dona e nem possuidora dos mesmos, numa ação penal finda, em que a requerente não fora parte e em cuja ação penal não se encontravam apreendidos os cafés. Deferimento do pedido. Correição parcial interposta contra tal decisão, que o Conselho da Justiça Federal recebeu e transmitiu ao TFR como Reclamação, por descumprimento de decisão do Tribunal (Reg. Interno art. 194.) Legitimidade do ato do Conselho da Justiça Federal.

III. Constitucionalidade formal das normas inscritas no Regimento Interno do TFR e que instituem a Reclamação (Regimento Interno do TFR, artigos 194 e seguintes). RTFR 82/298

Ct **Mandato sindical. Mandado de Segurança.** RTFR 82/334

Ct **Matrícula de filho de agricultor em universidade Federal. Ensino Superior.** RTFR 82/230

P

Ct **Perdimento de Bens.** Processo civil. Arguição de inconstitucionalidade no Tribunal. Iniciativa.

A inconstitucionalidade pode ser argüida, de ofício, por membro do Tribunal na assentada de julgamento, observando-se o procedimento regimental próprio do incidente.

Administrativo. Comércio exterior. Perdimento do veículo condutor.

É constitucional o artigo 104, item V, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, combinado com o artigo 24 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, que sujeita a perdimento o veículo pertencente ao responsável por infração punível com a perda da mercadoria conduzida. RTFR 82/254

Adm **Perdimento de veículo envolvido em descaminho. Perdimento de Bens.** RTFR 82/254

Ct **Preço Público.** Fiscalização do comércio de fertilizantes.

Ilegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração desse serviço, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia, e de serviços remuneráveis por meio de taxa, segundo o seu conceito tributário. Inconstitucionalidade das normas pertinentes — art. 8º da Lei 6.138/74, art. 66 do Decreto 75.583/75, e da Portaria MA-393/75. RTFR 82/286

Pv **Previdência Social.** Lei nº 5.890, de 8-6-1973, que alterou o regime da previdência social definido na Lei nº 3.807/1960, art. 29.

Aposentadoria requerida na vigência da Lei nº 5.890/1973 por segurado que já satisfazia às condições de inativação no regime da legislação previdenciária anterior.

Direito adquirido.

Inconstitucionalidade parcial do art. 29 da Lei nº 5.890/1973. RTFR 82/194

R

- Adm Reforma agrária. Desapropriação. RTFR 82/24
Ct Regimento Interno do TFR, art. 194. Mandado de Segurança. RTFR 82/298
Ct Remessa de juros para o exterior. Imposto de Renda. RTFR 82/108

S

- Ct Salário-educação. Isenção Tributária. RTFR 82/180

T

- Ct Trabalhador da Lavoura Canavieira. Concessão gratuita de área de terra próxima à sua moradia para plantação e criação. Arguição de inconstitucionalidade do art. 23 do Decreto-Lei 6.969 de 1944 e do respectivo Decreto Regulamentador, unanimemente repelidos. RTFR 82/193