ATO ADMINISTRATIVO — EXAME DE SUA LEGALIDADE E MERECIMENTO — FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO — EXECUTIVO FISCAL

— O Poder Judiciário, nos executivos fiscais, examina o ato administrativo em seu próprio merecimento, isto é, afirma ou nega a existência do próprio fato.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Fazenda Nacional *versus* Mário da Silva Nazaré

Apelação cível n.º 446 — Relator : Sr. Ministro CUNHA VASCONCELOS

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 446, em que é apelante a Fazenda Nacional e apelado Mario da Silva Nazaré tendo recorrido *ex-officio* o Juízo:

Acordam os juizes da 1a. Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em negar provimento aos recursos para confirmarem a decisão recorrida, pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas. Custas *ex-lege*.

Rio de Janeiro, 3 de março de 1948. — *Armando Prado*, Presisidente. — *Cunha Vasconcelos Filho*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, peço a atenção para o caso que vou submeter ao Tribunal, porque tem acentuado sabor histórico, e, daí, o motivo por que está autuado como apelação. Em realidade, é um recurso *ex-officio* de Juiz em executivo fiscal, processado de acôrdo com o decreto n. 10.902, de 1917.

A Fazenda Nacional, em 1922, propôs, contra Mário da Silva Nazaré, uma ação executiva para cobrança da quantia de 100$000, proveniente de multa imposta pela Delegacia de Saúde, por infração do art. 769 do Regulamento, aprovado pelo decreto n. 15.003, de dezembro de 1921. A infração consistiu em não ter o executado cumprido, na íntegra, a intimação que recebera em setembro de 1922, e que o mandava substituir mesa e pia da cozinha por pedra mármore sôbre suporte de ferro (fls. 6). Êle teria feito tudo isso, menos a mesa.

Ajuizado o pedido, Mário da Silva Nazaré disse o que consta de fls. 8.

Expedida tal guia, feito o depósito, o executado entrou com a petição de fls. 11. A essa petição, dirigida ao Juiz, foi junta a certidão de fls. 12. Depois, foram os autos ao Dr. Procurador da República, por despacho do Juiz, que era então o Ministro Otavio Kelly. O Dr. Procurador deu o seu parecer, que se encontra a fls. 19 e 19 v.

Houve a audiência, e o Juiz, afinal, deu sentença, que se encontra a fls. 20 e é de 12 de maio de 1925.

O Dr. Procurador da Saúde Pública apelou dessa sentença a fls. 22, assinando o têrmo de apelação que foi recebida, arrazoando-o a fls. 26 e 27. Estes autos, com o têrmo de data do recebimento da apelação e de sua juntada, teriam ficado parados, em cartório, porque a Fazenda Nacional teria feito, em seguida, o requerimento de fls. 29. Foi ciente o Dr. Mário Nazaré, e, em 15 de junho do mesmo ano de 1925, os autos teriam subido ao Supremo Tribunal Federal, sendo ali recebidos nessa mesma data.

Em 25 de junho, distribuídos ao Ministro Godofredo Cunha, a quem teriam sido conclusos a 27 de junho de 1925, sendo concedida vista às partes a 1.º de julho do mesmo ano. Foi aberta essa vista em 3 de julho, durou nada menos de 16 anos: de 3 de julho de 1925 a 22 de agôsto de 1941. Isso porque, na ocasião, foi junto um requerimento do Procurador da República Adjunto, pedindo novo Relator para a apelação cível n.º 5.204. Isso significa que o processo ficou paralisado, e foi distribuído ao Ministro Orosimbo Nonato sòmente em agôsto de 1941. S. Excia. despachou, mandando cumprir o despacho do Ministro Godofredo Cunha (fls. 35 v.).

E assim andou o processo, até a sua remessa a êste Tribunal.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, o Dr. Procurador Geral da República, Dr. Temístocles Brandão Cavalcânti, ofereceu o parecer de fls. 37. Está feito o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos (Relator) — Como viu o Tribunal e como se acentuou no relatório, relativamente desenvolvido, dêste feito, foi motivado pelo sentido histórico que nele se contém. Trata-se de um executivo fiscal de 100$000, hoje Cr$ 100,00, em processo cujo merecimento o Tribunal vai apreciar. O Procurador Geral da República não sustenta, mas enuncia a tese, em seu sucinto parecer, de que o Judiciário não pode rever ato administrativo, em seu merecimento. (Lê a p. 37).

Em princípio, é uma tese certa : o Judiciário só examina o ato administrativo em sua legalidade; não, entretanto, aplicável ao executivo fiscal. Pelo contrário, o Judiciário examina o ato administrativo em seu próprio merecimento; afirma ou nega a existência do próprio fato. Isto não sofre e não sofrerá jamais contestação. O Judiciário tem admitido e sempre admitiu a defesa, a mais ampla possível, em executivo fiscal, dispensando até ao executado o uso de recurso na esfera administrativa, por não poder ou não querer efetuar o depósito correspondente, que é condição geralmente exigida para o recurso à autoridade superior. De forma que a tese a que se reporta o Dr. Procurador Geral, em executivo fiscal não tem a menor aplicação. O princípio fixado na doutrina e na jurisprudência, desde tempo longínquo, e invariável, é de que em executivo fiscal a defesa é a mais ampla possível. E neste caso a defesa é a mais completa, porque a própria autoridade administrativa, reconhecendo as alegações, declara que os seus motivos são procedentes, mas que ela não os pode, entretanto, reconhecer, porque a petição fôra apresentada fora do prazo para recurso. A autoridade administrativa reconhece que a multa se fundara em fatos sem relevância, que não constituem infração da lei, mas não podia, entretanto, por uma questão formal, condescender com o prazo para recurso. Pelo exposto, Sr. Presidente, nego provimento ao recurso *ex-officio* e confirmo a sentença.

VOTO — VENCIDO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Peço um esclarecimento ao eminente Ministro Relator : qual foi o artigo de lei em que se baseou a autoridade para imposição da multa ?

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — O art. n. 769 do Regimento.

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — A autoridade sanitária, segundo se depreende do minucioso relatório que acabei de ouvir, formulou várias exigências. A parte não atendeu a tôdas elas. Foi por isso multada. Está direito. Dou provimento à apelação. Mantenho a multa.

ADITAMENTO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos (Relator) — Sr. Presidente, lamento que o Tribunal esteja desprovido de elementos com que eu pudesse fundamentar, à sociedade, neste instante, perante os ilustres co-

legas, a irretorquibilidade da tese, que sustentei em meu voto. Em executivo fiscal, desde primórdios, até hoje, tem sido a mais ampla, mais irrestrita e mais ilimitada possível. O Poder Judiciário entra fundo no mérito das questões; o Poder Judiciário atende, ouve as partes, independentemente do preenchimento de formalidades burocráticas, independentemente da passagem pelas diversas escalas ou esferas da ordem administrativa : o Poder Judiciário reconhece, à parte, o direito de vir se defender em Juízo, explicando e justificando o mérito da questão administrativa. O Poder Judiciário ouve a parte, independentemente do uso do recurso na esfera administrativa, ou porque ela não tenha elementos para o depósito necessário a este recurso, ou porque não o tenha querido fazer.

Ora, Sr. Presidente, no caso o que houve foi o seguinte : alguém foi intimado a realizar, pelo Serviço Sanitário, três ou quatro alterações em uma casa de sua propriedade. Atendeu a tôdas, com exceção de uma. A Saúde Pública volta ao local, dentro do prazo especificado na intimação e verifica que tôdas tinham sido atendidas, menos uma. Multa o recorrido, por não ter cumprido esta única. O recorrido vai à autoridade administrativa e apresenta as razões por que o não fez. A autoridade administrativa declara que estas razões são inteiramente procedentes. Só não as pode tomar em consideração, para deferir o pedido de reconsideração, porque êles foram apresentados fora do prazo. Sacrifica, a autoridade administrativa, o mérito, em face do aspecto formal. Pergunta-se : pode o Judiciário, em holocausto a este aspecto formal, desprezar a procedência, a justiça, o que está certo na parte do mérito ? Não, porque o Poder Judiciário, ininterruptamente, sem discrepância tem afirmado que, provada a inexistência do fato, a multa não procede.

Têm, os Tribunais, desprezado inteiramente esta alegação de inobservância do processo administrativo prescrito, para entrar no conhecimento das razões, dos fundamentos da defesa, da procedência do ato em si. É o que se passa, precisamente, neste processo, que traz fundo de sabor meramente histórico. Parece-nos ser esta a sua vez, a oportunidade para que êste Tribunal se pronuncie sôbre êsse aspecto relevante, qual seja o de reconhecer, nesta fase da defesa, da inexistência ou existência da infração, do ato punido pela autoridade pública, de examinar seu próprio merecimento, sua própria existência. A autoridade administrativa se teria conduzido dentro das normas legais. A Justiça sabe, afinal, que o que a autoridade teve como infração não constituiu infração. Os repositórios de jurisprudência estão cheios, estão repletos de afirmações no sentido da procedência da defesa, em tais casos. Todos os aspectos podem ser discutidos; aqueles de direito e aqueles de fato. Entretanto, na questão de fato, Sr. Presidente, está o pronunciamento da própria autoridade administrativa, que diz : procedem as razões, porque não teria sido feita uma parte, um quinto

da intimação. E nós iremos manter uma multa que não foi relevada por motivo meramente formal, contrariando a afirmação doutrinária, e judiciária, que dá tôda amplitude de defesa em executivo fiscal ? Um adiamento possibilitaria exame, a fundo, da orientação vencedora.

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Consultaria à Turma sôbre a sugestão apresentada pelo Sr. Ministro Cunha Vasconcelos acêrca de adiamento.

ADITAMENTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — As sugestões apresentadas pelo Sr. Ministro Cunha Vasconcelos acêrca do adiamento têm razão de ser.

VISTA

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — No caso, peço vista, ficando, assim, adiado o julgamento em conseqüência dêste pedido.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte : A Turma, depois de proferidos os votos do Sr. Ministro Relator, negando provimento à apelação, e do Sr. Ministro Revisor, em sentido contrário, adiou o julgamento, por haver pedido vista o Sr. Ministro Armando Prado.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Sem embargo do profundo respeito que tributo às opiniões e aos votos com que o ilustríssimo Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo tem enriquecido as coleções de julgados no nosso Tribunal de Recursos, ainda em início, é certo, mas já revestido de grande acentuação e autoridade, sou forçado a dissentir de S. Excia., no caso em aprêço. As asseverações feitas pelo Exmo. Sr. Ministro Cunha Vasconcelos e o que pude colher no campo da jurisprudência, já em alguns frutuosos pareceres que S. Excia. compendiou em livro, do qual me ofereceu gentilmente um exemplar com dedicatória honrosa para mim; já na monografia a todos os títulos preciosa que Mario Accioly tão meritoriamente compôs sôbre Executivos Fiscais, persuadiram-me de que a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal tem admitido ampla defesa nessas ações, permitindo que nelas se agitem tôdas e quaisquer questões que conduzam à verificação da inexistência da dívida. A defesa é ampla e irrestrita. Não fica no exame da legalidade do ato administrativo, aprofunda-se até o mérito, vai ao âmago da pendência, em busca de todos e quaisquer fatos de que resulte nulidade ou improcedência da dívida. Mario Accioly se reporta a acórdãos de 1923, 1931, 1933, 1935, 1938.

Folheando o *Manual de Jurisprudência Federal,* de Otavio Kelly, em seus suplementos colhem-se bons elementos para a doutrina a que me filio. Há um acórdão de 1912, no qual se estabelece que a restrição da defesa em executivos fiscais era incompatível com o regime vi-

gente, porquanto o poder judiciário tinha competência para conhecer de qualquer defesa apresentada pelo executado (1.º Suplemento, n.º 582).

Em decisão datada de 1917, ficou assente que era ampla a defesa do réu, nos executivos fiscais, e que, mesmo para os que entendiam ainda em vigor o art. 201 do decreto n. 848, de 1890, a argüição de inconstitucionalidade do impôsto, devia ser atendida, por dizer respeito à existência da dívida (3.º Suplemento, n. 604).

Vários julgados emitidos em 1917 e 1928 resolveram que o executado, em sua defesa, pode apresentar qualquer razão de direito que julgue relevante para isentá-lo do pagamento da dívida acionada (3.º Suplemento, n. 605). É lícito opor como defesa, nos executivos fiscais, qualquer razão de direito ou de fato que isente o réu do pagamento da dívida reclamada. É defesa atendível a argüição da inconstitucionalidade do ato de que provém a dívida fiscal. É admissível a defesa fundada em inconstitucionalidade da multa ou do impôsto, objeto de cobrança judicial. Abolido pela Constituição da República o contencioso administrativo, cessaram de vigorar os dispositivos que restringiam a defesa nos executivos fiscais. Numerosos são os arestos que a respeito dessas assertivas Kelly resenha no 4.º Suplemento, ns. 591, 592, 593 e 595. Em matéria fiscal, a dúvida se interpreta em favor do contribuinte, proclama um acórdão de 1930 (Kelly, *Anuário de Jurisprudência Federal*, 1930, n. 281).

Em acórdão da Colenda 6a. Câmara da então Côrte de Apelação do Distrito Federal, datado de 25 de setembro de 1936, no Agravo de Petição n. 1.550, ficou dito que, "nos têrmos do art. 8.º do decreto n. 24.075, de 1934, que alterou o disposto no art. 353 do Código do Processo, nos embargos poderá o réu alegar qualquer matéria que considere útil à sua defesa e ilida a ação"; e mais que "na justiça federal, não obstante as restrições impostas pelo art. 105, do decreto n. 10.902, de 1914, a jurisprudência firmada é a de que a defesa é ampla e irrestrita, porque, tendo sido abolido o contencioso administrativo, deixaram de vigorar os dispositivos da lei ordinária que restringiam a defesa nos executivos fiscais"; e, outrossim, que, "dada a amplitude da defesa, e. em face da legislação local do Distrito Federal, pode o Juiz, em executivo fiscal, no julgamento dos embargos, reduzir ou anular o lançamento que não se baseia em valores devidamente comprovados e restabelecer o lançamento anterior, para o efeito do pagamento do impôsto predial, taxas acessórias, e multa da mora" (*Jornal do Comércio*, 9 de junho de 1937).

O decreto-lei n. 1.168, de 22 de março de 1939, que alterou a lei do impôsto sôbre a renda, dispõe o seguinte :

"Art. 25. A ação judicial para obter a anulação ou a reforma do lançamento prescreve em noventa dias, contados da data em que o ato se tornar irrecorrível, na órbita administrativa.

Parág. único. Prescrita a ação, não será permitido, quer diretamente, quer em defesa do executivo, impugnar a legalidade do lançamento".

Êste dispositivo legal sofreu a análise do egrégio Supremo Tribunal, no Agravo de Petição n. 925, de S. Paulo, em cujo julgamento o preclaro Ministro Orosimbo Nonato assim se pronunciou ao votar:

"Em um dos lances da sentença agravada, insere-se o conceito de que, não havendo a S. A. Central Elétrica Rio Claro intentado a ação anulatória, já não lhe cabe opor, no executivo, a matéria de defesa, que desenvolveu. Recebida a proposição, ocioso se tornava o debate que travaram as partes e sôbre que se manifestou o Juiz. Mas tenho como irrecebível o assêrto que consagraria restrição de defesa do executado, vulneraria o princípio constitucional da igualdade e reduziria o Judiciário a simples homologador da cobrança no executivo fiscal. Em mais de um voto, procurei esforçar êsses assertos de razões que os acreditassem bastantemente e tenho convicções de que êles respondem aos melhores de direito. O parágrafo único do art. 25 do decreto-lei n. 1.168, de 1939, é insubsistente, porque subverte o princípio constitucional da igualdade e atenta contra os princípios que regem o Poder Judiciário. A prescrição da defesa, falando pela via ordinária, não pode deixar de responder à ação. Enquanto esta perdura, aquela mantem-se, tratando-se de ação e reação, que coexistem necessàriamente, como observa Mirabelli. No só caso de oferecer a exceção conteúdo próprio de ação, é possível falar-se na prescrição daquela e, na observação irônica de Giorgi, é a excessiva limpidez do princípio, a extrema simplicidade do conceito que o tornam ingrato aos inclinados aos pensamentos delgados e sutis.

Por esta lição se orientou o Colendo Supremo Tribunal Federal, no acórdão de 18 de junho de 1946, publicado pelo *Arquivo Judiciário*, vol. 79, págs. 250 e seguintes.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 4.645, o mesmo Sr. Ministro Orosimbo Nonato voltou ao tema, para considerar odioso o texto do art. 74 do decreto n. 960, de 1938, porque elimina a possibilidade de recurso ordinário, nas causas para cobrança de dívida ativa de valor inferior a dois mil cruzeiros, salvo quando a Fazenda for vencida no todo ou em parte. Mas, na conformidade de iterativas e procedentes decisões do Supremo Tribunal Federal o texto citado não impede o recurso extraordinário. Como, em um dos seus lances, a sentença recorrida declarasse que a dívida se tornava líquida e certa e nenhum elemento de defesa poderia torná-la insubsistente, sempre que a parte não apresentasse, na fase administrativa, do processo, defesa bastante a evitar o encaminhamento da certidão ao Poder Judiciário, o mestre, que é, no assunto, o Ministro Orosimbo Nonato asseverou que a sua divergência com êsse passo da sentença era radical. A certeza e liquidez da dívida fiscal, comprovada em certidão, autorisa

o exercício da executiva e estabelece, em prol da Fazenda presunção *legis tantum*, que sucumbe perante prova contrária e não obsta a que se expanda a defesa por todos os meios de direito. O privilégio da Fazenda Pública, privilégio cuja prosápia, na frase do ilustre magistrado, vem do Direito Romano e que abre ao Fisco vias rápidas e imprime caráter de liquidez e certeza a títulos que êle extrai de sua escrituração, êsse privilégio não angustia a defesa. Abolido o contencioso administrativo, não era possível remanescessem os velhos princípios das leis e alvarás do século XVIII que reduziam, no caso, a função do Juiz à de "executores de mero fato. Esta questão (é ainda o Ministro Nonato quem está com a palavra), segundo Martins de Oliveira (*Direito Fiscal*, pág. 207) hoje tem sòmente valor histórico. O decreto-lei n. 960 permite ao réu alegar tôda matéria útil à defesa, tal como decidiram os tribunais brasileiros, em decisões inúmeras, após a promulgação da Constituição de 1891. Quanto ao encurtamento de defesa, que alguns admitem, quando não proposta, em determinado prazo, a ação anulatória do ato, volta o Sr. Ministro Orosimbo Nonato a reiterar a lição que já transcrevi.

Pelos motivos expostos, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, nego provimento ao recurso *ex-officio* e confirmo a sentença que julgou provados os embargos e insubsistente a penhora.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — No exercício de uma Magistratura, procuro deslindar com o maior apuro os fatos, realçar a verdade, propiciar à espécie a solução mais consentânea com o direito, com os ideais de justiça. Se me equivoco, qual acaba de acontecer e desde que o julgamento do recurso não findou, sou o primeiro a confessar meu êrro, a retificar meu entendimento concernente à questão que está sendo decidida.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Qualquer Juiz pode retificar o seu voto.

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — A autoridade sanitária reconheceu que havia feito exigência que o contribuinte não poderia cumprir exigência anômala. Todavia, aplicou multa, por entender que o contribuinte não havia considerado, em tempo, o caráter insólito da exigência. Se não temos contencioso administrativo, conforme vem também a frisar o Sr. Ministro Armando Prado, pode o Judiciário examinar, sem balizas, o mérito dessa multa e é o que faço, retificando o meu voto, a fim de declarar, isento, da penalidade, o contribuinte, em conformidade, aliás, com a jurisprudência do Supremo Tribunal que os dois ilustres magistrados referidos acabam de citar.

DECLARAÇÃO SÔBRE O VOTO DO SR. MINISTRO REVISOR

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, o sr. Ministro Djalma da Cunha Melo foi um ardoroso defensor da Fazenda, nas funções que, durante largo tempo, exerceu como Procurador da Repú-

blica. Sou testemunha da dedicação extrema que S. Excia. punha no exercício das suas atribuições. Entretanto, dessa posição de advogado de parte, S. Excia. veio a êste Tribunal para a função, mais alta e mais difícil de Juiz. S. Excia. reune, para esta função, como reunia, para as de advogado, os predicados desejáveis de que acaba de dar uma demonstração eloqüente, praticando aquilo que qualquer Juiz digno do conceito não vacila em fazer, sempre que sua consciência de jurista e magistrado a isso o impele e determina. Acentuo a significação da atitude de S. Excia. : primeiro — pela consideração já feita; segundo — pelo gáudio que sinto em me ver em companhia de S. Excia. no julgamento proferido. Embora sem maior significação em concreto, tenho, entretanto, uma orientação, que é norma dêste Tribunal, no sentido amplo de significação irrecusável.

Era o que eu tinha a dizer, Sr. Presidente, em relação ao caso que acaba de ser julgado.

DECLARAÇÃO SÔBRE O VOTO DO SR. MINISTRO REVISOR

O Sr. Ministro Armando Prado (Presidente) — Faço inteiramente minhas as palavras que acaba de pronunciar o eminente Ministro Cunha Vasconcelos. Ninguém mais que S. Excia. está autorizado para dar o elevado testemunho que acaba de emitir, neste Plenário, a respeito do procedimento sempre ardoroso e correto com que o eminente Sr. Ministro Cunha Melo procedeu como advogado da Fazenda.

O meu nobre colega Ministro Cunha Melo acaba de dar um elevado exemplo, que eu, em hipóteses análogas, seguirei. Tôda a vez que o estudo do processo e que a opinião dos meus colegas me convençam de que estou laborando em êrro, modificarei a minnha opinião, prestando, assim, um culto ardente à Justiça, a cujo apêlo correspondí quando aceitei o alto cargo em virtude do qual me acho neste recinto.

Folgo em acompanhar S. Excia. no voto que acaba de enunciar, uma de cujas virtudes é a de firmar a jurisprudência nos casos idênticos ao que está na tela do debate.

Era o que tinha a dizer.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte : Havendo o Sr. Ministro Armando Prado negado provimento à apelação, acompanhando assim o voto do Sr. Ministro Cunha Vasconcelos, e tendo o Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo retificado o voto anteriormente proferido, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença.