
**MATÉRIA CONSTITUCIONAL
E JURISPRUDÊNCIA SUMULADA**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 75.265 — RJ**

Relator: O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães

Embargante: Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Embargado: Venerando Acórdão de fls. 117

EMENTA

Embargos de Declaração — Rejeição.

Havendo o acórdão do Tribunal Pleno se limitado a decretar a inconstitucionalidade do art. 125 do Código da Propriedade Industrial, por força da remessa que lhe foi feita (art. 480 C.P.C.) rejeitam-se os embargos de declaração, nos quais se ataca o acolhimento da Arguição de Inconstitucionalidade, pela Turma.

ACÓRDÃO

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, em rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar este julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1976 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Jorge Lafayette Pinto Guimarães, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator): O Instituto Nacional da Propriedade Industrial opôs os embargos de declaração de fls. 120/122, ao acórdão de fls. 117, pelo qual o Tribunal, em virtude da remessa do processo, que lhe foi feita pela 1ª Turma, de acordo com o art. 480 do C.P.C., conforme acórdão de fls. 84, decretou a inconstitucionalidade do art. 125, do Código da Propriedade Industrial-Lei nº 5.772, de 1971 — determinando a volta dos autos à Turma para concluir o julgamento da apelação.

Alega que havendo a sentença de primeira instância, concessiva da Segurança, rejeitado a inconstitucionalidade, sem recurso da impetrante, transitou a mesma em julgado, nessa parte, pelo que ao Tribunal era vedado conhecer da matéria, pois não se declara inconstitucionalidade não argüida, e fez menção, a este propósito, ao preceito do art. 480, do C.P.C.

Pediu o recebimento dos embargos, «para que se espanquem a dúvida e omissão apontadas».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator): — Não há, no acórdão de fls. 117, que limitou-se a decretar a inconstitucionalidade do art. 125, do Código da Propriedade Industrial — Lei nº 5.772, de 1971 — em virtude da remessa que lhe foi feita pela 1ª Turma, na forma do disposto pelo art. 480, do C.P.C., qualquer obscuridade, dúvida ou omissão, tal como exige o art. 535, do mesmo Código, para o cabimento dos embargos de declaração oferecidos.

Na verdade, através dos embargos, opostos ataca o embargante o acolhimento da argüição de inconstitucionalidade, pela Turma, com a consequente submissão da matéria ao Tribunal Pleno, de acordo com o disposto no art. 481, do CPC., sustentando que era vedada a sua apreciação, em falta de recurso da impetrante, e da rejeição da inconstitucionalidade, por esta alegada, pela sentença, que concedeu o «writ», por outro fundamento, dela apelando o impetrado tão-somente.

Verifica-se, pois, que os presentes embargos de declaração, versam matéria que só através de embargos infringentes poderia ser examinada e

decidida, não se caracterizando qualquer dúvida, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, além de que, se assim não fosse, deveriam ter sido os mesmos dirigidos contra o acórdão de fls. 84, da 1ª Turma, pelo qual, considerando necessária a decisão a respeito da inconstitucionalidade, do art. 125, do Código da Propriedade Industrial, acolhendo a argüição, submeteu a questão ao Tribunal Pleno.

O acórdão ora embargado, por sua vez, diante da remessa feita pela Turma, apenas decidiu quanto à matéria constitucional que lhe foi submetida, e na verdade não lhe cabia apreciar se podia a Turma, no julgamento da apelação, enfrentar o problema da constitucionalidade do referido art. 125, do Código da Propriedade Industrial, por ela considerado necessário ao julgamento do recurso.

Em consequência, rejeito os embargos de declaração.

EXTRATO DA ATA

Embargos de Declaração na Apelação em M. S. nº 75.265 — RJ — Rel. Sr. Min. Jorge Lafayette Guimarães. Emgte: Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Emgdo: V. Acórdão de fls. 117.

Decisão: A unanimidade, rejeitaram-se os embargos. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Peçanha Martins e José Néri da Silveira. (Em 19.10.76 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Paulo Távora, Aldir G. Passarinho, Oscar Corrêa Pina, Armando Rolemberg, Amarílio Benjamin, Márcio Ribeiro, Décio Miranda e Jarbas Nobre votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Moacir Catunda.

**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 77.581 — SP**

Relator: Exmo. Sr. Ministro Paulo Távara

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelante: União Federal.

Apelada: Companhia Vidraria Santa Marina

Autoridade Requerida: Delegado da Receita Federal em Santos.

EMENTA

Administrativo. Comércio Exterior. Multa Cambial (Lei 3.244/57, art. 60, I).

Súmula nº 6: «A multa prevista no art. 60, item I, da Lei nº 3.244, de 1957, na redação do artigo 169 do Decreto-lei nº 37, de 1966, não se aplica ao caso de embarque da mercadoria no exterior antes de emitida a guia de importação, mas chegada ao território nacional depois da expedição do referido documento».

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade: 1) Unificar a jurisprudência no sentido do Precedente da 2ª Turma, considerando inaplicável, ao caso de embarque de mercadoria no exterior antes de emitida a guia de importação, mas chegada ao território nacional após a expedição do referido documento, a multa prevista no art. 60, item I, da Lei nº 3.244/57, com a redação do art. 169 do Decreto-Lei 37/66; 2) em questão de ordem, contra os votos dos Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, Amarílio Benjamin, Torreão Braz e Justino Ribeiro, apreciar, desde logo, os recursos, face à inexistência de matéria residual a ser decidida pela Turma julgadora; 3) negar provimento aos recursos. Impedido o Sr. Ministro Márcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou do julgamento o Sr. Ministro Armando Rolemberg. Tudo na forma do

relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de agosto de 1978. (Data do julgamento — Ministro Peçanha Martins, Presidente — Ministro Paulo Távara, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Távara: Fiz, na Turma, este relatório:

«Trata-se de multa por infração cambial, prevista no art. 60, item I, da Lei nº 3.244, de 1957. O embarque da mercadoria no estrangeiro realizou-se antes de emitida a guia de importação. Ao chegar, porém, no território nacional, o documento já estava expedido. A sentença concedeu a segurança e submeteu o processo ao duplo grau de jurisdição.

O recurso voluntário sustenta que a situação equivale a importar sem licença. É irrelevante para o caso, a divisão entre mercadorias das cate-

gorias geral e especial. Cita decisões do Tribunal em que se reconheceu a substituição da licença pela guia de importação e a infração cambial por inobservância da data de embarque.

A resposta acolhe-se à sentença que repele a identificação entre os referidos documentos.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento. Invoca decisão da Suprema Corte no Recurso Extraordinário nº 81.046 em que se admitiu a sucessão da licença pela guia de importação e a identidade entre ambas».

Por unanimidade, decidiu-se suscitar incidente de uniformização de acordo com este voto preliminar (fl. 89):

«Esta Turma vem entendendo que a multa de 100% cominada no art. 60, item I, da Lei 3.244, de 1957, para a falta de «licença de importação» não se aplica à hipótese de embarque no estrangeiro antes de expedida a guia de importação embora, na chegada ao território nacional, o documento já tenha sido emitido. A egrégia 1ª Turma adotou, porém, entendimento diverso no AMS nº 74.465, Relator Ministro Otto Rocha, verbis:

«Importação de mercadorias — Necessidade de prévia expedição da guia pela autoridade competente. Multa prevista no art. 60, inciso I, da Lei 3.244, de 14.8.57, com a nova redação dada pelo art. 169, do DL. 37/66. Recursos providos para cassar a segurança concedida».

Suscito, assim, em preliminar, incidente de uniformização de jurisprudência, pois a decisão recorrida adota a orientação vencedora na 2ª Turma, mas discrepa do entendimento que prevaleceu na 1ª Turma».

Em cumprimento ao art. 477 do Código de Processo, lavrei acórdão. Solicitei parecer da Subprocuradoria-Geral da República que, em nome do Ministério Público Federal, informa haver o Supremo Tribunal adotado o entendimento da impetração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Távara: A Lei nº 5.025, de 1966, criou o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX) e atribuiu a execução de suas diretrizes à Carteira de Comércio Exterior (CACEX), do Banco do Brasil. O mesmo diploma alterou a competência da CACEX, que a Lei nº 2.145, de 1953, instituíra, distinguindo, expressamente, a função de emitir «licença de importação» do poder de fiscalizar, prévia ou posteriormente, as características, peso e preços dos bens importados:

«Art. 14 — O artigo 2º da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, passa a ter a seguinte redação:

Art. 2º — Nos termos dos artigos 19 e 59, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, compete ao Banco do Brasil S/A, através de sua Carteira de Comércio Exterior, observar as decisões, normas e critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional do Comércio Exterior:

I — Emitir licenças de exportação e importação, cuja exigência será limitada aos casos impostos pelo interesse nacional.

.....

III — Exercer, prévia, ou posteriormente, a fiscalização de preços, pesos, medidas, classificação, qualidades e tipos, declarados nas operações de importação, diretamente ou em colaboração com quaisquer outros órgãos governamentais».

Enquanto a «licença» (item I) implica proibição da prática do ato

sem prévio deferimento da autoridade administrativa, a fiscalização de medidas é expressão do poder de polícia, exercitável antes ou depois do embarque à vista dos elementos constantes da «guia de importação» (item III). Trata-se de documentos, de natureza e fins legais inconfundíveis.

O CONCEX, em Resolução nº 60, de 1970 (DO. 27.8.70 pág. 7.570) dispôs sobre o sistema das importações e dispensou, taxativamente a «licença de importação», verbis:

«I — Para efeito de aplicação das normas regulamentares e de tramitação administrativa, as importações brasileiras serão agrupadas em:

a) importações que independem de guia de importação;

b) importações sujeitas a guia de importação;

c) importações proibidas (somente nos casos previstos na legislação em vigor).

II — Fica dispensada a licença de importação».

As autoridades monetárias distinguem também a «guia», da «licença». A Resolução do Banco Central nº 82, de 1968, prescindiu da prova de fechamento de câmbio para o desembarço alfandegário, revogada nessa parte a Resolução nº 35, de 1966, e acrescentou:

«2. A contratação de câmbio destinada ao pagamento de mercadorias importadas passa a condicionar-se à prévia emissão de Guia de Importação, Licença de Importação ou Declaração conforme o caso».

Vê-se, assim, que os órgãos de Comércio Exterior e Controle Cambial não identificam «guia» com «licença». Ambos enunciam, discriminadamente, os dois tipos e o CONCEX refere-se, especificamente, à dispensa de «licença» na Resolução nº 60 a que os sucessivos comunicados da CACEX reportam-se.

A Lei nº 3.244, de 1957, na redação do art. 169, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, estabelece:

«Art. 60 — As infrações de natureza cambial, apuradas pela repartição aduaneira, serão punidas com:

I — Multa de 100% (cem por cento) do respectivo valor, no caso de mercadoria importada sem licença de importação ou sem o cumprimento de outro qualquer requisito de controle cambial em que se exija o pagamento ou depósito de sobretaxas, quando sua importação estiver sujeita a tais requisitos, revogados os §§ 2º, 4º e 5º do art. 6º e o art. 11 da Lei nº 1.145, de 29 de dezembro de 1953».

Haverá, pois, infração cambial nas hipóteses de:

1) ausência de «licença de importação»;

2) inobservância de controle cambial quando a importação estiver sujeita a pagamento ou depósito de sobretaxas.

Não há como fazer equiparação punitiva. As normas penais são de direito estrito e não comportam aplicação analógica para ler-se «licença» onde está escrito «guia»; ignorar-se a fundamentação legal distinta de uma e outra, bem como desprezar a formal regulamentação do órgão competente que relevou, às expensas, a «licença de importação».

Não ocorre, assim, nenhuma das hipóteses do art. 60, item I, da Lei 3.244, para impor multas. Nem é caso de «licença de importação», nem de pagamento ou depósito de sobretaxas cambiais.

A egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal apreciou hipóteses de embarque no estrangeiro e chegada ao território nacional sem guia de importação para concluir não ser devida a multa cambial quando a regularização se deu antes de iniciada a ação fiscal (RE nº 67.498 DJ 4.5.1973, pág. 2.906).

RE nº 87.368 — DJ 11.11.1977, pág. 8.020).

O caso dos autos é mais benigno. Aqui o carregamento no exterior fez-se sem guia, mas ao chegar a mercadoria no Brasil, já encontrou o documento emitido. Houve, pois, regularização antes da entrada no território nacional.

Adito por fim que a colenda 1ª Turma do Augusto Pretório julgou questão idêntica à presente e chegou também à mesma conclusão, verbis:

«Multa do art. 60, I, da Lei nº 3.244-57. Ilegalidade de sua imposição quando a mercadoria estava acobertada por licença de importação no momento do desembarque, embora tenha esta sido expedida após seu embarque no estrangeiro».

(RE nº 87.306 — SP. — DJ 25.8.1978, pág. 6.180).

Por essas razões, uniformizo a jurisprudência do Tribunal de acordo com o entendimento da Segunda Turma.

Aplico a solução à espécie sub iudice e, não havendo matéria residual, nego provimento ao recurso da União.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, recentemente, entendeu o Tribunal que se caracterizava o fato gerador do imposto de importação quando do registro da declaração dos bens importados na repartição competente.

A base de tal princípio, e sem sequer haver necessidade de se discutir a questão da identidade ou equiparação da guia de importação à licença de importação, de logo se vê que não seria o caso da multa prevista no inciso I do art. 60, segundo o qual é ela aplicada, quando a mercadoria é importada. Ora, se

se caracteriza o fato gerador da importação no momento da declaração, a mim parece claro que até este momento realmente é possível a apresentação da guia de importação.

Assim, acompanho o voto do Sr. Ministro Paulo Távor, no sentido de uniformização, a teor do acórdão da Segunda Turma.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, acompanho o Senhor Ministro Relator, tal como me tenho pronunciado a respeito da matéria, na egrégia 3ª Turma.

Por outro lado, em se sabendo que essa orientação obteve ratificação do Supremo Tribunal Federal, cumpre consagrá-la neste Egrégio Plenário, na afirmação do incabimento da discutida multa do art. 60, I, da Lei nº 3.244/57 (redação do DL. 37/66).

É como voto.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Lauro Leitão: Sr. Presidente, já sustentei, perante o Plenário deste Tribunal e na 3ª Turma, que fato gerador é o acontecimento, legalmente previsto, em virtude do qual nasce para o Estado o direito de cobrar o tributo e para o sujeito passivo o dever de pagar-lhe. Conforme sustenta Amílcar Araújo Falcão:

«A obrigação tributária nasce, cria-se, instaura-se por força de lei; na lei estão todos seus fatores germinais. O chamado fato gerador marca, apenas, o momento do pressuposto, a fatiespecie normativa para que o vínculo juris legalmente previsto se inaugure» (Fato Gerador de Obrigações Tributárias, ed. 1964, pág. 17).

O fato gerador tem como seus elementos integrantes:

a) O núcleo, que é o momento objetivo ou material. Representa a descrição dos acontecimentos que acabam por determinar o nascimento da obrigação tributária;

b) O temporal, que é o elemento que marca o instante em que surge a obrigação.

Todavia, me tem assaltado uma preocupação relativamente ao descaimino e ao contrabando. Estou em que o fato gerador, realmente, ocorre no momento do desembarço alfandegário da mercadoria importada. Destarte, a circunstância de a mercadoria ser embarcada para o Brasil sem a guia, desde que regularizada antes do desembarque, esta última providência tem o alcance de legitimar ou de convalidar a importação.

Sem maiores considerações, Senhor Presidente, entendo que «guia ou licença de importação», embora vencidas, não se confundem com a falta de «guia de importação», ou de «licença de importação».

Por outro lado, entendo que a «guia de importação», expedida depois do embarque da mercadoria, não autoriza a aplicação da multa prevista no artigo 60, inciso I, da Lei nº 3.244/57, com a redação que lhe deu o artigo 169, do Decreto-Lei nº 37/66.

Em face do exposto, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente, o Diário do dia 25 traz uma ementa da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de que foi Relator o Sr. Ministro Cunha Peixoto, no Recurso Extraordinário nº 87.306, que é do mesmo teor do entendimento firmado pelo Ministro Relator.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, porque já é matéria pacífica

deste Tribunal e do Supremo Tribunal.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, voto com o eminente Ministro-Relator, a teor dos meus pronunciamentos anteriores sobre o assunto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Senhor Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, cuja fundamentação coincide com a de votos que tenho proferido na Turma.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, reitero o voto proferido, nesta assentada, no incidente de uniformização de jurisprudência, na Apelação em Mandado de Segurança nº 79.536 — São Paulo.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Sr. Presidente, voto nos termos do meu pronunciamento na Apelação em Mandado de Segurança nº 79.536.

A propósito do tema que está sendo discutido — embarque de mercadoria no exterior, com a respectiva guia somente expedida a tempo do despacho — também na 2ª Turma, decidi, com os eminentes Colegas que comigo compunham aquela Câmara do Tribunal, que a multa do art. 60 da Lei 3.244 não tinha a menor aplicação.

Reporto-me, a esse respeito, à Apelação em Mandado de Segurança nº 77.597, em que tive oportunidade de citar, favoravelmente à tese discutida, acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 72.289, 67.498 e 81.850.

Vão anexos os votos mencionados.

VOTO

O Sr. Ministro Amálio Benjamin: Sr. Presidente, pertencia à 2ª Turma e concorri com o meu voto para formar a orientação predominante a respeito do problema que ora se discute.

Como, entretanto, as divergências continuaram entre a 2ª Turma e as demais Turmas do Tribunal e também diante de pontos-de-vista respeitáveis de ministros desta Casa e do Egrégio Supremo Tribunal Federal, deliberei, num dos últimos processos que julguei, reestudar a matéria em termos de pronunciamento básico, na conformidade da conclusão que adotara.

Esse trabalho de minha lavra pertence à Apelação Cível nº 45.767. Vou lê-lo no detalhe que interessa ao julgamento:

«A Lei nº 1.807, de 7 de janeiro de 1953, no art. 1º, estabeleceu que as operações de câmbio, referentes a certos negócios, entre as quais exportação e importação, seriam efetuados por meio de taxas fixadas pela SUMOC. No art. 2º, no entanto, previu a possibilidade de taxas livremente convencionadas para os demais tipos de operação, salvo ordem em contrário do Governo. A Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, que criou a CACEX, em substituição à Cexim, regulou o sistema de licenças de exportação e importação, na base de cobertura cambial; indicou as importações que prescindiam de licença ou de licitação de câmbio; e autorizou a criação de sobretaxas de câmbio, variáveis ou não, além de outras providências. Desapareceu assim o regime da Portaria nº 70, da SUMOC.

As penalidades adotadas eram relativamente brandas: as mercadorias e objetos sujeitos à licença de importação, dependentes ou não de cobertura cambial, que chegassem ao País sem a respectiva licença ou com emprego de fraude de declara-

ção, quanto ao preço e outros elementos essenciais, seriam devolvidos ao porto de origem, à expensa do interessado, ou seriam apreendidos e vendidos em leilão, sem que o fato, no entanto, implicasse em crime de contrabando — art. 6º, § 3º. O importador, não obstante, poderia optar pelo recebimento das mercadorias, mediante o pagamento adicional de 150% de seu valor, incluindo as sobretaxas máximas em vigor — art. 6º, § 4º.

A Lei nº 3.244, de 14 de agosto de 1957, conhecida como a Lei de Tarifa das Alfândegas, trouxe e definiu melhor as normas gerais de importação. Agrupou as mercadorias importáveis em duas classes: geral (matérias primas, equipamentos e outros bens de produção, assim como bens de consumo genérico, sem suprimento interno satisfatório) e especial (bens de consumo restrito e outros bens de qualquer natureza, de suprimento interno satisfatório) — art. 48. Abordou os mais diversos aspectos da importação e da disciplina cambial, com as exceções julgadas convenientes.

Relativamente a importações irregulares, previu de modo expresso:

«Art. 60 — As infrações de natureza cambial, apuradas por ocasião do despacho aduaneiro, serão punidas com:

I — multa de 100% (cem por cento) do respectivo valor, no caso de mercadoria importada sem licença ou além dos limites de licença, quando sua importação estiver sujeita a esta formalidade, revogados os §§ 3º, 4º e 5º do art. 6º, e o art. 11 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953;

II — multa de 100% (cem por cento) do valor da fraude, nos casos de sub ou superfaturamento ou qualquer outra modalidade de fraude cambial na importação.

§ 1º — Para efeito do disposto nos itens I e II, o valor da mercadoria ou da fraude será calculado na base do custo de câmbio da categoria correspondente.

§ 2º — Não constituirá infração cambial a diferença, para mais ou para menos, não superior a 10% (dez por cento), quanto ao preço, e 5% (cinco por cento) quanto à quantidade do peso.

§ 3º —

§ 4º — Aplicar-se-á às penalidades previstas neste artigo o disposto no art. 36 e, quando couber, o disposto no § 1º, do art. 34 e no art. 35.»

O art. 36 trata de participação nas multas do funcionário que apurar a falta, e do denunciante, quando houver; e o § 1º do art. 34 e o art. 35 cuidam da extensão das penalidades complementares a pessoas ligadas ou coniventes com os infratores. Tais preceitos integram o capítulo VIII, que se refere exclusivamente a penalidades — arts. 33/36. O art. 33 impõe a multa de 50% sobre o acréscimo de imposto decorrente da diferença de valor ou quantidade ou de classificação indevida da mercadoria na nota de importação. No art. 34, caput, nos mesmos casos do art. 33, se a existência de fraude ficar caracterizada de modo inequívoco, a falsa declaração de valor, natureza ou quantidade será punida com a multa de 100%. O Decreto nº 42.820, de 16 de dezembro de 1957, que regulamentou as Leis nºs 1.807/53, 2.145/53 e 3.244/57, relativamente às operações de câmbio e ao intercâmbio comercial, no art. 66, reproduz o art. 60 da Lei nº 3.244, mas acrescenta ao inciso I, na mesma sanção, a falta de certificado e o excesso de seus limites; e, no § 1º, inclui disposição a respeito da sobretaxa componente do custo de câmbio.

Com o Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que dispôs sobre o imposto de importação e reorganizou os serviços aduaneiros, foi declarado no art. 169:

O art. 60 da Lei nº 3.244 de 14 de agosto de 1957, passa a vigorar com a seguinte redação:

«Art. 60 — As infrações de natureza cambial apuradas pela repartição aduaneira serão punidas com:

I — Multa de 100% (cem por cento) do respectivo valor, no caso de mercadoria importada sem licença de importação ou sem o cumprimento de outro qualquer requisito de controle cambial em que se exija o pagamento ou depósito de sobretaxas, quando sua importação estiver sujeita a tais requisitos, revogados os §§ 3º, 4º e 5º do art. 6º e o art. 11 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953.

II — Multa de 100% (cem por cento) do valor da fraude, nos casos de sub ou superfaturamento ou qualquer outra modalidade de fraude cambial na importação.

§ 1º — Para efeito do disposto neste artigo, o valor da mercadoria ou da fraude será calculado com base no custo de câmbio, acrescido do valor dos gravames exigíveis na importação regular correspondente.

§ 2º — Não constituirá infração cambial a diferença, para mais ou para menos, não superior a 10% (dez por cento), quanto ao preço, e a 5% (cinco por cento), quanto à quantidade ou peso.

§ 3º — As infrações a que se refere este artigo serão apuradas e julgadas de acordo com as normas processuais aplicáveis ao imposto de importação.»

As infrações de natureza cambial, em face da nova redação do art. 60 da Lei nº 3.244/57, compreendem:

- a) Importação sem licença;
- b) descumprimento de qualquer requisito de controle cambial, em que se exija, na respectiva importação, o pagamento ou depósito de sobretaxas;
- c) sub ou superfaturamento;
- d) qualquer outra modalidade de fraude cambial na importação.

As infrações enumeradas nos incisos a, b e c definem-se no próprio fato em que são consideradas.

Para verificar a infração da letra d, pode o intérprete recorrer à Lei nº 2.145/53, que, na redação anterior à Lei nº 5.025/66, art. 14, deixava claro os fatos ou indicações em que a CACEX devia exercer fiscalização «com o fim de evitar fraudes cambiais» preços, pesos, medidas, classificações e tipos declarados nas operações de importação — art. 2º, inciso II. A declaração não verdadeira sobre essas qualificações constitui um exemplo da fraude do item d da relação que apresentamos; outras fraudes, no entanto, podem ocorrer.

A disciplina da lei ajustava-se razoavelmente ao processo das importações que, ao seu lado, estava em vigor.

A fraude do inciso I do art. 60 da Lei nº 3.244, nova redação, abrangia apenas a falta de licença de importação (produtos da categoria especial) e inobservância de requisito de controle cambial nas importações sujeitas a sobretaxas.

O sub ou superfaturamento e outras modalidades de fraude, como exemplificamos, ficaram no domínio do inciso II, art. 60 mencionado.

Contudo, houve mudanças substanciais no sistema de importações.

Aboliu-se o certificado de cobertura cambial, próprio dos produtos da categoria geral (Resolução nº 35/66, do Banco Central). Desapare-

ceu também a licença de importação (categoria especial), ficando os respectivos produtos submetidos às mesmas regras da categoria geral (Resolução nº 41/66). Como o antigo «CCC», foi substituído pela «Guia de Importação», documento com os mesmos dados e elementos informativos, (Resolução nº 35), e as importações foram unificadas na mesma fórmula, hoje, a «Guia de Importação» é que serve de base às operações, sem distinção das mercadorias pela natureza ou finalidade, como afinal veio a assentar a Resolução nº 60, de 18.8.70 — DO 27.8.70 — do Conselho Nacional de Comércio Exterior (CONCEX), complementada pelos Comunicados nºs 343/71 e 490/74 da CACEX.

Em consequência, as sobretaxas desapareceram ou passaram a ter outra compreensão. Como nenhum dispositivo de lei, resolução ou comunicado se equipara à «Guia de Importação», seja na forma que substituiu o «CCC», seja no título atual, abrangente de todas as importações, à antiga «Licença de Importação», a conclusão lógica e certa é que desapareceu a infração do inciso I do art. 60 da Lei nº 3.244/57 — nova redação, por impossibilidade de objetivação. Aplicar o dispositivo por analogia, não tem cabimento, pois qualquer penalidade, no direito penal comum ou em direito administrativo, depende de preceito direto e expresso. De outra parte, falta a menor justificativa a que a Administração, havendo proscrito o critério de licença para a importação e passasse a dar um só tratamento a todos os produtos, voltasse ao licenciamento, e aumentasse o seu alcance, de modo indireto. Seria mais fácil generalizar a licença.

Não obstante, pertencendo à Administração a disciplina das importações e o controle cambial, e a «Guia de Importação», significando

o instrumento pelo qual é exercida a fiscalização sobre a obtenção de câmbio e o cumprimento das exigências da importação regular, bem assim permitindo o desembaraço aduaneiro, ninguém pode importar, salvo as exceções legais, sem a «guia» expedida pela CACEX.

A falta de documento constitui fraude cambial, incidindo no item II do referido art. 60, da Lei nº 3.244/57, cuja última parte, em sua generalidade, abrange a falsidade ou inexactidão de declarações essenciais ao negócio, como a falsidade ou inexistência do título que habilita o importador.

De qualquer maneira, não se justifica inserir-se em nenhuma das hipóteses de punição do art. 60, as discordâncias do tempo de embarque da mercadoria com a data de emissão da «guia».

O fato não deixa de ser irregularidade, mas escapou à previsão da lei.».

Por esses fundamentos, Sr. Presidente e Srs. Ministros, meu voto, cumprindo, aliás, a determinação do Código, ao recomendar que nos «incidentes de uniformização» os Drs. Ministros se manifestem expressamente, é no sentido de acompanhar o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Uniformizo a jurisprudência, nos termos do acórdão da colenda 2ª Turma, acompanhando os fundamentos do voto do Sr. Ministro Paulo Távora e reportando-me aos termos do voto por mim proferido no Agravo em Mandado de Segurança nº 69.479, Revista do Tribunal Federal de Recursos, volume 41, pág. 36/39.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Com ressalva do meu ponto de vista, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Sr. Presidente, pela ordem.

Ministro Paulo Távora, seria oportuno, então, julgarmos logo a hipótese ou devolver à Turma?

QUESTÃO DA ORDEM

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Data venia, do Sr. Ministro Relator entendendo que o processo deve voltar à Turma, que é competente para julgar a causa.

Dispõe o art. 476 que: (lê).

Então, na verdade, a Turma solicita o pronunciamento do Tribunal para questão de direito. No caso da Súmula nº 1, verificou-se, depois, que havia matéria de fato duvidosa, que foi esclarecida na hora, com uma discussão que se alongou sobre saber-se se o então Impetrante havia manifestado opção tempestivamente.

Quando o Ministro-Relator, no Pleno, discute o assunto, ele se fixa na tese de direito, posto que ela é que há de ser apreciada, e não os fatos.

Sem dúvida que o art. 476 do CPC dispõe que o pronunciamento do Tribunal se deve fazer acerca da interpretação do direito, e isto é que há de ser examinado, e somente isto, cabendo o exame de quaisquer questões subsistentes à Turma, à qual caberá, inclusive, verificar se há ou não matéria residual. É melhor seguir o critério que a lei fixa. A demora é mínima, porque esse processo imediatamente pode ir para a Turma e entrar em julgamento e, mesmo no julgamento...

O Sr. Ministro Paulo Távora: Mas, e o acórdão?...

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sim, o acórdão, no caso concreto, pode demorar um pouco mais: Mas, nos julgamentos dos casos subseqüentes, não haverá mais demora.

O Sr. Ministro Paulo Távora: Nosso Regimento Interno autoriza expressamente que, no caso de divergência entre as Turmas — que é o objetivo do incidente — o Pleno julgue definitivamente o processo. É inclusive princípio de economia processual. A matéria é exclusivamente de direito e cobre a discussão dos autos.

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, recentemente, entendeu o Tribunal que se caracterizava o fato gerador de imposto de importação, quando do registro da declaração dos bens importados na repartição competente, o que veio a dar lugar à Súmula nº 4.

Mesmo à base deste princípio, e sem sequer haver necessidade de se discutir a questão da identidade ou da equiparação da guia de importação à licença de importação, de logo se vê que não seria o caso da aplicação da multa prevista no inciso I do art. 60, segundo o qual é ela aplicada quando a mercadoria é importada sem licença de importação. Ora, se se caracteriza o fato gerador da importação no momento da declaração, a mim parece claro que até este momento realmente é possível a apresentação da guia de importação, isso, como disse, sem necessidade de ir além, no tocante a discutir-se a questão da equiparação da licença à guia de importação.

Assim, acompanho o voto do Sr. Ministro Paulo Távora, no sentido de uniformização, a teor do acórdão da 2ª Turma.

Parece-me, entretanto, que a 1ª Turma não mantém entendimento, pelo menos tranqüilo, no mesmo sentido do manifestado no voto que deu margem ao incidente em exame, pois conheço outros acórdãos da 1ª Turma que se identificam com o entendimento da 2ª Turma, assim ementado: (lê).

A 1ª Turma, em vários acórdãos, assim, já considerou cabível também a

guia de importação pudesse ser expedida posteriormente ao embarque sem que por isso se justificasse a aplicação da multa do art. 60, I, da Lei 3.244/57.

Acompanho, como disse, o voto do Sr. Ministro Paulo Távora.

É o meu voto.

QUESTÃO DE ORDEM VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: No caso, sou obrigado a duas ou três palavras, para dar o meu voto.

O Sr. Ministro Paulo Távora propõe que o Tribunal, no presente incidente, profira julgamento conclusivo do processo. Em verdade, o princípio da economia processual, em face de não haver outros temas merecedores de consideração, nos levaria a seguir a proposta do eminente Colega; entretanto, nos diversos casos que aqui examinamos, independentemente de existir matéria residual ou não, o Tribunal fixou a tese a ser observada e mandou que os processos retornassem às respectivas Turmas, a fim de que, em face desse pronunciamento, o recurso fosse julgado devidamente.

Assim sendo, embora o sentido prático da proposta do Sr. Ministro Paulo Távora, que tanto se recomenda ao nosso apreço e consideração, prefiro, como o Sr. Ministro Aldir Passarinho, votar para que o processo volte à Turma, onde se completará o julgamento.

Não estou longe, porém, de, em sessão administrativa, considerar esse problema com os demais Ministros, para o estabelecimento de norma regimental expressa sobre o assunto.

Será possível, então, nessa sessão administrativa, examinarmos todos os aspectos e conseqüências da fórmula processual que está sendo praticada, mais ou menos recentemente, em virtude do novo Código de Processo.

Assim, data venia, meu voto, na questão de ordem, é para que o processo retorne à Turma e lá o julgamento seja completado.

VOTO VOGAL

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Antonio Torreão Braz: Senhor Presidente, no incidente de uniformização de jurisprudência, cabe ao Tribunal Pleno, como decorre dos termos do art. 476 do Código de Processo Civil, emitir pronunciamento prévio sobre questão de direito.

A decisão da causa compete, logicamente, à respectiva Turma.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AMS 77.581-SP. Rel: Sr. Min. Paulo Távora. Remte Ex officio: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte: União Federal. Apda: Companhia Vidraria Santa Marina.

Decisão: Por unanimidade de votos, o Tribunal decidiu: 1) Unificar a jurisprudência no sentido do precedente da 2ª Turma considerando inaplicável, ao caso de embarque de mercadoria

no exterior antes de emitida a guia de importação, mas chegada ao território nacional após a expedição do referido documento, a multa prevista no art. 60, item I, da Lei 3.244/57, com a redação do art. 169 do Decreto-lei 37/66; 2) Em questão de ordem, contra os votos dos Srs. Ministros Aldir G. Passarinho, Amarílio Benjamin, Antônio Torreão Braz e Justino Ribeiro, apreciar desde logo, os recursos, face à inexistência de matéria residual a ser decidida pela Turma julgadora; 3) Negar provimento aos recursos. (Em 31.8.78 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Evandro Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Carlos Mário Velloso, Moacir Catunda, José Néri da Silveira, Jarbas Nobre e José Cândido de Carvalho votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Marcio Ribeiro (RI, art. 3º). Não participou do julgamento o Sr. Ministro Armando Rolemberg. O Sr. Ministro José Cândido de Carvalho é Juiz Federal convocado para a vaga decorrente da aposentadoria do Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Peçanha Martins.

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 no 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 Amárrilio Benjamin e Américo Luz, que concediam a segurança em maior amplitude e o Sr. Ministro Armando Rolemberg, 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 Távara, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Decio Miranda: 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 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 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 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 Decio 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 extreme 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». (Fl. 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 inci-

so 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 coisa é o confisco, senão a tomada de bens em desproporção com o delito ou com o dano?

Inconstitucional, pois, o citado inciso V do art. 164 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 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 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. 12-8).

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: - 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.

QUESTÃO DE ORDEM

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: — Relativamente à questão de ordem proposta ao Tribunal, logo após proferido o voto do eminente Ministro Decio 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 arguição de inconstitucionalidade de lei ou de 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 juizes, o Presidente do Tribunal designará sessão de julgamento», vale dizer, sessão do Tribunal Pleno.

Sucede, de outra parte, que há, no Regimento do Tribunal (Resolução nº 4/74, arts. 17 e 18), disposições referentes à arguição 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 arguição 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 indispensável 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 Rolemberg: V. Exa. me permite, apenas a título de colaboração?

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Pois não.

O Sr. Ministro Armando Rolemberg: 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 arguição 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 arguição de inconstitucionalidade das Turmas e, quanto ao Pleno, que há necessi-

dade de elaboração de uma resolução a respeito.

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Já existe. Não foi revogada. 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 dispôs 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 a 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 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 apreender, 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 o 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, vote 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 pretensão 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 vênia 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 arguição 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, definitiva 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, afasto 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 Regimento, 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 no julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Decio 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 arguir-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 Público, 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 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... É orienta-

ção 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 ao Procurador da República para representar ao 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 Decio Miranda, de, em incidente, levantar 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 Decio 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 especi-

ficamente 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 antigüidade. 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 antecede-

deram 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 Regulamento 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 conseqüência 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 dispositivo 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 impetrante 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 Legislativa, 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 das 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. Exa. 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 conseqüências 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 per-

dimento 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 Rolemberg: 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 quando viesse 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 introduzida no Regimento, dispositivo que torne explícitas as hipóteses em que o julgamento de questão de constitu-

cionalidade 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 à 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. Decio Miranda. Reqte: Antonio 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

Decio Miranda fez este relatório (fl. 71):

«Antonio 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 Golânia, 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 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; seja 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 (fis. 49/58).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança. O pedido envolveria matéria de prova, inoportável 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 pa-

gamento 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 extreme 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 supra citado 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 «pena» 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 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 coisa é o confisco, senão 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 0120-51.575/76. (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 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 10-2-77.

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. 4 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 decor-

rentes, 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.

Em face de o voto do Sr. Ministro Decio Miranda decretar a inconstitucionalidade do item V, art. 104, do Decreto-Lei 37, de 1966, decidiu o Tribunal, verbis (fl. 70):

«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 Amarílio Benjamim».

O Dr. 2º Subprocurador-Geral, Gildo Correa Ferraz exarou substancioso parecer do fls. 78/90. Assinala, inicial-

mente, que desde sua vigência em 1967, o dispositivo do Decreto-Lei nº 37 vem sendo aplicado por este Tribunal, conforme ementas que transcreve, no AMS nº 65.616, Relator Ministro Decio 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 — 74/092).

A argüição de inconstitucionalidade só surgiu com o Decreto-Lei nº 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. Invoca ainda julgado da 4ª Turma na AMS nº 81.274, Relator Ministro Carlos Madeira.

No campo doutrinário, o parecer traz o ensinamento de Bassi ("L'Interpretazione Delle Norme Costituzionali") e diz que o Decreto-Lei nº 1.455 definiu as hipóteses de perdimento por dano ao erário previsto no art. 153, § 11 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, ilicitamente 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 le-

gislador. 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 1.455, 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 nº 333, de 1967.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo Távara: Inicialdo o julgamento, o Sr. Ministro Decio Miranda denegou a segurança em relação ao pedido de devolução das mercadorias que, alegadamente, tinham cobertura fiscal ou eram usa-

das. 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 Decio Miranda foi alçado à Suprema Corte mas o seu voto proferido no início do julgamento, computa-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 antigüidade a partir do Sr. Ministro Decio 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 Távora: Já antecipei meu entendimento no sentido de computar-se o voto do Sr. Ministro Decio Miranda, Relator. Os membros do Tribunal que não participaram da sessão inicial quando se argüiu 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 Roleberg: O problema posto ao Tribunal, quanto a computar-se, ou não, no 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 em relação ao que efetivamente se vai processar nesse instante, pois se entender-se que se irá prosseguir o julgamento iniciado 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 Távora: 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 Rolemberg: 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 Távara: 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, Américo Luz e Otto Rocha.

O Sr. Ministro Armando Rolemberg: Sr. Presidente, tenho a maior satisfação em 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 Rolemberg, 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 vênia, discordo da colocação posta pelo Sr. Ministro Paulo Távara. 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 de 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 vênia, 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 deve 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 Sr. 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 conseqüência 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 computa-

ção 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 a 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 Rolemberg: Sr. Presidente, tenho em mãos a minuta do 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 da 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 Amarílio 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 Decio 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 Decio 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 Decio 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 na residência e par-

te na firma do impetrante, o ilustre Sr. Ministro Decio 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 Decio 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 incindível. E, ao longo do voto do Relator, exsurgiu 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 íterim, 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 Decio Miranda, neste Tribunal, S. Exa. haveria de proferir seu voto, pela ordem a propósito desse incidente, embora já houvesse adiantado, na oportunidade, seu juízo de mérito, sobre a invalidade da norma.

Dessa maneira, quero crer que cumpre considerar na presente assentada 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 Decio 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 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, § 2.º 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 fulcro 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. 5.º 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, § 2.º 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 *persecutio 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 Decio 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 pena! as 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 sumaríssima, 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 de direito aduaneiro. A reconsolidação das leis das Alfândegas e Massas de Rendas, editada em 1894, cominava a pena no art. 273, § 3.º 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 à norma fiscal. Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 72, § 17 da Constituição de 1891, que garantia o direito de propriedade «em toda a sua plenitude», ressaltava:

«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».

«7.º — 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 n.º 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, enquadrou 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 inconstitucionalidade, lei que comine prisão por desapropriação 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 de 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 Távara e o acompanhamento.

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 à 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 Távara, sobre punição de natureza pecuniária em relação a infrações fiscais, cujo máximo, aliás, foi reduzido de 350% para 150%, na legislação mais recente, eu acrescentaria que, no caso de sonegação fiscal, a Lei nº 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, § 11º da Constituinte.

No caso concreto, tal como posta a questão, creio não deva ser considerada a hipótese como equivalente a um confisco.

Com estas rápidas considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro Paulo Távara.

É o meu voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas: Senhor Presidente, no concernente à inconstitucionalidade em tese, do dispositi-

vo 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 pertine ao chamado «efeito maior do que a causa». Isto porque, entre nós, o Professor Bilac Pinto prega a chamada inconstitucionalidade 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 no 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-Rela-

tor para a discordância com a brilhante fundamentação teórica do seu voto, embora lhe adote a conclusão, consoante o quadro-facto da hipótese sub-judice.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro 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 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 aceitar-se 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 da 2ª Vara Federal 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 a cláusula «due process of law» do Direito anglo-norte-americano.

Essa cláusula tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta, art. 39, onde promete ao 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, chegando 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 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 estabelecer a e, mesmo assim, com respeito aos lindes traçados 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, insuscetível de elásticos ou ampliações incompatíveis com a estrutura do sistema.

De ressaltar-se também a conclusão a que chegou 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, so-

mente 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 acompanharem, 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 o Dr. Ministro Décio Miranda, que tanto se distinguia pelas suas vulgares qualidades, não era ou não é necessário, no caso dos autos, apreciar se os Decretos-Lei 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-lei 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 nº 1.455 nada tem de inconstitucional, *data venia*.

O Sr. Ministro Paulo Távora, no seu duto voto, 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 correlacionam 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 eminente 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 esses aspectos. Acho que essa consideração é indispensável, porque, de qualquer modo, constitui um dos objetivos do mandado de segurança.

O impetrante visa, 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 consequente 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 consequente 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 consequência 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 tribu-

tos, implicará na devolução das mercadorias e do veículo que, em tese, a elas estava servido.

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 dificuldade lhe é assegurada em termos claros pelo Decreto-Lei 157, art. 13, que continua em pleno vigor, e recebeu a homologação prestigiosa da Súmula 460, 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 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 há, portanto, como se dizer que o Decreto-Lei 1.455 revogou aque-

le 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 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 n° 1.455.

Contudo, reconheço que a pena de perdimento, que tomou por base o art. 23 do Decreto-Lei n° 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 n° 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 está provado, nem o auto de apreensão trata de tal circunstância.

Há nos autos também o depoimento do principal agente das providências fiscais.

Depondo em juízo João Sanches Valadares, Agente da 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, moradores 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 de comprovante de pagamento de imposto de importação; que o réu, no momento, disse que tinha todos os comprovantes de 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, havia uma sacola com dois ou três aparelhos, não sabendo se novos ou usados.

.....»

Ora, parece a mim que esses pormenores de forma alguma justificariam a apreensão do veículo, nem tampouco a decretação de seu perdimento.

De fato, dispõe o art. 23 do Dec.-Lei n° 1.455:

«Art. 23. — Considerem-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 nº 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 desembarço.

IV — enquadradas nas hipóteses previstas, nas alíneas a e b do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I e XIX do artigo 105, do Decreto-Lei nº 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 da mercadoria.

Seja como for, examinemos o texto principal do art. 104:

«Art. 104. Aplica-se a pena de perda do veículo 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 nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;

III. quando a embarcação atracar a navios ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, 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 destacado e em local visível do casco, seu nome de registro.

V. quando o 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 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 imponente. Ademais, o agente não encontrou mercadorias, a não ser aquelas que já declarou em juízo.

Em conseqüência, 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 Benjamim.

EXTRATO DA ATA

MS 83.040 — DF — Rel: Sr. Min. Paulo Távara. Reqte: Antonio 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, Antonio 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 Benjamim, desprezando-a, por igual, e concedendo a segurança em maior extensão, e, Américo Luz, acolhendo-a, e explicitando que, no caso de vencido na questão de inconstitucionalidade, acompanharia o voto do Sr. Ministro Amarílio Benjamim, adiou-se o

juízo em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Ministro Armando Rolemberg. 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 Sr. Ministro Armando Rolemberg: Em 27 de abril do corrente 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 nº 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 Távara 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 Benjamim 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, parágrafo 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 a 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 de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, pois, já então, não se estará punindo alguém com 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 nº 37, de 1966.

3. Passo a examinar os pedidos formulados pelo impetrante na inicial.

Pleitela 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 5-7-76, torna impossível a verificação, em mandado de segurança, sem produção de provas outras, de quais os bens apreendidos nessa última 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 o foi a mercadoria, e cuja perda foi declarada pelo Sr. Ministro da Fazenda em decisão regular, com apoio nos arts. 23, par. único, e 24, do Dec.-Lei nº 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 nº 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 mercadorias sujeitas 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 con-

duzir mercadoria sujeita a perda, tanto incorre na sanção que previu o carro que for encontrado com mercadorias em seu interior, como aquele 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 em seu Dodge, placa AC-6666, Goiás, também foi encontrada uma sacola contendo toca-fitas e máquinas fotográficas, com as quais saíra no 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 os cálculos e possi-

bilizado o pagamento do imposto, sem acréscimos, com a consequente restituição 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 Dec.-Lei nº 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 imposto 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 nº 399/68, foi afastada com a revogação de tal dispositivo pelo art. 41 do Dec.-Lei nº 1.455/76.

4. Assim, rejeito a arguição de inconstitucionalidade, inciso V, do art. 104 do Dec.-Lei nº 37/66, e, com a vênua dos colegas que entenderam diferentemente, concedo a segurança em parte, tão-somente para determinar a devolução, ao impetrante, da mercadorias que, no exame merceológico, foi apontada como usada, e, em consequência, não destinada a comércio.

VOTO

O Sr. Ministro José Néri da Silveira: Com a devida vênua do Sr. Ministro Armando Rollemberg, acompanho in-

teiramente o voto do Sr. Ministro Paulo Távora.

EXTRATO DA ATA

MS 83.040 — DF — Rel: Sr. Min. Paulo Távora. Reqte: Antonio Ramos da Silva. Reqdo: Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: Prosseguindo 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 Benjamim e Américo Luz, que **concediam** a segurança em maior amplitude, e, o Sr. Ministro Armando Rollemberg, que a deferia em menor 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 Benjamim, 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 convocado em decorrência da vaga verificada com o impedimento definitivo do Sr. Min. Decio Miranda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Peçanha Martins.