IMPÔSTO — MAJORAÇÃO — AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTARIA

— Não existe inconstitucionalidade na elaboração simultânea das leis de majoração e de autorização para a cobrança do tributo.

— Interpretação do art. 141, § 34, *da Constituição.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Municipalidade de São Paulo *versus* Emprêsa Paulista Cinematográfica Ltda.
Apelação cível n.º 97.375 — Relator: Sr. Desembargador
BANDEIRA DE MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível nº 97.375, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio,* sendo apelante a Municipalidade de São Paulo e apelada a Emprêsa Paulista Cinematográfica Ltda.: Acordam, em sessão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade da cobrança de aumento do impôsto, sendo que, preliminarmente, o Desembargador Paulo Barbosa julgava a Emprêsa Paulista Cinematográfica carecedora da ação.

Tendo a egrégia Quinta Câmara Civil reconhecido a inconstitucionalidade da cobrança do aumento do impôsto decorrente do art. 2º, da Lei municipal nº 5.458, de 30 de dezembro de 1957, do município de São Paulo, determinou a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Pleno, para os fins constantes do art. 200, da Constituição federal. Isso porque o referido texto legal, que elevou de 15 para 25% a alíquota do impôsto de divertimentos públicos, foi sancio-

nado e promulgado após a sanção e promulgação do orçamento de 1958. Contudo, a maioria do Tribunal Pleno houve por bem *data venia,* rejeitar aquela argüição de inconstitucionalidade e justamente porque entende em consonância com o acórdão estampado na *Revista dos Tribunais,* vol. 281/477, realmente, "nada obsta a que a Administração pública elabore simultâneamente a lei que cria ou majora tributos e a que destina à previsão orçamentária. Para a sua validade, consoante a doutrina e a jurisprudência dominantes, não se acham os dois atos submetidos a qualquer ordem cronológica, o que é mister é que concorra, no momento da exigência fiscal, o binômio: lei que estatui a imposição e lei orçamentária que o contempla". O § 34, do art. 141 da Constituição se desdobra em dois períodos distintos: *a*) nenhum tributo será criado ou aumentado sem lei que o estabeleça; *b*) nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, salvo a tarifa aduaneira e o impôsto de guerra. Assim, a exigibilidade do tributo pressupõe criação ou aumento por lei e prévia autorização da sua cobrança pelo orçamento. Enquanto para a cobrança se prescreve a prévia autorização orçamentária, relativamente à criação e aumento apenas se determina seja através de lei. Portanto, se autoriza prèviamente cobrança de certo tributo no orçamento, a lei da sua criação, e, principalmente, do seu aumento pode ser posterior a êle. Impõe-se, destarte, para a sua exigibilidade, esteja criado ou aumentado, por lei, o tributo previsto no orçamento. Nada mais. A respeito escreveu, com muita propriedade, Temístocles Cavalcânti: "Essa necessidade, entretanto, dos dois diplomas legais não impõe, de um modo absoluto, a precedência da lei ordinária sôbre o orçamento...". "O orçamento é tabela, discriminação detalhada da receita e da despesa, e também sob o ponto-de-vista da sua executoriedade ou obrigatoriedade do cumprimento das suas disposições. Como depende de outras leis ordinárias, mencionadas expressamente nas tabelas orçamentárias, considera-se o orçamento como lei formal. Mas, uma vez autorizada a arrecadação do impôsto, prevista na tabela a incidência fiscal, nada impede que por lei ordinária posterior êsse impôsto seja acrescido através de nôvo exame do poder legislativo. Que o impôsto pode ser cobrado para o exercício quando êste em curso é um princípio hoje, por assim dizer, pacífico em direito fiscal" (Cf. Parecer: *Revista de Direito Administrativo,* 16/302, ano 1949). No mesmo sentido se manifesta Pontes de Miranda, ao comentar o art. 73 da Magna Carta: "Se se trata de pagamento de impôsto anual, ou de menor período, incide êle, se a lei sai durante o ano, ou o período. Não se trata de incidência sôbre fatos anteriores, e sim sôbre situação em curso, sôbre suporte fáctico que é contínuo e indivisível" (cf. *Comentários à Constituição de* 1946, pág. 328, item 2, vol. II, 2ª ed., ano de 1953). Outro não é o pronunciamento de Gilberto de Ulhôa Canto: "Não nos parece que seja constitucionalmente indispensável que a lei tributária preceda a orçamentária. É claro que em boa técnica financeira assim deve ser, porque prever a arrecadação da receita importa em possibilidade de havê-la, e essa só resulta da própria lei tributária, tratando-se de impostos, e seria incurial, senão mesmo inepto fazer estimativas de renda, não fundadas, na sua arrecadabilidade. Mas, no texto do § 34, do art. 141, da Carta vigente, a palavra prévia está visìvelmente ligada à cobrança para significar que a previsão deve antecedê-la; não à lei criadora do tributo, em si mesma. E a ordem em que os requisitos do parágrafo — lei criadora e autorização — vêm enunciados volta-se para o curso lógico que o processo de formação do crédito fiscal deve seguir, no direito intuitivo de seu nascimento, sem que a inversão dessa ordem — previsão e posterior criação — não deixando, embora, de constituir um ilogismo, possa reputar-se afrontosa à Constituição"

(cf. "Comentário", *Revista de Direito Administrativo*, 14/60). Pronunciamentos doutrinários, que se harmonizam com a jurisprudência do Pretório Excelso, e ainda recentemente reafirmada (cf. *Revista de Direito Administrativo*, 47/26).

A egrégia Quinta Câmara, ao submeter ao Plenário a apreciação da Lei municipal nº 5.458/57, em exame em face do art. 141, § 34 da Constituição federal, por intermédio do eminente desembargador relator, sustenta a pretendida inconstitucionalidade do referido texto legal, e, para tanto, se vale de fundamentos expendidos pelo ilustre Aliomar Baleeiro, um relativo à natureza jurídica do orçamento, como simples ato-condição, o outro ao princípio, acolhido pelo art. 73, da mesma Magna Carta, da sua anualidade e, a final, ao próprio histórico do artigo em foco. Além disso, argumenta, fundou nas ponderações do não menos ilustre Francisco de Campos, de que o *quantum* é mais importante que o *quid* do impôsto, não sendo admissível a distinção que se fêz entre a qualidade e a quantidade do impôsto. Demais, traz alegação nova na verdade, embora já indiretamente aflorada por outros estudiosos do tema, ao ponderar que seria inútil a exceção aberta no dispositivo em exame referente à tarifa aduaneira, pois êste impôsto vem sendo previsto em todos os orçamentos da República. Com a devida vênia, não procede.

Realmente, está inserto no art. 171 da Constituição imperial de 1824, que "tôdas as contribuições diretas" "serão anualmente estabelecidas pela Assembléia Geral", "mas, continuarão até que se publique a sua derrogação, ou sejam substituídas por outras". Assim, acolheu não só o princípio da anualidade do orçamento, reafirmado mais categòricamente no art. 172, seguinte, como ainda, entendeu que a vigência dos tributos existentes estava sujeita à sua renovação por dispositivo expresso do orçamento. Já a Constituição de 1891, no art. 34, nº 1, indiretamente manteve o princípio da anualidade do orçamento, ao dispor que competia ao Congresso Nacional "orçar a receita e fixar a despesa federal anualmente", mas não exigiu a renovação ou estabelecimento anual dos tributos e simplesmente a autorização para a sua arrecadação, como previsão de receita. Por outro lado, enunciou o princípio da legalidade do impôsto, ao declarar, no art. 70, § 30, que só poderia ser cobrado "em virtude de uma lei que o autorize". Tanto o princípio da anualidade como da legalidade estão postos na Constituição de 1934, êste no art. 17, nº VII, e aquêle no art. 39, nº 2. Na Constituição de 1946 os dois princípios se acham contidos no art. 141, § 34, que se desdobra por isso, como salientado, em duas partes distintas: *a*) criação ou aumento de tributo mediante lei; *b*) autorização orçamentária prévia para a sua cobrança, ressalvadas a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra.

Ante o exposto, se tem a evolução histórica no Direito Constitucional pátrio do art. 141, § 34, da Constituição de 1946, e, então, se verifica estar enfeixando dois princípios jurídicos distintos. Um dêles sequer inserto na Carta imperial, e nas outras acolhidos em artigos apartados. Por conseguinte, nada tem que ver a autorização orçamentária com a criação ou aumento, legal dos tributos. A referência à prévia autorização orçamentária constitui, portanto, exigência distinta da relativa à criação ou aumento legal do tributo, que poderá ser feita sem qualquer relação cronológica com o orçamento, e, por conseguinte, após a sua promulgação, desde que anterior ao momento do seu lançamento. A evolução histórica no Direito Constitucional se acrescente o exame da formação, na Constituinte de 1946, do texto em questão, e se chegará à mesma conclusão. Estabelecia o anteprojeto da Subcomissão de Discriminação de Rendas as duas regras acima referidas. Quando discutido pela Grande Comissão foi combatido o princípio da anualidade, por

Gustavo Capanema, e teve, como seus opositores, Sousa Costa e Nereu Ramos. Sousa Costa invocou o art. 27 do Código de Contabilidade da União, de 1923, que consagrava a orientação na matéria, no seu entender, firmado pelo legislador ordinário, em respeito à tradição do Direito Constitucional da Nação brasileira. Que diz êsse dispositivo? Ei-lo: "Art. 27 A arrecadação da receita proveniente de impôsto, dependerá sempre da inserção dêste na lei do orçamento. Qualquer outra fonte de receita, porém, criada em lei ordinária, deverá ser arrecadada, embora não contemplada na referida lei de orçamento". Por sua vez, Nereu Ramos assim se expressou: "Quero consignar na Constituição, justamente para impedir que no meio do ano se crie um impôsto e se mande cobrar imediatamente. Quero, repito, que incluído o impôsto, o orçamento determine o ano em que deve ser cobrado" (cf. José Duarte, *A Constituição federal de* 1946, *à luz dos trabalhos parlamentares,* vol. 3º, pág. 82, ano de 1947). Ambos só cogitaram de criação de impôsto, um ao se apoiar no Código de Contabilidade e o outro ante as suas próprias palavras. Na verdade, o que pretendiam era a prévia inclusão no orçamento tão-sòmente do nôvo tributo, sem se oporem viesse a sua criação legal após a lei de meios. Preocupavam-se apenas que esta determinasse o ano em que o impôsto seria cobrado e nada mais. Por aí se vê nenhuma oposição formal a que a lei de criação, e, com maior razão, de aumento de tributo, fôsse promulgada após a lei orçamentária. Queriam tão-sòmente que nela se autorizasse a sua arrecadação. Êsses estadistas, sem dúvida, acostumados às lides parlamentares, sabiam que, muita vez, projeto de criação de tributo, que precede ao do orçamento, entretanto, no trâmite legislativo pode se atrasar e ser promulgado ao depois. Incluído no orçamento, ante a probabilidade de sua criação, nada haveria que se opor à legitimidade do impôsto em promulgada a lei em referência após o orçamento se antes da sua exigibilidade. Portanto, mesmo o impôsto pode ser criado após o orçamento, e ser perfeitamente constitucional, desde que nêle previsto.

Conseqüentemente, fica respondido, embora de modo indireto, o argumento de Francisco de Campos de que o *quid* do impôsto não é mais importante que o seu *quantum*. Tanto um como outro pode ser posterior ao orçamento, se nêle previsto o tributo. A única diferença está em que o *quantum* sempre pode ser aumentado por se tratar de impôsto já criado anteriormente, e, por essa razão, previsto no orçamento, ao passo que o *quid* depende dessa inclusão prévia, mesmo antes da sua criação, ante a previsão de que tal ocorrerá, em face do processamento do projeto a respeito, no órgão legislativo competente. Tanto a qualidade como a quantidade do impôsto são de relêvo e com referência a ambos cumpre ser respeitado o princípio da anualidade do orçamento, isto é, da sua previsão. A isso se reduz a regra em referência, conforme conceito do próprio Aliomar Baleeiro: "A anualidade do impôsto consiste, pois, essencialmente, em que o tributo para poder ser cobrado precisa ser incluído, anualmente, no Orçamento" (cf. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar,* pág. 59, 2ª ed., ano 1960). Corresponde ao programa administrativo do exercício financeiro, na previsão da receita e fixação da despesa.

Dir-se-á que a natureza do orçamento como ato-condição impede, outrossim, a interpretação propugnada, que se demonstrou, ao contrário do sustentado, com a formação do texto, o histórico constitucional dos princípios em aprêço, e com a letra expressa do art. 141, § 34, que distingue perfeitamente a regra de legalidade do impôsto da regra de anualidade do orçamento. Com a devida vênia, o caráter da lei formal do orçamento, constituindo ato administrativo de autorização de receita e de despesa, aquela nos têrmos das leis tributárias e estas segundo as leis ge-

rais de administração ou as especiais de plano de govêrno, traz, ao contrário, argumento a favor da decisão da maioria. Que é ato-condição? O notável jurista francês Leon Duguit, ao estudar os atos jurídicos, fazendo principalmente a sua aplicação no Direito Público, verificou que, além dos atos regras, ou objetivos, que estabelecem normas gerais abstratas e impessoais, como a lei que se estende indeterminadamente à generalidade dos cidadãos e dos atos individuais, ou subjetivos, que prescrevem normas especiais, concretas e pessoais, com o contrato, vinculando as partes que dêle participam e estabelecendo entre elas particulares relações jurídicas, existiam determinados atos jurídicos que constituem condição para que os atos regras ou objetivos se tornem aplicáveis às pessoas, desde que as normas gerais, abstratas e impessoais, muita vez, não são aplicáveis automàticamente. Êsses atos jurídicos denominou-os de atos-condição ante a sua qualidade instrumental referida. Êles têm, de um lado, o aspecto de um ato concreto, particular, e pessoal, pois visam um ou vários indivíduos, precisamente designados. De outro, entretanto, êles não criam situação jurídica individual, pois se limitam a atribuir a certo ou a certos indivíduos uma situação jurídica geral, estabelecida em estatuto, sem nada ajuntar a essa disposição legal, tomando-a tal como ela existe para atribuí-la às ditas pessoas. A situação jurídica criada pelo ato-condição, e, em razão dêle, resulta necessàriamente do estatuto e nos seus têrmos, cabendo-lhe função meramente atributiva da nova situação. Assim, a nomeação de um funcionário faz com que se atribua a êle uma situação estatutária. A nomeação apenas investe o nomeado nela, em virtude da qual passa a ter os podêres e deveres constantes da lei, preexistente e posterior à sua nomeação. Por isso, constitui ato-condição (cf. *Traité de Droit Constitutionnel,* vol. I, págs. 213 a 239 e 433 a 450, 3ª ed., ano 1927).

Será o orçamento um ato-condição? Não há juristas que atribuem ao menos a parte dêle, a relativa à receita, o caráter da lei material? Tudo depende do alcance atribuído a êsse ato jurídico. Assim, em países da Europa, como na monarquia brasileira, o regime imperante era de que o Orçamento renovava a vigência da lei tributária, então se lhes não pode deixar de reconhecer, ao menos na parte referente à receita, o caráter de lei material, ao reafirmar as suas regras gerais, abstratas e impessoais. Conseqüentemente, novos tributos podem ser criados na própria Lei de Meios. Já no Brasil República, ao se abolirem, de forma absoluta, as caudas orçamentárias, na reforma de 1926 à Constituição de 1891, no art. 34, nº 1, se teve como lei simplesmente formal, considerado sob o aspecto material como ato administrativo-fiscal, classificado na categoria de ato-condição. Por êsse dispositivo, acolhido ao depois, outrossim, pelas Constituições, de 1934, no art. 50, § 3º, e de 1946, no art. 73, § 1º, se reduziu o orçamento a simples documento de autorização de receita e de despesa nos têrmos legais, sem a possibilidade sequer de criar novos tributos ou de majorar os existentes. Tanto para a criação como para majoração de tributos se exige lei tributária especial, distinta do orçamento. Destarte, não é do princípio da anualidade que decorre a natureza de ato-condição do orçamento, mas da sua redução a simples ato de autorização de receita e despesa, sem a prerrogativa de renovar a vigência das leis tributárias já promulgadas, e, menos ainda, de inserir em seu bôjo, texto envolvendo regras jurídicas criando ou aumentando tributos. Em face da restrição constitucional do seu âmbito, reduzido a ato de autorização, de receita e despesa previstas, aos órgãos governamentais, êle se enquadra entre os atos-condição. Ora, tratando-se de simples ato para condicionar a aplicação das leis, absolutamente não se encontra na sua natureza a exigência da antecedência destas àquele. Ao contrário, serve de instrumento para aplicação das leis já existentes ou que venham a se promulgar. Isso porque as

situações jurídicas decorrentes dos atos-condição são estatutárias, pois atribuem às pessoas por êles atingidas situação geral e abstrata, regulada pela lei, que se lhes aplicou. Têm o complexo de podêres e deveres constantes da lei vigente e são mutáveis com a alteração das suas regras objetivas. Ato-condição é a nomeação, porque individualiza o nomeado na situação jurídica geral e abstrata de funcionário, sujeita às leis estatutárias em vigor relativas aos funcionários e às novas que venham a ser promulgadas. Ato-condição é o casamento, porque individualiza nos cônjuges a situação geral e abstrata de marido e mulher, sujeitos às leis estatutárias em vigor sôbre a vida conjugal, e às novas que venham a ser promulgadas. Portanto, a natureza de ato-condição do orçamento de modo nenhum impede que, uma vez prevista a receita nêle, essa autorização se refira a lei promulgada, posteriormente, seja criando ou aumentando tributo, se antes do seu lançamento, isto é, da efetivação da sua arrecadação.

O princípio da anualidade do orçamento é uma garantia popular porque submete os outros podêres de govêrno, e, especialmente, o executivo — o mais forte materialmente de todos, por ter a prerrogativa de distribuir favores, entre os quais avulta o preenchimento dos cargos públicos, e do comando às fôrças armadas, entre os quais se destaca o de deter as pessoas — ao legislativo, cujos componentes são os presumidos representantes do povo, aprovando o programa de ação do govêrno, ao autorizar a despesa e a receita previstas. Nada tem que ver com alegadas surprêsas tributárias do contribuinte, como se tem dito em tiradas demagógicas. Aliás, poucos são os contribuintes que lêem os orçamentos, e menor ainda o número dos que o entendem. Porém, lendo-o e entendendo-o jamais ficam, por intermédio dêle, cientes dos tributos que vão pagar, pois a autorização de receita envolve mera provisão desta, por espécie de tributo, simplesmente. Aquêle esclarecimento só se obtém mediante o exame das leis tributárias, cuja interpretação dificilmente pode ser levada a efeito por leigos, o que faz entretanto, demonstrar o alto valor do princípio da legalidade tributária, outra garantia popular, esta mais diretamente sentida, e contra o arbítrio da Administração. Através dela, sim, pode-se evitar as surprêsas tributárias e assim mesmo para os que acompanham os trabalhos legislativos.

Afinal, pergunta-se como se explicaria a ressalva do texto relativa à tarifa aduaneira, uma vez se encontra tradicionalmente prevista em todos os orçamentos federais. Desde logo se observa que essa ressalva se refere, exclusivamente, ao princípio da anualidade do orçamento, ou melhor, à sua previsão da receita, sem qualquer interferência com o da legalidade dos tributos. Em seguida, se considere que se faz correlatamente com os impostos de guerra. Por conseguinte, ela objetiva, em especial, a criação de novos tributos. Quando estiver o país em guerra se impõe a criação de receita nova e especial, de forma "incontinenti", não prevista no orçamento. Daí a prerrogativa reconhecida ao legislador de criar novos tributos, para resguardar a defesa nacional, em momento bélico. Igualmente, a política econômica brasileira, numa certa conjuntura social, pode exigir a criação de novas tarifas alfandegárias. Realmente, em todos os orçamentos se prevê o impôsto de importação, mas êle recai, especificamente, para determinadas mercadorias. Assim, tributa-se a entrada de automóvel, de trigo, de livros etc., como, outrossim, há vários artigos importados ou suscetíveis de importação sem qualquer rubrica tarifária. Pois bem, pode, num dado momento, por razões de política econômica convir tributar essas mercadorias, criando-se novas tarifas alfandegárias. Então, elas se estabelecem e se cobram dentro do exercício, apesar de não previstas no orçamento a oneração de ditas mercadorias. Por conseguinte, a argumentação não tem a fôrça que se lhe busca emprestar.

Sem dúvida é preciso se distinguir as duas hipóteses: de criação e de aumento de tarifa. Se o tributo não está previsto no orçamento e se venha a criá-lo, êle não poderá ser cobrado no exercício a que êle corresponde, por inexistir, autorização ao govêrno para arrecadar essa receita, ressalvadas as hipóteses de tarifa aduaneira e impôsto de guerra, pelas razões de interêsse nacional urgente, explicados. Mas, no caso de aumento legal da alíquota de tributo, êsse impedimento deixa de ocorrer, pois há previsão orçamentária de sua arrecadação. Aliás, a previsão do *quantum* da receita no orçamento se prende ao *quantum* das despesas, como quadro contábil demonstrativo das possibilidades de realização desta em face daquela arrecadação. Consiste em simples previsão. Pondere-se que a elevação quantitativa poderá ocorrer mesmo independentemente de alteração da alíquota, por medidas administrativas contrárias à evasão fiscal, como ainda por providências econômico-financeiras de avaliação mais alta da base imponível. Assim, a fiscalização quanto à expedição das notas fiscais e pelo real valor das mercadorias, como a elevação dos valores locativos ou o aumento das proporções das vendas, podem propiciar arrecadações pelo Fisco muito acima das previsões da receita. Isso vem mostrar que essas autorizações dizem respeito à qualidade do tributo, principalmente, embora remotamente se refira à sua quantidade.

São Paulo, 9 de novembro de 1960. — *Pedro Chaves,* Presidente. — *O. A. Bandeira de Melo,* Relator designado. — *Djalma Pinheiro Franco,* vencido, com a seguinte declaração de voto:

1. Sem embargo do brilhantismo com que lançado foi o venerando acórdão, não vejo como, em face do texto constitucional, possa ser sufragada tese que, sem dúvida, mais não faz senão suprimir uma garantia individual que a Constituição, avisadamente, entendeu de instituir para livrar o homem-contribuinte das surprêsas, tão desagradáveis, do aumento de impostos com que, no anoitecer de cada ano, lhe pespegam os legisladores através das conhecidas leis de medidas financeiras.

2. Que diz, em verdade, o § 34 do art. 141 da Lei Maior?

Isto:

"Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o impôsto lançado por motivo de guerra".

3. Ora, se a receita orçamentária deve ser a natural resultante daquilo que as leis financeiras, no seu *quid* e no seu *quantum,* estabelecem, não é lógico, nem jurídico que um *quantum,* não fixado em lei que antecede o orçamento, possa ser exigido do homem-contribuinte:

"Assim como o Estado precisa fazer com segurança o seu Orçamento, com a justa previsão da receita e da despesa, também o particular sensato e cauteloso há de tomar igual precaução.

Seria, pois, antieconômica e iníqua a aplicação subitânea de nôvo tributo, desorganizando todo o conjunto de medidas tomadas pelo homem prudente no desenvolvimento dos seus negócios; com oportunidade e sabedoria, portanto, o estatuto básico exige que o ônus fiscal seja instituído por lei especial e não entre em cobrança senão depois de figurar em Orçamento geral da União, Estado ou Município.

O que se diz da criação..., deve inferir-se no tocante à majoração respectiva..." (C. Maximiliano, *Constituição Brasileira,* nº 582).

4. Tão gravosa é a instituição de um tributo, quanto a sua majoração: daí as duas exceções (v. Aliomar Baleeiro, *O Direito Tributário da Constituição,* pág. 24) — tarifa aduaneira; impôsto de guerra — que o § 34 abre, confirmando a regra.

5. Como porém, fazer da exceção a regra? Isso, acaso, não leva a insegurança ao contribuinte? E essa insegurança não é a supressão de uma garantia que a Constituição lhe outorgou. Reconheci a inconstitucionalidade — *J. M. Gonzaga.* — *Pinto do Amaral.* — *A. de Oliveira Lima, vencido.* — *Davi Filho,* vencido — *Joaquim de Silos Cintra,* vencido. — *Rafael de Barros Monteiro,* vencido. — *Juarez Bezerra,* vencido. — *Otávio Lacôrte,* vencido. — *Samuel Francisco Mourão.* — *Alcides Faro,* vencido — *Cantidiano de Almeida.* — *Paulo Barbosa,* vencido na preliminar, com a seguinte declaração de voto:

1. Sugeri não conhecesse o Plenário da questão de inconstitucionalidade equacionada pela egrégia Quinta Câmara, à qual os autos seriam devolvidos para que se manifestasse sôbre a preliminar de carência de ação, nêles suscitada a fls. É que dita preliminar se me afigurou de manifesta procedência, de sorte a dispensar, se acolhida, o exame de outra qualquer matéria, inclusive da que motivara a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Pleno. Êsse, o exato sentido de meu voto. E, como não tenha tido a confortar-me o apoio de nenhum dos eminentes colegas que preferiram apreciar a argüição para, por maioria de votos, rejeitá-la, não é demais que eu aqui insista, *data venia,* nas razões do meu entendimento.

2. Em primeiro lugar, trata-se de ação proposta pela apelada para ver declarada a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 5.458, de 1957, "pois a mesma" — como se conclui a fls. "fere a Constituição da República, § 34 do art. 141". De ação direta, portanto, de inconstitucionalidade, ou de ação que tem por único objetivo a declaração de tal inconstitucionalidade, que passa a constituir, assim, o próprio mérito da ação.

Ora, é pelo menos duvidoso possa, entre nós, o particular postular a declaração de inconstitucionalidade por ação direta.

Em seu clássico estudo sôbre *O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* Lúcio Bitencourt parece admiti-lo, quando diz possível tal argüição em ação declaratória, baseando-se, para isso, em alguns precedentes norte-americanos. Mas confessa que o assunto não foi ainda objeto de discussão entre nós e informa não ter encontrado, nos nossos repertórios de jurisprudência, referência alguma à tese. E, ao reafirmar ser essa a sua convicção — a de poder argüir-se a inconstitucionalidade em ação declaratória — condiciona essa forma de procedimento a que "o autor demonstre o seu legítimo interêsse relacionado a uma situação jurídica real" (ob. cit. pág. 103).

Alfredo Buzaid, porém, que tem a seu crédito o haver escrito especialmente sôbre *A Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro,* parece não ser do mesmo pensar, pois ao cuidar das condições necessárias a que possa conhecer o Judiciário da questão de inconstitucionalidade, ensina:

"Portanto, a declaração de inconstitucionalidade pressupõe: *a*) a propositura de ação; *b*) o exercício do poder jurisdicional; *c*) o julgamento da questão *incidenter tantum* não podendo constituir objeto principal da causa, nem ser pleiteada por ação direta" (ob. cit. nº 29, *in fine*).

Mais adiante, referindo-se à ação, que constitui o tema de sua preciosa monografia, acrescenta: "Cremos que essa é a única ação direta, que tem, como objeto principal, a declaração de inconstitucionalidade" (ob. cit. nº 51). E ainda depois, ao resumir as conclusões de seu brilhante estudo, reduz a dois os modos de declaração de inconstitucionalidade que o Direito brasileiro conhece: 1º) no processo comum, em que ela vem feita "incidenter tantum" e constitui sempre "questão prejudicial" e 2º) por meio de "ação direta" intentada pelo Procurador-Geral da República.

3. Em segundo lugar, concedendo-se para argumentar pudesse a apelada intentar ação direta, visando à declaração de inconstitucionalidade, indispensável seria demonstrasse legítimo interêsse, econômico ou moral, na pretendida declaração (arts. 76 do Código Civil e 2º e seu parágrafo único do de Processo Civil). Ora, por mais que se esquadrinhe o caso dos autos, não se consegue descobrir onde estaria seu legítimo interêsse, econômico ou moral, em ver declarada inconstitucional a Lei municipal nº 5.458, de 31 de dezembro de 1957.

Dispõe essa lei, com efeito, sôbre a cobrança do impôsto municipal de diversões públicas, devido e pago pelos respectivos usuários em forma de percentagem sôbre o custo dos ingressos para elas. Contribuinte, pois, de tal tributo, assim de fato como de direito, é o usuário da diversão, sôbre a qual êle incide e que efetivamente o paga. Nada tem que ver com êle o promotor da diversão, que se limita a adquirir da Municipalidade os selos dos ingressos, para vendê-los, já selados, aos adquirentes respectivos, que são, portanto, os únicos interessados no *quantum* do tributo, ou os únicos que poderiam legìtimamente opor-se a qualquer inconstitucional aumento da tributação. Nem se diga que, aumentado o impôsto, tal aumento possa acarretar diminuição de renda dos empresários, pois o impôsto incide sôbre o custo dos ingressos, cujo aumento êles próprios vêm pleiteando e obtendo, numa implícita confissão de que não afeta a freqüência de suas casas de espetáculos.

4. Mas não é só, pois a apelada se insurge, também, contra um aumento que não se verificou. Pretende ela, já se viu, que é inconstitucional a lei em questão por ter aumentado o impôsto de diversões contra o disposto no § 34 do art. 141 da Constituição federal, que faz depender todo e qualquer aumento de prévia autorização orçamentária. Mas, o verdadeiro entendimento dêsse preceito já o deu ao ensejo do julgamento, o eminente Desembargador Bandeira de Melo, no voto que proferiu sôbre o mérito e que afinal prevaleceu. Além das brilhantes considerações que então se fizeram e que constam do corpo do presente acórdão, importa não perder de vista que não se poderia cogitar de inconstitucionalidade senão em se tendo realmente verificado aumento de tributação. Ora, o impôsto de diversões públicas, qual o estabelece a lei argüída de inconstitucional, continua sendo cobrado — demonstrou-se isso nos autos — nas mesmas bases em que era a 1º de janeiro de 1943, quando entrou em vigor o convênio celebrado pela Municipalidade com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Em razão dêsse convênio, com efeito, foi que passou o referido impôsto, que era de quinze por cento sôbre o custo dos ingressos, a ser de vinte e cinco por cento, sôbre o mesmo custo, criado que foi um adicional de dez por cento, destinado àquele Instituto, adicional que recebeu o impróprio nome de "Taxa de Estatística". E o que fêz a lei acoimada de inconstitucional foi apenas, como se lê no seu art. 1º, denunciar o referido convênio para incorporar à receita do Município os mesmos dez por cento destinados àquela autarquia. O impôsto assim, era e continuou sendo dos mesmos vinte e cinco por cento, que os freqüentadores dos cinemas sempre pagaram ao adquirir os ingressos, e isso desde que vigente aquêle convênio, ou seja desde 1943.

Pode haver, é certo, entre o Instituto e a Municipalidade, uma questão a dirimir sôbre os efeitos daquela denúncia e sôbre a quem devam pertencer os dez por cento arrecadados para o Instituto: — se a êste, inválida a denúncia e subsistente o convênio, se àquela, na hipótese contrária. Mas o que não pode haver é interêsse da apelada em argüir de inconstitucional a lei em questão por um aumento que jamais existiu.

5. Em suma: seja por não dispor de ação direta, seja porque a não afetaria eventual aumento do impôsto, seja por não ter havido qualquer aumento dêle,

carecia a apelada de ação para argüir a inconstitucionalidade que o egrégio Tribunal Pleno, deixou, com acêrto, de reconhecer — *Tomás Carvalhal.* — *Carvalho Pinto.* — *Martins Ferreira.* — *Euler Bueno.* — *R. F. Ferraz de Sampaio,* vencido. — *J. B. de Arruda Sampaio.* — *José Frederico Marques.* — *Cerqueira Leite.* — *Tácito M. de Góes Nobre.* — *Acácio Rebouças.* — *Silvio Barbosa.* — *Sousa Lima.* — *Hoepner Dutra.* — *Campos Gouvêa,* vencido. — *Coelho de Paula.* — *Carmo Pinto.* — *Afonso André.* — *Francisco Negrisollo.*