

o Código de Processo Civil, que disciplina, por *fôrça de preceito constitucional*, matéria da exclusiva competência legislativa da União, que o constituinte entendeu dever ser *commun* (direito comum) a todo o território nacional.

O Código de Organização Judiciária dispõe sobre direito judiciário, muito diferente do direito processual, principalmente em nosso sistema constitucional, em que o processual é um só para todo o país (direito comum), enquanto aquêle, específico a cada Estado-membro (direito local ou particular). A matéria processual deve ser, assim, disciplinada, por *fôrça da política jurídica* adotada pelos constituintes, de forma uniforme, comum e geral para todo o país; e quando a lei processual, como no caso o art. 466 do Código de Processo Civil, estabelece uma regra, por *fôrça do preceito constitucional* que unifica o direito processual, não pode ser essa regra modificada por lei ordinária com vigência em uma parte da Federação, como, por exemplo, pelo Código de Organização Judiciária, sob pena de ferir o princípio constitucional da unidade do direito processual.

Assim, em matéria processual, quando a lei processual, no caso o Código de Processo, disciplina determinada matéria, a lei de organização judiciária, no nosso caso, o Código de Organização Judiciária, desempenha o papel de regulamento de execução, isto é, *secundum legem* processual ao disciplinar para o Estado-membro questão processual, como, por exemplo, a da competência, processual por excelência, jamais *contra legem* processual ou jamais restringindo, para uma parte da Federação, matéria disciplinada por lei processual, que deve imperar em tôda a Federação.

Por isso é que pensamos dever ser interpretado de forma restrita o art. 51, n.º I, letra c, do Código de Organização Judiciária, valendo somente para as questões *inter vivos* relativas a regime de bens, e não para as questões, oriundas de sucessão *mortis causa*, sobre regime de bens, para as quais é competente o Juiz do inventário, por assim dispor o art. 466 do Código de Processo Civil e por *ser questão de direito*.

Portanto, entendemos não ser exclusiva a competência dos Juizes das Varas de Família para decidir sobre regime de bens, sendo, conseqüentemente, nessas questões, decorrentes da sucessão *mortis causa*, competente o Juiz do inventário.

IV — Apreciaremos agora, desde que admitido o princípio acima sustentado, se a questão em causa deve ser remetida às vias ordinárias, por exigir maior indagação, não sendo assim da competência do Juiz do inventário.

DE PLÁCIDO E SILVA ensina que a questão de *alta indagação* que deve ser remetida para as vias ordinárias, é somente aquela que só pode ser averiguada por meio de testemunhas e outras provas próprias das ações ordinárias, onde podem ser comodamente produzidas, ou a que não tenha por fundamento prova documental inequívoca, na expressão do próprio legislador.

Não é este o caso presente, em que *não se põe em dúvida, no inventário, a nacionalidade do de cujus e de sua espôsa, bem como a data do casamento*, provada por certidão, data que faz com que seja aplicável ao

caso em tela a lei portuguesa, por imperar, ao tempo do casamento, a antiga Lei de Introdução, que, seguindo a doutrina italiana, prescrevia que a lei pessoal fosse determinada pelo critério da nacionalidade.

Trata-se, não negamos, de uma questão de direito complicada, de certa complexidade. Mas a complexidade da questão jurídica — *de questão puramente de direito*, pois a de fato é simples — não exclui a competência do juiz do inventário, *salvo quando existir maior investigação sobre questão de fato* — o que não é o caso dos autos — ou quando não há prova inequívoca — que não é também o caso dos autos, pois se encontra no inventário a única prova necessária para ser decidida a questão.

Trata-se, pois, de uma questão de aplicação de direito, do direito que deveria ter sido aplicado pelo Juiz que presidiu o casamento, e que erroneamente não o foi. E o Juiz do inventário é competente para aplicá-lo, mesmo quando essa aplicação envolva questão de Direito Internacional Privado, conflito de leis, desde que o fato, no caso o ato jurídico (casamento), pressuposto de fato da aplicação da lei estrangeira, esteja comprovado nos autos de forma inequívoca e inofismável.

Estando, como realmente está, comprovado nos autos o fato, isto é, o casamento, pressuposto de fato para a aplicação da lei portuguesa, em face do que determinava a antiga Lei de Introdução, *não levantando as partes dúvidas sobre a data e validade do casamento*, comprovado, repetimos, nos autos, não há mais questão de fato a ser apurada, restando somente a questão de aplicação de direito, questão complexa, mas da competência do Juiz do inventário.

Assim, pela reforma do V. Acórdão recorrido, e, conseqüentemente, pelo restabelecimento da decisão de primeira instância.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1963.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO
11.º Procurador da Justiça em exercício

EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE TRIBUTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 141, § 34, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. O empréstimo compulsório instituído pela Lei n.º 4.242, de 17-7-1963, art. 72, ao nosso ver, não incide na coibição estabelecida no § 34 do art. 141 da Constituição Federal.

2. A expressão "tributo" pode ser empregada na literatura jurídica, em dois sentidos. O primeiro, de caráter genérico, abrangente de qual-

Parecer no Mandado de segurança n.º 19.061 — 4.ª Vara da Fazenda Pública — Impetrantes: Celeste Rodrigues de Oliveira D'Orey e outros — Impetrado: Delegado Regional do Impôsto de Renda no Estado da Guanabara.

quer imposição feita pelo Poder Público ao cidadão, compreendendo nesta acepção até o múnus público (Júri, Serviço Eleitoral, Serviço Militar, etc.). O segundo, no sentido restrito de impôsto ou taxa.

3. Ao que se nos antolha, é nessa versão que está o vocábulo empregado no citado inciso constitucional. E, assim sendo, não abrange o empréstimo compulsório, que se não confunde com impôsto nem taxa.

4. O parecer do eminente jurista JOÃO MANGABEIRA, a que se apagam os impetrantes, não convence, e, *data venia*, peca de início ao querer aplicar, diretamente, princípios de direito privado a figuras típicas de direito público. Acentua, assim, o eminente mestre, que o empréstimo compulsório viola o preceituado no art. 1.256 do Código Civil, porque o empréstimo (mútuo) requer conjunção de vontades livres, e o que é “compulsório” não é voluntário.

O professor LOUIS TROTABAS, na sua consagrada monografia *Essai sur le droit fiscal*, ao se manifestar pela autonomia, embora *relativa*, do direito fiscal *vis a vis* ao direito privado (contrariamente aos estudos fiscais de grandes civilistas, GÉNY, PILON, SAVATIER e LALOU), acentua que é ela uma “realidade jurídica cuja crítica é inútil, sendo preferível explicar a lei, a jurisprudência e a prática fiscais”, que constituem um sistema de princípios peculiares ao direito fiscal, decorrentes da sua filiação ao direito público.

E querendo fixar a área de influência desses dois vastos ramos do Direito, escreveu com a sua reconhecida mestria: “De fato, o contribuinte parece ser determinado por certas relações jurídicas (propriedade, posse) existentes entre ele e a matéria tributável, base da tributação. Isto significa que o direito fiscal deixa geralmente ao direito privado o cuidado de estabelecer as relações entre uma pessoa e um bem, e não mais as relações desta pessoa ou deste bem com o Fisco” (ob. cit., pág. 234).

5. O empréstimo público remonta à mais distanciada antiguidade. Talvez tivesse mesmo sucedido ao sistema de liturgias, forma de contribuições voluntárias existentes aos albores do Estado-cidade de Atenas no período anterior a SOLON. Os ideais democráticos de Atenas do período helenístico, que colocaram em primeiro plano de realidade política o cidadão, o homem livre e respeitável, que entrega tudo quanto tem — sua vida, seus bens, suas idéias — a serviço da comunidade, levaram o indivíduo a dar, a emprestar o que era seu, mais facilmente do que admitir que fosse tomado à força, contra sua vontade, qualquer dos seus bens.

Assim, a dação, o empréstimo, com finalidades de manutenção do Estado-cidade, teriam precedido ao “impôsto”, contribuição fiscal impositiva (FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, eminente professor da Faculdade de Direito de Madri, *Hacienda y Derecho*, págs. 135 e seguintes).

O empréstimo voluntário reviveu, ao largo da História, no empréstimo compulsório, mas sempre conservando suas linhas diferenciais fundadas, do impôsto ordinário ou extraordinário.

No ancestral e alentado *Traité de la Science des Finances* de PAUL LEROY-BEAULIEU (edição de 1877), no Capítulo referente aos empréstimos públicos, encontra-se assinalado:

“Il y a deux genres d'emprunts forcés, l'un qui est reconnu de tout le monde, qui se pratique au grand jour, qui s'impose à tous les capitalistes ou à tous les propriétaires en proportion de leur fortune présumée” (pág. 196).

6. Não há como se confundir o empréstimo, voluntário ou compulsório, com o impôsto, para subordiná-lo ao preceituado no art. 141, § 34, da nossa Constituição Federal, porque existe a distingui-los fator primacial, que estabelece entre ambos características antagônicas que se repelem e configuram idéias opostas. É que no empréstimo a contribuição é restituída pela Fazenda Pública, o que não ocorre com o impôsto.

Além disto, como ficou bem acentuado a fls. o crédito público é, em tôdas as obras clássicas, capítulo à parte, no Direito Financeiro, não se justificando, assim pretender-se que normas constitucionais restritas à tributação, aos impostos, possam aplicar-se aos empréstimos públicos.

7. A obrigação do empréstimo, é verdade, reveste-se dos caracteres externos do impôsto, e é regida, na hipótese em aprêço, em conexão a um impôsto geral, mas conserva o caráter fundamental e inconfundível do empréstimo, que é a restituição do valor na mesma espécie ou em títulos públicos.

8. E, note-se, o qualificativo “compulsório” aplica-se tanto ao contribuinte como ao próprio Estado, porque se aquêlo paga por exigência do Estado, êste é constrangido a essa exigência por fatores e circunstâncias de exceção, que por outra forma não podem ser enfrentadas. Assim, em última análise, há uma “situação de necessidade” que impõe essa medida coercitiva, tanto ao Poder Público como ao cidadão, a qual não se pode pretender enquadrar em normas de direito, talhadas para situações ou instituições diversas, regidas pelo direito privado, ou mesmo pelo direito público.

Deve ser, pois, o empréstimo compulsório encarado, conceituado, como um fato “necessitado ou necessário”, praticado pelo Estado para enfrentar uma “situação de necessidade”, tal como procede quando se verificam as hipóteses previstas na parte final do § 16 do art. 141 da Constituição Federal (Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941).

9. Nas Varas da Fazenda Pública dêste Estado (2.^a, 3.^a e 4.^a) já se vai firmando jurisprudência contrária à medida pleiteada.

10. Opinamos pela negação do mandado.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 1963.

NUNO SANTOS NEVES
Procurador da República